



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Concurso para la selección de las ternas de candidatos al cargo de
DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE
CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL
FEDERAL, LEY 26.371 Y ANEXO II II DE LA LEY 27.063 (3 CARGOS)
(CONCURSO N° 89, M.P.D.)

Pautas Generales:

- Los trabajos deberán realizarse en hoja tamaño oficio, letra Times New Roman, tamaño 12, espaciado 1,5, márgenes justificados.
- Cada postulante deberá abstenerse de introducir en el texto de su examen pautas que permitan su identificación. Si correspondiera, deberá individualizarse como "Defensor Público Oficial" sin distinción de género.
- Grabar periódicamente el documento en la computadora a fin de evitar su accidental pérdida.
- Se hace saber a los aspirantes que deberán guardar absoluta reserva acerca de la información que obtengan por este medio (art. 43 del Reglamento).

OPOSICIÓN ESCRITA 10/11/15

Expte. "D.E.S. s/ Robo Agravado" Acta de audiencia 995 de 24/9/08 del registro de la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew.

Consigna: Fundamente un Recurso Extraordinario *in pauperis* deducido por el imputado D.E.S. contra la resolución que se acompaña. No rige aún el nuevo Código Procesal Penal.

USO OFICIAL

Siendo las 10:00 hs. el Señor Presidente da inicio a la presente audiencia previa presentación de las partes presentes.-----

Se encuentra presente el Defensor Público, Dr. Carlos E. Bellorini, el imputado y la Fiscal General, Dra. Miriam Pazos.-----

a) Toma la palabra la Sra. Fiscal quien dijo que viene ante esta alzada a efectos de sostener la impugnación que dedujera respecto de la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba que dispusiera el juzgado de primera instancia. a favor de D. E. S., y confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones, por mediar una errónea interpretación de los alcances del art. 76 bis del C.P., y de las facultades otorgadas por el código procesal. Sostiene que su parte se opuso a la concesión del citado, fundado en que el nombrado registra como antecedente una sentencia de fecha 27 de junio del corriente año por el que fuera condenado a la pena de dos años y seis meses en suspenso por los casos 694,646,861,864,867,1059 y 1191, mediante un juicio abreviado, comprensivo ésta de una suspensión de juicio a prueba. Que el caso en análisis no integró el citado proceso abreviado pues se resolvió discutir la autoría y responsabilidad en un juicio pleno, atento a la calificación escogida y la pena en expectativa y, por razones de política criminal, teniendo en cuenta la reiteración demostrada por S. en hechos delictivos. Sostiene que la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos ha resuelto que el derecho procesal penal no es otra cosa que derecho constitucional reformulado. En ese sentido, la doctrina procesal penal más destacada ha señalado, que el Código Procesal Penal es un punto donde se encuentra, en un delicado equilibrio, la posibilidad de los habitantes de un Estado a gozar de los derechos y garantías que les asegura la Constitución Nacional como así también el derecho que tiene la sociedad a vivir con seguridad y poder cumplir con la máxima axiológica plasmada en el preámbulo de nuestro Constitucional Nacional que establece "afianzar la justicia". En esa línea, Claus Roxin, ha dicho que el Código Procesal Penal de una Sociedad, actúa como un termómetro de los componentes autoritarios o democráticos de un Estado de Derecho.-----

Según Savigny, interpretar una ley es reconocer su verdad; en otros términos, la ley sometida al criterio de nuestra inteligencia debe parecernos verdadera. Esta operación es indispensable para toda aplicación de la ley a la vida real, y precisamente en este carácter de necesidad constante se funda su legitimidad.-----

Por ello, entiendo como ilegítima e inconstitucional la interpretación dada por los Magistrados anteriormente intervinientes, porque al otorgar la SJP a D. E. S. por aplicación del art. 76 bis 4to párrafo, afirmando que en caso de recaer condena sería de ejecución condicional y sin contar con el consentimiento del Fiscal, violó flagrantemente las disposiciones de dicho artículo que claramente en su párrafo 4to. dice "Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.-----

Germán J. Bidart Campos enseña que: "...el principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la Ley sea razonable. Es mucho más amplio. De modo general podemos decir que

cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable...En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo tiene razón suficiente. En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar la razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad ... " ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", pág. 228).- Entiende que la decisión del Magistrado no se ha ajustado a este principio, deviniendo dicha decisión en arbitraria.-----

----- Es preciso puntualizar que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Por lo tanto debe buscarse imperiosamente un equilibrio entre los derechos individuales y los de la sociedad en su conjunto, tarea que el código pone claramente en cabeza del Juez y que si el mismo dictamina fuera de lo que establece la ley, rompe con ese equilibrio y está afectando el principio republicano de gobierno, toda vez que se está erigiendo en legislador al dictar una resolución contraria al derecho vigente.-----

El señor Juez, posición también asumida por la cámara a quo, al explicitar sus fundamentos, en el caso en concreto, estima que el haber sido beneficiado S. con una suspensión de juicio a prueba siendo menor no es impedimento haciendo mención a que el Ministerio Publico Fiscal así lo ha considerado en otras oportunidades.----- Al analizar la sentencia condenatoria de D. E. S. estima que la misma ha de concursar -en caso de un probable juicio con sentencia condenatoria- con la dictada el 27 de junio, por lo que deberán unificarse.

Hasta aquí comparto las conclusiones de SS y la cámara -respecto a como juega la suspensión de juicio a prueba otorgada siendo menor y al concurso que existiría entre las condenas.-----

Luego sostiene que en el caso de dictarse una sentencia condenatoria "la misma será de ejecución condicional pues el MPF respecto a L., coautor en el hecho que les imputa la Sra. Fiscal, consideró que no era mecedor de una pena de cumplimiento efectivo y en consecuencia dio su consentimiento para la aplicación de la probation" (text.). Respetuosamente discrepo con la futurología del Sr. Juez compartida por la cámara a quo, y con el parangón que efectúa con el co imputado.----- Las penas que se peticionan en los debates -profundizado este tema con la reforma procesal - son personales, teniendo en cuenta "la edad, la educación, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir..., las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vinculos personales la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad, esto significa que en un juicio con varios imputados por un mismo hecho se puedan pedir penas diferentes en cantidad y calidad. En el caso que nos ocupa M. L. es de destacar que no contaba con ningún antecedente penal -si tenía dos casos en trámite con D. S.- y que por haber sido detenido a momentos del hecho estuvo privado de su libertad desde el 20 de marzo del corriente año hasta el día de la audiencia preliminar.

Por su parte, D. E. S.r estuvo 8 días detenido recuperando su libertad (el 28.03.08) y después del hecho bajo examen se originaron los casos 7823 -hecho del 09.04.08- y 8670 -hecho del 04.06.08-----

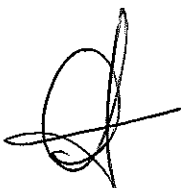
Al momento de hablar con la defensa respecto a un juicio abreviado acordé sobre todas las causas en trámite, excepto la presente. Y ello por cuanto estimaba que la pena en expectativa merecía la discusión en un juicio oral y público donde cada una de las partes ofreciera toda la prueba que obraba en su poder y que los jueces determinaran la inocencia o culpabilidad de S.-----

Haciendo futurología Sres. Jueces diré, que de sostener la acusación contra el joven S.,R porque las pruebas aportadas así lo permiten, al momento de pedir la pena luego de un debate pleno, fundamentaría la misma en los hechos cometidos por el joven, su reiteración en la senda delictiva, todas las oportunidades que se le ofrecieron y que no quiso aprovechar, solicitando la unificación de la pena a imponer con la impuesta, y que sea de efectivo cumplimiento y ello por cuanto el art. 26 del código de fondo es claro; *"En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada bajo sanción de nulidad en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir; la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación libertad.* Premiar a quien no logra incorporar pautas sociales ni reconocer límites (siendo un joven inteligente noveno año en curso- y con familia preocupada por él, con un suspensión de juicio a prueba, luego de haber sido condenado.-----

La gravedad de la inobservancia incurrida reside en que en forma arbitraria se le ha negado el derecho a la Fiscalía a ejercer acabadamente la acción penal, discutiendo en un juicio oral y público la responsabilidad de D. E. S., con todas las garantías correspondientes, tanto para él en su carácter de imputado, como para quienes resultaron víctimas de los hechos ocurridos; cercenando de esta manera las funciones atribuida al Ministerio Público Fiscal.--

El código penal es claro, para el párrafo 4to., del art. 76 bis se necesita el consentimiento del fiscal, lo que en el caso no ocurrió. Sin embargo el Sr. Juez otorgó una suspensión de juicio a prueba, por el plazo y con las condiciones peticionadas por la defensa pública, arrogándose facultades no otorgadas por los códigos, siendo esta postura confirmada por la Cámara de apelaciones del fuero.-----

Solicita finalmente revocar la resolución dictada por resultar contraria al derecho vigente y por afectar las facultades propias del Ministerio Público Fiscal de fijar sus pautas de política criminal. Efectúa reserva del caso federal.-----



Pista 2: Concedida la palabra a la Defensa Pública, sostiene que para el momento de la celebración de la Audiencia Preliminar, el suscripto había acordado con el Ministerio Público Fiscal la mutación de la calificación original de robo con arma por la de robo con arma en grado de tentativa (Art. 166 inc.2º y 42 del Cód. Penal).-----

Esta nueva calificación proviene de una nueva valorización de los elementos de prueba lo que permite para el caso de una eventual sanción penal, que la misma fuera en suspenso, una escala que, independientemente del autor al que se acudiese, Nuñez, Zaffaroni, Roura, Parma, por citar algunos, puede partir de un mínimo de un año y ocho meses.-----

Como dije, esta nueva calificación abre la puerta del Instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba para ambos inculpadados, como criterio de oportunidad y como régimen progresivo a la nueva concepción del Derecho Penal, siendo una solución alternativa a la resolución del conflicto, quienes carecen de antecedentes al momento del hecho (20 de marzo del 2008).--

Los argumentos para L. fueron compartidos por el Ministerio Público Fiscal y no así en relación a S., de quien se aduce que tenía una probation como menor y una sentencia condenatoria de fecha 20 de junio del 2008.-----

Como primera cuestión debo de sostener la confirmación de la sentencia, porque en verdad entiendo que solamente la Fiscalía intenta impugnar la sentencia dictada por la Cámara de apelaciones, sin realizar una crítica concreta y razonada de los fundamentos vertidos en la resolución que intenta objetar, el libelo impugnatorio no se basta a sí mismo.-----

Ello es así, por cuanto -advírtase- que la oposición de la Fiscalía quedó limitada, como se desprende del audio correspondiente, a que S. tenía como antecedente una probation siendo menor de edad y que había efectuado un Juicio Abreviado con fecha 27 de junio del cte. año, lo que implicaba una sentencia condenatoria.-----

No contradice los fundamentos ventilados en la audiencia, solo se limita a discrepar con la concesión de la Suspensión del Juicio a Prueba a favor de D. S., circunstancia que produce que la sentencia quede firme.-----

La audición de la grabación, es prueba de ello, sin embargo y como se desprende del escrito, la Fiscalía solamente se limita a citar una serie de autores y trae cuestiones doctrinarias diferentes a las que quedaron acotadas en la audiencia preliminar y pretende, incorporar nuevos elementos que no fueron sometidos al contradictorio en la audiencia y que es la columna vertebral del sistema acusatorio.-

Independientemente de ello y de no hacerse lugar a esta cuestión de declarar desierta la impugnación, el examen de la pieza impugnatoria no conmueve los fundamentos dados en el fallo, por el juzgado originario.-----

Más allá de lo dicho en primer término y a los fines de preservar el derecho de defensa en juicio de S., responderé la impugnación diciendo que como establece claramente la ley 22.278 en su artículo 5to., las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los 18 años de edad.-----

La reincidencia exige una sentencia firme anterior y en el caso previsto en el primer párrafo del art. 5to., en exégesis, no la hay. El juez sólo puede sancionar al menor cuando haya cumplido los 18 años (Art. 4 de la ley 22.278), Tal es así que el mismo texto examinado, en

esta parte, habla de "hechos" y no de "sanciones" como lo hace el segundo párrafo.-----

El Ministerio Público Fiscal intenta quitarle el plus que el menor goza legislativamente cuando intenta equiparar su situación procesal a la de un mayor de edad y no es un antojo legislativo sino una garantía consagrada por el cambio de paradigma: la doctrina de la protección integral del menor dada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de RIAD y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad.-----

Infinidad de dictámenes emitidos por la Procuración General, no consideran, por imperativo legal, como antecedentes los hechos cometidos por menores de 18 años.-----
Además de ello, la Fiscalía narra en su oposición en cuanto a que no le corresponde el derecho de la Suspensión del Juicio a Prueba, alegando que tiene una condena de fecha 27 de junio.-----

Es de destacar que para la concesión de la probation, la Fiscalía debe verificar la existencia de antecedentes y está demostrado a todas luces, que carecía de ellos al momento de la comisión de este hecho, (20 de marzo del 2008) o sea tres meses antes del juicio Plenario Abreviado.-----


En este ítem, también le asiste razón al Magistrado cuando explica porque sí debe concedérsele la suspensión del proceso a prueba. Tiene dicha la doctrina y la jurisprudencia el alcance del término "Primera Condena" (arts. 26 y 76 bis y 4º párrafo del Cód. Penal), lo es al momento del hecho y no de la aplicación del instituto, para ello funcionan las reglas del concurso (Art.58 CP).-----

Como bien dice el a-quo en su fallo: " ... puede ocurrir, por avatares procesales, que un sujeto que ha cometido dos o más delitos sea objeto de sentencia condenatoria firme por el hecho perpetrado con posterioridad temporal a otro, antes que éste de motivo al dictado de una sentencia similar, o si el hecho es posterior, sea condenado con posterioridad a la comisión de ese nuevo hecho ... ".-----

Estos argumentos son los centrales y son a los que quedó acotada la oposición en la audiencia preliminar y ambos impedimentos deben ser rechazados por la Alzada -----

No obstante lo expuesto y a mayor abundamiento, tampoco puede argüirse en contra de mi defendido, la cuestión de la existencia de motivos de política criminal como discurso legitimante del poder punitivo opositor, porque el juez también toma decisiones políticas ya que también expresa una decisión del poder estatal.-----

Téngase en cuenta que ambos jóvenes sometidos a proceso, se hallaban en igualdad de condiciones frente a la contraria para hacer uso del Derecho de la Suspensión del Juicio a Prueba y el conferírsele a uno y no al otro, atenta contra el principio de igualdad previsto por el Art. 16 de la Constitución Nacional, donde todos los habitantes somos iguales ante la ley.-----

 El profesor Bidart Campos, en su "Manual de Derecho Constitucional" To. 1, pág.538, cuando habla de la plenitud de la igualdad jurídica desarrolla el problema de la violación de la igualdad por la jurisprudencia contradictoria y es así que dice que: " ... a nuestro criterio,

la jurisprudencia contradictoria viola la igualdad únicamente cuando la misma ley se interpreta de modo opuesto en casos similares ... " en el caso en crisis, está demostrado que ambos jóvenes tienen el mismo derecho a ejercer la Suspensión del Juicio a Prueba porque no puede el Ministerio Público Fiscal, ejercer su potestad de manera discriminatoria ya que sobre el mismo pesa la misma calificación y es incorrecto conferírsela a un imputado y negársela al otro no.----- En este estado V.E. dispone un cuarto intermedio hasta las 12:00 hs.

Y VISTA: La impugnación interpuesta por la Fiscal Miriam Pazos, contra la decisión jurisdiccional de fecha 07 de agosto de 2008 que confirmó la concesión del beneficio de la suspensión de juicio a prueba a favor de D. E. S., y

CONSIDERANDO:

I.- Que en el marco de la audiencia oral prevista por el ritual la parte recurrente manifestó que la agravió la decisión debido a que el magistrado y la Cámara a quo han efectuado una errónea interpretación de la ley y facultades otorgadas.----- Sostuvo que resulta ilegítima e inconstitucional la interpretación dada por los magistrados intervinientes, violando flagrantemente el art. 76 bis en su 4to. párrafo, en cuanto habilita el instituto si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, en cuyo caso el tribunal podrá suspender la realización del juicio. Que entiende afectado el principio de razonabilidad. Cita Doctrina. Hace reserva del caso Federal.----- II.- La Defensa Pública en su escrito de contestación manifestó que el Juez y posteriormente la cámara motivaron suficientemente su decisión.----- Que para la concesión de la probación, la Fiscalía debe verificar la existencia de antecedentes y está demostrado a todas luces, que carecía de ellos el momento de la comisión de este hecho -20 de marzo de 2008- o sea tres meses antes del juicio plenario abreviado.-----

Que, entiende ajustado a derecho la concesión de la suspensión del proceso a prueba por corresponderse el análisis que efectuó la cámara a quo, con el alcance del término "Primera condena" (arts. 26 y 76 bis y 4to. párrafo del Cód.Penal), lo es al momento del hecho y no de la aplicación del instituto, para ello funcionan las reglas del concurso (art. 58 C.P.) Posición que es asumida por la doctrina y jurisprudencia.----- Cuestiona la existencia de motivos de política criminal como discurso legítimamente del poder punitivo opositor, por el juez también toma decisiones políticas ya que también expresa una decisión del poder estatal. Finaliza su exposición solicitando se rechace la vía intentada, confirmándose la suspensión del juicio a prueba concedida a su asistido D. E. S.-----

III.- Corresponde necesariamente comenzarse el análisis de la cuestión traída a revisión, dando tratamiento previo a la observación formulada por la Defensa Pública, atinente a que debe tenerse por desierta la vía impugnativa intentada, al no advertir el Defensor que la

impugnación se baste a sí misma, por no existir una crítica concreta y razonada de lo resuelto.-----

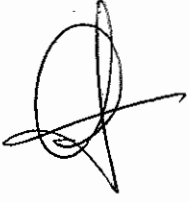
En ejercicio de dicha labor necesariamente preliminar, es dable dejar establecido que no acierta el Sr. Defensor Oficial con dicha observación, ya que el recurso interpuesto contra la sentencia de grado es escueto pero no infundado. No cabe así su declaración de deserción, por insuficiencia técnica o formal en la expresión de agravios, pues —opinables o no— los agravios contienen articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores que el apelante considera que contiene el fallo recurrido. Y es dable aclarar que de la lectura de dichos agravios surge manifiesto cuál es el segmento del fallo objeto de ataque, cuáles los fundamentos dados en abono del cuestionamiento, no pudiendo decirse con asidero que el recurso es insuficiente para conocer el cuestionamiento intentado ni que, por ello, deba proceder su declaración de deserción.--

Máxime cuando, la deserción de un recurso es última ratio en la materia y sólo procede declararla ante la manifiesta inanidad de los agravios, extremo que aquí no se configura en este caso. Ello así, no existe un óbice formal para que esta Alzada ingrese a la revisión del pronunciamiento impugnado por el Ministerio Público Fiscal, lo que así debe declararse.----

Además de ello, es dable aclarar que la Sra. Fiscal en la audiencia del día de la fecha robusteció la fundamentación de los agravios oportunamente interpuestos, sin agregar ninguno —obviamente— al no permitirlo la ley ritual y declinó su cuestionamiento respecto de la falta de consideración de la probation concedida al encartado cuando era menor, aspecto de su impugnación que consintió la Sra. Fiscal expresamente en su alocución que fuera dejado de lado por este Tribunal.-----

Ingresando al tratamiento sustancial de la cuestión traída a revisión, ha de adelantarse que la resolución venida en impugnación no puede ser confirmada, dado que la misma contraría criterios anteriormente establecidos por esta Sala en pronunciamientos similares al caso que nos ocupa y que resultan aplicables al mismo.-----

Este Cuerpo en la sentencia dictada con fecha 24/5/07 in re "COMISARIO WILLIAMS, MARIA CRISTINA S/ DENUNCIA" dejó sentado que sí requieren el consentimiento del fiscal aquellos casos en que la pena prevista supera el tope de tres años de prisión, pero admitan la procedencia de la condenación condicional. Ello así porque: a) el propio texto del art. 76 bis Cód. Pen. lo establece; b) la suspensión del juicio a prueba es materia estrechamente ligada a la concreta pretensión punitiva del titular de la acción penal pública, de manera que si el Fiscal puede desistir de ella merced a las reglas de disponibilidad establecidas en la nueva normativa, tanto más habilitado se encuentra para suspender su ejercicio.----- Es así que, el quantum punitivo previsto para el tipo penal por el cual fuera legitimado pasivo el encartado -esto es, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y en el carácter de coautor-, conforme disponen los arts. 166 inc. 2º, 42 y 45 del Código Penal, supera ampliamente la pena máxima a imponerse el tope de los tres años que se fijara como línea divisoria en el caso citado precedentemente.-----



En el precedente de esta Sala ya citado in re “C. W.” se enfatizó que a los efectos del carácter vinculante de la opinión fiscal, es requisito necesario que la misma se halle debidamente fundada.-----

Analizada la intervención de la Sra. Fiscal sobre el punto del 11/8/08, se advierte que la misma se encuentra suficientemente fundada, esto es, que permite a un lector atento conocer cuáles son los motivos que vertebran la oposición de la titular de la acción pública, a la concesión del beneficio al aquí encartado.-----

Es dable recordar que en una sentencia reciente de esta Sala, de fecha 5 de Septiembre de 2008, en el decisorio dictado en la causa caratulada “G., J. G. D: s/ lesiones graves-” se analizó el tópico de la fundamentación suficiente de los actos judiciales. Se dijo en ese precedente que el requisito de la motivación de los actos judiciales y administrativos tiene por finalidad trasladar de manera sucinta al conocimiento del interesado los fundamentos de hecho y derecho de la decisión estatal para darle la oportunidad de aceptarlos o combatirlos en los recursos pertinentes (Tribunal Supremo de España, Sala 4ª, 23/3/81, ponente: Sr. Díaz Eimil, RAJ, 1981, 1312).-----

Se dijo también allí que la justificación objetiva de todo juicio de valoración o estimación de hechos o datos es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto, congruente y adecuado ejercicio de las facultades jurisdiccionales (en similar sentido, Tribunal Supremo de España, Sala 4ª, 9/6/83, ponente: Sr. Díaz Símil, RAJ 1983, 3497).----- Y también que la motivación de los actos jurisdiccionales o administrativos tiene como fundamento proteger al justiciable o al administrado contra el arbitrio de los poderes públicos, aportándole las razones en que sus decisiones se basan, a fin de que pueda, con conocimiento de causa, impugnarlas si así lo cree oportuno (Tribunal Supremo de España, Sala 4ª, 25/2/87, ponente: Sr. Gordillo García, LA LEY (España), t. 1987-2, p. 866 (8979-R)).-----

Hacer constar los fundamentos de un acto judicial denegatorio no sólo es deber de cortesía hacia el justiciable, sino el medio que le posibilita criticar las bases en que tal acto se apoye, permitiendo a los Tribunales de alzada llevar a cabo el control de su legalidad y de su adecuación a los fines que justifiquen su contenido, que es al que han de ajustarse tales actos (en igual sentido, Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Secc. 2ª, 20/4/89, ponente: Sr. Sánchez-Andrade y Sal, La Ley (España) t. 1989-3, p. 379).-----

Se dijo igualmente en el precedente citado que la motivación del acto cumple diferentes funciones, ante todo, y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad del órgano estatal; pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto- no es sólo una cortesía, sino que constituye una garantía para el justiciable, que podrá así impugnar, en su caso, el decisorio con posibilidad de criticar las bases en que funda; además, y en último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de las instancias superiores (Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Secc. 1ª, 18/4/90, ponente: Sr. Delgado Barrio, LA LEY (Esp.), t. 1990-3, p. 666 (12917-R); ídem, 13/7/91, ponente: Sr. Delgado Barrio, Archivo La Ley, 1991, 11643).-----

Y finalmente se concluyó en dicho decisorio que la motivación de los actos jurisdiccionales, es decir, los motivos de hecho y de derecho del acto, puede ser sucinta, pero debe ser suficiente, de suerte de explicitar las razones esenciales o fundamentales del proceso o iter lógico y jurídico seguido por la autoridad pública y que lo llevaran a tomar la determinación que tomara sobre el asunto sub discussio.----- Aplicando ese criterio, surge de la evaluación del dictamen de la Sra. Fiscal en esta causa que su oposición no fue arbitraria, ni discrecional ni infundada. Con eso basta para considerarla por no violar ella los derechos constitucionales del encargado, quien pudo perfectamente saber cuáles son los motivos de la oposición y tuvo explicitados allí los elementos para cuestionar la misma. Subsumiendo este caso en el seno de la doctrina sentada en el precedente del caso "C. W." y la disposición expresa del art. 76bis del Código Penal, párrafo cuarto, es dable concluir que habiendo sido fundada la oposición fiscal –aún cuando pudiera o no compartirse la misma- ella era vinculante para el juez de grado, quien no estaba habilitado según la norma, para suspender válidamente la realización del juicio a prueba. -----

Habiendo actuado el órgano judicial a quo en contravención al criterio de esta Sala y en violación del art. 76 bis párrafo cuarto del Código Penal, su decisorio debe revocarse, por no constituir derivación razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa.-----

Una razón coadyuva a sostener tal criterio: en la audiencia tomada en día de la fecha, el Sr. Defensor Oficial sostuvo que debía en autos aplicarse estrictamente el principio de igualdad ante la ley y que los fallos judiciales no pueden plasmar soluciones desiguales para casos equiparables. Es exacta esa afirmación, pero se aplica a este caso de un modo diferente al postulado por el Sr. Defensor.-----

Existiendo en los precedentes de esta Sala un caso en que se consideró que la conformidad del Sr. Fiscal es requisito esencial para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, en delitos cuya pena supere los tres años –supuesto que se configura en el caso de autos- constituiría una manifiesta desigualdad convalidar que se otorgue al Sr. S. la probation en esta caso, donde no ha existido conformidad –y sí oposición- de la Sra. Fiscal actuante. La igualdad ante la ley –en otras palabras, la igualdad de tratamiento legal-, no es otra cosa que asignar a personas que se hallan en igualdad de condiciones similar tratamiento. Y estando en igualdad de condiciones el aquí encartado con la persona sometida a juzgamiento en el caso citado supra, corresponde darles a ambos igual trato.-----

La igualdad ante la ley es, entonces, un último fundamento para la revocación del decisorio en crisis.-----

Por ello, la Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal, **RESUELVE:**

-----1) **REVOCAR** el auto de fecha 07 de agosto del corriente año venido por impugnación.-----

-----2) Regístrese y devuélvase a fin de practicar las notificaciones pertinentes.-----

CARLOS A. VELÁZQUEZ

CARLOS D. FERRARI MARCELO J. LOPEZ MESA

Ante mí:

Carlos Pedelaborde



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Concurso para la selección de las ternas de candidatos al cargo de
DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE
CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL
FEDERAL, LEY 26.371 Y ANEXO II.2 DE LA LEY 27.063 (3 CARGOS)
(CONCURSO N° 89, M.P.D.)

Pautas Generales:

- Los trabajos deberán realizarse en hoja tamaño oficio, letra Times New Roman, tamaño 12, espaciado 1,5, márgenes justificados.
- Cada postulante deberá abstenerse de introducir en el texto de su examen pautas que permitan su identificación. Si correspondiera, deberá individualizarse como "Defensor Público Oficial" sin distinción de género.
- Grabar periódicamente el documento en la computadora a fin de evitar su accidental pérdida.
- Se hace saber a los aspirantes que deberán guardar absoluta reserva acerca de la información que obtengan por este medio (art. 43 del Reglamento).

OPOSICIÓN ESCRITA 11/11/15

Expte. 181/14 caratulado "Roldán Osvaldo Andrés s/Homicidio agravado por alevosía s/recurso de casación".

Consigna: Fundamente el recurso in pauperis interpuesto por el imputado Osvaldo Andrés Roldán contra la sentencia nro. 47/14. El recurso se deduce en legal tiempo durante la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (con posterioridad al 1° de marzo de 2016).

USO OFICIAL

"ROLDÁN OSVALDO Andrés - HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSÍA S/ RECURSO DE CASACION" Causa N°181/14
Sentencia N° 47

ACUERDO:

En la ciudad de Buenos Aires, a los quince días del mes de abril de dos mil quince reunidos los Sres. miembros de la Cámara Nacional de Casación Penal, asistidos por la Secretaria autorizante, fue traída para resolver la causa caratulada: **"ROLDÁN OSVALDO ANDRÉS - HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSÍA S/ RECURSO DE CASACION"**.

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **Dres. DAVITE, CHAIA y PEROTTI.**

Estudiados los autos, la Cámara planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el Recurso de Casación interpuesto por los Dres. Pablo L. DI LOLLO (Defensor Técnico del imputado) y Lisandro BEHERAN (Agente Fiscal) y, en su caso, qué debe resolverse?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. DAVITE DIJO:

I.- Por sentencia de fecha 16 de septiembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9, decidió declarar a Osvaldo Andrés ROLDÁN autor del delito de homicidio, y en consecuencia condenarlo a 17 años de prisión de cumplimiento efectivo. Asimismo entendió que se debía mantener la prisión preventiva del mismo.

II.- Contra esa decisión el **Agente Fiscal** interpuso Recurso de Casación a fs. 144/146 vta.

Entendió que el Tribunal aplicó erróneamente la ley sustantiva.

Adujo que la subsunción de los hechos en el art. 79 del Código Penal (CP) es incorrecta, y se debió aplicar la calificación legal (y consecuente pena) propuesta por la Fiscalía durante el debate: el homicidio calificado previsto en el art. 80 inc. 11 del CP (Femicidio).

En efecto, opinó que resulta evidente que el homicidio de Julia FLAMMINI fue en un contexto de género, sin perjuicio de que no había una relación previa entre víctima y victimario. Explicó que esa falta de relación previa es precisamente lo que movió al legislador a tipificar dos

conductas diferentes, es decir, el homicidio de la cónyuge, pareja, conviviente o no conviviente, ex pareja, etc., y por otro lado el homicidio perpetrado por un hombre, cuando la víctima es mujer y se produzca en un contexto de género.

Mencionó que el Tribunal no tuvo en cuenta que el hecho se produjo a consecuencia de que la víctima no accedió a las insinuaciones sexuales previas de parte del atacante, y así puso a la mujer en una situación de inferioridad, de pretendida dominación por parte del autor, que es lo que la ley de violencia de género pretende resguardar.

Concluyó explicando que existió una clara relación de asimetría, dominación y ejercicio de poder por parte del agresor hacia su víctima, y esto es lo que da el contexto de género que exige la ley.

Solicitó que se case la sentencia parcialmente y se resuelva modificándose la calificación legal de acuerdo a la petición de la fiscalía y en consecuencia que se determine la pena correspondiente.

III. Por su parte el Defensor Técnico del Sr. ROLDÁN, **Dr. Pablo L. DI LOLLO**, interpuso Recurso de Casación a fs. 91/143 y vta.

Se agravió, en primer lugar, al entender arbitraria la atribución del monto de la pena: 17 años.

Entendió que a su asistido se le imputó una pena que puede catalogarse como "pena injusta", entendiendo por tal a la pena excesiva.

Advirtió que los motivos expuestos por el Magistrado del segundo voto en la tercera cuestión planteada (al que adhirió sin reparos el vocal del tercer voto), carecen de una debida fundamentación, que la tornan aparente y, por ende, la sentencia deviene arbitraria descalificándola como acto jurisdiccional válido.

Mencionó que la mayoría del Tribunal -para justificar el aumento de pena- hizo una mera enunciación de circunstancias relativas al hecho, y no estableció cuál era el marco legal de las pautas mensuradoras y decisiones valorativas para fijar racionalmente una pena adecuada a la culpabilidad y al grado de injusto.

Sostuvo que el Juez del segundo voto no hizo mención de cuál es la norma legal que le dio sustento a sus pautas valorativas y mensuradoras que lo llevaron a determinar la pena a la que arribó.

Advirtió que su postura resultó contradictoria ya que se encontró "certeramente" acreditada la autoría en orden al delito de homicidio simple, y dejó en claro que no compartía la postura asumida por la vocal que comandó el acuerdo sólo respecto del monto de la pena.

Adujo que el Vocal del segundo voto confundió las condiciones de verificabilidad con las condiciones de verificación.

Opinó que dicho Magistrado tomó los argumentos del art. 80 inc. 2 y del inc. 11 del CP como agravantes al momento de establecer la pena de ROLDÁN, motivo por el cual se alejó del mínimo de la escala penal prevista para el homicidio simple; y el defensor entendió que debió haber sustentado el marco de su raciocinio en las pautas mensuradoras regladas en los arts. 40 y 41 del CP.

Señaló que se valoró en contra del imputado la aparición sorpresiva del mismo sin su hija de quince años y la sorpresa que eso generó para la víctima. De este modo, colocó a la hija de ROLDÁN en una relación causal que podría enmarcarse en la teoría de la *conditio sine qua non*.

Sostuvo que el Vocal valoró circunstancias que no pueden ser tomadas en cuenta para la mensuración de la pena, por ejemplo: que ROLDÁN esté bajo *probation* por lesiones dolosas resulta inadmisibles porque aún no recayó sentencia; que no haya considerado -al igual que la Dra. VIVIAN- que ROLDÁN estaba bajo el consumo de drogas, que ello supuso un estrechamiento del ámbito de autodeterminación y en consecuencia una disminución de la culpabilidad como la posibilidad del sujeto de haber podido actuar de algún otro modo; que haya valorado erróneamente el relato circunstanciado del propio inculpado porque ROLDÁN nunca dijo que recordara lo acontecido y porque aquello que podría encuadrarse en la conducta posterior no puede valorarse autónomamente porque sería una circunstancia independiente al hecho mismo y está vedado su análisis.

Estos planteos así expuestos debieron ser valorados en relación a los factores o criterios reales de la determinación de la pena, que no es otra cosa que explicitar si un determinado factor considerado relevante para fijar ésta última actúa como agravante o como atenuante.

Finalmente, recordó el propósito de la ejecución de las penas privativas de la libertad, que es la reinserción social del condenado. De este modo, se debió observar el principio de culpabilidad; explicando que, según él, la pena a imponer no podrá sobrepasar en su duración la medida de culpabilidad del autor, a pesar de que existan otros intereses que hagan deseable una detención más prolongada.

Concluyó que la mayoría del Tribunal, no sólo no ha dado cumplimiento del principio de congruencia, en razón de que el juez no debe ingresar ningún factor que no haya sido debatido previamente; sino que además tampoco ha dado cumplimiento al principio de motivación, ya que debió expresar en su voto toda aquella circunstancia, razón y fundamento que lo lleven a establecer la pena determinada, por lo que la sentencia deviene arbitraria y debe ser declarada nula de nulidad

absoluta.

Propuso como solución que se declare la nulidad del debate y se proceda a una nueva composición del Tribunal para un nuevo juicio.

IV.- Comparecieron a la audiencia, el Sr. Defensor **Pablo DI LOLLO** y el Sr. Procurador General **Dr. Jorge A. L. GARCIA.**

En el transcurso de la misma ambas partes mejoraron sus agravios, los que -de modo sucinto- pueden resumirse del siguiente modo:

El Sr. Procurador mantuvo el recurso impetrado por la Fiscalía en todos sus términos, y rechazó el planteo de la defensa, que estaría limitado solamente a la mensuración de la pena.

En relación a la calificación legal, opinó que no se está ante un homicidio simple como lo sostuvo la sentencia, sino que es un homicidio calificado en los términos del femicidio.

Adujo que la Vocal que comandó el acuerdo hizo una interpretación errónea del tipo de femicidio, ya que lo circunscribió al llamado "femicidio íntimo", limitado a un contexto de convivencia previa y citó el precedente "SCHIAFFINO, Juan M. s/ HOMIC. CALIF. POR EL VINCULO DE PAREJA CON LA VICTIMA s/ RECURSO DE CASACIÓN", que se produjo en un marco de convivencia previa.

Explicó que la prueba más fehaciente del contexto de violencia sexual, que tiene que ver con la condición de género de mujer, fue la prueba evidenciada en los mensajes de texto enviados por la víctima, de donde surge que estaba siendo atacada en su derecho a la sexualidad libre, que es una de las cuestiones primordiales que señala la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención de Belém do Pará.

Opinó que el argumento que llevó a cabo la Vocal del primer voto respecto de la independencia y el presunto carácter de la víctima debe ser desechado ya que con estas características no se podría ser víctima de este tipo de ataques.

Adujo que en los hechos, el victimario desconsideró como igual a la víctima. Sostuvo que fue en ese contexto en el cual esos motivos son especialmente reprochables. Además dijo que en el caso, existió un grado mayor de intensidad en el dolo -aún en el caso en que no hubiera agravantes- así como la máxima intensidad del peligro y del daño, y no hubo ni siquiera un atisbo de justificación del autor. Es por todo ello que opinó que no existió ninguna disminución de reproche en la capacidad psíquica o de internalización de la norma que pudiera tener ROLDÁN, ya que lo único que se señaló es que es adicto, y las pericias hicieron referencia a "normalidad", y él mismo manifestó que su adicción a las

drogas es "manejable", y en consecuencia es competente por cualquier consumo de sustancia.

Concluyó solicitando que se acoja el planteo casatorio de la Fiscalía y se rechace el de la Defensa.

Con la palabra el Dr. **DI LOLLO** efectuó una remisión expresa al recurso interpuesto; desarrolló las razones por las que consideró que la sentencia cuestionada es arbitraria al individualizar la pena, violando asimismo el principio de congruencia, y por las que entendió que debe rechazarse el planteo casatorio efectuado por la Fiscalía. Sostuvo en todos sus términos el recurso, y solicitó que se haga lugar a su petición y se reduzca la pena a 12 años de prisión de acuerdo a la mensuración de la Vocal del primer voto.

V.- Sucintamente reseñadas, las posturas de las partes corresponde adentrarse en este punto a su examen.

Cabe destacar que las partes no han discutido la participación de ROLDÁN en el hecho conformándose con las consideraciones realizadas por la Dra. VIVIAN al momento de contestar la primera de las cuestiones planteadas en la deliberación.

En su recurso la Fiscalía denunció, en clave casatoria, la errónea aplicación del texto legal por cuanto se ha tenido a ROLDÁN por autor del delito de homicidio simple (art. 79 CP), proponiendo que se califique la conducta como homicidio agravado conforme la descripción típica del art. 80 inc. 11 del CP.

Por su parte el Defensor solamente cuestionó el monto de la pena impuesta y los argumentos mediante los cuales los Vocales del segundo y tercer voto, se apartaron de las consideraciones de la Dra. VIVIAN y elevaron la pena a 17 años de prisión.

En efecto, como lo precisa la sentencia de mérito, la materialidad y autoría del imputado quedó sin discusión en atención a que pudo descartarse de plano la versión desincriminante ensayada por ROLDÁN, tras la legítima interpretación que la sentenciante hizo de las profusas pruebas colectadas en autos, que de modo unívoco lo sindicaron como autor del suceso.

V. a.- Revisión de la aplicación de la ley al caso juzgado.

Por una razón de lógica procesal voy a tratar primero el agravio interpuesto por el Sr. Fiscal.

Conviene recordar que a ROLDÁN se le imputó el siguiente hecho:

"En fecha 10 de abril del año 2014, en horario no precisado con exactitud pero aproximadamente entre las 16.30 y las 18.00 horas, en el interior del baño del departamento (Bungalow) N° 23 que forma parte del

complejo "Termas ", sito en esta ciudad, valiéndose de un cuchillo mesa chico, cabo de madera, tipo Tramontina, el acusado Roldan le asesta diferentes cortes y puntazos a la joven Julia FLAMMINI, DNI Nº 31.269.700, mayor de edad, ocasionándole múltiples heridas, las cuales afectaron el corazón, hígado, riñón y colon (entre otras partes del cuerpo) de la víctima, y que provocaron el fallecimiento de la misma en dicho lugar. Cabe aclarar que para el hecho en cuestión, el imputado, encontrándose solo en el mencionado departamento que había alquilado en horas de la mañana, y al recibir la visita de la víctima minutos previos al suceso, previo haberle formulado insinuaciones de carácter sexual y ante el rechazo de la damnificada, esperó el momento en que esta ingresó en el baño y eligiendo dicho momento, -ya que a Flammini le resultaría imposible una defensa, pedir ayuda o escapar del lugar-, la atacó deliberadamente con el arma blanca, buscando y aprovechando la situación de indefensión de la joven, a quien apuñaló hasta dejarla sin vida, para luego salir huyendo presuroso del lugar del crimen, al comando del vehículo automotor de su propiedad marca Renault modelo Clio dominio NB-J467".

En la sentencia la Vocal del primer voto, descartó la propuesta realizada por la Fiscalía conforme a la cual el hecho en razón de sus circunstancias debía tipificarse en la figura de homicidio calificado por alevosía y femicidio, y calificó el hecho en la figura de homicidio simple después de hacer las siguientes consideraciones:

"En el caso de la alevosía, como bien es sabido es un agravante que se funda en la menor posibilidad de defensa de la víctima, es decir, en el aprovechamiento que de la indefensión de ésta realizara el agresor". Después de citar a Creus, afirma que sobre esa línea doctrinal, en el presente caso, las partes acusadoras no lograron acreditar con certeza los elementos típicos de la alevosía, porque -a su entender- "la circunstancia que el hecho hubiera tenido lugar dentro de un baño, no aparece como suficiente para justificar ese estado de indefensión en una víctima que registra lesiones defensivas, y que hasta último momento se mantuvo en posición de alerta y defensiva ante la conducta de Roldán, según se desprende de los mensajes telefónicos que mantuvo con Pablo Monte y que obran en las fotos e informe correspondientes." "Por otra parte, no se acreditó que Roldán hubiera procurado el estado de indefensión de la víctima para atacarla, dicho en otras palabras, que haya buscado intencionalmente la producción de su muerte a través de un modus operandi, que le asegurara un resultado sin riesgos". "Asimismo, no se ha probado en Roldán un modus operandi compatible con ello, pues si nos

atenemos al hecho que motivó su conducta homicida, -pretensión sexual para con la víctima y el consiguiente rechazo por parte de ésta, sumado a que actuó bajo los efectos de la cocaína-, podemos afirmar junto con Creus que en el caso no se dan las exigencias subjetivas de la alevosía, por cuanto el hecho, aparece como una reacción del agente por circunstancias particulares que influyeron en su ánimo, como es su estado emocional, aunque su modo de obrar lo hubiera colocado al margen del afrontamiento de riesgos".

La Fiscalía no se agravió por el rechazo de la alevosía y los límites que me impone el Recurso de Casación me impiden expedirme sobre el tratamiento que le dio la Sra. Vocal a la alevosía. Sin perjuicio de ello, me permití la transcripción de sus argumentos porque las consideraciones que efectuó respecto al móvil del crimen resultan sumamente útiles para ponderar las razones por las cuales rechazó la calificación de homicidio calificado por violencia de género.

En cuanto a lo que sí fue motivo de agravio de la Fiscalía, cabe señalar que la Vocal, para descartar la agravante de "violencia de género", citó un artículo de Buompadre, un informe del INADI, manifestaciones de la OMS y algunas de las disposiciones de la Ley 26485, y después de fijar ese marco conceptual y analizarlo en función del hecho dijo que: *"se advierte claramente que en el caso, no se configura el denominado contexto de género, ya que no se ha probado que existiera entre la víctima y Roldán, una relación de subordinación del tipo de la descripta, pues no se acreditó en el comportamiento de ambos causas o motivos, sociales o culturales o de relación que así lo reflejen".* *"Por el contrario si nos atenemos a la historia de la víctima, ésta se encuentra alejada de esos paradigmas de vulnerabilidad, ya que estamos en presencia de una mujer con carácter según refieren por ejemplo, Monte y Gómez, e independiente, tanto profesional como económicamente, es decir, una mujer no susceptible de ser enmarcada dentro de algunos de los factores de riesgos precedentemente enunciados".* *"Por otra parte, tampoco se ha demostrado que Roldán, tenga personalidad del tipo que este contexto requiere, todo lo cual sumando a que ni siquiera existía una relación afectiva entre ambos, tal como lo reflejan los mensajes de texto habidos entre ambos y los testigos citados, lleva a concluir que no confluyen al presente los elementos típicos de la agravante en trato".*

V. b.- Definiciones estipulativas básicas para el abordaje del planteo y marco legal aplicable.

Al considerar este agravio, tengo presente que se trata de una

cuestión novedosa de creciente difusión mundial, pero a la que también se le vienen realizando una serie de críticas -incluidas las que en forma pública realizó el Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI cuando aún integraba la Corte Suprema-, lo cual exige un delicado esfuerzo interpretativo a fin de evitar todo tipo de discrecionalidad judicial a la hora de su aplicación.

Para decidir si en el caso es viable la recalificación del hecho como lo propuso el Fiscal es necesario dejar primero muy en claro de qué se habla cuando se hace referencia a la "violencia de género" como un agravante del homicidio.

Por ello, con el mayor de los respetos hacia todos aquellos que no compartan las conclusiones que de mis consideraciones emanen, voy a dar tratamiento a esta cuestión indicando, en primer lugar, que tras haber consultado numerosa bibliografía sobre este tema, he decidido realizar la tarea interpretativa que me convoca ceñida a estos textos que escogí por las siguientes razones: un artículo publicado por Rubén E. Figari "Homicidio Agravado (Femicidio)-Asociación Pensamiento Penal. Código Penal comentado de acceso libre" que seleccioné teniendo en cuenta que define los conceptos normativos con sencillez y precisión y recurre a las posturas de prestigiosos autores pero sin apartarse de las disposiciones legales vigentes; el libro "El Delito de Femicidio" de Gustavo A. Arocena y José D. Cesano -editorial bdef- en razón de que distinguen prolijamente la violencia de género de otros tipos de violencia, aportan una perspectiva amplia acerca de la protección internacional sobre el tema y proponen un buen análisis dogmático de las figuras delictivas tipificadas por la Ley 26791; por último el libro "Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los "Nuevos Delitos de Género", del Profesor Jorge Eduardo Buompadre, porque resume en una sola obra, la evolución de la cuestión de género en el derecho civil y penal, analiza a la luz de este concepto todas las figuras vinculadas del Código Penal, identifica con precisión el marco convencional en el que abrevan las disposiciones locales, y a partir de allí define dentro de un marco dogmático controlable racionalmente al delito previsto en el art. 80 inc. 11 como un delito especial impropio y al concepto de violencia de género como un elemento normativo del tipo penal.

El material propuesto debe considerarse de manera integral, porque su utilización fragmentada puede inducir a equívocos como los que, a mi juicio, se advierten en la sentencia. Hechas estas tediosas pero necesarias aclaraciones voy a referirme brevemente a los conceptos básicos para el abordaje del tema.

Rubén Figari principia su exposición distinguiendo el significado de

las palabras "femicidio" y "feminicidio": *"A esta altura podría decirse que si bien ambos términos no tienen una definición concreta en el Diccionario de la Real Academia Española, existe un acuerdo respecto al significado de estos neologismos que fueron introducidos por movimientos feministas anglosajones y que aparece mencionado por primera vez en la literatura en el texto "Femicide: The politics of woman killing" de Jill Radford y Diana Russell y se define como "el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres" (Twayne Publishers, New York, 1992)".*

Indica que la antropóloga Marcela Lagarde amplió ese concepto originario y utilizó la expresión "feminicidio" para diferenciarse de femicidio, para incluir un conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, secuestros y desapariciones de niñas y mujeres en un marco de colapso institucional que favorece la impunidad.

En principio, y en estos incipientes usos de la nueva terminología, parece conveniente hablar de femicidio, por ser el vocablo más ajustado para referenciar el homicidio de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género.

Para este autor la noción de femicidio incluye los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera privada como pública en la misma línea que lo hace la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en su art. 1º, cuando señala que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"*.

Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.

Laurenzo Copello refiere que la causa última de la violencia contra las mujeres debe buscarse en la discriminación estructural que sufren las mismas como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. Si bien en la práctica es el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia, también las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con la violencia doméstica. Es preciso que el concepto de violencia de género adquiera perfiles propios, que se

visualice de modo claro que se trata de la manifestación más extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempo remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano.

Gustavo A. Arocena y José D. Cesano, destacan la importancia de insistir en la diferencia entre violencia doméstica y violencia de género, porque esa distinción es la que permite apreciar la peculiar extensión de la protección.

Destacan que la literatura científica ha ido delimitando el ámbito de la violencia de género, respecto de otros tipos de violencia: familiar, doméstica o -incluso- contra la mujer, pero que no son ejercidas por razones de género.

Y efectivamente, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belém do Pará; como de las Leyes 26485 y 26791, que se dictaron en cumplimiento de las obligaciones internacionales, se desprende que se trata siempre de muertes violentas de mujeres que no se ajustan a las normas penales neutras y que, por lo tanto, no se trata meramente de las conductas descritas en el delito de homicidio, sino que hacen visible la forma en que han sido configuradas, el contexto en que han ocurrido estas expresiones de violencia extrema y las motivaciones misóginas y sexistas de sus ejecutores.

Estos autores explican el marco normativo que rige la materia, recordándonos que la República Argentina incorporó a su derecho interno dos instrumentos internacionales de gran importancia para la tutela de la violencia contra la mujer: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a través de la Ley 23179, sancionada el 8 de mayo de 1985 y la Ley 24632, del 13 de marzo de 1996, que hizo lo propio con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará.

La primera adquirió jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, al estar incluida entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que menciona el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula de la Constitución.

La segunda (Convención de Belém do Pará) no se encuentra actualmente entre los documentos que menciona el art. 75, pero de todos modos en la dinámica constitucional es un tratado internacional, que si bien no se equipara a la Constitución, tiene una jerarquía superior

a las leyes, de modo que las leyes internas dictadas por el Congreso en esta materia, en función del principio de supremacía (art. 31. CN) deben ajustarse a los lineamientos señalados por ambas convenciones.

En el orden interno, la primera ley dictada contra la violencia de género estrictamente es la 26485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que fue sancionada el 11 de marzo de 2009.

Esta ley claramente responde al paradigma convencional ya que tiende a hacer efectivos los derechos de la mujer desde una perspectiva de género, rebasando las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la superación del modelo de dominación masculina, con una dimensión transversal que proyecta su influencia en todos los ámbitos de la vida.

Y por último, el 11 de diciembre de 2012 se promulgó la Ley 26791 modificatoria del CP, que introdujo una serie de modificaciones al art. 80, instalando de manera definitiva la problemática de género en el CP.

Por su parte Buompadre en su libro analiza, detenidamente, la normativa internacional que ya mencioné y adiciona la Declaración y Plataforma para la Acción de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing el 15 de septiembre de 1995, y concluye en que en todos los casos se emplea la expresión violencia de género como equivalente a la violencia contra la mujer.

Al referirse al ordenamiento interno destaca que la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales, es una norma orientada exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"; no se trata -en sentido estricto- de una "ley de género", aun cuando la violencia "por razón de género" implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres.

El propio nombre de la normativa así lo denomina y así lo hace todo su articulado al regular situaciones y establecer derechos específicamente consagrados para las mujeres.

Sin perjuicio de ello, la normativa hace referencia a la cuestión de género pero limitándola a la "violencia de género contra las mujeres", vale decir, a un tipo de violencia que se despliega contra la mujer en un determinado contexto.

Desde esta perspectiva de análisis la Ley 26485, define a la violencia contra las mujeres como: *"toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado,*

basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...".

En la misma línea la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), establece en su artículo 1º, que se debe entender por violencia contra la mujer: *"Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".*

Y el art. 2º especifica que: *"se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica aquella: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerado por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".*

Refiriéndose a la reforma que introdujo la Ley 26791 y concretamente a la figura del art. 80 inc. 11, Buompadre destaca que técnicamente el femicidio es un homicidio y por lo tanto, aún cuando sólo el hombre puede ser su autor y sólo una mujer la víctima, el bien jurídico protegido sigue siendo la vida como en cualquier homicidio.

En cuanto al fundamento de la mayor penalidad sostiene que viene dado por la condición del sujeto pasivo y por las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. De aquí que en sus palabras: *"el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en ámbito situacional específico, que es aquel en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder".*

Desde esta perspectiva y merced a este componente adicional que acompaña a la conducta típica (plus del tipo de injusto: la relación desigual de poder) se puede justificar la agravación de la pena cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer. De otro modo, se estaría concediendo mayor valor a la vida de una mujer que a la de un hombre.

De este modo, y de acuerdo a la doctrina señalada, la prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer encuentra un amparo especial a nivel de la legislación supranacional y nacional, cuyos textos plantean como objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia, y específicamente a preservar su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, resguardando el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y de violencia, tanto dentro como fuera de su hogar y núcleo familiar.

Efectivamente se trata de una legislación que sobreprotege (por su mayor vulnerabilidad) a las mujeres en aquellos supuestos en los que la violencia involucra una cuestión de género, castigándose el homicidio perpetrado por un hombre con la pena de severidad más extrema.

V. c.- Análisis del homicidio calificado por "violencia de género" previsto en el art. 80 inc. 11. Diferenciación con el homicidio simple.

Recordemos que al regular el homicidio doloso el Código Penal prevé un tipo básico, que denominamos homicidio simple (art. 79) y derivaciones típicas construidas a partir del procedimiento de adicionar al delito base diferentes elementos que agravan o atenúan el reproche penal (art. 80 y 81, inc. 1, a).

Las formas agravadas del art. 80 pueden ser clasificadas atendiendo al mayor contenido de injusto que el legislador atribuye al hecho. En ese mismo esquema la Ley 26791 amplió los supuestos de homicidio agravado endureciendo el castigo en razón de un vínculo entre autor y víctima al momento del delito o con anterioridad (art. 80 inc. 1); del motivo del comportamiento prohibido (inc. 4 y 12), y por último por la calidad del sujeto activo y pasivo, y la situación típica en la que se lleva a cabo la acción de matar (inc. 11), siguiendo la clasificación de femicidio íntimo, no íntimo y vinculado, que es la que mayor arraigo ha tenido entre los países que suscribieron la Convención.

Específicamente, y a la luz de los conceptos anteriores, para lograr diferenciar un homicidio simple de uno calificado, como lo pretende la Fiscalía, es necesario verificar los requerimientos típicos de la figura básica y escrutar lo propio del nuevo enunciado (inc. 11 del art. 80 CP).

No cabe duda que en la causa todos los extremos objetivos y subjetivos del art. 79 se han visto satisfechos, en tanto está acreditado la relación de causalidad y de imputación objetiva entre la acción desplegada por ROLDÁN (concretamente haberle propinado a la víctima múltiples puñaladas en todo su cuerpo y en órganos vitales) y el resultado muerte. También está demostrado que ROLDÁN cometió el hecho con

conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir que sabía que mataba a otra persona y quería hacerlo, puesto que gran parte de las puñaladas que le asestó con el elemento punzo cortante fueron dirigidas a órganos vitales tal como lo explicaron los informes médicos.

Ahora bien, yendo a lo propio de la figura calificada, a diferencia de la figura básica -en la que cualquier persona puede ser sujeto activo y pasivo, y en la cual no hay ninguna referencia a circunstancias que a manera de especiales modalidades de la acción completen la descripción típica- el inciso 11 contiene tres especificidades: a) limita el círculo de autores a los hombres, b) limita el círculo de las víctimas a las mujeres, y c) describe la situación típica que es la característica definitoria de la calificante, y que determina la punibilidad agravada, a saber: la existencia de violencia de género.

En definitiva, el femicidio conforme la regulación legal es un delito especial impropio, que contiene un elemento normativo del tipo.

En cuanto al elemento subjetivo, la situación típica reclama que el homicida mate a la mujer mediando violencia de género, sin consagrar por ello un elemento subjetivo distinto del dolo, sino que basta que le cause la muerte sabiendo y queriendo realizar actos que, desde un punto de vista objetivo, traducen o se enmarcan en una situación de violencia de género.

En el caso de autos ninguna duda cabe hasta aquí que ROLDÁN cometió un homicidio, que el sujeto activo fue un hombre y el sujeto pasivo una mujer y que medió un despliegue de inusitada violencia.

De modo que a esta altura, para definir la tipicidad en la figura que pretende la Fiscalía resta constatar si tal despliegue violento fue "de género", o sea si fue la expresión de la violencia contra una mujer y se mostró como una manifestación de las regulaciones de poder históricamente desiguales entre el varón y la mujer.

Para interpretar correctamente este elemento normativo "violencia de género" es necesario recurrir una vez más a los conceptos que ya se encuentran definidos en las convenciones y leyes a cuya consecuencia se tipificó la agravante del inc. 11.

Esta exégesis -que postulan en sus textos los autores- limita apreciablemente el ámbito de aplicación de la figura, pero conviene recordar que el art. 18 CN impone la interpretación restrictiva de la ley penal.

Como indiqué al principio el concepto de violencia de género no puede ser sometido a una interpretación judicial libre ni puede ser creado

judicialmente.

Buompadre reflexiona profundamente en torno a esta cuestión, al punto que la trata en dos capítulos de su libro, primero en forma general, cuando alude al concepto de violencia de género en el marco de las convenciones internacionales, y luego cuando se refiere específicamente a la agravante del inc. 11 del art. 80 CP, porque efectivamente el tipo penal de femicidio, conforme nuestra regulación legal, exige que el resultado se produzca "mediando violencia de género", no dice "violencia contra la mujer", y la palabra género es una expresión que puede conducir a equívocos lingüísticos, circunstancia que pone en peligro el principio de legalidad.

Por esta razón entiende que no importa una interpretación excesiva ni extensiva del elemento normativo "violencia de género" la razonable exégesis conforme a la cual debe ser entendido como equivalente al concepto "violencia contra la mujer" que define la Ley 26485, aunque no se trate de cláusulas gramaticalmente iguales, pero que tienen un mismo significado, con lo cual el tipo penal queda completo e íntegro conforme una interpretación normativa que remite a la regla legal correspondiente.

V. d.- Motivación de la inferencia del Derecho en la sentencia del Tribunal de Mérito.

A la luz de los conceptos precedentes, conviene repasar ahora la corrección de las consideraciones que realizó la Vocal del primer voto en su sentencia para descartar la agravante del art. 80 inc. 11.

Entre sus argumentos mencionó la circunstancia de que, entre el autor y la víctima, no había ninguna relación afectiva. Sin embargo, la figura penal de femicidio en modo alguno exige que la muerte de una mujer causada dolosamente por un hombre mediando "violencia de género" suceda en entornos de situación "íntimos" o de "intervinientes conocidos", -insisto- este requisito no lo reclama la ley, y en consecuencia tampoco lo menciona la doctrina autorizada que anteriormente cité.

Pero además ninguna de las leyes internacionales o nacionales, donde debe buscarse el sentido del elemento normativo del tipo "violencia de género", describe al autor o la víctima del modo que lo hizo la sentenciante, ni pretende que uno y otro tenga determinadas características de personalidad como para ser considerado sujeto activo o pasivo de este delito, puesto que en cuanto a la calidad del autor, sólo exige que se trate de un hombre, y en cuanto a la víctima sólo exige que sea una mujer.

La figura penal no requiere, para ser autor, un hombre especialmente misógino ni con antecedentes violentos (sin perjuicio de

que habría fuertes indicios de violencia hacia la mujer por parte del imputado al punto que, como regla de conducta en una probation, le indicaron un curso para hombres violentos) y menos aún para ser víctima, una mujer débil, sumisa, ignorante y sometida, como parece entendió la Vocal.

De este modo me encuentro en condiciones de afirmar que la Sra. Vocal al rechazar la calificante ponderó elementos que no configuran exigencias del tipo penal.

V. e.- Subsunción: Comprobación descriptiva, juicio cognitivo y valoración normativa.

La estructura del tipo penal bajo estudio se compone de elementos descriptivos y normativos. Los primeros se limitan a comprobaciones fácticas, los otros exigen un juicio jurídico de valor general o específico como ocurre en este caso con el elemento normativo del tipo "violencia de género".

Por ello la comprobación de que el homicidio ha sido causado "mediando violencia de género", en un sistema como el nuestro que consagra el principio de libertad probatoria, deberá verificarse mediante las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, reparando en los particulares contextos en que se llevaron a cabo los actos de violencia en perjuicio de la mujer en los límites conceptuales que fija la regulación legal.

La prueba entonces debe abordarse bajo un criterio de amplitud probatoria para acreditar los hechos atrapados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los actos de violencia, pero sin adicionar más elementos que los que la misma figura prevé.

Y después de haber examinado detenidamente las actuaciones, me encuentro en condiciones de afirmar que el contexto de violencia, entendido como el conjunto de circunstancias que se produjeron alrededor de la muerte de la joven y que fueron comprobadas fehacientemente, surge unívocamente del registro de los mensajes de texto que la víctima mantuvo con el mismo imputado antes de llegar al lugar del hecho y, una vez en el lugar, del registro de mensajes de texto que la víctima intercambió con su amigo Pablo MONTES mientras se encontraba en el bungaló junto con el imputado.

Mediante su lectura es posible recrear las circunstancias que rodearon el suceso que se investiga, de donde se deduce con solo recurrir al sentido común, la escalada de violencia de tipo sexual que colocó a la víctima cada vez en una situación de mayor riesgo, y que se inició con

una insinuación, siguió con un claro acoso que le generó un miedo explícito y culminó en el despliegue de inusitada crueldad con el que le causó la muerte.

Para una mejor comprensión voy a transcribir completas ambas conversaciones:

Mensajes de texto en el marco de una conversación con el imputado:

En la mañana del día del hecho Julia FLAMMINI mantuvo con ROLDÁN el siguiente diálogo:

Julia: *-Señor ROLDÁN! Como va? Alguna recomendación? Yo a las 12 salgo.*

ROLDÁN: *-Hola Julia llegamos a las 5 es hermoso el lugar, vos todo bien?*

Julia: *-Por salir en 30, que copado me encanta que sea lindo*

ROLDÁN: *- Hay una sola cama Julia que hacemos?*

Julia: *- No me digas eso, con el cansancio acumulado que tengo yo, es imposible mi amigo si entran como 4 personas.*

Una vez que llegó al Complejo Termal junto a su amigo Pablo MONTES, cada uno se fue a su bungalow y a las 16:27 entre Julia y Pablo mantuvieron el siguiente diálogo:

Julia: *- Que onda tu habitación?*

Pablo: *-Manito de ok.*

-Piola

Julia: *- ja ja*

- Esto esta divino.

Pablo: *- Con balcón compartido!*

Julia: *- Pero este chabón ya me salió con un martes 13*

- cualquiera

- Lo voy a matar

Pablo: *- si son nuevos!*

- x?

Julia: *- xq me quiso besar no se q onda*

- Me quiero matar boludo

- Trasca no la trajo a la nena

- Yo no se si me voy a bancar este loco se me tire encima

Pablo: *- jajajaja*

Julia: *- No te rías es tristísimo*

Pablo: *- Y bue son tus compas tus conocidos!*

- Yo no puedo hacer nada!

Julia: *-No sabía que me iba a saltar con esa*

- si, yo no me muevo de al lado tuyo

- es mas con este degenerado acá no me baño

- *me entro a bañar y se me mete lo cago a palo*

Pablo: - *jajaja*

Julia: - *Voy a tu habitación ahora*

- *Que número es!*

Pablo: - *Loca vos los conoces ponele los puntos bien!!*

- *No hay mujeres ahí?*

Julia - *Se ya se lo dije*

-*115*

- *Pero esta duro no se q onda*

- *La pareja esta en el otro departamento*

Pablo: - *No c juli q decirte ... decile q no t joda mas o si no t vas!*

- *Hablale bien*

- *traeme la tijera y los hiyos juli!*

Este último mensaje fue a las 16:38, minutos después a las 16:44 Pablo le envió: - *y q onda boluda venis o no?* al que Julia ya no respondió.

Como ya lo adelanté este contexto de violencia, ponderado en cuanto a su capacidad de suministrar indicios, muestra diferentes modalidades, que fueron desde una primera insinuación mediante el mensaje de texto en el que le anuncia falsamente que hay una sola cama y al que Julia responde sin conferirle ninguna connotación sexual; le siguió un acoso con un claro contenido sexual tal como lo muestra las expresiones: *"me salió con un martes 13"*, *"me quiso besar no se q onda"*, a esta altura Julia interpretó su comportamiento como un acecho y por eso le respondió con una rotunda negativa, cuando Pablo le dice que le ponga los puntos ella le contesta que: *"se ya se lo dije" ... "pero esta duro no se q onda"*, y siguió en una escalada amedrentante, al punto que escribió que *"Me quiero matar boludo!"... "Con este degenerado acá no me baño"...* *"sí, yo no me muevo de al lado tuyo" ... "voy a tu habitación ahora"*; y culminó con el fatal desenlace, que justifica el miedo que trasuntan sus mensajes, porque efectivamente ROLDÁN entró al baño y terminó con su vida del modo cruel que registraron las fotografías.

De allí, sin ningún esfuerzo intelectual, se deduce el marco de vulnerabilidad en el que la joven fue colocada por ROLDÁN. Vulnerabilidad que, por otra parte, no tiene nada que ver con su título universitario, su independencia económica, ni con su carácter, sino con la tergiversación de la situación en manos del imputado, puesto que Julia fue a la habitación que había alquilado y que, en principio, iba a compartir con el imputado y su hija, para asistir a un recital, y el imputado pervirtió esa finalidad del alojamiento compartido pretendiendo mantener con su

ocasional y transitoria compañera trato sexual sin su consentimiento.

En ese escenario de amenaza e indefensión expresados en las frases, *"con este degenerado acá no me baño" ... "Yo no se si me voy a bancar este loco se me tire encima"*, y la clara intención de retirarse del lugar y buscar protección de su amigo *"me voy y de vos ni me despego"* se ve lo propio de la figura, la superioridad y dominio sobre la víctima, quien sólo podía seguir viviendo si renunciaba al derecho inalienable de elegir libremente con quién mantener trato sexual.

Derecho que obviamente ROLDÁN no soportó que ejerciera y entonces ante su rechazo, y en esto sí coincido con la sentenciante, la eliminó inmediatamente, propinándole gran parte de las puñaladas en el rostro, representante privilegiado de la identidad de las personas y asertivamente en órganos vitales como el corazón, hígado y riñón, circunstancia harto suficiente para tener por acreditado el elemento normativo del tipo "violencia de género" o como lo dice Buompadre violencia de género contra la mujer.

Además el contexto previo en el que se desencadenó el hecho muestra que medió violencia de género en una de sus especiales modalidades, como es la violencia sexual y dentro de ella mediante el acoso y abuso sexual -al menos en grado de tentativa- según surge de los mensajes de texto.

Una vez más es la Ley 26485 la que establece en el art. 5.3, lo que debe entenderse por violencia sexual, definiéndola como: *"cualquier acción que implique la vulneración de todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco. Exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. "*

Y en la misma línea, la Convención de Belém de Pará, asimila el abuso sexual como un caso de violencia contra la mujer, reconociendo y garantizando a todas las mujeres el derecho a vivir una vida libre sin violencia, tanto en el ámbito público como el privado.

Teniendo en cuenta, una vez más, que las normas de la Convención Internacional son operativas en el marco de los ordenamientos internos de los países firmantes que la han ratificado, la comprensión de violencia sexual como una de las modalidades de la violencia contra la mujer o violencia de género es totalmente compatible con nuestro ordenamiento jurídico.



Recordemos que ROLDÁN primero se le insinuó diciéndole que había una sola cama, cuando en la foto se aprecia que había una cama matrimonial en el dormitorio y dos camas más en el living comedor (diván cama con cama marinera) y esto, a la luz de los hechos que ocurrieron después, sólo puede interpretarse como un velado anuncio de los propósitos que haría explícitos después, porque de hecho en el bungaló había lugar para cuatro personas, tal como le responde Julia, quien -evidentemente- no había captado el sentido sexual de la frase. Y por eso cuando ROLDÁN intentó besarla ella se sorprendió: "no sabía que me iba a saltar con esa", pero él siguió al acecho amedrentándola y entonces sí advirtió el peligro que suponía permanecer en el lugar junto a ROLDÁN, a quien a esa altura de los acontecimientos lo nombraba como un "loco" y un "degenerado", y por eso manifestó su intención de huir del lugar y protegerse al lado de su amigo.

Todas estas circunstancias fácticas configuran, de acuerdo a las definiciones legales y consideraciones dogmáticas a las que hice referencia, un claro contexto de violencia sexual al que Julia fue sometida del modo que lo requiere el tipo objetivo del art. 80 inc. 11 del CP.

Siguiendo con el análisis de la figura propuesta, cabe preguntarse si ROLDÁN obró con el dolo del tipo calificado.

Y sin duda este extremo también ha sido acreditado en la causa al punto que la misma sentenciante del primer voto lo reconoció cuando dijo que el móvil de la conducta homicida fue su *"pretensión sexual para con la víctima y el consiguiente rechazo por parte de ésta"*.

Es evidente que ROLDÁN, además de conocer que mataba a otro, conocía y quería matar a una mujer en una manifiesta situación de violencia de género, puesto que pudo reconocer la rotunda negativa por parte de la víctima para mantener un trato íntimo con él, según se desprende de los mensajes transcritos.

A esta altura, no tengo ninguna duda de que se encuentra acreditado el elemento normativo del tipo "violencia de género", porque ROLDÁN aparece en el escenario del hecho ejerciendo todo su poder y en virtud de la situación de supremacía en que se hallaba, dejó sin opción a la víctima, quien encontró la muerte en un inequívoco contexto de violencia sexual.

VI.- Cambio de calificación legal y readecuación de la pena.

Así, puede concluirse que la situación típica "violencia de género" está debidamente acreditada en la causa, por ello resultaría inútil acudir a un nuevo juicio, por lo que cabe casar la calificación jurídica otorgada por el Tribunal de Mérito a la conducta de ROLDÁN y encuadrarla en el delito

de Homicidio calificado por mediar violencia de género prevista en el art. 80 inc. 11 del CP.

Obviamente esta modificación de la calificación legal de la conducta atribuida al imputado conduce necesariamente a readecuar la pena que fuera impuesta en la sentencia, y teniendo en cuenta que la figura prevista en el 80 inc. 11 del CP no permite determinar la pena entre un mínimo y un máximo porque se trata de una pena fija, tampoco se justifica un reenvío a ese fin, fijando entonces la pena de prisión perpetua con las accesorias legales.

En el caso de marras la imposición de la pena perpetua no lesiona el principio de proporcionalidad que debe haber entre la sanción impuesta, la magnitud del delito y la culpabilidad del autor, ya que sin lugar a dudas el hecho de dar muerte en la forma en que lo hizo, es un delito que reviste singular y extraordinaria gravedad y posee una elevada magnitud del injusto, sin que por otra parte se hayan verificado razones o circunstancias que muestren un déficit relevante en la culpabilidad.

Sobre este punto entiendo pertinentes las consideraciones vertidas la causa "SCHIAFFINO, Juan M. S/ HOMIC. CALIF. POR EL VÍNCULO DE PAREJA CON LA VÍCTIMA - S/ RECURSO DE CASACIÓN", en cuanto se dijo: *"Pero además no se ha conculcado el principio de intangibilidad de la persona humana, ya que la pena impuesta no es un tormento psíquico porque no es real y absolutamente perpetua, conforme lo hemos enunciado más arriba, no habiéndose violado tampoco los principios de racionalidad mínima, ni de humanidad de las penas, ni de igualdad jurídica, porque de ninguna manera la imposición de la pena "perpetua" implica una "capitis diminutio" o muerte civil, sin posibilidad de rehabilitarse o reinsertarse en la sociedad el penado. Por otro lado, no podemos decir que la imposición de la pena perpetua sea cruel, inhumana o degradante, porque la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, en el artículo 1.1 prevé que 'no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas' y no es contraria al fin de readaptación social que inspira el régimen de la ejecución penal delineando en la Ley 24660, porque es sabido que el condenado a la pena de prisión perpetua está en condiciones de petitionar la aplicación de la libertad condicional al cumplir con los requisitos establecidos en el art. 13 del CP y, en virtud del principio de progresividad y resocialización que impera en el ámbito de la ejecución penal también le corresponde al condenado prisión perpetua el régimen de salidas transitorias y semilibertad -cfrt. arts. 12, 15, 16, 17 y*

28 de la ley 24660. En similar orientación se ha pronunciado este Tribunal Casatorio -aunque con distinta integración- en la causa "Cuevas Juan Carlos -Homicidio calificado por el vínculo- Recurso de casación". Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "M., D.E. y otro", del 07 de diciembre de 2005, estableció solamente la inconveniencia de aplicar una pena perpetua, en el caso concreto juzgado, a un menor de edad en conflicto con la ley penal, pero no decidió la incompatibilidad del instituto con la Carta Magna".

Por estos argumentos considero que la aplicación de la pena perpetua al enjuiciado es razonable y acorde a las garantías constitucionales.

VII.- Planteo de la Defensa.

Al contestar esta cuestión tengo en cuenta que el Sr. Defensor durante la audiencia de Casación, no hizo ninguna mención a los agravios de la Fiscalía. No opuso ningún reparo en contra de la propuesta de recalificación de los hechos en la figura de femicidio ni interpuso reparos en contra de la pena perpetua que le corresponde, a pesar que como lo prevé el Código Procesal Penal se le dio la palabra en segundo lugar para que pudiera, si es que así lo creía conveniente, contestar las alegaciones de la otra parte.

De tal modo que, al no contar con ningún argumento que contrarreste los expresados por la Fiscalía, respecto a la recalificación del hecho y adecuación de la pena a esa calificación, no cabe hacer ninguna consideración al respecto.

Como ya lo señalé, la defensa en el escrito recursivo y luego en la audiencia, limitó su agravio al tratamiento que la mayoría le dio a la tercera cuestión, porque consideró arbitrarios los criterios que se utilizaron para la determinación judicial de la pena que condujeron a la mayoría del Tribunal a apartarse del monto de 12 años propuesto por la Vocal del primer voto.

Ahora bien, la calificación del hecho en la figura de femicidio y la consecuente imposición de una pena fija que no admite su determinación entre un mínimo y un máximo (art. 80 inc. 11), impide la revisión de los criterios mediante los cuales los Sres. Magistrados consideraron que el monto seleccionado por la Sra. Vocal del primer voto no era el adecuado a la gravedad del injusto y la culpabilidad, y decidieron un monto mayor.

VIII.- Por estas razones considero que el recurso interpuesto por la Defensa debe ser rechazado y debe hacerse lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal, Dr. Lisandro BEHERÁN (a fs.

144/146), contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2014 y, en consecuencia, se debe casar el pronunciamiento impugnado en cuanto a la calificación legal seleccionada para el hecho enjuiciado, el cual se subsumirá en la figura de Femicidio (art. 80 inc. 11 del Código Penal), e imponer al Sr. Osvaldo Andrés ROLDÁN la pena de prisión perpetua.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, **Dr. CHAIA**, dijo:
Habiendo resumido la Vocal preopinante los planteos recursivos, me remito a ellos a fin de evitar reiteraciones y, conforme el desarrollo legislativo y dogmático que reseña en su voto, he de compartir la solución que en el mismo se propugna.

No obstante ello, quisiera agregar algunas consideraciones que juzgo pertinentes y ajustadas al caso bajo análisis.

a- Los recursos: Me permito destacar -en puridad- que, el recurso interpuesto por la Defensa técnica de ROLDÁN, se centra exclusivamente en la determinación de la pena que se le impusiera a su pupilo, considerando en lo medular que la misma resulta arbitraria, que no contempla los parámetros legalmente establecidos -arts. 40 y 41 CP- sino que atiende, indebidamente dice, a diversas circunstancias. Por su parte, el recurso interpuesto por el Representante de la Acusación Pública, se agravia por no haberse receptado la calificación legal propuesta, esto es femicidio -art. 80 inc. 11 CP-, aunque al momento del juicio había solicitado además, se encuadre el hecho en el inc. 2 del mismo artículo, por entender que el homicidio se había realizado con alevosía -lo que no es mantenido en esta sede-.

Esta es en definitiva la discusión que plantean acusación y defensa, quedando consolidados aspectos no debatidos ni rebatidos al momento del juicio y sobre los cuales no es posible regresar atento a que debemos ceñirnos a la estrategia del caso de cada parte.

Al respecto, cuadra señalar que conforme lo dispone el CPP, la interposición del recurso de casación fija los límites de incidencia que sobre el proceso y su resultado tiene esta instancia, lo que se explica a partir de la respuesta que obtienen los agravios pero además, establece de modo definitivo los hechos que no son motivo de impugnación -agravio- y que por ello, adquieren firmeza, operando la preclusión de cualquier intento de retornar sobre los mismos.

En esta causa, no ha sido materia de agravio la existencia del hecho, y de la autoría material y responsable de ROLDÁN en el homicidio de Julia FLAMMINI, en las circunstancias y bajo la forma en que quedó definitivamente fijada la primer cuestión de la sentencia atacada, por lo

que, más allá de las consideraciones que sobre la motivación pueda hacerse, ha quedado, por voluntad de las partes, así establecido.

b- Su tratamiento: Atendiendo a razones prácticas y de lógica argumental, resulta primordial tratar los aspectos relativos a la calificación legal otorgada al suceso como estadio previo y necesario para, en forma posterior, valorar la justeza de la determinación de la pena.

En orden a la agravante por alevosía, como dije anteriormente, no habiendo sido materia de agravio, conforma las circunstancias consentidas y ajenas a la presente casación, por lo que corresponde adentrarse a dilucidar, centralmente, si en autos estamos ante un homicidio simple -como se afirma en la sentencia en crisis- o bien, ante un homicidio agravado en virtud del art. 80 inc. 11 del CP, tal como pretende la acusación fiscal recurrente-.

En esa senda, a modo introductorio debo señalar que el delito de femicidio, incorporado a nuestro Código Penal a través de la Ley 26791, - en el marco del compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al signar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de la Mujer, Ley 24632- tiene un contenido eminentemente político en tanto, denuncia social contra la naturalización de la violencia sexista pretendiendo modificar patrones socioculturales para obtener la igualdad de sexos sin que puedan admitirse justificaciones provenientes de inveteradas costumbres, tradiciones, ideologías discriminatorias, pautas culturales o prácticas que permitan descalificar a la mujer, cosificarla, degradarla menoscabando su integridad sólo por el sexo biológico al que pertenece, haciéndole perder su identidad y libertad.

Si bien no se cuenta con estadísticas oficiales, la Asociación Civil La Casa del Encuentro -a través del Observatorio de Femicidios en Argentina 'Adriana Marisel Zambrano'- ha producido monitoreos desde 2008, que han arrojado un total de 1236 femicidios en cinco años, resultando de ello la cifra de un asesinato por violencia sexista cada 35 horas, en nuestro país, en el período 2008-2012 (fuente: <http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html>).

Tenemos entonces que la norma fija la pena de prisión perpetua para aquel que mate *"a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género"*.

Esa formulación legal, es la que ha llevado a la doctrina a afirmar, como bien sostiene y explica la Vocal que me antecede, la necesidad de que el homicidio en cuestión se dé en un *"contexto de violencia de género"*; por lo tanto, de la delimitación de los términos utilizados por el

legislador surgirá la posibilidad de calificar o no al hecho analizado bajo esa figura típica.

Así las cosas, he de destacar -como también resalta la Dra. Davite- que el mentado contexto de violencia de género es claramente uno de los denominados "elementos normativos" del tipo penal. Estos, a diferencia de los descriptivos (como son en el caso, la delimitación del sujeto activo -un hombre- y del sujeto pasivo -una mujer-), requieren una interpretación que va más allá de la mera constatación fáctica de circunstancias perceptibles por los sentidos.

Dichos elementos normativos del tipo, son tales en cuanto integran la descripción con valoraciones de otro orden, exigen al intérprete valerse de parámetros que exceden el tenor literal o las descripciones naturalistas y que, por lo tanto, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos. Predominan, así, valoraciones propias que requieren un juicio de naturaleza jurídica, fundado sobre pautas culturales-sociales. En palabras de ROXIN, los elementos normativos requieren una comprensión espiritual, y citando a Engisch, destaca que serán elementos normativos aquellos que presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales -cfr. ROXIN, DP PG, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001, p. 305/307. En similar sentido, BACIGALUPO, DP PG., Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 226; CREUS, C. DP, PG. Astrea, Bs. as., p. 207/208-.

Ahora bien, vemos que entre los fundamentos que dan pie al debate parlamentario del Proyecto que finalmente se convirtió en Ley 26791, se describió al elemento típico de *violencia* como *"todo tipo de violencia ejercida contra la mujer por su condición de tal. Esta violencia, es consecuencia de la histórica posición de la mujer en la familia patriarcal, subordinada al varón, carente de plenos derechos como persona, presentando numerosas facetas que van desde la discriminación y el menosprecio hasta la agresión física o psicológica y el asesinato. Produciéndose en muy diferentes ámbitos (familiar, laboral, formativo, etc.), y adquiere especial dramatismo en el ámbito de la pareja y doméstico, en la cual anualmente, decenas o cientos de mujeres son asesinadas a manos de sus parejas en diferentes países del mundo"*.

En cuanto a la tipificación misma, se refiere en dichos fundamentos, que la figura de femicidio *"toma en consideración: la relación inequitativa entre los géneros, la estructura de poder y el control que tienen los hombres sobre las niñas y mujeres o personas de identidad de género femenina por el solo hecho de serlo"*, trayendo a colación que en países donde no se ha previsto la figura, *"este delito es juzgado como un homicidio, parricidio o infanticidio de acuerdo a cada legislación en*

particular; por todo esto tiene que haber un equilibrio entre el debido proceso hacia el victimario y la garantía de su derecho de legítima defensa con la garantía de los derechos de las víctimas y también de las víctimas colaterales de los femicidios" (disponible en <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/verExp/parla/S-1872.12-PL>).

En ese cometido, resulta necesario analizar el contexto, bajo el prisma de las valoraciones jurídico-culturales a fines de delimitar los alcances del elemento *violencia de género*, en relación a la tipificación penal del femicidio.

En esa faena, la Vocal de primer voto en la sentencia en crisis, rechaza la aplicación de esta agravante, por entender que no se dan las circunstancias que la norma reclama para su procedencia. Ello así, por cuanto entendió que entre la víctima y el imputado no existía una relación de *"subordinación"*, puesto que -afirma- la mujer, se encontraba *"alejada de esos paradigmas de vulnerabilidad"* en razón de su carácter e independencia tanto profesional como económica y por ello, *"no susceptible de ser enmarcada dentro de alguno de los factores de riesgos precedentemente enunciados"*. Con esta interpretación, excluye la aplicación de la agravante, lo que a mi entender resulta erróneo.

En efecto, del análisis conglobado del caso y sus circunstancias con las previsiones legales fijadas precedentemente, surge evidente la existencia de indicios harto suficientes para afirmar la ocurrencia del *"contexto"* de violencia de género requerido por el tipo del art. 80 inc. 11 CP.

Ello así puesto que, en el bungaló en que tuvo lugar el hecho que nos convoca, se encontraban solo Julia FLAMMINI y el imputado ROLDÁN. Según las constancias de la causa, Julia pesaba unos 60 kgs., mientras que ROLDÁN presentaba un mayor poderío físico, tanto por su peso como por su contextura el que se vió incrementado por la utilización en la especie de un arma blanca -cuchillo tipo "Tramontina"- para acometer contra esta mujer. Si bien estos elementos hablan de por sí sobre la situación específica y concreta de vulnerabilidad especial en la que se encontraba FLAMMINI, no son los únicos.

Es que, si bien la utilización de la fuerza física resulta relevante para la valoración del *"medio comisivo"* -descripción de la acción, por ejemplo, en la agravante por alevosía-, no parece haber sido el criterio medular tenido en cuenta por el legislador al regular la figura de femicidio, por cuanto debe hurgarse en búsqueda del elemento característico que lleva a justificar la presencia de otra figura diversa en la normativa penal que ya contemplaba -entre otros- en el art. 80 inc. 2º -homicidio con alevosía- e

inc. 7º -homicidio *criminis causae*-.

En esa línea, va de suyo que la regulación de una conducta como el femicidio no se encuentra exenta de controversias. Así, se ha planteado la cuestión de si dicha regulación responde a la postulación de un nuevo "*bien jurídico*" afectado o a un "*plus*" de injusto en relación a las otras figuras de homicidio calificado. En ambos casos, estamos ante el femicidio como figura "*pluriofensiva*", en tanto delito que afecta a una pluralidad de bienes jurídicos -como mínimo, la vida y la libertad sexual- con la presencia de un elemento adicional conformado por la discriminación y subordinación implícita en la violencia -TOLEDO VASQUEZ, P. *Femicidio / Feminicidio*, Didot, Bs. As., 2014, p. 185 y ss.-.

El Superior Tribunal Constitucional español ha remarcado que "*ciertas acciones son más graves, mas reprochables socialmente, porque son expresión de una desigualdad y de una situación de abuso de poder, de una situación de discriminación en que se encuentran muchas mujeres*" -STC, 59/2008, sent. del 14/05/08-, volcándose a considerar que la regulación del femicidio trasunta la protección de un bien jurídico más amplio que en las restantes figuras agravadas de homicidio, en tanto este delito atenta también contra "*la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas de forma violenta, en un ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer*" -STC, 45/2009, sent. del 19/02/09-.

En nuestro ordenamiento, y conforme la interpretación del articulado incorporado por la Ley 26791, se entiende que "*la voluntad del legislador es evitar que la violencia de género desemboque en un homicidio. Ahora bien, se requiere un plus sobre el homicidio, el cual de por sí tiene violencia en su esencia. Para que configure este delito es necesario que las agresiones contra la mujer sean previas al homicidio, antes de llegar a la última violencia de todas, la muerte. Creemos que no debería ser considerado para aplicar este agravante ni la extensión ni la intensidad de la violencia que se haya ejercido (insultos, agresiones, etc.), mientras que haya sido efectivamente ejercida, sin importar que haya sentencias condenatorias previas, pero sí personas o evidencias que acrediten los hechos de violencia de género, todo ello en favor del ámbito de protección del bien jurídico tutelado en este caso, la vida y el derecho a la igualdad de la mujer*" -cfr. Molina-Trotta, 'Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados', en La Ley AR/DOC/6082/2012-.

El inc. 11 del art. 80 tiene su razón de ser en captar situaciones distintas de las previstas en las restantes agravantes. No cualquier homicidio en que la víctima sea mujer será un femicidio: **lo esencial**

aquí es la calidad de la víctima de ser mujer -en tanto tal-, no desde un aspecto naturalístico -genital/biológico- sino histórico -cultural-género-.

Por tanto, existe **violencia de género no por la modalidad misma del ataque** -la que sí es relevante a los fines, por ejemplo, de la calificación del art. 80 inc. 2-, **sino por el móvil que incidió en la decisión del agente de matar: en autos, por no haber accedido - como mujer- a satisfacer los deseos de él -en tanto hombre-**.

Ello trasunta la idea de la mujer como "*no-persona*", negando su carácter de sujeto libre, autónomo. La autonomía, así entendida, hunde sus raíces en la filosofía kantiana -*summum* de la ilustración europea-, que proscribía la "*cosificación*" de una persona, su utilización como un medio, y que pregonaba abiertamente que se considere a todo ser humano siempre como un fin en sí mismo, de cuya libertad ningún otro puede disponer ilegalmente -KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cap. II-.

Esta circunstancia, en tanto móvil que conduce al homicidio y que instala la heteronomía donde debe reinar la autonomía, es relevante no como pensamiento o elemento meramente "subjetivo" del agente -que nos acercaría a las consideraciones de un derecho penal de autor-, sino como agravante específica por lo que el homicida, a través de la configuración de su hecho, **comunica socialmente: que la mujer debe someter su voluntad a los deseos del hombre, sin posibilidad de resistencia** lo que abiertamente colisiona con lo dispuesto en el art.3º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer al disponer que "**toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado**".

Esto ha llevado a alguna doctrina a postular la noción de **delitos de sometimiento**, como especie de los denominados *homicidios por odio*. Así, se ha dicho que "*en lugar de focalizarnos en los motivos como un mero estado mental, hay que mirar lo que estos señalan. Estos dan cuenta de algo más que un mero estado subjetivo. Los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo (...) la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometándose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se*

presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto" -cfr. PERALTA, "Homicidios por odio como delitos de sometimiento" -en <http://www.indret.com/pdf/1005.pdf>-.

Vemos entonces, que **el accionar del feminicida no sólo se dirige a matar a una mujer, sino a censurar -comunicativamente, a través de ese delito- la forma de actuar de la víctima** -su modo de vida-, que según él, no tenía derecho a obrar como lo pretendía hacer **-en este caso: que como mujer, carecía de derecho a rehusarse a mantener con él relaciones sexuales-**.

Por ello se habla de "*sometimiento*": se busca no sólo forzar a la víctima a realizar algo que está en contra de su voluntad, sino ulteriormente *-i.e. comunicativamente-* expresar una absoluta censura a esa pretensión de actuar libremente.

En otras palabras, **sólo se le reconoce el derecho a continuar existiendo en la medida en que se someta a la voluntad del otro. Así, la víctima evita la agresión, el acometimiento violento, sólo si lo complace, si se somete, su negativa determina la sentencia de muerte.**

Esta situación es intolerable. Si lo que se pretende es la convivencia de personas en una sociedad de iguales, no puede darse por sentado que, por el sólo hecho de que una mujer se aloje en una cabaña del Complejo Termal con una persona de sexo masculino a propósito de ir a un recital junto a un grupo de personas, ello de por sí, habilite al varón a recibir el trato deseado por parte de la mujer que, tampoco esta obligada a complacerlo, ni a aceptar sus propuestas sin que esa conducta pueda tomarse como la creación de un riesgo desaprobado que merezca computarse en su contra.

No existe ni puede juzgarse a la víctima bajo la lupa de haber actuado, en cierta medida como agente "provocador" de la situación que la llevó a su muerte y con ello, eventualmente merecedora de algún tipo de juicio disvalioso por el hecho de haber llegado sola al lugar donde había un varón -además, vimos que no eran esos los planes originales, el sospechado iría con su hija que finalmente no fue-.

Así como se asume "normal" o "natural" que vaya un hombre -varón- a ese sitio, no debería llamarnos la atención que sea una mujer la que concurra. Estamos frente a personas adultas, libres y nada ni nadie puede exigirles, como tampoco presumirse la existencia de una autorización para mantener relaciones más allá de las deseadas o consentidas y más aún, que el rechazo habilite y/o justifique la utilización

de la violencia como mecanismo persuasivo.

Al pensar así, que tiene derecho sobre la otra, *"el autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto 'carente de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión'. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre"* -cfr. artículo de PERALTA, citado-.

Aclarado estos conceptos y retomando el caso, remarco una vez más que en la especie no se discute el hecho ni la autoría, en tanto que la plataforma fáctica es la que ha quedado incuestionadamente plasmada en la sentencia.

De este modo, es posible sostener que los mensajes de texto que la víctima remitiera a su amigo Pablo no sólo demuestran que el imputado le hizo insinuaciones de carácter sexual -*"este chabón me salió con un martes 13", "me quiso besar"*-, sino que además provocó en Julia un estado de miedo y alteración al tiempo de repeler esas insinuaciones tal como se lee cuando escribe: *"Yo con este degenerado acá no me baño", ... "si entro al baño y se me tira encima, yo lo mato"*.

Finalmente, el último mensaje que la víctima logró enviar, da cuenta inequívocamente que se veía en una situación que, entendía, no podía dominar, ante un potencial agresor que, de atacarla, no podría contrarrestar, por lo que directamente opta por buscar irse a otro bungalow -*"voy para tu habitación, que numero es"* le escribió a MONTE-, lo que a la postre no pudo concretar por el ataque de ROLDÁN.

Esta situación, objetivamente nos permite sostener la idea del intento de sometimiento, el rechazo a complacer al agresor y el desenlace violento en el marco de un contexto de género.

Como dije, el voto preopinante de la sentencia de mérito excluye este *"contexto de género"* por tratarse de una mujer con *"carácter"*, de un *"hombre no-violento"*, y por no haber una *"relación previa"*. Ninguno de esos aspectos son requeridos por el tipo ni permiten descartar *per se* el femicidio.

El hecho de que una mujer *"tenga carácter"* no resulta relevante, incluso una mujer así hasta -vía hipótesis- una mujer violenta o un hombre aparentemente débil, pueden verse inmersos en un caso de violencia de género **puesto que lo esencial en la tipificación no es un sondeo, cálculo o medición de "fuerzas"** entre los intervinientes - siempre, ante un homicidio, estamos ante una víctima que 'perdió' la contienda en el terrero de la fuerza- **sino la anulación de la autonomía y poder de decisión de la mujer como tal, repito, no**

desde un punto de vista físico-naturalístico, sino cultural.

Así, el "*contexto de género*" que debe valorarse no responde a la constatación de quien tenía más fuerza o posibilidad de resistir un ataque físico, sino a **"qué voluntad sometió o buscó someter a qué voluntad"** y en ese marco, **dado los mensajes con que contamos, es evidente que el autor buscó someter a la víctima y ante su negativa, termina asesinándola negándole con ello su libre determinación** -quizás su derecho a permanecer allí con él, pero sin que entre ellos pase algo- y es allí donde aflora el "sometimiento" y el no reconocimiento de su condición de "igual". Siendo que el femicidio implica la muerte de la mujer por su condición de tal, mientras que en los homicidios el género de la víctima resulta indiferente -versión taquigráfica 18/04/12-.

En nuestro medio, se estereotipa al común de las mujeres, ciertamente se les desconoce o priva del ejercicio digno e igualitario de sus derechos ante la prevalencia de esquemas organizativos de tipo machistas, guiados por pautas culturales androcéntricas -del griego, andro: varón, introducido por Charlotte Perkins Gilman, en su obra *The Man-Made World, or, Our Androcentric Culture*, 1911-, siendo posible advertir cómo, quizás quedarse en ese sitio estos adultos solos, pudo ser interpretado como un síntoma de que "*todo está permitido*" por parte del varón y ante la férrea negativa de la mujer -inferible a través de los mensajes: "*me salió con un martes 13*", "*me quiso besar no se q onda*", "*me quiero matar boludo*", "*no te rías es tristísimo*", "*no sabía que me iba a saltar con esa*", "*con este degenerado acá no me baño*", "*voy a tu habitación ahora*"- puede generarse una situación de rechazo violenta y la consecuente búsqueda de sometimiento por parte de quien interpreta es "*dominante*" y no admite un "*no*" como respuesta.

Y ese es el "*contexto*" de género que omite valorar la sentencia para otorgarle un plus sobre el homicidio simple. Esta figura no requiere la existencia de una relación de pareja previa tal como afirma el fallo, fácil es advertir que ello no configura un requisito típico; la figura de femicidio puede darse aún en relaciones casuales, ocasionales, fugaces, transitorias, efímeras o pasajeras bastando con la supresión de la voluntad en los términos aquí esbozados.

Tampoco obsta la selección típica de femicidio el hecho de tratarse de una profesional pues la ley no limita ni excluye a sujetos pasivos con título universitario, terciario, ni de otro nivel educativo, sería, creo, prejuicioso pensar que las universitarias no pueden ser sometidas a situaciones como las que el tipo penal exige ni queda reducida su

aplicación a mujeres sin ese nivel de estudios. La figura no hace distinciones y puede darse respecto de cualquier mujer sin importar la condición social, el grado de instrucción, estado civil o creencia religiosa.

Lo expuesto no conduce inexorablemente a sostener que todo homicidio de una mujer es femicidio, como vimos, lo central es la anulación -o su intento- de la voluntad de la otra por su género en los términos antes descriptos y que por supuesto, va más allá del vencimiento de la resistencia de lo que sería por ejemplo, un abuso seguido de muerte -art.120 CP-.

Por todo ello y las consideraciones que vertiera la señora Vocal preopinante, entiendo que el hecho de marras encuadra en la figura típica descripta en el artículo 80 inc. 11 CP, por lo que debe readecuarse, conforme se peticionara, la calificación legal del hecho enjuiciado.

En virtud de lo precedentemente expuesto, deviene abstracta la consideración sobre la arbitrariedad del *quantum* punitivo aplicado tal cual lo impetra la defensa técnica del acusado toda vez que el cambio de calificación que aquí se acompaña, importa la modificación también de la sanción a aplicar la que es fijada -y "fija"- por el artículo referido, correspondiendo la pena de prisión perpetua, que se erige así como sanción a imponer en autos.

c- La pena: Conforme la calificación asignada y la pena escogida estimo necesario señalar que la misma aparece proporcional a la magnitud de injusto y culpabilidad detentando validez Constitucional más allá de las críticas que puedan dirigírsele.

Es que, en un sistema Republicano de Gobierno, es el legislador quien tiene la facultad Constitucional de establecer las "*penas*" para cada "*delito*" sin que el juez pueda obviarlas según su criterio u opinión, salvo claro está, el control de legitimidad constitucional que le asiste, siendo ésta una de las funciones más delicadas de la jurisdicción considerada como *ultima ratio*, por cuanto las normas correctamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de su validez -CSJN. Fallos: 305:304, 263:309-.

La función de legislar esta materia es atribuida de manera exclusiva al legislador y el juez no puede desplazarlo para imponer su punto de vista sin desconocer con ello la facultad que expresamente le otorga el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, lo que por otra parte importaría un avasallamiento de potestades del Poder Legislativo invadiendo atribuciones propias de ese Poder de dictar el Código Penal y perfilar los tipos penales, sus consecuencias punitivas en la protección de los "*bienes jurídicos*".

Aceptar lo contrario, desequilibraría el sistema institucional de los tres Poderes, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un Poder encargado de asegurar ese cumplimiento con el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros Poderes -CSJN, Fallos: 226:688; 242:73; 285:369 y 314:424 entre otros-.

En punto a la pena en concreto, la consecuencia del principio de "*culpabilidad*" que mide y limita la "*magnitud de injusto*", -entre otros: JESCHECK, Tratado de derecho penal, Comares, 1993, PG., p. 19, MIR PUIG, Estado pena y delito, p. 40, ROXIN, Derecho penal, PG., Civitas, 1997, PG., p. 793- hace necesario -obligatorio diría- que el legislador "tase", "justiprecie", "valore" como quieran llamarlo, el monto de la pena que se aplicará a quien lesione o ponga en peligro los bienes descriptos en las figuras típicas.

En este caso, es evidente que esa lesión es importantísima y de ahí que el monto de la pena resulte proporcional y compatible al hecho y a la culpabilidad demostrada por el agente en su ejecución. Sin embargo, aún ante esa conducta, el derecho argentino ha querido bajo ciertas pautas temporales y de tratamiento penitenciario, permitir el egreso del imputado por tanto es dable concluir que la llamada "prisión perpetua" - más allá del *nomen iuris*- no es tal.

En principio y por extensa que sea la duración de la condena, ello no resulta incompatible con el fin resocializador que informan los artículos 6.5 de la CADH y 18 de la CN, sin perder de vista que el sistema penitenciario, al amparo de la ley 24.660, tiene como propósito lograr que el interno adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, a cuyo fin establece un régimen de "progresividad", promoviendo, conforme su evolución favorable, la incorporación del condenado a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas de la unidad carcelaria regidas por el principio de autodisciplina.

Este tema ha sido abordado en amplitud por este Tribunal que ha desestimado los planteos de inconstitucionalidad de la pena, posición que ha mantenido y reiterado hasta el precedente: "ALVAREZ - ZAPATA", y "MAILLO".

Así desde el fallo "CUEVAS" - hasta el presente, el Tribunal ha señalado que las penas son "*sólo formalmente perpetuas la prisión y la inhabilitación aplicadas porque normas sustantivas específicas permiten*

su conversión y determinación si se cumplen ciertas condiciones (por ej., arts. 13 y 20 ter, del C. Penal), contándose con la posibilidad cierta de obtener también a través de institutos políticos como el indulto o la conmutación reducciones de similar índole, el régimen penitenciario de la Ley Nº24.660 previsto para los condenados en base a la progresividad y abarcando los períodos de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional, es aplicable "cualquiera fuere la pena impuesta" (art.12), teniendo como objetivo de la ejecución de la sanción privativa de la libertad, "en todas sus modalidades", lograr que aquél adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, debiendo utilizarse todos los medios de tratamiento para esa finalidad (art. 1º), estando sometida al permanente control judicial (art. 3º) y con la perspectiva de limitar el alojamiento del condenado en establecimientos cerrados, promoviéndose en lo posible y en la medida de su evolución favorable la incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina (ver arts. 6º, 7º, 8º, 9º y concordantes), con lo cual el objetivo de readaptación y resocialización está asegurado, al menos potencialmente, para Cuevas en el trámite de ejecución de su condena a prisión perpetua, no habiéndose aportado ningún elemento de parte de la recurrente que lo ponga en duda o lo comprometa en esos alcances, dependiendo fundamentalmente a partir de ahora para lograrlo de sus propias respuestas positivas y de la adaptación a pautas de comportamiento que lo alejen de la posibilidad de delinquir...".

Tales conceptos resultan de plena aplicación al *sub-examine*, correspondiendo entonces la aplicación de la **pena de prisión perpetua atento a la recalificación del hecho, conforme con el art. 80 inc. 11 CP**, pena que aparece justa y con plena validez constitucional.

Así voto.

A su turno el Señor Vocal, **Dr. PEROTTI**, dijo:

La Vocal preopinante ha reseñado con exhaustiva profundidad el marco fáctico del presente recurso, y ha desarrollado con sabiduría los alcances de la figura de femicidio, que ha sido el meollo de la discusión deliberativa, concluyendo que la conducta reprochada al imputado ROLDAN -que se tiene por fehacientemente comprobada- resulta subsumida en el tipo penal contenido en el Art. 80 inc. 11º del Cód. Penal.- Adhiero plenamente a tan calificado voto, como comparto igualmente los interesantes aportes que, a título de exquisito complemento, incorpora el Dr. CHAIA en oportunidad de realizar el

segundo voto.-

Sólo en calidad de humilde aditamento, y para dar mayor contundencia -si es que cabe- a tan ilustrados votos precedentes, y reiterando que coincido "*in totum*" con las apreciaciones de mis dos distinguidos colegas, agrego que es deber de mi parte reconocer que al ser publicada la ley N° 26.791, allá por el mes de Diciembre del año 2.012, tuve algunas reservas en cuanto a la constitucionalidad de esta nueva figura penal, sobre todo porque, ante el auge punitivo (enraizado más en reclamos populistas que en exigencias científicas) cada día advertimos más la veracidad de aquél trabajo genialmente escrito por SILVA SANCHEZ y que tan elocuentemente titulara: "La expansión del Derecho Penal".-

Empero, a poco de andar en el tiempo, gracias a la serena labor reflexiva y con la obvia ayuda de distintos trabajos doctrinarios, aquélla duda vinculada a la posible afrenta de esta figura con los postulados de la Carta Magna, fue desvaneciéndose hasta disiparse por completo.

Insisto en algo que para mí se ha tornado imperioso ante la aparición de una nueva figura penal, que es la de tamizar la misma al conjuro de un severo test de constitucionalidad, porque ésta es -sin margen de dudas- la primera gran función de un Juez en el marco de una Justicia que se precie de independiente.

En el caso de la figura del Art. 80 inc. 11º CP, cabe advertir que autorizadas voces reclamaron por su conculcación a principios elementales de la C.N., apoyándose en serios fundamentos.- Las razones que invocan son de cuatro órdenes: **a)** Conculca el principio de igualdad ante la ley, pues implica una hiperprotección de la mujer.- **b)** Supone un atentado al principio de culpabilidad, ya que constituiría un ejemplo del llamado derecho penal de autor, en tanto y en cuanto la sola condición de hombre se transformaría en una presunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad.- **c)** Afecta el principio de inocencia, pues bien puede decirse que si lo que fundamenta el incremento de la pena es la variable de género, toda la carga de la prueba de la inexistencia de tal contexto debería quedar en cabeza del agresor, lo cual conduciría a admitir que el inc. 11 del Art. 80 establece una presunción *juris tantum* "contra reo". **d)** Finalmente, atento a la vaguedad o equivocidad del término "violencia de género", podría transgredirse el principio de legalidad, pues dicho concepto no cumpliría con el postulado de la "*lex certa*" que es una de las cuatro instrucciones establecidas para cumplir con el mandato del "*nullun crimen sine lege poenale previa*" (para mayor amplitud de los cuestionamientos constitucionales que esta nueva figura penal trae

aparejado, ver los trabajos de Alejandro KALBERMATTEN en **"Reflexiones sobre el femicidio"**, en LA LEY - Suplemento Penal y Procesal Penal Nº 2 de Marzo de 2014, y sobre todo, de Ivana BLOCH, **"Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Cód. Penal Argentino"**, en Rev. de Derecho Penal y Procesal Penal Nº 10, Abeledo Perrot, Octubre de 2014).

Sin embargo, me sumo a la opinión de Omar BREGLIA ARIAS y de Luciano CENSORI en el sentido de que los aludidos cuestionamientos de orden constitucional, siendo serios, son también fundadamente refutables.- (confr. los artículos "La reciente ley modificatoria del art. 80 del C.P. y la violencia contra la mujer" del primero de los autores citados, en Suplemento LA LEY de Abril/2013, y el trabajo: "El delito de femicidio y su constitucionalidad" del segundo autor, publicado e Rev. de Pensamiento Penal, Edición 177 del 30/Junio/2014).

Porque no se afectaría, en primer lugar, el principio de igualdad **(a)** porque es evidente que la violencia del hombre hacia la mujer puede, en ocasiones, presentar ciertas particularidades que dotan al injusto de un "plus" frente a las restantes agresiones. No pocas veces la violencia es utilizada por el hombre para demostrar que ostenta el poder, y además, como mecanismo para evitar que las mujeres puedan salir de la situación de subordinación en que se encuentran.-

En segundo lugar, el tipo en cuestión NO vulnera el principio de culpabilidad **(b)** ya que NO todo hombre que mata a una mujer es pasible de incurrir en el tipo penal de femicidio, sino tan sólo aquél que realiza su conducta mediando violencia de género.

En tercer término, y en cuanto al consagrado principio de inocencia **(c)** desecho lo que alguno calificó como "presunción *juris tantum contra reo*" ya que considero elemental que en estos casos el órgano acusador tendrá la carga de probar no sólo los extremos básicos (que el autor del homicidio sea un hombre y que la víctima sea una mujer) sino que fundamentalmente el titular de la acción pública deberá demostrar que la muerte se perpetró dentro de un contexto de violencia de género. De modo tal que, además del desvalor de resultado (muerte de la mujer) el tipo penal exige que el mismo se hubiera producido en un ámbito específico en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, basada en una relación desigual de poder, circunstancias éstas que deben integrar el tipo penal y consecuentemente, ser sometidas a las reglas de la prueba en el respectivo proceso penal.-

Finalmente, y aunque reconozco que el término "violencia de

género" es una expresión que puede conducir a equívocos lingüísticos y así ampliar la posibilidad de decisiones personales (discrecionales) de los Jueces en la configuración del hecho que se prohíbe -afectando así el principio de legalidad (**d**)- en rigor de verdad el concepto de "género" se usa corrientemente para designar e individualizar un específico tipo de violencia: la violencia contra la mujer. Como la Ley 26.485 (citada en los votos precedentes) define taxativamente en qué consiste el concepto de "Violencia contra la mujer" (en su Art. 4º), comparto con BUOMPADRE en que en realidad no se estaría creando una nueva figura típica, sino que se está integrando el tipo con otra ley, SIN PONERSE EN RIESGO EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD PENAL.

Afirmada la constitucionalidad de la figura penal en examen, analizaré sucintamente sus presupuestos o requisitos tipificantes, para concluir si, en el caso concreto, es posible subsumir la conducta del inculpado ROLDAN en esta figura en estudio.

Anticipo mi respuesta positiva, entendiendo que de las constancias probatorias legítimamente incorporadas a este proceso -y que tan bien reseñara la Vocal pre-opinante- demuestran acabadamente que la muerte de Julia FLAMMINI se dio dentro de un especial contexto: el de VIOLENCIA DE GÉNERO.

Tuve oportunidad de pronunciarme como primer voto en la causa: "**MARTINEZ, Máximo S/ HOMICIDIO AGRAVADO**", donde expresé que "... éste es el llamado "femicidio" (que algunos autores lo diferencian del "feminicidio", al que consideran el género, y aquél, apenas una especie) que bien puede conceptualizarse como *"la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres"* (según la jurista **Hilda Morales Trujillo**, en su obra "**Género, Mujeres y justicia**", pág. 92).

Para precisar el concepto de "violencia contra la mujer", nada mejor que recordar el Art. 4º de la Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que la define: *"toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal"*.

La acreditación de los extremos fácticos obrantes en la causa, que permiten configurar en el sub exámine la subsunción del accionar del imputado ROLDAN en el tipo penal del Art. 80 inc. 11º del C.P., ya han

sido analizados exhaustivamente por la Dra. DAVITE al examinar el plexo probatorio a los cuales me remito por no tener más que sumarme al mismo.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL, Dra. DAVITE, DIJO:

En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba luego del tratamiento de la cuestión primera corresponde imponerlas a la parte vencida

No corresponde fijar los honorarios profesionales del abogado interviniente ya que no fue solicitado.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, **Dr. CHAIA**, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal preopinante.

A su turno el Señor Vocal, **Dr. PEROTTI**, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal, **Dra. DAVITE**.

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto, y por los fundamentos del acuerdo que antecede, queda acordada la siguiente;

SENTENCIA:

I.-HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal (a fs. 144/146), contra la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2014 del Tribunal Oral en lo Criminal y, en consecuencia, **CASAR** el pronunciamiento impugnado en cuanto a la calificación legal seleccionada para el hecho enjuiciado, subsumiendo este último en la figura de FEMICIDIO (art. 80 inc. 11 del Código Penal), **CONDENANDO** al Sr. Osvaldo Andrés ROLDÁN a la pena de PRISIÓN PERPETUA. **RECHAZAR**, en consecuencia, el Recurso de Casación interpuesto por el Defensor Técnico Dr. Pablo L. DI LOLLO (a fs. 91/143 y vta.).

II.-IMPONER las costas a cargo de la parte recurrente vencida

III.-NO REGULAR honorarios profesionales a los letrados intervinientes por no haberlo peticionado en forma expresa.

IV.- NOTIFIQUESE al encausado **Osvaldo Andrés ROLDAN** de lo aquí resuelto, con entrega de copia del presente acto sentencial.

V.- Protocolícese, notifíquese, y en estado, devuélvase.

HUGO D. PEROTTI

MARCELA A. DAVITE

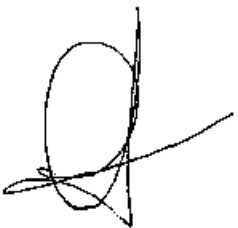
RUBEN A. CHAIA

An-//

//-te mī:

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'd' followed by a horizontal stroke.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Concurso para la selección de las ternas de candidatos a los cargos de
DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE
CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL
FEDERAL, LEY 26.371 Y ANEXO II. II DE LA LEY 27.063 (3 CARGOS)
(CONCURSO N° 89, M.P.D.)

OPOSICIÓN ORAL

EXPTE: 23141 CARATULADO "DIVISION DE SEGURIDAD RURAL S/
INVESTIGACIÓN" del registro de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de
Justicia de Chubut.

Consigna: Se da intervención a la defensa en los términos del art. 465 bis del
C.P.P.N. a fin de sostener el recurso de casación en favor de sus asistidos J.A.V. y
D.C.

PUNTAJE MÁXIMO A CALIFICAR: Hasta 30 (treinta) puntos.

USO OFICIAL

En la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones integrado por los ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "DIVISIÓN DE SEGURIDAD s/ Investigación" (Expediente N° 23141 – Folio 181 – Año 2013 – Letra "D". Carpeta Judicial N° 3951).

El orden para la emisión de los votos, según el sorteo efectuado a fojas 84, es el siguiente:

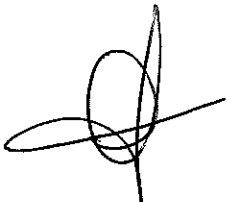
Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. La cuestión traída a este Tribunal es la sentencia registrada bajo el número 3239 del año 2013, emitida por la jueza, Marcela A. Pérez Bogado. En ella se declaró la nulidad del allanamiento, registro y secuestro, realizado el día 4 de noviembre de 2011, en la sede de la División Seguridad, así como también de todos los actos y pruebas consecuentes. Asimismo, se sobreseyó a J. A. V. y D. C., por el delito insimulado.

II. El hecho, materia de la acusación, se describió como ocurrido en fecha 01 de noviembre de 2011, en circunstancias en que el Sub. Oficial Mayor J. A. V. y el Sgto. Ayte. D. C., junto al Agente R. A., se encontraban realizando controles preventivos de establecimientos ubicados en el radio de esta Ciudad, a bordo del Móvil ** ***, Ford Ranger doble cabina, cuando ingresan al Establecimiento L. E., sito en la zona de Villa Urquiza, y al encontrarlo sin moradores el Of. Mayor V. registra los hábitats del interior del lugar, sustrajo el Sub. Oficial Mayor V. un cuero, que va en cincha, unos elementos de tensar alambre, y el Sgto. Ayte. D. C. sustrajo un palo, aludiendo que iba a hacer un rebenque, un perno, un hierro (tipo bisagra de tranquera), un tejerón, una lima cabo rojo medio oxidada, para después retirarse del lugar con los elementos mencionados.

III. Contra ese pronunciamiento, la fiscal general Mabel Estela Covi, interpuso el remedio que se encuentra cosido entre las hojas 51/56 y vuelta. Alegó a favor de su legitimación para atacar el sobreseimiento dictado.



A continuación, adujo que el pronunciamiento de la Jueza Penal contenía un análisis exegético inadecuado del código de rito, que provocaba una inhábil fundamentación de la sentencia. Expresó que la norma de referencia dispone que “lo establecido en el artículo anterior no regirá para los edificios públicos y oficinas administrativas... que no esté destinado a habitación o residencia particular”. Indicó que ése, justamente, era el caso de las oficinas de la División Seguridad de esta ciudad.

Manifestó que el jefe de la División, E. Q., observó las fotografías tomadas por A. el día 3/11/2011 y encontró las cosas sustraídas, antes del 4/11/2011, fecha en la que se efectuó la entrega espontánea. De modo que, entendió, existía una fuente de prueba independiente.

Seguidamente, insistió en que la División de Seguridad no se trataba de una morada, ni era un domicilio, amparado por la garantía constitucional de inviolabilidad.

Expresó que en el acta declarada nula surgía quién había dispuesto la diligencia, el lugar donde debía realizarse, la finalidad de la medida —el secuestro de los elementos hurtados— y quién la llevaría adelante.

Se agravió de que la Jueza Penal interpretara que la medida se trató de un registro, cuando la orden fue dada por el fiscal jefe Daniel Báez y el efectivo policial Q., expresó que al recibir la noticia del hecho, buscó las cosas y decidió entregarlas, labrando el acta cuestionada.

Apuntó que de acuerdo la Ley, Q. debía actuar como lo hizo. Agregó que ninguno de los funcionarios que participó en la diligencia refirió la realización de un registro de la dependencia, sino que todos coincidieron en que al llegar, las cosas estaban sobre la lanza de una casilla.

Señaló, a renglón seguido, que la magistrada no tuvo en cuenta la circunstancia de que los imputados confesaron haber sustraído las cosas y dejarlas en la lanza de la casilla.

Cuestionó que la sentenciante en su análisis excluyó el acta policial que contenía la denuncia del 4/11/2011 y el informe técnico fotográfico del establecimiento “L. E.”, al considerar que “de no haberse realizado el secuestro el Sr. D., titular del campo, no habría sido noticiado por personal policial de esos faltantes en su propiedad”. Explicó que no surgía de

ninguna de las declaraciones ni de las constancias de la causa, que D. tomó conocimiento del hecho a través del secuestro.

En otro tramo de su exposición, indicó la prueba que la Jueza había dejado de ponderar: el testimonio de A., quien observó a los acusados cuando se apropiaron de los objetos; el acta realizada en la Unidad Policial por el entonces Jefe F., donde consta el ilícito conforme la denuncia de A.; la circunstancia de que Q. halló en la División las cosas sustraídas.

Destacó que el descubrimiento de los objetos hurtados en la dependencia era un hecho anterior, independiente y plenamente válido, al acta de secuestro declarada nula. Agregó que la declaración de Q., mediante la cual confirmó el hallazgo y describió las cosas, también constituyó una prueba válida, que no se tuvo en consideración.

A continuación, anotó que la confesión de V. y C. en punto a haber tomado los elementos del establecimiento de D., tampoco fue ponderada por la sentenciante como prueba independiente.

A modo de corolario, manifestó que el pronunciamiento traído era arbitrario y carecía de debida fundamentación, al excluir la consideración de elementos probatorios, fundamentales para la solución del caso.

Sobre el final, efectuó petitorio de estilo.

IV. Realizada esta semblanza, señalo que en los casos como el que nos ocupa, donde el recurso es impulsado por un acusador contra un decisorio que desvincula a los atribuidos, se debe ser muy cauto y actuar con severidad.

Al mismo tiempo, advierto que la crítica de la Fiscalía General, pretende una nueva puesta en valor del material probatorio colectado.

Así las cosas, anticipo que la resolución atacada, deberá ser confirmada, ya que los sobreseimientos de J. A. V. y D. C., han sido correctamente dispuestos.

En efecto, la jueza penal Marcela Pérez Bogado tras el planteo de nulidad introducido por la defensa particular de los inculos, examinó la diligencia cuestionada, deteniéndose especialmente en el acta de fecha 4/11/2011. Detalló las falencias del instrumento y a partir de los testimonios de los



funcionarios policiales que participaron en la medida, identificó el propósito de ésta, es decir, un registro con fines de secuestro.

A partir de ese dato, y tras analizar las disposiciones del rito y repasar la doctrina, concluyó que la autorización judicial era imprescindible para proceder.

Explicó, a continuación, que los allanamientos o registros que no requieren previa orden judicial se hallan contemplados por el Código Procesal Penal. Manifestó que el caso no encuadraba en ninguno de los supuestos de excepción previstos en la norma.

Por último, puso de resalto que ni siquiera la circunstancia de que el jefe de la División Seguridad, E. Q., manifestara la entrega espontánea de los objetos sustraídos, habilitaba el proceder del Ministerio Público Fiscal, sin orden judicial.

Así las cosas, declaró la nulidad del acto y extendió sus efectos a las evidencias obtenidas como consecuencia de aquél (por caso, el informe técnico fotográfico y la denuncia del propietario del Establecimiento "L. E."). Adujo que las evidencias que quedaban en pie, no alcanzaban el grado de certeza requerido para fundar la condena de los imputados.

El repaso que acabo de efectuar, me permite advertir que el decisorio objeto de embate se encuentra fundado, y en él la sentenciadora aplica correctamente la normativa del código adjetivo y constitucional relativa a los allanamientos o inspecciones.

Juzgo que el análisis de la magistrada no ha sufrido un ataque eficaz por parte de la titular de la vindicta pública, quien no sólo insiste con una nueva valoración de la prueba, sino que no introduce motivos de agravio que autoricen el ingreso a esta instancia.

En mérito de lo expuesto, corresponde rechazar la impugnación extraordinaria articulada por la fiscal general Mabel Estela Covi, a fojas 51/56 y vuelta, y confirmar el fallo N° 3239/13, emitido por la jueza penal, Marcela Pérez Bogado (hojas 32/41 y vuelta).

Así voto.

El juez Daniel Alejandro Rebagliati Russell dijo:

I) En el voto elaborado por el colega que guía el acuerdo fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios que expuso el Ministerio Público Fiscal, de modo que, en honor a la brevedad, me abstendré de hacer una ociosa repetición.

II) Como ya quedara sentado en numerosos antecedentes, cuando la parte acusadora es la que impugna, deberá demostrar la arbitrariedad o la incorrección en que incurrió el juzgador, máxime cuando el recurso arremete contra un fallo que desvincula a los acusados.

En este caso la impugnación apunta contra la sentencia que dictó la jueza penal, doctora Marcela Pérez Bogado, que declaró la nulidad del allanamiento, registro y secuestro practicado en la sede de la División Seguridad, y consecuentemente absolvió a S. A. V. y D. C. del delito de hurto agravado.

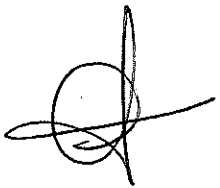
Sostuvo la fiscal que el inmueble correspondiente a la División Seguridad se encuentra dentro de los edificios enumerados en el C.P.P., motivo por el cual no era necesaria la orden de allanamiento. Asimismo, continuó, el Jefe de esta sección declaró que encontró los elementos hurtados en el predio y procedió a entregarlos según consta en el acta del 4 de noviembre de 2011, que también se declaró nula.

Luego alega sobre las consecuencias de la nulidad decretada, y sostiene que no se tuvo en cuenta los demás elementos colectados en la causa que eran una fuente de prueba independiente.

Finalmente denuncia la violación de preceptos legales del código de rito y su errónea aplicación al tiempo del dictado de la resolución atacada, por lo que solicita su revocación ante esta instancia.

III) Los extremos expuestos por la parte recurrente me obligan a realizar un breve racconto de las constancias de la causa.

La cuestión principia con el acta policial de fs. 1 donde se consignan las expresiones del Agente de policía R. A. A. y de las cuales surge que el nombrado presencié una actividad ilícita por parte de oficiales superiores de la fuerza cuando realizaban controles de seguridad en establecimientos de la de Villa Urquiza.



Que se trató del apoderamiento de elementos que se encontraban en un establecimiento y a los que cargaron en un móvil de la repartición. Fue en esa circunstancia que el Agente A. con su celular tomó las fotografías que se observan a fs. 2/4.

El acta de fs. 6 ilustra acerca de la diligencia llevada a cabo por personal policial al constituirse en las oficinas de la División Seguridad dependiente de la Unidad Policial, y bajo las formalidades de ley, procede a incautar elementos que se encontraban en cercanías de una casilla estacionada en cercanías de la repartición antes indicada. Al menos eso es lo que se puede apreciar de lo consignado en el acta y las fotografías que dice haberse extraído y agregadas en la fojas siguientes.

Si esto es así, no se comprende el análisis de la magistrada en lo referente a la necesidad de una orden de allanamiento para ingresar a una morada o local cerrado con el fin de registro (ver fs. 38vta), dado que técnicamente se trataba de cosas que se encontraban en el exterior de una dependencia policial.

Si bien puedo compartir toda la bibliografía citada en post del resguardo de la garantía constitucional que preserva el domicilio como regla general, no menos cierto es que la excepción que la propia ley procesal prevé y referido a lugares públicos no es abordado adecuadamente por la juez en su pronunciamiento.

Si el argumento no es suficiente para ignorar la manda que la propia norma establece, aquél adolece de un vicio que lo torna arbitrario.

Nótese además que la supuesta ilicitud que la magistrada revisa, ya había sido controlada por otros jueces en instancias anteriores y sin que ninguna objeción se haya realizado por parte de los sujetos que han venido interviniendo en el proceso.

Se trataba simplemente de incautar elementos presuntamente mal habidos, que habían sido dejados al exterior y al alcance de terceros.

Recuérdese que el secuestro de un objeto es en última instancia una limitación al derecho de propiedad que la norma sí debe preservar cuando aquél deba ser quitado de la esfera de custodia de un tercero. En el caso era de inexorable análisis constatar si se daban estos extremos y bajo que esfera se encontraban.

La justificación o no de la incautación de los elementos que se encontraban cercanos a la oficina policial, merecía ser analizado de conformidad a lo estipulado en el CPP. De inferirse lo contrario o exigir el cumplimiento de alguna otra formalidad, debía demostrarse la afectación que su incumplimiento provocaba a un derecho legítimamente tutelado.

Tampoco parece razonable que la juez se haya apartado en su fallo de los dichos del testigo que había presenciado la sustracción y las fotografías que aquél tomó en la oportunidad, mucho menos si lo hallado en el predio policial guardaba relación por lo aquél relatado y contaba con el reconocimiento de su titular. La existencia de los objetos en dicho sitio permitía ser acreditado además, por quienes allí los habían visualizado.

Los elementos de prueba antes referenciados han sido indebidamente soslayados en la valoración por una errónea aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado, pues ninguna afectación a una garantía se había demostrado y existían sobradas vías de investigación independiente que permitían reconstruir lo sucedido.

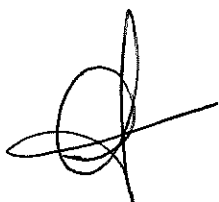
Es por estas razones que discrepo con lo sostenido por el colega de primer voto y consecuentemente propicio que se revoque la sentencia así dictada, debiéndose girar los autos a la instancia de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

Así lo voto.

El juez Jorge Pfleger dijo:

I. Breve prólogo.

a. Se encuentra en vilo, por efecto del recurso, la sentencia de una Jueza Penal, la doctora Marcela Pérez Bogado, quien decidió: "...I. Hacer lugar al planteo de nulidad incoado por la Defensa de los Sres. V. y C. y, en su mérito declarar la nulidad de los actos y pruebas consecuentes, art., 18 de la Constitución Nacional, y doctrina de los frutos del árbol venenoso. II. Sobreseyendo a S. A. V. y D. C., de las demás circunstancias personales obrantes al presente, como co-autores material y penalmente responsables del delito de hurto agravado (arts. 162 y 163 bis del C.P.) por el presunto hecho ocurrido el día 1º de Noviembre de 2011 en esta ciudad, en perjuicio de O. N. D..." (Las comillas encierran la reproducción del texto del dispositivo de la hoja 41 del legajo).



b. El fallo lo recurrió el Ministerio Público Fiscal quien fundó sus agravios en el escrito añadido entre las hojas 51 y 56, y mantuvo la posición en la audiencia que documenta el acta de la hoja 76.

La posición de la defensa fue expuesta en el escrito que se añadió entre las hojas 64 y 65 de la causa, pero la parte no compareció a la audiencia ocurrida ante esta instancia.

c. Los señores Ministros Panizzi y Rebagliati Russell han expuesto sus respectivas posiciones que son discordantes.

Ambos han realizado una adecuada semblanza del devenir procesal, suficiente para cumplir los fines de la tarea que ocupa y a lo que es posible remitir. II. La solución.

1. De partida nomás declaro que mi postura en el litigio coincide con la asumida por el Ministro Rebagliati Russell y, por ende, implica una solución idéntica.

La Jueza "a quo" ha realizado una interpretación de la norma formal que no se compeadece con la recta razón y que, por su trascendencia, repercute negativamente en la estabilidad de lo resuelto.

2. Es que la dependencia que fue allanada, un local policial, no cabe al concepto de domicilio, especialmente protegido por el C.P.P., reglamentario del art. art. 18 de la Constitución Federal.

Es más, su situación cuadra en las excepciones que consagra, con bemoles, la norma que lleva por título: "Allanamiento de otros locales" (en el C.P.P.).

3. Las salvedades de este precepto no son novedosas.

4. Porque por definición se trata de un acto de coerción real mediante el cual se franquea el sagrario o fortaleza que es una morada. Se trata de una vulneración legítima a la protección que lo preserva de toda interferencia, y por tanto ese acto debe ser adecuado a la regla en su causa y forma.

5. Pero no lo es una dependencia policial, a menos que sea la morada del imputado, aquel lugar que le ha sido otorgado para que resida de modo permanente o transitorio y en la que se impone la privacidad por sobre la condición de la casa; se me ocurre, como ejemplo, la habitación de lo que

se llaman "Casinos" o alojamientos de personal, o las residencias del personal policial que pertenecen al patrimonio del Estado.

6. Parece absurdo que, si los funcionarios policiales tienen la facultad-obligación de preservar los elementos sobre los que recayó el delito, el secuestro de éstos en una dependencia a la que habrían sido llevados por los agentes imputados, tal vez para ocultarlos, resulte inválido por carecer los policías actuantes de orden judicial (repito policías, una y otra vez, ex profeso).

Ese lugar, el del secuestro, no resulta aquel que protegen las normas citadas arriba y menos pueden reivindicárselo como zona de exclusión contra el Estado, sólo susceptible de trasponer mediante orden escrita y fundada de Juez.

7. No me parece que posea efectos letales a la salud del proceso la ausencia de oficio de visita, a la luz de cómo se desarrolló el procedimiento y qué funcionarios participaron.

8. Esta solución desbarata la argumentación en que reposa la absolución y, por añadidura, no creo que deba ahondarse más en el análisis.

III. Epílogo

Propicio que se anule la sentencia y se reenvíe el caso para la realización de un nuevo juicio.

Así me expido y voto.

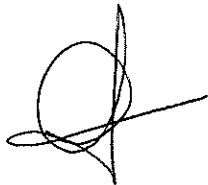
Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----1º) **Hacer lugar a la impugnación de la fiscalía general, que se encuentra glosada entre las hojas**

51/56 y vuelta

2º) Revocar la sentencia registrada bajo el número 3239 del año 2013, emitida por la jueza penal, Marcela A. Pérez Bogado.

3º) Protocolícese y notifíquese.-



Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Jorge Pflieger-Daniel A. Rebagliati Russell-
Ante mi: José A. Ferreyra Secretario- Registrada bajo el n° 21 del año
2015.