



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 19 días del mes de febrero del año dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 64.304 de este Tribunal, caratulada "GIMÉNEZ, Nicasio s/ recurso de Casación interpuesto por agente fiscal". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: KOHAN – NATIELLO, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración de este Tribunal como consecuencia del recurso de Casación deducido por el Sr. Agente Fiscal del Departamento Judicial Morón, Dr. Javier María Ghessi, contra la sentencia dictada con fecha 18 de agosto de 2004, por la que la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de ese Departamento Judicial condenó a Nicasio Giménez a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por haber sido encontrado autor penalmente responsable del delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal).

II. El representante de la vindicta pública solicita la recalificación del ilícito achacado al incuso Giménez, y que tuviera como víctima a Jorge Acuña Moriñigo, bajo las previsiones del delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas en grado de tentativa.

Asimismo se agravia respecto del veredicto absolutorio dictado en relación al evento que tuviera como víctima a Julio Ramón Amarilla, solicitando se lo declare coautor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, y

se imponga al encartado la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas del proceso.

Afirma que el Tribunal al resolver como lo hizo escogió una calificación que resulta incompatible, no sólo con las pretensiones que ese Ministerio propuso una vez culminado el debate, sino que también dicha situación no se condice con los hechos que los sentenciantes tuvieron por demostrados, y que a través de una absurda valoración de la prueba, la Excma. Cámara no tuvo por acreditado el contubernio intelectual entre el acusado y sus consortes.

Sostiene que al realizar la descripción fáctica se acreditó que los activos, cumpliendo un plan previamente establecido, concurrieron hasta la casa de la víctima de marras, con un único designio mortal, y acometieron en conjunto contra quien fuera en vida Julio Ramón Amarilla y también contra quien saliera en auxilio de éste, el nombrado Acuña Moriñigo, elementos éstos que entiende constitutivos del tipo penal contenido en el inciso 6 del artículo 80 del Código Penal.

III. Concedido el recurso por el "a quo" -fojas 43/vta.-, las partes fueron debidamente notificadas de la radicación en esta Sala, tomando intervención la Defensa Oficial en representación del encartado Nicasio Giménez.

Oportunamente el Señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, desistió expresamente de la celebración de la audiencia de informe prevista en el art. 458 del C.P.P., presentando el memorial respectivo, manteniendo en un todo el recurso interpuesto en la instancia, entendiendo que el mismo resulta admisible y procedente, conteniendo argumentos suficientes en orden a la pretensión deducida, peticionando en igual sentido -dictamen de fojas 81/vta.-.

Por su parte el Señor Defensor Oficial Adjunto ante esta Casación, Dr. Nicolás Agustín Blanco, desistió expresamente de la celebración de la audiencia de informes, planteando como cuestión previa la prescripción de la acción penal toda vez que, según su entender, el último acto interruptivo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

resultó la sentencia no firme del 18 de agosto del año 2004 por la que se condenó a su defendido a la pena de cinco años de prisión, operando de pleno derecho el instituto de mención, sin importar la calificación legal que entienda aplicable al caso el representante del Ministerio Público Fiscal.

Del mismo modo se pronunció por el rechazo del recurso interpuesto en tanto entiende que el mismo resulta ser inadmisibile, por invalidez constitucional en su objeto. En su defecto considera que la mentada impugnación resulta improcedente, toda vez que los argumentos esbozados por el recurrente no resultan autosuficientes a los fines de cuestionar la conclusión absolutoria a la que arribara el Tribunal a favor de su defendido.

Hace reserva del Caso Federal -fs. 82/90-.

IV. Encontrándose en estado de resolver, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Se encuentra prescripta la acción penal en el marco de los presentes actuados en relación a las ilicitudes que conforman el plexo cargoso?

2da.) ¿Resulta admisible el recurso de casación interpuesto?

3ra.) ¿Es procedente el remedio procesal impetrado?

4ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que el planteo efectuado en esta sede por el Señor Defensor Oficial, Dr. Blanco, resulta ciertamente atendible.

Es que, si bien las presentes actuaciones tuvieron como fecha de inicio los hechos acaecidos el día 6 de julio de 1998, debe aplicarse al caso

traído a estudio el texto de la ley 25.990 (publicada en el boletín oficial el 11/01/2005), por resultar más benigna, que establece que el último acto de procedimiento interruptivo de la prescripción es el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme, y siempre y cuando el reo no cometa otro delito -art. 67, incs. a) y e) del Código Penal-.

En el "sub lite", la sentencia atacada data del día 18 de agosto de 2004 de manera que el ilícito contenido en el art. 90 del C.P. y que tuviera como damnificado al ciudadano Jorge Acuña Moriñigo se encuentra a esta altura fenecido, confirmado a su vez por los informes del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal (fojas 100) y del Registro de Antecedentes del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires (fojas 107/110) que dan cuenta que el acusado no ha cometido otro delito desde que fuera condenado en el marco de las presentes actuaciones.

Propongo entonces que se declare prescripta la acción penal por el ilícito de lesiones graves, por lo que a esta primera cuestión voto por la afirmativa (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2h de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 de la Constitución Nacional; 2, 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 (según Ley 25.990) y 90 del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial).

Así lo voto.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Considero que, respecto al hecho del que resultara víctima Julio Ramón Amarilla, el recurso es admisible toda vez que se controvierte



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

sentencia definitiva en los términos del art. 450, se han cumplimentado los pasos a que se refiere el art. 451 y se invocan motivos de los contenidos en el art. 448, todos del ceremonial penal, encontrándose legitimado el representante del Ministerio Público Fiscal a interponer el presente recurso en los términos del art. 452 inc. 1° del C.P.P..

Voto por la afirmativa.

A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que el recurso interpuesto no puede prosperar.

Como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso "Maqueda") e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso "Abella"); Corte Interamericana de Derechos Humanos "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: "Cesario Gómez

Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., “El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, tal circunstancia dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación de los sentenciantes que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces. Dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Formuladas las aclaraciones del caso, y frente al agravio denunciado, debo dejar sentado que, a juicio de quien esto suscribe, no se encuentra debidamente acreditada la participación de Giménez en el homicidio de Julio Ramón Amarilla, como así tampoco se encuentran reunidos los extremos requeridos por el art. 80 inc. 6° del Código Penal.

Lo expuesto encuentra sustento en que, de la lectura de la sentencia puesta en crisis, los miembros de la Excma. Cámara, luego de realizar un pormenorizado análisis de la conducta desplegada por el incuso Giménez y sus consortes de causa, arribaron a la conclusión que no tuvo por acreditado, con el grado de certeza necesaria que esta instancia requiere, que haya existido un designio o acuerdo de matar a Julio Ramón Amarilla.

Con fin de zanjar la cuestión el "a quo" procedió a analizar el sustrato fáctico sostenido por el acusador, y en respuesta al requerimiento fiscal, de conformidad con la prueba rendida en el debate, arribó a la conclusión que el imputado junto a los consortes de causa se dirigieron hacia la casa de la víctima de marras, golpearon la cortina y desafiaron a Amarilla para que saliera de su domicilio, con motivo de la discusión previa que había mantenido este con Gaona.

Que Amarilla efectivamente salió de su casa portando un cuchillo haciendo lo propio Acuña Moriñigo, dirigiéndose ambos hacia los tres sujetos que los desafiaban, provocando que éstos se alejaran del lugar, para evitar ser acometidos. En este contexto quedó probado que Gaona huyó por la calle mientras Nicasio Giménez era perseguido por Amarilla, y Dionel Giménez por el sindicado Acuña Moriñigo.

Que así las cosas mientras Dionel cubría su huída con disparos de arma de fuego, cayó a causa del barro existente en el lugar, siendo tal circunstancia aprovechada por Moriñigo quien lo desarmó, oportunidad en la que Nicasio Giménez le efectuó un disparo con el arma que portaba,

causándole lesiones que pusieron en riesgo su vida, las que fueron calificadas de carácter grave, siendo que en ese momento Amarilla acometió contra la persona del acusado, asestándole varias estocadas con un arma blanca, causándole graves lesiones. Es así que en un momento no determinado, reapareció en escena Gaona disparando contra la víctima de marras, provocando la muerte de la misma.

De esta forma la autoría de Mario Gaona apareció plenamente acreditada en los dichos de Lucía Duré Esquivel, Norma Duré Esquivel y Elida Medina, quienes hicieron referencia al hecho que la propia víctima fue quien les manifestó, momentos previo a su muerte, que el autor del disparo fue el nombrado Gaona, siendo ello corroborado por la pericia balística confeccionada al efecto, en la que se determinó que el proyectil extraído del cuerpo de Amarilla fue disparado con el revólver calibre 38 secuestrado, el que presentó una sola vaina servida, de modo tal que el arma utilizada contra Acuña Moriñigo fue distinta de la empleada contra Amarilla, la que a su vez fue empuñada por Gaona.

Finalmente, a los fines de descartar la existencia de un contubernio previo entre los hermanos Giménez y el incuso Gaona, el “a quo” tuvo en cuenta las características personales de los protagonistas y el “modus vivendi” de los mismos, a lo que sumó la actitud evasiva asumida por los encartados ante el primer acometimiento desplegado por las víctimas de marras, cuando su capacidad ofensiva, les permitía obrar de otra manera, para el caso en que hubieran acordado o pactado matar a cualquiera, situación esta que tampoco se encuentra comprobada, debido a que no se demostró que los agresores tuvieran cabal conocimiento de la totalidad de las personas que se encontraban en el interior de aquél domicilio, más si se tiene en cuenta que en aquél lugar se estaba llevando a cabo, precisamente, un festejo.

De conformidad con lo expuesto es posible arribar a la conclusión que la discrepancia apuntada por el quejoso no resulta ser tal, debido a que el plan previamente establecido mediante la convergencia de voluntades de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

los activos no se tuvo por suficientemente acreditado -entendido como plan común- que los mismos hayan querido provocar la muerte de las víctimas de marras, ni mucho menos que el acusado haya querido la muerte de Amarilla, toda vez que del cúmulo de pruebas existentes en el marco del presente proceso y que fueran oportunamente analizadas en la sentencia puesta en crisis, resulta indubitable que no medió en el caso una expresa intención letal por parte de Giménez, quien además efectuó un solo disparo, a unos diez o doce metros de distancia, según lo expresara la propia víctima Acuña Moriño, estando en posibilidades materiales de poder reiterar los disparos, no haciéndolo en el caso concreto contra ninguna de las dos víctimas, y que el resultado mortal fue producto del accionar individual de Gaona, sin que tomaran parte los hermanos Giménez. Así quedaron delimitados exactamente cuáles elementos de prueba tuvo en cuenta a fin de dar por acreditados tales presupuestos.

Respecto a las pretensiones articuladas por el representante del Ministerio Público Fiscal debo señalar que el aspecto subjetivo la figura de trato -art. 80 inc. 6° del C.P.- requiere que exista un acuerdo para matar, y que sea un resultado de una deliberación más o menos prolongada, siendo suficiente que haya tenido lugar aún inmediatamente antes de cometer el homicidio. Es decir, que resulta necesario que los agentes hayan convenido matar en concurso, de modo tal que la convergencia de voluntades previamente establecida, donde la acción de cada uno de los partícipes en el hecho, se encuentre objetiva y subjetivamente vinculada a la de los otros partícipes, no bastando a los fines legales con la simple reunión ocasional, ni el acuerdo para matar.

Por ello es que no resulta aplicable la agravante en cuestión, esto es, el homicidio calificado cometido por el concurso premeditado de dos o más personas, habida cuenta que la reconstrucción histórica de los hechos, llevada a cabo durante el transcurso de la audiencia de debate, no ha

permitido acreditar tales extremos, y ello se debió a que no existió prueba cabal que el encausado Giménez haya actuado con dolo directo, conformando el susodicho designio criminoso, como lo exige el tipo penal mencionado.

Es que la figura cualificada aludido exige una convergencia intencional, un acuerdo de actuar conjuntamente para matar. Es que, si no pudo probarse la existencia de un plan sceleris previo, que transformara al acusado y sus consortes de causa como verdaderos y propios coautores, con plena coposesión de la acción final acordada, y para cuya concreción cada uno de ellos realizó una parte del hecho íntegro, no se puede afirmar que se encuentre acreditado el tipo subjetivo, toda vez que falta el acuerdo de voluntades previo para matar, en el sentido de un concurso premeditado, permiten arribar a la conclusión que el acusado no participó de la muerte de Amarilla.

De modo tal que, el cuadro descrito en esta instancia torna improcedente la petición efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal, toda vez que, en base a la prueba rendida en el debate, los magistrados intervinientes justificaron fundadamente el rechazo a las pretensiones articuladas, por lo que no existe motivo alguno que permita la censura del fallo mencionado en lo que hace a la absolución de Nicasio Giménez.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes corresponde; 1) declarar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de lesiones graves, por el que Nicasio Giménez vino condenado, hecho ocurrido el día 6 de julio de 1998, en perjuicio de Jorge Acuña Moriñigo, disponiéndose como consecuencia el sobreseimiento del encartado; 2) declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el Sr. Agente Fiscal del Departamento Judicial Morón, Dr. Javier María Ghessi, y; 3) rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2h de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 (según Ley 25.990), 80 inc. 6° y 90 del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; art. 323 inc. 1°, 448, 450, 451, 452 inc. 1°, 530 y 532 del C.P.P.; 168 y 171 de la Constitución Provincial).

Así lo voto.

A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I.- Declarar extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de lesiones graves, por el que Nicasio Giménez vino condenado,

hecho ocurrido el día 6 de julio de 1998, en perjuicio de Jorge Acuña Moriño, disponiéndose como consecuencia el sobreseimiento del encartado.

II.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el Sr. Agente Fiscal del Departamento Judicial Morón, Dr. Javier María Ghessi.

III.- Rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2h de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 (según Ley 25.990), 80 inc. 6° y 90 del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; art. 323 inc. 1°, 448, 450, 451, 452 inc. 1°, 530 y 532 del C.P.P.; 168 y 171 de la Constitución Provincial.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ANGEL NATIELLO

ANTE MÍ: Olivia Otharón