

STJSL-S.J. – S.D. Nº 177/16.-

---En la Ciudad de San Luis, a diecinueve días del mes de octubre de dos mil dieciséis, Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO- Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: “G., E. A. - AV. HOMICIDIO CALIFICADO EN TENTATIVA - RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX Nº PEX 151617/13.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

- I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?
- II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?
- III) ¿En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?
- IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?
- V) ¿Cuál sobre las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRIGUEZ, dijo: 1) Que a fs. 434, el abogado defensor del condenado en autos Ernesto Ariel García, interpone recurso de casación contra la Sentencia Definitiva Nº 25 dictada en fecha 19/11/15 por la Excm. Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, de fs. 413/414 vta., cuyos fundamentos obran a fs. 414/431 (02/12/15), y que resolvió declarar penalmente responsable a su pupilo, del delito de homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa en concurso real, con desobediencia a una orden judicial (arts. 80 inc. 1º, 42, 239, 45 y 55 del Cód. Penal); condenándolo a sufrir la pena de diez años y dos meses de prisión, accesorias de ley y costas procesales. El recurso es fundado vía web en fecha 28/12/15 a las 21.36 hs., según constancia de Secretaría de Cámara de fs. 469 vta. 2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis, a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del expediente principal, que a la vista se tiene, y de fs. 469 vta., se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial, conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal, y el recurso se funda en las causales del inc. a del art. 428 del C.P. Crim.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente. Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta PRIMERA CUESTIÓN.-

A LAS SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo: 1) De los antecedentes de la causa surge, que por Veredicto Nº 25 de fecha 19/11/15 de fs. 413/414 vta., dictado por la Excm. Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, cuyos fundamentos obran a fs. 414/431, se declara a Ernesto Ariel García penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, en grado de tentativa en concurso real, con desobediencia a una orden judicial (arts. 80 inc. 1º, 42, 239, 45 y 55 del Cód. Penal), condenándolo a sufrir la pena de diez años y dos meses de prisión, accesorias de ley y costas procesales. Como primer agravio, manifiesta el recurrente, que la petición de nulidad del veredicto se basa en una violación de los principios del debido proceso, en donde existe una acusación fiscal, que obra a fs. 400 y ss. del Acta de Debate, en la que el Fiscal Actuante solicita una pena de cinco años y cinco meses, y ese es el máximo de la pena que se le puede imponer al acusado, ya que es la Fiscalía la que tiene la facultad de acusar en ejercicio de la Acción Pública.

Agrega que el tribunal, al dictar una condena y/o una pena mayor a la requerida por el Fiscal, está violando uno de los principios del debido proceso, y que es un elemento básico del sistema acusatorio, y que si el Superior Tribunal de Justicia confirma la presente sentencia, no estaríamos ante un sistema acusatorio, sino todo lo contrario, frente a un derecho penal abierto.

Sostiene que el reo se sienta en el debate oral, sin saber cuál es el máximo de la pena que se la aplicaría, para el supuesto caso de ser condenado, ya que no se toma en cuenta la acusación fiscal, por lo que se violan los principios del debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Alega que en los fundamentos de la sentencia, se esgrime que no son aplicables las circunstancias extraordinarias de atenuación, y lo grave es que viola el debido proceso y se invaden funciones específicas del Agente Fiscal y titular de la acción pública, por lo que ante tal violación, es procedente la nulidad del veredicto en contra de su defendido, siendo de aplicación en autos los fallos "Quiroga" y "Llerena", cuyos fundamentos transcribe y que se tienen por reproducidos. Formula reservas legales.

2) A fs. 473 por decreto de fecha 17/02/16, se corre traslado al particular damnificado por el término de ley, el cual es notificado en fecha 18/02/16, según constancia de recepción de cedula electrónica de fs. 474, el que no es contestado.

3) A fs. 481, obra el Dictamen del Sr. Procurador General de la Provincia, quien opina que debe casarse la pena impuesta, teniendo en cuenta que el Sr. Fiscal solicitó la pena de cinco años y cinco meses de prisión (fs. 408), propiciando que se imponga la pena de seis años de prisión, por los fundamentos que expone, dictamen al que remitimos en honor a la brevedad.

4) El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos, atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudican, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Calamandrei, en su obra "Estudio sobre el Proceso Civil", Ed. Bibliográfica Argentina, B.A. 1961, afirma que: "el recurso de casación es una acción de impugnación que se propone ante el órgano jurisdiccional supremo para obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que

contenga un error de derecho en la decisión de mérito".

Sin perjuicio de ello, ahora con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en "Casal Matías Eugenio", del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22 y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular "HERRERA ULLOA", 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la intermediación real.

La Corte remarcó, que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, 428/429 entre nosotros), no restringe el alcance de la casación entendida, de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente –y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad, sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Sentado lo anterior, adelanto que coincido con lo peticionado por el Sr. Fiscal de Cámara en el debate oral (fs. 408), y lo dictaminado por el Sr. Procurador General a fs. 481, por lo que corresponde reducir la pena impuesta a seis años de prisión.

La jurisprudencia ha sostenido que: "la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del tribunal de juicio, y solo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de sentencia. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, relativo al común denominador de las potestades privativas del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva". (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, S. Nº 66, 08/06/04, "Flores Juan Marcelo y Otro s/ Homicidio Culposo - Recurso de Casación e Inconstitucionalidad" del voto en mayoría de la Dra. Cafure de Battistelli, en Actualidad Jurídica, Derecho Penal, Primera Quincena de Septiembre de 2004-Año II-Vol. 25, Pág. 1545, en "CASACION PENAL, Visión Jurisprudencial", Diego Dei Vecchi, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, año 2007, pág. 135).

En el caso en estudio, no se cuestiona la materialidad de los hechos, instruidos en la causa a estudio del tribunal, por lo que la plataforma fáctica resulta inmodificable.

El evento consistió en dos hechos calificados, como homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa (art. 80 inc. 1º C.P.), en concurso real con el delito de desobediencia a una orden judicial (arts. 239, 54 y 42 C.P.), por los hechos ocurridos en fecha 17/11/2013, en perjuicio de Jesica Vanesa Orellano.

La Fiscalía de Cámara, solicitó que se condene a Ernesto Ariel García a la pena de cinco años y 5 meses de prisión, merituando como circunstancias atenuantes, su falta de antecedentes, y como agravante las condiciones de modo, tiempo y lugar; a su vez peticiona que se aplique al caso el último párrafo del art. 80 del Cód. Penal, referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena (fs. 408). El tribunal condenó a García a una pena superior a la solicitada por el fiscal en su alegato. Así, la situación deviene análoga a la analizada por los magistrados Lorenzetti y Zaffaroni en el precedente "Amodio" (Fallos: 330:2658), donde se afirmó que conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, deben observarse las formas sustanciales del juicio que consisten en acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales. Destacaron los ministros en "Amodio", el rol fundamental del principio de bilateralidad y la

vigencia en el marco del debate del principio acusatorio, donde priman la oralidad, continuidad, publicidad y el contradictorio, conforme así lo establecen normas de jerarquía constitucional (arts. 18 y 24 C.N., art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Asimismo, los magistrados del Alto Tribunal, consignaron que la función jurisdiccional se encuentra atravesada por el principio del contradictorio, lo que impide -en el caso-, la aplicación de una pena mayor que la solicitada por el fiscal en el juicio. Se destacó también, que desde la perspectiva del derecho de defensa, el ejercicio de la judicatura en estos términos, garantiza un equilibrio dentro del proceso que, por otra parte, requiere un correlato entre la acusación y el fallo: "(...) Pues el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de decisión del fallo penal".

De esta forma, también determinaron que el derecho de defensa impone al juez, juzgar de acuerdo al alcance que fija la acusación y cualquier intento por superar esa pretensión, incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita. Por otro lado, ello implica la agravación de la situación del imputado, sin que mediere un pedido expreso, de quien se encuentra autorizado para hacerlo, en contra de la prohibición de la reformatio in peius.

La jurisprudencia también ha sostenido que: "El acto de acusación no sólo debe contemplar la descripción de la base fáctica que delimita el objeto del juicio, su calificación legal y la formulación de la pretensión punitiva también están abarcadas por él, sino que debe incluir -ineludiblemente- una propuesta fundada sobre la determinación de la pena, de manera tal que la defensa del imputado conozca las circunstancias consideradas relevantes para fijarla y pueda rebatir aquellos fundamentos e invocar las circunstancias que, según su opinión, deban conducir a imponer una pena más leve. Es decir, ese acto debe contemplar estos tres aspectos -base fáctica, calificación y pena- porque sólo así se garantiza al imputado la posibilidad de desplegar una defensa en forma plena."

"Estos principios implican la imposibilidad del juzgador de exceder el marco que imprime la acusación al delimitar el objeto del proceso. Así, el tribunal encuentra un límite en las pretensiones del acusador que surge de sus respectivos roles de acuerdo a la manda constitucional (arts. 116 y 120 CN). En el mismo sentido operan los artículos 8.5 -12- CADH y 14.1 PIDCP, donde se encuentra reconocido el derecho de defensa y, más aún, el sentido mismo del debate, que impone la necesidad del contradictorio y el correlato entre acusación y sentencia." (CAUSA N° 12945 – SALA II "Saavedra, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación", Cámara Federal de Casación Penal, 09/02/12, en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00020/00052774.Pdf>, acceso 09/09/16.

En el caso, y en coincidencia con lo dictaminado a fs. 481 por el Sr. Procurador General, el tribunal no tuvo en cuenta las circunstancias extraordinarias de atenuación, previstas en el art. 80 ultimo párrafo, C.P. Se ha entendido desde la doctrina, que las circunstancias extraordinarias de atenuación "...pueden definirse como un conjunto de aspectos que generan una situación excepcional en la relación entre la víctima y el victimario, que vuelve inexistentes las

consideraciones que han llevado al codificador a agravar la conducta en orden a la disminución del afecto y respeto, provocando en el sujeto activo una reacción, sin que se lleguen a dar los requisitos de la emoción violenta ... lo relevante en todos estos casos es que, desde un punto de vista subjetivo, la acción de matar debe surgir de una respuesta que haya tenido en cuenta esas circunstancias extraordinarias de atenuación, de manera que no bastará la existencia objetiva de tal circunstancia sin esa relación psíquica...” (Breglia Arias y Creus respectivamente, citados en Código Penal -Comentado y Anotado- Parte Especial, Andrés José D’ Alessio, 1ª Edición año 2004, Página 23).

Edgardo A. Donna señala que: “...Si bien dichas circunstancias comprenden a la concreta conducta delictiva, su comprensión total es mucho más amplia, ya que, consideradas pautas de valoración de la conducta del agente, atrapan la ejecución del delito, el delito mismo, las conductas de los actos anteriores, concomitantes y posteriores al suceso punible, la personalidad del autor, la personalidad y conducta del agente pasivo, las condiciones ambientales y culturales y todo aspecto que atribuya a integrar las pautas valorativas para una adecuada y justa valoración del hecho objeto de la voluntad decisora...” (Derecho Penal Parte Especial, Tº I, año 1999, Ed. Rubinzal – Culzoni, Página 35).

Sentado ello, y siendo elocuente, en orden a la configuración de la atenuante el amplio espectro de valoraciones mencionadas en la última cita expuesta, advierto en la presente, en virtud de la prueba rendida en autos, la existencia de reales sucesos que permiten subsumir el comportamiento del encausado, bajo las previsiones del art. 80 in fine del Código Penal.

En definitiva, con ajuste a los argumentos expresados, arribo a la conclusión de que corresponde, casar la sentencia impugnada con relación a la condena impuesta por el tribunal, a Ernesto Ariel García de diez años y dos meses de prisión, cuando el Sr. Fiscal de Cámara había solicitado una inferior, de cinco años y cinco meses; motivo por el cual, adhiriendo al dictamen del Sr. Procurador General de fs. 481, corresponde hacer lugar al recurso de casación de la defensa e imponerse la pena de cinco años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas procesales. ASÍ LO VOTO.- Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-

A LA CUARTA CUESTIÓN el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las cuestiones anteriores corresponde, hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Ernesto Ariel García, y casar la sentencia en crisis respecto de la pena impuesta, condenándose a Ernesto Ariel García como autor responsable de los delitos de tentativa de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación en concurso real, con desobediencia a una orden judicial, a la pena de cinco años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta CUARTA CUESTIÓN.-

A LA QUINTA CUESTIÓN el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo: Corresponde, eximir de costas al recurrente por haber existido motivos plausibles para recurrir (art. 68 del CPC y C. y 591

del CPP.)-.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta QUINTA CUESTIÓN.-

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

San Luis, octubre diecinueve de dos mil dieciséis.-

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

I) Hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto por la defensa de, y casar la sentencia en crisis respecto de la pena impuesta, condenándose a como autor responsable de los delitos de tentativa de homicidio agravado por el vínculo, mediando, circunstancias extraordinarias de atenuación en concurso real, con desobediencia a una orden judicial, a la pena de cinco años y cinco meses de prisión, accesorias legales y costas

II) Eximir de costas al recurrente por haber existido motivos plausibles para recurrir.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.