

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
SECRETARIA PENAL N° 2

SENTENCIA N° 203/2016

VIEDMA, 24 de agosto de 2016.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Adriana C. Zaratiegui, Sergio M. Barotto, Ricardo A. Aparian, Enrique J. Mansilla y Liliana L. Piccinini, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 310/311, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados “**V, P. A. s/Tentativa de homicidio calif., desobediencia y violación de domicilio s/Casación**” (Expte. N° 27957/15 STJ), elevados por la Cámara Segunda en lo Criminal de la IVª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en Cipolletti, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª ¿Es fundado el recurso?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:

1. Mediante Sentencia N° 34, del 22 de junio de 2015, la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti resolvió -en lo pertinente- condenar a P.A.V. a la pena de seis (6) años de prisión, por considerarlo autor del delito de desobediencia a una orden judicial en concurso ideal con violación de domicilio, ambos en concurso real con coacción con arma y lesiones leves agravadas por la relación de pareja (arts. 54, 55, 92 en función del art. 80 inc. 1º en relación con el art. 89; 149 *ter* inc. 1º primer supuesto, 150 y 239 C.P.).

2. Contra lo decidido deducen sendos recursos de casación tanto la defensa particular del señor V. como el señor Fiscal de Cámara, los que resultan concedidos, por lo que se dispone que el expediente quede por diez (10) días en la Oficina, para su examen por parte de los recurrentes (arts. 435 y 436 C.P.P.). Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del rito con la presencia de las partes, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.

3. Los doctores Oscar R. Pandolfi y Marcelo Inaudi, en representación del imputado, sostienen que la sentencia atacada resulta violatoria de los siguientes artículos del código ritual: 380 -en virtud de su deficiente fundamentación-, 377 -por dar al hecho una calificación distinta de la establecida en la elevación a juicio y la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal- y 374 -por incurrir en preterición del sistema legal de apreciación de la prueba-. También alega la conculcación de los arts. 18, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, por apartamiento de los principios que rigen el debido proceso legal, el juicio previo y la defensa en juicio en orden al principio de congruencia procesal.

Reseñan los antecedentes de la causa y afirman que en esta nunca hubo alusión al novedoso delito de coacción, del que se enteraron al leer la sentencia de condena. En síntesis, consideran que el reproche endilgado siempre hacía referencia a un accionar orientado y dirigido a quitar la vida de Á. L. sobre el cual se compareció a juicio, se ofreció la prueba y se trazó la estrategia defensiva.

Añaden que, no habiéndose acreditado tal intención, correspondía la absolución del imputado por la comisión del delito de homicidio calificado en grado de tentativa, para establecer su responsabilidad por las lesiones leves constatadas, la violación de domicilio y la desobediencia a una orden judicial. Entienden que, eventualmente, se debió recurrir a los arts. 357 o 377 segundo

párrafo del Código Procesal Penal, pero no introducir la nueva intención de procurar obligar a la víctima a reiniciar una relación, y señalan que su parte no tuvo posibilidad de refutar tal modificación ni producir prueba al respecto.

Sobre el punto, aducen que no resulta aplicable el principio *iura novit curia*, pues al cambiar el dolo el juzgador también modificó los hechos, y citan jurisprudencia en sustento de su postura. Por lo expuesto, solicitan que se anule parcialmente la sentencia, se absuelva por el delito de coacción con armas y se ordene que el Tribunal *a quo* dicte la pena correspondiente a los delitos de violación de domicilio, desobediencia a una orden judicial y lesiones leves.

4. Por su parte, el señor Fiscal de Cámara alega que la intención homicida de P.A.V. quedó demostrada con claridad, atento a la prueba que permite acreditar que habían existido agresiones previas y que el imputado ingresó luego al inmueble donde la víctima había buscado refugio, aprovechando la protección de las horas nocturnas y la sorpresa derivada de ello. Asimismo, pone de resalto que V. anunció su finalidad de matar en cuatro oportunidades y que utilizó en su ataque un cuchillo que le clavó en el cuello a la víctima, trezándose en lucha con ella e hiriéndola en diferentes partes del cuerpo, a la vez que le decía que la iba a matar.

Agrega que el dolo homicida estuvo presente, más allá del número y la entidad de las lesiones, pues estuvo plasmado en los hechos y la intención fue manifiesta y anunciada. Razona en este sentido en relación con la dirección de las lesiones al cuello y la pretensión de seguir causándolas, a lo que suma que los daños en el cuerpo fueron a milímetros de la carótida. Por ello, entiende que corresponde calificar tal conducta como tentativa de homicidio con las agravantes del art. 80 incs. 1° y 11° del Código Penal.

El señor Fiscal de Cámara concluye en la arbitrariedad de lo resuelto y añade que el Tribunal no podía sostener una versión diferente, con un encuadre jurídico distinto, lo que no fue considerado por ningún operador a lo largo de la causa, puesto que tampoco fue intimado delito alguno contra la libertad. Hace notar que “V. nunca fue acusado ni se defendió de coacción alguna, lo que se traduce en una afectación al legítimo derecho a la defensa”. En tal caso, prosigue, ocurriría una violación a la reglas de la congruencia.

En razón de lo argumentado, solicita que este Superior Tribunal de Justicia corrija el error (art. 440 C.P.P.) y condene por el delito de tentativa de homicidio agravada, violación de domicilio y desobediencia a una orden judicial, y que la pena sea impuesta previa audiencia por el Tribunal *a quo*.

5. En su escrito, el señor Fiscal General afirma que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa, atento a la falta de fundamentos de la decisión. Por otra parte, discrepa con el señor Fiscal de Cámara en tanto -a su entender- el juzgador no ha violado el principio de congruencia toda vez que los extremos fácticos no fueron modificados y lo que hubo fue una diferente calificación jurídica de determinada parcela fáctica, que individualiza.

Expresa que la intervención del tío de la víctima se dio cuando todo el contenido disvalioso de la acción del imputado se había desarrollado, lo que era indicador suficiente de su finalidad. Luego señala que la intervención de aquel permitió el auxilio y la atención médica de la señora L., quien tenía heridas en partes vitales, con importante pérdida de sangre, y comparte los argumentos del señor Fiscal de Cámara.

Por lo expuesto, solicita que se haga lugar al recurso, se declare la nulidad del fallo por falta de motivación y se reenvíe el expediente al origen para que, con otra integración, resuelva conforme a derecho.

6. Al dar tratamiento a la primera cuestión propuesta a la deliberación -sobre la existencia del hecho y la participación del imputado-, el voto ponente al que adhirieron los otros dos jueces del Tribunal de juicio manifestó que solamente tenía por probados determinados hechos y excluyó expresamente de la acusación dos cuestiones fácticas: que el primer puntazo del imputado hacia la víctima, aplicado en el sector izquierdo del cuello con un cuchillo que había tomado de la cocina de la casa, hubiera sido con intención de darle muerte, y que la frase “... linda te voy a dejar para ir al cielo...” hubiera sido expresada en referencia a que la iba a matar y que se iría a dicho lugar con la

cara y el cuerpo cortado.

Asimismo, de acuerdo con la referencia inicial, se encuentra excluido el ingreso del tío de la víctima -O.A.L.- a la habitación donde se daba la agresión y su acción de abalanzarse y trezarse en lucha con el imputado, lo que impidió que se consumara el hecho.

Las dos primeras exclusiones guardan relación con las siguientes consideraciones del *a quo*, en tanto dejó de lado la subsunción de la conducta en una tentativa de homicidio, por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Empero, la última supresión referida no guarda un correlato total con el resto de sus razonamientos. Así, si bien el juzgador dijo que “el tramo fáctico que postula que ‘... En ese instante ingresa a la habitación O.A.L quien se abalanza sobre V., impidiendo que consumara el hecho...’. No fue abonado con el grado de certeza requerido, es más, a todo evento, el testigo O.L. aclaró en el debate que redujo a V. porque se estaba lesionando...” (ver fs. 257 vta.), luego expresó que hasta “la irrupción del tío de la víctima en el lugar del hecho, V. atacó a la víctima haciendo uso del cuchillo secuestrado y le causó las lesiones a fs. 13. Cuando llega el tío de la víctima, V. se encuentra distanciado de ella sin agredirla, es más, pretende autolesionarse y recibe un trompis que lo desvanece...” (fs. 259 y vta.).

Por lo tanto, debo inteligir que la porción del evento que se consideró no acreditada fue -con precisión- la conducta de L. de abalanzarse sobre V. para impedir que consumara el hecho, en tanto en realidad lo habría golpeado para que no se lesionara a sí mismo con el cuchillo. Esto, ya que es lo que expresamente se reseñó en la sentencia de los dichos de O.L. pues en oportunidad de ingresar a la habitación “el encartado no se encontraba en ese instante acometiendo a la víctima sino que se encontraba a metro y medio, según sus dichos, al verlo intenta autolesionarse según sus palabras; ‘... Él se tira la puñalada al cuello, yo lo golpeo, cae y se queda tirado...’...” (ver fs. 257).

Ello guarda relación con lo expuesto por la defensa en su recurso de casación dado que, además de su agravio principal -vinculado con la violación al principio de congruencia-, dice que “se alegó, y se probó, que las puñaladas en el cuello no existieron a la luz de los certificados médicos de fs. 13, 26 y 28, de los que se desprende que los profesionales que asistieron a la víctima no detectaron ni un solo rasguño en la zona y certificaron sólo ‘lesiones leves’. Se alegó y se probó que, cuando el tío de la víctima se hizo presente en la habitación, la agresión ya había finalizado según sus propios dichos, ubicando al imputado de pie a una distancia de más de un metro y medio de la víctima que estaba acostada en el suelo...”.

Cómo lo demostraré, esta serie de consideraciones no son una tarea en la búsqueda de un nivel de detalle preciosista o inútil, sino que, por la índole del caso, esta era imprescindible para una correcta comprensión y subsunción jurídica de los hechos.

Ocurre que la primera temática que cabe dilucidar es el correcto mérito del juzgador en cuanto a la razón suficiente de la prueba de cargo para la determinación de la voluntad homicida de P.A.V. la pues, en caso de verificarse esta última -en contrario a lo resuelto-, sería inútil el planteo de la defensa, puesto que la modificación jurídica que le causa agravio debería retrotraerse a la calificación de los hechos, siempre sometida a discusión y prueba.

En este orden de ideas, resulta de conocimiento común (ya que los repertorios de jurisprudencia, doctrina y doctrina legal hacen constante referencia a ello), y por ende no es necesario abundar demasiado sobre el punto, que la tentativa de homicidio requiere la determinación de su tipo subjetivo para diferenciar lo ocurrido del delito de lesiones, bajo alguna de sus modalidades.

“Ahora bien, para determinar la intención de matar deben revalorizarse los elementos de juicio, transitando las mismas reflexiones que el Tribunal de mérito, lo cual implica (la) reconsideración de los elementos probatorios ya merituados... Así Ricardo Núñez en su libro ‘La culpabilidad en el Código Penal’ (pág. 119) señala que ‘los extremos del dolo son hechos, aunque sean de naturaleza psíquica, y como tales tienen que ser comprobados por el Juez’” (STJRNS2 Se. 139/03 “Ñanculeo”).

En dicho precedente, con cita de Eusebio Gómez (*Derecho Penal*, Tº III, pág. 34), se dijo que se trataba de "... dificultades de orden práctico, que no pueden resolverse con el auxilio de normas preestablecidas. Las circunstancias del hecho son las únicas que pueden determinar la intención específica. Finalmente, cabe desechar tal vicio de razonamiento pues para la determinación del propósito homicida el a quo evalúa el número de las heridas, su gravedad, las expresiones proferidas por el imputado mientras sucedía la agresión, la utilización de un arma blanca y el hecho de que –según la historia clínica valorada- dichas heridas provocaron una hemorragia de magnitud...".

Un criterio similar se siguió en el fallo STJRNS2 Se. 5/07 "Gil".

Como no puede dejar de advertirse, un aspecto elemental para verificar tal propósito homicida es la correcta determinación -para entender corroborados los dichos de la víctima- de la índole de los daños en el cuerpo y la salud sufridos, lo que implica tanto su número como su calidad, las zonas vitales afectadas o en riesgo de ser afectadas, etc.

Al respecto, la sentencia es contradictoria en un tramo de tal determinación pues, si bien se lee, con las salvedades anteriormente expuestas, que se tuvieron por acreditados los hechos del reproche, lo que incluye que la víctima sufrió -como se dijo- dos puntazos con un arma blanca en el cuello (ver fs. 256 vta.), más adelante se sostiene que "V. se dedicó a vociferar su intención homicida, atemoriza a su hijo diciendo que van a morir todos, recuerda a sus hijos fallecidos pero, en definitiva, causa lesiones leves y ninguna certificada en el cuello de L." (ver fs. 259 vta.).

La acreditación de tal extremo fáctico es motivo de controversia entre las partes; lo cierto es que el certificado médico de fs. 13 no lo tiene por constatado y no fueron incorporadas por su lectura las certificaciones médicas y/o la historia clínica de M. d. I. A. L. que obraban en el Hospital de la ciudad de Cinco Saltos donde fue atendida (ver fs. 155 vta., 158, 180/188 y 241 vta.) pese a que era una prueba solicitada por la Fiscalía de Cámara; tampoco nadie se preocupó en dar con el certificado de la médica policial doctora R. del que se da cuenta a fs. 5, no obstante el deber de debida diligencia en la investigación, previsto entre otras normas en el art. 7 inc. b de la Convención de Belém do Pará. Volveré más adelante sobre el punto.

Dicho lo anterior, voy a destacar el estricto y pertinente suceso histórico sujeto a ponderación para establecer si este ha resultado probado y si de él surgen los datos suficientes para entender establecida la intención de matar (mejor expresado, el tipo subjetivo del delito de homicidio) en la conducta agresiva de P.A.V. en relación con su expareja, M. d. I. A. L.

Para ello -es una obviedad- me atengo a los hechos de la acusación y a los extremos fácticos sobre los que no hay discusión entre las partes.

Se trata del ingreso subrepticio, en horas de la noche, de un varón adulto con una larga historia de agresiones físicas hacia su expareja, al inmueble donde esta pernoctaba con sus hijos. El ingreso consta de una primera secuencia con agresiones verbales al subir al primer piso, luego de lo cual se dirigió a la planta baja del inmueble para regresar de inmediato blandiendo un arma blanca contra la víctima, con un anuncio coactivo hacia ella que incluía darle muerte, términos similares a los que empleó cuando fue interpelado por un hijo de la pareja de nombre D., que se acercó alertado por lo que sucedía. Ante una frase del menor de advertencia e inquietud (que el papá iba a matar a la mamá), le confirmó tal propósito y además mencionó a todo el grupo familiar: "nos vamos a ir todos al cielo".

Asimismo, desde el inicio del ataque con el cuchillo hasta que el tío de la víctima acudió en su auxilio -transcurridos unos pocos minutos-, esta resiste la agresión cuerpo a cuerpo y sufrió "heridas múltiples en rostro, herida cortante en labio superior, mentón, brazo y mano izquierda, muñeca y mano derecha" (cf. certificado de fs. 13 citado más arriba).

La secuencia fáctica finaliza con O.L, quien acudió de inmediato en socorro de su sobrina, alertado tanto por los pedidos de esta como por el aviso del niño ya referido-, y cuando subió al primer piso la vio tendida en el suelo, ensangrentada, y al imputado parado a un metro y medio de distancia en la acción de autolesionarse con el cuchillo en el cuello, mediante puntazos que dieron en el cierre de su vestimenta, por lo que lo golpeó y a consecuencia de ello V. cayó y quedó tirado.

El fundamento central utilizado por el juzgador para considerar que la intención de matar no se ha acreditado más allá de toda duda razonable es la concepción de que en su aparición ante la víctima y el victimario, el tío de aquella no interrumpió la agresión y separó a ambos, sino que los encontró del modo relatado y lo que hizo fue impedir que el imputado se autolesionara. Asimismo, no tuvo por establecidos daños en el cuerpo, específicamente, en la zona del cuello.

Entiendo que el juzgador no ha valorado cabalmente la capacidad de representación de los hechos indicadores de la conducta que se reprochaba, en tanto ha fragmentado su apreciación sin advertir la fuerza que el conjunto aportaba a la hipótesis de cargo. En efecto, un análisis exhaustivo de la secuencia fáctica permite considerar demostrada la intención de acuerdo con el estándar probatorio exigido por este Superior Tribunal de Justicia.

A mi entender, P.A.V. quiso dar muerte a su ex pareja -M.A.L. y comprendió este hecho que quiso. El elemento subjetivo se encuentra plenamente acreditado con prueba directa, cuales son los dichos de la víctima y de su tío, además de las certificaciones médicas y otras constancias que les avalan, tales como las periciales vinculadas con el arma blanca utilizada y el testimonio de un empleado policial.

Así, las testimoniales referidas resultan contestes en las expresiones vertidas por el imputado dando cuenta de la finalidad que lo guiaba. Luego, sumada a la desigual relación de fuerzas existente entre víctima y victimario, se encuentra probada la utilización por parte de V. de un elemento apto para esa finalidad anunciada con toda claridad -dar muerte-, esto es, un cuchillo de cocina de los que suelen llamarse tramontina (por ser una de las marcas más populares aunque este era Carol), cuyo potencial letal es conocido a partir de la experiencia común, no obstante tratarse de un objeto de uso doméstico y cotidiano. Tal cuchillo ha sido secuestrado en autos y fue reconocido en oportunidad del debate por el imputado y la víctima (fs. 237), y por el tío de esta (fs. 240). Seguidamente, cabe tener en consideración que con ese cuchillo V. causó una serie de lesiones a la señora L., entre las que se destacan las de la cara, por cuanto guardan relación con su manifiesta intención de -si se quiere, irónicamente- dejarla “linda” para ir al cielo, y las de la parte superior del cuerpo.

Es que, en la capacidad de revisión integral de lo decidido, de la prueba obrante en el expediente que fue incorporada por su lectura (a saber, la pericial de fs. 51/56) surge que la remera musculosa que vestía la víctima al momento del ataque presentaba un corte quirúrgico en el sector frontal hecho por personal del hospital -demostrativo de la urgencia en la atención- que la había roto en su totalidad, más varios cortes de pequeñas dimensiones de forma irregular en el sector pectoral izquierdo y otro pequeño corte en forma de “L” en la zona axial izquierda, indicativos estos de la dirección de los “puntazos” a zonas vitales de la señora L. La pericial concluye que los cortes encontrados se corresponden con los producidos por un elemento cortopunzante que actuó por penetración de la punta simultáneamente cortando por el filo de la hoja, correspondiente a una hoja aserrada o irregular, la que se evidencia en el cuchillo de referencia.

De la importancia y significación de este acometimiento también dan cuenta las distintas testimoniales, pues ninguna duda hay del sangrado que provocó y la magnitud que este tuvo. En tal sentido, debe apreciarse que la víctima señaló que su tío se impactó por tanta sangre (fs. 235) y que este familiar dijo -en dos oportunidades- que su sobrina se estaba desangrando (ver fs. 237 y 238), a lo que más adelante agregó: “Mi sobrina estaba muy ensangrentada. Tenía cortes en el cuello” (fs. 238 vta.); “Mi sobrina se tapaba el cuello, pedía ayuda” (fs. 239 vta.). Estos dichos se ven reforzados por el testimonio del empleado policial C., quien declaró que la casa estaba con sangre por todos lados (fs. 240 vta.).

De tal modo, el elemento subjetivo se configura por la asunción voluntaria de una conducta acreditada a partir del modo en que esta se ha desarrollado y el medio utilizado, toda vez que este elemento -de manera regular- tiene entidad para producir el resultado. Tal es la situación del caso frente al acometimiento a una persona de fuerza inferior, con un arma blanca y en dirección a sitios vitales, de lo que resulta lógico inferir que el agresor tenía la voluntad de realizar el mal inminente que había anunciado.

Reitero, la relación de fuerzas lo hacía posible y el arma blanca también.

Asimismo observo que, ante una resistencia inicial, el imputado no cedió fácilmente en su cometido y procuró reiteradamente alcanzar a la víctima en la parte superior del cuerpo: zona axial, sector pectoral, mentón, etc. Además, con estos puntazos en efecto ocasionó lesiones o llegó a deshilar la prenda que vestía la imputada y que se encontraba en contacto con su piel.

Siendo ello así, incluso en una valoración de su cercanía a puntos vitales y entre sí, dada la situación de lucha constatada en el expediente, no advierto (eventualmente y para dar respuesta a la hipótesis de la defensa) una diferencia sustancial que avale el temperamento desincriminatorio -todo lo contrario- derivado de la circunstancia de que se tenga por acreditado mediante el certificado médico policial de fs. 13 (no del personal que la asistió en el hospital) que el imputado haya cortado solo el mentón y el rostro de la víctima, así como su remera musculosa en las zonas mencionadas – cf. constancias de fs. 51/56- y no en el cuello, como esta refirió.

Esto último pese a que el propio *a quo*, de modo inconsecuente con su propia conclusión, señaló que “la víctima resultó creíble, seria, consistente y clara... segura y convencida”, y que a fs. 259 estableció que “incluso se advirtió una marca” (en el cuello), a la par que expresó que O.A.L. resultó “altamente creíble” y que este testigo también explicó que su sobrina tenía heridas en el cuello; sin embargo, no terminó dando por acreditado esto último, en un error de ponderación que de todos modos no tiene consecuencias para la acusación y que es análoga a la advertida por el TSJCABA en el Expte.Nº. 9510/13, “Ministerio Público”, del 22/04/2014.

Al respecto, señalo que el juzgador no ha seguido el principio de amplitud probatoria establecido en los arts. 16 inc. i) y 31 de la Ley Nacional 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, a cuyas disposiciones procesales esta Provincia adhirió (cf. Ley 4650), lo que permite otorgar preeminencia al relato de la víctima -sobre todo cuando ha causado la impresión que el señor Juez dijo que le había causado- y que el hecho sea acreditado por cualquier medio de prueba disponible -tales como la pericial realizada sobre las prendas de la víctima-. Todo ello se corresponde con la doctrina legal de este Cuerpo que, al verificar un supuesto de ejercicio de violencia de un hombre contra una mujer dado en una relación de poder históricamente desigual, ha entendido que “... la ley 26485 de Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/10), que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia... establece un principio de amplitud probatoria '... para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...' tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6º y 31)” (STJRNS2 Se. 48/14 “K., C. R.”, con cita del considerando 4º del voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco en CSJN “LEIVA”, L. 421. XLIV, del 01/11/11).

Asimismo, aparece como un razonamiento que omite el análisis de todas las consecuencias posibles la aplicación de la regla *in dubio pro reo* en el entendimiento de que la aparición del señor O. A. L. no había tenido incidencia alguna en la finalización de la agresión a su sobrina y solo habría evitado que el imputado se autolesionara, en tanto este sabía que era la respuesta a un pedido de socorro y que aquel vendría de inmediato en defensa de la víctima, puesto que le era conocido que pernoctaba a unos treinta y cinco a cincuenta metros del lugar de los hechos.

De tal modo, es más lógico inferir que la aparición a tiempo del señor Leyva no era un dato menor y que se constituyó en un obstáculo externo que le imposibilitaría al imputado seguir con su agresión, de modo que no habría cesado en ella voluntariamente, máxime cuando no era la primera vez que la oportuna intervención del tío frustraba sus planes (ver en tal sentido fs. 7 y 8). Por lo tanto, que decidiera en tal circunstancia cambiar la finalidad de sus actos y pasar a autoagredirse no puede entenderse como un dato indiciario de que ya había cumplido con su plan, que consistía en dañar el cuerpo y la salud de la señora M. d. l. A. L. pero no matarla.

Esta conclusión razonada se adecua a los datos propios de la intermediación que proporcionó la víctima en su declaración, en cuanto dijo que el imputado le “tiraba a ciegas”, vino “directamente agresivo”, respiraba fuerte, decía “hija de puta”. En alusión a su actitud, expresó que era “venir a matarme”, estaba decidido y que la participación de su tío había sido importante, “si no me mataba”.

Lo mismo declaró O.A.L., pues narró que luego de golpear al imputado le indicó a su sobrina que saliera de la habitación, ya que “si lo soltaba a él iba a volver a agredirla” y creía que si no intervenía “estarían muertos los dos”.

Entonces, la totalidad de la conducta desplegada por el imputado se ajusta más a una intención de matar, en cuya consecuencia resulta arbitraria la afirmación del *a quo* según la cual se trató de una especie de teatralización o apariencia para causar una mayor impresión en la víctima, de una muerte que no procuraba.

Ocurre que, para resolver como lo hizo, el Juez de primer voto propuso un análisis fragmentado del testimonio de la víctima, dividiéndolo en etapas y tratando de corroborar cada una de ella con prueba independiente, lo que a su juicio impidió confirmar el dolo homicida, lo que lo llevó a descartarlo por aplicación del principio *in dubio pro reo*. Este modo de valoración no solo se desentiende de los criterios que impone la Ley 26485, sino que contraviene los parámetros internacionales vigentes que señalan la necesidad de valorar la prueba en su conjunto y analizar el contexto en que los hechos fueron denunciados, para lo cual cito los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a lo fundamental del testimonio de la víctima y la necesidad de evaluar las combinaciones de los elementos de prueba y los hechos en su conjunto, de acuerdo con el contexto en que se producen (ver Raquel Asensio, *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales*, publicación de la Defensoría General de la Nación, 1ª ed., págs. 122/123).

Asimismo, en relación con la necesidad de ponderar como dato relevante la identificación de la situación de violencia generalizada en la que se inscribe el hecho denunciado, puede consultarse la causa N° 16379, “Viñabal”, de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (del 16/04/2013).

El contexto en que se desarrolló el ataque, cuya valoración fue omitida por el *a quo*, es justamente un elemento indiciario de la voluntad del imputado de poner fin a la vida de su expareja y surge desde las primeras fojas del expediente, a estar a la prueba incorporada por su lectura, ya a fs. 7 obra un preventivo en el que consta un episodio anterior que habría protagonizado V. -pocos días antes del que aquí nos convoca-. En tal ocasión, ante un intento de abuso frustrado dado que V. la tomó conocimiento de que uno de sus hijos había ido en busca de ayuda y por la posterior presencia del tío, aquel habría expresado: “... si me denunciás (lo que efectivamente la Sra. L. hizo) a la noche vengo y te voy a pegar peor... te voy a prender fuego la casa, los voy a matar a todos, o dejo a los pibes guachos...”. Asimismo, de fs. 8 surge que ese mismo día -18/02/14- se notificó al imputado de la instrucción de la causa y también de que estaba en vigencia una prohibición de acercamiento. La vinculación de estos hechos con el posterior suceso -aquí investigado y juzgado- resulta evidente y refuerza la credibilidad de la imputación.

Como ya fue referido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la fragmentación del material probatorio contraviene los principios de valoración de la prueba, “de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo” (caso “Villagrán Morales y Otros”), para lo cual es un requisito ineludible, con el fin de presentar las mayores probabilidades probatorias de cada una de las hipótesis, dar acabado cumplimiento a la obligación de investigar con la debida diligencia, aspecto al que me referiré *infra* con mayor detalle (ver Asensio, op.cit., págs. 32 y 33 a 39).

No obstante las deficiencias apuntadas, la prueba del expediente merituada en su justo valor me permite arribar a una casación positiva, tal como solicita el señor Fiscal de Cámara, en tanto entiendo que los hechos establecidos debieron ser subsumidos jurídicamente en la figura penal

prevista en el art. 80 incs. 1° y 11° -homicidio doblemente calificado- en grado de tentativa, que integra un concurso real con la desobediencia a un orden judicial y la violación de domicilio, estos últimos en concurso ideal.

También considero que las frases coactivas e injuriosas proferidas, que formaron parte de la acusación en su materialidad, son parte de las violencias cometidas para la tentativa mencionada, de modo tal que resultan absorbidas por ella en un concurso aparente.

Como fue adelantado arriba, estas conclusiones permiten desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor P.A.V., en tanto la prueba del expediente tenía suficiente capacidad de representación para demostrar el tipo subjetivo del homicidio y la nueva calificación jurídica de los hechos era la siempre sometida a discusión en el expediente, de modo tal que no se verifica violación al derecho de defensa.

No puede dejar de advertirse que los hechos que aquí se juzgan se enmarcan dentro de la problemática de violencia de género y doméstica. De acuerdo con el desarrollo internacional de los derechos humanos, la Ley 26485 reconoce que esta tiene como sustento las relaciones asimétricas de poder entre varones y mujeres. En el caso concreto, V. -varón- aparece ejerciendo todo su poder en relación con la señora Leyva -mujer-, a la que intimida y trata con extrema violencia, física y psíquica, en virtud de la situación de desigualdad estructural en que esta se halla frente a él. En este encuadre y perspectiva, la prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer tiene un amparo especial a nivel internacional en la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Convención de Belém do Pará, aprobada por Ley 24632-. Estas claras directrices internacionales, se plasman en nuestra legislación en la Ley 26485, llamada “Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales”, que plantea como objetivos promover y garantizar el derecho de la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2°) y específicamente a preservar “su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial” (art. 3 inc. c).

A través de estos instrumentos normativos se busca encontrar medidas concretas para proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y de violencia, tanto dentro como fuera de su hogar y de su intimidad. Por otra parte, se debe producir un cambio de mentalidad principalmente en los operadores judiciales y en la sociedad toda, con el fin de que se considere que la violencia contra la mujer no es una problemática personal, sino que afecta a la sociedad en su conjunto.

Así se establece en el preámbulo de la Convención de Belém do Pará: “la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o particularmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades [...] es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Allí se fijan como deberes de los Estados condenar todas las formas de violencia contra la mujer y tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7 incs. b y e).

Puesto que en ambas etapas del proceso se verificaron errores de actividad, tal como sostuvo el señor Fiscal General en la audiencia de casación, entiendo que el caso examinado es útil para poner en evidencia que el mejor trámite para estas formas de violencia necesita tanto de protocolos especiales de investigación como para la tarea de juzgar, de acuerdo con el art. 3 y la Recomendación N° 19 de la CEDAW (puede consultarse de modo concordante el fallo de la SCJBA, en la causa C. 118.472, del 04/11/2015).

Asimismo, esta temática ha tenido específico tratamiento en la publicación a cargo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, “Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer” (Guatemala, diciembre de 2015), en donde se expone con claridad la obligatoriedad de la perspectiva de género

como categoría de análisis de la función judicial.

En lo pertinente de tal publicación, propone un análisis del contexto generalizado de violencia contra la mujer, la identificación de relaciones de poder, con la específica importancia de tales ítems al momento de valorar el testimonio de la víctima, cuestión de importancia decisiva para el *sub examine*, como quedó demostrado.

En síntesis, el juzgador meritó la prueba con desapego de los parámetros que define la Ley 26485 y sin tener en cuenta la totalidad de su capacidad de representación, por lo que la sentencia no se sostiene como acto jurisdiccional válido. Entonces, aplicando la teoría del máximo rendimiento para la revisión del fallo, se establece el tipo subjetivo del delito de homicidio, que quedó en grado de tentativa; asimismo, dadas las deficiencias en el trámite de la investigación y la modalidad de juzgamiento, se hace necesario proponer la confección de protocolos de actuación específicos en los que debe incorporarse la perspectiva de género cuando se verifica una situación de violencia de un hombre contra una mujer. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Adhiero Al voto precedente de la doctora Adriana C. Zaratiegui, en tanto comparto sus fundamentos, a los cuales me remito en mérito a la brevedad, y agrego las siguientes consideraciones.

A los defectos en la investigación y el juzgamiento detectados por la distinguida colega en relación con la agresión cometida por el imputado, los que llevaron a un pronunciamiento inadecuado sobre la totalidad de las posibilidades de prueba en relación con una víctima mujer, sumo otra mayor inadecuación aún, cual es que el accionar de V. no fue analizado sobre la pluralidad de los sujetos pasivos afectados.

Me refiero a que en el caso un niño, hijo de P.A.V. y M. d. Á. L, presencié la agresión con un cuchillo del primero a la segunda; interpreté que se trataba de un intento de dar muerte (cf. fs. 255, donde se deja constancia de lo manifestado por el menor en la escena: “qué hiciste papá la está matando a la mamá...”), y recibí de su padre la respuesta según la cual lo que ocurría era parte de un plan que incluía a toda la familia (ver idéntica foja, donde se lee que V. dijo “... sí, D., ... después siguen ustedes...”), por lo que fue a pedir ayuda.

Aquello, a mi parecer, colocó como potencial víctima de violencia física al propio niño, lo cual –inexplicablemente- ni siquiera fue abordado como hipótesis de acusación y por tanto de prueba, cuando resulta evidente que el mal futuro dirigido a quien en ese momento tenía capacidad suficiente de intelección resultaba serio, grave, injusto e idóneo, como ha quedado demostrado con toda certeza. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Adhiero al criterio sustentado por la doctora Adriana C. Zaratiegui y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Liliana L. Piccinini dijeron:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.).

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:

Por lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal de Cámara, casar el primer punto de la sentencia cuestionada y condenar a P.A.V., cuyas circunstancias personales obran en autos, como autor de los delitos de desobediencia a una orden judicial en concurso ideal con violación de domicilio, en concurso real con homicidio doblemente calificado en grado de tentativa (arts. 5, 12, 29 inc. 3°; 42, 54, 55, 239, 150 y 80 incs. 1° y 11° C.P.), en conformidad con el art. 440 del Código Procesal Penal. Asimismo, propicio remitir el expediente al *a quo* para que, con la misma integración, imponga la pena correspondiente al derecho que se declara.

También propongo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado, con costas, y regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 25% de la suma que oportunamente se les fije en la instancia de origen por tal concepto (art. 15 L.A.).

Finalmente, propicio proponer a la señora Procuradora General la elaboración de protocolos de investigación para casos de violencia de género y disponer que la Oficina de Género de nuestro Poder Judicial, en conjunto con la Escuela de Capacitación, lleve adelante la conformación de una comisión para la elaboración del protocolo respectivo para el juzgamiento de los casos con perspectiva de género. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Ricardo A. Aparian dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por el/la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Liliana L. Piccinini dijeron:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 271/2741 de las presentes actuaciones por el señor Fiscal de Cámara doctor Ricardo A. Maggi, casar el primer punto de la Sentencia N° 34/15 de la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti y condenar a P.A.V, cuyas circunstancias personales obran en autos, como autor de los delitos de desobediencia a una orden judicial en concurso ideal con violación de domicilio, en concurso real con homicidio doblemente calificado en grado de tentativa (arts. 5, 12, 29 inc. 3°; 42, 54, 55, 239, 150 y 80 incs. 1° y 11° C.P., y art. 440 C.P.P.).

Segundo: Remitir el expediente al Tribunal de origen para que, con la misma integración, imponga la pena correspondiente al derecho que se declara.

Tercero: Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 264/269 de autos por los doctores Oscar R. Pandolfi y Marcelo A. Inaudi en representación del imputado, con costas.

Cuarto: Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 25% de la suma que en tal concepto oportunamente se les fije en la instancia (art. 15 L.A.).

Quinto: Proponer a la señora Procuradora General la elaboración de protocolos de investigación para casos de violencia de género.

Sexto: Disponer que la Oficina de Género de nuestro Poder Judicial, en conjunto con la Escuela de Capacitación, lleve adelante la conformación de una comisión para la elaboración del protocolo respectivo para el juzgamiento de los casos con perspectiva de género.

Séptimo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Firmantes:

ZARATIEGUI - BAROTTO - APCARIÁN - MANSILLA (en abstención) - PICCININI (en abstención)

ARIZCUREN - Secretario STJ