

## CASACIÓN

San Miguel de Tucumán, 01 de Junio de 2015.- Y VISTO: Llegan a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, que integran los vocales doctores A. Gandur, A. Daniel Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor A. Gandur, los recursos de casación interpuestos por la Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, en representación de la querrela, y por la defensa técnica del imputado, en contra de la sentencia dictada por la Cámara Penal- Sala II- de ese Centro Judicial, el 02/6/2014 (fs. 1393/1411), los que son concedidos por el referido tribunal mediante resoluciones del fechas 23/6/2014 (fs. 1526) y 29/7/2014 (fs. 1541). En esta sede, las partes no presentaron memorias sobre el recurso de casación (fs. 1549), mientras que a fs. 1550/1551 se agrega dictamen del Sr. Ministro Fiscal. Pasada la causa a estudio de los señores vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores A. Daniel Estofán, Daniel Oscar Posse y A. Gandur. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

*A las cuestiones propuestas el señor vocal doctor A. Daniel Estofán, dijo:*

I.- Viene a conocimiento y resolución del Tribunal, los recursos de casación interpuestos por la Defensora Oficial en representación de las querellantes M. L. F. (fs. 1435/1450) y S. B. M. (fs. 1502/1518), por la defensa técnica de A. O. I. (fs. 1456/1501) y por el Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción (fs. 1519/1521), contra la sentencia de la Excma. Cámara Penal – Sala II del Centro Judicial Concepción de fecha 02/06/2014, que resolvió “(...) **III – CONDENAR CON ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES a I. A. O., (...)**, estaba casado con S. M., de 51 años de edad, tiene dos hijos, uno de 26 años y otra de 22 años, trabajaba en el Ingenio Trinidad, desde hace 18 años de edad, en el sector de fábrica, tiene cuatro hermanos, uno es médico y los otros son agricultores, a sufrir **LA PENA DE DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA** (Arts. 40 y 41 del Código Penal) por ser autor voluntario penalmente responsable del hecho de mediante el empleo de un arma de fuego, disparar en dirección de la de la zona del pecho y el rostro de la Sra. F. M. L. y en la zona de la cabeza de la Sra. S. B. M., hiriéndolas y no causándoles la muerte, por circunstancias ajena a su voluntad, calificados como delito de **HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN CONCURSO REAL con el delito de HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA CON VIOLENCIA DE GÉNERO -ARTS. 79, 41bis, 42, 55, 80 inc. 1, 41bis y 42 del Código Penal y Ley 26485**, hecho ocurrido el día 10/12/2011, en perjuicio de M. S. B. y M. L. F., en jurisdicción de esta Excma. Cámara Penal Sala 2 del Centro Judicial Concepción (art. 421 sptes. y ccdtes, 460 sptes. y ccdtes. del C.P.P.T. y Art. 12 del C.P., Ley 26485 y Convención de Belém do Pará)” (fs. 1393/1411).

II.- Entre los antecedentes de la causa, se debe recordar que el requerimiento de elevación a juicio de fojas 377/389 expresó en relación al imputado A. O. I. “(...) Que el día sábado 10 de Diciembre del año 2.011, aproximadamente a horas 00:30, Ud. se constituyó en las inmediaciones del domicilio de la Sra. M. L. F., sito en calle Juangorena al 1840, aproximadamente, de esta ciudad de Concepción, Dpto. Chicligasta, Pcia. de Tucumán, movilizándose en una bicicleta tipo todo terreno marca Zenith color gris claro, y luego de advertir que en la vereda de dicho domicilio se encontraban sentadas, su ex pareja la Sra. S. B. M. junto a la antes citada F., se acercó a donde estas se encontraban, y luego de dejar apoyada sobre la pared del domicilio de mención el rodado en el que se trasladaba, procedió a sacar inmediatamente del interior de sus prendas una bolsa de la que extrajo un arma de fuego tipo revolver, y situándose a corta distancia de la antes mencionada M. L. F., le apuntó hacia la cabeza con el arma que portaba y le realizó tres disparos ocasionándole heridas superficiales, una en región nasal y otra en región pectoral de mama izquierda, y una tercera lesión en la región parietal derecha, para luego de que F., no obstante las heridas sufridas, se levantara de la silla y se fuera a pedir auxilio a los vecinos y ocasionales transeúntes que pasaban por la calle, se acercó hacia su esposa S. B. M., quien se encontraba en la vereda del domicilio que se describe, y al ver que la misma intentaba alejarse para ponerse a resguardo, Ud. la toma violentamente de los cabellos y le disparó con el arma que ya había usado contra F., en la zona de la cabeza produciéndole heridas, una en región parietal del cráneo y otra en el pómulo izquierdo, quedando alojados los dos proyectiles en el cráneo de su ex pareja; dándose a la fuga en el rodado en el que circulaba hasta la intersección de calles Lamadrid y San Martín, donde dejó abandonada la bicicleta y abordó un remis en el que se trasladó hasta la esquina de calles Alberdi e Italia de esta ciudad desconociéndose desde ahí el destino que habría tomado en su fuga; en tanto las antes mencionadas M. y F. eran auxiliadas por vecinos, y circunstanciales transeúntes que alertados por los pedidos de auxilio proveyeron a su traslado al Hospital Regional de esta ciudad, quedando internada en dicho nosocomio la Sra. F., y por el estado de gravedad y complejidad de las heridas que presentaba la Sra. M., tuvo que ser derivada al Hospital Ángel C. Padilla de la ciudad de San Miguel de Tucumán, para una mejor atención de las lesiones recibidas. Que siendo aproximadamente las 5:00 horas, mientras Ud., era buscado por varias comisiones policiales en el ámbito de la jurisdicción y luego de deshacerse del arma con la que horas antes había llevado a cabo el ilícito que se ha descripto precedentemente, se apersonó a la Comisaría local en compañía de su hermano Edgardo Héctor I. y el abogado Diego Oscar Mercado, quedando a disposición a efectos de ser presentado ante la autoridad judicial correspondiente”.

El tribunal, luego de las diversas audiencias de debate, consideró a A. O. I., penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa, agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real con el delito de homicidio doblemente agravado por el vínculo y por el uso de arma de fuego en grado de tentativa con violencia de género (artículos 79, 41bis, 42, 55, 80 inciso 1, 41bis y 42 del Código Penal y Ley N° 26.485) y lo condenó a 16 años de prisión efectiva.

El Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, la Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, en representación de las querellantes M. L. F. y S. B. M. y la defensa técnica de A. O. I. interpusieron recursos de casación, los cuales fueron concedidos por el mismo tribunal en la resolución de fecha 23/06/2014 (fs. 1526). Corrida la vista de ley, el representante del Ministerio Público Fiscal, se pronuncia por la improcedencia de los recursos de casación de las querellantes y de la defensa técnica, en tanto entiende inadmisibles por

falta de suficiencia el recurso del Fiscal de Cámara, de conformidad con los fundamentos que proporciona a fs. 1531/1533.

III.- A efectos de una ordenada exposición, los cuatro recursos de casación interpuestos serán tratados por separado:

III.a/b.- La Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, luego de señalar el cumplimiento de los requisitos formales del recurso de casación y el derecho al recurso del querellante, expresa que si bien se declaró que el hecho fue cometido mediando violencia de género, y que se afectó Derechos Humanos de la mujer, esta declaración lo fue en relación al hecho del que fue víctima la Sra. M. (ex pareja del imputado), mas no así respecto al hecho del que fuera víctima la Sra. F. (amiga de la ex pareja del imputado), ya que la Cámara Penal consideró que ésta última no fue víctima de violencia de género. Considera que el Ministerio Público Fiscal realizó una valoración de los hechos y de las pruebas con ausencia total de visión de género.

A continuación sostiene que la sentencia casada advierte la falta de fundamentación y motivación del dictamen fiscal, resaltando el voto mayoritario el desapego que resultó a los derechos humanos vulnerados de la querella, no obstante ello, el Tribunal acoge la acusación fiscal y condena a 16 años de prisión al imputado, conforme lo solicitara el Fiscal de Cámara.

Luego, en el punto II afirma la representante de la querella que la sentencia incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva ya que el imputado debería haber sido condenado a “(...) sufrir la pena de 24 años de prisión efectiva mas accesorias legales, por el delito de Homicidio Agravado por el vínculo y por Alevosía y por haber sido cometido por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa en concurso real con Homicidio Agravado por Alevosía y por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa, en ambos casos mediando Violencia de Género, previstos y penados por los Arts. 80 inc. 1 y 2, 41 bis, 55 y 42 del Código Penal”.

Critica la Defensora Oficial el criterio adoptado por la Cámara en cuanto al rechazo de alevosía, debido a que la sentencia entiende que “(...) si bien las mujeres no sospechaban de esta situación, el imputado por su condición de border hubiera actuado exactamente igual aunque hubiera algún obstáculo ante él”, no coincidiendo la casacionista en que la condición de border lo hubiera llevado a atacarlas en cualquier momento, ya que I. las acechó durante meses, y esperó pacientemente la situación de indefensión, que por la inadvertencia del ataque, les impidió oponer resistencia alguna que se transforme en riesgo para el agente. A continuación efectúa un listado de las pruebas del estado de indefensión en que se encontraban las víctimas.

En el punto III de su escrito casatorio, manifiesta que “La sentencia incurre en violación al Art. 422 inc. 4 CPPT en cuanto se aparta de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de las pruebas, que de acuerdo a la temática de fondo (violencia doméstica y violencia de género), requiere una perspectiva de género en la valoración de los hechos, que estuvo ausente respecto del hecho del que fue víctima la Sra. M. L. F.” ante lo cual, el pronunciamiento jurisdiccional contiene manifiesta arbitrariedad.

Por último efectúa reserva del Caso Federal y del caso de Derechos Humanos.

Es preciso aclarar que el recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, a favor de S. B. M. (fs. 1502/1518), contiene los mismos agravios que los expuestos anteriormente a favor de M. L. F., por lo que se los tiene íntegramente por reproducidos.

III.c.- A fs. 1456/1501 corre glosado el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado. Respecto al voto del Dr. Pellegrini, efectúa las siguientes consideraciones: Le agravia la sentencia en cuanto ésta sostiene que, el encartado pudo

comprender la criminalidad del hecho motivo de este proceso judicial, haciendo referencia al diagnóstico del imputado como un trastorno de la personalidad depresiva mayor, agregando que ninguno de los profesionales que intervinieron aseguraron que el imputado podía comprender la criminalidad del acto en el momento del hecho. Afirma que no se tienen en consideración las declaraciones de los profesionales intervinientes en la causa, el Dr. Rojas, (médico del Instituto CREN, donde estuvo internado el imputado), Dr. Costal (psiquiatra solicitado por el Fiscal de Cámara) y el Dr. Manlla (médico forense de Concepción).

Expresa que tampoco la sentencia hace referencia a los informes de la junta médica, los que resultan categóricos e instalan el interrogante sobre si efectivamente el Sr. I. pudo haber comprendido la criminalidad del hecho.

Manifiesta que no se analizó lo declarado por el Dr. Horaiki resumiendo su informe de la siguiente manera: ***“Podría ser que el imputado AL MOMENTO DEL HECHO, NO PUEDA HABER COMPRENDIDO LA CRIMINALIDAD DE SU ACTO: DICE QUE LA SITUACIÓN DE DIVORCIO INICIADA EN SU CONTRA PUEDE SER UNA SITUACIÓN DE ESTRÉS QUE HAYA INCIDIDO NEGATIVAMENTE EN EL IMPUTADO, PODRIA HABER SUFRIDO UN TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO COMPLETO”***

En relación a los votos del Dr. Pellegrini y la Dra. Asis, sostiene que los Vocales interpretan respecto al dictamen de los médicos sobre el brote psicótico, que pudo haber sido producto del estrés o como consecuencia del hecho, lo cual sería erróneo ya que el Dr. Díaz, Dr. Horaiki, Dr. Piza y Dr. Manlla se refieren a un trastorno mental transitorio, o manifestación psicótica de la realidad, cuando un problema se vuelve intolerante y el Dr. Díaz refiere que la noticia del divorcio le generó mucho estrés, “lo volvió loco”.

A continuación, expresa que no existe certeza de lo que sucedió en el momento del hecho, ya que hay discordancia entre lo manifestado por F. y M., quienes aseguran que sin mediar palabra, se les realizó disparos, y que en el acta policial a fs. 1 a 2, el oficial afirma que la Sra. F. le comenta que los hechos originaron una discusión entre I. y M. y que en el altercado verbal, I. sacó un arma y realizó los disparos. Que ante esta diferencia de declaraciones solicita un careo entre la Sra. F. y los oficiales Lastra y Reyna, el cual es desestimado por sobreabundante.

Afirma que los hechos sucedieron de la siguiente manera: *“I. se presentó a pedirle a M. que levantara la demanda de divorcio y que esta durante la discusión se le rió a I. y que este en el estado de alteración mental y emocional que presentaba extrajo el arma y disparó a M. y fue F. quien intervino para tratar de evitar estas circunstancias la cual provocó un forcejeo entre ellos y en el mismo salieron 3 disparos que lesionaron levemente a F.”.*

Luego, continuación analiza el voto del Dr. Pellegrini, y sostiene que el sentenciante afirma infundadamente la inexistencia de prueba que determine que el condenado no pudo comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones. Considera errado lo afirmado por el Dr. Pellegrini respecto a la calificación de I. como “psicópata”, al haber éste formado una familia, estudiado y haberse recibido de ingeniero industrial y trabajar. En referencia a la calificación legal, entiende la defensa técnica que el criterio utilizado en el presente caso para desechar la emoción violenta, no solo peca de incorrecto, sino además, se encuentra absolutamente desactualizado en cuanto a los avances de la técnica jurídica.

Explica que en el presente caso se encuentran cumplidos los requisitos para que exista emoción violenta, a saber: 1) se trata de un enfermo con patología psiquiátrica que sin la adecuada medicación no puede controlar sus impulsos, lo cual lo predispone de manera

excepcional al debilitamiento de sus frenos inhibitorios; 2) Se requiere la excusabilidad de la emoción, es decir que debe existir una causa provocadora de la emoción que tenga entidad suficiente y provenga de afuera, lo cual se encuentra acreditado en autos ya que cualquier paciente border que recibe una cédula judicial que pone en peligro la libre disponibilidad de sus bienes o su sueldo, actuaría de la misma manera. Continúa diciendo que: “El mismo juez opinante Dr. Pellegrini lo dice “el imputado por su condición de border, hubiera actuado exactamente igual aunque hubiera algún obstáculo ante él”. Siendo ello así, la conducta en análisis se encuentra encuadrada en lo precisado en el Art. 81 inciso a) del Código Penal, siendo por lo tanto aplicable la atenuante allí dispuesta. Siempre y cuando no se determinara oportunamente la inimputabilidad del encartado por el padecimiento en el momento del hecho de un TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO conforme lo mencionado en el punto anterior del presente”. En cuanto a la tentativa, afirma que la intención del agresor debe aparecer claramente definida en causar la muerte y si ello no se halla plenamente demostrado por actos confusos y equivocados, dicha calificación debe ser rechazada en virtud del principio in dubio pro reo. Sostiene en base a lo expuesto que, el tribunal realizó una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que ni siquiera las propias víctimas brindaron datos que permitan acreditar la intencionalidad del imputado de atacar contra sus vidas.

Respecto al agravante por el vínculo, expresa que el mismo se encontraba extinto debido a que la víctima S. M., había iniciado, con anterioridad al hecho, acciones civiles por las cuales se ordena la exclusión del imputado del domicilio de la víctima, como así también el proceso de divorcio.

Considera que no existe concurso de delitos, ya que si bien en el presente caso estamos frente a la existencia de lesiones diversas que presentan las víctimas y de diversa gravedad, sin embargo existió la mentada unidad de acción y no con reiteración delictiva como interpreta la sentencia recurrida.

Afirma luego la defensa técnica que el presente caso no se trata de violencia de género debido a que el encartado por su propia patología, tiene una inclinación hacia la sumisión, hacia la depresión, sufre “debilidad yoica” y disminución permanente de su autoestima entre otras características, generando el interrogante sobre si un hombre, con las características y los trastornos de personalidad como las de I., tiene la suficiente idoneidad como para poner en práctica acciones en las cuales, en su relación con S. M., tenga una posición dominante que llegue a configurar violencia de género.

Por último, efectúa reserva del caso federal e interpone excepción de pre-judicialidad, considerando a la interposición de acción judicial civil por nulidad de matrimonio, que se tramita mediante causa caratulada: “I. A. O. c/ M. S. s/nulidad” (Expte. N° 686/14), por ante el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la I Nominación del Centro Judicial Concepción, y a lo dispuesto por el artículo 10 del CPPT, como necesarios para determinar la validez del vínculo.

III.d. A su turno, el Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, interpone recurso de casación (fs. 1519/1521) por considerar que la sentencia en crisis incluye en los considerandos apreciaciones que entiende incongruentes con la ley y la verdad y también en cuanto a la calificación de los hechos a que arriba el tribunal por mayoría.

Lo agravia lo manifestado por el voto del Dr. Pellegrini al afirmar éste que “(...) la Sala, en perspectiva histórica siempre cuidó los derechos humanos de la mujer, **y no puedo decir lo mismo del desenvolvimiento histórico del Ministerio Público en este juicio, por cuanto dicho comportamiento ha sido vicariante hasta llegar al culmen de su ignorancia en estos temas**, cuando llegó a argumentar que este no es un caso de

violencia de género (...)"'. Al respecto manifiesta que ha logrado acabadamente garantizar, entre otras cosas, el derecho de las víctimas.

Afirma que mantuvo la acusación y la calificación de base, las cuales son ajustadas a derecho, y "(...) *no amplíé la acusación e intimé la violencia de género, pues lo mas importante, es que no puede crearse un agravante por vía pretoriana, el principio de legalidad e irretroactividad de la ley lo impiden, tan necesario es respetar estos principios que fue necesario una reforma legal para introducir la figura del femicidio, este Fiscal invocó la legislación que entiendo aplicable al caso la Convención de erradicación de todo tipo de Discriminación de la Mujer y la Convención de Belem do para y la ley de Protección integral de la mujer pero para ser considerada en el art. 40, 41 CP y no para crear una categoría jurídica, de ahí la raíz de **Nuestra Disidencia con los postulados de la sentencia***". Por lo expuesto entiende que debe modificarse el decisorio, por ser arbitrario y en evidente violación del principio de legalidad, solo en lo que concierne a la calificación jurídica.

IV.- Tal como fuere expuesto, por auto interlocutorio de fecha 29/07/2014 (fs. 1541) la Sala II de la Excma. Cámara Penal del Centro Judicial Concepción, hace lugar a los recursos interpuestos, correspondiendo en esta instancia el examen de admisibilidad y procedencia del mismo.

Ingresando al primero de los análisis, de una lectura de los 3 recursos de casación (recursos de las querellas y de la defensa técnica) se advierte que, los motivos esgrimidos encuadran en lo preceptuado por el art. 479 del CPPT; los mismos se dirigen contra una sentencia definitiva condenatoria (art. 480 del CPPT), encontrándose legitimados la defensa técnica del imputado I. y la Defensora Oficial Penal de la II Nominación, en representación de las querellantes para interponerlo (art. 483, inc.1 y 482 CPPT respectivamente). Se comprueba asimismo que las fundamentaciones recursivas aparecen circunstanciadamente vinculadas a los antecedentes de la causa, señalando los impugnantes las disposiciones legales que considera violadas. Por lo expuesto, los tres recursos resultan admisibles, correspondiendo analizar en su oportunidad, su procedencia.

Respecto del recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción (fs. 1519/1521) el mismo no puede ser admitido. No obstante haber sido interpuesto en término y encontrarse debidamente legitimado para hacerlo (art. 481, inc.3 del CPPT), el escrito recursivo del representante de la acusación pública no reúne los requisitos mínimos que la instancia extraordinaria requiere. En efecto, el Sr. Fiscal de Cámara centra sus agravios en las disidencias de los postulados de la sentencia y su desacuerdo con las expresiones que el Dr. Pellegrini tuvo hacia su actuación profesional en el debate oral. Asimismo dice con la calificación del hecho a que arriba el tribunal por mayoría ("con violencia de género" – Ley N° 26.485). Afirma en este sentido que no puede crearse en violación al principio de legalidad un agravante o calificación penal que no estaba consagrado legalmente al momento del hecho.

En coincidencia con lo manifestado por el Sr. Ministro Fiscal en su dictamen, debemos concluir que en el caso falta el requisito de autosuficiencia en el escrito recursivo, constituyendo el libelo del Fiscal de Cámara una defensa personal respecto de su actuación profesional (refutando las expresiones efectuadas por el Dr. Pellegrini en su voto), más que un recurso de casación objetando la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y/o inobservancia de las normas que el código procesal penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

A más de lo dicho, resulta útil dejar aclarado que tanto las conductas descriptas en el hecho motivo de juzgamiento como el monto de pena solicitado (16 años de prisión) por

el Fiscal de Cámara, fueron íntegramente receptadas por el tribunal, no obstante haber efectuado los votos mayoritario y minoritario algunas consideraciones particulares al respecto.

Por lo expuesto el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción resulta inadmisibile.

V.- En atención a que corresponde el análisis por separado de los restantes recursos de casación de las querellantes (F. y M.) y del imputado (I.) y teniendo en cuenta razones metodológicas, se analizará en primer lugar, los recursos de casación interpuestos por la Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción en representación de las querellantes M. L. F. (fs.1435/1450) y S. B. M. (fs.1502/1518), para luego tratar el recurso interpuesto por la defensa técnica del imputado A. O. I. (fs. 1456/1501).

Asimismo, corresponde aclarar que en el marco de análisis de los recursos sub examine, y de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Casal”, esta Corte -como tribunal de casación- “(...) debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (...) el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular (...)”; y que “(...) lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación” (CSJN, “Casal Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” - C.1757.XL – 20/09/2005).

Así interpretado y aplicado, este recurso posibilita que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado por el tribunal del juicio oral, revisando en el caso concreto la correcta aplicación de las reglas que permitieron alcanzar la culpabilidad y la imposición de la pena. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías constitucionales y convencionales; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta Corte ha expresado que “mediante este recurso el tribunal superior controla tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas; en definitiva, se puede controlar la declaración de culpabilidad y la pena impuesta. Por lo tanto, por esta vía se posibilita la revisión íntegra, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba” (cfr. CSJTuc., Sent. N° 277 del 04/04/2006 y Sent. N° 497 del 10/06/2008, entre otras).

Sentada la extensión y límites de la revisión casatoria, corresponde dar inicio al tratamiento de los recursos de casación:

V.a/b.- La Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, centra sus agravios en los siguientes puntos: 1) La falta de consideración por parte del Tribunal de la “perspectiva de género” en hecho del que fuera víctima la Sra. F. (amiga de la ex pareja del imputado), pues si bien se declaró que el hecho fue cometido mediando violencia de género, y que se afectó Derechos Humanos de la mujer, esta declaración lo fue en relación solamente al hecho del que fue víctima la Sra. M. (ex pareja del imputado), descartando violencia de género respecto a la amiga de ésta; 2) Asegura que la sentencia incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva ya que el imputado debería haber sido condenado a “(...) sufrir la pena de 24

años de prisión efectiva” (y no a 16 años, como efectivamente lo fue) por el delito de homicidio agravado por el vínculo y por alevosía y por haber sido cometido por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con homicidio agravado por alevosía y por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, en ambos casos mediando violencia de género. Es decir, que debió incorporarse el agravante de la alevosía en ambos casos y la violencia de género respecto de la Sra. F..

Tal como fuere adelantado, ambos agravios deben ser desechados.

En lo referente a la falta de consideración de la violencia de género respecto de la Sra. F., el Dr. Jesús Carlos Pellegrini –voto mayoritario- al responder sobre el primer interrogante expresa de manera clara que “voto para que el Ing. O. I. sea declarado autor penalmente responsable del delito de doble tentativa de homicidio, el primer caso calificado por el vínculo y por el uso de arma de fuego el segundo caso, calificado por el uso de arma de fuego y los dos casos deben calificarse como violencia de género, por la violencia indiscriminada y arbitraria usada en el momento del hecho”. En tanto, al tratar sobre la tercera cuestión afirma “Debe incluso, a mi juicio, ser agravada la conducta por violencia de género. La agravante no surge sin más porque el sujeto pasivo sea una mujer, lo que sucede es que sobre el género él elige a la esposa y a la confidente de su esposa, de otro modo con independencia total de la subjetividad del agente todo hecho en que es víctima una mujer sería violencia de género, lo que jurídicamente no es exacto”.

Finalmente el voto mayoritario concluye que “(...) teniendo en cuenta que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que aduce ser víctima de violencia de género y doméstica, como en este caso, de S. M., debe incorporarse la «perspectiva de género», como pauta hermenéutica constitucional, sensibilidad especial y principio rector para la solución de los derechos en pugna. Es que como lo señala la Convención de Belem do Pará..., la violencia para la mujer no solo constituye una violación de los Derechos Humanos sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que trascienden todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, etc. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Cantu Rosendo», Sentencia del 31/8/2.010)”.

A partir de lo expuesto, se concluye que el voto mayoritario efectúa en distintos pasajes de la sentencia consideraciones sobre la violencia de género, quedando claramente evidenciado que la perspectiva de género fue incorporada como pauta hermenéutica al momento de establecer la calificación legal y la pena a imponer.

Sobre este tema debe dejarse claramente establecido que al considerar el Tribunal que el imputado determinó su accionar por “violencia de género”, tal situación debía servir al juzgador solamente a los efectos de la graduación de la pena a imponer (conf. art. 39 y 40), dentro de la escala penal correspondiente, no pudiendo ser utilizada la misma como agravante del tipo penal. Y ello es así pues no pueden crearse agravantes que no se encuentren consagradas legalmente, resultando tal conducta violatoria del principio de legalidad.

El voto mayoritario explica la imposibilidad de la aplicación retroactiva del femicidio al caso concreto –tal como fuere solicitado por la querrela-, por resultar violatoria del principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal. Así expresa el vocal preopinante que “(...) El art. 9 de la Convención Americana, establece que: «nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Es preciso hacer referencia a los principios de legalidad de irretroactividad de la norma desfavorable y de retroactividad

de la norma penal más favorable, este último alegado como violado en el presente caso». (...) En un estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad, presiden la actuación de todos los órganos del estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. Por su parte, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra contemplado en el art. 9 in fine de la convención, al indicar que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello (conforme al caso Baena Ricardo y otros, párr. 107 y 106). En este caso concreto, sin mayor esfuerzo, se advierte que las recomendaciones de la Convención Americana de derechos humanos en el caso Baena y otros casos para los estados, es fácilmente aplicable en este caso, por el delito de femicidio o en el delito de femicidio tentado como sería la figura que se pretende aplicar por parte de la querrela. Aplicar la figura del femicidio tentado viola el ppio. Constitucional de la ultra actividad de la ley desfavorable, puesto que no es permitido conceder efectos a la ultra actividad desfavorable sino que los efectos son contrariamente el de la ley penal más benigna, conforme al art. 2 del CP.” (fs. 1407).

En efecto, a la fecha del hecho (10/12/2011), no existían las agravantes incorporadas por Ley N° 26.791 (B.O. 14/12/2012) a los homicidios calificados del artículo 80 del Código Penal. La ley mencionada sustituyó el art. 80, inc. 4 que agrava el homicidio “Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”, incorporando asimismo el femicidio en el inciso 11 al establecer la pena de prisión perpetua al que matare “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

Ambas normativas, conjuntamente con el inc. 1 del art. 80 constituyen la incorporación expresa en el derecho penal respecto de la “violencia de género”, no pudiendo ser aplicados tales agravantes de manera retroactiva. Antes de la Ley N° 26.791 todo hecho de violencia de género en contra de la mujer, merecía una protección especial, conforme lo establecido por Ley N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género. Pero resulta oportuno dejar establecido que esta última ley no crea delitos, los contextualiza, de allí la importancia de la “perspectiva de género” en este tipo de casos: No es lo mismo una trompada en medio de un partido de fútbol que una trompada en medio de una relación tormentosa, signada por una cotidianidad perversa de sumisión y socavamiento de una de las voluntades. Ambas serán tipificadas como lesiones, pero la distinción de los contextos, permitirá establecer una solución más ajustada a derecho. La ley 26.485 contextualiza. Impone arbitrar medidas tendientes a proteger a una de las partes del proceso: la denunciante. Restricción de acercamiento, acompañamiento psicológico y psiquiátrico, auxilio económico, representación jurídica gratuita para garantizar un verdadero acceso a la justicia. Nada de lo enumerado sugiere transgredir o vulnerar el proceso o las garantías que corresponden al denunciado o a quien, eventualmente, resultara juzgado, ni mucho menos establecer agravantes genéricas no creadas legalmente, o bien pretender su aplicación retroactiva.

Dicho ello, y considerando el agravio propuesto en primer término por la Defensora Oficial (querellante), efectuado un profundo análisis de los elementos probatorios colectados en autos no se evidencia una “violencia de género” en la actuación llevada a cabo por el imputado en contra de la amiga de su ex esposa.

La “violencia de género contra las mujeres” es un tipo de violencia que se despliega contra la mujer y en un contexto determinado. Desde esta perspectiva, la Ley N°26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) 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. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

En sentido similar, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), establece en el artículo 1° 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”, señalando en el artículo 2° que “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- 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 tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”.

En una misma dirección, en el derecho comparado, la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2004, actualmente vigente en España, entiende por violencia de género como una “violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”.

A partir de las conceptualizaciones sobre la violencia de género en contra de la mujer, y efectuando un análisis del caso concreto, no se evidencia que la conducta desplegada por el imputado sobre la Sra. F. (amiga de su ex esposa), haya sido realizada por su condición de mujer, o por odio por ser ésta una mujer.

Buompadre, al tratar el femicidio y su incorporación al Código Penal, expresa que “En esta modalidad de femicidio que regula la nueva legislación, se está ante un tipo de homicidio especialmente agravado por la condición del sujeto pasivo y por su comisión en un contexto ambiental determinado, pero ello no quiere decir que estemos ante un delito pluriofensivo que por tal circunstancia merezca una pena más severa. El femicidio es, técnicamente, un homicidio y, por lo tanto, aún cuando sólo el hombre pueda ser su autor y sólo una mujer la víctima, el bien jurídico protegido sigue siendo la vida de ésta, como en cualquier homicidio”, afirmando luego que “El fundamento de la mayor penalidad debemos buscarlo (...) en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género. De aquí que el asesinato de cualquier mujer, en cualquier circunstancia, no implica siempre y en todo caso femicidio, sino sólo aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder. Sólo desde esta perspectiva, 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 penal 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, en iguales circunstancias, lo cual pondría de manifiesto un difícil e insalvable conflicto de constitucionalidad.” (Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, AlveroniEdic., Córdoba, 2013, pág 154/5).

Descartada la “relación desigual de poder” entre I. y F., y no surgiendo un “ámbito situacional específico” (relación de subordinación y sometimiento de la mujer hacia el varón) la “violencia de género” debe ser descartada de plano en el caso concreto, aún en la hipótesis que fuere viable la aplicación del femicidio al hecho objeto de juzgamiento –posibilidad descartada absolutamente por principios de legalidad e irretroactividad penal-, correspondiendo en consecuencia el rechazo del agravio propuesto.

En segundo lugar, critica la Defensora Oficial el criterio adoptado por la Cámara en cuanto al rechazo de alevosía, debido a que la sentencia entiende que “(...) si bien las mujeres no sospechaban de esta situación, el imputado por su condición de border hubiera actuado exactamente igual aunque hubiera algún obstáculo ante él”, no coincidiendo la casacionista en que la condición de border lo hubiera llevado a atacarlas en cualquier momento, ya que I. las acechó durante meses, y esperó pacientemente la situación de indefensión, que por la inadvertencia del ataque, les impidió oponer resistencia alguna que se transforme en riesgo para el agente.

El voto mayoritario al analizar la alevosía descarta de plano la agravante al considerar la carencia del elemento subjetivo por parte del autor de obrar a traición y sobreseguro. El voto del Dr. Pellegrini refiere que “se comparte la opinión de Roxin, cuando al referirse al agravante en el derecho penal alemán señala: «lo mismo sucede con la alevosía como elemento del asesinato, si con la jurisprudencia constante se la define como aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión de la víctima», con todo acierto ubica Zaffaroni a la agravante analizada tendendelicta, destacando que en el aspecto objetivo el dolo exige, en cuanto al conocimiento, la indefensión de la víctima, pero ello no alcanza hasta allí, solo hay un dolo de homicidio simple. Se requiere además, que el sujeto activo aproveche este estado de indefensión, saque partido para él del estado en que pretende (ver Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 3, pág. 375). Por esta razón no será alevosa la muerte de un niño, ni es alevosa la muerte de un enfermo postrado y totalmente impedido de resistirse. En definitiva se dará la agravante de alevosía cuando el agente actúe seguro y sin riesgo (ver el Trib. Supremo Español, sentencia del 24/1/92 citado por Juan González Rus, en su curso de derecho penal español).” (fs.1401 vta./1402).

El análisis de las constancias de autos y de la plataforma fáctica fijada por la Sala a quo demuestra el acierto del Tribunal (tanto en su voto mayoritario como minoritario) al interpretar y excluir la aplicación de la agravante del art. 80 inc. 2 (alevosía).

El núcleo de la alevosía que agrava el homicidio requiere de una situación real y objetiva de indefensión de la víctima, de una falta absoluta de la posibilidad de defenderse; y de un elemento psicológico consistente en que el autor provoque esa situación, o bien que siendo preexistente la aproveche para actuar sin riesgo.

El requisito objetivo se configura por la situación real de indefensión de la víctima (sea por las condiciones en que se encuentra -vgr., dormida, desmayada, paralizada-, o por inadvertencia propia o de terceros) que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente. No es indispensable la total ausencia de resistencia, pues la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia mínimamente riesgosa para el ofensor, sea que proceda de la actividad de la propia víctima o de terceros.

En tanto, el requisito subjetivo se da cuando el autor quiere “obrar sobre seguro”, esto es, sin el riesgo que pueda implicar la reacción de la víctima o de terceros que puedan oponerse a su acción. Es decir que hay en el actor una preordenación para actuar con esa

seguridad; un aprovechamiento del estado de indefensión. Se trata de una agravante establecida en razón del modo, por las menores posibilidades de defensa de la víctima (CSJTuc., Sentencia N° 112 del 03/3/2008). Al respecto se ha señalado que la antigua fórmula española “obrar a traición y sobre seguro” describe con bastante precisión los alcances de la alevosía en nuestro derecho, si es que por “traición” se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, y “sobre seguro” la intención del agente de obrar “sin riesgos para sí”, lo cual permite acceder a las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía. (Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, T. I, Edit. Astrea, págs. 27/30).

Desde una perspectiva subjetiva para que se configure la alevosía no basta con que la víctima se encuentre en estado de indefensión, sino que el autor debe saber que mata habiendo aprovechado esa condición; es decir que requiere además que el sujeto activo “aproveche este estado de indefensión, saque partido de él para la obtención del resultado que pretende” (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. III, Ediar, 1981, pág. 375). En la misma línea se ha señalado que la alevosía “resulta de la idea de seguridad y falta de riesgo, como consecuencia de la oportunidad y de los medios elegidos” (FontánBalestra, Carlos; Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, Abeledo-Perrot 1992, p. 96). Como también que “objetivamente la alevosía exige una víctima que no está en condiciones de defenderse, o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo. Pero subjetivamente, que es donde reside su esencia, la alevosía exige una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero. La incapacidad o inadvertencia de la víctima puede ser provocada por el autor, o simplemente aprovechada por él” (Núñez, Ricardo; Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Lerner, 1977, p. 37).

En el caso ninguna de las dos situaciones aparece configurada en autos. Emerge con claridad de la plataforma fáctica fijada por el tribunal del juicio que ni las víctimas se encontraban en situación de absoluta indefensión (elemento objetivo), ni el acusado buscó crear esa situación o aprovecharse de ella sin riesgos para sí mismo (elemento subjetivo). El análisis de los testimonios de cargo y descargo, permiten evidenciar una torpeza en la actuación del imputado I. (desplazamiento en bicicleta, utilización de un arma defectuosa, huida en remis), la cual a más de descartar una preordenación en el sujeto, denota una reacción impulsiva por parte de éste, circunstancias que reafirman la carencia del elemento subjetivo y objetivo necesario para la aplicación de la agravante pretendida.

Finalmente, cabe agregar que la imposición de la pena de prisión de 16 años de prisión, tal como lo había efectuado el representante del Ministerio Público Fiscal y no la de 24 años como lo fuere requerido por la acusación privada (las querellantes particulares), se encuentra debidamente fundamentado. La coincidencia del monto solicitado por el Fiscal de Cámara y la pena impuesta por el tribunal sentenciante no puede interpretarse como una adhesión automática del a quo a la postura fiscal, desentendiéndose de la “perspectiva de género”, tal como pretende interpretar la Defensora Oficial (representante de las querellantes).

El Dr. Pellegrini al contestar el tercer interrogante –pena a aplicar- expresa que “Después de escuchar a las víctimas, después de escuchar a los médicos, después de escuchar al Ingeniero I., he valorizado correctamente con perspectiva de género por ello hemos condenado por 16 años de prisión agravado por violencia de género”, para luego considerar que “El voto considera, con profundo respeto los derechos humanos de las mujeres involucradas en este proceso, y también he considerado, conforme a la psiquiatría más moderna la situación del imputado. Se le han reducido casi 20 años de

prisión, sea que la disminución provenga de una punibilidad restringida, por su situación de border, o se lo considere plenamente capaz y se lo condene conforme a la composición a la pena de 16 años de prisión impactando las agravantes sobre el art. 41 del CP.”.

Por su parte, el voto minoritario del Dr. Diego Vital Graneros en relación a la mensuración de la pena expresa que “(...) tengo en consideración la naturaleza, gravedad de los hechos cometidos por el encartado, al empleo de arma de fuego y reiteración de los disparos, con la agravante del art. 41 bis del Código Penal; el vínculo marital respecto a la Sra. M. S. B. –art. 80 C.P.- y lo normado para la tentativa por el art. 44 que establece: “si la pena para la prisión perpetua, la de la tentativa será de prisión de 10 a 15 años”. Amén, de las condiciones personales del autor, en particular al estado de salud del imputado I., que dan cuenta los testimonios médicos relatados en punto antecedentes de este considerando; las secuelas que por ahora padece la Sra. M. y de más pautas mensurativas especificadas por los arts. 40 y 41 del Código Penal. Me pronuncio, imponiéndole a A. O. I., la pena de DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS DEL PROCESO”.

Habiendo sido expuestas las razones para la mensuración de la pena en los votos mayoritario y minoritario precedentemente transcritos resulta oportuno señalar que el momento de la determinación del quantum, es un momento esencial en el proceso penal puesto que “la individualización de la pena es la cantidad y calidad del poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada” (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, 2ª Edic., Buenos Aires, 2002, pág. 993). Los artículos 40 y 41 del CP fijan las pautas generales para realizar dicha individualización, en particular el artículo 41 en su inciso primero, hace alusión a circunstancias principalmente de índole objetivas: la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño y el peligro causado. Por su parte, los enunciados en el inciso segundo, hacen referencia a las de carácter subjetiva relacionadas con la peligrosidad del autor. (Conf. CSJTuc., Sent. N° 571, 09/08/2010).

Al respecto, cabe advertir que la condena ha sido impuesta dentro de la amplia escala prevista por los artículos 79 y 80 del Código Penal, en grado de tentativa –conforme artículos 42 y 44 del Código Penal- para su individualización, que permite al juzgador adaptarla al caso concreto. El régimen legal es elástico atendiendo a las pautas de los arts. 40 y 41, que no formulan bases taxativas sino que dejan librada la mensuración - dentro de los límites normativos- a la apreciación del caso concreto.

En el sublite, la adecuación de la pena tuvo lugar según las pautas orientadoras valoradas en la instancia de mérito; y la conclusión no aparece ilógica o desvinculada de la significación jurídica asignada a los hechos establecidos en el pronunciamiento. Desde esta perspectiva, tampoco se verifica desproporcionalidad respecto al grado de reproche atribuido en la sentencia. La Cámara da razones de su fallo, que fluyen del contenido integral del decisorio; y la pena impuesta -16 años- no se presenta prima facie arbitraria o carente de motivación. Por lo contrario, se advierte que los jueces de grado apreciaron fundamentalmente la edad del imputado –54 años-, su grado de instrucción, los informes psicológicos que se le practicaron, las circunstancias de modo y ocasión en que ocurrió el hecho, todas ellas conducentes e idóneas para la correcta mensuración de la pena. El Vocal preopinante –voto mayoritario- de manera concreta expresa que “En este caso, hemos usado la composición, adecuada a la edad del imputado, y al modo de comisión del delito y a lo que en perspectiva le queda vivir pensando en un egreso de la cárcel a los 69 años de edad” para luego considerar que “(...) La duda concerniente a cuál es el máximo de la pena impuesta por el homicidio calificado se resuelve con la norma más favorable al imputado, y teniendo en consideración, en este caso concreto,

los pactos internacionales que benefician al imputado, y los pactos internacionales que benefician los derechos humanos de la mujer, se ha realizado una composición, teniendo en cuenta: la edad del imputado, los motivos que lo llevaron a delinquir, la edad y la condición social de la víctima, la posición económica para reparar el daño ocasionado, el lugar donde han sucedido los hechos y las otras pautas de mensuración del art. 41 del CP, me inclinan a sostener lo que he dicho en el voto, de que la pena es justa y equitativa cuando es proporcional, según los parámetros constitucionales al daño sufrido y ocasionado, y debe fijársela prudentemente en dieciséis años como tratamiento penitenciario que debe sufrir el condenado”.

No resultando atendibles los agravios propuestos en los recursos de casación interpuestos la Defensora Oficial de la II Nominación del Centro Judicial Concepción en representación de las querellantes en autos S. B. M. y M. L. F., corresponde su desestimación.

V.c.- Ingresando al análisis de los agravios planteados por la defensa técnica del imputado A. O. I., los mismos pueden resumirse en cuatro objeciones puntuales: I) La falta de consideración por parte del Tribunal –tanto en el voto mayoritario como minoritario- respecto de la inimputabilidad de A. O. I. siendo que ninguno de los profesionales que intervinieron aseguraron que el imputado podía comprender la criminalidad del acto en el momento del hecho, II) la exclusión de la emoción violenta (art. 81, inc. 1) como atenuante de la conducta del imputado; III) la falta de intención del imputado de causar la muerte de las víctimas y la violación del principio in dubio pro reo; IV) la inexistencia del vínculo matrimonial, lo que descartaría el agravante del artículo 80, inciso 1 al existir un proceso de divorcio vincular iniciado.

No obstante el análisis a continuación que se efectuará de cada uno de ellos, se adelanta desde ya que los mismos deben ser rechazados.

1) En relación al primer agravio afirma la defensa técnica que no se tuvieron en consideración las declaraciones de los profesionales intervinientes en la causa, el Dr. Rojas, (médico del Instituto CREN, donde estuvo internado el imputado), Dr. Costal (psiquiatra citado por el Fiscal de Cámara) y el Dr. Manlla (Médico Forense de Centro Judicial Concepción). La defensora de I. de manera reiterada y utilizando frases descontextualizadas –mediante copia parcial de las declaraciones de los especialistas- expresa que el Tribunal no tuvo en consideración el estado de inimputabilidad en el que se encontraba su pupilo al momento de los hechos. Asegura que la sentencia hace referencia a los informes de la junta médica, los que resultan categóricos e instalan el interrogante sobre si efectivamente el Sr. I. pudo haber comprendido la criminalidad del hecho.

Pone de resalto fundamentalmente para poner en duda la imputabilidad de su cliente al momento del hecho lo declarado por el Dr. Horaiki –médico tratante del imputado- cuando éste sostuvo que: **“Podría ser que el imputado AL MOMENTO DEL HECHO, NO PUEDE HABER COMPRENDIDO LA CRIMINALIDAD DE SU ACTO: DICE QUE LA SITUACIÓN DE DIVORCIO INICIADA EN SU CONTRA PUEDE SER UNA SITUACIÓN DE ESTRÉS QUE HAYA INCIDIDO NEGATIVAMENTE EN EL IMPUTADO, PODRIA HABER SUFRIDO UN TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO COMPLETO”**.

A los efectos de poder analizar íntegramente las pericias técnicas respecto de la salud mental del imputado a fin de establecer el acierto del tribunal resulta oportuno la transcripción de las declaraciones de los mismos en el debate oral:

a) En primer lugar depone el Dr. Jorge Guillermo Díaz, perito médico psiquiatra del Cuerpo Médico Forense del Centro Judicial Concepción, quien efectúa una explicación de que significa y en que consiste el estado borderline de personalidad: “estas personas

tienen dificultades de todo tipo, tanto en el vínculo laboral como personal; trabajando, son personas muy trabajadoras, una de las características de esta personalidad es que son adictos, en este caso al trabajo, lo cual le trae problemas en su relación familiar, ya que lo tendrá ausente en su familia; puede sentirse omnipotente o también como persona que no vale nada, disminuirse; la adicción al trabajo está fundada en el hecho que le da un sentido a su vida: a veces se cortan para sentir algo, porque no sienten nada; informes médicos existentes en la causa no son contradictorios; todas las características señaladas en ellos, son rasgos o síntomas (neurosis polisintomáticas) de las características de esta personalidad borderline. (...) I. tiene un aumento de la hetero y auto agresividad, de la impulsividad, un corto circuito entre el deseo y la acción, no hay elaboración en su fuero íntimo, y luego viene el arrepentimiento, son personas que tienen una gran vulnerabilidad; este tipo de manera de ser del imputado es de mucha premeditación y al mismo tiempo impulsivo; sin droga y sin alcohol son personas agresivas; muchas veces sin pensarlo actúan e hieren; tienen elevado el sentimiento de la injusticia; como puede ser que le intenten quitar la camioneta o el sueldo, lo cual para él era muy importante, tienen un derecho exacerbado de la propiedad, le produce una bronca tremenda; puede por la impulsividad actuar inmediatamente, agredir a alguien o también auto agredirse: él consideraba que la Sra. F. le metía cuento a M. para que le haga juicio, le quitaran la camioneta, él interpretaba así; los cuadros psicóticos pueden darse en cualquier momento en la vida de este tipo de personas; no cree que I. se haya medicado en la audiencia anterior cuando tuvo una agresión para con el Dr. Faiad, que este tipo de personas simulan tO. los medicamentos, pero no lo hacen; que las dosis que él estaba tomando de antisicóticos, no concibe como pudo haber tenido ese tipo de reacciones; en el momento en que lo vio, hasta el momento, no perdió su capacidad de comprender la criminalidad del acto, pero si puede el borderline tener un cuadro sicótico que le impida comprender lo que hizo, pero el no estuvo psicótico; son cuadros psicóticos breves, pueden durar minutos, horas, días. (...) la personalidad Borderline a veces en un trastorno de personalidad grave; los antidepresivos a lo psicóticos lo brotan, pero no es el caso de I.; pueden generar una ira que no pueden controlar; puedo negar que al momento del hecho, el imputado tuvo un cuadro psicótico, primero lo atendió el Dr. Manlla, a quien le dijo que no se acordaba de lo que había pasado y luego lo atendió él, y si se acordaba de todo lo que había hecho; yo no vi nunca en cuadro psicótico a el imputado, si el Dr. Costal, si hubiera actuado de una manera sicótica, la familia se tendría que haberse dado cuenta; no tuvo ningún brote sicótico en el momento en que cometió estos hechos, no tiene ninguna amnesia del hecho; el informe médico se lo hizo en el cuerpo médico forense, él lo firmó primero, después el Dr. Horaiki y no sabe porque no lo firmó el Dr. Chapedi.(...) en el momento del hecho, I. comprendió la criminalidad del acto; que le parece que fue una cosa casual que primero la haya agredido a la Sra. F. y luego a la Sra. M.; considera que I. es una persona peligrosa, pero en donde esté tiene que tener siempre la cobertura psiquiátrica, psicológica y medicamentosa; las odia a las dos víctimas; cuando I. salga en libertad, la vida de las víctimas corren peligro; este tipo de personas se jactan de ser peligrosas, ya que estando en libertad, no toman la medicación y eso lo torna peligroso; no soportan que lo vayan a agredir, va a reaccionar; cuando están apocados, necesitan el acercamiento de la gente; si hubiera tomado la quietiapina hubiera estado mucho menos agresivos, duda que la haya tomado; tienen capacidad de arrepentimiento y le puede agarrar una depresión que los deje tirado; buscan el aprecio de los jefes, porque permanentemente tienen el sentimiento de que no sirven; a I. las noticias le generó mucha violencia, porque se sentía que lo estaban despojando; todo lo que sea mucho estrés para el imputado lo vuelve loco, puede hacer macana, no va a pensar, no siempre son impulsivos, son

inestables; el borderline es calentón, quiere, puede amar profundamente a una mujer y luego dejar de quererla; en cambio el psicópata es frío; tiene una vulnerabilidad a flor de piel; uno de los rasgos que tienen los pacientes border son rasgos psicopáticos, también tiene rasgos neuróticos obsesivos; tiene un aumento de la agresividad e impulsividad.” (fs. 1376 y vta. – El resaltado es propio).

b) Posteriormente declara Hugo Pisa, Médico Psiquiatra, de la Clínica de Reposo del Noroeste S.A. quién asegura que “conoce al imputado I. a raíz de haberlo recibido en internación en la Clínica en la cual trabaja, en el año 2012, durante más o menos siete días: da una explicación del cuadro psiquiátrico en el que llegó a esa internación el imputado y hace un detalle pormenorizado de la patología que lo aqueja al incuso; después de haberlo atendido en esa situación de emergencia, no lo vio más a I., pero si le recomendó que debía continuar con un tratamiento ambulatorio: tenía un trastorno depresivo mayor; a todo paciente que desde el punto de vista interno entra en un cuadro melancólico, siente que la vida no tiene sentido, carece de razón de ser, o sea tiene una manifestación psicótica de la realidad y la quietiapina en este sentido es favorable porque tiene componentes antipsicóticos; su diagnóstico no es excluyente con el diagnóstico sobre el trastorno de personalidad borderline: cuando lo trató el problema de I. era dentro de sí mismo y no con el mundo exterior; se le suministró estabilizadores del ánimo para alargar los ciclos de estos cuadros depresivos mayores; la severa depresión que tenía I., excedía el marco de los conflictos existenciales; las características fundamentales de personalidad obsesiva, es un patrón rígido y estructurado, son personas que cuando las cosas salen mal, cargan una fuerte impronta culposa, la autoestima del obsesivo es muy baja; tienen un estrechamiento del campo de la conciencia, si algo determina que el problema se torna intolerante; la comprensión del acto, cuando se actúa por impulsividad siempre habrá comprensión de lo que se hace; hace una diferencia entre el psicópata y el cuadro que padece el imputado; en el momento que lo vi solo vi la fase depresiva; siete días es un tiempo que uno maneja una terapéutica situacional; llevar adelante un diagnóstico de precisión lleva tiempo; (...) a la clínica del reposo llegó acompañado por su pareja, no lo derivó nadie: la amnesia no es patognomónica en un cuadro de depresión (...) aparte de la depresión, por momento la persona denota un bloqueo cognitivo en su capacidad de entendimiento o interpretación de las cosas, tiene una lentificación operativa de su inteligencia; en principio todas las expresiones tienen un valor en el sentido evaluativo del cuadro clínico del paciente en especial; la base genética significa que cuando un ser humano se deprime cíclicamente, porque la vida no tiene sentido, no surge de la nada, sino se trata de una vulnerabilidad genética, nace con un programa genético; la quietiapina tiene un espectro de acción muy amplia; se le sugirió una continuidad de tratamiento ambulatorio, porque es un espacio de tiempo muy reducido en que se lo vio.” (fs. 1377 y vta. – El resaltado es propio).

c) Luego expone el Médico Psiquiatra Gustavo A. Costa afirmando respecto del imputado que “lo vio en una comisaría de Simoca y a la Sra. M., la atendía como paciente; (...) que cuando lo vio, el paciente no se le administraba la medicación adecuada y se le indicó volver a la medicación indicada que él tenía, adecuada a la patología que el imputado presentaba; la angustia psicótica es una angustia exagerada por la falta de medicación adecuada, es un trastorno transitorio; la medicación se modificó cuando el imputado estaba preso, estaba con ansiolítico, antidepresivos e hipnóticos: estaba sin medicación en la comisaría; según el paciente, se consumía estabilizadores del ánimo (risperidona); la angustia psicótica era por la abstinencia, la depresión tiene una base genética que tenderá a repetirse en el tiempo (...) lo que padece I. es un enfermo mental, que si no se lo trata convenientemente se descompensará; la amnesia

no es patognomónica en un episodio sicótico; no puede decir que I. haya sufrido un cuadro sicótico en el momento del hecho porque no lo vio; aparentemente el imputado se estaba auto medicando en el momento en que lo vio, porque a él lo llamaron porque no tenía médico psiquiatra de cabecera”. (fs. 1378 – El resaltado es propio).

d) En cuarto lugar declara el Dr. Jorge Miguel Chapedi, Médico Forense y Director del Cuerpo Médico Forense del Centro Judicial Concepción, quién expresa de manera contundente que “el Sr I. comprende la criminalidad desus actos y dirigir sus acciones (...) I. tiene una enfermedad patológica, no mental, puede una persona con características de personalidad borderline tener un cuadro sicótico; cualquier persona puede tener un brote sicótico, no tan solo un borderline; I. al momento del examen era imputable” (fs. 1378 y vta. – El resaltado es propio). Posteriormente, citado nuevamente el Dr. Chapedi afirma que “En lo que respecta al imputado, no se puede aseverar si fue un trastorno de personalidades un diagnóstico un poco difícil porque hay síntomas que superan la neurosis de las gentes.- Si pueden tener un desbordamiento de la realidad las personas que sufren este tipo de patología; puede haber tenido un trastorno mental transitorio, que también es una enfermedad.- La amnesia es la psicosis, puede tener una amnesia parcial. En ese momento no estaba en condiciones de declarar, es muy probable que puede ser por el hecho mismo, él se bloqueó por el hecho mismo, cuando yo lo evalué me manifestó que estaba tomando medicación; la falta de consumo de los medicamentos, puede haber causado el estado en el que se encontraba, esto puede ser por el hecho por la abstinencia. Esta enfermedad es tratable, no sé si es curable, se la puede compensar, un evento fugaz de tipo psicótico, el síntoma es que está en ese momento y luego desaparece. Yo no noté síntomas en el Sr. I. yo no interrogo al paciente.” (fs. 1381 vta.).

e) En tanto, la Psicóloga Julieta More de Vega, declara que “El imputado es un sujeto con poca expresividad de las cosas, es difícil llegar a un diagnóstico desde la psicología, hay características de una psicosis y perversión. Borderline es una estructura difícil.- (...) Se está viviendo una realidad paralela, se puede dar la fantasía y crear la realidad; la fantasía no es igual a delirio; en cualquier estructura psicótica o neurótica puede pasar al acto; el hecho en sí, reagrava la situación.-” (fs. 1382).

f) Finalmente, el Dr. Jorge Nicolás Horaiki, médico psiquiatra –tratante del imputado-, asegura que “si conoce al imputado y que no conoce a las querellantes. (...) desde hace dos años que trato al imputado, que cuando lo vio por primera vez, el imputado llegó en un muy mal estado psicológico; con ideas suicidas claras; que primero lo trató con altas dosis de antipsicóticos para neutralizar los impulsos; que era una persona muy frágil psicológicamente, tiene un poco control de sus impulsos, ante situaciones de estrés, pero entiende lo que hace; ante situaciones de estrés puede volver a tener actitudes como lo que tuvo en este hecho bajo examen; tiene actitudes reaccionarias ante situaciones de estrés; no es un sicópata, no actúa por premeditación, sino que el imputado actúa por impulsos, un sicópata es más frío; solo tiene rasgos psicopáticos, no todos los caracteres de los sicópatas. (...) el imputado actúa por impulsos, ante determinadas estímulos negativos, pierde su pensamiento, pero no ausencia de conciencia, tal vez si de comprensión en forma parcial, de lo que está haciendo en ese momento; no controla el acto, lo inicia y continúa: puede ser instantáneo, o prolongarse pero no por mucho tiempo, a lo mucho, horas, a lo sumo un día; trato este tipo de paciente desde hace diez años; no tiene un trastorno obsesivo-impulsivo; el trastorno límite de la personalidad es un diagnóstico americano, son pacientes establemente inestables, no son bipolares, con control de los impulsos muy pobres, hay un déficit en el lóbulo frontal, con circuitos impulsivos e inclusive instintivos, con intentos de suicidios seguidos; tienen temor al abandono, estados anímicos fluctuantes, temor al rechazo, incurrir en situaciones

extremas, como conducir a alta velocidad, no miden riesgos; en el estrechamiento de la conciencia, el individuo tiene una comprensión del acto pero no total, describe el hecho, no en su totalidad, hay lagunas; es lento para entender o comprender pero lo entiende; la crianza es muy importante, pero hay una base biológica y neurogenética también muy importante; él tiene alterados los receptores dopamina y serotonina, es una presunción clínica; salvo que se haga un espectro, o una punción lumbar; sabe lo que está bien y lo que está mal, pero no puede detenerse en su accionar. (...) cualquier neurótico puede tener rasgos sicopáticos; la debilidad yoica, es un término que uso el Doctor Díaz, yo sostengo estructura vulnerable, pero los dos se refieren a lo mismo; el trastorno mental transitorio es un término jurídico, que anula la cognición y la voluntad, en forma total o parcial; no maneja su voluntad; cuando comenzó a atenderlo al imputado, este le mostró un esquema de medicación, que inmediatamente lo modificó sustancialmente, pero no sabe si medicación inicial lo tomaba o no; por la base patológica, podría ser que el imputado al momento del hecho no pueda haber comprendido la criminalidad de su acto: dice que la situación de divorcio iniciada en su contra puede ser una situación de estrés que haya incidido negativamente en el imputado, podría haber sufrido un trastorno mental completo (...)” (fs. 1384 y vta. – El resaltado es propio).

A partir de las declaraciones efectuadas por los distintos profesionales de la salud que trataron al imputado antes y después de los hechos motivo de juzgamiento, se puede concluir que no obstante la patología del imputado –borderline- éste pudo comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (“sabía lo que hacía”). La única duda sobre la imputabilidad de I. está dada por lo expresado por el Dr. Horaiki al ser consultado por la defensa técnica de I., al decir que “por la base patológica, podría ser que el imputado al momento del hecho no pueda haber comprendido la criminalidad de su acto”, pero tal declaración a más de no resultar concluyente (constituye una hipótesis posible), la misma debe ser relacionada con lo declarado por el mismo profesional cuando, describiendo la patología del imputado, refiere que “el individuo tiene una comprensión del acto pero no total, describe el hecho, no en su totalidad (...) es lento para entender o comprender pero lo entiende (...) sabe lo que está bien y lo que está mal”.

El voto del vocal preopinante Dr. Pellegrini analiza en profundidad la patología e imputabilidad del imputado al sostener que “Que también declaran en el juicio los médicos psiquiatras, Dres. Pisa, Manlla, Costal, quienes trataron al encartado I. A. O. y refieren a su trastorno en la personalidad depresiva mayor, con síntomas acordes al DSM4, enumerando síntomas que todos los médicos requirieron el suministro de medicamentos o tratamiento que correspondía llevar u observar el encartado para mantener su estado de salud, coincidiendo que el encartado pudo comprender y conocer la criminalidad del hecho motivo de este proceso judicial, no tratándose de un inimputable en términos jurídicos”.

Asimismo, y citando jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, el voto mayoritario expresa con claridad que “«no todo estado de turbación mental puede dar como resultado la aplicación del art. 34 inc. 1 del Cód. Penal». La fórmula mixta biológica, psicológica, incluida en el art. 34 inc. 1 del Cód. Penal exige, para considerar inimputable a un sujeto activo, no solo que, en el momento del hecho, padeciera una insuficiencia en sus facultades, una alteración morbosa de las mismas, o se hallare en un estado de inconsciencia, sino que, además, cualquiera de esas situaciones en las que se hallara debieron impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. También se ha dicho que, los estados o situaciones subjetivas de la gente, en tanto resulta una realidad psicológica, o sea un proceso psíquico, singular, no son demostrables al menos en el estado actual de la ciencia, en forma directa, ni

indirectamente, perceptibles a través de los sentidos; su prueba, entonces, es de naturaleza indirecta, y radica en aquellos indicios que puedan surgir de la forma exterior de comportamientos, y las circunstancias que rodearon su realización, de los informes, de los testimonios de la víctima y de cualquier otro medio pertinente y útil (Trib. De Cas. Penal de Bs.As. Sala 2. 26/6/08). En este caso nosotros agregamos, no hay prueba pertinente y útil que pueda probar los estados o situaciones subjetivas del agente. Y para terminar con el estudio de la salud mental, la fórmula mixta de la ley de fondo exige, para que una persona sea considerada inimputable, no solo que concurra el requisito de la alteración morbosa, sino también que esta ocasione alguno de los efectos psicológicos normativos previstos por la norma: la ausencia de comprensión de la criminalidad del acto o la imposibilidad de dirección de su accionar. De manera que, aun cuando se aceptase que un tipo de trastorno mental pueda potencialmente ocasionar la inimputabilidad de un sujeto, tal extremo se dará solamente en los supuestos en que una perturbación de la conciencia, determine la concurrencia de algunos de los referidos efectos psicológicos normativos” concluyendo finalmente que “El error de las partes en este proceso ha consistido en someter a la Cámara a una extenuante investigación sobre la existencia de una enfermedad mental en el imputado, olvidándose que el criterio para determinar exhaustivamente la inimputabilidad depende del Juez, y no del médico, un sujeto solamente es inimputable cuando no pudo comprender ni la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones, por lo tanto el Ingeniero I. es absolutamente punible. No solo porque lo digan los médicos, sino porque el cúmulo de pruebas indirectas establecen la perfecta punibilidad en el momento del hecho”.

De lo expuesto puede concluirse que el agravio propuesto debe ser rechazado.

2) En segundo lugar, la defensa técnica expresa que no existe certeza de lo que sucedió en el momento del hecho, ya que hay discordancia entre lo manifestado por F. y M., quienes aseguran que sin mediar palabra, se les realizó disparos, y la versión del imputado, quien afirma que “I. se presentó a pedirle a M. que levantara la demanda de divorcio y que ésta durante la discusión se le rió a I. y que éste en el estado de alteración mental y emocional que presentaba extrajo el arma y disparó a M. y fue F. quien intervino para tratar de evitar estas circunstancias la cual provocó un forcejeo entre ellos y en el mismo salieron 3 disparos que lesionaron levemente a F.”.

A partir de la versión defensiva de cómo sucedieron los hechos, se agravia la representante del imputado de la postura asumida por el Tribunal al desechar la emoción violenta. Considera la recurrente que tal exclusión no solo resulta incorrecta, sino además, se encuentra absolutamente desactualizada en cuanto a los avances de la técnica jurídica.

Explica que en el presente caso se encuentran cumplidos los requisitos para que exista emoción violenta, a saber: 1) se trata de un enfermo con patología psiquiátrica que sin la adecuada medicación no puede controlar sus impulsos, lo cual lo predispone de manera excepcional al debilitamiento de sus frenos inhibitorios; 2) Se requiere la excusabilidad de la emoción, es decir que debe existir una causa provocadora de la emoción que tenga entidad suficiente y provenga de afuera, lo cual se encuentra acreditado en autos ya que cualquier paciente border que recibe una cédula judicial que pone en peligro la libre disponibilidad de sus bienes o su sueldo, actuaría de la misma manera.

El voto mayoritario analiza el planteo efectuado por la defensa técnica respecto de la actuación del imputado en el hecho en un estado de emoción violenta, expresando que en este tipo de conducta (homicidio en estado de emoción violenta) debe existir una naturaleza ética del móvil. Puntualmente expresa que “(...) la causa debe responder a motivos éticos, para que las circunstancias del hecho puedan ser excusables. Son motivos éticos únicamente aquellos que mueven de una manera adecuada a una

conciencia normal” para luego sostener que “En este caso concreto cabe preguntarse cuáles son los motivos éticos que movieron de una manera adecuada al Ing. I. para intentar matar a su esposa y a la amiga”, concluyendo que “(...) En este caso no existen los móviles éticos, porque si cada marido que recibe una cédula de divorcio con prohibición de acercamiento se limitara a intentar matar a su esposa pretendiendo tener una permisión, estaríamos estableciendo una causa supra legal de justificación contraria a la ley y absolutamente ridícula”.

El análisis efectuado por el tribunal sobre la emoción violenta y los elementos configurativos de la atenuante, no obstante lo sintético de la misma, resulta acertado. Y ello es así pues no obstante –por vía de hipótesis- haber podido reaccionar I. de manera violenta y en un estado emocional, el elemento ético y el factor temporal (reacción inmediata desde el hecho generador) no resultan presentes en el presente caso, con lo que no se podría excusar a la emoción.

La emoción violenta como enseñaba Soler, tiene vigencia en aquellos casos solamente en que la misma “se traduzca en un choque emocional que implique una disminución de los frenos inhibitorios”. Asimismo, expresa Terán Lomas, si en el hecho concreto faltan los específicos elementos subjetivo y valorativo, o uno de ellos, recobra su aplicabilidad el tipo básico del artículo 79 del Código Penal. El tipo atenuado establece la presencia de un elemento psicológico o subjetivo (estado de emoción violenta) y un elemento valorativo o normativo (las circunstancias que hacen excusable aquel estado). El primero de ellos está constituido por una conmoción psicológica que se destaca por su intensidad, y que se caracteriza como provocadora de la disminución de la capacidad psíquica de culpabilidad, aclarando que “aunque el estallido emocional debe tener la intensidad suficiente para oscurecer la razón, no debe haber excluido la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y la dirección de las acciones, lo que constituiría lisa y llanamente una hipótesis de inimputabilidad, un estado de inconsciencia, de acuerdo con el art. 34 inc. 1° del Cód. Penal”. (Terán Lomas, Roberto; “Derecho Penal, Parte especial”, t. 3, Ed. Astrea, Bs.As., 1983, págs. 132/133).

De la lectura de autos, se extrae que I. no se encontraba en ese estado. Al valorar las pruebas incorporadas en la causa, en particular el cambio de versión del imputado, quien inicialmente aseguraba no acordarse de su accionar al momento del hecho –característica típica en la emoción violenta- (ver fs. 54 y 163 vta.), describiendo luego durante el debate de manera detallada como sucedieron los hechos, relatando que “ese día de los hechos estaba andando en bicicleta; que recibió una cédula de divorcio en donde se lo intima por la entrega del 50% de un vehículo y embargo de sueldo; que la intentaba llamar a la Sra. M. y que primero no atendía y luego si lo atendió y le dijo que se encontraran en la casa de la Sra. F.; que llegó a la casa de la Sra. F., saluda y comienza a discutir con la Sra. M., y le pide que no le quite la camioneta ni el porcentaje del sueldo; que estaba muy perturbado desde que recibió la noticia, siguió discutiendo y vio que a la Sra. F. se le cae un arma de la cartera, el intentó agarrar el arma y sale un disparo, entraron en lucha con M., y se escaparon los disparos, que en ningún momento efectuó los disparos (...)” (fs. 1386 vta.). La versión de los hechos, tal como la plantea I. en su declaración durante el debate oral, no se condice en lo más mínimo con un estado emocional.

Para valorar críticamente un hecho de estas características, deben analizarse las circunstancias mediante las cuales se arribó a él. Claus Roxín enseñaba que “los hechos pasionales no llegan como un rayo en tiempo sereno sino que son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga. En la fase del nacimiento los agravios y fracasos que se han de asimilar no conducen a tensiones psíquicas, que se cargan en la segunda

fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta a menudo un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca un derrumbamiento total de la capacidad de control y el desbordamiento pasional. En la segunda fase cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar la mayoría de las veces un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no toma precauciones contra una posible descarga pasional posteriormente ya no controlable, y por ejemplo ya no se aleja de la zona de influencia de la víctima potencial o incluso compra un arma de fuego, existe ya una provocación del ulterior resultado, que puede fundamentar una responsabilidad jurídico penal” (Roxín, Claus; “Derecho penal - Parte general”, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”; varios traductores, págs. 832 y ss., Ed. Civitas, Madrid, 1997).

Por ello, aun cuando I., sea por su patología y/o por la recepción de una cedula de notificación de divorcio, hubiese actuado emocionado en el momento del hecho, su conducta no puede jurídicamente excusarse bajo la fórmula de culpabilidad disminuida acuñada por nuestro Código Penal. Nada la hace disculpable según las circunstancias. En esta misma inteligencia se expresó la Corte Suprema de Buenos Aires, al referirse a la falta de excusabilidad por situaciones predeterminadas: “En nuestro sistema penal no puede invocarse el determinismo más allá de los ámbitos en que la ley lo prohíbe. Si bien el proceso de «exacerbación emocional» no fue buscado de manera voluntaria, debió ser neutralizado”. (SCBs.As., 1/12/92; en JA, 1994-II, síntesis-104).

En relación al “elemento valorativo” (elemento ético) el mismo también se encuentra ausente en la presente causa. Este elemento surge explícitamente de la fórmula legislativa que dice: “...que las circunstancias hicieren excusables” (art. 81 inc. a del CP), de donde se extrae que lo importante será el análisis concreto del caso sometido a examen judicial, sin ningún tipo de limitaciones en cuanto al origen de la causa, salvo las que provengan del propio autor. La ley atenúa el hecho cuando éste constituye la reacción explicable, comprensible, excusable y externamente motivada de una conciencia normal.

De lo que se deduce que la emoción debe ser externa al sujeto, tener su origen en un tercero o en una situación externa a él. Se ha dicho que la “emoción no excluya por sí, sino que a su vez tiene que ella misma ser excusada por algo distinto de ella. Para buscar la excusa, no debe partirse del estado emocional, sino llegarse a él, comenzando por el análisis de la situación objetiva. El temperamento del sujeto, puede ser examinado para establecer si el autor estuvo o no efectivamente emocionado” (Fedeli, Mario, “Temperamento, carácter y personalidad”, ps. 77, Ed. San Pablo, Buenos Aires, 1993). Pero “no se trata de acordar un privilegio a los sujetos accesibles a la cólera”. (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. III, p. 74 y ss., Ed. TEA, Buenos Aires, 1953).

Finalmente, también resulta importante considerar el factor cronológico, lo cual significa que no puede haber discontinuidad entre el estímulo (recepción de la cédula de notificación) y la reacción (efectuar los disparos), debiendo valorarse “el lapso” entre uno y otro sólo como un índice para fundar la existencia o inexistencia de emoción violenta. Lo decisivo es que el sujeto tiene que estar emocionado “mientras” ejecuta el hecho, de allí que se haya cuestionado reiteradamente la emoción violenta diferida.

En conclusión debe destacarse que los argumentos expuestos por el tribunal, al condenar al imputado como lo hizo (Art. 79 y 80 del CP en grado de tentativa), descartando la posibilidad de que I. haya actuado en estado de emoción violenta, no advirtiéndose la presencia de ese elemento subjetivo del tipo. El imputado concurrió – según la hipótesis defensiva esbozada en el recurso de casación- con un arma de fuego, descartándose también el elemento valorativo o normativo pues su conducta no puede

jurídicamente excusarse bajo la fórmula de la culpabilidad disminuida ya que nada la hace disculpable según las circunstancias. Es decir, el imputado no actuó automáticamente, sino reflexivamente, independientemente que pudiera estar “muy perturbado”, conocía el peligro concreto de su conducta y tenía la voluntad cierta de atacar el bien jurídico protegido, y tal expresión de contenido defectuoso conlleva responsabilidad, pues el rol cuya observación garantiza el derecho penal, es el del ciudadano fiel al derecho, en tanto el obrar de I. fue contrario a la norma.

De lo expuesto puede concluirse que el agravio propuesto debe ser rechazado.

3) En tercer lugar, sostiene la defensa técnica que el tribunal realizó una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que ni siquiera las propias víctimas brindaron datos que permitan acreditar la intencionalidad del imputado de atacar contra sus vidas. Con ello, pretende la defensa descartar la intención homicida de I. al no encontrarse la misma plenamente demostrada por actos confusos y equivocados, debiendo dicha calificación ser rechazada en virtud del principio *in dubio pro reo*.

El Tribunal –en el voto mayoritario- trata el punto de agravio al expresar: “Vamos a analizar las distintas posturas de la tentativa: dice Lage es que, y a los fines de dirimir cuestiones, no debe perderse de vista lo relativo al bien protegido porque una cosa es atentar contra la seguridad de las personas, mediante la comisión de un delito de peligro y otra es atentar contra el bien jurídico relativo a la vida de las personas. Lo que decide el punto es el elemento subjetivo, porque tanto un disparo de arma de fuego es idóneo para privarle la vida, como idóneo para lesionar la seguridad personal, aunque se causen heridas a la que correspondan menor pena. Lo que cuenta y debe contar, es el peligro real y concreto para el bien de que se trate, en este sentido comete tentativa de homicidio, y no tan solo disparo de arma de fuego, el sujeto que primero disparó en contra de la víctima por la espalda, al tiempo que le decía «te voy a matar, ya me cansaste», «andate», y al darse vuelta aquella, sostuvo el arma con las dos manos apuntándole a la cara y a una distancia no superior a los dos metros le disparó tres veces más, hiriéndola en el cuello (Cámara 9ª. del Crimen de la Pcia. de Córdoba). Al homicidio pues, no se llegó por un mero accidente, o por pura casualidad, es decir, por las circunstancias ajenas a la voluntad del victimario. En este caso concreto existió una tentativa de homicidio y no lesiones consumadas, por cuanto, al homicidio no se llegó por un mero accidente o por pura casualidad, o porque el arma siendo operativa le faltaba limpieza, es decir, por las circunstancias ajenas a la voluntad del victimario. A mi criterio a la Sra. Frisa la ataca el Ing. I. con dolo eventual, y a la Sra. M. con dolo directo de muerte, por cuanto así le confiesa al amigo cuando dice: “la maté a S.”, lo que revela plena conciencia de la criminalidad del acto.” (fs. 1402 vta.).

Asimismo, sobre el mismo punto el Dr. Vital Graneros expone que “I., ideó y cumplió el plan de atacar a las víctimas, se informó donde estaban, tomó la bicicleta, se hizo del arma de fuego (revolver) y recorrió descendiendo por calle Obispo Colombres, pasaje Lavalle, hacia Juangorena al 1842, dejó la bicicleta afirmada en la pared de la casa de materiales de la construcción ‘Rosso’, se acercó a las Sras. F., a quien le dispara primero y luego dispara contra la humanidad de su esposa la Sra. M. (esto se colige del testimonio de las víctimas y del testigo Chavarría, informes periciales y médicos forenses, inspección ocular y croquis demostrativo del lugar del hecho, el testimonio del vecino Montero, quien recibe en su casa a una de las menores hija de la víctima F.).

Que la evidencia del comportamiento del encartado, antes de los hechos, durante el tiroteo y posterior a ello, alejándose del hecho con la bicicleta para dejarla entre calles Lamadrid y San Martín, tO. un remis, luego dirigirse hacia Villa La Trinidad, comunicándose por celular con su hermano, expresando que creía muerta a su esposa, entre otras expresiones, colma, a criterio de este opinante, el contenido de la tentativa

del delito de homicidio. El autor realiza toda la actividad productora de la finalidad por el seleccionada, pero por razones ajenas a su voluntad, el resultado no se produce. Ello se corresponde con la tentativa acabada, del art. 42 del Código Penal «el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad». En el caso sub-examen, I., ha pasado de los actos preparatorios, para comenzar a ejecutar el homicidio disparándole con su revólver sin mediar dialogo y apuntándoles en zonas de la cabeza, el pecho, que son vitales, de modo reiterado con dominio del hecho y ya sea porque el arma no estaba conservada o lo proyectiles obsoletos, circunstancias ajenas a la voluntad del encartado, no se produjo el resultado «muerte de las víctimas». Ello emerge, sin lugar a dudas del contexto probatorio producido en la causa y si bien no se tuvo a la vista en el juicio el arma utilizada por el autor de los disparos, las heridas constatadas en las víctimas, más las cápsulas servidas, dan prueba procesal suficiente de la conducta desplegada por I. quien no alegó atenuantes, ni eximentes respecto al comportamiento protagonizado; que al tratarse de las personas agredidas en encuentros diferentes con un arma de fuego, capaz de producir la muerte, llevado a cabo la decisión homicida en bienes jurídicos diferentes, estamos sin duda ante un concurso real del delito o doble tentativa de homicidio en perjuicio de la Sra. F. y de la Sra. M.» (fs. 1403 vta./1404).

Los argumentos expresados en ambos votos resultan por demás fundados respecto de la intención homicida por parte del imputado. La misma puede extraerse, a más de las declaraciones de las propias víctimas, del restante material probatorio colectado, los cuales resultan reveladores de una actuación dolosa homicida por parte de I.. Al declarar el Dr. Jorge Miguel Chapedi, Médico Forense y Director del Cuerpo Médico Forense del Centro Judicial Concepción, sobre el informe médico emitido en relación al estado de salud físico que presentaba la víctima M. cuando la vio “consideró que las heridas recibidas por la Sra M., la pusieron en peligro de vida, expresando que las heridas las recibió en el cerebro, y que de no haber mediado una intervención quirúrgica, seguramente la paciente hubiera fallecido”.

En conclusión, encontrándose debidamente fundada la conducta atribuida al imputado I., el agravio propuesto debe ser rechazado.

4) Finalmente respecto del agravio propuesto por la defensa técnica sobre que el “agravante por el vínculo” debe ser descartado pues el mismo se encontraba extinto debido a que la víctima S. M., había iniciado, con anterioridad al hecho, acciones civiles por las cuales se ordena la exclusión del imputado del domicilio de la víctima, como así también el proceso de divorcio, tampoco puede tener recepción.

La doctrina y jurisprudencia casi unánime –previa a la reforma de la Ley N° 26.791- establecía que la agravante del homicidio agravado por el vínculo matrimonial del artículo 80, inciso 1 subsistía hasta la sentencia de divorcio (sea la fecha de la sentencia o la fecha de la notificación de la misma). Así, Creus afirmaba que “En los casos en que media divorcio, la doctrina dominante hasta hace unos cuarenta años sostenía que, no disolviéndose el vínculo, el matrimonio subsiste, la calidad de cónyuge no desaparece y, por consiguiente, sigue rigiendo la agravante. (...) El caso ya no es tan dudoso con la ley 23.515 en lo que se refiere al divorcio vincular (art. 214 y ss., Cód. Civil) que, al disolver el vínculo, quita -a partir de allí- la condición de la agravante, aunque en los mismos términos que ante la vigencia de esa ley puede seguirse debatiendo el de los esposos que se encuentran separados personalmente (art. 201 y ss., Cód. Civil)” (Creus, Carlos; “Derecho Penal – Parte Especial”; tomo I, Edit. Astrea, pág. 13).

En sentido similar, Donna expresa que “El divorcio, de acuerdo a la ley 23.515 que reformó al Código Civil, especialmente los artículos 214 y 217, segunda parte, excluye el parricidio, ya que se disuelve el vínculo. La opinión contraria podía tener su

fundamento en la ley anterior, que mantenía el vínculo a pesar del divorcio. No existe la causa de la agravante, ni las razones de política criminal que llevaron al legislador a incluir la desmedida protección del artículo 80, inciso 1º, del Código Penal. De modo que se debe afirmar que, mientras exista el vínculo legal del matrimonio, la muerte de cónyuge llevará inevitablemente a la agravante”. (Donna, Edgardo Alberto; “Derecho Penal - Parte Especial”, tomo I, RubinzalCulzoni Editores, pág. 36). También Buompadre sostiene que “La Ley 23.515 ha consagrado un doble régimen de separación conyugal: la separación personal (art. 201 y ss., Cód. Civil) y el divorcio vincular (arts. 214 y ss., Cód. Civil), cuya distinción fundamental radica en la disolución o no del vínculo matrimonial y, por ende, en la posibilidad o no de contraer nuevas nupcias. En los casos de separación personal, el vínculo matrimonial no se disuelve (art. 201, Cód. Civil); por lo tanto, al seguir siendo los contrayentes jurídicamente cónyuges, la agravante subsiste. Idéntica conclusión cabe para los casos de separaciones de hecho, con o sin trámite judicial de divorcio. En cambio, si el divorcio es vincular su principal efecto es la disolución del matrimonio válido; los cónyuges dejan de ser tales y se encuentran habilitados para contraer nuevas nupcias; por consiguiente, con posterioridad a la sentencia judicial declarativa del divorcio vincular, pasada en autoridad de cosa juzgada, la muerte del otro contrayente es un homicidio simple; si el homicidio, en cambio, se comete durante la tramitación del juicio de divorcio, resulta de aplicación la agravante, puesta –hasta allí– siguen siendo cónyuges”. (Buompadre, Jorge E.; “Derecho Penal – Parte Especial”; tomo I, Mario A. Viera Editores, pág.114).

De las constancias de la causa surge de manera indubitable que una de las víctimas, S. B. M. y el imputado A. O. I. se encontraban válidamente casados al momento del hecho, resultando incluso como elemento desencadenante de los sucesos la recepción por parte de I. de una demanda de divorcio, cuyo proceso aún se encontraba en trámite durante la realización del debate oral (conforme da cuenta la víctima M. a fs. 1374).

A partir de ello, encontrándose subsistente el vínculo matrimonial el agravante del homicidio –en grado de tentativa– resulta aplicable, pues siguen siendo cónyuges, debiendo por ello concluirse que el agravio propuesto debe ser rechazado.

Por los fundamentos expuestos, corresponde no hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa técnica del imputado A. O. I. (fs. 1456/1501), contra la sentencia de fecha 02/06/2014 dictada por la Sala IIª de la Excma. Cámara Penal del Centro Judicial Concepción, debiendo aplicarse las costas a la vencida por aplicación del principio general en la materia (art. 560 y cctes. del CPPT).

VI) En conclusión, el detenido examen de las constancias de autos y de las pruebas producidas y su cotejo con los fundamentos de la sentencia permiten afirmar que, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, en el fallo no se ha omitido considerar elementos de juicio o hechos conducentes para la decisión del litigio, habiéndose desarrollado sus fundamentos conforme a los principios de la lógica y la experiencia.

Atendiendo a las pautas proporcionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Casal”, precedentemente aludida, la sentencia aquí impugnada –tanto en su voto mayoritario como minoritario– exhibe adecuada y debida motivación, encontrándose ajustada a las prescripciones contenidas en los artículos 143 y 422, inciso 4º del CPPT. La decisión de condena aparece sustentada en razones que constituyen derivación razonada del derecho aplicable, con pertinente referencia a las circunstancias probadas de la causa, no advirtiéndose motivos que descalifiquen al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

*A las cuestiones propuestas los señores vocales doctores Daniel Oscar Posse y A. Gandur, dijeron:*

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante, doctor A. Daniel Estofán, en cuanto a las cuestiones propuestas, votan en igual sentido.

**Y VISTO:** El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

**R E S U E L V E :**

**I.-DECLARAR** inadmisibile y, en consecuencia mal concedido, el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción (fs. 1519/1521) en contra de la sentencia de la Cámara Penal – Sala II del Centro Judicial Concepción de fecha 02/06/2014.

**II.-DESESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por la Defensora Oficial Penal de la II Nominación del Centro Judicial Concepción, en representación de las querellantes M. L. F. (fs. 1435/1450) y S. B. M. (fs. 1502/1518) en contra de la sentencia de la Cámara Penal – Sala II del Centro Judicial Concepción de fecha 02/06/2014.

**III.-DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del condenado A. O. I. (fs. 1456/1501) en contra de la sentencia de la Cámara Penal – Sala II del Centro Judicial Concepción de fecha 02/06/2014.

**IV.-COSTAS** como se consideran.

**V.-RESERVAR** pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

**HÁGASE SABER.**

**A. GANDUR**

**A. DANIEL ESTOFÁN**

**DANIEL OSCAR POSSE**

**ANTE MÍ:**

**CLAUDIA M. FORTÉ**