

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO CUARENTA Y CINCO

En la Ciudad de Córdoba, a los ocho días del mes de mayo de dos mil dieciocho, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar Sentencia en los autos caratulados **“B. J. D. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-”** (S.A.C. n° xxx), con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. P. R. O. y J. F. O., abogados defensores del imputado J. D. B., en contra de la Sentencia número diecisiete del trece de abril de dos mil quince dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Cruz del Eje.

Abierto el acto por el señor Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1. ¿Resulta inconstitucional el art. 468 del CPP?
2. ¿Se encuentra indebidamente fundada la Sentencia con respecto a la participación punible de J. D. B. en el hecho que se le atribuye?
3. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Sebastián Cruz López Peña, Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

I. Por Sentencia N° 17, del 13 de abril de 2015, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje resolvió, en lo que aquí interesa: *“I) Declarar al Señor J. D. B., cuyos datos personales han sido reseñados más arriba, autor penalmente responsable del hecho cuya descripción se ha realizado en los considerandos y que ha sido estimado acreditado en esta Sentencia tipificado como homicidio doblemente calificado por el vínculo y por haber sido perpetrado por un hombre y haber mediado violencia de género y aplicarle para su tratamiento penitenciario la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta y costas (Artículos 6, 12, 29 inc. 3, 45, 80 incs. 1 y 11° del Código Penal y artículos 408, 409, 412, 550 y 551 del Código Procesal Penal)...”* (fs. 741).

II. Contra dicha resolución interponen recurso de casación los Dres. P. R. O. y J. F. O., abogados defensores del imputado J. D. B., invocando ambos motivos casatorios. Previo a analizar los agravios plantean la inconstitucionalidad del art. 468 del CPP por considerar que *“la limitación de sus incisos no contempla el derecho constitucional de gozar de una doble instancia*

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

judicial” (fs. 746). Reseñan el fallo “*Casal*” y sostienen que con la reforma constitucional de 1994 “*la doble instancia ha sido expresamente consagrada como un derecho humano de primera generación*” (fs. 746 vta.). Citan doctrina en apoyo y en el informe de la CIDH producido en el caso “*Abella*” (fs. 747).

Afirman que si nos circunscribiéramos a la interpretación restrictiva de los incisos del art. 468 del CPP nos encontraríamos con un procedimiento de “única instancia de mérito” ya que la citada norma admite un remedio impugnativo limitado a motivos de índole exclusivamente jurídica dejando de lado las cuestiones de valoración de los hechos y de la prueba. Esta limitación, entienden, se enfrenta con el artículo 8 inc. 2. h. del Pacto de San José de Costa Rica, que impone el derecho de toda persona a recurrir el fallo ante el Juez o Tribunal Superior como garantía, en nuestro derecho de raigambre constitucional al encontrarse incorporado a nuestra ley fundamental (fs. 747 vta.).

Entienden que no hay juicio y fallo legítimos si no existe un Tribunal Superior con potestad para revisar el mérito efectuado por el Tribunal de Juicio acerca de la determinación de los hechos y la valoración de la prueba y la que la Sentencia no es legítima si tiene vicios acerca de la determinación de los hechos y de la valoración de la prueba por más que no sea susceptible de impugnación por errónea aplicación del derecho o inobservancia de las normas sustantivas (fs. 747 vta./748).

Por ello -a su criterio- el art. 468 del CPP no satisface el compromiso del pacto de San José de Cota Rica por ende la normativa ritual deviene contraria a nuestra CN (art. 75 inc. 22 CN) (fs. 748). Concluyen que el fallo Casal brinda sin duda certeza a un tema contenido que consecuentemente salvaguardará la garantía al doble conforme en las cuestiones de hecho y prueba abandonando definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho y así rectificará el tan soslayando derecho (fs. 748).

III. Sobre el presente planteo de inconstitucionalidad emitió opinión, mediante Dictamen Nº P-5 del 2/2/2016, el señor Fiscal General doctor Alejandro Moyano (fs. 802/804).

A su criterio, el planteo de inconstitucionalidad deviene abstracto, toda vez que, si bien es cierto que en principio, los supuestos contemplados en el art. 468 del CPP podrían restringir la garantía constitucional de doble instancia, puesto que establece los vicios que pueden invocarse como agravios de dicho recurso, la consabida aplicación de la doctrina sentada en autos “*Casal*” por la C.S.J.N. que los propios recurrentes alegan se viene respetando diariamente por parte de este Tribunal de casación de modo incuestionable. Explicó que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se ha reconocido hasta el hartazgo la posibilidad de revisar hechos y pruebas, salvo lo que fuere producto directo de la intermediación, respetándose la doctrina del agotamiento de la capacidad de revisión sustentada en el mentado precedente de la C.S.J.N. Destacó que la pretensión casatoria esgrimida por los quejosos fue acogida por Tribunal *a quo* al considerar que el escrito recursivo reúne los requisitos formales requeridos por la

ley ya que fue interpuesto en tiempo oportuno en contra de una Sentencia definitiva (de condena) y por quien se encuentra legitimado a ello.

Consideró que no corresponde efectuar análisis alguno respecto al contenido de la norma cuestionada en la inteligencia de que la misma, en la práctica no se presenta como limitativa del derecho del imputado a recurrir en casación la Sentencia de condena, encontrándose por el contrario habilitado el respectivo examen por parte de esta Sala en los términos de la doctrina del fallo “Casal” acogida por este Tribunal en diversos precedentes como aspiran los recurrentes.

IV. En coincidencia con la opinión vertida por el Ministerio Público entiendo que el planteo de inconstitucionalidad formulado en contra del art. 468 del CPP resulta abstracto. Es que la interpretación de la norma propuesta por los recurrentes fundándose en el fallo “Casal” -que es, por lo demás, la postura adoptada por esta Sala- disipa la tacha de inconstitucionalidad postulada.

En efecto, este Tribunal ha sostenido, en numerosos precedentes, citando precisamente el fallo invocado que, en lo que respecta a la fundamentación probatoria, compete a esta Sala verificar “la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto”, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, “lo que surja directa y únicamente de la inmediación” (C.S.J.N., 20/9/05, “Casal”) (TSJ, Sala Penal, “Chiappero”, S. n° 339, 18/12/2009; “Romero”, S. n° 22, 26/2/10; “Bertoglio o Cáceres”, S. n° 51, 18/3/10; “Villegas”, S. n° 61, 22/3/10; entre muchos otros).

Esta interpretación de la norma cuestionada, respetuosa del derecho a la doble instancia -incluso a criterio de los recurrentes-, descarta la posibilidad de tachar de inconstitucional la norma y torna abstracto el planteo de la defensa.

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal preopinante, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres del Bollati, dijo:

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

I.1. Asimismo, denuncian la errónea aplicación del art. 80 inc. 11 del CP. Sostienen que esta agravante fue aplicada en los presentes de manera automática sólo por el hecho de que S. O. era mujer (fs. 748 vta.).

Citan doctrina referida a la figura que sostiene que:

* Cualquiera sea la amplitud del término que se utilice para determinar la muerte de una mujer en un contexto determinado no resultaría aconsejable utilizar una

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

noción demasiado laxa de la locución a los fines penales, de lo contrario se desvirtuaría su objetivo (fs. 749).

* El femicidio contempla la muerte de una mujer en un contexto de género o sea que no se estaría en presencia de esta casuística ante un hecho de violencia de cualquier intensidad pero sólo efectuado contra una mujer (fs. 749).

* La violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer) sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal (fs. 749 vta.).

* Se trata de un homicidio como cualquier otro con la diferencia de que el sujeto pasivo es una mujer en un determinado contexto de género, fundamento de mayor penalidad, y el sujeto activo necesariamente debe ser un hombre (fs. 750).

* 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 aquel en el que existe una situación y sometimiento de la mujer hacia el varón basada en una relación desigual de poder (fs. 750).

* Esta formulación penal tiene dos aspectos: por un lado, se está ante una “hiperprotección” de la mujer con exclusión del varón, en el marco de una relación heterosexual, lo que podría aparejar algún planteo de inconstitucionalidad porque vulnera el principio de igualdad (art. 16 CN) y por otra parte, se advierte un marco punitivo de severidad extrema para aquellos casos de violencia que involucran una cuestión de género y no así en circunstancias en que no existe de por medio tal contexto (fs. 750 y vta.).

* El concepto de violencia de género, elemento normativo del tipo, es extralegal y hay que buscarlo y remitirse a la ley 26.485 y al decreto 1011/2010.

* El concepto de “violencia de género” es una noción que, a diferencia de la idea de “odio de género” no repara en la cuestión biológica de la condición orgánica masculina o femenina de hombres y mujeres, sino en el aspecto cultural de la construcción patriarcal, en las que un aprendizaje cultural de signo machista ha conestado desigualdades entre una “identidad masculina” y un subordinado conjunto de rasgos inherentes a “lo femenino” (fs. 751).

Consideran que en la cuestión probatoria se hace necesario demostrar que el óbito de la víctima mujer ha ocurrido en un contexto de género, cuestión que -a su entender- en autos no pudo probarse, ya que lejos de una situación de inferioridad de la víctima, su vida transcurría con total libertad e independencia y de la Sentencia surge que era la defensa la que tenía que demostrar lo contrario, lo que constituye algo inadmisibles ya que aboliría la presunción de inocencia del imputado (fs. 751).

Finalmente, reiteran, se aplicó de manera automática la agravante y tomaron de testimonios aislados una teoría de contexto de violencia, cuando en realidad B.

no tenía ni una mínima condición para ejercer una situación dominante en la relación, tanto por su personalidad como por su situación económica (fs. 751).

Por ello solicitan no se aplique la mencionada agravante (fs. 751).

2. Se agravan por la no aplicación del art. 80 último párrafo CP. Tras reseñar la norma, señalan que la forma en que el Tribunal debería probar si hubo o no hechos anteriores es a través de denuncias de violencia familiar o simples exposiciones que reflejen ello, cuestión que no existió, dado que se trata de una norma en blanco para completar el aspecto normativo a la ley 26.485 art. 4 (fs. 751 vta.).

Aclaran que cuando se habla de actos de violencia, anteriores al homicidio deben ser plurales ya que confunde un poco la expresión “anteriormente” aludiendo al agente que hubiera realizado acciones violentas contra la mujer víctima (fs. 751 vta.).

Opinan que debe existir una Sentencia que tenga la característica de cosa juzgada ya que dejar esto en manos de la discrecionalidad del Juez maltrata la seguridad jurídica y el principio de máxima taxatividad inherente a la materia penal (fs. 752).

Por ello solicitan la aplicación del último párrafo del art. 80 del CP y se adapte la pena a dicha escala penal (fs. 752).

3. Denuncian la errónea valoración de la prueba y no aplicación del art. 82 del CP (fs. 752).

Refieren que no se lograron establecer circunstancias concretas de violencia de B. para con S. O., sólo dichos, comentarios, nada que pueda probar acabadamente un ejercicio violento continuado o esporádico sobre S. O. (fs.752). Destacan que el Funcionario P. A. D. P. dijo que no se encontraron denuncias de violencia de género formuladas en contra del condenado ni exposiciones, sólo surge un acuerdo en el Juzgado de paz donde se plasmaba la cuota alimentaria y el régimen de visitas (fs. 752).

Mencionan que del relevamiento sobre el celular de la víctima y de la madre del imputado se desprende que los mensajes son de tono apacible. Sostienen que todos los mensajes entre B. y O. son de un amor absoluto, donde se notaba que no había una relación violenta como dejan entrever algunos testigos. Entienden que por el contrario los mensajes con el tal “C.” con quien estaba iniciando una relación denotan una relación que de a poco se estaba transformando en enfermiza, con presiones de parte de “C.” y celos por parte de S. O. (fs. 752 vta.). Agregan que los mensajes de J. B. desde su propio celular, antes que ingrese para ser reparado son en el marco de respeto y cariño hacia S. que son correspondidos por ella y en ningún momento le pide que corte sus comunicaciones a pesar de que paralelamente estaba viviendo una intensa relación con “C.”. Estas comunicaciones echan por tierra el contexto de violencia en el que quieren ubicar a B. (fs. 752 vta.).

Afirman que S. lejos de ser una persona sometida era extrovertida, con muchos amigos y con una libertad absoluta para salir a divertirse hasta altas horas de la noche, inclusive compartir fiestas con su ex pareja (fs. 752 vta.).

Aclaran que sin intención de justificar ningún tipo de hecho delictivo solamente se hace necesario rodear de circunstancias fácticas el hecho para entender el accionar del condenado (fs. 752 vta./753).

Entienden que para comprender cuáles eran los sentimientos que fluían dentro del condenado es necesario tomar de manera literal el testimonio de R. B. I, madre del imputado, que con su testimonial ayudó al pronto descubrimiento de la participación de su hijo y deja en claro que es una persona honorable, cuyo apego a la verdad es admirable, más aun considerando que ni siquiera pesaba en ella una obligación de declarar (fs. 753).

A continuación reseñan parcialmente el testimonio de I. y refieren que es preciso *“solo imaginarse la sensación que vive una persona al ver como la mujer que ama y madre de sus hijos protagoniza un video casero de características orgiásticas, como se debe sentir una persona al ser sometido a todo tipo de burlas respecto a su condición de víctima de infidelidades...”* (fs. 753).

Refieren que O. y B. son víctimas de un sistema donde el sexo no existe si no se filma, donde a la víctima de una infidelidad, lejos de ser contenida, es hostigada hasta el cansancio. Destacan que hasta llegó a dudar de la paternidad de unos de sus hijos, fruto de una actitud promiscua descrita en todas las testimoniales (fs. 753 y vta.).

Agregan que S. fue víctima de una sociedad con *“falta de códigos y compromisos”* que se ve reflejada cuando todos coinciden en la relación que tenía con un tal “C.” y éste al momento de testificar en un acto de absoluta cobardía trata su relación con S. como ocasional y que la veía sólo para tener relaciones sexuales y, según dijo M. F., se negó a acompañar a S. cuando ésta le solicitó que lo hiciera, por lo que consideran que para este muchacho *“las mujeres son descartables y no merecen ni la más mínima protección ni atención”* (fs. 753 vta.).

Seguidamente detallan las circunstancias de la pieza acusatoria que controvierten:

A) Discuten que B. se haya introducido de manera intempestiva y sorpresiva al baño de la vivienda y haya tomado un secador de piso y que se lo haya colocado en el cuello a S. apretándola contra la pared con el propósito de amedrentarla por negarse a mantener relaciones sexuales (fs. 754).

Para sustentar lo afirmado transcriben parte del testimonio de M. E. F. del que surge que confrontó a S. con el tal C. y al preguntarle a S. si el C. le había pegado ésta no respondió. Con ello sostienen que no surge de manera certera la amenaza, ni cuáles fueron los términos de la misma, tampoco la utilización del secador de piso, ya que la sola presencia de un secador en un lugar donde siempre hay un secador no basta para concluir que el mismo fue utilizado. Agregan que no consideran que S. no haya respondido a la pregunta de su amiga

por temor ya que esta última dijo que S. no demostraba tenerle miedo a B., se notaba que quería rehacer su vida lejos de él (fs. 754 y vta.).

B) Controvierten que B. haya golpeado a su ex pareja con intenciones de darle muerte. Reseñan parte del testimonio de la madre del imputado y afirman que se trató de un lapso de emoción violenta fruto de una discusión que dolió demasiado en la psiquis del acusado que llevó a una acción desmedida y a una situación de agresiones mutuas, tal como surgen de las lesiones que presenta también el imputado que terminó finalmente en una agresión con resultado fatal pero cuya intención no era darle muerte a esa persona que tanto amaba, eso explica el anhelo manifestado a su madre de que S. se encontrara con vida (fs. 755).

Explican que la actitud de emoción fue en el marco de una discusión que tenía como eje la actitud de ésta en eventos sociales “*donde se mostraba relacionándose ‘con uno’, ‘como otro’, despertando la ira del padre de sus hijos*”, a los que se suma la ingesta desmedida de alcohol. Reprochan que estas circunstancias no le fueron preguntadas a ninguno de los testigos y que la defensa pública nada hizo por acreditarlas (fs. 755).

Aseveran que la muerte provocada acaeció en un contexto de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable y a continuación citan doctrina referida al tema (fs. 755/759).

Consideran que fue un error estratégico de la defensora anterior que el imputado no declarara durante la instrucción, no obstante lo cual la emoción violenta se ve plasmada en la pericia psicológica cuyas conclusiones reseña destacando el relato del hecho efectuado por B. durante dicho acto procesal y aseguran que dicha versión del hecho es la real, y esto es así ya que ningún testimonio ha manifestado el momento en que S. se retiró de la fiesta siendo extremadamente extraño que se haya ido sola cuando no vivía en las cercanías de lugar donde transcurrió la fiesta, “*es casi seguro que S. salió de la fiesta persiguiendo a B. con intenciones de entablar algún pleito, con cierta bronca ya que la presencia de B. en la fiesta había desencadenado una pelea de pareja con C.*”.

Agregan que tampoco nadie vio que B. haya obligado a S. a irse con él ni que le haya manifestado que fueran a hablar de ellos a algún lado. Afirman como cierto lo que B. manifestó en cuanto a que cuando ella lo alcanza cuando se estaba yendo, lo agredió mediante rasguños, heridas que constaban en la humanidad de B. La emoción violenta fue patente, B. no se reconocía a sí mismo, había surgido de él una violencia desmedida, tanta burla, tanto engaño, tanta vergüenza, salió a la luz en un instante de ira (fs. 759/760).

II.A. Cabe aclarar en primer lugar, que cuando los recurrentes denuncian la errónea aplicación del art. 80 inc. 11 del CP utilizan para fundar su reproche argumentos que permiten afirmar que se trata de una queja propia del motivo formal (art. 468 inc. 2 CPP).

Repárese en que la crítica se centra en que no logró comprobarse que la muerte de la víctima ocurrió mediando violencia de género ya que, según alegan los recurrentes, lejos de encontrarse en una situación de inferioridad, la vida de la

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

víctima trascurría con total libertad e independencia y de la Sentencia surge que era la defensa la que tenía que demostrar lo contrario.

También se sostiene que la agravante se aplicó de manera automática, derivando de testimonios aislados una teoría de contexto de violencia, cuando en realidad

B. no tenía condiciones para ejercer dominación alguna en la relación tanto por su personalidad como por su situación económica.

Todas estas consideraciones son propias del motivo formal ya que cuestionan la fundamentación probatoria de la violencia de género que debe mediar en el hecho.

Lo mismo ocurre con los cuestionamientos por la no aplicación de los arts. 80 último párrafo y 82 CP, ya que todos los fundamentos son de índole probatoria. Es por ello que tanto estos agravios como los traídos específicamente al amparo del motivo formal serán tratados bajo esta óptica.

B. Efectuada la aclaración precedente, adelanto que el detenido análisis de los elementos de convicción ponderados por el *a quo* a fin de tener por acreditada la participación responsable del imputado en el hecho que se le atribuye con el grado de certeza requerido, excluye la posibilidad de hacer lugar a las pretensiones de los impetrantes, por lo cual corresponde rechazar los agravios aquí examinados.

C. Es que el Sentenciante al fundar la condena efectuó un pormenorizado estudio de los elementos probatorios colectados y las críticas de los recurrentes al soslayar y fragmentar la valoración realizada no son suficientes para enervar la conclusión a la que se arriba.

En efecto, al explicar los motivos de su decisión, el Tribunal destacó que la defensa técnica, en su alegato, reconoció que el hecho acusado y la participación de su asistido estaban acreditados; que el propio B., al momento de otorgársele la última palabra, confesó el hecho -si bien tratando de excluir el dolo- al manifestar que no lo hizo queriendo y que estaba arrepentido de lo que pasó (fs. 737).

Señaló que tampoco fue materia de controversia la relación de pareja que mantuvieron entre ellos, la existencia de dos hijos en común que nacieron fruto de la convivencia y que actualmente se encontraban separados (fs. 737 y vta.).

Consideró que la prueba obrante en la causa es clara y confluyente en el mismo sentido referido:

* En cuanto a la muerte, ponderó que la partida de defunción y el informe de la autopsia son coincidentes en aportar que S. M. O. falleció el día treinta de junio de dos mil trece y que la causa eficiente de la muerte fue un traumatismo craneoencefalofacial (fs. 737 vta.).

* Consideró debidamente probado que J. D. B. y S. M. O. fueron pareja, que convivieron, que tuvieron dos hijos y que hacía aproximadamente un año y medio se habían separado. Ello halla respaldo en las varias y coincidentes declaraciones testimoniales de A. B. Q., M. F., F. V., J. M. V., como así también en las partidas de nacimientos de los hijos en común (fs. 737 vta.).

A su criterio, los elementos probatorios incorporados al proceso permiten afirmar que entre el victimario y la víctima existía una situación de violencia de género,

la cual había tenido origen varios años atrás y -pese a que se habían separado por tal situación- se mantenía al momento del hecho. Esa violencia no era sólo de tipo verbal, sino también era física y sexual, en la cual B. la insultaba, la amenazaba, le pegaba e incluso abusaba sexualmente de ella (fs. 737 vta.).

Ponderó como muy gráficas las palabras de la testigo A. A. V. quien refirió que en una oportunidad la vio muy preocupada, nerviosa y alterada a S. y al preguntarle la causa le contestó que le tenía miedo al C., terror era lo que sentía, puesto que la golpeaba, la maltrataba, la tomaba del cabello y la zamarreaba y arrastraba, que siempre fue golpeada por B.; notó que S. temblaba cuando hablaba del acusado, parecía que le tenía pánico; también dijo que cada vez que él la encontraba la maltrataba, le pegaba e incluso en varias ocasiones solía violarla, la violaba y le pegaba cuando él quería, también la amenazó de muerte, una vez le dijo “seguí jodiendo hija de puta y vas a ver cómo te voy a hacer bosta... te voy a cagar matando”; era tal el pánico, que S. le pedía que la viera hasta que llegara a la casa por las dudas que lo encontrara en el camino; S. le contó que B. le pegaba, la agarraba y le tiraba de los pelos, incluso usaba rodete para evitar esa agresión; el viernes anterior a su muerte le vio dos hematomas en cada lado del cuello y al preguntarle le contestó que B. le había pegado, la había tomado del cuello con las manos y la apretó para ahorcarla (fs. 737 vta./738).

Agregó que en sentido coincidente declaró A. B. Q., madre de la víctima, quien refirió que B. la acosaba y molestaba mucho, la seguía a donde fuera, la agredía físicamente en cualquier lugar donde la encontraba, la maltrataba, incluso un día su hija le dijo: “mami, mami no aguanto más, lo dejé definitivamente a D. porque me maltrata todo el día como también me vive insultando, me mandaba a buscar trabajo porque él no me iba a mantener, como también me agreden los familiares, no lo quiero ver más, me quiero quedar acá” (fs. 738).

Destacó que C. O. también testificó que S. le contó que el acusado le pegaba y que se había separado por ese motivo, incluso una noche S. venía corriendo y llorando y le dijo que B. la estaba persiguiendo y que le quería pegar, por lo que la ayudó a esconderse detrás de un árbol y le prestó el celular para que llamara a un amigo a los fines que la fuera a buscar y la acompañara (fs. 738).

Señaló que aportaron asimismo información sobre el maltrato otros testigos, entre ellos F. M. y M. F. (fs. 738).

Añadió que también está probado que la noche previa al hecho, el acusado ingresó al baño de la vivienda donde se estaba festejando un cumpleaños, al cual habían asistido distintas personas entre ellas B. y O., y tomó el secador de piso y con la parte del palo le apretó el cuello contra la pared a la víctima con el propósito de amedrentarla, continuando así con su conducta violenta que venía manteniendo desde hacía largo tiempo. Distintos testigos asistentes a dicho evento festivo reflejaron tal circunstancia, contando que vieron llorando a la víctima y al preguntarle el motivo ella les narró tal evento. Así lo contaron M. F., J. V., D. V., F. M. Esas declaraciones encastran perfectamente con el resultado del allanamiento realizado en el baño del domicilio, debido a que se secuestró un

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

secador de piso con palo de madera, que se corresponden con los dichos de la víctima (fs. 738 y vta.).

A continuación mencionó que dentro de este contexto de violencia de género es que debe evaluarse la prueba respecto a la autoría. Y señaló que el mismo día del hecho y a escasas horas B. fue revisado por el médico quien constató excoriación lineal tipo ungueal con pérdida de epidermis en ángulo externo borde inferior de párpado derecho y dos escoriaciones lineales y una puntiforme en región malar izquierda. Que realizada la pericia genética en los hisopados subunguales derecho e izquierdo tomados de la víctima, dio como resultado una mezcla de perfiles genéticos compatibles con la superposición de los perfiles genéticos de ADN de la víctima y de B. Igual resultado se obtuvo respecto a la mancha de sangre que presentaban las zapatillas del acusado (fs. 738 vta.).

De tales pruebas infirió que la víctima mantuvo una postura defensiva en la cual lesionó con sus uñas al acusado, quedándole restos de material genético de éste que luego fue corroborado por la pericia genética; también que el calzado de B. y con motivo de la agresión mortal con las piedras quedó restos de sangre de la víctima. A su vez, indicó que como lo informa la Sección de Huellas y Rastros los rastros de pie calzado hallados en la escena del crimen presentan similitud importante con las impresiones de las suelas de zapatillas que utilizó esa noche B. (fs. 738).

Sostuvo que dicha prueba de cargo, se encuentra acompañada de otros elementos probatorios indiciarios: uno es el modo cómo la víctima fue encontrada, concretamente, semidesnuda, sin su ropa interior inferior, con el pantalón sacado de unas de sus piernas (debe agregarse que la bombacha fue vista luego por una vecina del lugar del hecho rota a la altura de la cintura, tal como lo declaró el investigador S. S.); ello se compadece con la conducta violenta y abusiva previa del acusado, quien obligaba a S. a mantener relaciones sexuales cuando él quería y sin el consentimiento de ella, porque la forma en la cual fue encontrada permite inferir lógicamente que hubo un intento de abuso sexual y que seguramente por la férrea oposición de ella se produjo luego el desenlace fatal; otro indicio lo constituye la acción posterior del acusado de lavar luego toda la ropa que llevaba puesta, habiéndose encontrado al momento del allanamiento colgada e incluso las zapatillas húmedas, porque salvo la intención de borrar las huellas del crimen no se encuentra otra explicación razonable; la pericia psicológica realizada a B. es también otra prueba indirecta de cargo, porque describe a un sujeto cuya personalidad se compadece con el hecho acusado, en razón de que lo describe con una personalidad con poca capacidad de espera y escasa tolerancia a la frustración, con dificultad para el reconocimiento del otro como distinto y con necesidades particulares, a tal punto que la capacidad de introspección y reflexión están profundamente limitadas y lo torna proclive al pasaje al acto (fs. 738 vta./739). Afirmó que la forma como fue cometido el hecho, la conducta precedente de violencia de género desplegada por B. y el resultado de la pericia psiquiátrica que se le realizara -que descartó alteraciones psicopatológicas compatibles con insuficiencia, alteración morbosa o estado de inconciencia y que

concluyó que presentó comprensión de sus actos y dirigió sus acciones-, conforman un cuadro probatorio suficiente como para concluir que su accionar fue querido, es decir, obró con dolo homicida (fs. 739).

Refirió que todo lo analizado tiene un claro y suficiente valor de convicción como para concluir que la autoría se encuentra acreditada. Para mayor abundamiento agregó la declaración de R. B. I., madre del acusado, quien refirió que el día del hecho, aproximadamente a las cinco de la mañana, escuchó a su hijo J. entrar y dirigirse al baño, luego lo vio salir solo con el bóxer puesto y observó la ropa en un fuentón con agua, al preguntarle por esa particularidad éste -tiritando, llorando y muy asustado- le dijo que le había pegado con una piedra a S., no estaba muerta pero al levantarla y llamarla no respondía. Entiende que de esto se desprende que le confesó el crimen (fs. 739).

Consideró que de la prueba arrojada al debate no surgieron elementos que permitieran tener por acreditado un estado de emoción violenta, como lo alegó la defensa. No hay prueba para concluir que el acusado se encontró en un estado psíquico de conmoción violenta, tampoco que haya existido una ofensa a los sentimientos infringida por la víctima ni por un tercero y menos que ello haya funcionado como causa de aquel estado psíquico y por consiguiente tampoco que se haya visto seriamente afectado en sus facultades mentales y con entidad suficiente para inclinarlo al homicidio (fs. 739 vta.).

Explicó que los celos que supuestamente tenía el acusado respecto a la víctima y que ésta generaba en aquél no encuentran sustento probatorio; sólo y de manera aislada –sin otra prueba que le dé apoyatura y credibilidad- hace referencia a ello la madre de B. por lo cual carece de valor de convicción. Y aclaró que aun así, es decir, que existieran esos celos y fueran causados por una actitud de la víctima – esto último como se dijo sin prueba-, teniendo en cuenta que la pareja se había separado hacía un año y medio y que dicha ruptura se debió a las constantes y persistentes agresiones físicas, verbales y sexuales de parte del acusado, no puede ser válidamente considerado como una lesión a sus sentimientos de parte de la víctima quien, por el contrario, era la concreta y única damnificada del vínculo que mantuvieron. Reconocer a los celos dentro del claro contexto de violencia de género, en el cual la víctima era la persona vulnerable y afectada, constituiría un sinsentido lógico y contrario a la equidad porque implicaría una convalidación a tal despreciable obrar violento (fs. 739 vta.).

D. De lo expuesto se desprende que los planteos de los recurrentes o bien fragmentan o bien desconocen la fundamentación efectuada por el Tribunal por lo que no es posible hacer lugar a los mismos.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la violencia de género a la que la víctima se hallaba sometida se encuentra acreditada con el grado de certeza requerido.

Tal como surge de la reseña efectuada, los testimonios de A. A. V., A. B. Q. y C. O. son elocuentes al describir la situación en la que se hallaba la víctima. Refieren que S. le tenía miedo, pánico, a B. porque la golpeaba, la maltrataba, abusaba sexualmente de ella, la tomaba de los cabellos a punto tal que usaba

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

rodete para evitarlo, la arrastraba y la zamarreaba, temblaba cuando hablaba del acusado, relatando episodios en los que la víctima huía del victimario y pedía ayuda. Fue la violencia ejercida por B. sobre la víctima la que la determinó a separarse de él, según relató su madre.

Cabe recordar a su vez que cuando se trata de juzgar ilícitos cometidos en un marco de violencia doméstica, esto es, aquella *“ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad...”* (art. 6, ley 26.485), su estudio debe ser abordado bajo un atento criterio de amplitud probatoria en atención a las circunstancias especiales en las que se desarrolla (T.S.J., Sala Penal, “Ferrand”, S. nº 325, 3/11/2011).

En efecto, en la propia dinámica de esta clase de violencia de género va ínsita la superioridad del varón que goza de la impunidad que le garantiza lo privado del ámbito intrafamiliar en que generalmente se realizan los actos, el temor de las víctimas a mayores represalias y a la pérdida de lazos familiares, la falta de crédito que se les suele asignar, etc. Este particular escenario no puede ser dejado de lado como pauta valorativa tanto al fijar los hechos como la sanción a aplicarse, puesto que el reforzamiento de la protección para las mujeres sometidas a hechos de violencia de género es una obligación asumida por el Estado a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, ley nº 24.632). Dicha Convención impone, como uno de los deberes de los Estados, condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso “b”), manda que ha sido cristalizada en nuestro derecho nacional en la ley nº 26.485 (Ley de protección integral a las mujeres) y a nivel local con la ley nº 9283 (Ley de violencia familiar; cfr, T.S.J., Sala Penal, Giammatasio, S. nº 99, 13/5/2011; “Agüero”, S. nº 266 del 15/10/2011; “Ferrand”, S. nº 325, 3/11/2011, entre otros).

Con ello los relatos coincidentes en la violencia que B. ejercía sobre S. permiten tener por acreditada la circunstancia típica requerida por el art. 80 inc. 11 y descartar la posibilidad de aplicar el último párrafo del 80.

Es que en virtud del principio de libertad probatoria no resulta posible exigir, como pretende la defensa, la existencia de una denuncia penal o una exposición y, menos aún, una Sentencia con autoridad de cosa juzgada para acreditar la realización anterior de actos de violencia contra la mujer víctima. Es por ello que no resulta en absoluto dirimente que el funcionario policial P. no encontrara denuncia de violencia de género ni exposiciones.

Frente al contexto de violencia tenido por acreditado tampoco resulta dirimente el tono “apacible” de los mensajes que el imputado enviara a la víctima.

La personalidad de la víctima a la que los recurrentes definen como extrovertida, *“con muchos amigos y con una libertad absoluta para salir a divertirse hasta altas horas de la noche”* no resulta óbice para la configuración de la agravante.

Al respecto esta Sala ha sostenido que la caracterización de la víctima de este delito como una mujer vulnerable, asimilable a una persona débil de carácter que es rebajada a la calidad de objeto, delimita el ámbito de mujeres que pueden ser víctimas de violencia. El marco de la normativa internacional y nacional establece un alcance general a todas las mujeres independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales. La existencia de este fenómeno toma forma de un modo expansivo, en la medida que se asienta en prácticas sociales y estereotipos que no toman como parámetro otra realidad que la de ser mujer, sin más. Es la violencia contra la mujer por el hecho de serlo. Lo contrario, coloca a un colectivo de mujeres fuera del alcance protectorio de las disposiciones legales mencionadas, sin contar con las dificultades de atribuir el carácter de vulnerable o no (TSJ, Sala Penal, "Lizarralde", S. nº 56, 9/3/2017).

Por lo demás, el evento violento sufrido por S. O. a manos del acusado en el baño de la vivienda donde se desarrollaba una fiesta a la que ambos asistieron se encuentra corroborado por los testimonios de M. F., J. V., D. V. y F. M. y por el acta de allanamiento que da cuenta de la existencia de un secador de piso en el lugar. Por cierto, que la presencia del secador en el baño no es suficiente para tener por acreditado el evento pero sí cuenta como un indicio más que sumado a los testimonios, permiten tener por acreditado el evento.

Tampoco desacredita lo sostenido el hecho de que la víctima no admitiera al frente de su agresor haber contado el episodio violento sufrido. Es que en contextos de violencia como el descrito no aparece como una reacción extraña que la víctima intente ocultar su situación, hasta como una medida de autoprotección tendiente a evitar el aumento de la violencia.

Por último, el *a quo* descartó expresamente la posibilidad de aplicar la figura de la emoción violenta por considerar que no fue acreditada, ya que los celos que supuestamente tenía el acusado no encuentran sustento probatorio. Sólo mencionó esta situación la madre de B.

En distintos precedentes, esta Sala ha señalado las características generales de la figura atenuada de la emoción violenta, contemplada en el artículo 81 inc. 1º, apartado a) del Código Penal (TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. nº 56, 8/7/2002; "González", S. nº 89, 25/8/2006; "Rodríguez", S. nº 202, 8/8/2008; "Macario", S. nº 71, 27/3/2013).

En dichas oportunidades, destacamos que la razón de ser de la atenuante reside en la menor criminalidad que se advierte en un hecho en el que la determinación homicida del autor no obedece únicamente a un impulso de su voluntad, sino que en alguna medida se ha visto arrastrado al delito por una lesión que ha sufrido en sus sentimientos, casi siempre por obra de la propia víctima (TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. nº 56, 8/7/2002).

Además, es doctrina consolidada de la Sala que la aminoración del castigo del homicidio en el supuesto analizado, exige:

* un estado psíquico del autor –conmoción del ánimo-;

* la valoración de ese estado psíquico –violencia de la emoción- y;

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

* la vinculación de ese estado con la producción del homicidio (v., por todos, Núñez, Ricardo C., Derecho penal argentino, Editorial Bibliográfica Omeba, 1965, t. III, p. 74 y ss.; TSJ, Sala Penal, "González", S. n° 89, 25/8/06).

En relación con los contenidos de tales exigencias, se ha señalado que es necesaria la concurrencia de un estado psíquico de conmoción violenta del ánimo del autor a causa de una ofensa inferida por la víctima o un tercero a sus sentimientos, que sin privarlo de la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta y de dirigir sus acciones, afecte seriamente su facultad de controlarse a sí mismo, facilitando así la formación de la resolución criminal (TSJ, Sala Penal, "González", cit.). Ello, puede consistir en un furor, ira, irritación, miedo, dolor, bochorno, etc., asumir la forma de un súbito impulso o de un estado pasional que estalla frente a causas aparentemente carentes de significación que operan como factor desencadenante, siendo menester que tenga entidad suficiente como para inclinar al sujeto a la acción homicida (TSJ, Sala Penal, "Zabala", cit.).

El autor debe matar encontrándose en estado de emoción violenta, para lo cual no resulta suficiente la existencia de la emoción; se requiere que el impulso homicida se origine en esa conmoción anímica y que la acción se ejecute en ese estado (Laje Anaya-Gavier, Notas al Código Penal Argentino, actualización a la primera edición, pgs. 303/304; TSJ, Sala Penal, "Zabala", cit.).

Además, se ha advertido que para que se configure la excusabilidad del estado emocional con arreglo a las circunstancias en las cuales se ha producido, resulta menester que éstas justifiquen el motivo y la causa por los que el autor se ha emocionado en el grado en que lo estuvo, lo que no constituye un juicio de hecho sino un juicio de derecho cuando se aprecia "...frente al concepto legal de la excusabilidad..." (Núñez, Ricardo C., Derecho penal argentino, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1965, T. III, p. 86; TSJ, Sala Penal, "Zabala", cit.).

La causa de la alteración anímica, pues, debe encontrarse fuera del sujeto y ser eficiente en relación a quien la padece para provocarle la crisis emotiva (TSJ, Sala Penal, "Zabala", cit.). Es decir, tal incitación de los sentimientos del autor debe provenir de "...una fuente distinta a su propio genio o a su sola falta de templanza..." (Núñez, Ricardo C., Derecho penal argentino, Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1965, T. III, p. 87), lo que no ocurrirá cuando la emoción sea atribuida al propio autor, como ocurre cuando él la ha provocado, incitándola o facilitándola a sabiendas al poner las condiciones para que opere (aut. y ob. cit., T. III, p. 94); cuando las causas son, objetiva o subjetivamente, fútiles con arreglo a las circunstancias; o cuando el autor estaba jurídicamente obligado a soportarlas (TSJ, Sala Penal, "Zabala", cit.).

En efecto, tal como lo señaló el Sentenciante, aun cuando existieran esos celos y fueran causados por una actitud de la víctima, teniendo en cuenta que la pareja se había separado hacía un año y medio y que dicha ruptura se debió a las constantes y persistentes agresiones físicas, verbales y sexuales de parte del acusado, no puede ser válidamente considerado como una lesión a sus

sentimientos de parte de la víctima quien, por el contrario, era la concreta y única damnificada del vínculo que mantuvieron.

En definitiva, en el caso no se ha acreditado el estado de conmoción, supuesto necesario para la aplicación del tipo penal invocado, e incluso si se hubiera comprobado no constituiría una circunstancia que lo hiciera excusable.

Por último y, en consonancia con los lineamientos delineados por las Convenciones Internacionales ya citadas, resulta útil recordar que el Sentenciante consideró que reconocer a los celos dentro del claro contexto de violencia de género, en el cual la víctima era la persona vulnerable y afectada, constituiría un sinsentido lógico y contrario a la equidad porque implicaría una convalidación a tal despreciable obrar violento.

E. Por todo lo expuesto, considero que la fundamentación llevada adelante por el *a quo* resulta en un todo respetuosa de las reglas de la sana crítica racional, motivo por el cual no debe hacerse lugar a las pretensiones de la defensa.

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

El señor Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde:

1. Declarar abstracto el planteo de inconstitucionalidad deducido en contra del art. 468 N del CPP.
2. Rechazar el recurso deducido por los Dres. P. R. O. y J. F. O., abogados defensores del imputado J. D. B., con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

El señor Vocal del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: 1- Declarar abstracto el planteo de inconstitucionalidad deducido en contra del art. 468 del CPP.

2- Rechazar el recurso deducido por los Dres. P. R. O. y J. F.

O., abogados defensores del imputado J. D. B., con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 145

Año: 2018 Tomo: 5 Folio: 1357-1369

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María

SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J