



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 422/2022

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de abril del año dos mil veintidós, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Alberto Huarte Petite, Mario Magariños y Pablo Jantus, asistidos por el secretario actuante, Guido Waisberg, a efectos de resolver en la causa n° CCC 1454/2012/TO1/CNC1, caratulada “**PRIETO**, _____ s/ Lesiones Leves”, de la que **RESULTA**:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5 de esta ciudad resolvió: “**I. CONDENAR a _____ Prieto**, de las demás condiciones personales consignadas, por ser autor penalmente responsable del delito de aborto, a la **PENA DE SEIS AÑOS DE PRISIÓN y COSTAS** (artículos 29 inciso 3°, 45 y 85 inciso 1° del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal efectuado por la defensa de _____ Prieto y aplicar las accesorias legales allí previstas.

III. RECHAZAR el pedido de DETENCION en la sala del condenado de _____ Prieto, formulado por el Fiscal.

IV. DISPONER la PROHIBICION de salida del país de _____ Prieto, con comunicación a las Fuerzas de Seguridad y organismos correspondientes y **la obligación de comparecencia al Tribunal cada quince días**.

V. DISPONER la PROHIBICION de acercamiento a la víctima y sus familiares a una distancia de quinientos metros y la prohibición de contacto con esas personas por cualquier medio. ...”.

II. Contra esa sentencia, tanto la defensa como la fiscalía interpusieron recurso de casación, que fueron concedidos y mantenidos ante esta instancia.

Por su parte, la Sala de Turno de esta Cámara les otorgó el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

III. En el término de oficina, contemplado en los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó el Dr. Claudio Martin Armando, Defensor Público Oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara, y profundizó los agravios contenidos en el recurso tendientes a cuestionar el encuadre legal del caso.

IV. Superada la etapa contemplada en el artículo 468, en función del 465, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

V. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Para un mejor tratamiento de las críticas de los recurrentes, conviene recordar qué tuvo por cierto el *a quo*.

Así, luego del debate se consideró acreditado que “... *el día 13 de enero de 2012, aproximadamente a la 1:00, en el domicilio de la calle _____, departamento “4”, ubicado en la planta alta del inmueble, _____ Prieto atacó mediante golpes de puño, estrangulamiento y cortes en las muñecas y cuello a su concubina, _____ y provocó la muerte de su hija, quien se hallaba en el vientre de ____ y llevaba 36 semanas de gestación ...*”.

II. Recurso de la defensa

a. En primer término, la asistencia técnica de Prieto postuló su absolución basándose en la doctrina de arbitrariedad de sentencias, al afirmar que no se probó la materialidad del hecho que se le atribuyó porque, a su ver, él sólo se demostró a partir de la declaración de la víctima, única testigo presencial, quien no se encontraba en condiciones de deponer ni de prestar juramento de decir verdad.

Al respecto, hizo notar que la damnificada fue examinada al momento en que se hallaba declarando durante el debate por una experta del Cuerpo Médico Forense, quien concluyó en la imposibilidad de continuar con ese acto procesal, y se refirió a un cuadro psicológico anterior y a un tratamiento psiquiátrico ambulatorio que avalaban ese impedimento.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Por ello, señaló que no había podido oponerse en tal ocasión al cese de su declaración, que su intención era seguir escuchándola y poder interrogarla, pero que ello no se pudo lograr porque la persona a declarar no estaba en condiciones de hacerlo.

En un segundo plano, se agravio de la insuficiencia de los demás elementos de prueba incorporados al debate para destruir el estado de inocencia del acusado.

En particular, destacó que si bien el preventor José Javier ____ aportó información compatible con la escena del crimen, nada dijo sobre cómo había ocurrido el hecho pues no lo había presenciado, motivo por el cual entendió que cobraba vigor la hipótesis de que Prieto únicamente se habría auto agredido con un *cutter*, pues la pericia sobre ese objeto había arrojado que sólo tenía sangre de él, mas no de la víctima.

En tal inteligencia, era arbitraria la afirmación del *a quo* de que las lesiones sufridas por la damnificada hubiesen sido provocadas por el imputado.

Agregó al respecto que el nombrado ____ no se expidió sobre las supuestas pérdidas de sangre de la damnificada, y que el testigo _____ no declaró haber visto sangre en la zona de la vagina de aquella. Sólo los vecinos _____ y su esposa refirieron lo contrario; pero, a criterio de la defensa, ello no había sido médicamente corroborado, y a su ver, los últimos testimonios no eran confiables debido a la reciente paternidad de la pareja.

Criticó además que no se hubiese valorado la declaración de _____, pareja de la madre del imputado, quien atestiguó que la damnificada no deseaba el embarazo que estaba cursando y que reiteradamente había querido abortar a pesar de los deseos contrarios del acusado; también se omitió consignar que _____ afirmó que la madre del imputado había hablado con el padre de la víctima _____, quien le comentó que su hija quería interrumpir la gestación.

Por último, puntualizó que se incorporó por lectura al debate abundante y compleja prueba pericial, informes médicos e

historias clínicas, y que ninguna de esas pruebas fue valorada por el *a quo*.

b. 1. En segundo término, alegó errónea aplicación de la ley penal sustantiva porque, a su criterio, no se logró demostrar la tipicidad objetiva y subjetiva del delito que se le atribuyó a Prieto.

Así, destacó que la decisión recurrida omitió explicar por qué fue excluida del razonamiento probatorio una de las dos causas probables de producción de la muerte del feto, esto es, su asfixia por el cordón intrauterino. En la misma línea invocó la falta de acreditación de traumatismos en el vientre de la víctima.

Al respecto, la defensa precisó que en el certificado médico de defunción se consignaron como causas del deceso del feto: asfixia intrauterina, circular de cordón ajustada al cuello y politraumatismo materno, mientras que en la historia clínica de la víctima se asentó como observación “*circular ajustada al cuello*”, y la junta médica del Cuerpo Médico Forense dictaminó que la aludida hipoxia se pudo haber producido por esa última circunstancia y por el traumatismo sufrido por la embarazada.

Sobre esa base, alegó que ninguna de esas causales para la producción del resultado pudo ser descartada ni afirmada con certeza; más aún cuando, a su ver, el traumatismo sólo fue mencionado por la víctima, a quien no pudo interrogar, y cuando la experta Palomero declaró que era poco frecuente que un traumatismo cause la muerte fetal, y que en tales casos debía considerarse el desplazamiento placentario.

De esta manera, enfatizó que existían en el caso dos causas probables y no remotas de producción del resultado, y que el *a quo* arbitrariamente excluyó una por sobre la otra, a punto tal que la mencionada perito refirió que no era improbable que ambas causas hubiesen operado juntas.

A ello, añadió que de la historia clínica de la víctima durante su embarazo no surgía que se hubiesen constatado hemorragias internas, estado de shock o trastornos hemodinámicos severos, tan sólo que ella carecía de dinámica uterina, y que si bien los testigos ____ y su esposa



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

afirmaron que habían observado en aquella manchas hemáticas, sus dichos eran falibles dada, como lo había señalado ya, su reciente paternidad al momento del hecho objeto de esta causa.

Finalmente, criticó que el *a quo* hubiese valorado, con base en su ficha obstétrica, que la víctima cursaba un embarazo sin complicaciones, porque el síndrome de muerte fetal por circular de cordón ajustada es una posible etiología de lo sucedido, sin que necesariamente implique un factor de riesgo.

2. En cuanto a la faz subjetiva del delito imputado, la defensa apuntó que Prieto conocía el estado de gravidez de su pareja, pero negó su intención de dar muerte al feto porque ella misma reconoció que en algunas oportunidades él le manifestaba que abortara y en otras que quería formar una familia.

Con relación a esto último, señaló que el *a quo* omitió valorar que el hecho sucedió en el hogar conyugal, que fue el acusado quien la recibió allí debido a su deseo de ser padre y que ello fue corroborado por el testigo _____, pareja de la madre de aquél, como ya se dijo.

Por tales razones, y con apoyo en los informes médicos que darían cuenta de que la víctima no presentaba lesiones en su abdomen, la impugnante afirmó que no podía afirmarse la existencia de una conducta dolosa en perjuicio del feto, motivo por el cual planteó que el hecho demostrado debería encuadrar, a todo evento, en el tipo penal previsto en el art. 87, CP, el que a la fecha se encontraría prescripto.

c. En tercer término, alegó errónea aplicación al caso del artículo 34, CP, por entender que su exclusión había sido decidida de modo arbitrario por el *a quo*.

En este sentido, citó variada doctrina para destacar que la llamada “*tesis alienista*” mencionada por el Fiscal y el *a quo* para conceptualizar una “*enfermedad mental*” era actualmente una cuestión zanjada porque, a su ver, la legislación penal argentina adoptó la postura de que no existe afección psiquiátrica que *per se* derive en la inimputabilidad; tampoco puede aseverarse que un disturbio psicológico desconectado de toda causalidad patológica se constituya exclusivamente

en fundamento de la inimputabilidad sino que, por el contrario, aquella sólo aparece cuando determinadas causas psicopatológicas, insuficiencia de facultades mentales o su alteración morbosa producen el efecto de impedir la comprensión de la criminalidad del acto o dirigir las acciones durante el momento del hecho.

Sobre esa base, criticó que el *a quo* hubiese evaluado que Prieto le haya dicho a la damnificada “*hoy morís*” y “*esto lo hago por vos*” para afirmar su imputabilidad, porque él no pudo motivarse en la norma, por ende, en la prohibición subyacente a ella debido a la perturbación y a la falta de control de los impulsos que padeció el día del hecho.

De igual manera, censuró que se hubiese tenido en cuenta la apreciación de la víctima sobre el estado de salud mental del imputado el día del hecho, basada en episodios anteriores, porque ella no es una experta en el tema, a lo que se sumaba que el psiquiatra Martínez Ferreti, quien declaró en el juicio, no fue preguntado por las específicas características del trastorno que aquél padeció y si ellas eran perceptibles para cualquier persona.

Asimismo, se agravió porque la decisión del *a quo* prescindió absolutamente de la declaración del profesional mencionado, quien ratificó las conclusiones de su informe pericial que había dictaminado sobre las anormales facultades mentales del acusado a causa de un stress agudo sobreviniente a un contexto psicopatológico previo de características depresivas, que redundaría en una amnesia postraumática que habría ya aparecido luego de discusiones.

Reseñó a su vez todas las evaluaciones psiquiátricas practicadas sobre el imputado que avalarían ese diagnóstico y, en particular, valoró el informe elaborado por los profesionales del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA), porque si bien allí se concluyó que Prieto no presentaba criterios de admisión, lo cierto era que el psiquiatra Martínez Ferretti había declarado en el juicio que el síndrome que padecía Prieto podía mejorar con el tratamiento correspondiente y que ellos habían detectado una “*patología lavada*”.

Incluso recordó que dicho profesional había manifestado que la baja tolerancia a la frustración y al afrontamiento de situaciones de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

tensión eran compatibles con el estado de Prieto, porque él se había sentido fracasado frente a la decisión de su pareja de culminar la relación y había actuado movido por impulsos que le impedían motivarse en la norma y, por ende, comprender la criminalidad de sus actos.

La valoración de lo claramente expuesto por dicho profesional en el sentido apuntado había sido, en definitiva, omitida por el tribunal de grado, cuando un adecuado análisis de tal informe pericial debió haber llevado a la absolución de Prieto con sustento en su incapacidad de culpabilidad al momento del hecho que se le atribuía.

d. En cuarto término, la defensa erigió sus críticas contra la mensuración de la pena discernida en autos al entender que ella fue desproporcionada y deficientemente fundamentada, lo cual la tornaba arbitraria.

Así, sostuvo que el *a quo* tuvo en cuenta las consecuencias psíquicas que el hecho tuvo en la víctima, pero aquellas no habían sido generadas por el obrar del acusado, pues la damnificada tenía ideas suicidas y conductas auto lesivas como consecuencia de la enfermedad terminal de su madre.

Además, se agravio de que los Juzgadores hubiesen soslayado evaluar la extensión del daño que el propio imputado se había causado, porque él se había lesionado en gran magnitud; también se había omitido que Prieto había logrado formar una familia y el cuadro psíquico que padecía.

e. En último lugar, reiteró su planteo de inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal porque, a su ver, fue arbitrariamente descartado por el *a quo* al no haber valorado que tanto el imputado como su informe socio ambiental habían coincidido en su afectación al derecho de ejercer la patria potestad, a la incapacidad de administrar y disponer de sus bienes y al derecho a elegir a sus representantes.

III. Recurso de la Fiscalía

El representante de la vindicta pública, con cita de variada doctrina nacional e internacional, se agravio por errónea aplicación de la ley penal sustantiva al entender que, en el caso, no se había verificado un

supuesto de desistimiento voluntario respecto de una tentativa inicial de homicidio simple, como concluyó el *a quo*, sino que se había acreditado una tentativa fracasada de aquel delito, lo cual tornaba inaplicable el art. 43, CP.

También se quejó de que el *a quo* obvió evaluar el hecho desde una perspectiva de género ya que, a su ver, los Juzgadores le negaron a la denunciante su carácter de víctima, y tornaron invisibles, así, las cuestiones de género subyacentes en el suceso.

IV. El marco a partir del cual se evaluarán los recursos de casación de autos.

Los agravios presentados por la defensa serán analizados conforme al criterio sentado por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, del 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, del 9.11.17) –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad-, respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Casal**” (Fallos: 328:3329), en lo atinente al alcance del recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cabe recordar también que, conforme se dijo en “**Casal**”, un tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar lo revisable (considerando 25 del voto de la mayoría).

Sin embargo, lo único no revisable “...es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso...” (considerando 24).

Por otra parte, he sostenido reiteradamente (así, entre muchos otros, en los fallos “**Estrada Vilca**”, Reg. n° 849/17, voto del juez Huarte Petite, rta. 15.9.17, “**Aguirre**”, Reg. n° 1368/18, voto del juez Huarte Petite, rta. 23.10.18, y más recientemente en “**Gómez**”, Reg. n° 1756/19, voto del juez Huarte Petite, rta. 25.11.19), que en la búsqueda de la verdad en el proceso el juez tiene a su alcance diversos medios probatorios.

Nuestro Código Procesal Penal de la Nación se rige por la libertad de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica que no son otras que la lógica más elemental, el sentido común y las máximas de la experiencia (arts. 241, 263 inc. 4°, y 398, 2° párrafo, del C.P.P.N.); es decir, no existe una norma que imponga un modo determinado de probar los hechos investigados en el marco de un proceso, ni que fije un número mínimo de elementos de prueba.

De tal suerte, la fuerza convictiva del plexo probatorio reunido no dependerá necesariamente de la existencia de un determinado número de testigos o elementos de prueba, sino de la contundencia y credibilidad de aquellos.

Ha sido el legislador quien ha confiado la antedicha facultad de apreciación de la prueba al magistrado (arts. 241, 263 inc. 4°, y 398, 2° párrafo, del C.P.P.N.), y nuestro máximo Tribunal se ha hecho eco de sus implicancias; en tal sentido ha expresado que “...el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica

racional y atendiendo a las reglas de la lógica...” (Fallos 311:2045; 302:284, entre muchos otros).

En consecuencia, a partir de este sistema -superador de los métodos de “*prueba tasada*” y de la “*íntima convicción*”-, el juez puede admitir cualquier medio de prueba que, no habiendo vulnerado garantía constitucional alguna en orden a su adquisición, estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio exclusivo del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de libertad probatoria, se le impone su valoración, según ya se dijo, conforme a los principios de la sana crítica, debiéndose basar en dicha tarea, no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indican la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

En esta dirección, corresponde al Magistrado elaborar una adecuada ponderación y vinculación de las pruebas reunidas en el proceso, capaces de formar un grado de convicción tal que le permita fallar con certeza. Esa convicción debe ser objetiva y coherente.

Sin perjuicio de todo ello, rige la garantía constitucional, derivada del principio de inocencia, de que sólo la certeza sobre la existencia del hecho criminal, objetiva y coherente con la prueba incorporada, posibilita fundar una sentencia condenatoria (por todos, Maier, Julio B. J., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, “*Fundamentos*”, pág. 505, 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004), manteniendo su vigencia en toda su extensión el principio del “favor rei” en caso de no arribarse a tal juicio de convicción.

Por lo expuesto, el juez tiene la responsabilidad de evacuar toda duda razonable para arribar al dictado de una sentencia condenatoria, pues de lo contrario, prima el citado principio, también conocido como *in dubio pro reo* establecido legislativamente en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación.

A su respecto, tiene dicho la Corte que la duda es un estado de ánimo del juzgador que no puede reposar en una mera subjetividad,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (Fallos: 315:495, 323:701, entre muchos otros).

En línea con dicha doctrina, se ha sostenido que los estándares de prueba, como el de “*la certeza más allá de toda duda razonable*”, intentan reducir la subjetividad al máximo posible.

Tales estándares “...se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una ‘duda razonable’. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde ‘razonable’ equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria...” (conf. votos del Juez Sarrabayrouse, de este mismo colegio, entre muchos otros, en “**Urrutia Valencia**”, Reg. nº 39/15, Sala II; “**Taborda**”, Reg. nº 400/15, Sala II; “**Marchetti**”, Reg. nº 396/15, Sala II; “**Castañeda Chávez**”, Reg. nº 670/15, Sala II; “**Guapi**”, Reg. nº 947/16, Sala II; “**Fernández y otros**”, Reg. nº 1136/17, Sala II; “**Díaz**”, Reg. nº 132/18, Sala II).

Como también se dijo en tales precedentes, en el proceso penal se trata de establecer a partir de las pruebas incorporadas en el debate cuál de las hipótesis en pugna (la de la acusación, o la de la defensa), reúne los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que sus concurrentes.

Todo ello conduce, en definitiva y en términos prácticos a que, frente a dos hipótesis contrapuestas, pero igualmente aceptables, debe resolverse la controversia en favor del imputado.

Por su parte, en los precedentes **“Pedace”** (Reg. n° 410/19, Sala III, rta. 16.4.19, voto del juez Huarte Petite), **“Stofd”** (Reg. n° 1118/20, Sala III, rta. 26.5.20, voto del juez Huarte Petite), **“Ceí”** (Reg. n° 1222/20, Sala III, rta. 2.6.20, voto del juez Huarte Petite), y **“Herrera y otros”** (Reg. n° 1827/21, rta. 26.11.21, voto del Juez Huarte Petite), a cuyos demás fundamentos cabe remitirse en beneficio a la brevedad, me referí a las limitaciones legalmente existentes respecto del alcance que cabe asignar a los recursos de casación de las partes acusadoras. Ello, además del requisito previsto en el art. 458 del ritual, que en el caso se halla cumplido, pues la Fiscalía requirió la imposición de una pena de quince años de prisión y la condena al imputado, como ya se dijo, fue de seis años de la misma especie de pena.

Así, al respecto entendí en general que *“...que los alcances de la vía de impugnación en cuestión no son similares a los conferidos al acusado, quien sí goza de un derecho de rango constitucional a una revisión amplia e íntegra de la condena (cf. arts. 8.2.h CIDH y 14.5 PIDCyP; art. 75.22 CN; Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; caso “Herrera Ulloa c/Costa Rica”, CIDH, 2/4/04 y casos “Casal” (CSJN, Fallos 328:3399), y “Duarte, Felicia” (CSJN Fallos 337:901) ...”*.

A las consideraciones ya expuestas cabe añadir que, desde el precedente **“Zudaire”** (Reg. n° 178/18, Sala III, rta. 9.3.2018, voto del juez Huarte Petite), entre otros, he señalado que para casos como el presente que pueden ser caracterizados como de violencia contra las mujeres (artículo 16, inciso “i”, de la ley nro. 26.485 de *“Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en los que desarrollan sus relaciones interpersonales”* B.O.: 16.4.2009), no debe perderse de vista la consecuente obligación de los organismos del Estado de garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial, *“el derecho a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados”*, mas sin que ello menoscabe *“la garantía constitucional, derivada del principio de inocencia, de que*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

sólo la certeza sobre la existencia del hecho criminal, objetiva y coherente con la prueba incorporada, posibilita fundar una sentencia condenatoria”.

Con tal base doctrinaria y jurisprudencial se abordarán seguidamente los agravios de ambos impugnantes.

V. La valoración de la prueba de cargo.

Los Sres. Jueces de juicio acordaron en que, centralmente, la materialidad del hecho que tuvieron por cierto derivaba del testimonio de la víctima _____, a cuyo respecto valoraron que “... *con un evidente sufrimiento relató los hechos sufridos a manos de _____ Prieto. Su angustioso relato de tales hechos coincidió sustancialmente con la descripción realizada en el requerimiento de elevación a juicio ...*”.

Cabe recordar que en esta última pieza procesal se describió la siguiente secuencia fáctica:

“... el día 13 de enero de 2012, alrededor de la 1:00 de la madrugada, en el interior del departamento “4”, ubicado en la planta alta del inmueble de la calle _____ de esta ciudad, _____ Prieto intentó matar mediante golpes de puño, estrangulamiento y cortes en las muñecas y cuello a su concubina, _____ y provocó la muerte de su propia hija, quien se hallaba en el vientre de ____ y poseía 36 semanas de gestación.

Todo comenzó el 12 de enero de 2012. Prieto llegó de su trabajo a las 20.00 horas. Durante la cena la señora ____, quien ya había tomado la decisión de separarse, permaneció callada dado que no se animó a encarar al imputado por temor a que reaccionara violentamente. Terminaron de comer a las 22:00 horas. ____, tomó coraje y le dijo a Prieto que había tomado la decisión de separarse debido a los maltratos y agresiones que recibía por su parte, así como para asegurar el bienestar y proteger a su hija ante la cercanía del parto.

Prieto sólo le contestó que no quería que se fuera y luego, permaneció sentado a un costado de la cama. Como lo notó tranquilo, ____ comenzó a armar los bolsos para dejar la vivienda.

Todo transcurrió con normalidad. Sin embargo alrededor de la 1:00 de la madrugada, Prieto se levantó de la cama, totalmente fuera de sí y lleno de ira, se reincorporó y atacó a ____, a quien tomó del pelo y comenzó a propinarle golpes de puño en la cabeza y en el lado izquierdo de la cara. Luego, la tomó del cuello, la tiró boca arriba sobre la cama, se sentó violentamente sobre su vientre, le sujetó los brazos

con sus piernas y, una vez que la tuvo inmovilizada, comenzó a estrangularla mientras le decía 'hoy morís', pero ____, logró colocarse de costado y con ello, minimizó la fuerza que ejerció el imputado sobre su cuello.

Por tal motivo, Prieto la tiró al piso y la víctima comenzó a rogar por la vida de su hija diciéndole, 'por favor la bebe'; pero el acusado no cesó y nuevamente se arrojó sobre el vientre de su concubina y comenzó a estrangularla hasta que la hizo perder el conocimiento.

Luego, con la ayuda de algún elemento filoso, posiblemente un 'cutter' o cuchillo, Prieto le provocó a ____ cortes a la altura de sus muñecas y cuello, seguramente con la voluntad de provocar su desangrado y muerte.

Al recuperar la conciencia, la mujer advirtió que se encontraba tirada en el suelo con sus brazos al costado, que poseía lesiones cortantes a la altura de sus muñecas, que tenía la remera levantada hasta la altura de los pechos y que estaba toda ensangrentada, por lo que comenzó a gritar pidiendo ayuda.

Al escucharla, el imputado tomó un cuchillo de cocina en sus manos, el cual estaba limpio –sin sangre lógicamente-, se sentó nuevamente sobre el vientre de ____ y previo decirle: esto lo hago por vos', se cortó el cuello de izquierda a derecha y se retiró de la habitación hasta que cayó, boca abajo, próximo a la salida de la vivienda.

____, logró reincorporarse y pidió ayuda a los gritos desde la ventana de su casa. Una vecina, desde la planta baja, le contestó que se quedara tranquila y que ya había llamado a la policía.

Seguidamente, la víctima salió de la habitación, se tomó fuertemente del pasamano de la escalera y bajó. Una vez allí, observó que el cuerpo de Prieto yacía tirado en el piso, boca abajo y cerca de la salida de la vivienda.

Por temor a que se levantara, tomó un fierro para eventualmente poder defenderse, pasó caminando por sobre el cuerpo del acusado y salió del departamento. Como la reja de abajo estaba cerrada, tuvo que volver a entrar, tomó las llaves, volvió a bajar y se las arrojó a la vecina que la ayudó a salir de la casa. En ese momento, de acuerdo con lo manifestado por la damnificada, se produjeron los últimos movimientos de su hija en el vientre...".

Según se desprende de la sentencia, durante el juicio la víctima "... contó que esa noche le comunicó a Prieto la decisión de separarse debido



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

a los malos tratos y agresiones que recibía de su parte. También para proteger a su hija por nacer y asegurar su bienestar.

Prieto no aceptó la decisión y la atacó. Le pegó en la cara, la tiró sobre la cama, la estranguló y le dijo varias veces 'hoy te morís'. La tiró al suelo, la volvió a estrangular y pegar. Se sentó arriba de su vientre. Quedó desmayada. Cuando se despertó, se vio 'toda cortada', con los brazos cortados a la altura de las muñecas. Prieto, quien aún se hallaba en el departamento, se acercó y se subió otra vez sobre su vientre. En esa posición le dijo que eso lo hacía por ella y se cortó el cuello. Después salió de la habitación. Ella se levantó como pudo, empezó a gritar, arrojó las llaves por la ventana a una vecina de la planta inferior y salió como pudo bajando las escaleras y recostándose en el piso al llegar abajo. Que la llevaron al hospital Pirovano, donde le curaron las heridas y estuvo internada tres días. Que esa noche perdió a su bebé.

Contó que se conocieron por un chat, tuvieron una primera cita y se pusieron de novios al poco tiempo, a fines del año 2009.

Dijo, que en esa época él –Prieto- era distinto. De novios era muy celoso, posesivo y controlador. Se enojaba cuando se veía con sus compañeros de estudios, pero no la golpeaba.

Comenzó a golpearla cuando quedó embarazada. Él no quería que quedara embarazada y cuando pasó le pedía que abortara.

En esa época comenzaron a convivir. Él estaba enojado porque el embarazo avanzaba y cuando llevaba cuatro meses le tiró un cargador de notebook 'en la panza'. Lo denunció.

Hubo más episodios de violencia originados en que Prieto no quería que tenga a la beba. Le tiraba del pelo, la zamarreaba, la empujaba.

Que en todas estas situaciones lo notó consciente.

Hubo otros hechos de violencia, pero solo denunció el primero. Después de cada uno de ellos él le pedía perdón y le hacía regalos.

Por la denuncia hecha la primera vez Prieto se enojó mucho y estuvieron separados aproximadamente una semana. Le pidió que dijera que no había pasado nada de lo dicho ...”.

Sobre tal base sostuvieron luego los Sres. Jueces, como fruto de la intermediación con la declarante, que “... sus dichos se apreciaron sinceros y reales ...”.

En apoyo de esa conclusión, luego de efectuar una detallada reseña de los demás testimonios y elementos de juicio incorporados en el debate a partir del considerando primero (reseña que cabe tener por reproducida en beneficio a la brevedad), los sentenciantes precisaron respecto a la damnificada que “... la esforzada y sufrida evocación de los hechos padecidos, la llevaron a un estado tal en la audiencia que debió suspenderse su declaración, para que la atendieran los médicos. Estos profesionales informaron que no podía continuar ese día con la declaración. Que necesitaban evaluarla a los treinta días para determinar si podía continuar con el acto.

No obstante, como se dijo, llegó a relatar bastante más que lo sustancial de los hechos descriptos en el requerimiento ... ”.

El a quo integró luego dicha declaración con la de Ana Cetkovich Bakmas y _____, vecinos de la víctima, quienes“... contaron como se ha reseñado, cómo escucharon los pedidos de auxilio que por la ventana hacía ____ y vieron los algodones empapados en sangre que arrojaba. También las pérdidas por vía vaginal, esto último manifestado por ____ Green ...”.

Igualmente, se relevaron los dichos del preventor ____, quien fue el primero en llegar en tal condición al lugar del hecho, y señaló que “... encontró a la víctima socorrida por los vecinos, al victimario donde indicó la primera y un escenario coincidente con los hechos relatados por _____. El imputado caído y herido casi en la entrada del departamento que habitaban los protagonistas de los hechos, sangre en la escalera y dentro del departamento donde todo estaba revuelto. Ratificó sus dichos prestados ante la instrucción, que le fueron leídos parcialmente, en los que expresó que cerca de la mano derecha del imputado, quien se hallaba caído de cúbito ventral se hallaba un elemento filoso tipo cuter ensangrentado ... ”.

Sobre tal base, se concluyó en que la versión de la víctima “... no sólo es creíble por la forma en que fue dicha, sino también porque la mecánica de los hechos expuesta, incluida la forma en que logró el auxilio de sus vecinos y las consecuencias de la agresión relatada, halla corroboración en las demás probanzas del juicio ...”.

En esa inteligencia, también valoró el Tribunal que “... la pareja integrada por Ana Cetkovich Bakmas y _____, vecinos de la víctima, contaron como se ha reseñado, cómo escucharon los pedidos de auxilio que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

por la ventana hacía ____ y vieron los algodones empapados en sangre que arrojaba. También las pérdidas por vía vaginal, esto último manifestado por ____ Green.

El policía ____ llegó al lugar donde, dijo, encontró a la víctima socorrida por los vecinos, al victimario donde indicó la primera y un escenario coincidente con los hechos relatados por _____. El imputado caído y herido casi en la entrada del departamento que habitaban los protagonistas de los hechos, sangre en la escalera y dentro del departamento donde todo estaba revuelto. Ratificó sus dichos prestados ante la instrucción, que le fueron leídos parcialmente, en los que expresó que cerca de la mano derecha del imputado, quien se hallaba caído de cúbito ventral se hallaba un elemento filoso tipo cutter ensangrentado”.

Igualmente se tuvieron en cuenta los dichos del también vecino Yamandú Edgardo Almeyra Farto, quien “... escuchó los gritos y vio a la víctima ensangrentada, quien arrastrándose trataba de abrir el portón de acceso a la escalera que llevaba a su departamento ...”.

En cuanto a las lesiones, se ponderó que habían sido constatadas por el informe médico forense agregado a fojas 141/142 e incorporado por lectura al juicio. En especial, se tuvo en cuenta que dicho informe “... describe en los puntos 1 a 7, antes de las conclusiones, las lesiones que ésta presentaba, las que se concilian con las que dijo la nombrada, le causó el imputado con su agresión.

Asimismo, en el punto ‘2’ de las conclusiones se informa sobre el mecanismo determinante de ellas, que coincide con la forma en que la víctima dijo le fueron causadas. Cabe recordar aquí, que en el lugar de los hechos se halló un elemento apto para producir las lesiones cortantes constatadas, un cutter ensangrentado ...”.

En relación con lo anterior, se evaluó también que “... las manchas de sangre en la ventana desde donde ____ solicitó ayuda, en el pasamanos y escalones de la escalera que conduce a la planta baja, se observan en las fotografías tomadas del lugar de los hechos y se hallan señaladas en el croquis agregado a la causa a foja 274, todo lo que se corresponde con la sucesión de los hechos relatados por la víctima ...”.

Seguidamente, los colegas de la anterior instancia abordaron el tema de la muerte del feto al afirmar que “... como

consecuencia de la agresión de Prieto, relatada por ____, ésta perdió su embarazo de unas treinta y seis semanas ...”.

Para ello, tuvieron en cuenta que “... las médicas forenses de la Justicia Nacional, doctoras Cristina Angélica Bustos y Silvia Estela Palomero ratificaron en la audiencia sus respectivos informes periciales, como consta en la reseña precedente de sus declaraciones.

En esa oportunidad, la primera de las nombradas, con sustento en las explicaciones que dio, afirmó que la ingesta del líquido amniótico por parte del feto se había producido con posterioridad a la pérdida del embarazo.

La segunda profesional, la doctora Palomero, luego de una extensa exposición explicativa sobre las posibles etiologías de la pérdida del embarazo, dio la clave para determinar la causa de ello.

Así, para establecer si ella había sido de origen traumática había que tener en cuenta dos datos diagnósticos. Uno, el momento en que dejó de registrarse el movimiento fetal y el segundo, la existencia de pérdidas vaginales ...”.

Sobre esa base, dijeron los sentenciantes que respecto de la falta de movimiento fetal “... la víctima ingresó a la Clínica y Maternidad Suizo Argentina el día del hecho a las 12 horas con diagnóstico de feto muerto y retenido (ver fojas 103/107).

En cuanto al segundo [dato], las pérdidas vaginales también fueron observadas por testigos confiables.

No es dable presumir que los vecinos mencionados inventaron esta versión, brindada el mismo día de los hechos –ver foja 21 incorporada parcialmente por lectura- que como se aprecia, es información técnica proporcionada por profesionales, en este caso una médica forense.

Pero no son éstos los únicos elementos de juicio que permiten afirmar que la pérdida del embarazo fue el feroz ataque que el imputado realizó contra la víctima.

____ llevaba un embarazo perfectamente normal, sin inconvenientes, como surge de la ficha de la obstetra que la atendía, agregada a fojas 776/777, a cuyo control concurrió por última vez, sin novedad, el 29/12/11. Después de la golpiza, durante la cual el imputado se sentaba violentamente sobre el vientre de la víctima más de una vez, ésta sintió que el feto no se movía más,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

constatándose la pérdida del embarazo, cuando inmediatamente después de la agresión ingresa al hospital Pirovano.

También consta esa circunstancia de la historia clínica de Obstetricia de la Clínica y Maternidad Suizo Argentina, agregada a fojas 104/107, que da cuenta que la víctima ingresó el día de los hechos con diagnóstico de feto muerto y retenido ...”.

Como corolario de lo anterior, dijeron que “... la sana crítica no admite una conclusión diferente. Se trataba de un embarazo normal, sin complicaciones, con un último control sin novedad quince días antes de los hechos, que constituyeron el único evento trascendente, desde entonces, hasta la pérdida del embarazo.

No hay duda, ésta fue la consecuencia del salvaje ataque que _____ Prieto realizó contra _____ ...”.

VI. Respuesta a las críticas de la defensa a la valoración del cuadro probatorio de cargo.

Sin perjuicio de las precisiones que se efectuarán en los dos acápites subsiguientes sobre la calificación legal que cabe asignar al suceso en función del recurso de la Fiscalía, y en orden a los motivos por los que cabe tener por cierta la causación por parte del imputado de la muerte del feto que hasta el momento de los hechos se hallaba gestando _____, considero que, más allá de los esfuerzos del recurrente, los Sres. Jueces de la instancia de juicio valoraron razonablemente la prueba producida en el debate y la articularon de modo tal que se puede concluir, conforme las pautas de la sana crítica racional (arts. 241 y 398 CPPN), en la correcta acreditación de la materialidad del hecho (en particular, en lo que ahora se dirá, en orden a la violencia física ejercida sobre la víctima), y de la participación del imputado en él, sin que se hubiese demostrado arbitrariedad en su argumentación (art. 123 y 404, inciso 2, este último *a contrario sensu*, *ibídem*).

a. Así, basta con leer detenidamente la transcripción efectuada en el punto anterior para concluir que yerra la defensa al afirmar que la confirmación de la hipótesis condenatoria se basó únicamente en la declaración de la víctima, pues esta última fue prolijamente articulada con otras pruebas que se produjeron en el juicio.

En efecto, la versión de ____ encontró una adecuada corroboración, en cuanto a la mecánica de producción de las lesiones constatadas en su cuerpo, en los dichos de tres vecinos de la vivienda en que ocurrieron los hechos, quienes se hallaban en sus respectivos domicilios al momento de su acaecimiento (Cetkovich Bakmas, ____ Green y Almeyra Farto).

Ellos efectuaron un concordante relato entre sí acerca de lo que pudieron percibir a través de sus sentidos en esos momentos, absolutamente compatible con el que brindó la víctima.

Lo mismo cabe predicar del cuadro de situación que halló el preventor ____ al momento en que acudió al lugar de los sucesos, todo lo cual, a su vez, encontró un completo respaldo en las conclusiones de los informes periciales que al efecto se relevaron.

b. Vinculado con todo lo dicho hasta aquí, el agravio sobre la (im)posibilidad de que la damnificada hubiese estado en condiciones de atestiguar en el plenario es una cuestión que ya fue abordada razonablemente por el *a quo* ante un planteo de similares características efectuada por la defensa en el juicio.

Dijo así el tribunal de grado que “... *en cuanto a la imposibilidad de la testigo ____ de prestar juramento y declarar, porque estaba en tratamiento, es una afirmación sin sustento.*

Que una persona se halle bajo tratamiento médico no implica por sí que no pueda declarar ni prestar juramento. Para determinar tal imposibilidad se requiere un examen específico apuntado al caso concreto y esto no es lo que nos dijo la defensa.

Cabe recordar, que como resulta de la prueba reseñada, la testigo ____, pese al evidente sufrimiento que le provocó evocar los hechos sufridos cinco años atrás, los relató de forma muy similar a la realizada por el requerimiento de elevación a juicio formulado por el fiscal de primera instancia.

Respecto a la imposibilidad de valorar sus dichos porque esa parte no pudo interrogarla, es otra pretensión carente de sustento normativo y de toda lógica.

Por otra parte, la defensa no solicitó que se dilatara el debate, situación técnicamente posible, puesto que aún faltaba declarar a todos los demás testigos, sino que no ha dicho que era lo que quería preguntarle para beneficio de su



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

asistido, para determinar de algún modo la medida del supuesto perjuicio para esa parte, por tal circunstancia.

Nada tiene que ver en este caso el fallo 'Benítez', citado en sustento de tal pretensión ...".

Sentado lo anterior, este planteo será rechazado porque al formularlo la defensa omitió hacerse cargo de refutar adecuadamente todos y cada uno de los argumentos empleados por los colegas de la anterior instancia.

En especial, que no existe óbice legal alguna para que una persona bajo tratamiento médico preste juramento de decir verdad al ser citada como testigo y que, en tal caso, su testimonio sólo quedará sujeto a la valoración crítica que de él pueda hacerse, con arreglo a su contenido, a lo que pueda desprenderse como fruto de la inmediación, y a su concordancia y compatibilidad con otros elementos de juicio incorporados durante el debate.

Tampoco se hizo cargo la recurrente de la circunstancia de que, una vez conocida la imposibilidad de la víctima de seguir declarando, obvió pedir la postergación del debate y precisar sobre qué aspectos, que no había podido hasta ese momento, deseaba interrogarla, para así poder determinarse por el tribunal la configuración y la magnitud del perjuicio que tal situación le habría generado a su estrategia de defensa.

c. Tampoco puede prosperar el cuestionamiento a la valoración de los dichos del preventor José Javier ____, pues la objeción partió de un análisis aislado y desarticulado de todo el resto del plexo probatorio rendido en el debate y razonablemente valorado por *ela quo*.

En efecto, es cierto que el nombrado no presenció el hecho denunciado, pero la defensa omitió considerar que su mecánica fue principalmente relatada por la declaración de la víctima (corroborada en lo pertinente por los dichos de tres testigos), y que ____ fue la primera persona en llegar a la escena del crimen en su condición de policía.

En tal sentido, al prestar su versión en el debate describió una serie de elementos compatibles con el relato de la víctima, el que, a

su vez, halló adecuada verificación en el croquis y en las fotografías tomadas en el lugar del hecho que daban cuenta de todas las manchas de sangre que allí había.

Además, ____ afirmó que en la mano derecha del imputado se hallaba un *cutter* ensangrentado y, en efecto, la propia víctima precisó que aquél se había auto agredido con ese objeto, de modo que esa acción fue la última atribuible al imputado luego de una previa sucesión de comportamientos heterolesivos hacia la damnificada que, como se analizó anteriormente, halló suficiente sustento en el material probatorio.

Igualmente, tampoco puede ser atendida la alegada arbitrariedad en cuanto a la fundamentación del modo en que se produjeron las lesiones sufridas por la damnificada.

Ello, por cuanto, tal como lo relevó el *a quo*, la víctima describió detalladamente la cantidad y forma de esas heridas, señaló al imputado como su causante –única persona presente en el lugar del hecho-, y tales injurias fueron pericialmente constatadas, tanto en su existencia como en su mecanismo de producción.

Así, el hecho de que en el *cutter* en cuestión sólo se hubiesen encontrado rastros de sangre del imputado no es óbice para debilitar el alcance que cabe asignar al resto del plexo probatorio, pues de los informes periciales que valoró el tribunal de grado se desprende de modo inequívoco que, más allá de la constatación de la existencia en el lugar del hecho de ese objeto en particular, la víctima fue reiteradamente agredida con un elemento corto punzante.

En tal inteligencia, la recurrente no ha precisado las razones por las cuales la conclusión pericial que puntualizó debería tener virtualidad suficiente para excluir el empleo de un elemento cortante en el hecho por el imputado en contra de la víctima, cuando a su vez no acreditó que el objeto que se peritó hubiese sido el único de entidad cortante que se hubiese hallado en el domicilio en que ambos protagonistas del conflicto vivían al momento del suceso.

d. Otro punto de crítica fue la atinente a las pérdidas de sangre de la damnificada.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Al respecto, es lógico que el policía ____ no se hubiese expedido sobre ese extremo porque una vez que arribó al lugar del hecho, conforme lo expuso en su declaración, visualizó que la víctima era asistida por vecinos y su prioridad, con arreglo a sus incumbencias profesionales, fue relevar la situación existente, preservar la escena del crimen e iniciar las correspondientes actuaciones.

Igualmente, no explica la defensa cuál sería la relevancia de tal circunstancia para arribar en el caso a una conclusión distinta a la del *a quo*.

De la misma manera, frente a la diversidad de probanzas valoradas por el tribunal de grado, no se demostró en qué medida debería haberse arribado a otra conclusión en base a que el testigo _____ no hubiese expresamente declarado si vio el origen de la sangre que emanaba de la víctima, cuando aquel señaló que la vio ensangrentada mientras intentaba abrir la puerta que le permitía egresar del edificio, y no era del caso requerir que precisase el origen del sangrado en la medida en que epistémicamente carecía de posibilidades de determinarlo con precisión, por ser dicha tarea, de modo exclusivo, de incumbencia pericial.

Asimismo, dicha observación implicó desoír el relato de la víctima, quien temporalmente ubicó el sangrado vaginal en un momento pretérito a la llegada al lugar de los testigos de mención.

En esa inteligencia, las circunstancias relativas a dicha emanación de sangre sí fueron relatadas en detalle por los vecinos _____ y su esposa, quienes coincidentemente afirmaron haber visto que mientras la damnificada pedía auxilio desde el balcón de su departamento, arrojaba desde allí paños empapados de sangre proveniente de su vagina.

Así las cosas, la defensa no explicó cómo variaría la solución a la que arribó el *a quo* aun cuando tal extremo no hubiera sido médicamente comprobado, y su afirmación de que la reciente paternidad de los nombrados disminuiría el valor convictivo de sus dichos resulta dogmática y carente de todo sustento.

e. Por último, debe tenerse en cuenta al respecto, tal como lo precisé, entre tantos otros, en el precedente **“Insaurrealde”** de este colegio (Reg. n° 3136/20, Sala III, rta. 10.11.20, voto del juez Huarte Petite), que es doctrina del Máximo Tribunal que los jueces no están obligados a ponderar una por una y de modo exhaustivo todas las constancias o elementos de juicio agregados al expediente sino sólo aquellos que estimen conducentes para fundamentar sus conclusiones (**“Carrera, Ramona Blanco y otros c/ Irma Marciana Maldonado de Medina y otros”**, Fallos: 306:395; **“Lezcano, Marta Cantero de c/ Luis R. Scilpa y/u otros. Bianchini, Arnaldo y otro. Olivera Avellaneda, Diego. Munilla, Julio Jorge”**, Fallos: 306:444; **“Pallero de Ontiveros, Hilda L. c/ Ferrocarriles Argentinos”** Fallos: 308:584; **Bernárdez, Ricardo c/ Calviño de Pinal, Aurora”**, Fallos: 323:3196, entre muchos otros).

Sobre esa base, corresponde precisar que la defensa omitió explicitar los motivos por los cuales era estrictamente necesario que el *a quo* se hubiera abocado al tratamiento de la declaración de _____ (quien se refirió a eventuales expresiones de la víctima sobre su deseo de no continuar con el embarazo, vertidas supuestamente ante ter-ceros, no ante él de modo directo), o a la consideración de otros informes periciales e historias clínicas incorporadas al debate por lectura.

Respecto a esto último, por otra parte, no individualizó la recurrente cuál de tales piezas, ante el cúmulo de prueba cargosa reunida, debió haber merecido una atención tal que, sobre su base, el resultado del juicio debió ser otro necesariamente.

Por todo ello, entonces, los agravios relativos a la valoración probatoria efectuada en el *sub lite* en los aspectos aquí tratados no serán de recibo.

VII. Agravios de la Fiscalía sobre la decisión del *a quo* de rechazar su pedido de que el hecho probado sea calificado como tentativa de homicidio.

Entiendo adecuado, para un mejor abordaje de las cuestiones a analizar vinculadas con el significado jurídico de los hechos acreditados, comenzar con el tratamiento de los agravios del acusador público



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

mencionados en el epígrafe, pues la postura que se adoptará sobre el punto guarda estrecha relación, como se verá, con lo que luego se diga en orden a la calificación del hecho como aborto en los términos del art. 185, inc. 1°, CP.

VII.1. Los fundamentos de la Fiscalía.

Cabe recordar que el representante de la acusación pública concretamente se agravió por errónea aplicación de la ley penal sustantiva ya que, a su ver, los Sres. Jueces de Juicio arbitrariamente desecharon que en el caso se hubiese acreditado una tentativa fracasada de homicidio simple, sin perjuicio de la subsunción del comportamiento del imputado, de todos modos, en el delito de aborto.

VII.2. Los fundamentos del Tribunal.

Sobre este punto, el *a quo* sostuvo:

“... el fiscal entendió, que la conducta imputada al acusado constituía los delitos de homicidio en grado de tentativa en concurso ideal con aborto (artículos 42, 45, 54, 78 y 85 inciso 1° del Código Penal).

No se comparte el criterio del acusador

Considero, que efectivamente el imputado quiso matar a _____, golpeándola en el rostro, estrangulándola mientras se sentaba bruscamente sobre su vientre, primero sobre la cama y luego en el piso, cortándola en las muñecas y el cuello cuando se hallaba desvanecida.

No hay duda sobre el propósito homicida de Prieto. Su acción estaba claramente dirigida a ese fin que el nombrado le anunciaba a la víctima con la reiterada frase ‘hoy te morís’, mientras ejecutaba los actos descriptos.

No obstante la bestialidad del reiterado ataque y la idoneidad de las maniobras para tal propósito, éste no se logró.

Cuando _____ se recuperó del desvanecimiento y Prieto lo advirtió, volvió a sentarse bruscamente sobre el vientre de la nombrada, pero en vez de consumir su fallido objetivo, desistió de hacerlo y luego de decirle a la víctima que lo hacía por ella se autolesionó y se retiró hasta la puerta del departamento donde cayó.

Se trata de un claro supuesto de desistimiento voluntario del emprendimiento delictivo iniciado, puesto que nada ni nadie le impedía en esas circunstancias, consumir el hecho intentado previamente.

Este desistimiento deja impune la tentativa en sí misma, pero no los delitos consumados en su curso.

En este caso, los delitos consumados en el intento de homicidio desistido, son las lesiones causadas a la víctima y el aborto del feto que engendraba hasta ese momento la damnificada, los que concurren de modo ideal, pues constituyen un hecho único.

Con relación a las primeras, el informe pericial agregado a fojas 141/142 concluyó que demandarían un tiempo de curación inferior a los treinta días, con igual período de incapacidad laboral. Y, que no pusieron en peligro la vida de _____.

Es decir, que se trata de lesiones leves, cuya pena máxima prevista es de un año (artículo 89 del Código Penal).

Teniendo en cuenta la fecha en que se produjeron -13 de enero de 2012- que el imputado no registra sentencias condenatorias hasta el presente –ver certificación de antecedentes del legajo de personalidad- y que ha transcurrido con exceso el plazo previsto para que opere la prescripción, conforme lo dispuesto en el artículo 62 inciso 2° del Código Penal, dichas lesiones se hallan prescriptas ...”.

VII.3. La decisión a tomarse.

Acierta el Sr. Fiscal en señalar que los extremos fácticos evaluados por los colegas de la anterior instancia derivaron en una errónea aplicación al caso de la exención de pena establecida en el art. 43, CP, lo cual constituye un supuesto de errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1°, CPPN).

En efecto, el *a quo* entendió que, a través de diversas modalidades (golpeándola en su rostro, estrangulándola hasta que perdiese el conocimiento, sentándose bruscamente sobre su vientre y cortándola en sus muñecas y cuello cuando la víctima se hallaba desvanecida), al tiempo que le decía en forma reiterada “*hoy te morís*”, Prieto intentó, mas no logró, quitarle la vida a su ex pareja.

Y que, pese a haber advertido que esta última seguía con vida pues había recuperado su conocimiento, en lugar de “*consumar su fallido objetivo*”, Prieto no continuó atacándola pudiendo haberlo hecho sin problema alguno. En efecto, de seguido se autolesionó y él mismo perdió el conocimiento a partir de su propia conducta.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Por todo ello, en definitiva, consideró el tribunal de grado que el imputado había desistido de la tentativa de homicidio emprendida en los términos de la norma citada, y que, en consecuencia, no cabía subsumir su comportamiento en aquella figura.

De adverso, considero que bajo ningún punto de vista puede colegirse que dicho comportamiento encuadre en un supuesto de desistimiento impune (art. 43, CP), sobre la exclusiva base de considerar, tal como lo hizo el tribunal de grado, que en tales circunstancias, cuando la víctima recuperó el conocimiento, nada le impedía al imputado concretar su plan homicida mediante la continuidad de acciones análogas, lo cual decidió no hacer.

VII.4. ¿Tentativa acabada o inacabada?

Debemos definir en primer término de qué clase de tentativa estamos hablando aquí, esto es, si se trata de una tentativa acabada o inacabada, pues la doctrina nacional es conteste en orden a los diferentes requisitos que en uno y otro caso, además de la voluntariedad, deben reunirse para la aplicación de la norma aludida.

Así, habitualmente se explica que “... cuando la tentativa está inacabada el autor aún no ha realizado todo lo necesario para la ejecución, por lo que hace falta que siga obrando para lograr el resultado, con lo que para el desistimiento basta con que no siga actuando. Ello no es suficiente estando la tentativa acabada, pues en ese caso el autor apreció, al menos con dolo eventual, que la consumación no depende de una actuación ulterior.

Desde que aún no ha creado todas las condiciones necesarias para la producción del resultado, en la **tentativa inacabada** es suficiente que el autor interrumpa el comportamiento delictivo, en virtud de una renuncia voluntaria y definitiva a seguir realizando el hecho que había comenzado a ejecutar.

.....

Cuando la tentativa está acabada resulta insuficiente la omisión voluntaria de seguir adelante, pues sólo falta que el resultado se produzca. En consecuencia, para que opere la regla de impunidad por desistimiento, el criterio tradicional ha sido exigir que el autor con los medios de que dispone impida la consumación ...” (Righi, Esteban, “Derecho Penal, Parte General”, Abeledo

Perrot, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 2016, págs. 544/5, el destacado me pertenece).

También se ha dicho de modo concordante que “... [e]l art. 43 CP no distingue entre tentativa **inacabada** y **acabada**, regulando todas en una única referencia a la tentativa, aunque sin embargo sea necesario establecer una diferencia por las consecuencias en materia de desistimiento entre una y otra hipótesis. La previsión del artículo de referencia abarca para el desistimiento todos los casos en que el autor no consuma el delito, pero dentro de ellos corresponde distinguir el **supuesto en que se interrumpe la acción ejecutiva (tentativa inacabada)** de aquel en el cual se realiza **toda la acción ejecutiva sin que sea necesario ninguna posterior intervención del autor para consumir el resultado (tentativa acabada)**.”

La determinación de la naturaleza acabada o inacabada de la tentativa se realiza siempre apelando al plan concreto del autor (consideración objetivo – individual), toda vez que sin esa información no es posible establecer cuándo debe tenerse por acreditada la totalidad de la conducta necesaria para la consumación. En la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpa la acción ejecutiva impida la consumación del delito.....

.... [E]l caso varía completamente cuando se trata de una tentativa acabada, en que ya se ha realizado todo y la consumación depende de la no intervención futura del autor. En tal caso se requiere que el desistimiento se manifieste en la forma de una actividad, porque sólo se puede revocar mediante acciones de evitación, como si lo que resta para la consumación estuviese gobernado por una estructura típica omisiva, dado que si el autor realizó todo lo necesario para que el resultado se produzca, su inactividad no indica un desistimiento sino todo lo contrario, es decir que expresa la existencia de su voluntad realizadora ...” (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “Manual de Derecho Penal parte general”, 1º Ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 658/9, nros. 10/12, el destacado me corresponde).

La doctrina extranjera que aquí puede citarse se ha manifestado en forma coincidente, respecto de legislaciones que específicamente incluyen diversos requisitos según lo que, en general, puede considerarse como tentativa acabada o tentativa inacabada.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Así, el art. 16 del Código Penal de España establece en lo que aquí interesa que:

“...1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta ...”.

Sobre tal base normativa, se ha dicho que *“... el desistimiento [adopta] formas distintas en la tentativa acabada –cuando el sujeto haya terminado ya su intervención- y en la inacabada –cuando el sujeto no haya terminado todavía su intervención-. Mientras que en la tentativa inacabada basta con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso algo más: un desistimiento activo ... consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado ...”* (cfr. Mir Puig, Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, 9ª Edición., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 368, nro. 107).

Por su parte, el art. 24 del Código Penal de Alemania dispone en lo que aquí interesa que: *“... Desistimiento (1) No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación ...”.*

Con sustento en dicha disposición, se ha señalado que: *“...la tentativa es la fase del quebrantamiento de la norma manifiesta, próxima al tipo. Cuando el autor anula la proximidad al tipo y revoca lo manifiesto del quebrantamiento de la norma por propio impulso, la ley le concede la impunidad por desistimiento...*

El autor debe poner de manifiesto que su acción de tentativa era incorrecta, interrumpiendo –en la tentativa acabada- su actuar, deteniendo así lo hecho hasta entonces como fragmento ya inútil (abandonar la ulterior ejecución del hecho ...) o -en la tentativa acabada- paralizando los efectos de su actuar mediante

medidas opuestas Esta objetivación de la revocación en el desistimiento constituye el contrapunto del comienzo de ejecución en la tentativa ...” (Jakobs, Günther, “*Derecho Penal, Parte General*”, págs. 898/9, nro. 1, A.1., 2da. Edición, corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997).

Yendo al caso de autos, entiendo que no puede ponerse en duda que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada.

En efecto:

-Prieto emprendió un comportamiento riesgoso para la integridad física de la víctima, con entidad *ex ante* para ocasionar la muerte según una objetiva ponderación de sus características y modalidades. Esto es, estamos en presencia de un estrangulamiento de relevante entidad, a punto tal que produjo el desvanecimiento de la agredida. Al mismo tiempo le infirió cortes en su cuello y muñecas cuando la damnificada se hallaba inconsciente, además de golpes varios que ya le había propinado en forma previa al estrangulamiento, dirigidos algunos de ellos hacia su vientre, en el que yacía el fruto de la concepción.

-Así lo hizo con arreglo a un plan homicida, exteriorizado en la frase pronunciada en reiteradas ocasiones durante su comportamiento (“*hoy te morís*”), extremos todos estos tenidos por ciertos por el *a quo*.

En tales circunstancias, puede razonablemente considerarse que, al menos con dolo eventual, Prieto apreció que la consumación no dependía de una actuación ulterior una vez que la víctima perdió el conocimiento, sino del devenir común de la causalidad y del consecuente riesgo que había puesto en marcha a través de la conducta ya exteriorizada.

Pues si tal clase de violencias, ejercidas contra una persona del sexo femenino que además se encontraba en un avanzado estado de embarazo (36 semanas de gestación -con la consecuente mayor vulnerabilidad que tal situación genera por razones de experiencia común), hubiesen sido apreciadas por un observador imparcial en el momento del hecho, no le quedarían dudas en cuanto a la existencia de un riesgo para la vida de la víctima; ello resulta más claro cuando se



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

observa que esta última perdió su consciencia durante el episodio (con el agravamiento para el peligro contra su vida que tal situación también genera de modo habitual), y se vio impedida, además, de pedir auxilio o de realizar algún actividad de autoprotección ante el peligro que se cernía sobre ella.

Si se acepta que estamos ante una tentativa acabada como proponemos, también está fuera de discusión que Prieto, ya cuando provocó su estado de inconsciencia, y también cuando advirtió que ____ volvía en sí (momento en el cual tampoco podría afirmarse a ciencia cierta, por un observador imparcial, que la vida de la víctima se hallaba fuera de todo riesgo), no realizó ninguna acción concreta, durante todo ese tramo, para evitar el muy factible resultado de muerte (v.g., procurar asistir a la víctima, pedir el auxilio de sus vecinos o de profesionales de la salud, entre otras formas de comportamiento activo).

Por el contrario, simplemente dejó de actuar en el sentido en que lo estaba haciendo hasta ese momento, no la agredió más, y se alejó de la damnificada, para luego autolesionarse con un elemento cortante, lo cual le provocó, a su vez, la pérdida de su propia consciencia y toda posibilidad de auxiliarla.

Es claro entonces que con su accionar, tanto cuando la víctima quedó inconsciente, como cuando ____ volvió en sí, la dejó librada a su suerte, esto es, a lo que podía acontecer con el devenir de un curso causal que por regla de experiencia común resulta peligroso para la vida, al cual intensificó a su vez con la causación de lesiones cortantes mientras aquella estaba desmayada.

En definitiva, aparece como evidente que se desinteresó absolutamente de lo que a aquella podría sucederle, pese a que tenía conocimiento, por cierto, de la posibilidad de pérdida de la vida en tales circunstancias.

VII.5. Las lesiones causadas a la víctima fueron de carácter leve y no pusieron en peligro su vida. ¿Debe modificar ello la situación del imputado?

Pese a lo ya afirmado en orden al carácter de acabada que reviste la tentativa aquí analizada, no puede soslayarse que, en el caso, las

lesiones constatadas pericialmente en la víctima sólo fueron de carácter leve (como lo destacó el tribunal de mérito), y en tal sentido tampoco se determinó sobre base científica que su vida hubiese corrido peligro a raíz de las agresiones físicas que le infirió el imputado.

Cabe preguntarse si ello puede cambiar, de alguna manera, el resultado de la presente decisión.

La respuesta negativa se impone.

En primer término, porque estamos hablando aquí de una tentativa acabada de homicidio, con arreglo a los fundamentos ya vertidos, en la cual el autor no hizo nada para impedir el eventual resultado que iría a producirse según la concepción individual que él se había formado del hecho.

Pero, simultáneamente, también podemos hablar de una tentativa, además de acabada, *fracasada*. El fracaso, esto es, la no obtención de la consumación del resultado buscada, es un aspecto común a todas las tentativas, pero de todos modos cabe caracterizar a la *fracasada*, en particular, como aquella en la que no se han producido los plenos efectos, posibles según la representación del autor, del comportamiento de tentativa (conf. Jakobs, *op. cit.*, nro. 19, segundo párrafo, pág. 910).

Ello nos lleva a la cuestión de procurar definir con mayor precisión los límites entre la tentativa acabada y la inacabada en casos como el presente, que pueden resultar controvertidos, y que podrían incidir para determinar qué particularidades debe presentar el “*dejar de actuar*” por parte del autor para que su comportamiento pueda verse beneficiado con la regla contenida en el art. 43, CP.

Al respecto, Jakobs explica que “... *una tentativa está, sinduda alguna, inacabada cuando el autor no ha hecho aún todo según su plan y desde una perspectiva objetiva falta el peligro de resultado ...*”.

No obstante ello, aclara a continuación que: “... *es muy debatido el tratamiento de aquellas tentativas sin resultado en las que el autor ha ejecutado ya acciones que, a su juicio, habrían podido producir la consumación o podrían aún, pero ve al mismo tiempo ulteriores posibilidades de actuar que en su opinión determinarían la consumación, si no estuviese ya suficientemente*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

condicionada. Ejemplo: el autor que dispara con dolo de homicidio yerra el blanco con el primer disparo de varios posibles, o no sabe si ha acertado, o con resultado letal; en cualquier caso desiste de seguir disparando.

La apreciación de tentativa inacabada, sobre todo por parte de la jurisprudencia (la llamada consideración global: el mero abandono del hecho constituye desistimiento que determina la impunidad) se opone tajantemente a la de tentativa acabada (la llamada consideración individual), y dependiendo del aspecto subjetivo incluso sin posibilidad de desistimiento ...” (op. cit., págs. 906/7, nro. 14, 1.a).

El mismo autor asume una clara postura en la controversia, postura que compartimos, y dice: “... debería estar fuera de discusión que las reglas de la tentativa acabada se aplican cuando el autor, tras la ejecución de la acción, cuenta con la posibilidad de que sobrevenga el resultado, pues de otro modo podría desistir con el simple abandono del hecho, aun cuando debido a su comportamiento, de acuerdo con las reglas de los delitos de omisión impropia dolosa, estaría obligado a intentar evitar el resultado. Pero incluso en los casos restantes –es decir, en la idoneidad para el resultado dada ex ante de las acciones ejecutivas- la tentativa ha de tratarse como acabada, pues tan pronto como el autor deja seguir su curso, según su plan, a un proceso causal (objetivamente exitoso o no), aunque sólo sea eventualmente (al menos con dolo eventual), ese proceso causal pertenece a partir de entonces al actuar pasado del autor, es decir, el autor ya no tiene actualmente nada que ver con el proceso causal a no ser que lo revoque mediante medidas de evitación (es decir, según las reglas para el desistimiento de la tentativa acabada). Un simple abandono del continuar el hecho ya no está vinculado con el proceso causal que se le ha ido de las manos; el mero omitir ulteriores tentativas no constituye desistimiento ...” (op. cit., págs. 907/8, nro. 15, b).

En la misma línea argumental se ha dicho que “... especiales dificultades generan los casos en los que el autor en el momento de interrumpir la ejecución conoce la posibilidad de continuar su acción y sin embargo no lo hace. Por ejemplo: el autor piensa matar a la víctima con el primer disparo; sin embargo, no lo logra y a pesar de tener más balas en el revolver no continúa la acción. Una parte – cada vez menor- de la doctrina propone la teoría de la consideración total, de acuerdo con la cual en estos casos se debe admitir una tentativa inacabada siempre que los actos realizados y los que el autor ha dejado de ejecutar constituyan un suceso vital

unitario. Esta doctrina ha sido fuertemente criticada por favorecer de una manera exagerada la eficacia del simple desistimiento. Por esta razón, se le opone la teoría de la consideración individualizada que toma en cuenta si el autor ha considerado los actos realizados como adecuados para la producción del resultado o no. Si el autor realiza el acto juzgándolo adecuado de por sí para consumir el delito, la tentativa será acabada. En el ejemplo propuesto, si el autor ha disparado a una zona vital del cuerpo, la tentativa se reputará acabada, aunque disponga todavía de más balas en la recámara de su arma. Por el contrario, la tentativa será inacabada si el disparo se dirigió a zonas no vitales, como parte de un plan para matar a la víctima luego de impedir su huida ...”. (cfr. Bacigalupo, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, 2º Ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 478/479, y las citas allí contenidas).

La doctrina transcripta resulta así de especial interés para el caso de autos en el cual, según lo entendió el *a quo*, Prieto quiso matar a la víctima a través de diversas modalidades que culminaron en la pérdida de su conocimiento, e incluso en este estado de la víctima siguió agrediéndola. No obstante ello, no obtuvo el fin que se había propuesto pues la víctima volvió finalmente en sí; y a pesar de que podía seguir reiterando tal comportamiento, u otro similar hasta matarla, no lo hizo.

Tal sustrato fáctico resulta, como se puede apreciar, sustancialmente análogo a los supuestos planteados por Jakobs y Bacigalupo, esto es, que el autor hubiese disparado con un arma de fuego hacia una parte vital de la víctima, no hubiese acertado y, pese a tener más balas en su arma, se hubiese retirado del lugar.

Por cierto que el riesgo para la víctima en este último caso, dada la mala puntería del tirador, se vio reducido claramente. Algo similar ocurrió en autos, dado que las maniobras de estrangulamiento y golpes no resultaron, en definitiva, objetivamente idóneas para el fin buscado.

No obstante, la actitud posterior de Prieto no implicó un desistimiento en los términos del art. 43, CP.

Pues además de todo lo dicho, como con acierto citó la Fiscalía, según lo explica la doctrina “... para que un suceso delictivo sea desistible, es preciso que se trate de una tentativa no fracasada y, por lo tanto, de un



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

hecho actual ...” (cfr., Jakobs, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, traducción de Carlos J. Suárez González, en “Estudios de Derecho Penal”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 325).

En tal inteligencia, “... (s)ólo cuando el autor ha reservado una posibilidad efectiva de retrotraer el significado (prohibido) de su comportamiento a lo socialmente adecuado –al riesgo permitido–, será susceptible de ser desistida la ejecución típica emprendida, pues únicamente en tal hipótesis el autor podrá resignificar el sentido de una comunicación ya contraria a la norma.

Ello pues, los hechos aún dominados son susceptibles de modificación, y sobre ese marco, lo decisivo para definir tal extremo radica en si el ejecutor perdió o, en cambio, conserva aún su influencia sobre el hecho ...” (Jakobs, op. cit., págs. 330/331).

Concluye el autor referido diciendo que “... (p)or el contrario, no habrá posibilidad alguna de desistimiento allí cuando la tentativa fracasó; o, dicho en otros términos, cuando lo ya realizado forma parte del pasado, y no puede ser, justamente por ello, anulado o redefinido ...” (op. cit., pág. 345).

Con ese norte, debe tenerse presente entonces que el desistimiento es únicamente posible en la tentativa en la medida en que el hecho del que se trate se esté ejecutando en la actualidad porque sólo así podrá ser modificado a punto tal de hacer desaparecer su componente ilícito.

Ello es así porque en la tentativa “... el autor declara, por medio de su conducta, esta norma no rige para mí en esta situación. Si el autor es separado de esta conducta, la contradicción con la norma se ha convertido en algo perteneciente al pasado, de modo en que se excluye un desistimiento y sólo es ya posible un comportamiento post delictivo ...” (op. cit., pág. 328).

Entonces, siempre que el autor pierda, aunque sea parcialmente, el control del riesgo prohibido que introduce con su comportamiento, renuncia a la posibilidad de influir en él porque pasa a integrar el pasado y, por tanto, es irrevocable.

VII.6. ¿Desistimiento impune?

Así las cosas, no puede predicarse que Prieto hubiese desistido voluntariamente de su plan en los términos del art. 43, CP, sea

que la tentativa en el caso debiese ser catalogada como acabada o bien, adicionalmente, como fracasada.

En el primer supuesto (tentativa acabada), es claro que su inactividad posterior al curso lesivo no posibilita la aplicación de la norma en cuestión conforme a lo ya explicado.

Lo mismo ocurre de entenderse que se trató de una tentativa, además, fracasada, pues dicha inactividad en modo alguno permite predicar que el comportamiento anterior no hubiese existido y que su inactividad posterior tuviese entidad, respecto del significado antinormativo de dicho comportamiento, para anularlo y resignificarlo con arreglo al art. 43, CP.

En definitiva, Prieto dejó de poder influenciar en el curso causal que él hubo de poner en marcha con su comportamiento agresivo hacia la víctima; renunció a dicha posibilidad cuando se alejó de ella y él mismo se auto incapacitó al lesionarse con un objeto cortante.

VII.7. Incidencia de la teoría de la “*consideración o perspectiva global o total*”.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe señalar que la posición denominada, al decir de Jakobs y Bacigalupo, como la de la “*consideración global o total*” (también denominada como la de la “*perspectiva global*”), enunciada como pauta a fin de considerar si hubo o no un desistimiento que conduzca a la impunidad de la tentativa, no deja de tener fundamentos atendibles con arreglo a la ley positiva vigente para el derecho alemán, y a todo evento, podría ser considerada de modo análogo para nuestro derecho.

En tal sentido, se ha dicho en Alemania que para los casos de tentativa fracasada “... *la interpretación que en principio resulta correcta es la teoría de la perspectiva global. Pues dicha teoría tiene en cuenta el hecho que resulta decisivo para la modalidad de la renuncia del art. 24 I 1; el que se encuentra en vías de causar el resultado y, pese a ello, abandona cualquier ulterior esfuerzo está desistiendo ...*” (Roxin, Claus, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo II, pág. 656, nro. 187, Civitas, Thomson Reuters, Avellaneda, Pcia. de Buenos Aires, 2014).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Ejemplificó dicho autor con tres casos de la jurisprudencia de su país en los cuales el autor, luego de haber fracasado en su intento de dar muerte a una persona con diversos métodos (golpearla, atropellarla con un auto, rociar su cuerpo con gasolina), comenzó a estrangularla, y en dos de ellos, al menos, la víctima había perdido el conocimiento, tal como sucedió en el supuesto de autos. No obstante lo cual, no continuó con su comportamiento y la víctima sobrevivió en los tres casos (*op. cit.*, págs. 652/5, nros. 175, 181 y 182), de modo que consideró correcto que allí se hubiese concluido en la existencia de un desistimiento en los términos de la ley.

Señaló en tal sentido Roxin que en dichos casos, tras el fracaso del primer método delictivo “... los autores que estaban intentando estrangular a la víctima tenían el ‘resultado’ de muerte, literalmente, ‘en sus manos’; no habían pues, fracasado y, pese a ello, se abstuvieron de causar el resultado. Existe la **‘reversión de la puesta en peligro’** ... que integra el desistimiento, Por ello, detenerse de forma voluntaria justo antes de alcanzar el objetivo constituye una renuncia susceptible de ser recompensada, que puede beneficiarse de la exclusión de la pena de la tentativa: el autor ha interrumpido el delito, que para él todavía parecía susceptible de consumarse y, con ello, ha omitido (tarde, pero lo ha hecho) la causación del resultado ...” (*op. cit.*, págs. 656/7, nro. 187).

Una opinión similar a la sustentada por Roxin pareciera ser sostenida en nuestro país, cuando en una de sus obras (distinta a la citada anteriormente), Zaffaroni, Alagia y Slokar precisaron que “... la determinación de la naturaleza acabada o inacabada de la tentativa se realiza siempre apelando al plan concreto del autor (consideración objetivo – individual), toda vez que sin esa información no es posible establecer cuándo debe tenerse por acreditada la totalidad de la conducta necesaria para la consumación. De allí que si el autor decide el plan homicida con un arma, y pese a poder seguir disparando, desiste tras el primer disparo, modifica el hecho aun cuando no supiese si ha acertado (consideración global).

Si se tuviese en cuenta sólo la perspectiva subjetiva del autor, la distinción quedaría sujeta a su mera imaginación, condicionando nuevamente la voluntariedad a que ésta se despliegue sin errores, lo que tampoco la ley impone.

Por ello debe concluirse que media desistimiento en los casos en que el autor abandona el hecho pese a que de seguir actuando produciría el resultado (consideración objetiva – individual), aunque no lo llevase adelante sólo por creer que ha fracasado (por ejemplo entiende falsamente que la víctima descubrió el ardid) ...” (“Derecho Penal, Parte General”, 2º Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p.844).

No obstante ello, cabe señalar también que el propio Roxin se ocupa de otorgar algunos matices, relevantes para el caso de autos, a la postura por él sostenida cuando dice que “... **se puede apreciar ... desistimiento solamente cuando el autor percibe la existencia de una posibilidad de continuación que reconoce como adecuada para él y, pese a ello, se abstiene de llevarla adelante.**

...

Pues al menos hipotéticamente, casi siempre existen otras posibilidades. Si su omisión constituyese desistimiento, la tentativa fracasada nunca resultaría posible. ‘Así, el acusado, después del disparo sin consecuencias, casi siempre podría, por ejemplo, tomar en consideración otra alternativa de acción disponible, y afirmar que omitió estrangular a la víctima, matarla a golpes, o (...) atropellarla’. Si se viese ya en ello un desistimiento excluyente de la pena, el art. 24 se convertiría ‘en un campo de batalla de disculpas (...) y de declaraciones exculpatorias, o en la pelota de los abogados hábiles’.

Por ello, sólo debe apreciarse un desistimiento cuando exista base para ello en el hecho de que el autor haya renunciado a un medio para continuar el hecho que a él le parecería adecuado. En esto hay una pequeña concesión a la teoría del acto individual, lo que autoriza a hablar de una ‘**teoría modificada de la perspectiva global**’. Esta modificación es aceptada también por la jurisprudencia, cuando afirma que existe una tentativa fracasada mientras ‘objetivamente todavía existiría la posibilidad de consumación del hecho, pero el autor no conoce, o no puede emplear, los medios que necesitaría para ello (bien sea porque objetivamente no los domina, o bien porque, desde el punto de vista subjetivo, no está en situación de emplearlos ...’ (op. cit., págs. 659/60, nros. 195 a 197).

Yendo al caso de autos, y aplicando a él la tesis de Roxin, es claro que el imputado en momento alguno percibió “la existencia de una



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

posibilidad de continuación que reconoció como adecuada para él”, y se abstuvo por ello de llevarla adelante.

No se ha incorporado ningún elemento objetivo, más allá de la afirmación de la defensa sobre que no continuó estrangulando a la víctima pese a poder hacerlo, de que hubiese percibido tal situación.

Antes bien, incluso desde el punto de vista subjetivo, y según se precisará más al momento de tratar lo atinente a la capacidad de culpabilidad de Prieto al momento del hecho que se le atribuye, no se aprecia que, en el estado en que se hallaba, que lo llevó momentos después a intentar acabar con su propia vida, hubiese estado en condiciones de reconocer una forma o modalidad de acción a partir de la cual pudiese haber percibido que su utilización lo hubiese conducido a la obtención del fin que se había propuesto.

Lo dicho conduce entonces inexorablemente a la inaplicabilidad al *sub lite* del art. 43, CP.

VII.8. Relevancia para la decisión de la perspectiva de género.

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta ahora, entiendo además que la interpretación en lo que interesa del art. 43, CP, que aquí hemos sostenido (coincidente con la auspiciada por Righi, Zaffaroni-Alagia-Slokar -en su “*Manual*”-, Jakobs, Bacigalupo, y con algunos matices diferenciales, Roxin), se impone en casos en que la tentativa se vincula con determinados supuestos de homicidio, en especial para aquellos como el presente, que son cometidos contra una mujer y, además, embarazada.

Pues es claro que ellos deben apreciarse a mi modo de ver, como con buen criterio lo expuso también la Fiscalía, con perspectiva de género, lo cual lleva a considerarlos, sin duda, como claros casos de *violencia de género*.

VII.9. ¿Qué es la perspectiva de género?

Como se ha dicho, “... *la palabra perspectiva significa el punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto. Otra de sus acepciones lingüísticas indica que es una visión, en principio más ajustada a la realidad, que*

viene favorecida por la observación ya distante, espacial o temporalmente, de cualquier hecho o fenómeno ...”.

Por su parte, el “género” se refiere al “... conjunto de personas o cosas que tienen características generales comunes ...”, por lo cual “... en términos generales ... la perspectiva de género implica el punto de vista desde el cual se considera un asunto en una perspectiva ajustada a la realidad y favorecida por observación distante de cualquier hecho o fenómeno en el que incidan las características generales comunes del objeto del análisis. Que en nuestro caso se referirá a las de las personas, no olvidando que el género humano está compuesto por los integrantes de otros géneros o subgéneros denominados vulnerables, y dentro de este último, a su vez, otros tales como el de las personas vulnerables por edad avanzada, por falta de completitud de su desarrollo, como consecuencia de etapa de la vida que se transcurre o de causas discapacitantes, entre otros ...”.

Por último, respecto a la “perspectiva de género en atención al sexo ... temática que actualmente ocupa una de las mayores atenciones de la sociedad contemporánea, la referencia debe hacerse a los grupos humanos de cada sexo, entendido desde el punto de vista sociocultural, y no exclusivamente biológico ...” (Córdoba, Marcos M., “Perspectiva de Género”, Rubinzal Culzoni, RC D 767/2021).

VII.10. El contexto normativo que sustenta la obligatoria adopción de la perspectiva de género.

Sobre la base antes expuesta, no puede prescindirse del contexto normativo vigente al momento del hecho en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se vio a su vez reflejado en nuestro país a partir de disposiciones de derecho interno, contexto claramente representativo del reconocimiento y la consagración legislativa de determinados valores que se ha operado en la comunidad jurídica internacional respecto del alcance que cabe otorgar a la protección de la mujer contra todas las formas de violencia que puedan ejercerse en su contra.

Se comenzará entonces por decir, como en parte se lo adelantó a través de la opinión doctrinaria citada (y se ha dicho ya por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Rey Blanco**”, Reg. 1265/17, del 30-11-2017, Sala III, voto del Juez Huarte Petite, y “**Guzmán**”, Reg.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

2435/20, del 11-8-2020, Sala III, voto del Juez Huarte Petite, acápite III.C.7.), que el término “género” no es un sinónimo ni un equivalente de “mujer”: refiere a un sistema de relaciones sociales que involucra o afecta a mujeres y hombres. Género es el distinto significado social que tiene el hecho de ser mujer y ser hombre en una cultura determinada; el conjunto de características sociales, culturales, políticas, jurídicas y económicas asignadas socialmente en función del sexo de nacimiento.

En un gran número de sociedades, este sistema sexo-género ha desarrollado relaciones de desigualdad, exclusión y discriminación contra las mujeres en la mayor parte de las esferas de la vida. Esto se traduce en menos oportunidades, en un menor acceso y control de los recursos, y en una menor valoración y reconocimiento a sus actividades y a sí mismas (conf. con todo ello, “Guía práctica para la incorporación del enfoque de género en el trabajo legislativo”, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), publicado en www.pnud.org.ar).

Nuestro país reconoció esta problemática relacionada con la desigualdad de género y le otorgó jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), a los instrumentos que protegen los Derechos Humanos, entre ellos a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés).

Dicha Convención tuvo por objeto erradicar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, dado que su persistencia vulnera el principio de igualdad y respeto a la dignidad humana.

Fruto de la mentada Convención, en 1994 se firmó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará). A través de ella, los Estados partes convinieron adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, por haber tomado conciencia de la discriminación que sufren las mujeres, centrando todos los esfuerzos para modificar los patrones socio culturales y finalmente obtener la igualdad de sexos. La República Argentina ratificó dicho instrumento a través de la Ley 24.632.

La referida Convención estableció en su artículo 1° que "se entiende 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".

A su vez, el artículo 2° indica 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, dondequiera que ocurra".

Por su parte, dentro del marco general del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia (artículo 3), se han establecido los derechos de aquella a "...**que se respete su integridad física, psíquica y moral ... la dignidad inherente a su persona...**", y a que "...**se proteja a su familia...**" (artículo 5, incisos b y e, el destacado me pertenece); también, el de ejercer libre y plenamente todos sus demás derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre Derechos Humanos, para lo cual contará con "...**la total protección...**" (artículo 5)

Con respecto a los deberes estatales, dicha convención establece en su artículo 7° que "los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:.. f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces...".



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

En línea con dicha normativa, la Cámara Federal de Casación Penal, a través del voto de la Dra. Figueroa sostuvo que “... *la violencia contra las mujeres son todos los actos basados en el género que tienen como resultado producirles un daño físico, psicológico o sexual, que van desde una amplia gama de padecimientos que vulnera el derecho a la vida, la libertad, a la consecución económica, social y cultural, a la autodeterminación, hasta la participación en condiciones de paridad con los hombres en todos los espacios públicos de la política dela que son ciudadanas. Múltiples son los casos y causas para justificar según las tradiciones o las ideologías, violaciones a los derechos humanos de las mujeres, prácticas, acciones, omisiones, tentativas desde golpes que pueden terminar con la vida de las mujeres, o desfiguraciones del rostro y cuerpo con lesiones leves, graves a gravísimas, mutilaciones genitales, violaciones y abusos sexuales de niñas y mujeres enel ámbito doméstico y familiar, el hostigamiento y acoso sexuales, intimidaciones sexuales en el trabajo, discriminaciones en la esfera de la educación, la prostitución forzada y comercio internacional, embarazos forzados, descalificaciones y desacreditaciones sólo por el hecho biológico del sexo al que pertenecen. Cuando esto sucede, no puede construirse una sociedad en armonía, porque nunca podrá serlo si se torna natural discriminar a la mitad de seres que componen su cuerpo social*” (causa N° 14.243, Sala II, “**Amitrano Atilio Claudio**” s/recurso de casación).

Es por todo ello que para hacer frente a la violencia aludida y siguiendo los parámetros internacionales, se sancionó por nuestro país en el año 2009 la ley nro. 26.485, de “*Protección integral a las mujeres para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales*”.

Esta ley tiene por fin prever y sancionar las conductas que históricamente colocaron a las mujeres y niñas en una posición subalterna al género masculino, lo cual crea una relación desigual de poder que, directa o indirectamente, afecta la vida, la libertad y la seguridad de las mujeres, en todos los ámbitos. Establece, además, que las mujeres están protegidas no sólo de la violencia física sino también de las violencias psicológicas, sexual, reproductiva, obstétrica, económica y simbólica, sufridas tanto en el ámbito familiar como en el institucional, laboral o mediático.

En consonancia con esta normativa se creó el Consejo Nacional de la Mujer como organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la ya citada Ley Integral.

La referida Ley 26.485, en línea con las normas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las que ya nos hemos referido, define a la violencia contra la mujer como: *“toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como 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 u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.”* (artículo 4).

Precisando aún más la cuestión, el artículo 5 dispone, en lo que aquí interesa:

“...Quedan especialmente comprendidas en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1. *Física: la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato que afecte su integridad física.*

2. *Psicológica: la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insultos, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a su autodeterminación.*

3. *Sexual: cualquier acción que implique la vulneración, en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio, o de otras*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres ”.

Por su parte, la reglamentación de la mencionada ley (decreto 1011/10), estableció en el artículo 4° lo que debe entenderse por “*relación desigual de poder*” diciendo que es “... *la que se configura por prácticas socioculturales, históricas, basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito que se desarrollen sus relaciones interpersonales ”.*

Como surge así de todo el ordenamiento normativo hasta aquí reseñado, la violencia contra la mujer no es entonces una cuestión estrictamente biológica o doméstica, sino de género.

En este sentido María Luisa Maqueda Abreu señala que “... *el género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social mediante el cual se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de este aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignadas bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de este orden simbólico que definen a las relaciones de poder sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la violencia de género...*” (cfr. “*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*”, REPCP, 08-02-2006).

Volviendo a la normativa internacional con interés para el caso, es de destacar que en la mencionada Convención de Belem do Pará, en especial, se dispuso que para la adopción de las medidas de protección en general a la mujer a que se comprometen los Estados Partes, éstos “...*tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer ... que es objeto de violencia cuando está embarazada ”* (artículo 9).

Al respecto, resulta pertinente citar también el artículo VII de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (de jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22), que claramente establece en lo que aquí interesa que “...***toda mujer en estado de***

gravidez.....tiene(n) derecho a protección, ayuda y cuidados especiales...”.

De manera concordante, el Protocolo de San Salvador, ratificado por nuestro país por la ley 24.658, luego de establecer que “... *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad...*”, que ella “... *debe ser protegida por el Estado...*”, y que “...*toda persona tiene derecho a constituir familia...*”, dispone que los Estados partes se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a “... ***conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto...***”(artículo 15.1 y 15.3, apartado a).

Respecto a estos dos últimos instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, viene al caso agregar que en el fallo “**Artavia Murillo**”, del 28 de noviembre de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pronunciamiento en el cual la Corte fue llamada a decidir **si el embrión no implantado** en el cuerpo de la mujer debía ser objeto de la protección establecida en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), antes de concluir en que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, entre los que se hizo mención expresa de las normas mencionadas en los dos párrafos anteriores, confirmaban que no “...*es procedente otorgar el estatus de persona al embrión...*” (párrafo 223), se dijo muy claramente que “...*teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer ... se puede concluir respecto del artículo 4.1 de la Convención que el* ***objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a ‘conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto’, y del artículo VII de la Declaración Americana que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales...***” (párrafo 222, el destacado me pertenece).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Por su parte, nuevamente en el ámbito del derecho interno no puede prescindirse en el análisis de lo establecido en la ya citada ley 26.485, artículo 3, por el cual, en línea con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino a partir de la suscripción y ratificación de la Convención de Belem do Pará, se reconocieron los derechos consagrados en esta última y en los demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos ya mencionados, a los fines de garantizar, en especial y en lo que aquí interesa, los derechos a una vida sin violencia (inc. a), a su integridad física (inc. c), **a que se respete su dignidad** (inc. d), y por último, **a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos** (inc. e, esto último, de conformidad con lo dispuesto en la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable).

En ese marco, corresponde volver por último a la ya referida Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuyo artículo 5, inc. b, se emplaza a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para, entre otros fines y objetivos “...*garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la **maternidad como función social**...*” (el destacado me pertenece).

Así las cosas, la “**maternidad**” como función social a la cual se alude en esta última Convención, conforme al contexto evolutivo y sistemático en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al que también puede observarse en el ámbito de la legislación local, es un concepto sustancial que no se agota con la que se ejerce a partir del nacimiento del hijo/a, sino que resulta abarcador del estado biológico previo, pues las normas establecidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Protocolo de San Salvador, y en la Convención de Belem do Pará ya reseñadas, al igual que la legislación de carácter local, han establecido un deber de protección estatal para dicha “**maternidad**”, según ya se vio, dentro de un proceso continuo que comprende, sin duda entonces, a la “**mujer embarazada**”.

Ello resulta, según lo entiendo, particularmente claro y relevante para este caso, pues cuando se alude por la Convención de Belem do Pará a la situación de vulnerabilidad a la violencia que pudiese sufrir la mujer en estado de gravidez se hace mérito, razonablemente, de un dato evidente de la realidad cual es, conforme se observa regularmente en nuestro medio con sustento en reglas de experiencia (en el marco general del, según es público y notorio, elevado número de comportamientos heterolesivos dirigidos contra las mujeres), conforme ya se dijo, el mayor estado de indefensión que para eventuales agresores presenta una mujer embarazada en razón de los naturales procesos que se verifican en el interior de su cuerpo y las limitaciones que ellos implican para sus posibilidades de autoprotección.

Para completar el marco normativo que, desde una perspectiva de género, debe tener incidencia para el alcance que cabe asignar en el caso al art. 43, CP, cabe mencionar, por último, el ya aludido art. 7 de la Convención de Belem do Pará en cuando establece, en lo que ahora interesa, que “... *los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.*

Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:

a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;

b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres ...”.

VII.11. ¿Es el presente caso un supuesto de violencia de género? La respuesta y sus consecuencias.

Es claro que dadas las especiales características que en él cabe apreciar, el presente debe ser considerado como un supuesto de violencia de género, y en particular contra una mujer de un avanzado estado de gravidez, con todas las implicancias que ello tiene.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Pues al percibir por parte de su entonces pareja ____ que ésta se hallaba dispuesta a finalizar la relación que los unía y a retirarse de la vivienda que compartían, habida cuenta los maltratos que, según aquella lo explicó en la audiencia, había sido sometida en anteriores ocasiones, Prieto inició un curso de acción por demás violento hacia la víctima a través del cual, en definitiva, no pretendió sino reforzar, dejar clara y seguir prolongando, a todo evento, una relación de sometimiento de aquella a sus designios, basada en una relación desigual de poder, que lo llevó a atentar, finalmente, contra la vida de ____.

Así las cosas, la cuestión a dilucidar aquí no puede prescindir de la perspectiva de género impuesta por el contexto de las disposiciones antes reseñadas, y el art. 43, CP, sólo puede ser interpretado y aplicado en el sentido ya expuesto.

En efecto, en orden a los fundamentos de la impunidad de la tentativa cuando se verifica un desistimiento voluntario, se ha dicho que aun cuando éste último no “... *puede hacer desaparecer la tentativa, sí es al menos el motivo para que cese la fase de tentativa ... En caso de desistimiento, sólo brevemente ha existido el quebrantamiento de la norma, y dado que el desistimiento es una realización imputable al autor, también la brevedad de la fase de quebrantamiento de la norma es realización suya ... Por eso, el desistimiento hace posible la indulgencia, la renuncia a la pena, aun cuando quede un resto de injusto. La minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito: se da fin a la realización del tipo (el dar comienzo directamente) y a la culpabilidad (la deslealtad a la norma). El desistimiento es, pues, una modificación del hecho en todos los escalones del delito ...*” (conf. Jakobs, “Derecho Penal, Parte General”, ya citado, págs.. 899/900, nro. 2, *in fine*).

Seguidamente, el mismo autor precisa que “... *a la cuestión del fundamento de la impunidad sólo se puede responder con la misma complejidad que caracteriza a los elementos de la imputación. El hecho de que la tentativa y su revocación estén vinculados, se basa:*

- a) *en la conexión entre tentativa y desistimiento en un delito (de lo contrario, las obras conforme a deber y las delictivas no se compensan).*
- b) *en la relación recíproca entre tipo y abandono de la tentativa, así como de culpabilidad y voluntariedad.*

c) *En el interés político-criminal en el desistimiento ...* (op. cit., pág. 900, nro. 4).

No obstante lo señalado en último lugar, Jakobs objeta para determinados casos la posición que funda la impunidad de la tentativa desistida en intereses político-criminales y en tal sentido precisa, en lo aquí interesa, que según dicha postura “... *al autor se le construye un ‘puente de plata’ para que se retire, evitando así la consumación, sobre todo cuando se trata de la lesión de un bien. La teoría afecta ... a un motivo de desistimiento en la práctica muy aislado. Además, no se ajusta ... a los casos de tentativa objetivamente no consumable ... es incorrecto tomar a la teoría político criminal como vehículo para exonerar al autor de responsabilidad por aquel injusto de tentativa en cuya continuación hasta la consumación (o hasta la frustración) él ya no puede influir. Lo cual ocurre con respecto a la consideración conjunta ... y con respecto al desistimiento de la tentativa acabada ... Sólo una Política Criminal de miras estrechas anula reglas generales (es decir, la igualdad ante la ley) en aras de una conservación concreta de un bien. Con reflexiones de ese género se podría incluso dejar impune al asesino al que se persigue sólo porque renuncia a matar también a sus perseguidores ...*” (op. cit., págs. 900/1, nro. 5, y nota 9a).

Con sustento en todo lo expuesto, no puede dejar de tenerse presente que conforme ya se dijo, la Convención de Belem do Pará obliga a los Estados que la incorporaron a su derecho, a nivel de los tres poderes y como uno de los principios rectores, a “... *la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres ...*”.

Es sobre tal base que, en definitiva, no debe admitirse la impunidad de la tentativa para el particular caso de autos.

Ello así, en función de una correcta y adecuada política criminal que, sin perjuicio de reconocer a todo evento los beneficios de la exención de pena en otros supuestos diferentes, procure cumplir con los deberes que surgen para el Estado nacional y que le imponen adoptar una razonable perspectiva de género en el juzgamiento de los supuestos de violencia contra las mujeres en general, y contra las que se hallan embarazadas, en particular.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Pues cuando se trata de promover valores de igualdad y de deslegitimación de la violencia contra las mujeres en tales casos, en cuanto compete al poder jurisdiccional y ello encuentra un adecuado sustento normativo (como lo entiendo para el *sub lite*), lo indicado es no favorecer con la exención de pena a autores de comportamientos como el presente y, de adverso, emitir una comunicación clara y precisa en ese sentido.

De lo mismo se trata si nos referimos a la obligación estatal vinculada con la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad sobre la problemática aquí involucrada.

Desde este punto de vista, sin perjuicio de la postura sobre los fundamentos de la impunidad del desistimiento brindados por Jakobs que ya hemos reseñado, cabe también acudir a la opinión de otro calificado autor, quien sobre la cuestión sostiene una *“teoría modificada de los fines de la pena”*, que en lo que aquí interesa *“... explica la exención de pena de quien desiste voluntariamente a partir de las necesidades preventivo especiales de pena ... y del hecho de que tampoco desde una perspectiva preventivo general existe necesidad alguna de un castigo. Pues la peligrosidad de la tentativa, que constituye el fundamento primario de ésta, la ha eliminado el propio sujeto que desiste ... y la impresión jurídicamente conmocionante (de conmoción jurídica), que también puede fundamentar la punibilidad de tentativas incluso no peligrosas, también es eliminada por la voluntariedad del desistimiento. El autor que se ha retirado todavía a tiempo y de forma voluntaria no da un mal ejemplo a la colectividad, sino que en cierta medida confirma el Derecho, que al final se ha impuesto aún en su comportamiento. Si en la tentativa acabada el autor no consigue la evitación del resultado, existe entonces una lesión del bien jurídico, que requiere pena por motivos preventivo-generales. La buena voluntad del autor que está dispuesto a retroceder no es suficiente por sí sola para que se suprima la necesidad de pena; aquí ... la necesidad de pena sólo puede derivarse de razones preventivo-generales ...*

La fuerza de convicción de las teorías de la pena se basa en que explica de forma convincente y sin forzar las cosas la diversidad de regulaciones legales. Además, aboga en su favor la reflexión sobre los fundamentos de la punibilidad de la tentativa: si ésta depende incuestionablemente de las consideraciones legislativas orientadas al fin de la pena sobre la necesidad de una penalización, es

razonable aceptar desde un principio que la despenalización según el art. 24 se basa en la desaparición de esa necesidad, y que, por tanto, puntos de vista de los fines de la pena apoyan tanto la exclusión del castigo como su imposición ...” (op. cit., págs. 592/3, nros. 7 y 8).

Yendo al caso de autos, entiendo que es claro, incluso de seguirse la postura del prestigioso jurista antes mencionado, que razones preventivo-generales, con arreglo a las normas que ya hemos reseñado que imponen la consideración de supuestos como el presente desde una perspectiva de género, conducen inexorablemente a la no aplicación al caso del art. 43, CP, y a la necesidad de la determinación de una pena en los términos del art. 44, *ibídem*.

En efecto, en modo alguno puede afirmarse, siguiendo a Roxin, que Prieto hubiese dado “*un buen ejemplo a la colectividad*” o que, en cierta medida, hubiese “*afirmado el Derecho*”.

Sino que, de modo absolutamente contrario, y conforme a los valores que cabe desprender de las normas de derecho internacional e interno relativas a la protección de las mujeres contra todo tipo de violencia, su conducta no puede ser tomada como un ejemplo a seguir, y por ende, de manera alguna es posible hablar que, con su comportamiento luego de su tentativa acabada y según vimos también, fracasada, hubiese contribuido a “*afirmar el Derecho*”.

Sobre tal base, sea que se entienda a la prevención general en sentido negativo (esto es, como una amenaza formulada en la ley que es dirigida al conjunto de la comunidad, con el fin de conjurar el peligro de la delincuencia latente en su seno –por todos, Righi, *op. cit.*, pág. 40 y la doctrina citada en la nota 22), o en su sentido positivo (esto es, señalándose que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los conflictos sociales, siendo el contenido de la pena una réplica que tiene lugar a costa del infractor frente al cuestionamiento de la norma –por todos, Jakobs, *op. cit.*, pág. 14), aparece como evidente, según lo entiendo, la necesidad de pena en casos como el presente.

Por todo ello, tal como lo solicitó la Fiscalía, el hecho atribuido a Prieto debe ser calificado como tentativa de homicidio simple



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

en concurso ideal con aborto sin consentimiento de la mujer (arts. 42, 54, 79 y 85, inc. 1, CP). La concurrencia de esta última figura, por haber sido controvertida por la defensa técnica, será tratada a continuación.

VIII. Agravios de la defensa tendientes a cuestionar la significación jurídica del caso en lo relativo al delito de aborto.

VIII.1. Los fundamentos del tribunal *a quo*.

Los Sres. Jueces de juicio entendieron que la plataforma fáctica que tuvieron por acreditada debía ser subsumida en el tipo de aborto causado sin el consentimiento de la mujer (artículo 85, inciso 1, CP).

Dicho encuadre legal fue fundado de la siguiente manera:
“... el delito de aborto ... se materializó cuando el imputado se sentó bruscamente sobre el vientre de la damnificada en reiteradas oportunidades, en dos de las cuales le dio una salvaje golpiza e intentó estrangularla.

El imputado no podía desconocer el embarazo de la víctima dado el avanzado estado de gravidez, aproximadamente treinta y seis semanas.

Tampoco, que a una mujer en ese estado no se la puede tratar como lo hizo, porque el maltrato de la madre conlleva riesgo para la vida del feto.

Con más razón en este caso en que el imputado intentó quitarle la vida, circunstancia que necesariamente iba a repercutir negativamente en la vida del feto con serio riesgo de muerte, como ocurrió.

Prieto no podía ignorar cuando la atacó las consecuencias de sus actos respecto del feto que llevaba en su vientre la víctima, por lo que no hay duda de sus intenciones.

____, cuyo testimonio se consideró creíble, dijo que Prieto quería que abortara, lo que confirma el doloso obrar del imputado.

La defensa planteó, que en todo caso de considerarse probado que el aborto fue una consecuencia del accionar del imputado al querer lesionar a su pareja, debía calificarse su conducta como incurso en el delito de aborto preterintencional.

El desarrollo y análisis de la prueba producida e incorporada al juicio y los fundamentos brindados precedentemente en este considerando, torna inaceptable este planteo ...”.

VIII.2. Los agravios del recurrente relativos a la tipicidad objetiva.

La defensa, con base en los argumentos ya precisados en el acápite **II.b.1.** (a todo lo cual cabe remitirse en beneficio a la brevedad, sin perjuicio de lo que se dirá sobre el punto), se agravió por errónea aplicación de la ley penal sustantiva porque, a su ver, no se acreditó ni la tipicidad objetiva ni la subjetiva del delito en alusión.

Comenzando por la tipicidad objetiva, vale recordar el razonamiento del impugnante a partir del cual encausó su agravio.

La premisa inicial fue el certificado médico de defunción que dio cuenta de tres motivos del deceso del feto: asfixia intrauterina, circular de cordón ajustada al cuello y politraumatismo materno.

Al respecto, observó la recurrente que la primera era la causal preponderante, que hallaría explicación en la simultánea concurrencia de las otras dos, es decir, en la circular de cordón ajustada al cuello y/o en el politraumatismo materno, lo que así habría sido corroborado por la junta médica del Cuerpo Médico Forense.

No obstante ello, respecto al cordón rodeando al feto resaltó que en la historia clínica de la víctima elaborada por el centro asistencial donde se le brindaron los primeros cuidados luego de ocurrido el hecho, se había consignado su ingreso con “*circular ajustada al cuello*”.

En tal inteligencia, restó importancia al politraumatismo materno (derivado de la acción del imputado), como un riesgo que permitiría explicar el resultado debido a que, a su ver, esa circunstancia sólo había sido mencionada por la gestante y dos de sus vecinos (los testigos ____ y su esposa), cuya credibilidad cuestionó.

Añadió a lo expuesto que de dicha historia clínica no surgía que se hubiesen verificado a su respecto hemorragias internas, estados de shock o trastornos hemodinámicos severos.

En definitiva, la defensa puso de resalto que “... *tal como surge de la prueba médico-científica producida en autos, no se encuentra acreditada la relación de causal entre la muerte del feto y las lesiones de la madre. Antes bien, los profesionales del CMF al momento de expedirse han sido categóricos en la afirmación de la falta de evidencia de causales directas relacionadas con las lesiones padecidas por ____ y la muerte fetal (fs. 558), e incluso concluyeron en la imposibilidad de*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

determinar la causa del óbito fetal y la aceptación de que ambas etiologías (traumatismo y circular ajustada de cordón) ocasionan hipoxia uterina (fs. 563) ...”.

Concluyó entonces en que se verificaba una situación de *duda razonable* en orden a cuál de los riesgos había resultado decisivo para la producción del resultado, pues no podía descartarse que el deceso del feto se hubiese producido con exclusividad debido a la “*circular de cordón ajustada a su cuello*”, riesgo que era por completo ajeno al imputado y que, por lo tanto, hacía que la situación debiese resolverse en su favor.

VIII.3. La prueba producida sobre las causas de la muerte del feto.

VIII.3.1. Las observaciones de la defensa sobre el sangrado en la víctima.

Las alegaciones del recurrente acerca de la falta de constatación médica de sangrado por parte de la víctima al momento de ingresar al nosocomio en que fue atendida poco después de sucedidos los hechos ya fue analizada en el acápite **VI.d.**, por lo cual no corresponde ahondar en ese punto para evitar repeticiones innecesarias.

De todos modos, la defensa no fundó, siquiera mínimamente, por qué razón un hecho biológico como un sangrado vaginal, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica racional a las que se aludió en el precedente acápite IV, sólo puede ser respaldado en prueba documental de tipo médica y no, por ejemplo, a través de testimonios. Asimismo, omitió hacerse cargo de que, al momento en que la víctima fue hospitalizada, dicha hemorragia había cesado y, por ende, los profesionales de la salud avocados a su atención nada tenían que asentar en sus registros en principio, habida cuenta que, además, el cometido de la confección de una historia clínica no es, por regla, la realización de una tarea pericial de tipo médico forense sobre el paciente, sino el de volcar allí todos los datos necesarios para su correctodiagnóstico y tratamiento.

Repárese en tal sentido que al momento del ingreso de ____ a la clínica (que ocurrió el 13 de enero de 2012 a las 12 horas, esto es, a pocas horas del hecho), se la diagnosticó como “*feto muerto y retenido*” (punto 14 de la reseña de prueba incorporada efectuada en la

sentencia), por lo cual no es irrazonable inferir de ello, como en definitiva lo hizo el *a quo*, que toda eventual hemorragia que hubiese ocasionado (o derivado de), su fallecimiento, ya había cesado en ese momento y, por tanto, resultaba imperioso avocarse con exclusividad a la situación ocasionada por la muerte del feto, su retención en el vientre de la víctima y los riesgos que de ello podría derivarse para su salud.

De todos modos, como se verá a continuación, lo verdaderamente relevante para el caso es determinar si el riesgo derivado de la situación creada por la naturaleza (esto es, la *circular de cordón ajustada*), revistió una entidad suficiente para desplazar de modo completo al riesgo no permitido creado por la acción violenta del imputado, de suerte tal que la muerte del feto sólo podría explicarse, a todo evento por imperio de la duda, a partir de dicha circunstancia desgraciada, pero ajena al aquí imputado.

VIII.3.2. La incidencia de la “*circular de cordón ajustada*” en la muerte del feto.

Aun cuando el *a quo* objetivamente valoró que, conforme a la ficha obstétrica de la víctima, ella cursaba un embarazo sin complicaciones, no menos cierto es que, en base a lo expuesto por los expertos que declararon en autos, es posible que, aun en esas circunstancias, el feto hubiese fallecido por la causal de “*circular de cordón ajustada*”. Así lo fundó la perito Palomero en el juicio.

Cabe analizar, entonces, si esta correcta apreciación de la defensa genera el efecto buscado, es decir, que la muerte del feto sólo se explique por esa única causa (como ya se dijo, ajena al imputado), o que, habiendo coexistido incluso dicha causal con la derivada del comportamiento violento atribuido al imputado, se está en presencia de una situación de duda sobre la real relevancia de cada una de dichas causales en la producción del resultado.

Esto es, que no se pueda afirmar con certeza que el riesgo no permitido creado por la actuación de Prieto hubiese concurrido, al menos, con el mentado curso peligroso.

En consecuencia, dicha situación debe resolverse en favor del imputado.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Como se advierte, estamos ante una situación que habitualmente se denomina como “*conurrencia de riesgos*” y deberá analizarse entonces si el resultado puede explicarse, en tales condiciones, también por el comportamiento y el curso causal puesto en marcha por el imputado de modo que, aun concurriendo dicho riesgo prohibido con el derivado del referido “*cordón ajustado*”, no cabe excluir la imputación del resultado al riesgo creado por Prieto, tal como en definitiva lo entendió el tribunal de grado.

VIII.4. Aspectos teóricos de los supuestos de “conurrencia de riesgos”.

Como explica la doctrina “... *toda la teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo.*

Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico ...” (cfr. Cancio Meliá, M., “*Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*”, en “*Imputación objetiva y dogmática penal*”, Ed. Universidad de los Andes, Venezuela, 2005, p. 95).

Surgen así los dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

Señala Jakobs que en la cuestión conocida habitualmente como “*imputación objetiva*” de lo que se trata, en definitiva, es de explicar el resultado lesivo producido.

“*Explicar a través de imputación*” significa identificar en el caso la existencia de un “*riesgo*”, del que debe responder alguno de los intervinientes en el hecho, respecto del cual pueda concluirse que es el factor causal determinante o decisivo del resultado (conf., “*La imputación objetiva en el derecho penal*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 15, y la respuesta al caso teórico dado en el texto, en el cual se procura explicar el curso lesivo que allí se expone a través del comportamiento incorrecto de la víctima, o del autor, o de un tercero, o por último, de la desgracia, explicaciones que también pueden ser combinadas entre sí).

Esta última cuestión (la eventual combinación de explicaciones del curso lesivo), adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento incorrecto del presunto autor otro riesgo que puede servir eventualmente para ofrecer una explicación alternativa (como la conducta de un tercero, o el comportamiento incorrecto de la víctima), o en lo que aquí interesa, como ya se dijo que lo plantea la defensa en su recurso para el caso concreto, un riesgo concurrente, cual fue la situación de acordonamiento del feto, no derivado de la acción del imputado sobre el cuerpo de la damnificada, sino propio de la naturaleza.

Se presenta entonces en autos, según ya se adelantó, un supuesto de concurrencia de riesgos, problemática que “... surge de la circunstancia de que el comportamiento arriesgado de modo no permitido (es decir, el riesgo: comportamiento defectuoso) del autor puede afectar a una situación que a su vez ya está amenazada por riesgo (por ejemplo, la víctima no ha adoptado las medidas de autoprotección que le incumben, o tiene una constitución débil o es puesta en peligro por otro autor). En tales situaciones, para verificar la responsabilidad por delito consumado se debe determinar si se ha realizado el riesgo del que debe responder el autor, u otro riesgo ... (Jakobs, *op. cit.*, pág. 269, nro. 73).

No obstante ello, precisa este último que “... varios autores pueden ser, también juntos, responsables de un riesgo que se realiza, lo cual es corriente cuando concurre la actuación de varias personas (coautoría y participación), pero también puede ocurrir en la autoría simultánea, como p. ej., cuando un padre manda a su hijo descuidadamente cruzar la calle, el cual resulta atropellado que igualmente circulaba con algún descuido (el padre debe contar con conductores levemente descuidados, el conductor con peatones levemente descuidados) ... Se presupone aquí que el descuido de ambos intervinientes es necesario para explicar el curso causal dañoso ...” (*op. cit.*, pág. 270, nro. 73, *in fine*).

Queda entonces claro que hay situaciones en las que un curso causal dañoso sólo puede explicarse a través de la concurrencia de una pluralidad de riesgos, en cuyo caso el resultado cabe imputárselo, en común, a quienes han creado tales riesgos.

En efecto, “... no siempre es responsable una sola persona de un riesgo. Sin embargo, no se presenta dificultad especial alguna cuando son varios



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

*quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado. Ejemplo: varias personas juegan juntas con fuego, o navegan juntas en un buque no adecuado para navegar en el mar, etc. Pero puede también ocurrir que varias personas tengan, una **al lado** de la otra, la misión de contener **un** riesgo. Tal es siempre el caso cuando hay que contar con un riesgo ya existente, sobre todo cuando se ha ocasionado por un comportamiento defectuoso. En el ejemplo ... en que se conduce un camión, adelantando a un ciclista embriagado a una distancia lateral muy reducida, es tarea del conductor del camión ajustarse a ciclistas con capacidades inferiores a la media, y es tarea del ciclista no orientar su conducta por condiciones ideales. Si el taxista se asusta a causa de su embriaguez (responsabilidad suya) por lo reducido de la distancia (responsabilidad del conductor del camión), se realiza un riesgo que compete a ambos participantes: la dificultad de dominar una situación apurada.*

La distribución de incumbencias no tiene porqué verificarse precisamente entre un autor (infracción de deber) y una víctima (vulneración de incumbencia); puede que tomen parte varios autores unos juntos a otros. Ejemplo: un conductor no respeta la preferencia de paso; el conductor que se aproxima por la carretera con preferencia circula a mayor velocidad de la permitida; al maniobrar para frenar por haber quebrantado el otro la preferencia de paso (responsabilidad del otro), patina el vehículo como consecuencia de la velocidad excesiva (incumbencia suya) y lesiona a un transeúnte. Ambos conductores son autores de las lesiones imprudentes ...” (Jakobs, op. cit., pág. 278, nro.83).

VIII.5. La imputación del resultado al comportamiento de Prieto. La respuesta al agravio de la defensa.

Como ya se reseñó, la recurrente se focalizó en la declaración de la Perito Palomero, y en lo consignado en el informe pericial respectivo, en tanto la experta aseveró que era poco frecuente que el politraumatismo materno cause la muerte fetal y que debía considerarse a tales efectos la existencia de un desprendimiento placentario; a ello debía agregarse que en el caso particular, según precisó aquella, si bien se había constatado un depósito hemático en la placenta, indicador de desprendimiento placentario, éste último era de escasa magnitud y, por otra parte, la víctima no presentó clínica compatible con desprendimiento placentario conforme lo asentado en la historia clínica (fs. 563).

Sin embargo, lo expuesto por Palomero sobre el punto, y en especial, lo que aquella explicó durante la audiencia, fue parcialmente relevado por la impugnante.

En efecto, se desprende de la sentencia que aquella señaló que “... las pruebas practicadas sobre el feto muerto permitían establecer que su **fallecimiento se produjo en un momento compatible con el ataque sufrido por la madre.**

Explicó, que la hipoxia que causó la muerte del feto en el útero tenía dos etiologías posibles como se señaló en la pericia cuyas conclusiones obran a fojas 562/563.

Una etiología traumática, que tiene un indicio de ello en el informe de placenta que detectó un pequeño hematoma, indicativo de desprendimiento placentario capaz de generar una consecuencia de estas características, o la existencia de una circular ajustada de cordón, que podría haber provocado la asfixia mecánica del feto.

Después explicó, que **no era improbable que la circular ajustada de cordón y la causa traumática se potenciaran y operaran juntas para causar la muerte del feto.**

Dijo que la primera causa suele darse durante las contracciones propias del parto y que también puede ser provocado por el stress traumático generado por una situación como la sufrida por la madre.

Agregó, que estas circulares de cordón se presentaban en muchos embarazos que se cursaban tranquilamente con el cordón enrollado en el cuello del feto. **Que el problema se presenta en el proceso de nacimiento, cuando el feto se introduce en el canal de parto o cuando las contracciones generadas, como en este caso, por la violencia sufrida por la madre provocan un fenómeno similar al de trabajo de parto.**

Advirtió, que para dilucidar la cuestión debía prestarse atención a dos datos diagnósticos importantes de la pérdida de un embarazo.

Uno, la pérdida de vitalidad fetal, que se relaciona con el momento que se pierde registro del movimiento del feto dentro del útero.

El otro, es que el embarazo que se pierde por causas traumáticas provoca pérdidas por vía genital ...” (el destacado me pertenece).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Como puede observarse, la médica Palomero sostuvo que la muerte del feto podía haber sido traumática en base a un pequeño hematoma constatado en la placenta, idóneo para generar el deceso, y también, con sustento en la existencia de una circular ajustada de cordón.

Esto es, la experta igualó el grado de entidad causal de ambos riesgos y, lo que es más importante, explicó que “... no era improbable que la circular ajustada de cordón y la causa traumática se potenciaran y operaran juntas para causar la muerte del feto ...” (el subrayado no aparece en el original).

En particular, detalló que la circular ajustada de cordón solía ocurrir durante las contracciones propias del parto o también ante un hecho de stress traumático como el aquí vivido por la madre, debido a que él recrea una situación análoga al nacimiento.

En definitiva, la Dra. Palomero planteó que para determinar el motivo por el cual la circular ajustada de cordón, presente en el caso, se había exteriorizado, había que considerar dos elementos:

-“uno, la pérdida de vitalidad fetal, que se relaciona con el momento en que se pierde registro del movimiento del feto dentro del útero”. Ello se puede tener por verificado a través de los dichos de la propia víctima, quien explicó que había dejado de sentir movimientos del feto en el curso de la acción atribuida a Prieto, todo lo cual fue constatado médicamente a su ingreso a un nosocomio, escaso tiempo después de la ocurrencia del hecho aquí tratado. A su vez, la doctora Palomero fue clara en señalar que el fallecimiento del feto se había producido en un momento **compatible con el ataque sufrido por la madre.**

-“el otro, es que el embarazo que se pierde por causas traumáticas provoca pérdidas por vía genital”, extremo que, tal como ya se analizó, también fue acreditado en autos.

Así las cosas, cabe poner de manifiesto que la prueba relevada por los colegas de la anterior instancia da cuenta de que la víctima cursaba un embarazo sin complicaciones aparentes; ello así pues recién al ser hospitalizada, luego de ocurrido el hecho denunciado, surgió que el feto presentaba una circular ajustada de cordón que luego se

determinó que generó un riesgo de una aptitud tal para provocar la muerte fetal.

Sin embargo, a la luz de lo informado por la experta Palomero, puede concluirse razonablemente en que dicho deceso no se explica exclusivamente por dicho riesgo, propio de la naturaleza y ajeno al imputado, sino que concurrió junto a él, en igualdad de condiciones, el riesgo no permitido, como resulta obvio, creado por la actuación del imputado; concretamente, el riesgo generado por los golpes, estrangulamiento y cortes que este último le propinó a la gestante, con entidad suficiente, como señaló Palomero, para crear, debido al ***stress traumático*** que ello genera, una situación similar a la del trabajo de parto, ocasión en la que resulta factible, a su vez, que se produzca el acordonamiento en cuestión.

Dicho en otras palabras, el riesgo natural, propio de cada parto, de que se produzca una situación de acordonamiento fetal, fue provocado por el riesgo no permitido derivado de las acciones lesivas autónomas de un ser humano como las que aquí se han tenido por ciertas, de modo tal que, como incluso lo reconoció la defensa en su recurso, ambos riesgos operaron juntos en la producción del resultado muerte.

No se presenta así ninguna situación de duda, sino que puede afirmarse con certeza que, en el caso, sólo la concurrencia de los dos riesgos antes mencionados explica el resultado.

En definitiva, aparece claro que el acordonamiento de circular que sufrió el feto tuvo clara entidad riesgosa para explicar su muerte, pero dicha situación fue generada, a su vez, por la situación de *stress traumático* generado en la víctima ____ a partir de la actuación violenta creada por el imputado.

No se produjo así un desplazamiento ni una situación de reemplazo o sustitución de un riesgo por otro sino que, por el contrario, el riesgo creado por la conducta atribuida a Prieto, en las circunstancias en que se desarrolló y en el consecuente estado psico-físico de alteración aguda en que fue puesta la víctima, continuó operando hasta el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

acaecimiento del resultado final, de modo conjunto con el mentado *acordonamiento*.

Siendo de exclusiva competencia del imputado la creación de uno de los dos riesgos que sólo considerados en forma conjunta explican el resultado, entonces éste le es imputable objetivamente, y los agravios del recurrente en orden a los aspectos aquí tratados no tendrán favorable acogida.

VIII.6. La imputación subjetiva del delito de aborto.

En cuanto a la faz subjetiva del ilícito analizado, surge de la transcripción previa que los juzgadores valoraron que ella se había constatado en el *sub lite* a partir de la consideración de los siguientes elementos:

-No era ajeno al imputado que su pareja estaba embarazada de cerca de treinta y seis semanas de gestación.

-No podía desconocer que el maltrato dispensado a una mujer en ese estado traía implícito un riesgo de vida para el feto.

-El hecho de intentar quitarle la vida a la damnificada necesariamente iba a repercutir negativamente en la expectativa de vida del feto y, por ende, no podía negar las consecuencias de sus actos respecto de esta última circunstancia.

-La damnificada dijo que su victimario quería que abortara.

A su vez, cabe también poner de resalto que aun cuando el tribunal de grado consideró que Prieto había querido matar a la víctima (si bien, de modo incorrecto, como ya se vio, entendió aplicable al caso el art. 43, CP), consecuencia lógica de tal razonamiento es que dicha exteriorización de voluntad incluye, naturalmente, la muerte del fruto dela concepción que se hallaba en el vientre de ____.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sea que se emplee la más amplia definición del concepto de dolo –esto es, aquella que requiere el conocimiento de los elementos típicos más la voluntad de su realización, o se acuda a un concepto más restringido que requiera únicamente como constitutivo del dolo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo-, la defensa no se ha hecho cargo de refutar todos y cada uno de los fundamentos dados en la sentencia recurrida

para afirmar la existencia del dolo requerido por el tipo penal en cuestión que, bajo esta especie de imputación subjetiva, describe una acción de “causar un aborto”.

En su lugar, aludió a una serie de circunstancias (tales como que *cuando la víctima quedó embarazada Prieto la recibió en lo que fue el hogar conyugal debido a su deseo de ser padre*, y que *aquella había reconocido que en algunas oportunidades él le manifestaba que abortara y en otras que quería formar una familia*), que dado su falta de precisión y corroboración fehaciente, además de desconexión temporal con el hecho imputado, no logran conmover las sólidas consideraciones del *a quo*.

De igual modo, insistió el recurrente en que los informes médicos incorporados al juicio no habían demostrado que la víctima hubiese presentado lesiones en su abdomen.

No obstante, obvió considerar que, por un lado, el tipo e intensidad de la agresión desplegada por el imputado (sentarse bruscamente sobre el vientre de la mujer), no necesariamente debería ser médicamente constada, al igual que, por ejemplo, una bofetada que no siempre deja alguna marca.

Por el otro, omitió tener en cuenta que dichas lesiones efectivamente se verificaron porque la Dra. Palomero atestiguó que las pericias realizadas sobre el feto habían relevado un pequeño hematoma en la placenta.

Por todo ello entonces, no cabe más que convalidar este aspecto del fallo y concluir, al igual que el *a quo*, que la pretensión defensiva de que el hecho demostrado sea calificado como constitutivo del delito de aborto preterintencional (art. 87, CP), no puede prosperar al carecer de todo sustento.

IX. Agravios de la defensa sobre la alegada inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad de Prieto al momento del hecho.

IX.1. Los argumentos del tribunal de grado.

En la anterior instancia, este planteo no tuvo favorable acogida por el *a quo*.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Surge del fallo en crisis que los Sres. Jueces de juicio dijeron al respecto:

“.. Se discutió en el juicio sobre la capacidad del imputado al momento de cometer el hecho.

Las partes expusieron sus enfrentadas posiciones al respecto, con citas de autores que sostenían sus respectivas posturas.

Sucintamente, el Fiscal fundó su postura adoptando la corriente doctrinaria que sostiene, que para que exista falta de capacidad en el agente para delinquir, debe haber una alteración morbosa de sus facultades en los términos del artículo 34 del Código Penal, es decir una enfermedad mental.

Tuvo en cuenta, que el doctor José María Martínez Ferreti, médico forense de la Justicia Nacional, dijo en la audiencia, que el trastorno de la personalidad de notoria inestabilidad que tenía el imputado, informado en las conclusiones del informe agregado a fojas 421/426, no constituía una enfermedad mental.

También, que la forma en que cometió el hecho reprochado, en el que durante la ejecución le dijo a la víctima ‘hoy te morís’ y luego, antes de autolesionarse, ‘esto lo hago por vos’, eran circunstancias indicativas del obrar consciente del imputado en esa oportunidad.

Además, tuvo en cuenta que la víctima lo vio en esa oportunidad como en otras en que la agredía.

Manifestó su sorpresa porque el citado Martínez Ferreti dijo en la audiencia, que la circunstancia de que Prieto intentara suicidarse había sido un factor muy determinante para considerar ‘verosímil que en ocasión de los hechos haya sufrido un grado de descompensación psíquica tal como para comprometer su capacidad de comprender la eventual criminalidad de sus actos, dirigir sus acciones...’ (punto 4 de las conclusiones de su informe –fojas 421/426).

Por el contrario, la defensa esgrimió la opinión que sostiene que no es necesario que el autor de delito tenga una enfermedad mental para estar comprendido en las causales de inimputabilidad contenidas en el artículo 34 del Código Penal. Citó autores que sostenían la posición expuesta y se aferró a las citadas conclusiones del citado Martínez Ferreti en el informe pericial mencionado, que elaboró con el doctor Guillermo Diego Hardie y la intervención de la Psicóloga Forense de la Justicia Nacional, Licenciada Adela E. Orggatti, como a la historia clínica del imputado y

demás exámenes practicados a su respecto, en los que se habla de la sintomatología propia del trastorno de la personalidad que tiene Prieto ...”.

Al definir la cuestión, el Sr. Juez que lideró el acuerdo dijo finalmente que:

“... Adhiero a la postura sostenida por el Fiscal, no sólo en cuanto a la interpretación que dio del artículo 34 del Código Penal, sino también con relación al análisis del caso concreto.

La defensa se ha limitado a esgrimir una interpretación diferente de la norma citada. No ha entrado a analizar la actuación de su defendido en el caso concreto objeto de la imputación. Tal vez, porque ha dicho con anterioridad que no se sabía cómo fueron los hechos.

En definitiva, _____ Prieto es culpable del hecho que se le reprocha ...”.

Como puede observarse de la transcripción efectuada, los sentenciantes adhirieron a la inteligencia que la Fiscalía sostuvo de las normas en juego y en particular, hizo propia la valoración que efectuó la Fiscalía respecto:

-al informe pericial en el que intervino el médico psiquiatra, Dr. José María Martínez Ferreti, en el que se concluyó en que resultaba “... verosímil que en ocasión de los hechos haya sufrido un grado de descompensación psíquica tal como para comprometer su capacidad de comprender la eventual criminalidad de sus actos, dirigir sus acciones ...” (punto 4, fs. 421/6).

-a la crítica que había efectuado la Fiscalía en orden los dichos vertidos por dicho experto durante el debate, quien había precisado que el trastorno de la personalidad de notoria inestabilidad que tenía el imputado, que lo había llevado a intentar suicidarse y que había sido informado en las conclusiones del aludido informe pericial, no constituía una enfermedad mental, por lo cual había manifestado su “sorpresa” ante las posteriores conclusiones del dictamen en cuestión.

-a las expresiones que el imputado había vertido durante el hecho, demostrativas de su capacidad de culpabilidad en ese momento, al igual que a lo dicho por la víctima, en orden a que aquel se hallaba igual que en otras ocasiones en las que la había agredido.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Toda vez que la postura acusatoria de la Fiscalía, luego tomada por el Tribunal, se edificó sustancialmente en base a la crítica que aquella efectuó de lo expuesto en el debate por el mencionado perito, viene al caso reseñar que surge de la grabación de la audiencia respectiva, obrante en autos, que en primer término al nombrado Martínez Ferreti le fue requerido que explicara en qué consistía el diagnóstico que había sido mencionado en el aludido informe pericial, junto con el Dr. Guillermo Hardie y la Lic. Adela Orggatti, todos integrantes del Cuerpo Médico Forense, en orden a que Prieto presentaba “*trastorno depresivo con intentos de suicidio y elementos de tipopsicótico*”.

Al respecto, el testigo detalladamente expuso que “... *un trastorno depresivo es un trastorno donde predomina la hipertimia, es decir, la hiperafectividad placentera, el sujeto es afectado por fuertes corrientes de tristeza que puede tomar distintas manifestaciones clínicas. Sin dudas hay trastornos depresivos caracterizados por la pasividad del sujeto y otros por la ansiedad y la auto y hetero agresividad como forma de descargar ese displacer que el sujeto tiene en el momento que lo padece.*

En este caso, el trastorno que padeció el encausado en ese tiempo fue más del tipo donde la agresión se volcó más hacia sí mismo porque hay lesiones comprobadas e informes periciales hechos en los días posteriores, que hay varias lesiones en el cuello, en sus miembros. Es más, en el testimonio de la víctima cuando ella declara ante la policía creo o cuando salen los vecinos, ella les dice a los vecinos que él estaba sin vida. Es decir que ella realmente había considerado que la situación había terminado en un desenlace fatal para él por la cantidad de lesiones que se había producido.

A grandes rasgos esto es un cuadro depresivo. Los elementos psicóticos es que en el caso, este episodio de este sujeto, sería acompañado por actividad alucinatoria, o sea, percepciones de distintas cosas en donde no estaban esas cosas. Nosotros llamamos alucinación a la percepción sin el objeto presente. Esto está claramente en la evolución del Dupuytren donde está internado, que hago una aclaración que fue allí porque fue en un ámbito asistencial, ámbito donde no es posible sobresimular sino que no estaba en tratamiento. Ahí hay alucinaciones del tipo visual y auditivo.

Él refiere y las refiere en las dos entrevistas que yo tengo con él haber tenido alucinaciones auditivas en el momento que gira alrededor del hecho, el 13 de enero a la mañana, en horas de la madrugada de que se quitara la vida, de que se cortara o de que se lastimara. No recuerdo el contenido exacto y no lo volqué como tal, puse que le pedían que se autolesionara.

Este tipo de alucinaciones son frecuentes en los pacientes depresivos y muchas veces los pacientes que llegan a intentos de suicidio o a su efectivización, la voz o una voz que les sugiere la idea de cortarse, lastimarse o matarse es el síntoma psicótico más frecuente, que es claramente diferenciable de la alucinación de la locura, de los delirantes crónicos, de la esquizofrenia. Es una alucinación centrada y coherente con el estado afectivo del sujeto, fruto de las corrientes displacenteras que hace que el sujeto llegue a percibir lo que es un pensamiento propio, obviamente, llegue a percibirlo con una voz prácticamente distinta. Es claro que una alucinación ocurre en el fuero interno del sujeto que con su desequilibrio psíquico la proyecta en el exterior. Acá en su estado depresivo hace que proyecte en el exterior las vivencias externas que es matarse, cortarse ...”.

Luego, las preguntas dirigidas al perito giraron sobre las antagónicas conclusiones entre las de un pretérito informe del Cuerpo Médico Forense y aquél elaborado por integrantes del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA).

Sobre este punto, el profesional expresó que “... La contradicción está dada por el transcurso del tiempo y la estabilización del cuadro.

... yo hago la aclaración de que entre el examen del 7 y el 28 de marzo yo había observado una progresión del cuadro. Es decir, estos cuadros no son irreversibles, estos cuadros depresivos son cuadros que evolucionan y, es más, 2 meses es un tiempo bastante prologando para la evolución de un cuadro, salvo que sea de la envergadura de esto.

Entonces, lo que parecía una contradicción era que había pasado tiempo, tiempo en el que el sujeto había estado en tratamiento. En un primer momento en el mismo Dupuytren y después en el sistema PRISMA. Como en muy pocas veces, en esta oportunidad el hecho creo que ocurre el 13 de enero a la madrugada y el mismo día a la tarde es examinado por un colega del Cuerpo Médico Forense que también vuelca la existencia de este cuadro depresivo, cosa que se repite porque se pide otro el 16, otro el 23 y finalmente el pedido por el artículo 34 del día



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

25 que creo este vuelca ... no es un nuevo examen sino complementario de el del 23 en donde tres colegas distintos encuentran la misma naturaleza del cuadro que también es el mismo que vuelcan los médicos del Instituto Dupuytren durante toda la internación, internación que se hace en una sala de un instituto general a donde creo ha sido llevado en ese momento porque era prioritario suturar las heridas que teníaese sujeto porque por la ley de salud mental del 2010 es donde prioritariamente deben hacerse las internaciones.

Incluso cuenta en la historia clínica los resguardos, amén de la consigna policial que tenía el sujeto, que debió tomar el sanatorio respecto de ventanas y la seguridad del sujeto alrededor porque durante varios días continuó con ideación suicida que hacía temer a los profesionales que quisiera cometer algún acto suicida ... ”.

Después, el testigo referido fue preguntado por el significado de una de las conclusiones del informe pericial en el que había participado y se lo estaba interrogando.

En particular por haber afirmado que al momento de ese examen Prieto “ ... evidenció sintomatología compatible con un trastorno de la personalidad de notoria inestabilidad ... ”.

Al respecto, Martínez Ferreti explicó que tal clase de ser humano “... es una persona con personalidad muy lábil, con mucha dificultad para procesar las emociones, con escasos recursos cognitivos para controlar las oscilaciones de su estado de ánimo y probablemente estos hayan sido, si no entiendo mal, creo que había habido una situación de violencia previa, muy probablemente estuviera detrás de eso.

Nosotros observamos también esta personalidad con ciertos rasgos de puerilidad y de precariedad afectiva, o sea, precariedad en el control de la expresión de sus afectos en el primer examen, en un episodio más hundible, en donde el sujeto estaba, tenía expresiones muy ensimismadas sobre si mismo, muy pueriles respecto de lo que había ocurrido, o sea, muy inmaduro respecto al procesamiento de sus afectos.

En general, toda persona que llega a un trastorno depresivo de estas características es dable pensar que ... es decir, un episodio depresivo reactivo como uno podría pensar que fue el ocurrido, es el juego entre dos situaciones: Una personalidad previa y un hecho, una pérdida, un desencadenante, un motivo que

genera la reacción depresiva. Si el motivo es terrorífico, es decir una catástrofe, y a veces la persona más íntegra vive un trastorno depresivo.

Una personalidad con marcada inestabilidad, con poca madurez, con poca capacidad de tolerar la frustración, con poca capacidad de procesar las distintas variantes de procesamiento emotivo, por ejemplo en este caso un vínculo de pareja, bueno a lo mejor el hecho de haber sido simplemente propuesto por la víctima la separación generó la desestabilización del sujeto ...”.

A instancias del Fiscal, se le preguntó al perito: “... ¿un síndrome depresivo en una persona de estas características con esta personalidad de base puede relacionarse también con haber pasado este episodio traumático? ¿Evaluaron eso? ...”.

Ante lo cual aquél respondió que “... sin dudas que el episodio traumático también golpea. Acá la situación es que en el mismo episodio el sujeto se auto infringe lesiones que fueron de cierta consideración como para poder atentar contra su vida, o sea que en el mismo hecho en que se estaban produciendo las circunstancias lesionantes de terceros, el sujeto da signología de inicio claro de lo que después fuera, lo que después constataron profesionales actuantes como el síndrome depresivo con los matices del cuadro como fue el intento de suicidio ...”.

En base a esa respuesta, el Fiscal repreguntó: “... entonces ¿Uds. parten de la base de que toda persona que intenta suicidarse esta fuera de sus cabales? ...”.

Y la respuesta fue que “... el instinto de conservación es un instinto muy fuerte en el sujeto. Toda persona que se suicida está afectada de una carga afectiva que yo si catalogaría de patológica. Creo que atentar contra su vida es algo contrario a la naturaleza del sujeto. Esto no quiere decir que en ciertos contextos románticos o literarios o poéticos el suicidio sea visto como hasta algo loable pero sin dudas, si uno escucha o lee los relatos de las personas que intentaron quitarse la vida, obviamente están pasando por una carga afectiva que los hace comprometer su juicio crítico de realidad en creer que su única salida es la muerte, cuando sabemos que todas las otras cosas pueden tener solución ...”.

Con posterioridad, el foco del interrogatorio fue ahondar sobre la apreciación del testigo en orden a que el aludido trastorno de la personalidad constituyese el fundamento de la inimputabilidad de Prieto al momento del hecho en los términos del artículo 34, CP.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Específicamente, el Fiscal interrogó al perito del siguiente modo:

“... ¿Por qué incluyen Uds. el caso dentro de ese inciso [artículo 34, inciso 1, Código Penal]?”

Y aquél respondió que “... nosotros consideramos que el trastorno depresivo que este sujeto padeció en ese momento, que ya en ese momento generó autolesiones consistentes, que después fue constatado el mismo día y varios días sucesivos por varios médicos forenses, alcanzó un nivel de alteración morbosa, en los términos del art.34, como para que el sujeto no pudiera correctamente en ese momento comprender el grado de ilicitud de lo que estaba haciendo y dirigir las acciones.

Fundamentalmente esto de dirigir las acciones era lo que estaba totalmente inhibido por esta corriente afectiva que lo llevó incluso a autolesionarse y lesionar a la víctima y al producto del embarazo ...”.

Luego, le pregunto el acusador si “... la afectación de facultades que el cuadro le provoca al señor, según su punto de vista, ¿le impide comprender o dirigir? ...”.

Ante ello, Martínez Ferreti manifestó que “... ambas cosas, pero creo que fundamentalmente dirigir, pero también comprender claramente la naturaleza ... En ese momento para él no tuvo peso la criminalidad o la antijuridicidad del acto que estaba haciendo, [es decir] para él no tuvo la forma legal, imbuido por el estado afectivo en el que estaba, no tuvo lugar de consideración para él que esto fuera un crimen, fuera una lesión a otra persona, como tampoco tuvo freno para él que los hechos que estaba llevando a cabo podían llevarlo a quitarse su propia vida ...”.

Por su parte, el Fiscal intentó controvertir esa respuesta del siguiente modo: “... pero si lo que decimos es ... que la consideración que la ilicitud de la conducta no tuvo peso para él, se parte de la base que él estaba en condiciones de comprender pero lo que pasa es que no le daba importancia, que no lo aprehendía... no entiendo ...”.

El testigo aclaró entonces: “... No, no, yo estoy diciendo que él estaba tan cargado de estado afectivo que no le daba ningún valor a él la situación de que hubiera algo legal en el medio de todo eso. O sea sus actos y su comprensión de la realidad estaban dominados por una vivencia catastrófica que lo llevó a atentar contra

su vida y también contra la de personas con las que tuvo una relación de pareja que casualmente parecería que la separación de ella es la que le generó la situación.

Yo creo que no pudo comprender porque su afectividad no le permitió valorar, o sea, sopesar, poder relacionar por la carga afectiva que tenía en ese momento ...”.

A su turno, el Sr. Juez del tribunal, Dr. Pérez Lance, le preguntó al testigo si, a su criterio, toda persona que intenta quitarse la vida (tal como sería el caso de Prieto) es inimputable (sic), en el sentido de impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

El experto explicó sobre el punto que “... toda persona que llega a un acto suicida que pone en riesgo su vida, según aprendí en psicopatología y vien casos, es que hay un grado de enfermedad mental consistente en atentar contra su propia vida.

Yo creo que si Ud. atenta contra su vida está enfermo en ese momento, aunque esa enfermedad es de corta duración.

Esa enfermedad le impide comprender lo que hace y dirigir sus acciones al punto de atentar contra su propia vida ...”.

Por último, el mismo Magistrado interrogó al perito por diversos extremos fácticos, surgiendo como relevante lo siguiente:

“-Dr. Perez Lance: “... en la primera reacción reactiva cuando la empieza a estrangular le dice ‘hoy morís’ y en la segunda parte, cuando él ya pasa a la autoagresión le habría dicho ‘esto lo hago por vos’.

¿Cómo empalma estas expresiones de hetero agresión, acompañadas supuestamente de actitudes de hetero agresión con un tipo depresivo suicida que sólo piensa en su muerte por sobre otra consideración de las cosas ...?

-Dr. Martínez Ferreti: “... la autoagresión, la agresión en un depresivo lo que más existe es la autoagresión, también puede ser volcada en determinado momento hetero agresivamente. Sumando Ud. este relato yo llego a la conclusión 4 y por eso dije que queda a valoración del tribunal, yo creo que este sujeto llegó a un nivel de trastorno considerable. Ahora, que ello haya sido con una graduación en donde en principio descargó, tiene una descarga hetero agresiva que después se volvió auto agresivamente puede ser diferencial ...”.

-Dr. Pérez Lance: “... ¿por qué expande la ideación suicida del final supuestamente expresada en la autoagresión y lo retrotrae hasta el primer



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

momento? Si la primera reacción no es la autoagresión sino la hetero agresión con la expresión 'hoy morís', no 'me mato'. ¿De dónde lo saca eso?

-Dr. Martínez Ferreti: "... lo que pudo haber existido es una progresión, una gradación de esta pérdida de la capacidad sí,

...

-Dr. Pérez Lance: "... cuando Ud. me está diciendo en el punto 4 que es verosímil que no pudo dirigir sus acciones y estas, justamente, son unas de las acciones imputadas, ¿cómo Ud. afirma que en ese momento no tenía capacidad de dirigir y comprender sus acciones? ...".

-Dr. Martínez Ferreti: "... no, yo lo que digo que no existiera en ese momento lo auto agresivo. Ud. me pregunta porque hablo de auto lesividad cuando había hetero lesividad. Yo no puedo afirmar que en ese momento hubiera auto lesividad.

-Dr. Pérez Lance: "... ¿entonces cómo afirma que en ese momento no tenía capacidad de comprender y de dirigir?

-Dr. Martínez Ferreti: "... afirmo la existencia de un cuadro ... Muchos cuadros psiquiátricos empiezan con una manifestación sintomática y terminan desarrollándose a posteriori en toda su magnitud.

¿Esto podría haber quedado en una situación hetero agresiva nomás? Sí y no estaríamos hablando de este tema, lo que pasa es que se llega a generar un cuadro insisto, de envergadura constatable que muchas enfermedades son terminadas de entender en la manifestación posterior. Lo que yo vuelvo a repetir es que me parece que este sujeto con cierto y suficiente grado de verosimilitud padeció un trastorno reactivo que en sujeto con una personalidad, que se afirmaba que era depresivo previamente, permanece en un estado de inacción y después inicia con un hecho hetero agresivo y que concluye desarrollándose completamente en el hecho auto agresivo. Es lo que se constató después en el cuadro ya instalado y que duró varias semanas a posteriori ...".

De la, por cierto, extensa declaración del Dr. Martínez Ferreti, transcripta en el punto anterior en los puntos relevantes para resolver la cuestión traída a conocimiento de esta Sala, pueden extraerse los siguientes conceptos de interés:

-Los profesionales del Cuerpo Médico Forense, a partir de las sucesivas revisiones y exámenes médicos y psicológicos a los que el

imputado _____ Prieto fue sometido a partir del 13 de enero de 2012 (fecha del suceso que se le atribuye), dictaminaron que era verosímil que al momento del hecho él hubiese estado inmerso en un trastorno de personalidad de notoria inestabilidad, caracterizado por mucha dificultad para procesar las emociones y escasez de recursos cognitivos para controlar las oscilaciones de su estado de ánimo.

-Ese cuadro se agravó a partir de un disparador traumático que, en este caso y a partir de la prueba que le fue aportada a los profesionales del Cuerpo Médico Forense y que detallaron en su informe, fue el anuncio de la víctima de su voluntad de finalizar la relación sentimental que mantenía con el nombrado Prieto.

-A causa de lo anterior, esa circunstancia repercutió negativamente en su conducta, a punto tal de generar en él una serie de reacciones globales, primero del tipo hetero agresivas, que tuvieron a su pareja como destinataria y víctima, y luego otras auto lesivas tendientes a quitarse la vida.

-Dicho desarrollo conductual del acusado derivó en un síndrome depresivo transitorio con intentos de suicidio y elementos de tipo psicótico.

-El componente psicótico se verificó en el caso por *disenso percepciones*, es decir, alucinaciones que son frecuentes en personas depresivas como Prieto y de las que había dado cuenta la documentación médica a la que los peritos tuvieron acceso y que fue incorporada por lectura al debate.

-Es frecuente que pacientes depresivos lleguen a intentos de suicidio o a su efectivización a partir de una voz que les sugiere la idea de cortarse, lastimarse o matarse, extremo que se verificó en el presente caso.

-El carácter transitorio de esa enfermedad generó, tal como su nombre lo indica, que tenga un lapso determinado de duración, a punto tal de alcanzar la mejoría de esa patología como fruto del tratamiento psicológico y psiquiátrico al que el acusado fue sometido luego de cometido el hecho atribuido.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

-Independientemente de lo anterior, la valoración conjunta de todo lo ocurrido el día del hecho, arroja como resultado que el trastorno depresivo que Prieto padeció en ese momento fue de tal magnitud que generó autolesiones consistentes y persistentes en el tiempo en cuanto a su posibilidad de constatación, a punto tal de haber alcanzado un nivel de alteración morbosa, en los términos del art.34, inc. 1º, CP, generador de su imposibilidad de comprender correctamente el grado de ilicitud de lo que estaba haciendo y, fundamentalmente, de inhibir la dirección de sus acciones.

-Dicho de otro modo, su inestable personalidad se vio severamente afectada por una carga afectiva, producto de un factor externo a él, que desembocó en que tanto sus actos como su comprensión de la realidad hubiesen estado dominados por una vivencia catastrófica que lo llevó a atentar contra su vida y también contra la de terceras personas.

IX.2. El concepto de imputabilidad o capacidad de culpabilidad del que se parte.

Habida cuenta la discusión que se trabó durante el juicio entre las partes en orden al alcance que en relación a las denominadas teorías *alienista* y *no alienista* debía asignarse al art. 34, inc. 1º, CP, no corresponde abordar el tema de si la denominada tesis *no alienista* resulta correcta o no, conforme lo expuesto por las partes en el debate, en postura a su vez desarrollada *in extenso* por la defensa en su recurso.

A lo que debe atenderse, en concreto, es a si la fundamentación del *a quo* a los fines de descartar en el caso la aplicación del art. 34, inc. 1º, CP, resultó adecuada a la inteligencia que cabe otorgarle a dicha norma, según su razonable interpretación, teniendo en cuenta a su vez las diferentes pruebas incorporadas en el juicio.

Cabe recordar que aquella disposición legal, en lo que aquí interesa, establece la no punibilidad respecto de quien no haya podido en el momento del hecho, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, por alteración morbosa de las mismas o por su estado de inconsciencia, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Según la opinión dominante, se considera así que el derecho vigente adopta una *fórmula mixta*, conforme a la cual la

imputabilidad o capacidad de culpabilidad está estructurada en dos peldaños o etapas.

En el primero de ellos se encuentran los tres estados psicopatológicos mencionados en la ley, y luego de la constatación de que ha concurrido alguno de esos estados o diagnósticos, corresponde decidir en un segundo peldaño si debido a ello, como establece la disposición, el sujeto no pudo, en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (por todos, Righi, *op. cit.*, pág. 406).

Se dice en general, en orden a la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto (o de su desaprobación jurídico penal), que carece de dicha capacidad quien padece algún trastorno de la actividad intelectual que menoscaba las representaciones que habitualmente capacitan para la formación de la voluntad en una persona normal y mentalmente madura (conf. Righi, *op. cit.*, págs.. 400/1).

En tal inteligencia, no tendrá “*comprensión*” de la criminalidad de su acto quien, por encontrarse en alguna de las tres situaciones descriptas en la ley, carezca, según el significado en lengua castellana del término “*comprensión*”, de la “*facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar las cosas*”, pues también según igual acepción, *comprender* significa, en definitiva y en lo que aquí interesa “*entender o penetrar algo*”.

La expresión *comprensión de la criminalidad* a que refiere el derecho vigente, supone la adopción de una fórmula amplia que abarca todos los presupuestos que condicionan la naturaleza delictiva del comportamiento, que por consiguiente, es comprensiva de la comprensión de la antijuridicidad, es decir, de la característica de la acción de ser contraria al orden jurídico (Righi, *op. cit.*, pág. 405 *in fine* y sus citas al pie).

En esa inteligencia, a partir del voto del Juez Frías Caballero en el caso “**Tignanelli**”, CCC, 4-6-65, “*Revista de Derecho Penal y Criminología*”, nro. 1, pág. 83, ha existido un general consenso en que, según dijo aquel “... la expresión ‘comprender la criminalidad del acto’ no se identifica con la capacidad de ‘conocer’ teóricamente (de manera puramente



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

intelectiva), lo prohibido o antisocial del acto, como a menudo se sostiene ... La frase ‘comprender la criminalidad’ (valor) del acto, alude a la capacidad de aprehender o captar positivamente el desvalor ético-social de la propia conducta –ausente la cual, no hay ninguna base posible para ninguna especie de reprochabilidad ética ni jurídica- ya que dicha comprensión no puede alcanzarse jamás por la sola vía de actos u operaciones puramente intelectuales ...”.

Por su parte, conforme lo he señalado, entre otros en los precedentes “**Martínez Franco**” (Reg. n° 2892/2020, Sala III, rta. 6.10.20, voto del juez Huarte Petite), y “**Corbalán González**”, Reg. n° 158/2021, rta. 23.2.21, voto del Juez Huarte Petite), en general es conteste la doctrina en que “...para ser culpable, la ley exige que el sujeto esté en condiciones de comprender la criminalidad de su acto, es decir que no importa si en el momento de la acción ‘comprende’ efectivamente o no, sino que el requerimiento es meramente ‘potencial’; por ello, lo que se verifica en el juicio de culpabilidad es si le es ‘exigible’ a esa persona la comprensión ...” (por todos, D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, 2da. Edición actualizada y ampliada, La Ley, 2011, Buenos Aires, Tomo I, págs.. 381 y ss.).

En orden a la “*incapacidad de dirigir sus acciones*”, es el caso de quien, aun cuando puede comprender la desaprobación jurídico penal (es decir, la antijuridicidad o el carácter ilícito), del acto que realiza, no tiene la capacidad, con motivo de alguna de las mismas tres causales descriptas en la ley, de adecuar su comportamiento a esa comprensión (Righi, *op. cit.*, pag. 401).

Con arreglo a todo lo dicho, la imputabilidad no depende entonces de la constatación de una *efectiva* relación de causalidad entre determinadas anomalías o alteraciones psíquicas y la imposibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Lo relevante es establecer normativamente si en el momento del hecho, el sujeto se encontraba en una situación personal que le permitiera determinarse por la norma que vulneró.

En definitiva, si estaba en condiciones de adecuar su comportamiento a los mandatos normativos y si ello le resultó imposible

debido a alguna de las anomalías o alteraciones psíquicas que padeció cuando realizó la acción típica y antijurídica que se le atribuye.

Como de lo que se trata no es de explicar la situación mediante un estudio orgánico cerebral, sino de examinar si el padecimiento psíquico que afectó al autor, permite *suponer* una pérdida de la subjetividad requerida por el derecho penal, lo que se adopta es un *método jurídico*.

Ello es coincidente con la idea de que se debe prescindir de la índole del padecimiento, para establecer como centro de atención el examen de los efectos que el mismo produjo en el autor en el momento del hecho, **con lo que cualquiera sea la naturaleza de la afectación**, corresponde descartar la imputabilidad del sujeto si le impidió comprender la ilicitud del hecho o dirigir sus acciones de acuerdo con dicha comprensión (Righi, *op. cit.*, pág. 407, el destacado me pertenece).

Sobre tal base, entonces, se abordarán las cuestiones a resolver ahora.

IX.3. ¿Arbitrariedad en la motivación del tribunal *a quo*?

IX.3.1. El marco a tener en cuenta.

Si bien es cierto, como lo precisé en el precedente acápite **VI.e.** que la Corte Federal tiene dicho que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias del expediente sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, también ha referido dicho tribunal que cabe prescindir de aquella doctrina cuando se ha incurrido en una defectuosa y parcial consideración de los instrumentos probatorios, con omisión de tratamiento de elementos esenciales que podrían incidir en la solución del tema debatido (“**Eugui de Santana, Adriana Isabel c/ Dirección General Impositiva**”, Fallos: 322:2880; “**Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas**”, Fallos: 342:1376; “**Banco Macro SA y otros c/ UIF s/ recurso directo**”, Fallos: 342: 159; “**Atamañuk, Oscar Eduardo s/ homicidio culposo (art. 84, 2º párrafo)**”, Fallos: 342:1155; “**Banco de la Provincia de Córdoba S.A. y otros e/ BCRA**



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

Resol. 155/11 (expte. 100655/02 sum fin 1118) s/ recurso", Fallos: 340:1557, entre muchos otros).

En tal orden de ideas, acompañando lo dicho por el Sr. Juez Jantus en numerosos pronunciamientos, cabe recordar que Néstor Pedro Sagües, al referirse a los supuestos de arbitrariedad fáctica, explica que *"... engloba a aquellos pronunciamientos que no evalúan idóneamente a los hechos y a las pruebas [falta de motivación adecuada en el fallo], sea porque prescindan de ellos, se basen en afirmaciones dogmáticas, incurran en contradicción con ellos, etc.,..."*.

Además, señala que *"... más de una vez se ha distinguido, entre fundar una sentencia [esto es, referirla a normas de derecho, que servirían de apoyatura al fallo] y motivarla [apreciar críticamente el material fáctico del pleito: cuestiones de hecho y prueba] ..."* ("Compendio de derecho procesal constitucional", Astrea, Bs. As., 1ª reimpresión, 2011, págs. 230/1 y sus citas; Sagües, "El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional", ED, 97-943).

Agrega más adelante que *"...la doctrina de la sentencia arbitraria cubre también aquellos supuestos –no siempre escindibles de la arbitrariedad ‘normativa’– en los cuales el juzgador maneja con arbitrariedad el material existencial de la causa. La arbitrariedad fáctica es una significativa excepción –cada vez más pronunciada– a la tesis tradicional que excluía del recurso extraordinario el análisis de problemas de hecho y prueba. Alude principalmente a la falta de debida motivación del fallo objetado ..."*.

Y en cuanto a la incidencia de la arbitrariedad, precisa que *"... cuando versa sobre un elemento de prueba, tiene que aludir a un extremo conducente relevante, esencial o decisivo para la solución del caso ..."* (op. cit., págs. 259/60, y sus citas: CSJN Fallos: 286:330 y 302:418; 303:346; 316:1079 y 321:1019).

Luego, con relación a la arbitrariedad en el análisis y ponderación de los hechos y pruebas, sostiene que *"...así como la doctrina de la arbitrariedad abarca los supuesto de exégesis inadecuada, injusta o inequitativa de una norma (...) también cubre los casos de análisis erróneo [cuando el error asume la condición de inexcusable], parcial, ilógico, insuficiente o inequitativo del material fáctico y probatorio. En cualquiera de estas manifestaciones, y de darse una magnitud*

que lo justifique, el fallo pasa a tipificarse como arbitrario (...) Como pautas generales, la Corte señala que si media un evidente apartamiento de los hechos, del buen sentido o de las reglas de la sana crítica, la sentencia es arbitraria, como si abandona el correcto entendimiento judicial del material probatorios, o le da un tratamiento no adecuado. Si la interpretación del a quo se limita a un análisis parcial y aislado de los diversos elementos del juicio, pero no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, el fallo para ser arbitrario. Tal sería una evaluación incompleta, fragmentaria y asistemática de las conductas a meritar en la sentencia...” (op. cit., págs. 262/264 y citas, Fallos: 301:574; 308:1825; 304:1510; 308:1825; 320:1683; 321:1909 y 2990; 322:1522; CSJN, 8/8/89, LL, 1990-E-433; Fallos: 323:1508, 2653 y 2821; 303:2080; 310:1903; 319:301; 321:3423 y 1404; 24/4/89, LL, 120-569; Fallos, 308:112 y 640; 322:1325; 323:198 y 2314; 324:1381, 26/6/90, JA, 1990-IV-221; Fallos, 316:796; 320:726; 316:1717; 318:500; 319:103 y 730; 320:1463; 321:1647; 323:212, etc.).

Debe agregarse también, por entenderse de aplicación al *sub lite*, que la Corte Federal ha señalado que, en principio, es bastante fundamento de las decisiones judiciales la remisión a lo resuelto en pronunciamientos anteriores (o como puede sostenerse en el caso, *mutatis mutandi*, a la postura sustentada por una de las partes), sin que esas remisiones importen de por sí la arbitrariedad de una sentencia, aunque ese sólo extremo, sin referencia a las cuestiones oportunamente propuestas por el apelante y conducentes a la solución del juicio, es insuficiente (cfr. **“Deheza, Carmen Esmeralda c/ Riportella, Ernesto G”**, Fallos: 278:271; **“Leda, Pedro Félix c/ Darcyl, León S.”**, Fallos: 296:363; **“Verón, Rosana Itatí”**, Fallos: 302:1675; **“Esmoris, Manuel c/ Cía. Colectiva Costera Criolla S.A”**, Fallos: 304:1343; **“Intercam S.A.C. y otros s/ infracción ley 19.359”**, Fallos: 311:2293; y en fecha más reciente en **“Pergentil, Fany c/ Gaspard, Carlos y otros s/simulación”**, causa n° CSJ 792/2012, rta. 14.7.15).

Cabe destacar que en el citado precedente **“Intercam”**, referido a la materia penal y por ello de especial interés, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, en decisión que luego fue descalificada por la Corte, se había remitido para resolver a los términos de una



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

decisión administrativa dictada por el Banco Central de la República Argentina.

Finalmente, es de destacar que, conforme lo señaló el Sr. Juez García en el precedente **“Kippke”** (Reg. n° 1008/17, Sala I, sentencia del 18/10/17), *“...cuando el imputado afirma hechos que excluirían la punibilidad, o eventualmente la disminuirían, no se trata de poner en cabeza de éste o de su defensa la carga de la prueba de esa afirmación, pero sí es exigible que quien alega esa hipótesis aporte una explicación razonable que pueda ser sustentada. Aunque no se requiere a la defensa una demostración acabada de la hipótesis alegada, esa alegación debe ser al menos persuasiva, lo que presupone algún indicio objetivo y alguna inferencia posible de ese indicio objetivo...”*.

En igual sentido, también señaló dicho Magistrado que si bien *“...la carga de la prueba recae sobre la acusación (...) cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la ‘persuasión’ en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción (...) pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable...”* -el resaltado no se encuentra en el original- (GARCÍA, Luis M, *“El silencio y el privilegio contra la autoincriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”* en PLAZAS, Florencia G. y HAZAN, Luciano A. (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015, pág. 225).

En línea con el criterio reseñado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló en el precedente **“Abraham Jonte”** (Fallos: 324:4039), al hacer suyo lo dictaminado por el Sr. Procurador Fiscal con cita de prestigiosa doctrina procesal, que el imputado no tiene la carga de probar la disculpa, aunque no aparezca probable o sincera, pues no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone su absolución.

También se dijo allí que la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de

culpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación.

Dicha doctrina fue reiterada luego, *mutatis mutandi*, en “**Vega Giménez**” (Fallos: 329:6019), y recientemente en “**Tomassi**” (Fallos: 343:2280), y en “**Collante, Pablo Sebastián s/ legajo de apelación**”, (causa n° FCR 1608/2016/3/1/RH1, rta. 17.12.20).

Con arreglo a tales estándares, corresponderá siempre a la acusación la tarea de acreditar que se reúnen todos los extremos legales requeridos para la imposición de una sanción penal, no sólo aquellos vinculados con la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal en particular, y del grado de participación en él, sino también los relativos a la ausencia de causas de justificación, inculpabilidad u otras que posibiliten concluir en la impunidad de la conducta atribuida.

No obstante ello, también corresponde a la defensa la acreditación de determinadas circunstancias de hecho que, apreciadas razonablemente, posibiliten concluir, al menos, en un grado de probabilidad relevante (no destruido con certeza por la hipótesis de la acusación, y que por lo tanto posibilite la aplicación del principio del ‘*favor rei*’), sobre la existencia de alguna de aquellas causas que deriven en la no punibilidad de quien las invoca en su favor.

IX.3.2. La decisión a adoptar.

Considero que le asiste razón a la defensa en que el *a quo*, con una motivación insuficiente, en la que no consideró debidamente los diversos elementos de juicio que podían conducir a una conclusión contraria (al menos por imperio del principio del *favor rei*), descartó la presencia de una causal de inimputabilidad en el caso.

En efecto, el tribunal de grado compartió la consideración de la Fiscalía según la cual el Dr. Martínez Ferreti habría concluido que el trastorno de personalidad del acusado no era una enfermedad mental en los términos del art. 34, inc. 1º, CP.

No obstante, los colegas de la anterior instancia soslayaron que esa afirmación había sido fruto, en verdad, de una particular interpretación de la Fiscalía respecto de los dichos del referido testigo



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

quien, conforme ya se relevó, dio sobradas razones por las cuales había arribado a una opinión que no se corresponde exactamente con la que manifestó a su respecto el acusador público, o al menos, con el alcance que éste pretendió otorgarle con arreglo a la norma mencionada en el párrafo precedente.

Obsérvese que el perito fue muy claro al indicar que el imputado, al momento del hecho, padecía un “... *trastorno depresivo con intentos de suicidio y elementos de tipo psicótico* ...”, y que dicho trastorno, “... *constatado el mismo día (del hecho) y varios días sucesivos por varios médicos forenses, alcanzó un nivel de alteración morbosa, en los términos del art.34, como para que el sujeto no pudiera correctamente en ese momento comprender el grado de ilicitud de lo que estaba haciendo y dirigir las acciones* ...”.

También fue preciso el experto en indicar que al momento del hecho, para el imputado “... *no tuvo peso la criminalidad o la antijuridicidad del acto que estaba haciendo, [es decir] para él no tuvo la forma legal, imbuido por el estado afectivo en el que estaba, no tuvo lugar de consideración para él que esto fuera un crimen, fuera una lesión a otra persona, como tampoco tuvo freno para él que los hechos que estaba llevando a cabo podían llevarlo a quitarse su propia vida* ...”, de modo que “... *estaba tan cargado de estado afectivo que no le daba ningún valor a él la situación de que hubiera algo legal en el medio de todo eso. O sea sus actos y su comprensión de la realidad estaban dominados por una vivencia catastrófica que lo llevó a atentar contra su vida y también contra la de personas con las que tuvo una relación de pareja que casualmente parecería que la separación de ella es la que le generó la situación.*

Yo creo que no pudo comprender porque su afectividad no le permitió valorar, o sea, sopesar, poder relacionar por la carga afectiva que tenía en ese momento ...”.

Frente a todo ello, el tribunal no debió hacerse simplemente eco de la afirmación de la Fiscalía de que el examen forense no había indicado la presencia en Prieto de alguna enfermedad mental sino que debió, ante la alusión del experto a la alteración morbosa que su estado psíquico presentaba al momento del hecho, expresar cuáles eran las razones por las cuales consideraba, de modo contrario a la opinión del perito y desde el punto de vista normativo, que aquél había podido

comprender la ilicitud o el contenido contrario a valores de su accionar y/o dirigir sus acciones de acuerdo con dicha comprensión.

Ello así pues, conforma a la doctrina de la Corte reseñada en el acápite anterior, abordar de modo suficientemente motivado dicha cuestión, oportunamente introducida por la defensa, resultaba por completo conducente para la decisión a adoptarse.

En tal inteligencia, tampoco efectuaron un riguroso análisis de la extensa explicación brindada durante el debate por el médico aludido, quien no sólo ratificó el contenido del informe pericial por él suscripto sino que, además, evacuó todas las preguntas que le dirigieron las partes en el debate, en cuyo transcurso evidenció un acabado conocimiento de las diferentes constancias incorporadas a la causa y esgrimió fundamentos de las conclusiones a las que arribó que aparecen como razonables, exentas de contradicciones internas, y compatibles con los restantes elementos de juicio incorporados.

En el mismo orden de ideas, tampoco se ocuparon los sentenciantes de desarrollar las razones por las cuales cabía afirmar la capacidad de culpabilidad del imputado pese a que dos informes médicos, uno de ellos el suscripto, entre otros expertos, por el aquí declarante en el juicio Martínez Ferreti, habían señalado lo contrario.

En efecto, el informe de fs. 148/150 , llevado a cabo por el Dr. Daniel Héctor Silva, concluyó que:

“... 1. Las facultades mentales de JORGE RAMON PRIETO, no encuadran en la normalidad psicojurídica.

2. Presenta un Trastorno Depresivo con intento de suicidio y elementos de tipo psicótico.

3. Dicha afección es ubicable en el apartado ‘Alteraciones morbosas de las facultades’ que establece el art. 34 del Código Penal.

4. La patología referida conlleva una limitación de su autonomía psíquica, que le resta capacidad para estar en proceso penal.

5. En relación al momento del hecho (13/01/12), puede considerarse que el imputado se encontraba en dicho estado, en un contexto de Agitación Psicomotora homologable al Trastorno Mental Transitorio Completo de los autores



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

españoles, que conlleva grave afectación de la Conciencia, lo cual explica las fallas en la función de memoria descriptas a fs. 48, 102, 121, 131 y 148.

6. La situación psicoclínica descripta en el punto 5 ... le habría impedido comprender el sentido de sus actos y dirigirlos conforme dicha comprensión ...”.

Por su parte, tampoco les mereció observación alguna en particular, más allá de la remisión al alegato de la Fiscalía, y a pesar de la extensa declaración que se produjo a su respecto en el debate, el contenido del informe de fs. 421/6, suscripto entre otros por el mencionado perito Martínez Ferreti, el cual concluyó, acerca del imputado, que resultaba “... verosímil que en ocasión de los hechos haya sufrido un grado de descompensación psíquica tal como para comprometer su capacidad de comprender la eventual criminalidad de sus actos, dirigir sus acciones ...” (punto 4).

Tales conclusiones, contenidas en sendos dictámenes periciales de la especialidad, debieron haber merecido una crítica detallada y exhaustiva acerca de las específicas razones que condujeron al tribunal a apartarse de aquéllos.

Esto es, debieron destacarse aspectos contradictorios, confusos o ambiguos de cada dictamen, precisándose cuáles eran, o su eventual falta de motivación o de apoyo en circunstancias comprobadas de la causa, que determinasen que, en definitiva, por tales carencias, sus contenidos y conclusiones no resultaban pertinentes ni útiles a los fines de la decisión sobre el punto en análisis.

Y que, en definitiva, todo ello los conducía a realizar una diferente evaluación de la capacidad de culpabilidad del imputado al momento del hecho.

En dicho orden de ideas sostener, tal como lo hizo el *a quo*, que la defensa no había analizado la actuación del imputado en el caso concreto implicó, de su parte, desoír también por completo los informes médicos de mención, en los cuales, sobre la base de los elementos de juicio que en cada caso se habían colectado al momento de su confección, se hizo concreta alusión a las diferentes circunstancias que habían rodeado al hecho del *sub lite*, y a la incidencia que aquellas habían tenido para la configuración de un estado psíquico en particular.

Así las cosas, resulta de aplicación al caso la doctrina en materia de arbitrariedad del Máximo Tribunal mencionada en el precedente acápite **IX.3.1.**, y lo demás allí referido en cuanto al análisis que debe hacerse de la invocación de alguna causal que excluyese en general la punibilidad.

Ello así toda vez que el *a quo* omitió expedirse, de modo suficientemente exhaustivo y riguroso, del mérito que correspondía otorgarle, para concluir en una solución contraria, a los informes médicos obrantes en autos y al contenido de la declaración dada en el juicio por el experto que había suscripto uno de ellos.

Igualmente, con arreglo a la doctrina expuesta en el acápite anterior, tampoco fundó el tribunal de grado las razones por las cuales, pese a las conclusiones liberatorias de pena a las que conducían tales dictámenes, debía afirmarse la inexistencia de la causal eximente de punibilidad discutida en el caso, con absoluta certeza y sin margen alguno para la constatación de una *duda razonable*.

Es por todo ello que le asiste razón a la defensa en que no puede calificarse al decisorio recurrido, en cuanto a las cuestiones aquí tratadas, como un acto jurisdiccional válido, por carecer de motivación suficiente en los términos de los artículos 123 y 404, inciso 2º, del ritual, al haberse fundado para descartar la capacidad de culpabilidad del imputado en una arbitraria valoración de los variados elementos de juicio que se incorporaron.

En cuanto a la solución que habré de proponer, nos encontramos, en primer término, con una sentencia condenatoria que, sólo en cuanto a los aspectos aquí tratados, debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido por su carencia de adecuada fundamentación, tal como se lo precisó con anterioridad.

Sobre esa base, habré de recordar que tal como me pronuncié, entre otros, en el precedente “**Risoluto**” de esta Sala (reg. n° 1253/17, del 30.11.17), “... *el recurso de casación... cualquiera sea la concepción que se tenga de sus finalidades y sin poner en duda su función relativa a la unidad de la aplicación del Derecho no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad ...*” (Bacigalupo, Enrique, “*La impugnación de los hechos*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

probados en la casación penal y otros estudios”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 1994, p. 48).

En esa dirección, no constituye obstáculo para proceder del modo en que se propondrá la circunstancia de que en el *sub lite* se trate de la aplicación de reglas normativas contenidas en el Código Procesal, pues el carácter sustancial de tales preceptos, aplicables al caso, desde la perspectiva del recurso de casación, deriva de su directa operatividad sobre el principio fundamental de inocencia.

En efecto, como ha sido explicado por la doctrina “*cuando una norma (de la ley procesal o no) opera sobre un derecho fundamental... no puede ser considerada como meramente adjetiva*” (Bacigalupo, *op. cit.*, pág. 42).

Por tal razón, entiendo que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 470, CPPN, debe casarse la decisión recurrida y absolverse al aquí imputado respecto al hecho que se le atribuyó en autos.

El tratamiento de los demás agravios articulados por la defensa deviene, así, inoficioso.

IX.4. Agregado sobre la no aplicabilidad al caso del art. 43, CP.

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, y tal como se lo anticipó al momento de tratar la cuestión aludida en el precedente epígrafe, interesa ahora destacar que la situación psíquica del imputado al momento del hecho, descripta con claridad por los informes médicos a los que se hizo alusión en el acápite precedente, resulta claramente demostrativa de que, conforme se dijo en el acápite **VII.7.**, el imputado no percibió en modo alguno, al decir de Roxin, *la existencia de una posibilidad de continuación que hubiese reconocido como adecuada para él y que, pese a ello, se hubiese abstenido de llevarla adelante*.

En efecto, el estado de afectación psíquica en el que se hallaba en tales circunstancias (explicado en detalle por los expertos), torna absolutamente improbable que se hubiese encontrado en condiciones, una vez cumplida su conducta de estrangulamiento de la víctima con la posterior pérdida de consciencia de la agredida y que ésta

hubiese recobrado su conocimiento, de reconocer alguna vía adecuada para completar su obra.

Por el contrario, tal como lo expusieron los peritos, en ese momento adquirió sustancial incidencia en su comportamiento, por su estado psíquico, la posibilidad de auto lesionarse, lo cual efectivamente hizo, y se acreditó así, de ese modo, la imposibilidad de percatarse de la existencia, en concreto, de que la continuidad en la modalidad de ataque que hasta ese momento había desplegado podía llevarlo a obtener el fin que se había propuesto.

X. Por todo ello, y sin costas en la instancia (arts. 530 y 531, CPPN), propongo entonces al Acuerdo:

X.1. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía y calificar el hecho atribuido a _____ Prieto en esta causa como constitutivo del delito de tentativa de homicidio simple en concurso ideal con aborto (arts. 470 del ritual y 42, 54, 79 y 85, inciso 1º del Código Penal).

X.2. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y absolver al nombrado Prieto por ese mismo hecho (arts. 18 de la Constitución Nacional y 470 del ritual).

X.3. En virtud de lo anterior, ordenar la inmediata intervención de la justicia nacional en lo civil a los fines de, en su caso, la aplicación de la ley 26.657, sin perjuicio de mantener, por el momento, la medida cautelar dispuesta en el punto dispositivo **V** de la sentencia recurrida por los Sres. Jueces del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 5 cuyo eventual cese, deberá ser evaluado, en su oportunidad, por el Sr. Juez de ese fuero que resulte designado para intervenir.

X.4. En lo restante, rechazarlo y, en consecuencia, confirmar los demás aspectos aquí tratados del fallo en crisis (arts. 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, *ibídem*).

El juez Pablo Jantus dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el estimado colega Huarte Petite en el punto X.2 de su voto por cuanto, descripto el cuadro alegado en los puntos IX.1, IX.2, IX.3.1, advierto, al igual que el juez preopinante, que el *a quo* no ha fundado su decisión de un modo tal que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

posibilite explicar, con el grado de motivación y consecuente certeza que un acto de esta naturaleza requiere, porqué el planteo de inculpabilidad formulado por la asistencia técnica del imputado no era pertinente en el caso.

En efecto, si en la deliberación de los jueces de grado entendieron que no podía prosperar la hipótesis defensiva, deberían haber fundado su postura explicitando y desarrollando los elementos que los condujeron, fuera de toda duda razonable, a esa conclusión.

Sin embargo, ello no ocurrió pues el *a quo* desechó el planteo sin hacerse cargo de analizar los aspectos derivados de los informes médicos sobre el tópico, aludiendo –escuetamente– a que “*la defensa no ha[bía] entrado a analizar la actuación del imputado en el caso concreto objeto de la imputación. Tal vez, porque ha dicho con anterioridad que no se sabía cómo fueron los hechos*” (textual).

De esta manera y tal como se adelantó párrafos arriba, la argumentación de la sentencia revela serias deficiencias en cuanto a su fundamentación, en tanto sólo se integra por la mera remisión a la opinión de la fiscalía para rechazar la causal invocada, sin precisar las razones por las cuales llegaba a esa conclusión, en especial, por qué se descartaban las objeciones que la defensa dirigió a la interpretación del acusador público sustentadas en las conclusiones de los peritajes médicos incorporados a la causa y a la opinión de uno de los médicos convocado al efecto, tornan arbitrario el fallo aquí cuestionado.

Por otro lado, puede advertirse que los argumentos plasmados por el acusador público para sustentar su postura habían sido controvertidos por el extenso alegato de la defensora pública, lo que inexorablemente presentaba un caso que debía ser respondido atendiendo al análisis minucioso de los planteos realizados por las partes.

En efecto, el titular de la vindicta pública en su alegato durante el debate, indicó: “*que no hay causas de justificación. Más allá de la decisión de ____ de separarse, que no ampara al imputado. Afirmó que Prieto es una persona madura, que no padece de enfermedad mental, estaba conciente de lo que hacía. Que Pierreti [por el juez que intervino en la etapa de instrucción], [el psiquiatra] Ferretti y [la psicóloga] Hardie fuerzan a esa fiscalía a tener que*

explicar un poco por qué no se debe declarar inimputable a Prieto y condenarlo. Que en este sentido, y previo explicar la fórmula del art. 34 inc 1.[del CP], sostuvo el fiscal que hace falta que exista una enfermedad mental de base que le impida valorar los hechos y dirigir sus acciones. La base es una enfermedad mental. Prieto no padece ni padecía al momento del hecho una enfermedad mental, en ello coinciden Ferreti, Hardie, Prisma. En todo caso, Ferretti, copiándose de la historia clínica, dijo que tenía un trastorno F.69 del CIE 10, del que explica que la sigla obedece a un manual que cataloga y define de manera internacional los diferentes tipos de enfermedades mentales, por eso termina pareciendo más serio el diagnóstico de PRISMA. Habla de un trastorno inespecífico de personalidad, es una forma particular de personalidad que puede tener tendencia a la depresión. No es alteración morbosa de la facultad mental conforme lo prevé en el art. 34 y así lo reconoció en la audiencia el doctor Martínez Ferreti. El fiscal afirmó que Martínez Ferreti nos dijo que frente a determinado estímulo Prieto pierde los cabales, llegando a esa conclusión de las actas de la instrucción. El fiscal criticó la idea de Ferreti respecto de que el señor [Prieto] quedó ensimismado a partir de la decisión de ella de separarse, y después reaccionó, la tomó a partir de lo que el escribiente del juzgado de instrucción dijo que ella dijo. No percibió en forma directa lo que ella relató. Sumado a que intentó suicidarse. Que no dijo que a partir de allí era un alienado, no le gustaba la palabra pero se refirió a trastorno mental que le impidió dirigir sus acciones. Que esa fiscalía le llamó la atención y por eso le preguntó. Y el profesional volvió a decir lo mismo, concluyendo que el suicida es un trastornado mental. El fiscal hizo referencia a bibliografía psiquiátrica al efecto. El fiscal piensa que prefería matarse de saber que por su culpa se murieron sus hijas y, conjetura que, no por eso está fuera de sus cabales. Afirma que Ferretti no piense lo mismo. El fiscal hizo hincapié en que la internación de Prieto, más allá del control psiquiátrico, fue motivada por la lesión del señor en su cuello, que seguramente tenía que tener control por el trauma de lo que acaba de hacer y ver. Que vimos las fotos y vimos a _____ como quedó unos años después, cómo quedó después de pasar por hechos como este. Que, según el médico psiquiatra Martínez Ferretti, el shock que ella sufre no sería desde su óptica como consecuencia de la pérdida de su embarazo y el hecho de violencia extrema que sufrió, sino una consecuencia de haberle dicho a Prieto que quería separarse. El fiscal afirmó que no es un caso de trastorno mental que implica la aplicación del art. 34. CP. Además, aseveró que el concepto de trastorno mental transitorio como usa Ferretti



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

está muy vapuleado y que, está claro que las cuestiones emotivas no provocan en personas sanas un estado de alteración morbosa de sus facultades mentales. Que Moreno explica muy bien por qué introduce el tema en el código. Cita a Moreno, página 254 del Código Penal y sus antecedentes del que da lectura. Cuando se redactó el art. 34 CP se tuvieron en cuenta estas cuestiones y por eso lo excluyeron de su hipótesis. Destaca el fiscal que una cosa es un alienado mental y otra cosa es una persona sana que por una cuestión se sale de sus cabales. Un enojo no puede llevar a hacer cosas de las que probablemente se arrepienta pero no es un alienado mental. Pocas veces vemos un ataque de estas características en estado de tranquilidad. El caso de sicario, que en todo caso así lo hace, es el menos común. Probablemente esté bajo una presión emocional pero el objetivo de la ley es que controle sus emociones. Que esa fiscalía introdujo en el interrogatorio el estado de emoción violenta, pero no es el caso. Prieto es responsable del hecho que le imputa y debe ser condenado.”

Por su parte, la defensa en su alegato, afirmó que “...no se encuentra acreditada la capacidad de culpabilidad de su defendido. Cita bibliografía al efecto y se expone sobre la teoría alienígena. Cita Donna. El art. 34 se encuentra formado sobre base mixta encaminando a determinar sobre el caso concreto si la persona tuvo conocimiento de criminalidad. No solo para el caso de tener una enfermedad base. Lo que se requiere es haber podido valorar el accionar injusto, conocer y comprender la antijuricidad del acto en el momento del hecho. Esto es lo que claramente no tuvo Prieto. Comprender no significa conocer. Implica un juicio de valor. Cita doctrina al efecto. Claramente que todos los médicos que lo vieron descartaron la existencia de una enfermedad pero hablaron de falla evaluativa de Prieto. Que incluso el Dr. Silva lo asimiló a trastorno mental transitorio. Traído del derecho penal español, porque impedía que se llegara a donde debía llegarse, y se agregó esta circunstancia en la legislación de la que da lectura como así también hace cita de una parte de un fallo del Tribunal Supremo resuelto en este sentido. El trastorno que padeció le impidió comprender la antijuricidad de sus actos. Lo dicen los especialistas en esto. Es importante mencionar cada elemento de prueba. Cita el informe realizado por Segovia y Ginesin del que da lectura a sus conclusiones. La pericia realizada en 2016 de fojas 770 del que también hacen referencia a las fallas. El informe de enero de 2012, que también hace referencia a la falla, a la medicación que le era suministrada del que también da lectura. Que su cuadro podía mejorar con tratamiento que se le estaba suministrando y que en ese momento no podía

comprender. Que luego el doctor Silva del C.M.F también lo examinó sobre el que también hace referencia. Que todos los médicos llegaron a la misma conclusión, de la que da lectura. Que se hizo ampliación que también concluye que tiene una alteración de las incluidas en el art. 34. También hacen referencia a los dichos de Martínez Ferreti en la audiencia sobre los que realiza un análisis. Sigue citando las pericias de Orgati, evaluando a las circunstancias que hacen a personalidad de Prieto y dijo que el rendimiento cognitivo resultaba poco convencional y del que da lectura también. Que la licenciada realizó el último informe que dice que era factible que Prieto tuviera afectada sus facultades mentales. Que además dijo que no le había impresionado una personalidad fabuladora, que tuvo en cuenta las alucinaciones que se consignaban en su historia clínica para llegar al punto 4 del informe de fojas 446, que hizo junto a Hardie y Martínez Ferretti, del que da lectura, agregando que ese informe se realizó por supuesta controversia entre un informe realizado por Silva y otro hecho en Prisma. Que Ferretti nos explicó que no eran contradicciones sino que fueron efectuados en distinto tiempo, que el cuadro había mermado desde su inicio. Además el informe de Prisma no está hecho por psiquiatras como Ferretti nos dijo se hacen en C.M.F y puede que por psicólogos. El de Prisma estuvo hecho por psicóloga y trabajadora social. Habla de idoneidad de los peritos. Que en la página de la acordada 14 de la Corte el primer puesto por examen de antecedentes e idoneidad es Martínez Ferreti y luego Silva, no puede primar el informe de Prisma sobre sus opiniones. Que Ferreti explicó acabadamente de por qué en ese momento era verosímil que Prieto no pudiera comprender en ese momento la criminalidad de su conducta. Explicó sostenidamente su parecer. Habló de la situación mental en la que se encuentra una persona que decide suicidarse, nos habló del instinto de conservación. Es el único caso que la ley de salud mental permite su internación compulsiva, estaba en ese momento atravesando una enfermedad, es patológico, contrario a la naturaleza del hombre. Este trastorno llevó a que Prieto no tuviera el juicio valorativo conservado. Entró en un cuadro. La autolesión fue un dato que tuvieron en cuenta para decir que tenía alterada la culpabilidad el señor Prieto, que presentaba alteración morbosa y ribetes de enfermedad. También explicó por qué estaba superado el alienismo, cita doctrina. No importa si la alteración es transitoria o permanente, lo importante es que en ese momento estuviera afectada su facultad de comprensión y dominio del acto. No se pueden controvertir las labores periciales y las copias de las historias clínicas de Prieto agregadas e informes de la prevención, que decía que no



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

podía hablar por los cortes en el cuello. Da lectura a la conclusión de ingreso en el hospital Dupuytren y los recaudos que se tuvieron que tomar, las que no se tendrían que haber tomado sino se consideraba que tenía las facultades mentales alteradas. Da lectura al informe que lo trató allí. Que es muy importante lo allí plasmado. Se vio claramente comprometida la capacidad de culpabilidad de Prieto. Es necesario que haya perturbación de la conciencia y es lo ocurrido. Hace citas. No podemos afirmar lo sostenido por el fiscal. Todo lo contrario entiende. Nadie hace disquisición entre dos cuadros de situación o agresión. Sabemos que se escuchó un único pedido de ayuda. Se corresponde con un único accionar de Prieto y que culminaron con intento serio de quitarse la vida. Que contrariamente a lo que dice el fiscal, a las fotos y lo que dijera ____ toda la casa estaba revuelta, lo que se condice a la reacción ante un motivo. Cualquiera pudo ser el desencadenante. Respecto de episodios de violencia no han quedado acreditados, los vecinos hablaron de discusiones de pareja. Lo que surge del parte policial es una excoiación en la mano de _____. No hay más, el padre no sabe nada. Que él quería ser padre en ese momento lo que se condice con los dichos de la pareja de la madre. Que en la habitación había una cuna, la madre le dio el departamento, él quería formar su familia. Que no tuvo ninguna intención de que abortara porque él quería tener ese bebé, para sostener lo contrario hay una falta total de elementos probatorios. Es en definitiva el juez el que debe hacer el juicio del art. 34, debiendo fundar las razones de por qué no entiende acertado el juicio del perito. Fueron más de cuatro peritos, deben fundarse las razones de por qué apartarse de sus conclusiones. Debe ser absuelto. Debe también aplicarse el art. 3 del CPPN en función del principio in dubio pro reo del art. 18 de la CN. Cita fallos sobre casos de aplicación de la duda en casos de art. 34 inc 1.”.

La exposición del Fiscal General en su alegato, a la que escuetamente el Tribunal se remitió, presentó el caso con una interpretación de las opiniones de los expertos, de los diversos informes, y de los hechos que se dieron por probados, que implicaba una fuerte crítica a la actuación del juez de instrucción y de los profesionales del Cuerpo Médico Forense, para concluir afirmativamente a la pregunta de si el encartado había podido dirigir las acciones objeto de imputación. De adverso, la defensa controvirtió la posición del acusador público, expuso las medidas que debieron eventualmente solicitarse para intentar descalificar seriamente la opinión del especialista que ratificó las

conclusiones de los peritajes incorporados por lectura. Incluso, aseveró que se daba en el caso la posibilidad de un cuadro de duda insuperable respecto de la capacidad de Prieto de entender y direccionar sus conductas en el momento de los hechos que debía conducir a su absolución por aplicación del art. 3 del CPP.

El contradictorio planteado por las partes debió haber sido superado por una respuesta integral del Tribunal, que permitiera explicar qué aspectos eran correctos y cuáles los desatinados de todos aquellos traídos por los sujetos procesales, bajo una interpretación armoniosa de la prueba incorporada al juicio para dilucidar el planteo en cuestión.

Explica Néstor Pedro Sagües: “a) Que la omisión de cuestiones o temas conducentes oportunamente propuestos por las partes es causal de arbitrariedad en las resoluciones judiciales, las que deben en su consecuencia ser dejadas sin efecto. b) Que para la aplicación de la doctrina precedente, es requisito que se trate de cuestiones oportuna y debidamente propuestas al fallo judicial. c) Que para anular la sentencia que incurre en arbitrariedad por omisión en la decisión, *el fallo del caso debe causar agravio a la parte impugnante*. De no mediar tal perjuicio, no es aplicable la doctrina referida. d) Que no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la doctrina de la sentencia arbitraria. Así la Corte indica que la falencia de la resolución judicial debe referirse a «cuestiones sustanciales para la adecuada solución del litigio» (o «cuestiones conducentes» a tal fin) u «omisiones decisivas»” (v. *Compendio de derecho procesal constitucional*, 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As., 2011, pp. 252 y ss. y citas: CSJN: *fallos* 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:757; 306:178 y 950; 319:215 y 1377; 320:2198 y 324:1119).

En efecto, es doctrina del Máximo Tribunal que la ausencia de respuesta en la sentencia de un argumento central de la defensa, apto para modificar el resultado del litigio, importa una clara lesión al derecho a ser oído garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional que la priva de fundamentos y descalifica como acto jurisdiccional válido, conforme la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (vgr. CSJN, caso



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

“Bassi Parides, Teodolindo Serafín y Simons Ramos, Alcides s/ contrabando”, recurso de hecho, B. 33. XXXIX, del 22/2/05).

Pues bien, como refiere el distinguido colega preopinante en el punto IX.3.2 de su voto, los magistrados de la instancia anterior omitieron en la resolución impugnada dar una respuesta fundada e integral a un planteo de la defensa que resultaba decisivo para resolver el caso y que había sido oportunamente formulado por esa parte. Ciertamente, la concurrencia de los requisitos de una causa de inculpabilidad constituía una cuestión central en la medida en que podía conducir a la absolución del acusado por aplicación del art. 34 CP.

En línea con lo deslizado por el voto inaugural en el acápite IX, reitero, ningún desarrollo de la cuestión se efectuó en la sentencia de condena, ni existen mayores referencias a los posibles aspectos contradictorios, confusos o ambiguos de los informes y opiniones médicas, que el planteo de esta envergadura requería.

Por lo demás, no puedo dejar de señalar que la irónica frase esbozada por el Tribunal al referir “[t]al vez [la defensa no habría analizado la actuación del imputado en el caso concreto], *porque ha dicho con anterioridad que no se sabía cómo fueron los hechos*” además de imprecisa, resulta inadecuada para contestar un argumento formulado por una de las partes en el contexto de hechos tan graves como el investigado. Asimismo, la escueta remisión que se realizó en la sentencia a la posición de la fiscalía sin responder mínimamente los serios argumentos que tenía la defensa para refutar esa posición, puesto que se valía de las opiniones de los facultativos que habían intervenido a lo largo de todo el proceso, también impidió saber en el caso concreto porqué, frente a ese cuadro, tampoco era pertinente resolver conforme lo dispuesto en el art. 3 del CPP, de acuerdo a una de las peticiones de la asistencia técnica.

En consecuencia, la sentencia en crisis es nula por falta de fundamentación (art. 123 CPPN) y, por los motivos expuestos en los casos “Quinteros” (Rta.: 8/3/16, Reg. n° 158/2016 –voto de la jueza Garrigós de Rébora–); “Rejala Rivas” (Rta. 13/10/2016, Reg. n° 809/2016); “Schmidt” (Rta. 3/7/17, Reg. n° 538/2017); “González Núñez” (Rta. 9/8/17, Reg. n° 670/2017) y “Vieira” (Rta. 26/12/17,

Reg. n° 1388/2017) de esta Sala, corresponde absolver al acusado para garantizar la vigencia de los principios de inmediación, progresividad, preclusión y prohibición de doble juzgamiento, por cuanto ya se ha realizado el juicio válido en su contra y la nulidad del fallo no deriva de una actividad de la defensa sino de la propia deficiencia en la actuación de los organismos del Estado, lo que impide el reenvío y su renovación (cf. doctrina del caso “Polak”, CSJN *fallos* 321:2828).

En función de ello, los restantes agravios se tornan inoficiosos.

Voto, entonces, por: 1) hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular la resolución recurrida y, en consecuencia, absolver a _____ Prieto, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho por el que fue acusado; 2) declarar inoficioso el tratamiento de los restantes agravios introducidos por las partes; 3) proceder conforme se propone en el punto X.3 del voto que abre el acuerdo con relación a la intervención de la justicia civil; sin costas (artículos 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación; art. 18 de la Constitución Nacional).

El juez Mario Magariños dijo:

Atento que en el orden de deliberación los jueces Huarte Petite y Jantus han coincidido en la solución que corresponde dar al caso, estimo innecesario emitir mi voto de conformidad con lo establecido en el art. 23, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

I) HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la decisión recurrida y **ABSOLVER** a Jorge Ramón Prieto con relación al hecho atribuido en la presente causa (artículos 18 de la Constitución Nacional y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

II) En virtud de lo anterior, ORDENAR la inmediata intervención de la justicia nacional en lo civil a los fines de, en su caso, la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1454/2012/TO1/CNC1

aplicación de la ley 26.657, sin perjuicio de **MANTENER**, por el momento, la medida cautelar dispuesta en el punto dispositivo **V** de la sentencia recurrida cuyo eventual cese, deberá ser evaluado, en su oportunidad, por el Sr. Juez de ese fuero que resulte designado para intervenir, todo lo cual se resuelve sin costas (ley 26.657 y artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido –el cual deberá notificar personalmente al imputado-, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020), sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ALBERTO JOSE HUARTE PETITE
MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

MARIO

Ante mí:

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CAMARA