

**SALA N°1 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE ENTRE RÍOS -12/08/2019-**

**HOMICIDIO DOBLEMENTE CALIFICADO-SENTENCIA DE CASACIÓN -  
MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO DEL RECURSO CASATORIO -  
DESNATURALIZACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO -AFECTACIÓN DEL  
DERECHO DE DEFENSA - NULIDAD -**

---

"S., A. L. - V., C.N. - M., A.A. -ambos menores de edad- s/Homicidio doblemente calificado por el vínculo y promesa remuneratoria s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" (N° 4874)

---

///-C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los doce días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunidos los señores miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, a saber: Presidente, Dr. DANIEL OMAR CARUBIA, y Vocales, Dres. CLAUDIA MÓNICA MIZAWAK y MIGUEL ÁNGEL GIORGIO, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Noelia V. Ríos, fue traída para resolver la causa caratulada: "S., A. Libertad - V., C.N. - M., A.A. -ambos menores de edad- s-Homicidio doblemente calificado por el vínculo y promesa remuneratoria s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA".-

Practicado oportunamente el sorteo de ley, el mismo quedó conformado de la siguiente forma: Dres. CARUBIA, GIORGIO y MIZAWAK.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la impugnación extraordinaria interpuesta?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:  
I.- La Cámara de Casación Penal de Paraná, en fecha 1° de Junio de 2018, resolvió HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Concepción del Uruguay, de fecha 30/8/17, que dispuso la ABSOLUCIÓN de A. L. S. y la AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL de los jóvenes C. N. V. y A. A. M., a quienes se les atribuyera la comisión de un hecho tipificado como homicidio doblemente calificado -por el vínculo y promesa remuneratoria- (art. 80, incs. 1 y 3, Cód. Penal) en carácter de coautoras (art. 45, Cód. Penal) -para el caso de Sánchez y Ventos- y homicidio agravado -por promesa remuneratoria- (art. 80, inc. 3°, Cód. Penal) en carácter de autor (art. 45, Cód. Penal) y homicidio agravado por el vínculo (art. 80, inc. 1°, Cód. Penal) en carácter de partícipe necesario (art. 45, Cód. Penal) -en relación a M.-, la que se anuló, ordenándose el reenvío para que un Tribunal debidamente integrado renueve los actos invalidados.-

II.- Contra dicha sentencia los defensores oficiales, Dres. Lucrecia Sabella -en representación de C. N. V. y A. A. M.- y Gaspar Reca -en nombre de A. L. S.- interponen y fundan (fs. 246/251 vlto. y 252/259 vlto., respectivamente) la impugnación extraordinaria prevista en el apartado II del Acuerdo General N° 17/14 del

Superior Tribunal de Justicia de fecha 3/6/14, punto Cuarto (hoy: arts. 524 y ss., Libro Cuarto, Capítulo IV, Sección II, del Cód. Proc. Penal -Ley N° 9754, modif. por Ley N° 10317-).-

II.1.- La Dra. Sabella, se refiere a los requisitos formales de admisibilidad de la vía intentada y sostiene que la sentencia absolutoria es un pieza fundada, que responde a todos y cada uno de los cuestionamientos que efectuaron las partes y lejos está de ser arbitraria.-

Opina que el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal debió ser declarado inadmisibile y esta solución encuentra fundamentos en el controvertido tema del ne bis in idem. Precisa que esta garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción penal, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante el sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho.-

Sostiene que la facultad de recurrir es sólo del imputado y su defensor, sobre todo frente a un recurso fiscal que ni siquiera intentó demostrar agravios de naturaleza federal y que solamente invocó vicios in procedendo e in iudicando.-

Recuerda que al actor penal público es a quien le incumbe demostrar los extremos de la imputación y si este extremo no se pudo acreditar mediante las probanzas que se produjeron en el debate, la absolución es un imperativo, aunque sea por aplicación del principio in dubio pro reo.-

Considera falsa la premisa de la que partió el Tribunal de Casación; las declaraciones de la madre, la abuela y el tío de M. nunca ingresaron al proceso y por ende, no podían ser excluidas. Es inaceptable que, como dice la Casación, ellas hayan ingresado como prueba documental.-

Destaca que el Tribunal de Casación cita numerosos autores pero sin reparar en que las obras se refieren a sistemas penales mixtos. Resalta que en nuestra provincia rige un sistema acusatorio, cuya lógica se violó al pretender incorporar las declaraciones testimoniales de la I.P.P.. Esto evidencia que la sentencia es dogmática, vacía del contenido necesario y fundamentación para ser un acto jurisdiccional válido.-

Afirma que las declaraciones a las que se alude no fueron prestadas frente a un juez. Fustiga la aseveración del Tribunal de Casación respecto a que, en todo caso, es una cuestión de valor convictivo de la prueba, reiterando así el falso concepto del que partió, que el Tribunal de mérito habría excluido prueba que había sido incorporada.-

Señala que es inaceptable pretender la incorporación por lectura de lo dicho por el imputado en la investigación preliminar, cuando éste declaró algo distinto en el debate, y cuestiona la referencia que se efectúa en el fallo en crisis a lo dispuesto en el art. 433 del CPPER, que solamente se refiere a la declaración del imputado.-

Solicita, finalmente, que se haga lugar al recurso, se anule la sentencia en crisis y se ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.-

II.2.- El Dr. Reza, examina los requisitos de admisibilidad del recurso y relata los antecedentes del caso.-

Sostiene que la conclusión a la que arriba el Tribunal de Casación -en relación a que el tribunal podía valorar las declaraciones que M. M., L. M. y F. A. prestaron en la Investigación Penal Preparatoria, a pesar de que éstos ejercieron su facultad de

abstención, porque ingresaron al proceso como prueba documental- violenta basilares principios del sistema procesal penal.-

Destaca que para el Tribunal de Casación los sentenciantes debieron valorar en la sentencia las declaraciones testimoniales previas por el solo hecho de haber sido admitidas en la etapa intermedia. Esa afirmación es equivocada y confunde la admisibilidad de evidencias para el debate con su efectiva incorporación durante el juicio.-

Precisa que las declaraciones previas sólo pueden ser utilizadas durante el debate para refrescar la memoria o para apuntar contradicciones en el testigo, pero esto no significa que queden ipso jure incorporadas como prueba al debate.-

Conforme al nuevo sistema acusatorio y adversarial, la prueba se produce durante el debate. La prueba testimonial debe ser rendida en el juicio y ante el tribunal, garantizando la posibilidad de control por la defensa.-

Todas las evidencias recolectadas durante la investigación preliminar que sirvieron al Ministerio Público Fiscal para diseñar su teoría del caso, además de ser admitidas en la etapa intermedia, deben ser incorporadas en el juicio para poder ser valoradas por el Tribunal al dictar sentencia.-

Sostiene que en este caso se violaron flagrantemente los principios derivados del sistema acusatorio.-

El Tribunal de Casación confunde lo que es la admisión de evidencias con su incorporación durante el debate; recién con su incorporación al debate la evidencia oportunamente admitida se transforma en prueba y puede ser valorada al sentenciar.-

En este caso, el Ministerio Público Fiscal jamás interesó durante el debate la incorporación de las declaraciones previas y por ello la decisión de la Cámara de Casación es violatoria de los principios esenciales del sistema acusatorio.-

Precisa que el principio acusatorio (art. 64, Const. Provincial) importa una clara delimitación entre las funciones acusatorias y jurisdiccionales. La decisión de la Cámara de Casación importó un exceso jurisdiccional, colocando al órgano jurisdiccional comprometido con la producción oficiosa de prueba, lo que resulta inadmisibles.-

Aduce que también se conculcó el principio adversarial y denuncia la violación del principio de inmediación. En el nuevo proceso penal acusatorio la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales es erradicada y solo se admite en los casos excepcionales previstos en el art. 446 CPPER y -asevera- ninguno de estos supuestos se verificó en este caso.-

Denuncia la lesión del principio de contradicción, que permite a las partes controlar y contradecir los testimonios. Precisa además, que el Tribunal de Casación no se percató que la declaración prestada por la madre del joven M. -M. M.- fue efectuada en la sede de la Fiscalía el 26/1/17 y su defendida fue detenida y quedó sujeta al proceso el día siguiente, el 27/1/17 y nunca tuvo la oportunidad de controlar ese testimonio.-

Aduce que no se respetó el principio de imparcialidad, que veda al juez inmiscuirse en la actividad probatoria de las partes, ya que debe ejercer la jurisdicción como árbitro, ajeno a la contienda de las partes.-

Concluye que las mencionadas violaciones a principios del sistema acusatorio son lesivas de garantías constitucionales y convencionales como la defensa en juicio y el debido proceso legal.-

Destaca que la sentencia es extra petita, se expidió sobre algo distinto a lo petitionado. El Ministerio Público Fiscal instó a que los tres testigos depongan en el juicio pero en ningún momento interesó la incorporación como prueba documental de las declaraciones efectuadas en la I.P.P.. La Casación introdujo cuestiones no planteadas por el casante, ajenas al ámbito del recurso, violando el principio de congruencia y la defensa en juicio.-

Asimismo, plantea que la resolución cuestionada desatiende las razones protectorias que fundamentan la facultad de abstención de los arts. 287 y 288 del CPPER, relacionadas con la necesidad de priorizar los lazos de solidaridad y cohesión familiar, de modo de no colocar a los parientes en la obligación de tener que suministrar información contraria a los intereses de un familiar.-

Opina que la decisión parece más una alternativa ingeniosa para sortear la prerrogativa procesal reconocida a determinados parientes de abstenerse de declarar que una decisión dirigida a resguardar los valores preponderantes de cohesión y solidaridad familiar y ninguna razón vinculada con los legítimos intereses de persecución y represión del delito puede esgrimirse para sortear la posibilidad de abstención.-

Aclara que las referencias a que las defensas ofrecieron los testigos parecen querer significar que la resolución de la Cámara de Casación también atendería a los intereses de las defensas pero ello no es así. Cualquier planteo defensivo efectuado durante el debate o incluso las reservas casatorias tenían por objeto cuestionar una eventual sentencia condenatoria, jamás una absolutoria.-

Efectúa la reserva del caso federal y solicita que se haga lugar a la impugnación extraordinaria, se deje sin efecto la sentencia cuestionada y se reenvíen las actuaciones para que un tribunal debidamente integrado se expida sobre el recurso de casación articulado por el Ministerio Público Fiscal.-

III.- La Cámara de Casación Penal de esta Capital el 12/11/18 denegó (por mayoría) la concesión de las impugnaciones extraordinarias articuladas (fs. 263/271 vlto.) e, interpuestos sendos recursos de queja por parte de los defensores técnicos de los imputados, fueron admitidos por la mayoría de esta Sala N° 1, declarándose mal denegadas las impugnaciones extraordinarias, las cuales se conceden por ante este Tribunal (cftr.: fs. 282/285).-

IV.- Celebrada la audiencia prevista en el artículo 515 del Cód. Proc. Penal, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado digesto, concurrieron: el representante del Ministerio Público Fiscal, señor Fiscal de Coordinación, Dr. Fernando Lombardi; el defensor técnico de A. L. S., Dr. Gaspar Ignacio Reca, y, como Ministerio Pupilar y en representación de C. N. V. y A. A. M., la señora Defensora, Dra. Lucrecia Sabella.-

IV.1.- La Dra. Lucrecia Sabella, mantuvo el recurso interpuesto y adelantó que la causa no debió arribar a esta instancia porque se está discutiendo una cuestión procesal.-

Comentó que el Tribunal de Concepción del Uruguay dictó una sentencia impecable, absolviendo a la señora Sánchez y a los menores que representa. Destacó que cada uno de los vocales emitió su voto y concluyeron que la prueba no era suficiente para destruir el estado de inocencia.-

El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal repite lo alegado en la instancia de juicio, pero no planteó ninguna cuestión de índole federal.-

Esbozó queja sobre la tendencia de la Cámara de Casación a limitar el tiempo para que las partes aleguen en la audiencia.-

Resumió la postura del Fiscal en el recurso de casación y precisó que los agravios de la fiscalía eran dos y se referían a la exclusión de la prueba relevante y al descrédito de los dichos autoincriminantes de M., pero este último extremo no fue abordado por la Cámara de Casación. Citó los casos "Berón-Barrios" de la Sala N° 1 de la Cámara del Crimen y "Bordón-Maydana", de la Sala N° 1 del STJ, en los que se estableció que la única versión admitida es la que se presta en el debate.-

Analizó la exclusión de las declaraciones de la mamá, la abuela y el tío de M. y coincidió con los argumentos dados por el Tribunal de Juicio respecto a que los testimonios deben rendirse en el juicio. Destacó que la norma que permite la abstención tiene su fundamento en la unión familiar.-

Comentó que la Cámara de Casación asevera que el proceso es una unidad y que el testigo goza de facultad de abstención solamente al inicio. Para fundar su postura, se transcriben en la sentencia atacada las obras de Núñez, de Cafferata Nores y de Jauchen, sin tener en cuenta que se refieren a un sistema mixto, no adversarial.-

Precisó que la sentencia de Casación soslayó que las declaraciones previas no son pruebas, son evidencias, la prueba se produce en el debate y ante un Tribunal.-

Se refirió al planteo de violación del principio de ne bis in idem por el recurso fiscal y opinó que los magistrados de Casación se expresan de manera poco feliz y no han entendido el agravio planteado. La cita de la causa "Levrant", no guarda relación con esta causa porque en esa oportunidad se absolvió a todos los imputados.-

Se refirió a la opinión de Maier en cuanto a que las convenciones internacionales vinieron a revolucionar el ámbito del recurso en beneficio del imputado. También citó lo expuesto por Angela Ledesma sobre la teoría del máximo rendimiento y destacó que el recurso fiscal solo es procedente cuando hay un agravio federal y en el presente caso no existe ningún argumento federal o constitucional, la Fiscalía no pudo probar su teoría del caso y por ello introdujo un recurso de casación, que trasluce un mero desconformismo de lo dicho por el Tribunal de Juicio.-

IV.2.- El Dr. Gaspar Reza, mantuvo el recurso articulado y contextualizó los agravios, destacando que el Tribunal de Juicio absolvió por unanimidad a los tres imputados. Si bien en la Investigación Penal Preparatoria la madre, la abuela y el tío de M. declararon ante el Fiscal, en la audiencia de debate hicieron uso de la posibilidad de abstención, en razón del vínculo familiar con el acusado.-

Reconoció que esas declaraciones prestadas durante la investigación previa se ofrecieron y se admitieron en el auto de apertura a juicio pero sólo a los fines dispuestos en el artículo 446 del CPPER.-

En el debate se hizo conocer a los testigos los alcances de la restricción de declarar, la Fiscalía se opuso y esa oposición fue rechazada fundadamente por el Tribunal de Juicio.-

El Ministerio Público Fiscal se agravió de la resolución que avaló la abstención de los testigos y en ello basó su recurso de casación, pero nunca pretendió que se valoren las declaraciones previas, sino que propuso como solución la anulación del juicio y que se obligue a los familiares de M. a que presten declaración.-

La Cámara de Casación convalidó la decisión del Tribunal de Juicio con respecto a la posibilidad de abstención, pero luego dice que se debieron valorar las declaraciones previas. Esa decisión implica múltiples afectaciones a las garantías constitucionales de los enjuiciados y destacó que el Tribunal se involucró en la producción de la prueba lo que es contrario a la garantía de la imparcialidad.-

Agregó que se vulneró la necesaria intermediación y contradicción que exige el sistema procesal acusatorio, porque la prueba que se ordenó incorporar fue producida en presencia del Ministerio Público Fiscal pero no ante un Tribunal ni con la presencia de la defensa. Comentó que la madre del menor Muñoz declaró ante el Ministerio Público Fiscal antes de que se impute a su pupila y por ende, esa declaración no pudo ser controlada por la defensa.-

Aclaró que en el nuevo sistema acusatorio la incorporación por lectura es excepcional; lo central y determinante es el juicio oral, seguir sosteniendo oficiosamente la incorporación de las declaraciones previas es una grosera interpretación de lo que es el nuevo sistema acusatorio e infringe las normas de los artículos 446 y 447 del CPPER.-

Trajo en su apoyo el caso "Grieve, Jonathan-Sosa, Brian" de la Cámara de Casación, Sala I, en el que se indicó que las declaraciones previas no constituyen prueba.-

Sostuvo que la sentencia atacada es extra petita y contraria al derecho de defensa, porque no resolvió lo que plantearon las partes, la Fiscalía quería que se anulara la sentencia absolutoria, se reenvíen las actuaciones y se obligue a los familiares de M. a declarar en un nuevo juicio, nunca pretendió que se incorporara oficiosamente la prueba por escrito. Claramente, la casación se extralimitó.-

Se refirió a la arbitrariedad e irrazonabilidad de la sentencia, porque lo resuelto afecta la cohesión y solidaridad familiar. El fallo en crisis, utiliza una artificiosa maniobra para sortear este obstáculo y se confunde la admisión de evidencias con la producción de prueba. La sentencia incurre en un error conceptual muy grave, que va contra las bases del sistema acusatorio.-

Se remitió a todo lo expuesto en el libelo recursivo y solicitó la anulación de la sentencia casatoria.-

IV.3.- El Dr. Lombardi indicó que la sentencia debe confirmarse. Los agravios esgrimidos en el recurso de casación se referían a la valoración arbitraria de las pruebas arrimadas al proceso; se cuestionó la poca entidad otorgada a un conjunto de evidencias que, analizadas armónicamente, permitían establecer la responsabilidad de las personas llevadas a proceso.-

Precisó que otro de los agravios centrales invocados era la interpretación errónea de las normas de derecho procesal aplicables al caso. Se refirió a la teoría del caso del

Ministerio Público Fiscal, que giró en torno a la acreditación del plan criminal para asesinar a V., orquestado por su mujer, su hija y el novio de la hija, el joven M., menores de edad al momento del hecho, y se refirió a las pruebas que, a su criterio, avalaban la postura adoptada por la Fiscalía.-

Asimismo, sostuvo que M. concurrió voluntariamente a la Fiscalía a aclarar el hecho y su declaración fue regular.-

Consideró que la impugnación extraordinaria debe ser rechazada porque la decisión de la Cámara de Casación no tiene carácter de definitiva, no se cerró la cuestión ni se generó un perjuicio que no puede ser reparado con posterioridad y citó el caso: "Martínez Exequiel".-

Descartó la afectación del principio de non bis in idem, señalando que el artículo 483 CPPER es claro respecto de la facultad del Ministerio Público Fiscal para interponer recursos. Esas normas no fueron tachadas de inconstitucionalidad y es conocida la postura de esta Sala N° 1 en cuanto a la bilateralidad de los recursos, citando al efecto los precedentes "Levrant" y "Martínez", entre otros.-

Sostuvo que la postura que se esgrime por la defensa no tiene recepción en nuestra geografía y está ligada al juicio por jurado y a la irrecurribilidad de la decisión. Trajo en apoyo de su postura los precedentes "Schiavo" y "Gorosito" y ese es también el criterio seguido por la CIDH. El bagaje de derechos fundamentales que reconoce el derecho internacional también debe proteger a la víctima y se debe garantizar la posibilidad a todas las partes de recurrir un fallo.-

Recordó que el STJER en "Adam" ha dicho que se debe demostrar que hay agravios constitucionales para que se habilite la vía extraordinaria, pero aquí las defensas han planteado cuestiones de hecho y prueba y de cómo se armonizan las normas probatorias que juegan en esta materia, pretendiendo lo que el rito no habilita. La impugnación no puede ser meramente declarativa.-

Hizo hincapié en que la Casación ingresó al análisis de la valoración de la prueba y observó los vicios de arbitrariedad, la ponderación de todos los indicios justifican la condena de los acusados. No se puede permitir la manipulación de las partes, en la Investigación Penal Preparatoria se les hizo conocer a los familiares de M. la posibilidad de abstenerse. Las opiniones doctrinarias acompañadas señalan que, una vez que se materializó la declaración, la facultad se agota, y destacó que se sigue discutiendo sobre una cuestión probatoria.-

Solicitó, en definitiva, el rechazo de los recursos.-

V.- Reseñados como antecede los agravios motivantes de la impugnación extraordinaria articulada y las posturas de las partes, corresponde ingresar al examen de la pretensión impugnativa deducida a la luz de lo normado en el Acuerdo General N° 17/2014, el cual dispone que las resoluciones y sentencias de la Cámara de Casación Penal pueden ser atacadas mediante el mencionado recurso, que procederá en los mismos supuestos en que corresponde la interposición del recurso extraordinario federal y que el mismo debe ser resuelto por esta Sala N° 1 del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.-

Dicho Acuerdo fue ratificado y convalidado con la sanción de la Ley N° 10317, que agregó como causal de procedencia los casos en que la sentencia de la Cámara de

Casación Penal resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión y, a tal fin, es menester analizar los planteos recursivos de las defensas.-

VI.- En cumplimiento de tal cometido, considero conveniente reivindicar la capacidad recursiva que ostenta en nuestro proceso penal el Ministerio Público Fiscal, la cual es consecuencia de una atribución normativa y, si bien carece de la jerarquía constitucional y convencional otorgada en favor del condenado, el derecho del acusador (público o privado) de obtener una revisión del fallo absolutorio es constitucionalmente válido, siempre y cuando el legislador lo haya dotado de esa concreta atribución (cfme: STJER, Sala N° 1, in rebus: "Coronel", 6/4/16; "Favre", 14/4/16; "Zaragoza", 4/5/18, entre muchos otros).-

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado en el sentido expuesto, determinando que: "... la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho..." (cfr.: CSJN, in re: "Arce", Fallos, 320:2145).-

En el ámbito de la provincia de Entre Ríos, el legislador, al sancionar el nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 9754, modif. por ley 10317) mantuvo la tradicional concepción político-criminal bilateral o multilateral de los recursos y facultó expresamente al Ministerio Público Fiscal y al querellante particular a recurrir las sentencias definitivas (art. 513, 514, 521 y concs., Cód. Proc. Penal), limitando únicamente esa potestad cuando se impugnan sentencias condenatorias y la pena aplicada sea inferior a la mitad de la pena pretendida (art. 513, Cód. Proc. Penal).-

En conclusión, nuestra legislación procesal penal vigente otorga un expreso marco de legitimación impugnativa al Ministerio Público Fiscal y los cuestionamientos de la Dra. Sabella al respecto soslayan que tal posibilidad surge de la concreta norma del artículo 513 del Cód. Proc. Penal. Por ende, la apertura de la vía casatoria, como consecuencia de la articulación del recurso, se fundó en la puntual aplicación de una norma procesal válida y vigente, cuya adecuación constitucional no fue cuestionada.-

Por otro lado, la analizada legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal no apareja compromiso alguno a la garantía del non bis in idem, que de manera générica invoca la impugnante al pretender fundar sus postulaciones.-

Ese principio consagrado en nuestro ordenamiento positivo, tanto a nivel provincial, como internacional, incluido además, dentro de las garantías implícitas por la Carta Magna Federal, se expresa en el sentido de impedir que una persona, que ha visto cerrado definitivamente, por sentencia firme que lo absuelva o condene, un capítulo en su vida, en el cual se lo involucraba en la comisión de un hecho delictivo, pueda ser perseguido nuevamente por el mismo hecho y sólo puede verse afectado por la eventual reiteración de actos o pronunciamientos firmes de un proceso penal determinado.-

En este orden de ideas, la dimensión procesal del non bis in idem no impide la reedición del proceso cuando uno de sus actos ha sido anulado, porque la prohibición

no alcanza las diferentes sentencias dentro de un mismo proceso penal y admite la renovación de un proceso invalidado como consencuencia de un recurso articulado por quien tiene legitimación al efecto. En este sentido ha fallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "MOHAMED vs. ARGENTINA", sentencia de 23 de noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cftr.: Fallos, 312:597, 2434 y 236:1149) y este Superior Tribunal de Justicia en los precedentes: "Lencioni" (22/6/09), "Levrand" (2/5/11), "Martínez" (23/6/11), "Rocchi" (23/8/11), entre otros.-

Los argumentos aquí esgrimidos, resultan suficientes para repeler el embate señalado, ya que el planteo no cuenta con el sustrato fáctico y jurídico requerido, para que el principio invocado cobre vigencia y operatividad.-

VII.- Despejados los cuestionamientos relativos a la legitimación del Ministerio Público Fiscal para impugnar una sentencia absolutoria, corresponde ahora ingresar al examen del pronunciamiento casatorio que viene atacado, a fin de confrontarlo con los agravios enarbolados por las defensas técnicas recurrentes.-

Así, es dable destacar, que la Vocal que comanda el acuerdo casacionista, Dra. Marcela A. Davite, al comenzar su sufragio precisa que los agravios de la Fiscalía transitan por dos ejes principales: la arbitrariedad de la sentencia, por la exclusión de prueba relevante y la desacreditación de la declaración auto inculpativa de M., lo que determinó que la decisión adoptada sea errónea, porque recortó indebidamente parte del material probatorio que debía conocer y no confrontó la totalidad de los elementos de prueba rendidos en el juicio que corroboraron los extremos de esa confesión y que resultaban suficientes para demostrar la autoría de los imputados.-

A continuación, analiza el contexto de descubrimiento de la autoría y participación en el hecho por parte de los imputados según la tesis de la acusación, se refiere a las declaraciones prestadas por M. en el debate -negando su intervención en el homicidio de V. y denunciando que fue presionado a inculpatarse por el testigo P.- y comenta que sus familiares -madre, abuela y tío- durante el debate optaron por hacer uso de la facultad de abstención -arts. 287 y 288- y el Tribunal admitió la negativa.-

Luego, la vocal de primer orden plantea, como primera cuestión a responder, si el Tribunal de Juicio podía "excluir" esas declaraciones que corroboran tramos de la confesión de M. y, a tal fin, inspecciona las razones dadas por los sentenciantes al respecto, efectuando algunas precisiones acerca de los intereses que justifican la facultad de abstención prevista en los art. 287 y 288 del Cód. Proc. Penal.-

A pesar de enunciar cuál era la cuestión controversial que debía resolverse, luego de exponer que en el caso los testigos ya habían renunciado a esa facultad para proteger al menor, se afirma en el fallo que, si bien es cierto que los jueces de mérito no podían obligar a los parientes a que testimoniaran durante la audiencia "nada le impedía al Tribunal confrontar el silencio de los testigos con lo dicho anteriormente en la I.P.P., porque esas declaraciones habían ingresado regularmente al proceso como prueba documental, tal como consta en el auto de remisión a juicio..." y "... estas declaraciones también podrían haberse introducido, y en consecuencia valorado, a través de los dichos del testigo Gabriel. Andrés MANSUR -perito psicólogo quien revisó todas las declaraciones que se recabaron durante la I.P.P.- y durante el debate recordó haber visto estas declaraciones e hizo referencia concreta a su contenido..."-.

A posteriori, se asevera que las declaraciones testimoniales contienen una información que fue determinante para la imputación y se destaca que "fueron incorporadas legalmente al debate por medio de los mecanismos predispuestos, por lo que nada obstaba a que se introdujeran mediante los testigos, más allá de que en oportunidad del Debate éstos hayan decidido no declarar, porque en todo caso, lo relevante, es que teniendo la oportunidad de hacerlo, no se retractaron. En definitiva no se le debió dar, a la facultad de abstención de un familiar directo de declarar contra su pariente, la virtualidad de borrar lo que se dijo con anterioridad y no se contradijo..." (el subrayado es mío).-

Concluye la Dra. Davite, considerando que "... el Tribunal al excluir estas declaraciones hizo un recorte epistémico que le estaba vedado realizar, pues las partes no se lo habían pedido..."-

Las argumentaciones sentenciales transcriptas evidencian que la Cámara de Casación efectuó un incorrecto y sesgado análisis de la controversia sometida a decisión y partió de un supuesto de hecho manifiestamente equivocado, habida cuenta que claramente no estaba en discusión la exclusión de las declaraciones de los familiares de M., sino si era factible que se abstuvieran de declarar en la audiencia de debate o si esa posibilidad había precluido con la decisión de deponer en la Investigación Penal Preparatoria.-

Es menester precisar en este sentido, que la exclusión probatoria es un instituto procesal delineado para evitar la valoración de prueba que fue obtenida por medios ilegales o en violación a las formas que regulan la producción de la prueba y que, por tales vicios, deviene inadmisibles (CSJN, Fallos: 46:36, 303:1938, 306:1752, 308:733, 310:2402, 317:1985 y 330:1497), supuesto por completo diferente al planteado en este caso.-

Pero, amén del mencionado yerro, la Casación excedió flagrantemente su potestad revisora, apartándose incongruentemente de la concreta petición que, con respecto a las declaraciones testimoniales de los familiares de M., expresó el Ministerio Público Fiscal en su escrito recursivo. En ningún párrafo del memorial casatorio (cftr.: fs. 164/184) se planteó lo relativo a la incorporación por lectura de los dichos de M. G. M., L. G. M. y F. H. A. y solo cuestionó que, al haber declarado en la investigación preliminar, no era factible que ejerzan en el debate la facultad de abstención.-

Este desajuste entre el fallo -que resolvió algo diferente a lo pedido- y la pretensión de la parte impugnante, modificó sustancialmente el objeto del recurso casatorio, provocando una inaudita indefensión, privando a las partes de formular alegaciones y refutaciones al respecto, dejando al margen de la imprescindible contradicción aspectos que devienen esenciales para la solución del litigio (cfme.: CSJN, Fallos, 300:111), lo que -debo adelantar-, perjudica irremediablemente su validez.-

Si bien debe reconocerse la excepcionalísima situación planteada en estos actuados, ya que estamos frente a testigos que acudieron a la audiencia de debate pero se abstuvieron de declarar, amparados en la facultad prevista en la ley procesal (cfme.: arts. 287 y 288, Cód. Proc. Penal), considero que lo decidido por el Tribunal de Casación, además de no adecuarse a las pretensiones de la Fiscalía al impugnar la sentencia absolutoria, tergiversa las concretas constancias de la causa, otorga a las

normas aplicables al caso un sentido y alcance notablemente diferente al que surge de su texto y desnaturaliza los pilares del sistema acusatorio con notable e insólito compromiso del derecho de defensa de los imputados.-

En efecto, resulta manifiestamente incorrecta la consideración que efectúa la Cámara de Casación con respecto a que las declaraciones testimoniales habían sido admitidas en la etapa intermedia. De la simple lectura del acta de remisión a juicio (obrante a fs. 1/13 vlto.) emerge que las declaraciones prestadas en la Investigación Penal Preparatoria por M. G. M., L. G. M. y F. H. A., fueron admitidas únicamente "para refrescar la memoria de los testigos conforme lo previsto en el art. 446 del CPPER".-

Ese equívoco se proyecta a lo largo de todo el razonamiento sentencial de la Casación, que retuerce de manera intolerable lo dispuesto por el art. 446 del Cód. Proc. Penal. El inciso b del citado artículo del código de rito dispone expresamente que se admitirá la lectura de las declaraciones recibidas durante la etapa previa cuando hubiere contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate o cuando fuere necesario ayudar la memoria del testigo, aclarándose que la lectura de esas piezas no será prueba, sino que solo tendrá por objeto ayudar la memoria del testigo o evidenciar inconsistencias; más, no habilita que se incorporen como prueba documental los dichos de testigos que no depusieron durante el debate y utilizaron la posibilidad de abstenerse de declarar, concretamente establecida en función de sus vínculos de parentesco con el imputado.-

Además, cabe precisar, ni siquiera en la audiencia de debate el Ministerio Público Fiscal interesó la incorporación por lectura de las entrevistas y solamente efectuó la reserva de recurrir en casación, luego de conocer la decisión unánime del Tribunal de Juicio de admitir la abstención de los familiares de Muñoz (cfme.: Videofilmación audiencia del 10 de agosto de 2017, dvd N° 8, a partir del minuto 11.40), lo que patentiza el discrecional apartamiento de la sentencia de casación de lo específicamente ocurrido en el juicio y de lo interesado por la parte recurrente.-

Resulta absolutamente desacertada la remisión que efectúa la Dra. Davite a lo normado por el art. 433 del Código Procesal Penal, que permite la incorporación por lectura de lo dicho por el imputado durante la Investigación Penal Preparatoria cuando decide no declarar durante el debate, soslayando que la norma únicamente se refiere a la declaración del imputado, pero nada dice acerca de los dichos de quienes declaran en calidad de testigos.-

La Dra. Davite culmina su voto -al que adhirieron sin reservas los Dres. Badano y Malatesta- proponiendo como solución que se haga lugar al recurso de casación presentado por la Fiscalía, se anule la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concepción del Uruguay y se reenvíen las actuaciones a la instancia de grado a fin de que un nuevo tribunal, debidamente integrado, renueve los actos invalidados.-

Este abrupto cierre en la argumentación sentencial, omite clarificar qué concretos actos procesales resultan anulados, no precisa si se incorpora o no la declaración inculpatoria efectuada por M. en la Investigación Penal Preparatoria y deja subsistentes y sin respuesta parte de los agravios planteados al inicio del voto.-

Tampoco la Cámara de Casación se avocó a dar completo tratamiento a los vicios lógicos que el Ministerio Público denunció e individualizó en su escrito recursivo (cftr.: fs. 164/184), dejando sin contestar fundamentales agravios esgrimidos por la acusación, tales como el fraccionamiento y parcialización de la prueba aportada, la suficiencia de esa prueba para condenar a los acusados, la regularidad de la declaración prestada por M. durante la Investigación Penal Preparatoria, la compatibilidad de esa versión con el resto de las pruebas y las quejas referidas a la no admisión de la carta manuscrita aportada por C. G..-

Emerge evidente de lo expuesto que el fallo examinado posee defectos de tal magnitud que obstan a su convalidación en esta instancia.-

VIII.- Además de los señalados vicios que padece la resolución en análisis, no puedo dejar de señalar con asombro que la postura adoptada por el Tribunal Casatorio implica un inconcebible desconocimiento del cambio de paradigma procesal que aparejó la adopción en nuestra provincia de un sistema de juzgamiento penal de corte acusatorio.-

Este sistema, consagrado por la Constitución Nacional como derivación directa del principio republicano de gobierno (CSJN, Fallos: 328:1491 y 3399) y adoptado por nuestra Constitución Provincial (cfme.: art. 64, Const. de E. Ríos), se estructura en torno a un eje central: el juicio oral y público, donde cobran esencial relevancia los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Así, por un lado se ubican los jueces imparciales, que dirigen el debate y resuelven el litigio con inmediación y de manera concentrada; por el otro lado la parte acusadora, el imputado y su defensa.-

La lógica acusatoria adversarial que impregna el sistema exige que toda prueba en la que se apoye la decisión del tribunal del juicio sea regular, efectiva y directamente incorporada al debate oral, posibilitando así la inmediación, publicidad y contralor por las partes.-

En este esquema, el principio de inmediación determina que el juez reciba y perciba personalmente la prueba, resultando esencial la comparencia personal de los testigos para que declaren y sean interrogados por las partes. La fuente de producción de prueba es el juicio y solo la información que los juzgadores perciben directamente y fue sometida al control y contraexamen de las partes puede ser considerada "prueba" en sentido estricto.-

El imprescindible contacto directo del juzgador con las pruebas se complementa con el principio de contradicción, que implica que todas las partes tengan la efectiva posibilidad de controlar y contradecir la prueba en igualdad de condiciones. Así, deviene esencial en este modelo de enjuiciamiento que el imputado haya tenido una oportunidad útil, adecuada y eficaz de interrogar a los testigos y de inspeccionar toda la prueba.-

En efecto, la igualdad de armas, el derecho de defensa del acusado y el debido proceso reclaman que el imputado pueda ejercer de manera eficaz su derecho a interrogar a los testigos de cargo (cftr.: TEDH, in rebus: "Saidi vs. Francia", "Brandstetter vs. Austria" y "Barberá, Messegué y Jabardo vs. España").-

El derecho a confrontar y examinar sin restricciones a los testigos -consagrado en los arts. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambas normas incorporadas a nuestra Constitución Nacional (cfme.: art. 75, inc. 22, Const. Nac.)- ha sido expresamente reconocido en toda su dimensión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", sentencia del 30 de mayo de 1999, y por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: "BENÍTEZ, Aníbal Leonel s/LESIONES GRAVES" (Causa N° 1524 - 12/12/2006, Fallos: 329:5556).-

Se ha dicho al respecto que "la oralidad, la contradicción de las partes y la inmediación forman parte de una tríada perfecta para producir información de calidad y optimizar la respuesta en la solución de casos" (De Vicente, O.-Lopardo, M.; "Litigación y oralidad: su importancia en un sistema adversarial para mejorar la calidad de información". Rev. de Der. Procesal Penal, T. 2016-1 - El juicio y la litigación oral-I; Dir.: E. A. Donna., pág. 157, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016).-

En el marco del proceso acusatorio, la Investigación Penal Preparatoria pierde la centralidad que poseía en los sistemas inquisitivos y mixtos y es una fase cuyo objetivo es "recopilar información para establecer si es viable construir una acusación sustentable ante un tribunal de juicio..." (cfme.: Garcia Yomha, D.-Martínez, S.; "Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación". Rev. de Der. Procesal Penal -cit.-, T. 2011-1 - La investigación penal preparatoria-I, págs. 279/335; Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2011).-

Durante esta etapa inicial, el Ministerio Público Fiscal recolecta evidencias que servirán de herramientas para decidir estratégicamente si se llega o no a la etapa del juicio y, en caso afirmativo, fundarán las proposiciones fácticas de la teoría del caso que se presentará. Por lo tanto, la información recogida en la Investigación Penal Preparatoria son meras "evidencias" que sirven para fundar la acusación, pero carecen de concreto valor probatorio, que solo adquirirán cuando se ejerce la contradicción, luego de la acusación y durante la audiencia de debate.-

Como recuerdan Baytelman Aronowsky y Duce Jaime, "El juicio oral es público, concentrado, con vigencia estricta del principio de inmediación. Esto supone que el tribunal debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, y que su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa. De este modo, salvo casos muy excepcionales, los testigos y peritos deberán comparecer personalmente al juicio para declarar y ser examinados y contraexaminados directamente por las partes, sin permitirse la reproducción de sus declaraciones anteriores por medio de su lectura" (cfr.: aut.cits., "Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba"; 1ra. edic., pág. 53; Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004), agregando que "... la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema solo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiénose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema -y salvo escasas excepciones- la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser

valorada como prueba testimonial la declaración prestada en juicio por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de prueba testimonial (examen directo y contraexamen)" (cftr.: ob. y auts. cits., pág. 137) y concluyen precisando que "... la única información que el tribunal puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa prestada por ellos antes del juicio no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el día del juicio, salvo algunas excepciones... la razón de esa regla obedece a la necesidad de darle vigencia práctica a dos principios centrales sobre los cuales se estructura el juicio oral en un sistema acusatorio. Ellos son la inmediación y la contradictoriedad..." (cftr.: ob. y auts. cits., págs. 355/356).-

Estos principios que hacen a la esencia misma del sistema acusatorio han sido dejados de lado por el fallo en crisis, que se aparta de las exigencias y límites que impone la inmediación y ordena que se ponderen elementos recogidos durante la Investigación Penal Preparatoria que no fueron susceptibles de ser apreciados, rebatidos, confrontados y discutidos por las partes, limitando de manera intolerable el derecho de defensa en juicio de los acusados y evidenciando un censurable abandono del rol neutral que, en aras de preservar la imparcialidad, se exige a la judicatura.-

Cabe precisar que si bien se admitió la incorporación de las evidencias testimoniales prestadas ante la Fiscalía por Marisol Muñoz, Leonardo Muñoz y Francisca Amarilla (cftr.: fs. 7 vto./8) -las cuales pretende la Casación se valoren como prueba por el Tribunal de Mérito-, expresamente lo fueron en el marco del art. 446 del Cód. Proc. Penal y al solo fin eventual de refrescar la memoria de los testigos en el debate, lo cual en modo alguno permitiría suplir la abstención de éstos en el juicio, introduciendo como documental las actas de las tres testimoniales y las videofilmaciones de las dos primeras, respecto de las cuales tampoco existió acuerdo probatorio entre las partes; por consiguiente, no sólo no pueden valorarse como prueba, sino que, además, como destacan las defensas recurrentes, no ingresaron al debate y ni siquiera fue solicitada su oportuna incorporación por la Fiscalía interviniente.-

IX.- Emerge evidente de lo hasta aquí expuesto que el fallo puesto en crisis por las defensas de los acusados carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como pronunciamiento judicial, en razón de su manifiesta ilegitimidad derivada del arbitrario apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, de la normativa conducente a la solución del litigio y de las concretas peticiones de las partes, a lo que se adiciona la omisión de tratamiento de cuestiones oportunamente planteadas.-

Por consiguiente, las conclusiones de los sentenciantes se presentan como elucubraciones sustentadas sólo en sus íntimas convicciones, carentes de toda apoyatura motivacional lógica, fáctica y jurídica y la motivación allí enunciada es una mera apariencia de fundamentación (cfme.: CSJN, Fallos: 315:503, 322:2880, 326:3734; entre muchos otros) y los agravios planteados ante esta Alzada por las defensas de los imputados no exhiben una mera disconformidad con el criterio seguido por la sentencia puesta en crisis y demuestran, por el contrario, que la estructura sentencial impugnada adolece de vicios que impiden erigirla como una derivación

razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias comprobadas de la causa, lo cual la descalifica como acto judicial válido en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad.-

Todo ello me conduce inexorablemente a concluir que las impugnaciones extraordinarias bajo examen devienen procedentes, corresponde hacer lugar a las mismas, declarar la nulidad de la sentencia de Casación puesta en crisis y reenviar las actuaciones a su origen -Sala I de la Cámara de Casación- a fin de que, debidamente integrada, renueve los actos pertinentes y dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. GIORGIO, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

La señora Vocal, DRA. MIZAWAK, a la misma cuestión, dijo:

Adhiero a lo expuesto por el vocal de primer orden, Dr. Carubia, por comulgar con el iter lógico jurídico que guía su sufragio y la solución que propicia.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

Atento al resultado al que se arriba al tratarse la cuestión primera, cuadra establecer las costas de oficio (art. 583, sgtes y cdtes., Cód. Proc. Penal).-

Asimismo, corresponde fijar la audiencia del día 10 de septiembre de 2019 a las 12:30 horas para la lectura íntegra de los fundamentos de la sentencia.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. GIORGIO, a la cuestión propuesta, dijo:

Adhiero al voto que antecede por análogas consideraciones.-

La señora Vocal, Dra. MIZAWAK, a la misma cuestión, dijo:

Adhiero a los votos que anteceden.-

Con lo cual y no siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

Daniel O. Carubia

Miguel Ángel Giorgio

**S E N T E N C I A:**

PARANÁ, 12 de agosto de 2019.-

1º) HACER LUGAR a las impugnaciones extraordinarias deducidas a fs. 246/251 vlto. y 252/260 vlto. por el señor Defensor, Dr. Gaspar Ignacio Reca, en ejercicio de la defensa técnica de la encausada A. L. S. y por la señora Defensora, Dra. Lucrecia Sabella, como representante del Ministerio Pupilar y en ejercicio de la defensa de C. N. V. y A. A. M., respectivamente, contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Casación Penal de esta Capital, obrante a fs. 263/271 vlto. que, en consecuencia, se anula.-

2º) REENVIAR las presentes actuaciones a la Sala I de la Cámara de Casación para que, debidamente integrada, renueve los actos pertinentes y dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.-

3º) ESTABLECER las costas de oficio -art. 583, sgtes. y cdtes., Cód. Proc. Penal.-

4º) FIJAR la audiencia del día 10 de septiembre de 2019 a las 12:30 horas para la lectura íntegra de los fundamentos de la sentencia.-

Regístrese, notifíquese en la forma de estilo y, oportunamente, bajen.-

Daniel Omar Carubia

Miguel Ángel Giorgio

Ante mí:NOELIA V. RÍOS -Secretaria-

Se deja constancia que la señora Vocal, Dra. Claudia M. Mizawak, no suscribe la presente por encontrarse ausente de la jurisdicción -art. 456 Código Procesal Penal.-

NOELIA V. RÍOS -Secretaria-

E S C O P I A

NOELIA V. RÍOS

-Secretaria-

*Defensoría de Casación*

*-Ministerio Público de la Defensa de Entre Ríos-*