



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 15 días del mes de octubre del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello, Mario Eduardo Kohan y Ricardo Maidana, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 63.194 de este Tribunal, caratulada: "**HERMANN, Oscar Horacio s/recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **NATIELLO – KOHAN - MAIDANA**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración de este Tribunal como consecuencia del recurso de Casación deducido por el señor Defensor Oficial del Departamento Judicial La Plata, Dr. Ernesto Julián Ferreira, contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N°2 Departamental que, con fecha 8 de noviembre de 2013, condenó a Oscar Horacio Hermann a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real.

II. Como primer motivo de agravio denuncia violación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso. Cuestiona la ampliación del requerimiento fiscal (artículo 359 del C.P.P.) respecto a la portación del arma sin la debida autorización legal endilgada a su defendido. Entiende que no se configuraba ninguno de los supuestos que autorizaba dicha ampliación.

En segundo término denuncia la errónea aplicación del artículo 234 del C.P.P.. Manifiesta que el sentenciante tuvo en cuenta la declaración

de Irene Hermann, hija del imputado sobre quien pesaba prohibición de declarar.

En tercer lugar entiende que se ha violado el artículo 366 del C.P.P., en torno a la valoración testimonial de Patricia Preasco como prueba de cargo. Expresa que se le dio prioridad a la versión escrita por sobre la oral. Peticiona se declare su nulidad.

En cuarto lugar denuncia violación e inobservancia de los artículos 1, 210 y 373 del ritual sosteniendo en esencia, absurdo valorativo y arbitrariedad en la acreditación de autoría de su asistido en el evento. Peticiona se subsuma el hecho en la figura prevista por el artículo 84 del Código Penal.

Respecto del hecho denominado II solicita la atipicidad del delito de portación. Subsidiariamente pretende que se aplique la figura atenuada prevista en el párrafo 6º del artículo 189 bis, inciso 2º del Código Penal.

Finalmente plantea la errónea aplicación del artículo 40, 41 y 41 bis del Código Penal.

Se agravia respecto de las atenuantes descartadas por el sentenciante (escasa educación y contexto vecinal hostil), como así también la pauta agravante valorada en su contra (actitud despreciativa hacia el género femenino).

Peticiona casación.

III. Concedido el recurso por el "a quo" (fs. 27), las partes fueron notificadas de la radicación de la causa por ante esta Sala.

Así el Sr. Defensor Oficial Adjunto ante esta sede, doctor Nicolás Blanco, mantuvo el recurso de origen abogando por su procedencia. Asimismo, introduce como nuevo motivo de agravio la inconstitucionalidad de la reincidencia (fs. 33/35vta.). Hace reserva del caso federal (artículo 14 ley 48).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A su turno, el señor Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, propició el rechazo del presente recurso por considerar que no se evidenciaban las violaciones denunciadas (fs. 36/37vta.).

IV. Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones:

CUESTIONES

1ra.) ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

2da.) ¿Es procedente el mismo?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Entiendo que el recurso es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio al imputado y su defensa (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccdtes. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto de mis colegas preopinantes, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I. En cuanto al primer embate, es dable destacar que la crítica cae en una simple reedición de los argumentos que la defensa esgrimiera en el debate, y que fuera puntualmente rebatido con fundadas razones por el sentenciante.

No advierto violación alguna a la garantía de defensa en juicio y tampoco al principio de congruencia denunciado, ya que no encuentro violentado lo prescrito por el artículo 359 del ritual, en tanto la ampliación de la acusación se realizó en debida forma dando plena garantía a los derechos del imputado, desde que el empleo de un arma de fuego en el hecho materia de juicio, no surgió en el curso del debate sino que integró el *factum* criminoso, el cual se mantuvo inalterable a lo largo del proceso.

En efecto, en función de cómo se han desarrollado los acontecimientos, las líneas argumentales que previamente al debate esgrimieron acusación y defensa, fueron tomadas debidamente en cuenta por el Tribunal, y que la acusación trajo al mismo un hecho determinado, como acontecimiento histórico único, sobre el cual pudo la defensa pronunciarse, ofrecer pruebas y controlar la producción de las probanzas de cargo, al margen de toda calificación jurídica, sin menoscabo al derecho de defensa en juicio, manteniéndose de esta manera la identidad fáctica requerida.

He sostenido desde antaño, cuando me expedí en el plenario solicitado por los representantes del Ministerio Público Fiscal ante esta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

instancia en causa n° 6467 de este Tribunal y, reafirmo ahora, que "...el Tribunal se encuentra habilitado a subsumir los hechos bajo conceptos jurídicos comprendidos en una calificación aún distinta de la expresada en la acusación o requerimiento fiscal... –aunque resalto que no es el caso- en tanto y en cuanto se trate del mismo "acontecimiento histórico imputado", del cual la sentencia no se podrá apartar, porque su razón de ser es decidir precisamente sobre él...".

Entendí en esa oportunidad que "...No se viola el principio de congruencia si el inculpado fue acusado y sentenciado por el único y mismo hecho por el que fuera defendido en las oportunidades procesales correspondientes...".

La correlación entre el hecho y el derecho no implica de por sí la calificación o la significación jurídica del mismo; no se debe confundir el aspecto fáctico, con el jurídico o con la valoración del derecho sustantivo.

En este orden de ideas, una cosa es tener por acreditado un relato histórico, suceso o conducta humana y otra muy distinta es calificarlo, evaluarlo, con la obligación del sentenciante de aplicarlo lógicamente a la ley penal.

En el sub-lite, no advierto ni se evidencia la violación alegada; obsérvese que el imputado pudo defenderse, toda vez que, tal como lo señalara el sentenciante en la cuestión previa de su laudo, la ampliación del requerimiento fiscal prevista por el artículo 359 del C.P.P. fue notificada al encartado de autos, haciéndole saber todos sus derechos y la posibilidad de ofrecer nueva prueba o suspender el debate en el término de ley, beneficio que no fue solicitado (v. fs. 21vta.).

Por lo que se concluye que no hubo sorpresa alguna para la defensa a efectos de ejercer su ministerio, reiterando aquí que a mi juicio el principio de congruencia siempre atañe a hechos y no al

encuadramiento jurídico, debiendo entonces decaer este tramo de la queja (artículo 18 de la Constitución Nacional; 359 del C.P.P.).

II. Otro andarivel de la queja transita en el pedido de nulidad de la sentencia por haberse recibido y valorado el testimonio de Irene Hermann, hija del aquí juzgado. Entiende que la misma lo fue en franca violación al artículo 234 del C.P.P..

Adelanto que no podré acompañar la pretensión defensiva.

Un primer análisis sobre el extremo cuestionado obliga decir que la prohibición que estipula el artículo 234 del C.P.P. es un verdadero ejemplo de incapacidad jurídica parcial.

Esta incapacidad tiene como principal fundamento principios de orden moral y familiar en resguardo de la sana convivencia, protegiéndose de este modo la estabilidad familiar ante extremos absurdos que chocarían contra principios básicos humanitarios: enfrentar al testigo a declarar contra quien tiene un lazo afectivo y verse en la obligación de mentir, amén de la consecuencia jurídica que a ello llevaría en donde entrarían a jugar otros disvalores penales (en igual sentido, Tratado de la Prueba en Materia Penal. Eduardo M. Jauchen. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2009, págs. 329 y ss).

Vale recordar que cuando en nuestro derecho penal positivo se habla de vínculo nos referimos al complejo entrelazamiento de afectos, deberes y obligaciones que se deben los cónyuges.

Y desde esta interpretación –así también lo sostiene la doctrina- el concepto de vínculo debe ser comprendido en la sustancia y no sólo en su aspecto formal. Debe darse una comprensión extensiva pues, si el sentido de la norma es la protección del grupo familiar, dentro del mismo quedarían inmersas aquellas situaciones de hecho que por el transcurso del tiempo o que en forma pública convivieron con trato de parentesco, debiendo ser considerados como tales a los efectos legales (Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Héctor M. Granillo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Fernández – Gustavo A. Hérbel. Ed. La Ley, 2da edición, Tomo I, pág. 663).

Entrando a analizar el hecho en autos, debo decir que el testimonio brindado por Irene Hermann lo fue en el marco del homicidio de su madre, hecho imputado a su progenitor, configurándose así la excepción que la misma manda prevé.

En el debate, Irene relató que la relación de sus padres era muy mala, a tal punto que no vivían juntos, sino en viviendas enfrentadas. Señaló que los maltratos hacia su madre eran constantes, sin motivos que los justificaran, y que consistían en gritos, insultos y golpes. Finalmente expresó que su padre siempre tuvo armas y que solía llevar una en la cintura.

El artículo 234 del del Código Procesal Penal no es absoluto, la prohibición cede cuando deba investigarse un hecho ocurrido intra-familiarmente pues, en ese supuesto, como en el caso de autos, la veda carece de fundamento.

III. Tampoco me escapa el pedido de denuncia del recurrente por entender que se ha violado el artículo 366 del C.P.P., en torno a la valoración testimonial de Patricia Preasco como prueba de cargo. Manifiesta que se le dio prioridad a la versión escrita dada en sede policial por sobre la oral.

Como bien lo señala el señor Fiscal ante esta sede en su memorial, lo que hizo el Tribunal, ante algunas imprecisiones y contradicciones de la testigo en el debate, fue leerle lo declarado con anterioridad en sede policial, recordando de ese modo con dicha lectura lo sucedido el día de los hechos, expresando la testigo, que su contradicción se debía al tiempo transcurrido, dando de esa manera una única versión de lo sucedido aquél día, esto es, en la audiencia.

A mayor abundamiento, debo decir que a la luz de la probanzas antes analizadas, y correctamente valoradas por el sentenciante, las que fueran complementadas en congruencia con el numeroso plexo probal, restan valor convictivo a la nulidad solicitada; aún cuando asistiere razón al pedido de la defensa, y apartando dicha testimonial cuestionada del plexo cargoso, surge sin hesitación alguna la autoría del aquí encartado, enervando de esa manera el principio de inocencia del que goza todo ciudadano (arts. 18 de la C.N., 171 de la Const. Prov., 106, 201, 205, 210 y 373 del C.P.P.).

IV. a. El agravio dirigido a cuestionar la participación responsable de Oscar Horacio Hermann tampoco tendrá andamiaje favorable.

En efecto, además de resultar una reedición del planteo efectuado en la instancia de origen y al que el “a quo” le diera acabada respuesta, no surgen de las constancias de autos la configuración del absurdo en la valoración de la prueba invocado, toda vez que el “a quo” ha motivado debidamente la decisión en crisis, explicando las razones que sustentaron su convicción sincera respecto de la existencia del hecho ilícito y la autoría del encausado, con observancia de las normas que rigen la valoración probatoria en nuestro sistema procesal (cf. arts. 1, 106, 209, 210, 373 del C.P.P.).

Tuvo por acreditado el Tribunal que *“el día cuatro de diciembre del año 2010, en el interior de la vivienda sita en el pasaje 18 B entre la Avenida Almirante Brown y la calle 3 de la Localidad de Punta Lara – Partido de Ensenada-, Oscar Horacio Hermann, con clara intención de darle muerte, le efectuó un disparo a su concubina C. I. causándole lesiones que a la postre provocaron su óbito”*. (hecho 1).

“En dicha oportunidad, Hermann cargaba una pistola calibre 22, cargada en su interior con un calibre 22 marca FM, que portaba sin autorización legal para ello y con la que llegó al domicilio de su pareja” (hecho 2).

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

No aparece descaminada la fundamentación del sentenciante, cuando en la aplicación normativa del tipo penal de homicidio, sostiene la existencia del dolo homicida y la imputación del resultado muerte al encartado, ni que la valoración de los hechos traídos al debate en función de la prueba rendida, exhiban yerro lógico o vicio de arbitrariedad.

Para formar su convicción sincera y certera el "a quo" valoró especialmente el relato de las hijas de la víctima, Irene Hermann y Yésica María Iraola, quienes describieron en forma clara y concisa la relación que mantenía su mamá con el aquí imputado y con ellas, detallando la conflictiva relación por la que atravesaba todo el grupo familiar.

Tanto Irene como Yésica se manifestaron en forma concordante respecto de los maltratos a los que el encartado las sometía sin motivo alguno, especialmente a su madre, quien a pesar de ello se negaba a dejarlo o a efectuar una denuncia. Agregaron que golpeaba mucho a su mamá, dejándole marcas en su cuerpo, ya que ésta no atinaba a defenderse ni a protegerse, y que solamente lloraba.

Yésica manifestó que un día, al volver de su trabajo, presenció cuando su padre amenazó con matar a su madre, motivo por el cual hizo la respectiva denuncia.

En lo que aquí interesa, las hijas señalaron en forma contundente que Oscar Hermann siempre se encontraba armado.

Dan sustento a este plexo probatorio los testimonios de los vecinos que presenciaron parte de lo sucedido.

Víctor Rivella, vecino lindero, relató que ese día, fue interceptado por un chico del barrio que le pidió el celular para llamar una ambulancia. Que en ese momento advirtió que Oscar salía de su casa y que al pasar a su lado le dijo: *"me mandé una cagada, le pegué un tiro a mi señora"*.

Agregó que le pidió que entrara al domicilio para ayudarlo, negándose al advertir que Oscar tenía sangre en sus manos. Finalmente señaló que Oscar era de andar siempre con armas.

Patricia Preasco manifestó que su marido, Roberto, fue quien encontró el arma en el techo de una casa vecina, precisando que el encartado era una persona muy conflictiva y que se llevaba mal con todo el vecindario.

Mario Maza señaló que ese día salió de su casa y Oscar llorando le dijo: *“ayúdame, le pegué un tiro a mi señora”*, alcanzando a ver que tenía sangre en sus manos.

Jerónimo Mareco expresó que se encontraba en el lavadero cuando llegó Oscar con la ropa ensangrentada pidiéndole que le prestara ayuda, que su mujer se encontraba en mal estado por que le había pegado un tiro, pero que no se preocupara porque había sido con *“un 22 de mierda”*.

Frente a ese cuadro probatorio la crítica de la defensa es improcedente y a la vez insuficiente para desmerecer en el marco de los artículos 209, 210 y 373 del C.P.P. la fuerza convictiva que irradia del análisis conjunto de los testimonios meritados.

Destaco que es doctrina de este Tribunal ala que la mayor o menor credibilidad de los testigos es propia de los jueces que han tomado contacto directo con el material probatorio a través del juicio o debate oral.

Y, como ha sostenido este Tribunal inveteradamente (en sintonía con el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia Nacional) la valoración de la prueba testimonial resulta, salvo absurdo que en el caso no se advierte, materia reservada a los jueces que han tomado contacto directo con el material probatorio a través del juicio o debate oral, desde que, sólo ellos han percibido el talante, la actitud, el poder de persuasión, el estado anímico y la memoria de los deponentes, entre otras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

consideraciones (cf. precedente n° 9.605 primigenia Sala I entre muchos otros).

b. En cuanto a la crítica defensiva respecto de la disputa que mantenía su defendido con los vecinos, hechos que impedían valorar sus dichos como elemento de cargo, fue refutado por el "a quo", quien adujo que los testigos reseñados le parecieron sinceros, no advirtiendo manifestaciones de animosidad o interés alguno que los determinara en sus testimonios (v. segunda cuestión del veredicto, fs. 39vta./40).

c. Ante el caudaloso y eficiente cúmulo probatorio, con lógica inquebrantable, el sentenciante echó por tierra y con fundadas razones la versión exculpatoria del imputado, quien trató de ubicarse en una mejor situación procesal, ante la contundencia de las probanzas en su contra.

Así lo manifestó el "a quo" al señalar que le resultó muy extraña la actitud asumida por el encartado, ya que luego de producido el hecho, salió de la casa y en vez de solicitar auxilio, o llamar a una ambulancia, se dedicó a comentarle lo sucedido a sus vecinos a medida que se iba topando con ellos, insistiéndoles que entraran a la casa, inclusive pidiéndole a Víctor Rivella que le tuviera el arma y queriendo abrazar a Gerónimo Mareco pese a tener las manos y la ropa manchada con sangre.

Tal como lo señala el Fiscal ante esta sede, la impresión que le causó al sentenciante, y que genera en este votante, fue la de querer involucrar a sus vecinos, resultando esto imposible ya que ninguno de ellos quiso ayudarlo, más aún, Hermann quiso descartarse del arma arrojándola a los techos de una casa vecina, luego descubierta por Roberto García, y reconocida como propia por el encartado en su declaración (audiencia del artículo 308 del C.P.P.).

Estas circunstancias echan por tierra la hipótesis aportada por el esforzado defensor de que se trató de un accidente, y ello ante el cúmulo

objetivo de probanzas en su contra, en especial la pericia practicada por el perito balístico de la Asesoría Pericial de Tribunales, Fernando Marcatilli, quien respondió en el debate que el arma presenta un seguro en el lateral izquierdo del armazón que se activa y desactiva con el dedo pulgar, resultando casi imposible que el seguro se corra por un forcejeo. Marcatelli también determinó que el funcionamiento del arma resultaba apta para su uso.

Lo expuesto me lleva a pensar que el aquí imputado trató claramente de ubicarse en una mejor situación procesal.

d. Pone de resalto la defensa el resultado negativo del dermatotest practicado a su defendido.

El dermatotest es la prueba pericial que se realiza para determinar si el reo disparó un arma de fuego, en virtud de los restos de pólvora que suelen quedar en la mano al hacerlo. Sin embargo, no es una prueba concluyente y su resultado negativo no elimina la posibilidad de que efectivamente haya disparado (Cfr. C. Nac. Crim. y Corr., Sala 4ª 7/5/2001).

En tal sentido, la Perito Lilian Beatriz Delimanis aludió en su pericia que los residuos (plomo, bario y antimonio) pueden desaparecer por varias cuestiones, ya sea por que las muestras no hubieran sido bien tomadas, por que los residuos se hubieran desprendido de las manos, o por haber transcurrido mucho tiempo desde que se efectuó el disparo hasta que se tomó la muestra.

Su informe concluye con que el resultado negativo en modo alguno descarta la utilización de un arma de fuego por parte del sujeto de quien se obtuvieron las muestras.

Más allá del resultado negativo de dermatotest, el mismo no quita ni pone rey a la cuestión, y ello en virtud de los restantes indicios cargos mencionados en el sufragio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

V. a. Tampoco acompañaré a la defensa en su pretensión de que se aplique la figura atenuada prevista en el párrafo 6º del artículo 189 bis, inciso 2º del Código Penal.

Dicho tipo legal, sancionado por ley 25.886 ha sido creado para atenuar la penalidad para aquellos casos de personas que por sus condiciones personales y por las circunstancias del hecho en los que cupo intervenir hayan decidido portar un arma sin permiso, quizás para defenderse de la delincuencia.

En esa inteligencia se ha sostenido que, si no se puede probar que quien portaba el arma tenía la intención de emplearla para fines ilícitos, procede la reducción de la pena prevista en el artículo 189 bis inciso 2º sexto párrafo, según ley 25.886.

En igual sintonía que: *"...las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue habida el arma revelan que el accionar del imputado se hallaba desprovisto de toda intención de utilizar el arma, circunstancia que permite descartar que se haya vulnerado la seguridad pública, bien jurídicamente protegido por el artículo 189 bis..."* (C. Nac. Crim. y Correcc., Sala 5ª, 22/3/2006, causa "Cosidoy Kohon, Daniel R.").

Sin embargo, la ley presume que el portador ilegítimo de armas de guerra o de uso civil tiene la intención de usarlas con fines ilícitos, y excepcionalmente, cuando sea evidente lo contrario, la pena conminada en abstracto se podrá reducir.

Y en el presente, éstos últimos argumentos son los que mejor se adecuan a las circunstancias del caso atento que de acuerdo a la materialidad ilícita arribada, existe un estado de certeza en cuanto a que el encartado haya portado el arma evidentemente para cometer ilícitos.

De esta forma, si valoramos el accionar del imputado de haber utilizado el arma para dar muerte a una persona -su concubina C. I.-, lejos esta de ser la de un ciudadano común que solo porta un arma a los fines

de prevenir una eventual situación de inseguridad, tal como lo sostenido por la defensa. Es decir, que de la materialidad ilícita se desprende nítidamente lo contrario.

b. Tampoco acompañaré la solicitud de la atipicidad del delito de portación, en lo que se refiere a la materialidad ilícita del hecho denominado nº II.

El "a quo" tuvo por acreditada la aptitud del arma empleada a través del informe pericial realizado por el experto, quien reveló la aptitud deflagrativa del arma secuestrada.

De este modo, de la pericia practicada por el perito balístico de la Asesoría Pericial de Tribunales, Fernando Marcatilli, se desprende que el arma presentaba un seguro en el lateral izquierdo del armazón que se activa y desactiva con el dedo pulgar, resultando casi imposible que el seguro se corra por un forcejeo, concluyendo que el funcionamiento del arma resultaba apta para efectuar disparos.

Por ende la calificación legal excogitada por el "a quo" debe ser mantenida.

VI. Entiende la Defensa que el sentenciante aplicó erróneamente el artículo 41 bis del Código Penal. Este agravio tampoco puede prosperar.

Comparto con el "a quo" que la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P. resulta aplicable a las figuras previstas en los artículos 79 y 80 del C.P. no sólo porque en estas no se hace referencia alguna ni al género "armas" ni a la especie "de fuego" sino también porque es evidente que el empleo de un arma letal como la utilizada en la especie revela en el homicidio cierto grado de preordenación, incrementa las posibilidades de éxito de la empresa y paralelamente, disminuye las defensas que el acometido pudiera eventualmente iniciar a la vez que implica finalmente disposición de medios para delinquir (cfr. causa 9195 "Otegui" primigenia Sala I, entre otras).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En lo demás, tal criterio ha quedado plasmado en el Acuerdo Plenario de este Tribunal –causa 36.328- de fecha 19 de abril de 2013, donde se resolvió que dicha agravante genérica del Código Penal resulta aplicable a la figura tipificada en el artículo 79 del mismo cuerpo legal.

VII. La defensa solicita se readecue la pena impuesta en función de los artículos 40 y 41 del C.P..

Dicho planteo tampoco puede prosperar.

a. Entiendo que el “a quo” no incurrió en infracción legal alguna al determinar el monto de pena impuesto al encausado.

Entrando a valorar las atenuantes peticionadas, considero, al igual que el “a quo” que, la escasa educación del imputado y el contexto vecinal en el que vivía no pueden, a mi juicio, computarse en el sentido propiciado por la defensa, toda vez que no se advierte su incidencia concreta y efectiva en el hecho cometido.

Asimismo, resulta a mi juicio válido computar como circunstancia severizante de la punición la actitud despreciativa hacia el género femenino adoptada por el encartado y valorada por el sentenciante.

En efecto, no puedo dejar de referirme que en los últimos años en un Estado de Derecho y Democrático como ser el Argentino, se han enarbolado desde todos los estamentos e incluso desde los estrados del más Alto Tribunal Constitucional, las banderas de lo que hoy y siempre se conoce como violencia de género, que no es ni más ni menos que la diversas formas en que son sometidas, maltratadas, humilladas y denigradas las mujeres –incluyo también otros casos en los que la víctima no sea necesariamente mujer- en pos y basados en un machismo exacerbado que nada tiene que ver con nuestras raíces históricas, culturales y religiosas.

Mi pensamiento va de la mano con estos nuevos paradigmas mundiales –donde nuestro país es arquetipo- de respeto a los Derechos Fundamentales y en particular a la llamada violencia de género.

Sólo recuérdese que nuestro Congreso Nacional, por ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la Asamblea General de las Naciones Unidas que define a la misma como “Toda acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado”.

De esta manera es claro que el Estado Nacional adhiere, pregona y fomenta una integral defensa del género –que se vio claramente reflejado en el nuevo tipo penal del artículo 80bis del Código Penal- pero que también repudia todas aquellas acciones que sin llegar a constituir un “femicidio”, atentan también contra la naturaleza y dignidad humana.

Hoy la “violencia doméstica” en todas sus formas ha crecido a pasos agigantados, puede observarse a modo ilustrativo las cifras aportadas por la Oficina con competencia en la materia de la Corte Suprema de Justicia, donde en el transcurso del año 2010 aumentó un 12,5% solo la cantidad de mujeres asesinadas, siendo imposible materialmente conocer un índice exacto sobre las demás formas de este tipo de violencia.

Y esto último a raíz de que muchas veces el “modus delicti” llevado a cabo por la cobardía de quien ejerce estos hechos violentos, trata de no dejar rastros probatorios y, aunque cueste creerlo, causa un efecto intimidatorio y de vergüenza femenina logrando que las víctimas no acudan a los mecanismos judiciales.

Realizado este paréntesis puede verse que C. I. ya había sufrido un sin número ataques –así lo refirieron sus hijas- de los que no todos fueron denunciados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Recapitulando, puede afirmarse entonces que el presente caso, analizando estrictamente los hechos que claramente conforman la materialidad ilícita, rodeados de un contexto social que no debe escapar a la ciencia del derecho penal –en su unidad sistemática, dogmática y punitiva- y que incluso pudieron ser aún mas graves, atentan directamente contra los mínimos y elementales derechos no sólo de la mujer sino del hombre.

b. Tampoco puede prosperar el agravio encaminado a cuestionar el monto de la pena impuesta por el Tribunal de grado, toda vez que el argumento no pasa de ser un mero criterio subjetivo y de tinte dogmático, que deviene irrelevante a los fines de conmovier lo decidido.

Debo traer a colación mi posición en lo que respecta a la individualización de la pena, la que es coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia Provincial, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal y sostenido, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

Voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Natiello, por sus mismas razones y fundamentos, en lo que respecta al delito de homicidio cometido con arma de fuego por el cual fuera condenado Oscar Horacio Hermann.

Mas en lo que respecta al injusto por el que el acusado de marras fuera condenado y que encuentra tipificación en el párrafo cuarto del inciso segundo del art. 189 bis del Código Penal, abro respetuosa disidencia.

Estimo que la ampliación de la acusación fiscal a la que acudiera su representante durante el curso del debate, amparada por los preceptos del art. 359 del C.P.P. resulta improcedente.

Esta norma solamente prevé, como supuestos de procedencia, la verificación del surgimiento de hechos que integren el **delito continuado** o **circunstancias agravantes de calificación** no contenidas en el requerimiento fiscal.

Lo que se advierte en el “*sub lite*” es la introducción de **una secuencia fáctica nueva** que asimismo está tipificada en forma distinta de la figura primigeniamente enrostrada al imputado. Es decir, no se advierte la introducción de ningún elemento que haga encuadrar el homicidio agravado por el uso de armas de fuego atribuido a Hermann en alguna de las figuras contenidas en el art. 80 del Código Penal, siendo que además tampoco aparece posible la existencia del denominado delito continuado en la materialidad enjuiciada.

Por el contrario, la pretensión Fiscal –convalidada por el Tribunal de Juicio- estuvo dirigida lisa y llanamente a sumar un hecho delictuoso nuevo y distinto al que se constituyera en la intimación dirigida al acusado de mentas y que se sostuviera en la requisitoria de elevación a juicio –cuyas copias fueran requeridas por esta sede y adjuntadas al legajo-.

De esta forma, estimo que se ha violentado el principio de congruencia, pese a que se trató de imbuir al caso de las previsiones del art. 359 del rito que prevén hacer saber la “nueva circunstancia” y ofrecer plazo para producir prueba.

Debemos recordar aquí que el aludido principio impone fijar acabadamente el acontecimiento histórico que se intenta juzgar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

El "principio de congruencia" puede definirse como la identidad fáctica en el hecho por el que fue requerida la elevación a juicio y eventualmente condenado el imputado y el enunciado en la acusación intimada ("*ne est iudex ultra petita partium*").

Creo en este punto que resulta clarividente lo dicho por la Sala II de la Cámara de Casación Penal de la Nación en lo que respecta al principio de congruencia al definir con una explicación docente que "*El proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana, a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio, considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra las bases del juicio en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales, únicamente, es lícito fundamentar la sentencia.*". (C.N.C.P., Sala II, c. "Herrera, Ricardo E. y otro s/recurso de casación", rta. 8/09/95).

Al respecto, en apoyo a la tesitura que he desarrollado, creo conveniente recordar lo expresado por Clariá Olmedo respecto de que "*...La concreción del elemento objetivo de la imputación que se muestra en la relación del relato debe ser claro, preciso, circunstanciado y específico. Esto significa que el relato debe entenderse sin dificultades por el hombre común: que debe ser completo sin desarrollos inútiles o superabundantes que puedan confundir...El núcleo fáctico de la acusación ha de ser congruente con el contenido del procesamiento (o del fundamento de la prisión preventiva) pero pueden agregarse o variarse las circunstancias integradoras de ese núcleo mientras no lo desvirtúen o alteren en grado de mostrar un hecho diverso...El elemento volitivo se exhibe en la determinación acusatoria. Es la*

declaración de voluntad por la cual el Ministerio Fiscal pide la realización del juicio, o sea una sentencia que resuelva sobre el fundamento de su pretensión acusatoria. Se resuelve en una petición de contenido incriminador, lo que permite asimilarlo a la demanda del proceso civil, sin embargo, los códigos modernos no permiten que contenga una sanción determinada...”(Clariá Olmedo, Jorge, “Derecho Procesal Penal”, T° III, págs. 50 y 51 –el iluminado me pertenece-).

También la jurisprudencia ha abordado el tema al reafirmar la Corte Suprema de Justicia de La Nación la necesidad de respetar el denominado “principio de congruencia” como una derivación del derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.) entre el reproche final que se hace al imputado y los hechos concretos que motivaron su acusación. En el caso “Zurita” (L.L. 1991-D, 129) el Alto Tribunal señaló que *“...la correlación necesaria entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia final, correlación que es natural corolario del principio de congruencia...”* (En igual sentido, Fallos 310:2094, 312:597, 312:2370).

En igual razonamiento, se ha dicho que *“La información precisa y detallada por parte del juez al imputado acerca de los hechos por los que ha sido llamado a prestar declaración indagatoria es crucial a los fines de verificar el principio de congruencia, comprendido en la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio...”* (C. Nac. de Casac. Penal, Sala IV, L.L. T° 1997-B, p. 707). *“El requerimiento de elevación a juicio o acusación fija definitivamente la persona sometida a proceso y el hecho acerca del cual debe versar la acusación con la sentencia...”* (Cám. Nac. Cas. Penal, Sala I, rta. 14/4/94, E.D., t. 159, pág. 81).

A modo de colofón, traigo las palabras del Címero Tribunal Nacional en el caso “Sircovich” (Fallos 329:4634) donde afirmó, con remisión al dictamen del Procurador General, que *“...en lo que respecta al principio*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

de congruencia... cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva" (apartado III.3 del dictamen del Procurador General)."

Por lo expuesto, es mi opinión que corresponde hacer lugar a este tramo del recurso deducido por la defensa, anular el procedimiento instaurado en el debate celebrado en la presente causa que culminó con la inclusión del delito contra la seguridad pública por el que finalmente resultara condenado Oscar Horacio Hermann y consecuentemente absolverlo del mismo.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Visto el modo en que han quedado resueltas las cuestiones precedentes estimo corresponde: 1) declarar admisible el recurso de Casación interpuesto por el señor Defensor Oficial del Departamento Judicial La Plata, doctor Ernesto Julián Ferreira a favor de Oscar Horacio Hermann; 2) por mayoría, hacer lugar parcialmente al recurso deducido, casar la sentencia impugnada absolviendo libremente a Oscar Hermann respecto del delito contra la seguridad pública, y en función de ello,

readecuar el monto de pena impuesto al encartado, el que estimo justo y adecuado fijar –de conformidad con las pautas valoradas por el “a quo” en los términos de los artículos 40 y 41 del C.P.- en quince (15) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, dejando intactas las demás declaraciones contenidas en el fallo recurrido, sin costas por existir razón plausible para litigar (arts. 1, 210, 234, 359, 366, 373, 421, 448, 451, 454 inciso 1º, 456, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 40, 41, 41 bis, 79 y 189 inciso 2º y tercer párrafo todos del Código Penal) y 3) tener presente la reserva del caso federal efectuada (artículo 14 ley 48).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

I. Declarar admisible el recurso de Casación interpuesto por el señor Defensor Oficial del Departamento Judicial La Plata, doctor Ernesto Julián Ferreira a favor de Oscar Horacio Hermann.

II. Por mayoría, hacer lugar parcialmente al recurso deducido, casar la sentencia impugnada absolviendo libremente a Oscar Hermann respecto del delito contra la seguridad pública, y en función de ello, readecuar el monto de pena impuesto al encartado, de conformidad con las pautas valoradas por el "a quo" en los términos de los artículos 40 y 41 del C.P, en quince (15) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, dejando intactas las demás declaraciones contenidas en el fallo recurrido, sin costas por existir razón plausible para litigar.

Artículos 1, 210, 234, 359, 366, 373, 421, 448, 451, 454 inciso 1º, 456, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 40, 41, 41 bis, 79 y 189 inciso 2º y tercer párrafo todos del Código Penal.

III. Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Artículo 14 ley 48.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al Tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

**FDO.: CARLOS ANGEL NATIELLO - MARIO EDUARDO KOHAN -
RICARDO RAMON MAIDANA
ANTE MÍ: OLIVIA OTHARÁN**