

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 23165/08 STJ

SENTENCIA Nº: 155

PROCESADOS: MURGUIONDO HENRY NELSON – NÚÑEZ HÉCTOR HONORIO
– HERRERA JORGE ELISEO

DELITO: HOMICIDIO SIMPLE – ABIGEATO AGRAVADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 22/10/09

FIRMANTES: MATURANA (SUBROGANTE) – RODRÍGUEZ AGUIRREZABALA
(SUBROGANTE) – RODRÍGUEZ (SUBROGANTE)

///MA, de octubre de 2009.

----- Habiéndose reunido los señores jueces subrogantes del Superior Tribunal de Justicia doctores Roberto Hernán Maturana, Ricardo Rodríguez Aguirrezabala y Ernesto Rodríguez, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “MURGUIONDO, Henry Nelson y Otros s/Homicidio simple s/Casación” (Expte.Nº 23165/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente: - - - - -

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido? - - - - -

V O T A C I Ó N

El señor Juez subrogante doctor Roberto Hernán Maturana dijo: - - - - -
- - - - -

-----1.- Antecedentes de la causa: - - - - -

----- Mediante Sentencia Nº 19, de fecha 10 de julio de 2008, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial por mayoría resolvió: “Primero: ABSOLVER libremente de culpa y cargo a HENRY NELSON MURGUIONDO, argentino, de 37 años de edad, nacido en San Antonio Oeste el 08 de marzo de 1971,

hijo de Catalina Noemí Murguiondo (v), casado, instruido, comerciante, DNI n° 21.388.794, domiciliado en Calle 28 n° 502 del Barrio Lavalle de Viedma, en orden al delito de Homicidio Simple (Art. 79 CP) en calidad de autor, por el que fuera traído a juicio. Sin Costas (art. 498 del C.P.P.).- Segundo: CONDENAR///2.- a HENRY NELSON MURGUIONDO, de datos personales referenciados precedentemente, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de 'Abigeato Agravado' previsto por el art. 167 ter. Segundo párrafo y 167 quater incs. 1° y 4° del Código Penal – (Arts. 498 y 499 del C.P.P.).- Tercero: ABSOLVER libremente de culpa y cargo a HECTOR HONORIO NUÑEZ, argentino, de 52 años de edad, nacido en Carmen de Patagones (Bs. As.) el 15 de abril de 1956, hijo de Honorio Víctor (f) y de Alba Aurora Ibáñez (v), soltero, instruido, ganadero, DNI n° 11.603.005, domiciliado en Bvard. Contín 279 de Viedma, en orden al delito de Abigeato Agravado (Art. 167 ter segundo párrafo y 167 quater, incs. 4 y 45 del C.P) en calidad de co-autor por el que fuera traído a juicio. Sin Costas (art. 498 del C.P.P.).- Cuarto: ABSOLVER libremente de culpa y cargo a JORGE ELISEO HERRERA, argentino, de 61 años de edad, nacido en Río Colorado (R.N) el 18 de setiembre de 1946, hijo de Mariano Eliseo (f) y de Ángeles Bilbao (f), soltero, instruido, comerciante, DNI n° 8.211.185, domiciliado en El Salvador 102 de Viedma, en orden al delito de Abigeato Agravado (Art. 167 ter segundo párrafo y 167 quater, incs. 4 y 6 del C.P) en calidad de partícipe primario, por el que fuera traído a juicio. Sin Costas (art. 498 C.P.P.) [...]” (fs. 1228/1260).-

-----1.2.- Contra lo decidido, el defensor particular de Henry Nelson Murguiondo, la señora Fiscal de Cámara y el abogado apoderado de la parte querellante particular dedujeron sendos recursos de casación (fs. 1268/1277 y vta., 1278/1305 y 1306/1309, respectivamente).- - - - -///3.-- El último fue denegado, mientras que los dos primeros fueron declarados parcialmente admisibles por el tribunal de grado inferior (“sólo en relación a los fundamentos por arbitrariedad”, fs. 1313/1317) y por este Superior Tribunal de Justicia (fs. 1344/1345).- - - - -

----- Deducidas las respectivas quejas, este Cuerpo les hizo lugar y declaró admisibles los recursos de casación de la parte querellante particular (sobre la inaplicabilidad al caso del precedente 180/07 STJRNSP, la violación de normas relativas a la participación del querellante en juicio y la falta de fundamentación –fs. 1346/1347-) y del defensor particular (respecto de las cuestiones vinculadas con la invalidez parcial del requerimiento de elevación a juicio, la errónea aplicación de la ley sustantiva, la

violación del principio de igualdad, la inconstitucionalidad de la norma de fondo y la pena impuesta –fs. 1348/1349-).- - - - -

----- Dispuesto el expediente en la Oficina para su examen por parte de los interesados, emitió su dictamen la señora Procuradora General (fs. 1354/1369).- - - - -

-----1.3.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, los autos quedaron en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----2.- Agravios del recurso de casación del defensor particular de Henry Nelson Murguiondo:- - - - -

----- El letrado refiere el cumplimiento de las formas exigidas por la ley adjetiva y a continuación desarrolla las siguientes cuestiones:- - - - -

-----A) “Invalidez parcial del requerimiento de elevación a juicio”: Afirma que en esa pieza procesal agregada a fs.///4.- 905/926 “no se menciona que los animales se trasladaron por medio motorizado”, y que ello fue advertido en la sentencia impugnada.- - - - -

-----B) “Arbitrariedad del pronunciamiento judicial”:- - - -

----- En este punto, impugna la decisión condenatoria argumentando que se invirtió la carga de la prueba al expresarse que no existe documental u otro elemento que respalde los dichos de Murguiondo acerca de la compra alegada. Agrega que, desaparecido definitivamente Yurquina, los animales orejanos no tenían dueño al momento de ser retirados del campo; que existe contradicción cuando se afirma que se trasladaron los animales vivos y que los animales se carnearon, y que el Tribunal no es categórico al considerar que Yurquina no tuvo la intención de vender sus ovinos a Murguiondo porque argumentó que el primero no vendía habitualmente, pues ello no necesariamente significa que nunca vendía, sino que sí existía la posibilidad.- - - -

-----C) “Errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 167 ter y quater del CP)”:- - - - -
- - - - -

----- Al respecto, manifiesta que se comete el error de invertir la carga probatoria en perjuicio del encartado, porque éste no debe acreditar la posesión de buena fe del ganado por parte de Yurquina, sino que lo debe hacer la parte acusadora; que es erróneo encuadrar el accionar de Murguiondo en el inc. 4 del art. 167 quater del Código Penal pues la norma agrava la situación del partícipe del art. 45 y no al autor directo; que resulta erróneo subsumir el factum en la agravante del inc. 1º del art. 167 quater del código de fondo, es decir, en el art. 164, porque en ninguna///5.- parte surge que los animales se carnearon como parte integrante de la perpetración del delito, y que la

agravante del segundo párrafo del art. 167 ter del Código Penal es inaplicable porque el medio motorizado no fue utilizado directamente por Murguiondo ni fue a instancias de este último.- - - - -

-----D) “Violación del principio de igualdad”:- - - - -

----- Sostiene en este agravio que durante la instrucción hubo seis personas investigadas, etapa en la cual tres fueron desvinculadas (Calvo y los Hinostroza), luego en la etapa final otras dos personas quedaron desincriminadas (Núñez y Herrera), y terminó el litigio con un solo condenado: Henry Nelson Murguiondo. Resulta lógicamente insostenible –sigue diciendo- que concluya el proceso con un solo sujeto como autor penalmente responsable de un hecho que, por sus características fácticas, necesita de la actividad concurrente o la colaboración de varias personas.-

-----E) “Pena impuesta”:- - - - -

----- La defensa solicita la declaración de inconstitucionalidad de las penas previstas en los arts. 167 ter y 167 quater incs. 1 y 4 del Código Penal por afectar la logicidad, sistematización y constitucionalidad de los preceptos penales. Continúa afirmando que la petición se sustenta en que resultan desproporcionadas e irrazonables en relación con las sanciones de otros delitos de mayor relevancia o de mayor daño o cuyos bienes jurídicos protegidos son mayor jerarquía e importancia.- - - - -

----- En subsidio de lo anterior, pide que se reduzca la pena impuesta al mínimo de dos años de prisión previsto en///6.- el art. 167 ter primer párrafo del código sustantivo, por la ausencia de antecedentes penales y la buena reputación social del imputado. A ello suma que el art. 41 segundo párrafo del Código Penal habla de las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión como elemento demostrativo de la mayor o menor peligrosidad del condenado, pero en la sentencia dichas circunstancias no se toman en ese sentido de peligrosidad, sino como una modalidad propia y exclusiva en la perpetración del delito.- - - - -

----- Por último, manifiesta que la pena impuesta es inadecuada e irracional, porque no se pueden negar las deficiencias que padece el sistema carcelario, lo que lleva a una ficción de la readaptación social que se busca.- - -

-----3.- Agravios del recurso de casación de la Fiscalía de Cámara:- - - - -
- - - - -

----- La representante del Ministerio Público Fiscal alega que la sentencia que se impugna deviene nula porque carece de motivación, con lo que viola los arts. 98 y 380 inc. 3º del Código Procesal Penal y 200 de la Constitución Provincial.- - - - -

----- En tal sentido, argumenta que, a la hora de resolver la responsabilidad penal que les incumbió a los imputados, se han desechado los elementos de convicción arrimados a favor de la condena, sin brindar para dicho apartamiento una fundamentación lógica y legal.-----

----- Al impugnar la absolución de Henry Nelson Murguiondo por el delito de homicidio simple -decidida por mayoría-, efectúa un análisis de las constancias probatorias: acta de rastillaje, acta de procedimiento policial, fotografías y///7.- croquis, de las cuales surge la existencia de una fogata a 400 m de la casilla, sitio al cual se arrastró un objeto de dimensiones y en la que se hallaron trozos de colchón y frazada, huesos, un reloj deteriorado y una pieza de plomo fundido como si se tratara de dos proyectiles detonados; informe del Cuerpo Médico Forense del cual se desprende que algunos de los restos óseos hallados en la fogata se corresponden con el género humano; pericial bioquímica que revela presencia de sangre humana en sectores camino a la fogata; informe odontológico que da cuenta de que las piezas dentarias corresponden a la especie humana y se adaptan a la porción de maxilar superior hallada, e informe del Equipo Argentino de Antropología Forense donde se concluye que los restos hallados son de un individuo adulto y que el cuerpo fue quemado cuando aún se conservaba blando.-----

----- Agrega a ello una serie de indicios que detalla y considera avalados con prueba científica, esto es, la pericial odorológica en la que consta que el can Venus reconoció olores pertenecientes a la víctima en el sector de la quemazón y el can Firulay –detector de cadáver humano- dio un indicativo de “alerta” indicando la presencia de fragmentos óseos.-----

----- Refiere que, a la luz de la sana crítica racional, es posible concluir que Carlos Yurquina no se fue de viaje ni dejó todo lo que tenía de un día para otro, y no hay dudas de que lo mataron. Cita doctrina y jurisprudencia que avalan su postura.-----

----- Luego critica el primer voto, porque ha omitido el///8.- tratamiento de los indicios en conjunto o sólo los ha considerado fragmentariamente, sin fundar lógicamente su aceptación o rechazo, de manera que su motivación es insuficiente.-----

----- Destaca que los otros dos votantes coinciden en tener por acreditado el cuerpo del delito, aunque critica la falta de la debida motivación en el voto del doctor Giménez, en

adhesión al voto de la Juez Milicich en punto a que no ha podido probarse la autoría penalmente responsable de Murguiondo.- - - - -

----- Sostiene que ambos votos se han referido al material probatorio de modo genérico, lo que impide controlar su valoración y las conclusiones a las que se arriba e incumple con la exigencia de motivación.- - - - -

----- A continuación, en cuanto a la autoría endilgada a Henry Nelson Murguiondo, la recurrente enumera una serie de elementos probatorios e indicios que conducen de manera unívoca y concordante a sostener que la muerte de Yurquina fue violenta y que Murguiondo participó de ella, con el propósito de apropiarse del ganado lanar del occiso y lucrar con su venta.- - - - -

----- Frente a todos los indicios que reseña, alega que la sentencia en crisis omite rebatir los elementos centrales de la acusación, y remarca que los votos que conforman la mayoría no han valorado todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas al juicio. Señala que el segundo voto sólo ha argüido que adhiere a la colega preopinante en cuanto a que no ha podido probarse la autoría del acusado Murguiondo.- - - - -

-----//9.-- Finalmente, la representante del Ministerio Público aborda la responsabilidad que sostuvo respecto de Herrera y Núñez en orden al delito de abigeato, cuestión que considera que no ha merecido un tratamiento lógico por parte del Tribunal al momento de resolver absolverlos por unanimidad.-

----- Sobre los defectos de la intimación, en referencia a Núñez, sostiene que “claro quedó que el aporte de Héctor Honorio Nuñez al designio emprendido fue brindado en la continuidad de la secuencia iniciada por Murguiondo al apoderarse materialmente de los lanares en el campo de Yurquina, y llevarlos ese mismo día en horas del mediodía y mediando acuerdo previo, hasta el campo de Nuñez sito en km 1004, establecimiento 'La Estrella', hacia donde fueron trasladados por Murguiondo en el camión de Hugo Domingo Calvo sin las correspondientes guías de traslado.- En términos mas sencillos, su aporte fue proporcionar el lugar donde llevar los animales sustraídos. Y ese aporte, fue concertado de antemano, porque nadie puede llegar con 50 animales –encima orejanos y sin guía- si antes no ha concertado que los mismos le serán recibidos” (fs. 1293).- -

----- Manifiesta que otro tanto ocurre en relación con la imputación formulada a Herrera, ya que en el fallo se altera “el orden en que la imputación narra los hechos y tiene ello importancia, porque lo central de la imputación es que los lanares orejanos de los cuales Murguiondo se apoderara ilegítimamente 'habrían sido conducidos en un

medio motorizado, sin guía al campo de Héctor Honorio Nuñez llamado La Estrella sito en km 1004 por disposición de Jorge Eliseo Herrera, cuestión que fue colocada en primer término,///10.- antecedendo a la cuestión de la adquisición del ganado que alude a la motivación de Herrera para participar en el ilícito” (fs. 1293/12294).- - - - -

----- Finalmente, la señora Fiscal de Cámara concluye solicitando la nulidad del resolutorio.- - - - -

-----4.- Agravios del recurso de casación del apoderado de la parte querellante particular:- - - - -

----- Alega que resulta inaplicable el precedente N° 180 de este Superior Tribunal, del 10/10/07, pues las circunstancias de hecho del presente expediente son distintas de las planteadas en aquél. Agrega además que el antecedente se toma de Nación y no tiene el respectivo correlato con la normativa procesal de Río Negro, en cuyo sentido destaca que el código ritual no le impone a la querella la carga de acusar y menos bajo el apercibimiento de no poder hacerlo en el futuro del proceso. Señala que en autos acusó el Agente Fiscal y también la Fiscal de Cámara; que la parte querellante se limitó a reproducir textualmente la imputación hecha, y que viola el derecho de defensa establecer que la querella no puede efectuar acusación si no lo hizo en la oportunidad de elevación a juicio, porque esta carga procesal no está prevista en el rito ni tampoco la caducidad de ese derecho. A lo anterior suma que el mentado precedente resulta inaplicable por ser de fecha posterior al requerimiento de elevación a juicio presentado por la Fiscalía el 08/06/07.- - - - -

----- Como segundo agravio, dice que la sentencia es incoherente en el razonamiento y violatoria del principio de la libre convicción establecido en el Código Procesal Penal.///11.--5.- Dictamen de la Procuración General:- - - - -

----- La doctora Liliana Laura Piccinini considera que el agravio de la parte querellante relativo a la inaplicabilidad del precedente N° 180/07 de este Cuerpo resulta determinante para condicionar la validez de la resolución atacada. Sostiene que, analizado el argumento dado por la vocal que comanda el Acuerdo, le asiste la razón a la querella cuando expresa que las circunstancias de hecho del presente expediente son distintas de las planteadas en el precedente invocado, y que la diferencia radica en que en el antecedente aludido, en la etapa de juicio y en su alegato final la Fiscal de Cámara solicitó la absolución por inimputabilidad de la persona traída a juicio, la Cámara del Crimen dictó la absolución y la querellante particular interpuso el recurso que

determinó la mentada doctrina. En las presentes actuaciones, continúa diciendo, no sólo la acción fue mantenida viva por el Agente Fiscal, sino que también lo hizo la señora Fiscal de Cámara en el plenario y la parte querellante se limitó a reproducir textualmente la imputación hecha en el debate. Ergo, las circunstancias difieren y no resulta aplicable la doctrina citada supra.- -

----- Por otra parte, ratifica y sostiene el remedio impetrado por la señora Fiscal de Cámara, a cuyos argumentos remite en honor a la brevedad.- - - - -

----- Luego abunda en los argumentos acerca de la carencia de motivación suficiente del fallo que –prosigue- alcanza su punto máximo en la falta de comunidad ideológica, esto es, la falta de coincidencia en el pensamiento volcado por los magistrados, al expedirse en el fallo acerca de la tercera///12.- cuestión (relativa a si se encuentran probados los hechos y si son autores responsables los traídos a juicio), en cuanto al homicidio se refiere. Agrega que surgen deficiencias y hasta contradicciones en la fundamentación que vician la sentencia y la hacen nula en los términos del art. 380 inc. 3º del Código de Procedimientos Penal.- - -

----- En este orden, observa “que en la estructura de la sentencia falta el enlace sistemático y coherente entre el razonamiento puesto de manifiesto por la primer votante (vg. que los indicios son ‘muchos, graves y concordantes’, remito en honor a la brevedad a lo extensamente expresado por la Dra. Zaratiegui), sus conclusiones (...me resulta imposible aseverar que fueran de Yurquina, más allá de la íntima convicción...resultan insuficientes para aseverar su muerte y menos aún su asesinato, la reconstrucción histórica del hecho es francamente imposible) y lo argumentado a continuación por el segundo votante. [...] Así, el Dr. Giménez comienza adhiriendo a la conclusión a la que arriba la colega preopinante, pero luego desarrolla una argumentación que expresa una disidencia: ‘No tengo dudas respecto a que se ha podido acreditar la muerte de Yurquina y el hallazgo de sus restos ... La sana crítica racional, el sentido y la experiencia común me hacen concluir que Yurquina fue eliminado violentamente y que luego sus restos fueron incinerados.’ [...] A continuación expresa: ‘El cargo indiciario me conduce, en punto a determinar la autoría delictiva, a la figura del acusado pero efectuados los análisis, comparaciones y valoraciones de la prueba arrimada, concluyo que lo máximo que puedo tener por///13.- acreditado es que Murguiondo sabía que Yurquina había fallecido... pero no que haya sido el autor material del homicidio...’ (fs. 1250 refoliado y sgts.). [...] Expuesto así por el segundo votante, con una formulación cuanto menos contradictoria o confusa de

la valoración realizada, queda claro que se trata de dos posturas de la mayoría, que en modo alguno coinciden, puesto que realizan una ponderación distinta de aspectos fácticos relevantes; o dicho de otra manera, no existen opiniones concurrentes en la mayoría, sobre los fundamentos desarrollados para arribar a la conclusión absolutoria de Murguiondo, expresada en la parte dispositiva de la sentencia. Tan es así, que la primer vocal ni siquiera da por acreditada la materialidad del hecho [...] mientras que el segundo –también reitero– asevera: 'No tengo dudas respecto a que se ha podido acreditar la muerte de Yurquina y el hallazgo de sus restos', vid fs. 1250. [...] La necesidad de dilucidar las temáticas en las cuales no se aprecia una mayoría es más evidente aún por la disidencia de la tercer votante Dra. Vivas, que –en lo fundamental– sostiene: '...De conformidad al análisis de la prueba que se receptara en el Debate, tengo la certeza que los hechos que se le atribuyen al acusado Murguiondo, se encuentran acreditados. [...] Así, tengo por probado, que en fecha no precisada con exactitud, con anterioridad al 12 de junio de 2006 en el campo ubicado... Murguiondo dio muerte a Carlos Yurquina.' (fs. 1251 vta. refoliado). [...] En suma, como adelantara, los votos referenciados carecen de 'comunidad ideológica o coincidencia sustancial' de los fundamentos que permiten llegar a la absolución, de manera tal que cabe '...///14.- descalificar el pronunciamiento como acto sentencial, dado que se está en presencia de una de las denominadas «nulidades de ley» (aquellas con sanción directamente prevista e impuesta por una norma) que deben ser decretadas aún de oficio...' [...]” (fs. 1364/1366).- - - -

----- En definitiva, propugna que se proceda a anular el fallo recurrido obrante a fs. 1228/1260 y el debate respectivo, por la falta de toda consideración sobre lo manifestado en concepto de alegatos por la querella, y remitir el proceso al Tribunal interviniente –con distinta integración–, para su sustanciación en los términos del art. 441 del Código Procesal Penal; subsidiariamente, propicia que se tenga por sostenido el recurso impetrado por la señora Fiscal de Cámara, con idéntica solución en relación con los imputados absueltos tanto respecto del delito de homicidio como el de abigeato, con la salvedad en este caso, en cuanto a este último delito, de que se deje incólume la condena dictada a Henry Nelson Murguiondo.- - - - -

-----6.- Acusación:- - - - -

----- De acuerdo con las requisitorias de elevación a juicio, “se imputa a Henry Nelson Murguiondo (fs. 906) que en el Departamento Adolfo Alsina, de la Provincia de Río Negro, más precisamente en el lote ubicado a la altura del Km. 1015 de la Ruta

Nacional nro. 3, sobre su vera izquierda en sentido norte-sur, se habría apoderado ilegítimamente, probablemente el día 11 de junio de 2006, aproximadamente a las 10.00 horas, de alrededor de cuarenta y cinco cabezas lanares, carneando siete animales pertenecientes a Carlos Yurquina, para posteriormente llevarlos del lugar junto con///15.- un recado, sogas y otros elementos de trabajo de campo. Los animales vivos sustraídos habrían sido trasladados al campo de Héctor Honorio Núñez denominado 'La Estrella', ubicado en Km.1004; el recado habría sido llevado al domicilio de Juan Inostroza, sito en calle 21 pegado al numeral 731 y al menos dos de los lanares carneados habrían sido conducidos al comercio de Murguiondo ubicado en calle 28 Nro. 502 del B° Lavalle de esta ciudad. Asimismo, en fecha no precisada con exactitud, pero ubicable con anterioridad al día 12 de junio de 2.006, en similares circunstancias presumiblemente mediante disparos de arma de fuego, para seguidamente y en pos de destruir los rastros del hecho, proceder a calcinar sus restos en inmediaciones del puesto de campo y según croquis de fs.10, siendo hallada dicha pira aún encendida en la fecha antes consignada por personal policial en horas de la mañana de ese día.- - - -

----- “En relación a Héctor Honorio Núñez se le atribuye, haber participado en la sustracción de cuarenta y cinco animales lanares ubicados en el Departamento Adolfo Alsina, de la provincia de Río Negro, más precisamente en el lote ubicado a la altura del Km.1015 de la Ruta Nacional nro. 3, sobre su vera izquierda en sentido norte-sur, campo de posesión de Carlos Yurquina, junto a Henry Nelson Murguiondo y a Jorge Eliseo Herrera, ocurrido con fecha probable en la jornada del día domingo 11 de junio de 2.006, alrededor de las 10.00 horas de la mañana. Que su aporte al designio emprendido habría sido brindado en la continuidad de la secuencia iniciada por Murguiondo al apoderarse materialmente de los lanares en el campo de Yurquina y///16.- llevarlos ese mismo día en horas del mediodía y mediando acuerdo previo, hasta el campo de Núñez sito en Km.1004, establecimiento 'La Estrella', hacia donde fueron trasladados por Murguiondo en el camión de Hugo Domingo Calvo sin las correspondientes guías de traslado (fs.1077/1082).- - - - -

----- “Con respecto a Jorge Eliseo Herrera se le enrostra que en el Departamento Adolfo Alsina, de la Provincia de Río Negro, más precisamente en el lote ubicado a la altura del Km.1015 de la Ruta Nacional nro. 3, sobre su vera izquierda en sentido norte-sur, en ocasión en que Henry Nelson Murguiondo se habría apoderado ilegítimamente, en fecha 11 de junio de 2006, alrededor de las 10,00 hs., de aproximadamente 55 cabezas lanares orejanos pertenecientes a Carlos Yurquina, los que habrían sido conducidos en un

medio motorizado, sin guía, al campo de Héctor Honorio Nuñez llamado 'La Estrella' sito en Km. 1004, por disposición del citado Herrera, quien además habría ordenado que allí permanecieran tras haberlos adquirido a Henry Murguiondo a sabiendas de su origen ilícito (fs. 906).-----

----- “Ya en oportunidad de calificar los delitos endilgados, se considera adecuado a derecho encuadrar el accionar de Henry Nelson Murguiondo como coautor del delito de abigeato agravado atento el apoderamiento ilegítimo de los animales de propiedad de Carlos Yurquina , el modo en que fuera cometido, el número de animales y habiéndose empleado un medio automotor (art.167 ter segundo párrafo del CP) agravado además en los términos del 167 quater, inciso 4 –participación de una persona dedicada a la comercialización///17.- de productos de origen animal, Murguiondo carnicero) e inc. 6 por la participación de tres o más personas (Henry Murguiondo, Héctor Núñez y Jorge Herrera).- - - - -

----- “Agrega la Sra. Agente Fiscal que, por la muerte de Carlos Yurquina, Murguiondo deberá responder por el delito de Homicidio en los términos del art. 79 del CP, que sanciona a quien matare a otro (fs. 906/926).- - - - -

----- “Al considerar el encuadramiento de la conducta endilgada a Herrera, realiza similares consideraciones a las realizadas con respecto a Murguiondo, pero debiendo responder como partícipe primario, dada su intervención en el traslado motorizado de los animales al campo de Núñez, su compra a sabiendas de su origen ilícito y su dedicación a comercializar productos cárnicos (arts.167 ter, 2do. párrafo y agravado también en los términos del art.167 quater, inc. 4 del CP, ver fs. 906/926).- - - - -

----- “En relación a Núñez se lo sindicó coautor del delito de Abigeato Agravado (art.167 ter, segundo párrafo agravado en los términos del art.167 quater inc. 4 y 45 del CP, atento haberse acreditado que en calidad de coautor se apropió dolosamente de animales ajenos en número mayor a las cinco cabezas que fueron trasladadas en un transporte motorizado, los que se encontraban en un establecimiento rural, recibiendo en el campo de su propiedad sin cumplimentar los requisitos legales (falta de señales en los animales y guías de traslado)” (conf. fs. 1228 vta./1229 vta.).- - - - -

[illegible]

eficacia recursiva.- - - - -

-----A) “Invalidez parcial del requerimiento de elevación a juicio”:- - - - -
- - - - -

----- Una atenta lectura de las constancias de la causa permite demostrar que el agravio no puede prosperar.- - - - -

----- Así es que a fs. 906 detalla que los “animales vivos sustraídos habrían sido trasladados al campo de Héctor Honorio Núñez”; y más adelante, que Fresco “lo encontrara cargando el camión con animales” (fs. 922) y “que fueron transportados por el camionero Calvo” (fs. 923).- - - - -

----- Por otra parte, en la sentencia no se advierte lo mencionado por el recurrente, sino que, comparando los reproches realizados a Murguiondo y a Herrera, se señala que en el de este último se agrega la palabra motorizado (fs. 1241 vta.).- - - - -
- - - - -

----- En definitiva, y como señaló el a quo, podría haber una redacción “poco feliz” de algunos tramos, pero –en lo que aquí interesa- sin vicios de una entidad tal como la pretendida por el defensor (fs. 1242).- - - - -

-----B) “Arbitrariedad del pronunciamiento judicial”:- - - - -

-----B.i) En cuanto a que “se invirtió la carga de la prueba”, el mismo párrafo de la sentencia recurrida que cita el defensor (a fs. 1270 vta.) torna insustancial su agravio, en razón de que allí se destaca en forma clara que ningún elemento probatorio corrobora la versión del encartado, con lo que se cierra el cuadro incriminador del plexo indiciario.- - - - -

- - - - - -///19.-- “De modo concordante, este Cuerpo entiende que Nemesio González (en su comentario al fallo 46246 de la CS, del 02-08-94, ED, Tomo 161, págs. 265/268) confirma esta postura, cuando dice que ‘... el enjuiciado prosigue siendo poseedor o titular de la citada presunción de inocencia, y el onus probandi tendiente a demostrar el hecho

delictivo y su autoría y participación, está exclusivamente a cargo de la parte acusadora, salvo situaciones en que el imputado esgrima defensas e invoque hechos controvertidos con los probados por la acusación. En tales excepcionales casos, el imputado deberá incorporar prueba corroborante de los hechos por él invocados...’” (ver Se. 81/00; Se. 65/05; Se. 92/07).- - - - -

-----B.ii) La defensa alega también que “los animales orejanos no tenían dueño al momento de ser retirados del campo”, mas el argumento es inatendible. La Ley 22939, que unifica para todo el país el régimen de marcas, señales, certificados y guías, en su

art. 10 dispone –en lo aquí pertinente- que el poseedor de hacienda orejana quedará sometido en su derecho de propiedad al régimen común de las cosas muebles.- - - - -

----- De tal forma, de la ausencia o desaparición de Yurquina -y por el motivo que fuera- no puede concluirse de ninguna manera que los animales orejanos que poseía de buena fe y estaban en su campo (ver fs. 1249 vta.) quedaran sin poseedor legítimo en función de no acreditarse su pérdida (conf. arts. 2445, sgtes. y ccdtes. C.C.).- - - - -

----- Muy por el contrario, quedó probado que la desaparición de Yurquina del campo que poseía era una///20.- “circunstancia conocida sin dudas por Murguiondo” para “su despliegue de señorío sobre animales y campo” (fs. 1249 vta./1250).- - - - -

----- En otras palabras, la conocida ausencia de Yurquina fue una de las circunstancias que aprovechó Murguiondo para consumar el desapoderamiento de los animales.- - - - -

-----B.iii) En lo que hace a la alegada “contradicción cuando se afirma que se trasladaron los animales vivos y que los animales se carnearon”, cabe decir que una atenta lectura del fallo en crisis demuestra la incorrecta afirmación de la defensa.- - - - -

----- El a quo afirma: “Concluyendo, tengo para mí acreditado que Henry Nelson Murguiondo, el día domingo 11 de junio de 2.006 aproximadamente a las 10.00 horas, se apoderó ilegítimamente de aproximadamente 45 animales lanares, habiendo carneado algunos más pertenecientes a Carlos Yurquina y que se encontraban en el campo que éste poseía” (fs. 1250).- - - - -

----- Entonces, no existe contradicción cuando el sentenciante sostiene que hubo un apoderamiento ilegítimo de “aproximadamente 45 animales” a los que se le suman “algunos más” carneados.- - - - -

----- En sentido contrario a la pretensión recursiva, advierto una conclusión basada en una precedente fundamentación fáctico-jurídica.- - - - -

-----B.iv) El defensor también sostiene que “el Tribunal no es categórico al considerar que Yurquina no tuvo la intención de vender sus ovinos a Murguiondo”.- - - - -

----- Sin embargo, yerra la defensa en su argumentación al ///21.- descontextualizar lo sostenido por el Tribunal inferior, que sostuvo: “quedó certeramente acreditado, que Yurquina no vendía habitualmente lanares, sino que vendía la lana porque era buena (Fresco) acrecentaba su majada (Gutierrez fs. 261) y ponía un especial empeño en su

cuidado” (fs. 1249 vta.). Ello concuerda con lo señalado más adelante: “los testimonios de quienes conocían a Yurquina y su estilo de vida: Sólo vendía algún borrego y potro, leña y lana; no carneaba porque no le gustaba; quería acrecentar la majada; encerraba jabalíes (Gutiérrez fs.143/144 y 261) Saissac (fs. 358), Sandoval (no quemaba ni el piquillin ni el chañar, porque los vendía como leña). En igual sentido, Dieu, Moyano, Núñez” (fs. 1257).- - - - -

----- Entonces, el a quo es categórico al afirmar que Yurquina no vendía habitualmente lanares, en virtud de que sólo lo hacía respecto de algún borrego y potro.- - - - -

----- Este indicio anfibológico de que no existió compraventa de aproximadamente cuarenta y cinco lanares entre Yurquina y Murguiondo fue ponderado con la restante prueba colectada para acreditar el delito.- - - - -

----- Queda claro, de tal forma y como más arriba mencioné, la ineficacia del agravio.- - - - -

-----C) “Errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 167 ter y quater CP)”:- - - - -

-----C.i) Nuevamente aduce el defensor que “se comete el error de invertir la carga probatoria”.- - - - -

----- Empero, cuando el Tribunal inferior afirma que “[l]os animales no eran ajenos por ser orejanos, por el contrario estaban en posesión de Yurquina, de buena fe (art. 2412 del///22.- C. Civ.) y este dato no fue desvirtuado por prueba alguna en contrario” (fs. 1249 vta.), no está invirtiendo la carga de la prueba, sino que sólo plasma la inferencia que los hechos demuestran (v.gr.: testigos Duarte, Hernández, Calvo, etc.).- - - - -

----- Por otra parte, el argumento defensista se opone –sin motivo alguno- a su anterior estrategia. Así, el a quo estableció: “La conducta del imputado pareciera a simple vista la normal ante la concreción de una operación de venta pactada y así pretende hacerla aparecer la Defensa. Pero lo cierto, es que todo el despliegue llevado a cabo en el campo de Yurquina, cargando los animales a plena luz del día, contactando gente para que lo ayudara en dichos menesteres, que transportara los animales, ofrecerlos en venta y obtener un lugar donde tenerlos, solo lo podía hacer, porque estaba seguro de que Yurquina no lo iba a sorprender con su aparición (a pesar de que no se probó lo que realmente sabía). Así se lo dijo a la mujer de Núñez, la Sra. Hernandez \‘que él se las había comprado al Salteño (por Yurquina) porque se iba y no volvería nunca más\’” (fs. 1246 y vta.).- - - - -

-----C.ii) El letrado defensor sostiene también que “es erróneo encuadrar el accionar de Murguiondo en el inc. 4 del art. 167 quater del CP porque la norma agrava la situación del partícipe del art. 45 CP y no al autor directo”.- - - -

----- Andrés J. D'Alessio ha dicho: “Participación: No es un delicta propia porque no exige que el autor reúna alguna cualidad especial, sino que la agravante se aplica –además de cuando es autor, naturalmente- cuando apenas \participare///23.- en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal\'; naturalmente, también se aplica. La exigencia de haber participado \en el hecho\ excluye a los encubridores y a los que presten una ayuda posterior que no fuera cumpliendo la promesa anterior al hecho” (Código Penal. Comentado y Anotado. Parte especial, 2006, pág. 434).- - - - -

----- Es claro así que la norma establece como sujetos activos del tipo a una amplia gama de personas con el fin de abarcar en la agravante a todas aquéllas que participen en el circuito pecuario.- - - - -

----- Entonces, el argumento del recurrente no puede prosperar pues en rigor la exposición científica de la participación presupone el “concurso de delincuentes” en un hecho delictivo y tiende a explicar aquellos supuestos en donde el delito no es producto de la actividad de una sola persona, sino de varias, y en donde la autoría (o coautoría) es una forma de participación (conf. Se. 68/03 y 27/01).- -

----- “Al respecto seguimos a Jorge De la Rúa, en su Código Penal Argentino, p. 849, cuando dice, luego de reflejar la discrepancia en la doctrina al respecto, que \... En rigor la exposición científica de la participación presupone el «concurso de delincuentes» en un hecho delictivo y en tal caso comprende la autoría y la coautoría. En cuanto a la primera, porque el estudio se hace en relación a otros intervinientes, para diferenciarlos conceptual y jurídicamente de los autores... A su vez, en orden a la coautoría, la inclusión del tema es más evidente, pues///24.- presupone per se el concurso de sujetos...\'.- [...] En este orden de ideas, Sebastián Soler en \Derecho Penal Argentino\, T. II, dice, en el desarrollo de tal temática, que \... Para determinarlo con precisión nos es necesario estudiar, conforme con los artículos citados, las siguientes formas de participación: autores, art. 45; cómplices, art. 46... Es preciso tener presente que entre las distintas figuras de participación, media, con respecto a una misma persona, una relación excluyente por consunción, si se la considera en el sentido descendente de esta gradación: autor, instigador, cómplice primario, cómplice secundario. Es decir, que

cuando se ha establecido que los hechos constituyen al sujeto en autor, queda desplazado todo análisis de sus actos como cómplice o como instigador...\'.- [...] Como se advierte, la sentencia sería incoherente o contradictoria, si fijara sucesivamente para cada imputado diferentes roles, a saber: de autor, cómplice -secundario o primario- o instigador, pues las exigencias de cada figura son distintas, lo que no ha ocurrido, por lo que la crítica no puede prosperar” (Se. 135/00 STJRNSP).- - - - -

-----C.iii) La defensa también plantea que “resulta erróneo subsumir el factum en la agravante del inc. 1º del art. 167 quater del CP porque en ninguna parte surge que los animales se carnearon como parte integrante de la perpetración del delito”.- - - - -

----- Con tal afirmación, la defensa se aparta de las expresas constancias de la causa, lo que hace inatendible el agravio.- - - - -

----- La requisitoria de elevación a juicio dice “...///25.- carneando siete animales pertenecientes a Carlos Yurquina, para posteriormente llevarlos del lugar junto con ...” (fs. 1228 vta.).- - - - -

----- El Tribunal inferior concluyó que Murguiondo había “carneado algunos más pertenecientes a Carlos Yurquina” (fs. 1250) y por ello encuadró el hecho en el art. 167 inc. 1º que remite al art. 164, ambos del Código Penal (fs. 1258).-

-----C.iv) En el recurso también se alega que “la agravante del segundo párrafo del art. 167 ter del CP es inaplicable porque el medio motorizado no fue utilizado directamente por Murguiondo ni fue a instancias de este último”.- - - - -

----- Es correcto afirmar que el medio motorizado fue utilizado por el camionero Calvo a instancias de Herrera, aunque con la particularidad de que fue por pedido de Murguiondo.- - - - -

----- El a quo sostuvo: “se puede afirmar que Murguiondo se contacta con Herrera para venderle unos animales [...] contestándole Herrera que no le interesaba porque no tenía las guías. Que le pide si le podía decir de algún transporte para sacarlos del campo porque le estaban robando y un lugar donde tenerlos unos días (dichos de Herrera no desmentidos) Herrera contacta a Núñez por el lugar y a Calvo para el traslado y se desentiende hasta el día lunes oportunidad en que se entera por Calvo y Núñez del tema de la policía [...]” (fs. 1245 vta.).- - - - -

----- Por otra parte, está acreditado que Murguiondo tuvo el dominio funcional del hecho de utilizar un medio motorizado para el transporte de los animales que dispuso cargar en el camión de Calvo para llevarlos hasta el campo de Núñez,///26.- situación en

la que Calvo resulta un “instrumento” del primero de los nombrados (conf. Núñez, Herrera, Hernández, Calvo, Juan Eliberto Hinojosa, Ricardo Jorge Collueque, Julio Fresco –fs. 1243 vta. y sgtes.-).- - - -

----- En lo que interesa, es ineludible aplicar a los hechos establecidos los arts. 45 y sgtes. del Código Procesal Penal y la doctrina legal que rige el caso, para la cual “... el criterio de distinción entre autoría y participación es el del dominio del hecho, goza de éste quien mantiene en sus propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico -es decir el que tiene la posibilidad fáctica de dirigir la configuración típica-... El dominio del hecho puede darse: a través del dominio de la acción cuando el sujeto es la figura central del acontecimiento y tiene “las riendas” de la acción típica; a través del dominio funcional del hecho en las hipótesis de coautoría en virtud de una división de tareas; y por medio del dominio de la voluntad del otro en los supuestos de autoría mediata” (D\Alessio, Código Penal. Parte General, págs. 491/492, y la cita 46 Zaffaroni, Alagia y Slokar, Código Penal, pág. 742).- - - -

----- Asimismo, tampoco se puede desconocer el desarrollo doctrinario y jurisprudencial referido a la autoría mediata, por la que un individuo puede tener el dominio del hecho sirviéndose de otra persona para la ejecución de la acción típica. El sujeto de atrás no realiza

de modo personal el tipo, pero determina a quienes sí lo hacen (Se. 41/08 STJRNSP).- -

----- “La autoría mediata se caracteriza por la utilización de otra persona a modo de instrumento por parte del autor///27.- para la ejecución del delito. Esta forma de instrumentalización de un individuo puede configurarse en el plano fáctico por error, sea de tipo o de prohibición...” (Gustavo E. Aboso, “Defraudación por administración infiel, autoría mediata y delito especial”, en DJ 2001-3, 717; Se. 66/04 STJRNSP).- - - -

----- En conformidad con lo expuesto, los argumentos esgrimidos por el señor defensor son irrelevantes, pues los hechos de disposición de los animales y de utilización de un medio motorizado para su transporte siempre estuvieron bajo el dominio funcional de Henry Nelson Murguiondo.- - - - -

-----D) “Violación del principio de igualdad”:- - - - -

----- El agravio es absolutamente improcedente por desconocimiento o desatención de la dogmática penal. El punto central de la culpabilidad es el reproche a un sujeto que pudo y debió motivarse al derecho, previo un juicio sobre determinadas condiciones para el

reproche jurídico-penal (juicio de reproche). En el desarrollo de la dogmática sobre el contenido de la culpabilidad y, por tanto, de la imputabilidad, el dolo y la culpa se ubican en la tipicidad y no integran el juicio de reproche. “Por lo tanto, culpable es el autor de un ilícito si ha podido comprender la ilicitud y comportarse de acuerdo con esa comprensión, si ha podido saber de la ilicitud y si no ha obrado en un contexto en el que se excluye su reprochabilidad” (Bacigalupo, Derecho Penal. Parte General, pág. 424; Se. 120/07 STJRNSP).

----- Por lo tanto, habiendo determinado los Tribunales inferiores la culpabilidad de Henry Nelson Murguiondo y no la del resto de los imputados, obvio es decir que no existe///28.- “igualdad de circunstancias o situaciones” sobre cuya base se pudiera afectar el derecho constitucional de igualdad del encartado (art. 16 C.Nac.).- - - - -

----- El máximo Tribunal Nacional ha expresado que “... la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 101:401; 124:122; 126:280; entre muchos otros), principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales; pero no puede alcanzar por analogía a la variación de jurisprudencia...” (conf. “VILLADA”, causa V. 77 XXIII, del 09/10/90, en LL 1991 - B, 499, considerando noveno; Se. 109/06 STJRNSP).- - - - -

-----E) “Pena impuesta”:- - - - -

-----E.i) Inconstitucionalidad:- - - - -

----- La defensa solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 167 ter y 167 quater incs. 1 y 4 del Código Penal por afectar la logicidad y la sistematización de los preceptos penales, en tanto las sanciones que establecen resultan desproporcionadas e irrazonables respecto de las penas previstas para otros delitos de mayor relevancia, de mayor daño o que afectan bienes jurídicos de mayor jerarquía e importancia.- - - -

----- En primer lugar, destaco que el agravio en apoyo de lo cual se señala la violación de los arts. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ha sido deducido recién en el recurso en estudio, luego de transitar la totalidad de las instancias previas con el consentimiento de la parte respecto de la legalidad de las normas impugnadas, por lo///29.- que no puede ser admitido, dado que se trata de una cuestión prevista en el inc. 1º del art. 14 de la Ley 48 y por tanto sujeta al requisito de su introducción oportuna para ser resuelta por los tribunales de la causa, para que tenga lugar la intervención posterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Se. 141/07 STJRNSP).- - -

- - -

----- No obstante lo anterior, tengo presente que “[a]ctualmente se ha puesto en duda la constitucionalidad del mínimo de la pena con el argumento de que resulta desproporcional el quantum punitivo de la figura” (David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni –dirección-, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial, ed. Hammurabi, 2009, Tº 6, págs. 436 y 454/462) con similares argumentos a los vertidos por la defensa (también ver Natalia S. Stornini, “La Inconstitucionalidad del art. 167 quater del Código Penal”, en LLPatagonia del 21/06/06, 275).-----

----- Sentado lo anterior y dado que el ejercicio del control judicial corresponde a todos los jueces nacionales y provinciales de cualquier fuero y jurisdicción (control difuso, conf. Bianchi, Control de Constitucionalidad, Abaco, 2002, 2ª edición, Tº I, págs. 92 y sgtes., 117, 122, 127, 136, 141), y es la Corte Suprema la última intérprete cuando ejerce su competencia originaria o en grado de apelación (Se. 102/03 STJRNSL), paso a analizar la puesta en crisis de la razonabilidad del quantum de la pena.-----

----- Tengo en cuenta también el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto establece que el “[e]xamen [por vía de principio] no ha de incluir la eficacia de los///30.- medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos o si debieron elegirse esos u otros procedimientos (199:483; 277:147, entre otros), sino [...] un pronunciamiento acerca de la razonabilidad de los medios empleados, es decir, si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados” (conf. CSJN, del 12/09/96). En concordancia, el art. 28 de la Constitución Nacional establece que “[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (conf. SCBA, en la causa P. 68.706, “N., E. Incidente. Cómputo de pena”, del 04/10/06; debido proceso legal en sentido sustantivo y adjetivo regido por el principio de razonabilidad, conf. Se. 166/06 STJRNSP).-----

----- Pues bien, el principio de razonabilidad de la criminalización que proviene de la Constitución Nacional y los tratados internacionales suscriptos exigen que la pena guarde cierta proporcionalidad con la magnitud del bien jurídico que se protege y con la culpabilidad. Por ello es necesario que el tribunal indague sobre la verdadera finalidad de la regla o medida. El hecho de que la pena sea severa o que se prevean situaciones delictivas en particular no torna por sí sola irrazonables ni las penas conminadas, ni las

situaciones previstas. Por otro lado, la deficiente o defectuosa argumentación legislativa no quita valor a los bienes jurídicos protegidos.-----

----- La idea de la reforma introducida al Código Penal por///31.- la Ley 25890, creando el Capítulo 2 bis, “ha sido, en general, darle una especie de autonomía metodológica al delito de abigeato, de manera que se puedan punir todas las etapas que conlleva esta actividad ilícita [...] Quien hurta o roba ganado debe faenar al animal, trasladarlo, mediante guías especiales y venderlo a frigoríficos para su comercialización. Y en este punto la reforma es un acierto, porque esas etapas en general se han tipificado, faltaría ahora que la actividad administrativa realizara el control, en las rutas, en los frigoríficos y en las carnicerías [...] Afirma Álvarez [Carlos A. Álvarez, “Delitos rurales. Las incorporaciones que realiza la ley 25.890”, en ADLL 2004-C-4113] que en la cuestión del abigeato, desde un punto de vista político-criminal, no debe circunscribirse el daño a la propia desaparición del bien, ya que el posterior faenamiento de los animales y la comercialización de carnes clandestinas fuera de los frigoríficos habilitados y controlados por la autoridad ponen además en peligro brotes epidemiológicos serios en la población. Todas estas circunstancias obligan a replantear una revisión en los tipos penales, de manera que se contemplen no sólo los daños a los particulares, sino aquellas consecuencias concatenadas con el delito, como ser la evasión impositiva, la violación de las guías municipales y aranceles sanitarios, y los derivados del proceso industrial y comercial, que concluían con la llegada al consumidor provincial o nacional. [...] Ya Gallino Yanzi había sostenido que el tratamiento legal debía ser autónomo para el abigeato, dando cuenta de que, ya hace varios años, se estaban generando nuevas formas delictuales///32.- que excedían la mera afectación a la propiedad privada. [...] La crítica puede ser a la metodología de tratarlo en un capítulo aparte [...] No obstante ello, en definitiva, desde el punto de vista dogmático, el abigeato es un hurto o un robo agravado tipificado de manera casi independiente, con un particular sistema de agravantes, ubicado en un capítulo propio dentro de los delitos contra la propiedad [...]” (Edgardo Alberto Donna, Delitos contra la propiedad, ed. Rubinzal Culzoni, 2ª ed. actualizada, 2008, págs. 70/72).-----

----- En esta línea de pensamiento y en función de las circunstancias concretas del presente caso, paso a realizar el examen de constitucionalidad de los tipos penales –con sus agravantes- por los cuales se condenó a Henry Nelson Murguiondo (considerado “autor material y penalmente responsable del delito de ‘Abigeato Agravado’ previsto por el art. 167 ter. segundo párrafo y 167 quater incs. 1º y 4º del Código Penal”, fs. 1259

vta./1260).- - - - -

----- La Ley 25890 (B.O. del 21/05/04) –en lo que aquí interesa- hizo las siguientes incorporaciones al Código Penal: “ARTICULO 167 ter.- [...] el que se apoderare ilegítimamente

de [...] cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales [...] La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.”- - - - -

----- “ARTICULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato///33.- concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164. [...] 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. [...]” (los resaltados me pertenecen).- - - - -

- - - - -

----- Al respecto, se ha dicho “que si en un mismo caso se presentan de manera simultánea dos o más circunstancias agravantes, la pena no se agrava por ello, éstas no concurren entre sí conforme a las reglas del concurso de delitos, sino que, antes bien, el hecho se califica según la circunstancia de agravación preponderante, en tanto que la totalidad de las restantes son tenidas en cuenta en la medición judicial de la pena, conforme a los artículos 40 y 41 del Código Penal [...] Además, resulta claro que quedan atrapadas por cualquiera de estas agravantes, no sólo el hurto de ganado propiamente dicho, sino todas aquellas modalidades delictivas descriptas en el artículo 167 ter, párrafos primero y segundo del Código Penal. Puntualmente, en lo que se refiere a la ocasión de su transporte, desde el momento de la carga hasta su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto” (Donna, ob. cit., págs. 84/85).- - - - -

----- La Ley 25890 incorporó el abigeato como figura autónoma con sus propias agravantes dentro de la legislación penal, por lo que los arts. 163, 163 bis, 165, 166 y 167 no serían aplicables cuando el accionar quede subsumido en la figura de abigeato o en sus calificantes. En esa///34.- inteligencia, es indiscutible que entre la figura básica del abigeato (art. 167 ter) y la del hurto (art. 162) y sus agravantes (art. 163) media un concurso aparente, en el que aquél desplaza a estos últimos, por contener una protección especial en torno al ganado. Por idénticos motivos, el inc. 1º del art. 167 quater prima

por sobre el robo simple (art. 164) (conf. Baigún y Zaffaroni, ob. cit., pág. 444; en este sentido, ver Se. 97/06 STJRNSP).- - - - -

----- En concordancia con esta línea de exposición, el a quo encuadró los hechos reprochados en el delito de abigeato agravado, en virtud del cual impuso la pena de seis años de prisión sobre una escala punitiva de cuatro a diez años de prisión o reclusión.- -

- - - - -

----- La defensa plantea la inconstitucionalidad de los arts. 167 ter segundo párrafo y 167 quater incs. 1º y 4º del Código Penal y la absolución del encartado como consecuencia de ello.- - - - -

----- Obvio es que esto último carece de sustento jurídico en razón de que si eventualmente este Cuerpo resolviera que las normas son contrarias a los postulados de la Carta Magna correspondería casar la sentencia y resolver el caso con arreglo a la ley cuya aplicación se declare (art. 440 C.P.P.).- - - - -

----- Siguiendo entonces con el control de razonabilidad de las normas y en la hipótesis de que desecháramos la legalidad y aplicación de los artículos impugnados, observo que los hechos de la acusación por los cuales se condenó encuadrarían en los arts. 162 (hurto de los aproximadamente cuarenta y cinco lanares) y 167 inc. 1º en función del 164///35.- (robo de los animales carneados agravado por cometerse en despoblado –campo de Yurquina-), en concurso real (art. 55 C.P.).- - - - -

----- De lo anterior resultaría que la escala del quantum de la pena oscilaría entre un mínimo de tres años y un máximo de doce años de prisión, con lo cual queda absolutamente demostrado que en el caso concreto no existe la desproporcionalidad punitiva alegada por el recurrente, es decir, no observo una elevación desmesurada en el tipo penal autónomo.- - - - -

----- Establecida la indiscutible razonabilidad que las penas deben respetar para su cumplimiento -sea cual fuere su fin-, en el sub examine no se demuestra ni se advierte desproporcionalidad ni irrazonabilidad en la escala punitiva sobre cuya base se impuso el monto de la pena, comparada con otros delitos u otro parámetro. Es más, se compadece con los principios que informan los arts. 1, 16, 18 y 28 de la Ley Fundamental y de allí deviene la necesidad de declarar la ineficacia recursiva (Se. 166/06 STJRNSP).- - - - -

-----E.ii) Reducción de pena:- - - - -

----- Se impugna la ponderación de las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal al momento de fijar el quantum de la pena de prisión impuesta.- - - - -

----- Dijo el sentenciante: “En cuanto al monto punitivo a imponer al citado Murguiondo y en el marco pautado de los arts. 40 y 41 del CP, tomo en cuenta como circunstancias atenuantes la carencia de antecedentes penales (fs. 762), la buena información de abono (fs. 471/472) su condición humilde y como agravantes de su conducta las circunstancias///36.- de tiempo, modo y lugar en que el hecho acaeciera, como asimismo el perjuicio ocasionado. En esos términos encuentro ajustado a derecho imponer a Henry Nelson Murguiondo la pena de 6 años de prisión, accesorias legales y costas” (fs. 1259).-----

----- En este orden de ideas y realizando una revisión integral de la causa (conf. CSJN in re “CASAL”), advierto que la decisión impugnada se basa en la ponderación de las pautas de determinación de la pena en particular, como paso a mencionar y conforme lo desarrolla Andrés José D'Alessio en Código Penal. Parte General (La Ley, 2005, págs. 427 y sgtes.):-----

-----a) Acción, medios empleados, daño y peligro causados:-

----- Concuerdo con el a quo en la valoración negativa de “la manera de ser del delito” (modalidad que revistió la conducta: ejerciendo el papel de dueño del campo dispuso de los animales), el daño (sobre la cantidad de lanares) y los medios empleados (motorizado para transporte); recuerdo que el segundo párrafo del art. 167 ter del Código Penal es una agravante que sólo se pondera en el quantum de la pena, en virtud de que no existe concurso de tipos penales, como supra desarrollé.-----

-----b) Motivos y miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos (a cuyo respecto “... aclara Ziffer... que la culpabilidad será más grave cuanto más bajos, aberrantes o contrarios a derecho sean los sentimientos y motivos del autor...”; D'Alessio, ob.cit., pág. 428):-----

----- Se debieron ponderar de forma negativa estas pautas///37.- porque el encartado cometió el delito para comercializar el producido, siendo de profesión carnicero, para lo cual no obsta su condición humilde.-----

-----c) Edad, educación, costumbres y demás condiciones personales:-----

----- Son desfavorables al encartado, que tenía treinta y cinco años al momento de los hechos ilícitos, es instruido, casado y de profesión comerciante –carnicero-, pautas que resultan relevantes para evaluar la mayor capacidad para reconocer la antijuricidad de su conducta y para determinarse de acuerdo con ese conocimiento.-----

----- Destaco que la “edad es indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida” (D'Alessio, ob. cit., pág. 430).-----

-----d) Participación en el hecho:-----

----- Recuerdo que no “se trata de participación en sentido estricto, pues comprende a los autores y a los partícipes” (D'Alessio, ob. cit., pág. 430).-----

----- En este orden de ideas, esta pauta es desfavorable al imputado porque se acreditó un plan delictivo (en cuanto al apoderamiento, conseguir la colaboración de personas –aun cuando fueron luego sobreseídas o absueltas- y el medio motorizado).-----

-----e) Vínculos personales y calidad de las personas:--

----- El encartado conocía a Yurquina –poseedor del campo y animales-, circunstancia en virtud de la cual resulta más exigible la conducta del primero.-----

///38.-- f) Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión:

----- Se ha merituado –aquí de forma breve- “todo el despliegue llevado a cabo en el campo de Yurquina, cargando los animales a plena luz del día, contactando gente para que lo ayudara en dichos menesteres, que transportara los animales, ofrecerlos en venta y obtener un lugar donde tenerlos, solo lo podía hacer, porque estaba seguro de que Yurquina no lo iba a sorprender con su aparición” (fs. 1246 vta.).-----

-----g) Conducta precedente y demás antecedentes personales:

----- Los informes de abono, su condición de humilde y la carencia de antecedente se valoraron de forma positiva.--

-----h) Reincidencia: El imputado no es reincidente.---

-----i) Conocimiento personal:-----

----- El sentenciante tuvo un conocimiento de visu del condenado.-----

----- En conclusión, concuerdo con el Tribunal de grado inferior en la ponderación de las pautas mencionadas y en razón de ellas encuentro ajustada a derecho la imposición de la pena de seis años de prisión a Henry Nelson Murguiondo.-

----- En este sentido, este Cuerpo ha dicho reiteradamente que “sin ingresar en un análisis exhaustivo en las teorías y los fines de la pena -ver Riquert, \La pena conforme

al modelo de la constitución reformada\, JA 1997 -II, 856 y ss.-, destaco que la teoría de la prevención especial tiene como objetivo que quien delinquiró y sufrió la pena no vuelva a cometer delitos. La prevención especial se puede concretar por dos vías distintas: la positiva y la negativa. La primera procura remover la disposición psíquica que conduce///39.- al individuo a delinquir mediante un tratamiento resocializante, y la segunda por la coacción física (encarcelamiento o medida de seguridad) que impedirá que el sujeto cometa nuevos delitos.- - - - -

----- “[...] Dice Marcelo A. Riquert (\Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional\, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nº 11, págs. 415 y ss.) que \... armonizando el cuadro normativo constitucional previo y posterior a la reforma, estimamos que por intermedio de las normas internacionales ya precisadas con anterioridad, se ha optado por imprimir a la pena una finalidad de prevención especial positiva que habrá de interpretarse y operar en función del horizonte de proyección que le impone -limitándola- un derecho penal liberal de acto, porque ésta ha sido también la elección del constituyente indicándole la dirección o senda a seguir tanto al legislador como al administrador o juzgador\.- - -

----- “Ya Luis Jiménez de Asúa (\Tratado de Derecho Penal\, T. II, pág. 29), en un primer avance doctrinario crítico de la función expiatoria de la pena, reconocía que \el jurista no puede prescindir del fundamento retributivo -la pena surge post-facto-, y no podemos declinar el hecho efecto del sufrimiento que causa al hombre -por ello es un medio intimidante-; pero su fin es en vista de hechos futuros: trata de resocializar, enmendando, o de inocuizar si toda corrección es imposible. Pero jamás podrá decirse que el telos de la pena es expiatorio; por eso no debe ser un castigo\”. (Se. 166/06 STJRNSP).- - - - -

----- “A lo anterior se suma que para quien aplica la pena///40.- es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial -apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. \En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado

social' (Roxin, 'Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad', en *Determinación Judicial de la Pena*, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660" (conf. Se. 104/07 y Se. 45/08 STJRNSP).- - - - -

----- Lo antedicho es suficiente para demostrar la carencia de sustento del argumento recursivo, ya que luego de la revisión integral de lo resuelto quedó acreditada la motivación sobre la determinación del monto de la pena de prisión.- - - - -

- - - - -

-----E.iii) Sistema carcelario:- - - - -

----- Es conocida la concreta realidad carcelaria de nuestro medio y cuando se advirtieron circunstancias que se ///41.- apartaran de lo previsto en la normativa vigente este Superior Tribunal de Justicia resolvió lo pertinente en numerosos pronunciamientos, entre los que se destacan Se. 88/01; 42/02; 64/02; 90/06; 44/07; 90/07.- - - - -

----- Es que, desde luego, "... [e]l sistema puede y debe ser eficiente en términos de proveer seguridad y libertad a los habitantes del país. Precisamente, una de las funciones indelegables del Estado, desde que la civilización abandonó la venganza privada, es la de seguridad. Pero, debe tenerse en cuenta que aquel sistema incluye, además de leyes represivas adecuadas a las circunstancias sociales, una estructura carcelaria que cumpla con el objetivo de resocialización de los condenados, la capacitación y profesionalismo de las fuerzas de seguridad, una organización judicial confiable y prevención delictiva" (María A. Gelli, "La delincuencia juvenil y el juego de las complicidades", en LL 2002-E, 1265, Columna de opinión; conf. Se. 90/06).- - - - -

- - - - -

----- "... [L]a dignidad humana de una persona sometida a privación de su libertad se encuentra amparada no sólo por el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino también por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna), tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXV), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), y reconocida en documentos internacionales orientadores, como los 'Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos', adoptado por la Asamblea///42.- General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/111 del 14.12.90 (principio 24), y las 'Reglas Mínimas para el

Tratamiento de los Reclusos' adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Res. N° 6630 y N° 2076 del Consejo Económico y Social (arts. 22 y 26); que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 25, acuerda derecho también a un tratamiento humano durante la privación de la libertad” (ver Se. 48/03 STJRNSP).- - - -

----- Tampoco puede dejar de considerarse el Decreto N° 1634/04, reglamentario de la Ley S 3008, que recoge algunos principios reconocidos en la Ley nacional N° 24660 y propicia la implementación del Servicio Penitenciario Provincial, conforme con la manda del art. 23 de la Constitución Provincial, que establece: “La provincia promueve la creación de el sistema penitenciario provincial. Las cárceles tienen por objeto la seguridad pública y no la mortificación de los interesados; son sanas y limpias y constituyen centros de enseñanza, readaptación y trabajo. La reglamentación permite visitas privadas con el fin de no alterar el mundo afectivo y familiar, y ayudar a la recuperación integral del detenido. Todo rigor innecesario hace responsable a quienes lo autorizan, aplican, consienten o no lo denuncian”.-----

----- Entonces, queda expuesta una serie de pautas vinculadas con la ejecución de la pena privativa de la libertad (y para el fin de la pena en estricto sentido -criterio de prevención especial-), que hace referencia al///43.- derecho del imputado a tener en prisión un tratamiento digno que procure su resocialización, mediante un sistema progresivo de etapas o fases (ver autos “FISCALÍA”, Se. 190/06 STJRNSP, con cita del fallo “SQUILLARIO” de la CSJN, Se. 579. XXXIX, del 08-08-06, y asimismo Se. 44/07 STJRNSP).-----

----- En consecuencia, si en el proceso de resocialización se considera afectado algún derecho o garantía de Henry Nelson Murguiondo, corresponderá en esa oportunidad pedir el restablecimiento de la legalidad. En otras palabras, el agravio de la defensa carece de un desarrollo serio, concreto y razonado con sustento en las constancias de la causa, por lo que no puede prosperar.-----

-----8.- Análisis de los agravios del recurso de casación de la Fiscalía de Cámara:- - - -

----- La representante del Ministerio Público impugna las absoluciones de Henry Nelson Murguiondo (en orden al delito de homicidio simple, art. 79 C.P.) y de Héctor Honorio Núñez y Jorge Eliseo Herrera (del delito de abigeato agravado, art. 167 ter segundo párrafo y 167 quater incs. 4 y 6 C.P.).-

----- Por su parte, la señora Procuradora General ratifica y sostiene el remedio impetrado, con remisión a los argumentos allí expuestos en honor a la brevedad, sin perjuicio de que, de forma puntual, abunda en los planteos relativos a la carencia de motivación suficiente del fallo en cuanto al homicidio se refiere.-----

----- En función de lo anterior, me ocupo en lo que sigue de los agravios que abordan la pretendida responsabilidad de Herrera y Núñez en orden al delito de abigeato, y en el///44.- considerando siguiente (referido al dictamen de la Procuración General) la impugnación contra la absolución de Murguindo.-----

----- Comienzo por recordar la doctrina legal sobre la forma de motivación de las resoluciones de este Superior Tribunal de Justicia: “CRITERIOS A APLICAR: [...] Conforme con todo lo expuesto, sostengo:-----

----- “1º) Las resoluciones del a quo deben dar estricto cumplimiento a la motivación exigida por los arts. 98, 374, 375 y ccdtes. del CPP, art. 200 de la Constitución Provincial y art. 18 de la Constitución Nacional.-----

----- “2º) El recurso de casación \se viste de las notas de los recursos ordinarios\ (conf. MORELLO y GONZÁLEZ CAMPAÑA-v. Se. 135/08 STJRNSP).------

----- “3º) Las impugnaciones del recurso de casación deberán contener la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas, indicando la declaración que pretende del Tribunal sobre los puntos debatidos; como asimismo, la refutación en forma concreta y razonada de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión recurrida en relación con las cuestiones que se hayan planteado (conf. arts. 418 y 433 del CPP; también ver Acordada 4/07 de la CSJN).-----

----- “4º) La habilitación de la instancia de casación requiere la presentación plausible de agravios que objetiva y razonablemente señalen un error de la decisión que, de ser cierto, conduzca a la eliminación total o parcial de la resolución.-----

----- “5º) Los agravios carentes de fundamentación concreta///45.- y razonada permiten al Superior Tribunal de Justicia mencionar esta circunstancia, fundarse en ella y remitirse a los correspondientes argumentos del fallo de la anterior instancia o del dictamen del Procurador General de la Provincia (art. 215 y ss C.P., Ley K 4199) indicando la cuestión y su conclusión que tienen plena eficacia ante los agravios del recurrente que resultan insuficientes para refutarlos.-----

----- “6°) Las presentaciones de las partes deben procurar ser breves, claras y sustanciosas.- De igual modo tienen que dar respuesta las resoluciones del Tribunal” (Se. 27/09 STJRNSP).-----

----- En este orden de ideas, sin dejar de advertir el esfuerzo argumentativo de la señora Fiscal de Cámara, es evidente que los agravios carecen de fundamentación para atacar con eficacia la motivación del a quo cuando sostiene: “En cuanto a la situación del encartado Herrera [...]o cierto es que no se trata ni del mismo hecho, ni de una redacción poco feliz, sino de una requisitoria que adolece al igual que la de Núñez de la suficiente claridad como para saber a ciencia cierta qué conducta se les está endilgando a los nombrados” (fs. 1243). En virtud de ello, me remito a la argumentación expuesta en la tercera cuestión, punto “I) b.- Abigeato” de la sentencia definitiva N° 19/08, a fs. 1241/1246 de este expediente, dado que el recurso de casación no presenta una crítica concreta y razonada de las consideraciones expuestas.-----

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación “tiene dicho que cualquiera sea la calificación jurídica que en///46.- 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 (Fallos: 314:333; 315:2969; 319:2959; 321:469 y 324:2133, voto del juez Petracchi)” (conf. dictamen del Procurador Fiscal de la CSJN, en autos “Recurso de hecho deducido por Javier Daniel Ciuffo en la causa Ciuffo”, del 28/04/06).-----

----- Cabe sumar a ello que, para la aplicación del derecho a los hechos de la acusación, acreditados en el debate “en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio...” (CSJN, Fallos 329: 4634; Se. 91/08 STJRNSP).-----

-----9.- Análisis del dictamen de la Procuración General:- -

----- Los argumentos que desarrolla en adhesión al agravio del querellante particular serán tratados en el considerando siguiente, junto con los de este último.-----

----- Por otro lado, y luego de una detenida lectura de las constancias de la causa, concuerdo con los argumentos

que desarrolló la señora Procuradora General en cuanto demuestra que en la sentencia impugnada el voto que conforma la mayoría para absolver a Henry Nelson Murguiondo en orden al///47.- delito de homicidio simple carece de fundamentación por falta de comunidad ideológica, y remito a tales argumentos, expuestos en el dictamen a fs. 1364/1368 de este expediente (citados in extenso supra en el considerando 5), en virtud de que presentan una crítica concreta y razonada de las consideraciones expuestas (conf. Se. 27/09 STJRNSP).-

----- En síntesis, distintos han sido los fundamentos que han brindado los dos primeros votantes –hipotética mayoría- en relación con la existencia del hecho (muerte violenta de Yurquina) pues, pasado en limpio el razonamiento de cada uno de los jueces, para el primer voto Yurquina no está muerto, para el segundo Yurquina fue ultimado.- - - - -

----- Consiguientemente, arriban al temperamento absolutorio con más discrepancias que coincidencias. Es que, claro está, no hay coincidencia y comunidad de ideas cuando para un juez la absolución se funda en la falta de acreditación de la muerte violenta (un no-hecho ilícito), y para el otro juez el hecho de la muerte violenta está acreditado, pero la prueba no alcanza para responsabilizar al acusado (conf. fs. 1368).- - - - -

----- Reitero: no existen opiniones coincidentes en la mayoría sobre los fundamentos desarrollados para arribar a la conclusión absolutoria expresada en la parte dispositiva de la sentencia.- - - - -

----- “En tales condiciones, procede recordar que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos. No es, pues, sólo el imperio del tribunal///48.- ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión (v. doctrina de Fallos: 308:139, cons. 5º y su cita; 313:475, entre otros). Asimismo, ha dicho V.E., que las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (v. doctrina de Fallos: 312:1500 y sus citas)” (CSJN, N.185. XLI, in re “NÚÑEZ”, Se. Del 26/09/06; Se. 83/07 STJRNSP).- - - - -

----- La motivación de la sentencia -en tanto conjunto de razonamientos de hecho y de

derecho en los cuales el juez apoya su decisión- es, entonces, un requisito indispensable para su validez, tal como lo exigen los arts. 18 de la Constitución Nacional (se inserta en el concepto de juicio previo), 200 de la Constitución Provincial y 98 y 374 del Código Procesal Penal, y una de sus condiciones formales es la obtención de una mayoría que se expida de modo válido.- -

----- “No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión (confr. Fallos: 308:139, cons. 5º y su cita y doctrina de Fallos: 313:475, entre otros). Asimismo, ha dicho V.E., que las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino///49.- como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (confr. Fallos: 312:1500)” (del dictamen de la señora Procuradora Fiscal a los que se remite la CSJN, por razones de brevedad, in re “Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios en Línea”, C. 92. XLIII, del 04/08/09).-

----- Según lo dicho, los votos que conforman la mayoría sólo han coincidido en la parte resolutive, con lo que se ha infringido lo prescripto por los arts. 380 inc. 3, 374, 98 y ccdtes. del Código Procesal y 200 de la Constitución Provincial “lo que invalida el pronunciamiento” (CSJN, Fallo 24368, DJ 07-03-07, pág. 537; Se. 83/07 STJRNSP) en las partes pertinentes. En consecuencia, corresponde, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con distinta integración, decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).- - - - -

-----10.- Análisis de los agravios del recurso de casación del apoderado de la parte querellante particular:- - - - -

----- El a quo sostuvo: “En sentencia nº 180 de fecha 10 de octubre de 2.007, el Superior Tribunal de Justicia sentó doctrina obligatoria, en el sentido, de que si el querellante no concretó la pretensión acusatoria en oportunidad de elevarse la causa a juicio, no puede integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente- so riesgo de violar el derecho de defensa en juicio. Ello así, toda vez que, si bien el no-ejercicio oportuno del derecho de acusación no les imposibilita ejercer los derechos procesales ulteriores, si los priva de 'acusar' al concluir el Debate pues operó la preclusión procesal al respecto. El basamento en que se apoya el STJ para arribar a///50.- la conclusión precedente es un fallo de la Suprema Corte de la Nación, en donde se analiza la situación a la luz del art. 346 del Código de Nación. [...] Más allá del acatamiento

obligatorio que la doctrina de nuestro más alto Tribunal nos impone (art. 43 LO) dejo a salvo mi opinión personal, acerca de que el antecedente jurisprudencial tomado como referencia por nuestro Alto Cuerpo resulta inaplicable, en tanto nuestro ritual no registra una normativa similar a la prevista en el art. 346 mencionado. El trámite vigente en la Provincia, en lo que al tema se refiere, es el prescripto por los arts. 319, 320, 369 y ccts. del CPP, que no prevé formulación alguna de acusación por parte del querellante en la etapa crítica del proceso. [...] No obstante lo antedicho y acatando la doctrina obligatoria, se impone no realizar consideración alguna sobre lo manifestado en concepto de alegatos por la querella” (fs. 1237 y vta.).- - - - -

----- En lo sustancial, el recurrente alega que el precedente resulta inaplicable y que el código ritual no le impone a la querella la carga de acusar y menos bajo el apercibimiento de no poder hacerlo en el futuro del proceso.

----- Ahora bien, en la sentencia N° 176/06 STJRNSP, en la que se fijó la doctrina legal aludida y a la cual remite el fallo 180/07 STJRNSP, se dijo: “Al respecto, destaco que el art. 346 del Código Procesal Penal de la Nación es similar al 317 [actual 318 Ley P 2107] de nuestro código adjetivo, aunque este último solo se refiere al Agente Fiscal mientras que el primero alude al querellante y al fiscal. [...] L]os recurrentes pudieron ejercer su derecho de acusación [...] lo///51.- que no hicieron. [...] Esta circunstancia es insoslayable, porque lo contrario podría violar el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN), como lo sostuvo el alto Tribunal Nacional en su carácter de intérprete final de la Constitución Nacional [...]”.- - - - -

----- En este orden de ideas, es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que establece que la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable (art. 18 C.Nac.), por lo que si el querellante particular “no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión” en la oportunidad para realizar el dictamen acusatorio de elevación a juicio, no podrá integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente.- - - - -

----- En otras palabras, la exigencia se sustenta en la garantía de la defensa en juicio, la cual no puede verse afectada aun cuando el Código Procesal Penal provincial no prevea en su art. 318 que se corra vista al querellante particular. De allí la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia que armoniza el resguardo de la garantía constitucional con la normativa procesal (ver Se. 176/06, 186/06 y 102/07 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

----- “[C]orresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de

reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual 'las garantías'///52.- individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias' (Fallos:: 239:459)" (CSJN, in re "Arteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional – Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. – s/ amparo ley 16.986", del 15/10/98, citada en la obra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia. "Delitos de Lesa Humanidad", julio de 2009, pág. 99).- - - -

----- Lo anterior responde, en definitiva, a que "[l]a acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar" (del voto del Dr. Raúl Zaffaroni en el fallo "Quiroga").- - - - -

----- "En ese orden de ideas, es preciso destacar que la acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, se integra con dos actos sucesivos que se complementan, el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final en el debate (arts. 347 y 393 del C.P.P.N., respectivamente). Tal requisito salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tenga otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio

de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, ni haga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (cfr. doctrina sentada por la C.S.J.N. in re 'SANTILLÁN, Francisco Agustín s/recurso de casación', rta. el 13/08/98, Fallos: 321:2021 y 'DEL'OLIO,///53.- Edgardo Luis y DEL'OLIO, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta', Causa D. 45. XLI, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06). [...] De tal premisa, se sigue que, con el primero de los actos en cuestión, el acusador delimita el objeto de imputación sometido a debate, mientras que, con el segundo, puede, a su vez, recortarlo en su alcance, en función de la valoración que haga de la prueba producida durante el juicio. Y el Tribunal de juicio debe partir de la hipótesis imputativa circunscripta conforme ese doble juego, en su análisis de los elementos de cargo colectados, para así determinar el hecho que, entiende, resultó acreditado su significación jurídica. [...] Ello es así porque la congruencia exigida constitucionalmente entre la acusación y la sentencia (cfr.

C.S.J.N. Fallos: 242:227; 246:357; 302:328; 298:308, entre muchos otros) impone que, en resguardo de la defensa en juicio del imputado, de una parte, el hecho atribuido en la acusación, concebida ésta conforme lo antes apuntado, sea mudado sin variaciones sustanciales a la sentencia. Y, de otra parte, que, si bien el principio iura novit curia recogido en el art. 401, primer párrafo, del C.P.P.N., permite al Tribunal imponer una 'calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal', ésta no puede resultar sorpresiva respecto de la postulada por los acusadores (cfr. mi voto, en Causa Nro. 7195, 'COSTA, Martín Nicolás y otro s/recurso de casación', rta. el 25/07/08, Reg. Nro. 10.764)" (CNCPenal, Sala IV, "Pita Machaca, Celedonio s/recurso de casación", del 11/03/09).- -

----- Así, "el ejercicio de la facultad otorgada por la///54.- Corte Suprema en 'Santillán' tiene como presupuesto necesario que la querella haya expresado su voluntad impulsora en un acto procesal neurálgico para arribar al debate oral. Si omite formular su requerimiento cuando el juez estime completa la instrucción, no podrá -con posterioridad- ejercer las atribuciones que por vía jurisprudencial le fueron conferidas" (Nicolás F. D'Albora, "Fallo 'Del'Olio'. Una 'aceitada' derivación de la autonomía asignada al acusador particular", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 5/07, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 851).- - - - -

----- En consecuencia, la ausencia del primer requisito impide que la querella durante el debate solicite una condena y luego interponga un recurso de casación contra la sentencia adversa a sus intereses.- - - - -

----- Sentada así la aplicabilidad -por analogía- del precedente, concuerdo con el Tribunal inferior en cuanto a que feneció el derecho del querellante particular a participar en la discusión final (art. 369 C.P.P.), por lo que no se debe realizar consideración alguna sobre lo manifestado en concepto de alegatos.- - - - -

----- No desconozco "que, al arribar a la etapa de juicio, en los casos en los que el acusador privado no ha solicitado la elevación a juicio -art. 346 del CPPN- (más sí el MP fiscal), algunos tribunales orales limitan la actuación de la querella en el debate (ej. se le impide alegar en los términos del art. 393 del CPPN, pero se le permite preguntar sobre la prueba a través del MP fiscal), mientras que otros, disponen su apartamiento a pedido de parte, y hay quienes///55.- aún de oficio la apartan, en el entendimiento de que: 'Tal omisión, en definitiva, trae aparejada para la querella la privación de la posibilidad de alegar en el debate. Es que este último acto es integrador del reproche que se formula en el tiempo oportuno -la instancia del artículo 347 del código procesal-,

pues sólo en tales condiciones la acusación –pública o privada- como forma sustancial del proceso penal, reúne los recaudos exigidos por la garantía de defensa en juicio... En el caso, al estar impedida de alegar en el juicio oral, es evidente que la querellante no podrá impulsar el proceso en sentido acusatorio, ni podrá argumentar sobre los elementos de prueba que se produzca en el debate, por lo que carece de sentido que los proporcione (art. 393 a contrario sensu, del CPPN). Menos aún podrá recurrir la eventual sentencia absolutoria o la condena que considere insuficiente, pues no habrá podido solicitar la aplicación de una pena (arts. 393, 458 y 460 a contrario sensu del CPPN)' (TOC N°7, causa n° 2482 'Rimolo' 20/11/2006; y en igual sentido: causa N° 2598 'Cardozo' rta. 2/3/2007; N° 2655 'Passols' rta. 28/5/2007; N° 2647 'Sadovsky' rta. 6/9/2007; N° 2426 'Fruncillo' rta. 17/9/2007; también TOC N°6 causa 2791/2726 'Frydman' rta. 26/11/07 y, en similar, y por mayoría, causa N°2797 'Kopf' rta. 28/11/07. Asimismo, causa N°1951 'Heredia' rta. 26/02/2007 del TOC N°25, citada en la recopilación de jurisprudencia: 'Actualidad en la Jurisprudencia de los Tribunales Orales 2-2007' de Fernando Bazano y Gerardo Miño, bajo el título 'Querella. Ausencia de requerimiento de elevación a juicio de la querella. Apartamiento previo al debate', publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, 7/2007, pág. 1320; en donde también se citó la causa N° 1629 'Aranza' del TOC 7 rta. 20/11/2006)" (C.N.Crim. y Correc., sala VI, "Chikiar, Alejandro y otro", del 10/03/08).-

----- En nuestro caso, y tal como lo advirtió el sentenciante, la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia limitó la actividad procesal del querellante particular que omitió realizar el requerimiento de elevación a juicio o hacer suyo el del Ministerio Público Fiscal, a la imposibilidad "de 'acusar' al concluir el debate pues operó la preclusión procesal al respecto" (conf. Se. 176/06 y demás antes mencionadas).- - - - -

----- En definitiva, se carece en autos del acto procesal "requerimiento de elevación" del acusador privado que era esencial para permitir su acusación en el debate, lo que determina la ineficacia de la presentación recursiva.- - - -

-----11.- Conclusión:- - - - -

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; 2) anular el punto primero de la parte resolutive de la sentencia N° 19, dictada el 10 de julio de 2008 por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial; 3) anular las partes

pertinentes de la sentencia referida y del debate correspondiente que tengan exclusiva conexión con el punto primero antes referido, y reenviar la causa al origen para que, con distinta integración, continúe el trámite (arts. 98, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 418, 441 y ccdtes.///57.- C.P.P., y 200 C.Prov.); 4) rechazar el recurso de casación interpuesto por el defensor particular de Henry Nelson Murguiondo, con costas, y 5) rechazar el recurso de casación interpuesto por el abogado apoderado de la parte querellante particular. MI VOTO.- - - - - Los señores Jueces subrogantes doctores Ricardo Rodríguez Aguirrezabala y Ernesto Rodríguez dijeron:- - - - -
----- Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación

----- interpuesto a fs. 1278/1305 por la señora Fiscal de Cámara doctora Adriana Zaratiegui y sostenido por la señora Procuradora General en su dictamen.- - - - -

Segundo: Anular el punto primero de la parte resolutive de

----- la sentencia N° 19, dictada el 10 de julio de 2008 por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial, así como las partes pertinentes del fallo y del debate correspondiente que tengan exclusiva conexión con el punto primero antes referido, y reenviar la causa al origen para que, con distinta integración, continúe el trámite (arts. 98, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 418, 441 y ccdtes. C.P.P., y 200 C.Prov.).- - - - - Tercero: Rechazar el recurso de casación deducido a fs.

----- 1268/1277 por el doctor Gaspar Alejandro Platino en representación de Henry Nelson Murguiondo, con costas.- - -///58.-Cuarto: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 1306/1308 por el apoderado de la parte querellante particular, doctor Raúl Cámpora, - - - - - Quinto: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 10

SENTENCIA: 155

FOLIOS: 1876/1933

SECRETARÍA: 2