**STJSL-S.J. – S.D. Nº 098/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a diecisiete días del mes de mayo de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE DE CASACIÓN EN ROJAS BRENDA CAROLINA (IMP) - GARRIDO RAÚL OSCAR (DAM) - AV.HOMICIDIO CALIFICADO”*** *–* IURIX INC Nº 183413/1.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que por ESCEXT Nº 7493695, de fecha 05/07/17, la Defensora de Cámara de la condenada Brenda Carolina Rojas, interpone recurso de casación, en los autos principales “ROJAS BRENDA CAROLINA (IMP) –GARRIDO RAÚL OSCAR (DAM) – AV. HOMICIDIO CALIFICADO” PEX Nº 183413/15, contra la Sentencia Definitiva dictada en dichos autos, cuyos fundamentos de fecha 28/06/17 obran en actuación Nº 7439692, que resuelve declarar culpable a su pupila, por el delito de “HOMICIDIO SIMPLE” contemplado en los términos del 79 del Código Penal, en perjuicio de RAÚL OSCAR GARRIDO y condenarla a sufrir la pena de veintitrés años de prisión, accesorios de ley y costas procesales.

El recurso se interpone por la causal reglada y no reglada expresamente, pero admitida por la C.S.J.N. a partir de autos “Casal” y “Giroldi” a los efectos de asegurar al imputado el derecho al recurso y a la doble instancia, garantía expresamente prevista en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 8.2 h) que establece que “*toda persona inculpada de delito tiene... derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior”.*

El recurso es fundado en el presente incidente por actuación Nº 7608243 de fecha 03/08/17.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del sistema IURIX del expediente principal “**ROJAS BRENDA CAROLINA (IMP) –GARRIDO RAÚL OSCAR (DAM) –AV. HOMICIDIO CALIFICADO” Expte. Nº 183413/15,** y del presente incidente, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Agravios de la recurrente: Expresa la defensa que pretende la revisión por esta vía de la pena de veintitrés años de prisión impuesta a la Srta. Brenda Rojas, en atención a reputar la misma desproporcionada en torno al principio de culpabilidad y las circunstancias de hecho probadas en la causa.

Agrega que se agravia de la introducción por el tribunal de juicio de circunstancias agravantes no requeridas por el Ministerio Público Fiscal, lo que ha impedido a la parte ejercer el derecho a defenderse de las mismas en el momento procesal oportuno, como era la oportunidad de alegatos.

Manifiesta que a través del principio acusatorio, se procura constitucionalmente colocar a las partes del proceso en un pie de igualdad, impidiendo al Tribunal de Juicio una actividad oficiosa que vaya más allá de la pretensión requirente de la acusación (*ne procedat iudex ex officio*). (CSJN “Quiroga, Edgardo” Fallos 327:5863). Que en mérito a ello, la CSJN ha otorgado carácter vinculante al pedido absolutorio del Ministerio Público Fiscal, o bien ha establecido como límite de la pretensión punitiva requerida por el órgano acusador, tal como lo hizo en el voto dividido en “Amodio” (*Fallos* 330:2658).

Expresa que los criterios jurisprudenciales antes citados, han sido ambos admitidos por el Superior Tribunal de Justicia de San Luis en sus sentencias, como fue el caso sentado en el precedente “G.E.A- AV. HOMICIDIO CALIFICADO EN TENTATIVA- REC. DE CASACIÓN PEX 151617/13” sentencia del STJSL- SD Nº 177/16.

Manifiesta que en el presente caso el tribunal de juicio ha procedido a introducir circunstancias agravantes no requeridas por el Ministerio Público Fiscal al momento de alegar, generando con ello una desigualdad procesal que impidió a la defensa rebatir las mentadas circunstancias, siendo las mismas las siguientes: estado de ebriedad de la víctima, “especiales condiciones de vulnerabilidad… persona mayor de escasos recursos que vivía sola y con una tendencia al consumo de alcohol…”; y un hurto o intento de hurto de dinero y/u objetos de valor.

Destaca que ninguna de tales circunstancias fueron introducidas por el MPF en su alegato, sino que fueron incorporadas de oficio en el veredicto y sentencia por el tribunal de juicio.

Agrega que tales agravantes además, carecen de respaldo probatorio: el “estado de ebriedad de la víctima” no se encuentra debidamente documentado, si bien la sentencia en este punto se funda en la autopsia del Dr. Giboín que refiere a “olor etílico” al abrir el peto costal, ello no permite inducir con el grado de certeza que requiere una sentencia condenatoria que la víctima haya estado ebria al momento del hecho, pues además de carecer de una pericia química que así lo indique, tampoco existe algún otro tipo de prueba en tal sentido.

Manifiesta que esta orfandad y/o insuficiencia probatoria en torno a ésta circunstancia merituada como agravante, convierte a su valoración judicial en arbitraria, habilitando la vía casatoria en torno a éste extremo.

Respecto de “hurto o intento de hurto de dinero y/u objetos de valor”, destaca que sorpresivo fue para la defensa la introducción de tal circunstancia ni siquiera invocada por la Fiscalía, sino que además se ha deslizado muy superficialmente en una declaración de corte informativa en cámara Gesell. Vale destacar que en ningún momento de la instrucción, o bien del debate oral, aquella supuesta circunstancia de hurto haya sido motivo de indagación con fines investigativos, de hecho fueron encontrados debajo del colchón elementos de valor (billetera con dinero fs. 6).

Bajo el título *SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. DOBLE VALORACIÓN. VALORACIÓN ARBITRARIA,* expresa queen el fallo existe una doble valoración a una misma circunstancia: la edad de la víctima, sea por su “avanzada edad” o bien por su condición de “persona mayor”. Al valorarse dos veces la misma circunstancia, se vulnera el *non bis in idem*, impactando esta doble valoración de una misma circunstancia notablemente en la mensuración de la pena.

Alega que respecto a la “tendencia al consumo de alcohol”, no se advierte el modo en que tal circunstancia puede ser considerada como merecedora de un mayor reproche penal en contra de la imputada, quien tal cual surge del informe de fs. 289 y de las declaraciones de los peritos oficiales, tenía problemas de adicción. Que la “tendencia al consumo de alcohol” de la víctima por sí sola, sin explicar cómo en el caso concreto funciona como una circunstancia agravante que conduzca razonablemente a formular un mayor reproche penal en la mensuración de la pena, convierte a la valoración en arbitraria por falta de fundamentación suficiente. Formula reserva de recursos extraordinarios de orden federal.

2) Traslado a la contraparte: Por decreto de fecha 08/08/17 (actuación Nº 7626918) se corre vista a la Sra. Fiscal de Cámara Nº 1, quien contesta en fecha 14/08/17, por actuación Nº 7655536, manifiesta la representante del Ministerio Público Fiscal que en la expresión de agravios solo se insinúa y se diferencia respecto a la forma de ser motivada la sentencia, pero de ningún modo se hace una crítica analista y razonada de este problema. A todo evento ratifica los extremos objetivos y subjetivos de la acusación, vertidos en el debate oral de esta causa, debiendo tener presente que según la misma para este ministerio público correspondía la aplicación de prisión perpetua, solicitando se tenga presente a sus efectos.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: Por actuación Nº 8325342, de fecha 01/12/17, se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien opina que: “*Impugna la recurrente el quantum de la pena impuesta, para el que se merituaron causales de agravamiento. No obstante, los argumentos esgrimidos no logran conmover, a mi juicio, los fundamentos de la Resolución. No advierto error el razonamiento de la sentencia con relación a la prueba rendida en autos, y la concurrencia de las circunstancias agravantes.”*

“*Se ha dicho reiteradamente que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Esto no ocurre en el presente caso. Dentro de ese margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de la sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. El control alcanza el monto de la pena, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa.”*

*“La defensa propone el Recurso aduciendo que la Sentencia dictada en autos, no se encuentra fundada, y teniendo en cuenta que en casos de falta de fundamentación, nuestra ley de rito contempla un recurso propio, considero que la Casación respecto de este agravio, resulta inatendible, propiciando que así se declare.”*

“*La crítica de la recurrente se refiere a las circunstancias tenidas como agravantes por el Tribunal. Advierto que la valoración de las mismas se centra en el acontecimiento de un despliegue de violencia excesivo con relación al estado de vulnerabilidad de la víctima. En esta situación el Tribunal considera la avanzada edad y el consumo de alcohol. Todo ello, por tener por probado y haber optado por responsabilizar penalmente a la imputada por el delito de homicidio simple, descartando la calificante pedida por el Ministerio Público* *Fiscal. Calificación sostenida por el Ministerio Público con oportunidad suficiente para que la imputada ejerciese su derecho a la defensa.”*

“*En tal sentido, tampoco advierto que la Cámara haya efectuado una doble valoración de una misma circunstancia: la edad de la víctima, sea por su “avanzada edad” o bien por su condición de “persona mayor”, como sostiene la Defensa, vulnerando el principio de non bis in idem, ya que, reitero, no se trata de una “doble valoración de una misma circunstancia” que impacta en la mensuración de la pena, como se invoca.”*

Por lo que propicia el rechazo del recurso de casación, porque ha incurrido en inconsistencias en sus argumentaciones, y la sentencia no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana crítica al momento de ponderar la prueba.

4) El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, *Recurso de Casación Penal*, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, ahora con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio**”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 entre nosotros), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo sino que había sido interpretada restrictivamente –y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

A su vez, al haberse alegado **arbitrariedad de sentencia**, la doctrina ha sostenido que la instancia casatoria se abre en estos casos de excepción, ante la necesidad de que los fallos sean motivados, conforme a la lógica y la razón. Pues, si bien se ha sostenido que la soberanía de los hechos y de la prueba pertenecen al tribunal del juicio, lo cierto es que la discrecionalidad no supone arbitrariedad. Y en la medida en que el fallo no sea la derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos comprobados de la causa, se vulnerará la garantía de la defensa en juicio de raigambre constitucional, y deberá admitirse entonces el remedio casatorio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Pág. 53/54 Ed. Rubinzal Culzoni).

5) Sentado lo anterior, coincido con el dictamen del Sr. Procurador General, por lo que **los agravios expuestos no logran conmover los fundamentos del decisorio atacado en cuanto al quantum de la pena impuesta a Brenda Carolina Rojas**, que a mi criterio, no luce desproporcionada ni arbitraria.

Las agravantes de la pena establecidas en la sentencia (circunstancias de hecho y modus operandi realizado, y las condiciones de especial vulnerabilidad de la víctima) surgen acreditadas de la prueba rendida en el debate, valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica y la libre convicción. Por lo que las agravantes de la pena se encuentran debidamente motivadas, al explicitar de manera lógica y racional los motivos que permitieron al sentenciante arribar a dicho quantum.

De la autopsia efectuada al cuerpo de Raúl Oscar Garrido, de fs. 245/246, surge la causal de la muerte: traumatismo cráneo-encefálico severo. También el informe da cuenta de las heridas cortantes observadas en la cabeza, rostro, fractura del tabique nasal, y heridas cortantes y hematomas en miembros superiores derecho e izquierdo.

Las múltiples heridas pueden observarse de las fotografías de fs. 113/117, que muestran la feroz y brutal golpiza que le propinó Rojas a la víctima, con una pala de punta.

El Tribunal ha valorado las pruebas rendidas en el debate para determinar que la agravante de la pena se fundamenta en *“el gran despliegue de violencia excesivo en contra a de una persona de avanzada edad, que había alojado en su casa a Brenda Rojas, de menor porte físico que la agresora y en estado de ebriedad.”.*

El estado de ebriedad de la víctima fue valorado como probado por el tribunal, de acuerdo a las conclusiones de la autopsia antes referenciada, cuyo informe refiere que, al levantar posteriormente el peto costal, se percibió el olor etílico. La defensa plantea la inexistencia de una pericia química que así lo indique, pero en su oportunidad, no solicitó la extracción de muestras del cadáver durante la autopsia, a los fines de realizar una pericial química toxicológica y determinar el grado de ebriedad de Garrido al momento de los hechos.

Desde otro lado, la edad de la víctima no fue doblemente valorada a los fines de la mensuración de la pena. En efecto, la fuerza del ataque con la pala de punta, dirigido contra una “persona de avanzada edad”, fue valorada como agravante en el tópico “*circunstancias del hecho y el modus operandi realizado”.*

A su vez, dentro de las especiales condiciones de vulnerabilidad de la víctima, se describe a una “persona mayor de escasos recursos, que vivía sola y con tendencia al consumo de alcohol.”

La Sra. Fiscal de Cámara al momento de los alegatos, dedujo acusación en orden al delito previsto en el artículo 80 inc. 2 del Código Penal (homicidio calificado por ensañamiento), solicitando la pena de prisión perpetua. El Tribunal del Juicio calificó al hecho como homicidio simple (art. 79 C.P.). Ahora bien, a los fines de determinar la pena a imponer a la Srita. Brenda Carolina Rojas, la Cámara no introdujo *“circunstancias agravantes no requeridas por la Fiscal en sus alegatos”,* tal como sostiene la Srita. Defensora, sino que valoró dentro de sus facultades, las circunstancias agravantes y atenuantes de la autora del delito a los fines de fijar el quantum de pena, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos en el art. 79 del C.P.

A tal fin, se valoró además, dentro de *“las especiales condiciones de vulnerabilidad de la víctima”,* el hecho de que Raúl Oscar Garrido había dado albergue en su casa a Brenda Rojas, dado que ésta no tenía un lugar donde vivir, y sin embargo, ella lo asesinó. A su vez, no se merituó dentro de las agravantes de la pena, la supuesta comisión de un delito de hurto a la víctima por parte de Brenda Rojas, hecho que no surge debidamente probado en el debate.

Con relación a la posibilidad de revisión por parte del tribunal de casación de la pena impuesta, se ha dicho que: “*Carece de sustento la tacha de arbitrariedad vinculada con el monto de las penas impuestas, en la medida en que han sido aplicadas dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para los delitos por los que se condenó a los procesados, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta, el monto de la pena no puede ser revisado en sede casatoria por tratarse de una cuestión privativa de los jueces* *de mérito, a menos que se demuestre absurdo en la fijación de los hechos a los que se atribuye la condición de atenuantes y agravantes, o que ellos no posean aptitud para inferir de los mismos criterios que puedan incidir en la cuantificación de la pena, extremos que no se consolidan en la presente causa.”* (Fuentealba, José Armando s. Privación ilegal de la libertad agravada /// Tribunal Superior de Justicia, Santa Cruz; 23-11-2004; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Santa Cruz; RC J 889/13, en <http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador>, acceso 20/04/18).

También la jurisprudencia ha sostenido que: *“…En definitiva, estimo que no sólo la defensa ha omitido demostrar la existencia de un ejercicio arbitrario de las potestades discrecionales del tribunal de juicio -recuérdese que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (S. 18, 21/09/09; S. nº 6, del 25/03/09, entre muchos otros)-; sino* *que, además, no es de recibo la petición de disminución de la pena atribuida, ya que la misma no resulta desproporcionada respecto del contenido del injusto del hecho, ha sido aplicada dentro de los márgenes de la escala penal aplicable y contiene fundamento suficiente con base en las constancias de la causa, razón por la cual, no privan al fallo de validez. Este es el criterio sostenido por este Tribunal en numerosos precedentes (S. nº 14, 31/03/10; S. nº 24; 13/11/09, entre otros), en donde se dijo que "... la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable. En efecto, tal desacuerdo, no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial...". Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto*.” (C., W. E. s. Recurso de casación en: C., W. E. s. Abuso sexual gravemente ultrajante, etc. /// Corte de Justicia, Catamarca; 05-10-2011; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Catamarca; RC J 4535/13, en <http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador>, acceso 20/04/18).

Cabe recordar que la graduación de la pena sólo compete al tribunal de mérito en la medida en que importa la ponderación de situaciones de hecho, cuya apreciación es posible únicamente en el debate. Escapa pues al control de la jurisdicción casatoria la mera discrepancia del recurrente con las circunstancias que se tuvieron en cuenta para imponer la pena, salvo la demostración de manifiesta desproporcionalidad o arbitrariedad, por incongruencia con relación a las circunstancias probadas de la causa, lo que no acontece en autos, como se explicó en los párrafos precedentes.

En definitiva, considero que los agravios expuestos deben rechazarse, por cuanto no evidencian que el tribunal de juicio haya ejercido su facultad discrecional de fijar la pena de manera arbitraria.

El sentenciante justificó el quantum de la pena considerando la naturaleza de la acción y el modus operandi realizado, el medio empleado para cometerla, y las condiciones de especial vulnerabilidad de la víctima, todo ello, luego de tomar conocimiento directo y de visu de la acusada.

Por lo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, toda vez que el recurrente sólo expone su discrepancia con la forma en que el tribunal oral -dentro del ámbito de sus facultades discrecionales y en el marco de la inmediación existente en el debate-, valoró las circunstancias agravantes para imponer la pena.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Sin costas por tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto en fecha 05/07/17.

II) Sin costas.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*