**STJSL-S.J. – S.D. Nº 201/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a veintiséis días del mes de septiembre 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*:* ***“PEREYRA DIEGO y OTRO – AV. LESIONES GRAVES - JUICIO ORAL- RECURSO DE CASACIÓN” –*** IURIX PEX Nº 155686/14.

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, CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Diego Gastón Pereyra?

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 8460474, de fecha 21/12/17, el abogado defensor del condenado Diego Gastón Pereyra interpone recurso de casación contra la sentencia Nº 14 dictada en fecha 15/12/17 por la Excma. Cámara de Apelaciones de Concarán, Sala Penal (actuación Nº 8421174), que resuelve declarar a su pupilo coautor penalmente responsable del delito de lesiones graves (art. 90 del C. Penal), y aplicarle la pena de tres años de prisión en suspenso, accesorias legales y costas procesales. El recurso es fundado por ESCEXT Nº 8570253, de fecha 05/02/18.

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 interpuesto por la defensa.

De las constancias del sistema IURIX del presente expediente, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva condenatoria 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 por la defensa deviene formalmente procedente.**

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

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, 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:** I) **AGRAVIOS DEL RECURRENTE:** Manifiesta la defensa que el recurso se fundamenta en la causal de haberse aplicado una norma penal sustantiva, fondal, que no corresponde y también en la de haberse dejado de aplicar la norma legal que al caso correspondía –art. 428 Inc. a) del Código Procesal Penal; asimismo, cita e invoca el art. 14.5 – del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos – aprobado por Ley N° 23.313, de rango y jerarquía constitucional federal, por el art. 31 de la misma Constitución Nacional, que consagra el derecho que tiene y del que goza toda persona condenada de recurrir del fallo condenatorio y de la pena impuesta ante un Tribunal Superior, en este caso por ante el Superior Tribunal de Justicia de San Luis.

Expresa que la sentencia N° 14, de fecha 15/12/2017, contiene y es portadora de vicios y defectos jurídicos graves, notorios, que demuestran que esta Excma. Cámara al pronunciar y emitir el acto sentencial ha incurrido en violaciones, transgresiones e incumplimientos de normas sustantivas (por no aplicación) serios, puntuales y reales que viabilizan y tornan procedente el presente planteo casatorio enderezado y orientado a conseguir y obtener del Excmo. Superior Tribunal de Justicia la anulación de la sentencia N° 14 y el consecuente dictado del pronunciamiento de absolución lisa y llana de su defendido, por ausencia y falta de pruebas firmes, idóneas de las que se pudiese afirmar y sostener que emerge y fluye la certeza plena de la culpabilidad de Diego Gastón Pereyra, dato indispensable para que una sentencia condenatoria sea válida.

Sostiene que en la primera cuestión votada, relacionada y concerniente a que si estaba o no probado el hecho criminoso endilgado a Diego G. Pereyra y que él fuera el autor, en la sentencia se expresó y consignó textualmente que: “en la vista oral el encartado no aporta elementos de descargo”, lo que es un exabrupto legal, por cuanto el tribunal consigna que le corresponde al imputado probar su inocencia y que si no aporta elementos de descargo corresponde que sin más sea tenido como autor y sea por ello condenado.

Destaca que con tal afirmación y razonamiento conclusivo es borrado y desaparece, es arrasado y enterrado definitivamente, el principio de inocencia, el estado de inocencia; que está expresamente reconocido, consagrado, asegurado e institucionalizado por el art. 39 de la C.P.S.L., en el art. 18 C.N., en el at. 8.2 Pacto San José Costa Rica, en el art. 14.2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, es decir, se trata de un principio jurídico político, recogido y consagrado por normas sustantivas positivas e irrenunciables, vigentes en diversos y numeroso Pactos y tratados Internacionales, de jerarquía constitucional federal, art. 75 Inc. 22 C.N.; al haberse omitido aplicar este principio, ha sido soslayado burda y palmariamente el mandato de dictar sentencia conforme al derecho vigente y procurando la realización del valor justicia, según exigencia impuesta por el art. 210 de la CPSL.

Expresa, que dicha afirmación aparece y constituye un claro y concreto ejemplo de no aplicación de la normativa vigente, de inobservancia injustificable de la ley, lo que por cierto, se erige en un vicio y defecto en extremo grave que concurre y aparece como dato suficiente, puntual y valedero para que la sentencia N° 14 de fecha 15/12/2017 sea casada, y sea anulada.

Como segundo agravio, manifiesta que, en la segunda cuestión votada en la sentencia N° 14, se dice que *“las constancias del legajo y el conocimiento directo e inmediato que se tiene del imputado no evidencia carencia alguna en la persona del mismo, sino por el contrario lo muestran como una persona de Capacidad Intelectual Normal por lo que su capacidad y juicio crítico de comprensión, conocimiento y voluntad en cuanto los aspectos subjetivos del ilícito en cuestión se encuentran en plenitud”.* Destaca que esa afirmación es fruto de una de la única, subjetiva, íntima y arbitraria voluntad del sentenciante, ello en mérito de que en el legajo, en la causa, no obra ni existe ningún estudio e informe psicológico, psiquiátrico que sirva para dar respaldo y sustento indispensable al juicio y afirmación conclusiva del tribunal sentenciante.

Como tercer agravio, expresa que la tercera cuestión “votada” en la sentencia, es decididamente una manifestación basada en un juicio rayano en lo absurdo y caprichoso, al decir el fallo “Que en los términos de los arts. 40 y 41 del C. Penal, y a objeto de la individualización y/o graduación de la condenación del imputado se deberá tener en consideración que: “…*determinada por la Ley, se adecua al delito cometido por el concreto autor, en concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes que efectúa el juzgador…”.* Que esto, desde luego, no se puede comprender ni explicar jurídicamente como podría ser introducido con un alcance lógico jurídico y como integrador de un acto sentencial concreto y referido a una temática cuantificable (quantum de la pena).

Sostiene que las normas que se citan en el fallo, los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, no se aplican, ya que decir que como atenuantes se computan únicamente “la falta de antecedentes penales”, es insuficiente para tener por cumplido el recaudo y exigencia legal del art. 41 CP, que alude a varios y numerosos extremos previstos por esa norma sustantiva, y entre esas circunstancias aludidas por el precitado art. 41 CP, tenemos la edad del imputado (23 años al tiempo del hecho juzgado), su actividad: peón rural, su núcleo familiar: familia 2 hijos, las circunstancias temporales preexistentes, a saber, enemistad entre él y FREDY OCHOA, provocaciones múltiples y recíprocas en el lugar donde bebieron en abundancia alcohol (la historia clínica de OCHOA revela que cuando ingresó al Policlínico Regional de la Ciudad de San Luis, el día del hecho y transcurridos más de 3 horas estaba alcoholizado). Todo lo antes dicho y a pesar de tener proyección y relevancia jurídica, no fue objeto de tratamiento y examen para la justa individualización de la pena, es decir, medió una ausencia de valoración, tratamiento y examen de cuestiones y extremos que hacen que la observancia y respeto al art. 41 CP, pueda o no ser repuntada como válida.

Como cuarto agravio, manifiesta que en la cuarta cuestión votada de la sentencia N° 14, de fecha 15/12/2017, de nuevo aparece y se presenta el caso de un nuevo e injustificable exabrupto jurídico; allí en su parte pertinente se expresa textualmente: “… *que la selección del quantum temporal de la condena y conforme a la teoría y doctrina del delito consumado y previsto como escala, en el Art. 90 del Código de fondo y al juego armónico de los Arts. 40 y 41 CP y a los principios de culpabilidad y proporcionalidad como a los fines de la prevención general y especial de la pena, componiéndola por la disminución pronunciada del término medio de la escala del delito previsto en el Art. 125 CP…”* Destaca que se cita una norma legal sustantiva que nada tiene que ver con esta causa, lo que, claro está, constituye un gravísimo error jurídico, que viabiliza y convence para admitir el recurso de casación que se interpone.

Sostiene que de igual entidad gravosa lo constituye la omisión total por parte de la Excma. Cámara Penal de considerar el material probatorio ofrecido, ordenado, incorporado en autos y planteado durante el debate oral, esto es, el material documental registrado en la piezas del expediente civil constituyente del reclamo resarcitorio deducido por el particular damnificado (autos caratulados: "OCHOA FREDDY c/ PEREYRA DIEGO GASTON y OTRO s/ DAÑOS y PERJUICIOS" EXP 288340/15, con trámite ante el Juzgado Civil de Concarán), el que contiene como dato incuestionable material fotográfico dirimente que revela que la lesión por la que se le condena nunca existió como resultado de agresión con arma blanca y como así también, el sometimiento al damnificado de práctica médica de enyesamiento del miembro amputado, circunstancia ésta, vinculada a la infección bacteriana que determinó la supresión del miembro. Todas circunstancias que aparejan una evidente y grosera violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso legal. Formula reserva de recurso extraordinario federal por sentencia arbitraria.

2) **Traslado al Sr. Fiscal de Cámara:** Corrido el traslado de ley a la contraparte por decreto de fecha 08/02/18, en fecha 05/03/18 por actuación Nº 8742013 contesta el mismo el Sr. Fiscal de Cámara, solicitando el rechazo del recurso. Expresa, que respecto del primer agravio, no resulta atendible. Que coincide con la defensa de Pereyra con el alcance que otorga al principio constitucional de inocencia, empero dice que no obsta a su vigencia el hecho de que el acusado debe aportar y producir prueba para sostener su derecho.

Respecto del segundo agravio, expresa que corre la misma suerte negativa que el anterior, porque la defensa de Pereyra debió ofrecer la prueba para demostrar que la capacidad intelectual de su pupilo, y que el juicio crítico de comprensión, su conocimiento y voluntad al momento del hecho no se encontraban en plenitud.

Con relación al tercer agravio, manifiesta que este cuestionamiento es inatendible, ya que las circunstancias contenidas en la norma del art. 41 del C.P. en manera alguna obligan al juzgador a analizar todas y cada una de ellas. En nuestro caso, el tribunal oral solo tuvo en cuenta la falta de antecedentes penales computables a fin de determinar la extensión temporal de la pena fijada en la sentencia, ejerciendo así la prerrogativa legal que se reconoce.

Respecto del tercer y cuarto agravio, expresa que se refieren a un error por cierto involuntario cometido, si es que así ocurrió. Estos agravios son inconsistentes a los fines que se persiguen con la interposición del recurso de casación en estudio.

3) **Dictamen del Procurador General**: Por actuación Nº 9254358, de fecha 22/05/18, el Sr. Procurador General emite dictamen, opinando que el recurso debe ser rechazado, por las siguientes consideraciones: *“Alega la errona aplicación de la ley fondal en cuatro tópicos, a los que me remito en honor a la brevedad, los que son rebatidos por el Sr. Fiscal de Cámara, cuyos argumentos esta Procuración adhiere. Es opinión de esta Procuración que el Recurso del Sr. Defensor pretende fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado* *la Cámara, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica.…”*

*“En lo referente a la tacha de arbitrariedad aducida, corresponde señalar que ésta sólo se procede en los supuestos en que resulta manifiesto el apartamiento de la solución legal prevista para el caso o cuando el fallo está desprovisto por completo de fundamentación (ver Fallos 307: 1030,) extremo éste que no se verifica en la sentencia de Cámara atacada.”*

4) **Consideraciones previas sobre el recurso de casación y el fallo “Casal”:** 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, 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 de nuestro Código Procesal), 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 cual era el criterio con que debe ser interpretada.

5) **Resolución del recurso:** Sentado lo anterior, coincido con el dictamen del Sr. Procurador General (actuación Nº 9254358 de fecha 22/05/18), al que adhiero, por lo que propicio el rechazo del recurso de casación, por las razones que de seguido explicaré.

Respecto del primer agravio, referido a que surgiría del fallo cuestionado que el encartado no ha ofrecido durante el debate prueba de descargo y que, según el recurrente, esta aseveración afecta el estado de inocencia como garantía consagrada en la C. Nacional y tratados internacionales, ya que afirma que el acusado “no tiene que probar su inocencia”, estimo que el planteo no puede prosperar, por cuanto se funda en una interpretación diferente a la que realiza la Cámara sobre esta substancial garantía constitucional.

Respecto del principio de inocencia, se ha sostenido que durante todo el proceso, al imputado se le reconoce un estado jurídico de inocencia, el que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del estado. El sentido de su defensa será: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, o intentar acreditar, si quiere, su inocencia; de este modo, podrá oponer resistencia a la pretensión penal ejercida. El principio de inocencia autoriza al encartado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo -*nemo tenetur se ipsum accusare*- (art. 18 CN; art. 39 Const. Pcial.). (Díaz, Gustavo Ariel s. Ejecución pena privativa de libertad - Recurso de inconstitucionalidad /// TSJ, Córdoba; 19/04/2012; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Córdoba; 47/2011; RCJ 688/14, en <http://www.rubinzalonline.com.ar//index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 17/08/18).

Este principio tiene directa relación con la garantía de defensa en juicio consagrada en la Constitución Nacional en su art. 18 (“Es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos”).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por su parte, ha establecido que: “*la garantía de defensa en materia penal exige que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor.”*

Se ha dicho que el derecho de defensa es un principio garantizador tan básico para todo el sistema que, de no cumplirse con él, las restantes garantías quedan neutralizadas o dejan de cumplir su específica función.

El derecho de toda persona a defenderse de los cargos que se le realicen en un proceso penal es un derecho inalienable, que no admite restricción a riesgo de vulnerar todo el sistema de garantías.

Por lo tanto, la defensa en juicio debe entenderse no solo como un derecho de la persona imputada sino como una condición de legitimidad del juicio y del proceso en general.

Una de las formas con las que se materializa esta garantía en el proceso penal es, según Vélez Mariconde, que el proceso debe serauténticamente contradictorio y eso se evidencia cuando la persona imputada puede proponer, producir, controlar y alegar, o interpretar y mostrar a los jueces el sentido de las pruebas aportadas. (Velez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Córdoba, 1986, Editorial Lerner, citado en “Derecho de defensa” por María Graciela Cortázar, en <http://www.defensapublicabb.com.ar/publicaciones/146421277-derecho-de-defensa.pdf>, acceso 16/08/18.

En base a lo expuesto, podemos decir que la persona acusada de un delito, frente a las pruebas de cargo que lo incriminan ofrecidas por el órgano acusador, tiene el derecho y la garantía de ofrecer la prueba de descargo, necesaria para neutralizar y confrontar aquella, o, caso contrario, puede elegir no ofrecer pruebas durante la instrucción o en el debate oral. Esta es la interpretación que debe darse a la expresión contenida en la sentencia condenatoria, referida a que *“En la vista oral, el encartado no aporta elementos de descargo…”*

Se ha sostenido que: *“La prueba que lleve a esa certeza y haga legítimo el apartamiento del "principio de inocencia", se encuentra a cargo de la acusación (art. 227 del CPP.); carga que en ningún momento puede desplazarse hacia el imputado (La Corte Suprema de la Nación reiteradamente ha dicho que" viola la garantía de la defensa el imponer al acusado la carga de la prueba":* Fallos 292-Pág. 651; 295-Pág. 972); *ya que corresponde al Estado por medio de sus órganos autorizados, el "esfuerzo" tendiente a demostrar la responsabilidad penal,* ***sin perjuicio del derecho de probar su inocencia****.”* (Es destacado me pertenece) (0.000926984 || Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Junín, 10/08/1995, "G.J. s/ ABORTO ", c. 4908, jueces: SAINZ-DURANTE-LUCCHELLI. [WWW.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar), en <http://www.rubinzalonline.com.ar//index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd>, acceso 17/08/18.

Analizaré a continuación las pruebas recibidas en el debate, las que, sumadas a las constancias del sumario, llevaron al tribunal del juicio a la determinación de la responsabilidad del encartado Diego Gastón Pereyra, conforme las reglas de la sana crítica y de las libres convicciones.

En primer lugar, deben merituarse las declaraciones de los testigos que arribaron al lugar del hecho apenas acontecido éste. Recordemos que la agresión con arma blanca al Sr. Freddy Ochoa, tuvo lugar a escasos metros de la Comisaria de la localidad de Concarán, ubicada sobre la calle San Martin.

El oficial de policía Luis Daniel Rodríguez, instructor del sumario, declaró que: “*Yo participé en esta investigación porque yo estaba en sede policial cuando puedo oír que desde la calle se escuchaba un ruido de corridas y gritos, salgo y veo por la ventana a tres personas de sexo masculino uno de ellos tendido en el piso, cuando me vieron a mi dos de las personas que estaban afuera se dieron a la fuga, ahí puedo observar que una de las personas tenía una lesión sangrante, por motivo de esto llamamos a la ambulancia hicimos todo lo que se tiene que hacer, posteriormente vimos pasar al auto y uno de los testigos que estaban ahí dijo aquellos son los chicos que le pegaron. Salimos a buscarlo y uno de ellos era Pereira. Preguntado por el Sr. Fiscal de Cámara ¿Que hacían las personas? una estaba tendida en el piso y las otras paradas fue algo rápido espontáneo no pude ver detalladamente que hicieron, pero que si que le habían pegado, porque la persona que auxiliamos tenía una herida.”*

Edgardo Gustavo Ochoa, sobrino de la víctima, relató que la pelea entre su tío y los imputados Pereyra Diego y Villalba Silvio había comenzado momentos antes en el bar del club, y declaró en la audiencia que: *“Bueno ese día fui al club con mi tío estábamos tomando una bebida en el club, también estaban tomando Pereira y Villalba, salieron de ahí y fue cuando nos dijo Héctor Vieyra bueno muchachos voy a cortar el bar, le dijimos que bueno cuando salimos afuera salen también el Pereira y Villalba y fueron a pegarle a mi tío yo les dije que la cortaran y me dijeron vos no te metas que el problema no es con vos, me hago a un costado cuando quiero ver tenían un palo en el costado, en ese momento sale el dueño del club y les dice córtenla muchachos como van a estar haciendo esto frente de mi bar así que agarraron los muchachos subieron en el auto y se fueron, nosotros también nos fuimos por la calle de casa Adidas nos íbamos a la policía a hacer la denuncia que ellos nos habían provocado, íbamos por la casa Adidas luego fuimos hasta el banco y cuando miro venían los chicos fue ahí que le dije a mi tío apúrate y nos metimos en contramano bajamos y me dice mi tío que lo acompañe que voy a ir a hacer la denuncia, cuando mi tío se baja para ir a la policía yo le digo al otro muchacho vamos hasta la YPF que deje la bici, cuando vuelvo lo veo a mi tío que estaba tirado, cuando yo paso sale el auto de los chicos, yo no vi cuando le pegaron a mi tío. Cuando salimos del club vi que Villalba tenía un cuchillo en la mano y se la mostraba a mi tío, dentro del Club Atlético no lo vi.”*

La pelea previa en el club Atlético existió, según los dichos de Héctor Vieyra, quien atiende y tiene la concesión de la cantina de dicho club, y relató al Tribunal que les pidió a los imputados y a los Ochoa, tío y sobrino, que se retiraran porque tenía que cerrar el negocio, pero observó desde adentro que estaban discutiendo afuera del local, que el sobrino de Ochoa había tomado un rol activo de incitar a la pelea, tenía un cinto con la hebilla hacia afuera, y el joven Pereyra tenía un palo o un caño, escondido detrás de la pierna.

El alférez Mario Gil cumplía servicio de guardia el día del hecho, y si bien no lo presenció, arribó al lugar cuando ya estaba el sobrino de Ochoa tirado en el suelo, al respecto declaró que: “*Yo me acerqué y Ochoa estaba tirado en el suelo no recuerdo como vi una herida en el brazo izquierdo. Yo por la ventana vi el cuerpo de Ochoa tirado en el piso, vi al Oficial de servicio en ese momento y al sobrino de Ochoa.”*

Surge acreditado que, estando Freddy Ochoa todavía en el suelo y mientras era asistido por los médicos de la ambulancia que había arribado al lugar, circulaba por la Av. Adre enfrente a la plaza un vehículo Ford Escort color rojo patente RYS 229, similar al que habían utilizado los imputados después del hecho, por lo que los policías iniciaron su persecución y los detienen. Al ser aprehendidos, estos manifiestan que “*le pegaron porque Ochoa le había sacado un cuchillo*” y en relación al palo, expresaron que no sabían de qué les hablaba, por lo que se procedió a realizar la búsqueda de dicho elemento y a través de una tapia ubicada al Sur de la calle Urquiza, localizaron el palo dentro de la vivienda de la Sra. Adriana Chaer. (Cfr. fotografías de fs. 02/06, acta de entrega voluntaria de elementos de fs. 07, y fotografía de fs. 08).

La testigo Sra. Adriana Chaer declaró que permitió el acceso del personal policial a su domicilio a los fines de buscar el palo que los imputados habían arrojado dentro del mismo.

Las lesiones que sufrió Freddy Ochoa fueron constatadas por diferentes médicos; en primer lugar, a fs. 11 y vta., obra el informe del médico del Hospital de Concarán Dr. Jorge Omar Acosta, quien declaró en el debate que “*Estando de guardia en el Hospital de Concarán, el día 10/02/2014, fui llamado a las horas seis y cinco no recuerdo bien la hora para que fuera a asistir a un herido que había en la plaza principal nos fuimos en la ambulancia cuando llegamos vimos a una* *persona con una herida muy importante en el brazo la cual lo subimos en la ambulancia llamamos al hospital lo revisamos y por la gravedad de la lesión lo llevamos a San Luis. Era una lesión en el brazo bastante importante no recuerdo bien que brazo creo que era el izquierdo en la altura del codo comprometida la articulación no se pudo comprobar si había fractura en el hueso o no por la gravedad de la lesión no nos demoramos en hacer radiografía ni nada lo llevamos directamente a San Luis. ¿Preguntado por el tribunal si él cree que la amputación del miembro esta dentro de las posibilidades frente a una lesión como esa? Respondió: Y si, posibilidades había, pero yo no pude determinar que lesión arterial había pero que era grave y que si estaba muy dañada, había por lo que vi posibilidades de una amputación, si había…* *La gangrena es un proceso posterior que se produce ya sea por infección o por muerte del tejido porque no hay irrigación sanguínea, posiblemente fuera una amputación por cómo estaba el brazo en ese momento. En ese momento no note proceso de gangrena. La herida estaba en el brazo izquierdo vi un corte no recuerdo si el corte estaba en la parte superior o inferior mínimo 4 ó 7 centímetros mínimo, si es que no era más y la extensión era aproximadamente de 10 centímetros de longitud no cubría todo el ancho del brazo pero había una parte que estaba inserto en la parte posterior de arriba, era corte muy importante en la parte de arriba del brazo…”*

En tal sentido declaró la enfermera que atendió a Ochoa junto con el Dr. Acosta en el Hospital de Concarán, Sra. Verónica Areas, quien declaró que: “*fue todo inmediato el brazo yo lo vi prácticamente colgando, tenia fractura expuesta, estaba en el piso acostado, creo que fue en el brazo izquierdo. No recuerdo como estaba vestido, el brazo estaba descubierto se veía a simple vista, la herida estaba bien en la articulación se veían el hueso hacia fuera, con una fractura expuesta. La herida fue en la aproximación del codo era una herida grande era amplia desgarrada, no puedo precisar más que eso. En el momento que lo llevamos no sangraba pero en el lugar, donde fuimos a buscarlo, se veía que había mucha sangre, no recuerdo haber visto a Ochoa exaltado.”*

Una vez trasladado, el Sr. Ochoa fue examinado en el Hospital de San Luis por el médico forense Ricardo Torres, quien en el debate ratificó los informes de fs. 57 y fs. 76/78, este último dando cumplimiento al art. 130 del C.P.Crim. Explicó que cuando lo revisó observó un “hematoma bipartebral de ambos ojos, heridas cortantes en el cuero cabelludo que han sido suturadas con 8 puntos, una hematoma en la región frontal derecha de 4 centímetros de diámetro, hematoma de 10 por 6 centímetros de diámetro ubicado en la zona de hipocondrio izquierdo. El hipocondrio es la zona abdominal en este caso izquierdo más abajo, cerca de la ingle…” De lo que surge que Freddy Ochoa fue ferozmente golpeado por los imputados Villalba y Pereyra.

Respecto de la herida del brazo izquierdo (herida cortante en el miembro superior izquierdo y la luxación de la articulación del codo izquierdo), el Dr. Torres explicó que la lesión cortante era de 20 cm de longitud según se describe en la historia clínica, de extrema profundidad que ha cortado los planos musculares y el paquete nervioso, con lesión grave en la arteria humeral. *“Que realizada la operación destinada a la revasculación. El miembro tiene buena circulación pero ha quedado con gran edematizacion. El día 12 de febrero del 2014 a las doce horas se exclama herida quirúrgica porque se encontraba muy edematizada que presenta una trombosis del by - pass, se realiza una extracción del trombo pero se comprueba la desnaturalización de los tejidos y a las 17:45 hs. del mismo día, el miembro se presenta con signos de necrosis y secreción mal oliente por lo que se arriba a un diagnostico y procede a la amputación del miembro superior izquierdo.”*

*“En este caso la gangrena era una consecuencia previsible, esto es lo que decía la historia clínica la herida fue muy profunda había lesionado casi todos los tejidos y sobre todo se lesionan los vasos linfáticos por eso se produce una edema, esa edema produce compresión entonces lo más seguro que se va a la trombosis y luego a la muerte.”*

Si bien no se logró hallar el elemento cortante con el cual se hirió gravemente a Freddy Ochoa en el brazo, el hecho y su materialidad surgen plenamente acreditados de las pruebas referenciadas supra. Podemos decir que en el caso se ha valorado prueba directa y también prueba indirecta o indiciaria, esta última en forma general y no aislada, siendo los indicios serios, precisos y concordantes los que determinan como conclusión que existió una feroz agresión realizada por los acusados Diego Pereyra y Silvio Villalba contra el Sr. Freddy Ochoa, y las graves consecuencias de la misma en su integridad física y en su salud.

El razonamiento al que se arriba, una vez valoradas las pruebas rendidas en el debate, acerca de la materialidad del hecho y la autoría y responsabilidad de Diego Pereyra en el mismo, luce debidamente fundado en el fallo, y encuentra suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo por el tribunal sentenciante, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno, que importe una vulneración de las reglas de la sana crítica.

Esto echa por tierra las alegaciones defensistas referidas a la ausencia y falta de pruebas firmes, idóneas que permitan afirmar y sostener con certeza la responsabilidad de su pupilo Diego Pereyra.

Respecto del segundo agravio planteado, referido a que en el fallo se ha incurrido en arbitrariedad, al expresar que el acusado Diego Pereyra tiene una capacidad intelectual normal, siendo que en el legajo no existe ningún estudio e informe psicológico o psiquiátrico que sirva para dar respaldo y sustento indispensable a tal afirmación, debo destacar que el mismo tampoco debe ser receptado.

El tribunal de juicio ha tomado conocimiento directo e inmediato del imputado Pereyra durante la audiencia de debate, lo que se denomina conocimiento de visu, en el que éste ratificó su declaración indagatoria. Así, pudo observar el tribunal que se trata de una persona con aptitudes intelectuales normales, y dicha percepción personal del acusado por parte del tribunal, como asimismo la impresión que éste les causó durante el debate, es irrevisable en casación, por el principio de la inmediación.

Se ha sostenido en el fallo “Casal” que, de la “impresión personal” de los testigos o del acusado, el tribunal “*debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar los criterios*…” utilizados para decidir sobre el valor de los testimonios, pues sería inadmisible ponderarlos en base a un “prejuicio discriminatorio” (Cfr. parágrafos 24 y 25).

 “…*buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que estos deponen.* –y aclara además que- *Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por* *ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc*.” (párr. 25) El párrafo trascripto a mi criterio establece los confines del recurso. Como ejemplo paradigmático toma al testigo que depone en juicio oral, y por su intermedio describe de qué modo la prueba producida en el debate es controlable por el tribunal superior. (En el artículo: ¿*Qué debe casar la casación después de “Casal”?.(La inmediación y los límites del recurso),* por Gustavo A. Herbel, en <https://zulitafellini.wordpress.com/2016/04/20/que-debe-casar-la-casacion-despues-de-casal>, acceso 22/08/18.

La doctrina ha sostenido la importancia de esta entrevista personal, en la necesidad de que el juez no la delegue y la realice personalmente. En su tratado, Eugenio Zaffaroni mencionaba la indelegabilidad de la función judicial que requería de un contacto inmediato con el autor para valorar su peligrosidad. Citaba como fuente de la norma al código de San Luis de 1906 de Tomás Jofré, cuyo fin era impedir que se fijara una pena a una persona sin siquiera haberla conocido (En el tratado de Derecho Penal Parte General de Raúl Eugenio Zaffaroni, tomo V, pág. 335, editorial Ediar y luego en Derecho Penal con Alagia y Slokar, Pág. 1000 vuelve a mencionarse el antecedente puntano). La previsión del art. 41 de la audiencia de visu, pensada en una época de juicio escrito, según señala Patricia Ziffer, permite evolucionar hacia la cesura de juicio, una etapa procesal en la que se debate la pena luego de terminado el debate sobre la responsabilidad. (*Código Penal comentado*, Hammurabi, 2A, pág. 94, citado en “*Tres cuestiones sobre la individualización de la pena*” comentario al fallo Garrone de la CSJN, por Leonardo Pitlevnik, en [www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=24715&n...pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=24715&n...pdf), acceso 21/08/18).

La defensa expone en el tercer agravio que en el fallo, no se mensuraron todas las circunstancias expuestas en el art. 41 Cód. Penal, relativas a las circunstancias atenuantes de la pena, y la sentencia sólo ha computado la falta de antecedentes del acusado, como circunstancia atenuante.

Al respecto, debo destacar el criterio de este Alto Cuerpo que ha sostenido en reiterados precedentes, que la determinación judicial de la pena en el caso concreto, es una facultad propia de los jueces de la causa, por el principio de la inmediación del debate oral, y que es revisable solo en casos de ausencia de fundamentación (arbitrariedad) y desproporcionalidad. (STJSL-S.J. –S.D. Nº 084/17 en autos: “RECURSO DE CASACIÓN EN PEX “OJEDA JULIO NICOLÁS (IMP) - NATALUTTI MARÍA LORENA y OTROS (DAM) - AV. ROBO CALIFICADO” – IURIX PEX INC. 176277/1, de fecha 05/10/17.

Ahora bien, estimo que la pena impuesta a Diego Gastón Pereyra, de **tres años de prisión en suspenso,** ha sido fijada por el tribunal del juicio en consideración a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, que fueron acreditadas en debate oral, por lo que no luce infundada ni desproporcionada, con el delito por el que fue acusado (art. 90 del Cód. Penal), y que fue fijada dentro de las pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

Por último, respecto del cuarto agravio, relativo a la falta de consideración por parte del tribunal, de las constancias del expediente civil constituyente del reclamo resarcitorio deducido por el particular damnificado, "OCHOA FREDDY c/ PEREYRA DIEGO GASTÓN y OTRO s/ DAÑOS y PERJUICIOS" EXP 288340/15, con trámite ante el Juzgado Civil de Concarán, debo expresar que debe ser rechazado.

En primer lugar, se observa que la prueba fue ofrecida por la defensa al comparecer al plenario. Durante el debate, se ordenó con habilitación de día y hora al Juzgado Civil, Comercial Minas y Laboral de Concarán, la remisión de dicho expediente.

También se ha dicho que la Cámara sentenciante es soberana en la elección de los medios probatorios que la conducen a fundar su convicción de la manera en que ocurrieron los hechos y que el ejercicio de esos poderes discrecionales no puede ser controlado en casación.

Así lo ha sostenido este Alto Cuerpo en numerosos precedentes: *“Por lo demás, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los Jueces no están obligados a ponderar una a una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:571) y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (301:970 y 311:191); y la Cámara Nacional de Casación Penal aseveró que los fundamentos, aún cuando concisos y breves, son suficientes para observar la fundamentación exigida por el art. 123 del C.P.P.N.- nuestro 361 inc. 3ro. (Sala II, in re “NINONE, Salvador A. s/ RECURSO DE CASACION”.* (C.Nro.534, reg. Nro.664 del 9/10/95)” en “**RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: FARÍAS MARIO ALBERTO - AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL”** – IURIX INR Nº 1047/16. STJSL-S.J. – S.D. Nº 135/18 de fecha 27/06/18).

Con respecto a la cita del art. 125 del Cód. Penal en el resolutorio de la cuarta cuestión, se trata de un error de tipeo, por lo que no merece mayor trascendencia, y no invalida el resolutorio en cuestión.

Se observa que el razonamiento del tribunal aparece reflejado de manera clara en la sentencia, tanto respecto al hecho mismo como a su desarrollo, valoración de la prueba, participación y encuadre legal.

Por todo lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación atento que el fallo atacado ha realizado una correcta valoración de los hechos y de la prueba, no vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso del imputado, por el contrario, se han consignado suficientes las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la NEGATIVA.-

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

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** De conformidad a lo resuelto en las segunda y tercera cuestiones, corresponde: RECHAZAR el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Diego Gastón Pereyra. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, 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:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, 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, veintiséis de septiembre 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 por la defensa de Diego Gastón Pereyra.-

II) Costas a la recurrente vencida.

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.-*