**STJSL-S.J. – S.D. Nº 196/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a seis días del mes de noviembre de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO -Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA-, para dictar sentencia en los autos*:* ***“MARTÍN HAIDY – ROBO - RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX Nº 70303/9.

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. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

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

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

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que en fecha 11/08/16 (tal como puede verse en DIGINI Nº 5939249 de fecha 12/08/16), se presenta el apoderado del Particular Damnificado interpone y funda recurso de casación en contra del Auto Interlocutorio N° 101, dictado en fecha 26 de julio de 2016 (actuación Nº 5851984) por la Cámara de Apelaciones de la Tercera Circunscripción Judicial.

Que luego de referirse al cumplimiento de los requisitos formales propios del recurso y de realizar un análisis de la conveniencia de acumulación de las diferentes causas, bajo el punto D.- AGRAVIO MOTIVO DE CASACIÓN EN LA CAUSA DE MARRAS, expone que en fecha 29 de enero de 2008 se materializa el hecho que motiva los presentes autos, de los que se infiere que: a) La Sra. Martín tenía la atribución del Hogar concubinario, dado por el Juzgado de Familia y Menores: b) Que las llaves del Estudio de Ortiz se encontraban en tenencia exclusiva de Pablo Núñez; c) Que Martín NO tenia posibilidad de ingreso al Estudio; salvo, cambiando las cerraduras; d) que el Estudio se encuentra aproximadamente a 52 metros de la casa principal; e) que en el mismo poseía TODOS los elementos relacionados a su profesión, hasta el diploma expedido por la Universidad.

Señala que en definitiva, se da comienzo a una causa judicial del tipo penal de los arts. 181 y 164 del C.P. en concurso real.

Indica que de la prueba colectada en el sumario judicial se tiene, en carácter de prueba testimonial a: Dante Borrello (fs.34); Roberto Luis Berrera (fs.35); Raúl Berto Villaverde: (fs.36); Pablo Alejandro Nuñez (fs.37); Teodoro Ramón Aubain (fs.38) y Lucia Belén Arias (fs. 50) y, que analizada la declaración de LUCÍA BELEN ARIAS, que dice fue testigo presencial del momento en que la denunciada comienza a sacar las cosas del Estudio de Ortiz; surge que a las cosas grandes las llevaba a un guincho que tenía al fondo, que ahí llevo los muebles que cree que era una mesa, una estufa, una radio antigua y unos caños que había allí y la otra parte que eran libros, fotos, unos papeles de Claudio, una caja de planos las llevo a la casa grande, a una pieza que no usa, que esa pieza está abajo, al lado de las escaleras, que esa pieza está sin llaves..., que luego de que HAYDI sacara las cosas del estudio solo quedó un ropero y se limpió el estudio, se puso una cama de dos plazas y una mesa de luz, se puso un espejo y cortinas, que le parece que era de color oscuro... que los muebles fueron a parar al guincho y los otros papeles y las fotos y los libros a una pieza.. .que nunca vio que los sacaran de ahí, que la dicente la última vez que los vio fue en el mes de enero de este año (2008) y después se volvió a la casa.

Afirma que de esta declaración se desprende: a) que la declarante VIVÍA con Haydi Martin en el mismo domicilio; b) que al momento de retirarse del inmueble (enero 2008) las cosas estaban en el domicilio y hasta esa fecha no fueron sacadas del lugar por lo que concluye en que la Sra. Martin miente cuanto a fs. 15 del Expediente manifiesta que en su momento al Señor Ortiz se le hizo entrega de todas sus pertenencias, refiriéndose, por supuesto, al momento en que judicialmente se le atribuye el inmueble, por decisión del Juzgado de Familia y Menores.

Por último, cuestiona el dictamen del Agente Fiscal quien solo opina que "no hay mérito para la prosecución de la causa, solicitando el Archivo de las presentes actuaciones" y alega que él es el encargado de la acción pública. Sostiene que él es el que tiene que velar por el valor justicia; que representa a la víctima en el proceso; que tiene que ofrecer las medidas tendiente a la averiguación real del hecho; a la verdad real.

En definitiva, afirma que el delito se probó; que se acompañó y produjo la prueba; que se demostró la existencia del tipo penal y se aportaron testigos presenciales, que vivían al momento de los hechos en la vivienda, en forma conjunta a la denunciada.

2) Que ordenado el traslado de rigor, el Sr. Fiscal de Cámara contesta (Actuación Nº 9790235 de fecha 15/08/2018) solicitando el rechazo del recurso de casación interpuesto.

Manifiesta que la Dra. Sandra Piguillem en su voto se expide sosteniendo que corresponde rechazar el recurso de apelación opuesto oportunamente, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que seguidamente el Dr. Sergio De Batista con toda precisión se pronuncia por el rechazo del remedio procesal, expresando que no hubo desapoderamiento ilegítimo de bienes que pertenecen a otra persona, en la medida que para lograr el desapoderamiento no se utilizó fuerza en las cosas ni violencia en las personas.

Es decir, sostiene que no se ha cumplido con las exigencias establecidas en el tipo objetivo del injusto penal que se endilga a la imputada, en la medida que la conducta típica descripta en el tipo objetivo requiere que el sujeto activo para lograr el resultado prefigurado (desapoderar) debe remover la cosa de la esfera de custodia en que la ha colocado el propietario o tenedor para protegerla debidamente, y esa remoción solo puede lograrse ejerciendo fuerza en aquello que se desea remover, o con violencia de las personas.

Agrega que no existe voluntad realizadora del tipo objetivo, el dolo, (conducta descripta en el tipo) pues la Sra. Martin no se prefiguró el resultado de apoderarse de bienes mediante el despliegue de la fuerza a que se refiere el tipo objetivo.

3) Que en fecha 15/12/17, mediante actuación N° 84164141, emite su dictamen el Sr. Procurador General Subrogante, quien manifiesta que el recurso de casación debe ser rechazado, en virtud de los fundamentos que allí expone y que se tienen por reproducidos.

4) 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 de la causa, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término, se ataca una sentencia definitiva, y si bien no surge de las constancias de la causa el cumplimiento del pago del depósito casatorio, corresponde estar a lo resuelto en Sentencia STJSL-S.J.-S.D N° 096/18, autos "MALLEA FRANCO ALEJANDRO - ROBO CALIFICADO s/ RECURSO DE CASACIÓN" - IURIX PEX N° 125342/12, del 26/04/2018.

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.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN**.

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** En primer término, corresponde señalar que 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. (Cfr. TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Respecto al derecho al recurso de la querella, a partir del fallo "Juri, Carlos Alberto s/ Homicidio Culposo - causa 1140" (Fallos 329:5994) dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 27 de diciembre de 2006, se ha perfilado el alcance que debe asignársele a la garantía procesal del derecho al recurso en el procedimiento penal.

Así se dijo en el considerando 9°) *"Que dicha postura se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida en que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8, ap. /° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos - más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos en la disposición del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual, por cierto este Tribunal no comparte en razón de los fundamentos expuestos en el caso "Arce" (Fallos : 320:2145)".*

Sentado lo expuesto y entrando en el análisis de la cuestión planteada entiendo que el recurso de casación del particular damnificado debe ser rechazado, ello en base a las consideraciones que a continuación se exponen.

Cierto es que en el caso de autos se cuestiona la valoración de la prueba testimonial, la valoración del testimonio rendido por la Sra. Lucía Belén Arias que ha realizado la Cámara de Apelaciones, y si bien la doctrina ha sostenido que la instancia casatoria podría abrirse en estos casos de excepción y ante la necesidad de que los fallos sean motivados, conforme a la lógica y la razón, de los agravios expresados no surge el error esencial que quite la virtualidad de acto judicial válido a la sentencia impugnada.

En efecto, la Cámara en su sentencia de fecha 26 de julio de 2016 con voto del Dr. De Battista sostuvo que la única prueba de cargo directa que se verifica en el legajo es la declaración indicativa de la menor Lucia Belén Arias de la que surge de manera incontrastable la inexistencia de los elementos tipificantes del robo, esto es la fuerza en las cosas, ya que tal como allí lo expone la Srta. Arias "...HAYDI abrió con la llave del estudio, que tenía dos llaves del estudio en una taza y empezó sacar cosas...."

Que de lo expuesto se colige que no existen elementos concretos que permitan tener por acreditado el tipo penal, por lo que de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador General, considero que la decisión del *a-quo* ha sido correcta.

Como bien ha dicho la jurisprudencia: *"...existe la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución..."* (0.0115702. Particular Damnificados. Recurso de casación en: Pucheta, Ezequiel Darío y otro - Agente Fiscal s. Recurso de casación en: Pucheta, Ezequiel Darío y otro. TCP Sala IV, La Plata, Buenos Aires; 15/06/2017; Rubinzal Online; 81260; RC J 4694/17, en [www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com)).

Por otra parte, se advierte también que el planteo que realiza el recurrente no logra demostrar el absurdo y las violaciones constitucionales que se invocan y luce manifiestamente improcedente en tanto que resulta una copia similar y reeditada argumentos ya expuestos que debidamente considerados fueron rechazados.

En conclusión, corresponde el rechazo del recurso deducido, por lo que VOTO a esta SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que, en consecuencia corresponde rechazar el recurso de casación articulado. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas al recurrente. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO 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, seis de noviembre de dos mil diecinueve.**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación articulado.

II) Costas al recurrente.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

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