

STJSL-S.J. – S.D. N° 030/21.-

--En la Provincia de San Luis, a **veintiún días del mes de abril de dos mil veintiuno**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: ***“INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: IMP MERCAU WALTER ARIEL, FARABELLI MARIO CHRISTIAN - DAM GATICA ALFREDO ROLANDO AV. ESTAFA”*** - IURIX INC N° 107345/2.

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: Dras. CECILIA CHADA, LILIA ANA NOVILLO, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, y habiendo asumido los Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ como nuevos ministros de este Superior Tribunal, pasa a éstos para su estudio y votación.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

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

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. CECILIA CHADA, dijo: 1) Que en fecha 13/11/19, por ESCEXT N° 12983737, en los autos principales “IMP. MERCAU, WALTER ARIEL – FARABELLI, MARIO CHRISTIAN – DAM. GATICA, ALFREDO ROLANDO – ESTAFA”, Expte. PEX 107345/11, el apoderado del particular damnificado, Sr. Alfredo Rolando Gatica, interpone recurso de casación, contra la sentencia definitiva recaída en autos, integrada

por el Veredicto que obra en actuación N° 12822031, de fecha 24/10/19, y sus Fundamentos en actuación N° 12944287 de fecha 08/11/19, dictados por la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que resolvió: “I) DECLARAR CULPABLE como autor material y penalmente responsable a Walter Ariel Mercau, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos del delito de ESTAFA AGRAVADA, art. 174, inc. 4° en relación al art. 45, ambos del Código Penal, en el carácter de autor, en perjuicio de ALFREDO ROLANDO GATICA y en consecuencia CONDENARLO a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO, art. 26 del Cód. Penal, en razón de las condiciones personales, familiares como sostén de familia, estudios cursados y en razón a la edad que presenta actualmente el condenado, accesorias de ley y costas procesales, oficiándose a sus efectos. II) ABSOLVER por el beneficio de la duda a Mario Christian Farabelli, de datos personales obrantes en autos en los términos del art. 39 de la Constitución Provincial y art. 1° del C.P.Crim.”

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 expediente principal PEX N° 107345/11, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva condenatoria de un Tribunal competente y el recurrente se encuentra exento del depósito judicial conforme la doctrina sostenida por este Alto Cuerpo en los autos: “MALLEA FRANCO ALEJANDRO - ROBO CALIFICADO s/ RECURSO DE CASACIÓN” - IURIX PEX N° 125342/12, por STJSL-S.J.-S.D. N° 096/18 de fecha 26/04/18.

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. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN**.

A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo: 1) **Agravios del recurrente:** De los antecedentes de la causa, PEX 107345/11, surge que en fecha 08/11/19, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en actuación N° 12944287, en el punto II) resolvió: “ABSOLVER por el beneficio de la duda a Mario Christian Farabelli, del delito de ESTAFA AGRAVADA, art. 174, inc. 4° en relación al art. 45, ambos del Código Penal, en perjuicio de ALFREDO ROLANDO GATICA, en los términos del art. 39 de la Constitución Provincial y art. 1° del C.P.Crims.”

Expresa el recurrente en el punto: *“De la Existencia de la Relación previa y la Connivencia entre el Constructor Mercau y el Arquitecto Cristian Farabelli. El rol de Director Técnico de la obra”*, que entiende se encuentra probada la relación existente entre el constructor, Sr. Ariel Mercau y el arquitecto, Sr. Cristian Farabelli, en cuanto se desempeñaban juntos en la construcción de viviendas, situación acreditada por la testigo Sra. Paola Ambash y cuyo testimonio puede apreciarse veraz y conducente a probar dicho extremo, toda vez que su asistido se contacta con el Sr. Farabelli, para realizar la Dirección Técnica de la construcción de la vivienda, ya que Mercau, se lo recomienda como una persona de su confianza.

Expresa que esto se coteja y se corrobora plenamente, con el tenor de la denuncia realizada por el damnificado Gatica, su posterior ratificación en sede judicial, su testimonio brindado en plenario, y con una claridad meridiana con los recibos extendidos de puño y letra por el Arquitecto Farabelli, que en ningún momento del debate y/o proceso fueron impugnados, ni redargüidos de falsedad y que de la simple lectura de los mismos se lee textualmente: *“DIRECCIÓN TÉCNICA EN OBRA NTRA. SRA.REINA DE LA*

PAZ (JUANA KOSLAY)”, tal es el caso de los recibos con fechas; 09/06/2010; 17/07/2010; 14/08/2010; 18/09/2010; 06/10/2010, los cuales son conducentes y no hacen otra cosa más que acreditar las responsabilidades negadas por el co-imputado Cristhian Farabelli y que la Excma. Cámara de Apelaciones parece haber omitido su tratamiento.

Hace también especial hincapié, en el artículo 9 del Contrato de Obra celebrado entre Ariel Mercau y el Sr. Alfredo Gatica, de donde se desprende que la Dirección Técnica de la obra se encontraría a cargo del Sr. Farabelli, situación que permite demostrar lo concordante y coincidente de los recibos extendidos por Cristhian Farabelli y que fueron acompañados como prueba documental, no obstante, parecen no haber sido tenidos en cuenta o valorados por la Excma. Cámara de Apelaciones. Así, advierte que el co-imputado Farabelli, extendió cinco recibos mensuales y consecutivos, con lo cual, se puede sostener que estuvo presente en la obra en varias oportunidades, no solo en algunas y esporádicas, tal como quiso plantear al momento de deponer en la declaración indagatoria y que son recibos extendidos en forma consecutiva y mensualmente, y todas bajo el mismo concepto, “*DIRECCIÓN TÉCNICA EN OBRA...*”.

Manifiesta que es arbitraria la valoración que efectuó la Excma. Cámara sobre el contenido de los mismos, pues sin ningún tipo de fundamento, constancia o hecho alguno, interpreta que la cantidad de dinero que el particular damnificado abonó a Farabelli se correspondería a una serie de “consultas técnicas” más que a la propia Dirección Técnica, asignándole más valor probatorio, que lo suscripto de puño y letra por Farabelli en cada uno de los cinco (5) recibos extendidos, en forma mensual y consecutiva al Dr. Alfredo Rolando Gatica.

Refiere que se observa que el mismo Arq. Farabelli, confeccionó dos planos de la vivienda, uno que fue presentado a la Municipalidad de Juana Koslay, con las especificaciones técnicas correctas, para lograr la habilitación de la construcción de la vivienda, y otro que fue ejecutado en obra, por lo tanto no puede sustraerse de responsabilidad,

invocando que fue el propietario quien dispuso se construyera conforme al segundo plano.

Observa que el actuar de Farabelli, fue doloso, no fue negligente como se expuso en los fundamentos de la sentencia, pues el mismo a sabiendas, de que desde el inicio de la obra, había irregularidades, jamás la detuvo la obra y tampoco se lo comunicó al Propietario tal como lo establece la Ley XIV-0378-2005 (5560) (Ley de Colegiación) y el Manual del Ejercicio Profesional del Arquitecto.

Asimismo, refiere a la Prueba Testimonial desarrollada durante el Debate Oral y Público, con especial mención de la declaración de José Rodrigo Ávila, quien toma conocimiento de los hechos por encargo de Gatica, dueño de la obra, para que elaborara un Informe Técnico sobre la calidad y/o condición de la construcción de la vivienda unifamiliar debido a su condición de Maestro Mayor de Obra, también la declaración del Ex Arquitecto de la Municipalidad de Juana Koslay, Juan Mariano Ledesma, la declaración del Ingeniero Civil Miguel Ángel Abdelahad, quien participó como Perito por encargo judicial, del Ingeniero Civil Héctor Walter Calderón, del Ingeniero Civil Juan Francisco López y de la Lic. en Psicología María Paola Ambach, declaraciones éstas que la Excma. Cámara de Apelaciones, nada dice y que no hacen más que echar luz a la configuración del delito, por el que el Sr. Fiscal de Cámara dedujera acusación.

Respecto de la Inspección Ocular desarrollada durante el Debate dice que la misma ha sido concluyente en cuanto al delito que el particular damnificado denunció, permitiendo observar a cada uno de los miembros del Tribunal Colegiado, lo peligroso e inestable del trabajo realizado por el Sr. Ariel Mercau y el Arq. Cristhian Farabelli, que en forma totalmente dolosa se encargaron de efectuar al Dr. Alfredo Gatica, donde quedó totalmente acreditado que el Sr. Ariel Mercau ejecutó todas y cada una de las instrucciones y directivas del Director Técnico de la Obra, este es, el Sr. Mario Cristhian Farabelli.

Alega que con respecto al arquitecto Mario Christian Farabelli, la Excma. Cámara de Apelaciones consideró que su responsabilidad penal no fue demostrada por los acusadores, Ministerio Público y Particular Damnificado, describiendo textualmente que: *“toda vez que no se probó ningún tipo de obligación por parte del profesional respecto de la construcción de la obra y que la única referencia válida pero totalmente insuficiente es el artículo 9 del contrato que textualmente dice: “el contratista deberá consultar, interpretar y tener en cuenta las indicaciones del director técnico de la obra, arquitecto Cristhian Farabelli”.* Asimismo, refiere que en sus fundamentos expresó: *“otro tema a considerar, y que le asiste razón a la defensa técnica de Farabelli, es la referida a la inexistencia de ardid...Vemos que a tenor de las definiciones mencionadas, y tal como sucedieron los hechos, el ardid o engaño quedan automáticamente excluidos, ya que la acusación y el querellante particular no probaron en que consistió la conducta prohibida en que habría incurrido Farabelli para engañar o inducir a error a Gatica en la elaboración del plano o en dirección técnica o representación y control técnico de la obra y así obtener una liberación económica de parte de Gatica y que redundara en beneficio ilegítimo a favor del sujeto activo”.*

Asimismo, refiere que la Excma. Cámara consideró que tampoco se pudo probar la connivencia entre Mercau y Farabelli, y menos aún las conductas desplegadas por ambos para terminar acusando por una coautoría en los términos del art. 45 del Cód. Penal y que si bien hay una marcada negligencia puesta de manifiesto por el arquitecto Farabelli, en el desempeño de la tarea encomendada, la misma no alcanza para atribuir una conducta dolosa, lo cual excluye el tipo de la figura contenida en el inc. 4º del art. 174 del Cód. Penal, pero que *“no deja de producir alerta en la conciencia, pues con un poco de celo en el desempeño de su profesión, se podría haber evitado un importante daño económico a quien lo eligió y confió para la confección del proyecto de su vivienda familiar. Lo cual seguramente encontrará reparación por la vía civil”.*

Expresa respecto a la absolución por el beneficio de la duda del Arquitecto Cristian Farabelli, que excluir la acción del arquitecto, por entender que no había un contrato entre Gatica y éste, no resulta para nada suficiente a la luz de todas las pruebas aportadas, las cuales parecen haber sido valoradas en forma totalmente arbitraria, pues la denuncia efectuada por Gatica, que expresa claramente que el Arq. Farabelli fue presentado y recomendado por Mercau para que dirigiera la obra, como Director Técnico de la misma; la realización de los planos que sirvieron a la postre para la presentación en la habilitación y posterior construcción de la vivienda; los recibos de pago suscriptos y firmados por el profesional de la arquitectura; el reconocimiento de que fue a inspeccionar la obra en varias oportunidades y llevó a efectuar una certificación de obra al 80%; las falencias y vicios groseros que se constataron a través de la inspección judicial y la certificación del avance de la obra, de ningún modo pueden llevar a un razonamiento absolutorio y menos aún por el “Beneficio de la Duda”, ya que se encuentra probada la connivencia entre Mercau y Farabelli, a través de la declaración de la testigo Paola Ambach.

Concluye que no existe logicidad en el resultado de la sentencia, con toda la prueba que fue aportada y reproducida durante las audiencias públicas, lo cual la torna en incongruente y arbitraria, pues la argumentación ensayada por el a-quo no se ajusta a las reglas que gobiernan la sana crítica racional. Hace reserva de derechos.

2) Traslado a la defensa del imputado: Por decreto de fecha 28/11/19, en actuación N° 13096215, del presente incidente, se ordena correr traslado a la defensa de FARABELLI MARIO CHRISTIAN – Dr. GIULIANI ALDO DANIEL, el que es contestado en fecha 16/12/19, en ESCEXT N° 13233249. Manifiesta que el recurrente no realiza una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera equivocadas.

En lo sustancial advierte la inexistencia de los elementos del tipo penal del art. 174, inc. 4, por el cual fue acusado el arquitecto Farabelli y que el recurrente no pudo demostrar en que consistió el ardid o engaño (por

parte del arquitecto) y mucho menos cual fue el beneficio patrimonial que tuvo con tal supuesta maniobra engañosa o ardidosa. Plantea cuestión federal.

3) Traslado a la Fiscalía de Cámara: El Sr. Fiscal de Cámara N° 2 contesta vista por actuación N° 13263457 de fecha 19/12/19, señalando que: *“...no corresponde correr traslado de la casación en autos, ...pues quien la ha planteando es el particular damnificado que coadyuva con la Fiscalía de Cámara en la persecución penal del imputado. Que efectivamente el Código de rito establece que de los fundamentos de la casación debe correrse traslado “a la contraria” por lo que en autos debe sustanciarse con la defensa del imputado cuya absolución agravió al recurrente”*.

4) Dictamen del Sr. Procurador General: Por actuación N° 13711186, de fecha 19/03/2020, se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien opina que: *“... de los antes transcripto luce una palmaria contradicción, por un lado le atribuye el tribunal un obrar negligente en la tarea encomendada, que debo suponer se refiere a la confección de plano (circunstancia nunca cuestionada por el recurrente) y certificado de avance de obra y lo excluye de la dirección de la obra.”*

“Considero que hay prueba que acredita la vinculación entre el Constructor y el Arquitecto Farabelli, de la documental, recibos extendidos en forma consecutiva y mensualmente, y todas bajo el mismo concepto, “DIRECCIÓN TÉCNICA EN OBRA, el Tribunal hace una valoración arbitraria, ya que le da validez a lo argumentado por la defensa de que obedecen los recibos, por el monto, que resulta más acorde a una serie de consultas técnicas que con una dirección técnica”, por lo que considera que se debe acoger el recurso incoado, pues el tribunal ha incurrido en falta de logicidad e inconsistencias en sus argumentaciones, debiendo remitir a tribunal hábil a los fines de que se realice nuevo debate oral y no vulnerar la garantía del doble conforme a favor del imputado.

5) Consideraciones previas sobre el Recurso de Casación del particular damnificado: 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).

En el caso del recurso del particular damnificado, no es de aplicación la doctrina del fallo de la Corte Suprema “CASAL MATÍAS EUGENIO”, del 29/09/2005, la que se funda en el máximo rendimiento del recurso de casación, y en la doble instancia de revisión de una condena.

Dicha doctrina se aplica a los recursos de casación intentados por los imputados, y tiene su fundamento en el art. 8.2.h. de la Convención Americana y similares; el recurso de de los acusadores, se funda en los arts. 1, 31, 116 y 117 de la Constitución Nacional, que establecen el control difuso de constitucionalidad de las normas y actos de gobierno (para evitar la estabilidad de sentencias infundadas y arbitrarias, impensadas en una república), lo cual impide que cualquier norma o acto de gobierno (una sentencia lo es) de inferior jerarquía obste el acceso de cualquiera de las partes a la Corte en última instancia cuando se encuentra involucrada una cuestión federal. (“*Recurso Fiscal contra absoluciones y nuevo debate*”, por Javier Augusto De Luca en <http://catedradeluca.com.ar/> Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, acceso 03/04/19).

Siguiendo al autor citado, diremos que los recursos de casación de los Fiscales y partes acusadoras deben ser interpretados, no para satisfacer agravios vinculados meramente con la valoración de las pruebas, sino conforme a la doctrina de arbitrariedad de sentencias de la Corte Suprema, porque ella se ocupa de los casos en los que no se han observado las formas esenciales del juicio, ya sea que éstas se produjeran durante el proceso o en las sentencias mismas. Una sentencia nula, descalificable como acto jurisdiccional válido, no es una sentencia. (el subrayado me pertenece).

(“INC DE CASACIÓN PARTICULAR DAMNIFICADO GARCÉS JAVIER (IMP) TOLEDO GABRELA (DEN) ABUSO SEXUAL” - IURIX INC N° 120979/4, STJSL-SJ–S.D. N° 189/19, de fecha 17/10/19).

6) Resolución: Que el punto medular de la cuestión a decidir gira en torno a la denuncia formulada por el Sr. Rolando Alfredo Gatica, ratificada a fs. 33 y vta., por el delito de estafa, la cual fue realizada el día 28/10/2011 (fs. 1/10vta.), en cuyo contenido refiere que le encomienda al Sr. Walter Ariel Mercau la construcción de una vivienda, quien le expresó que trabajaba con el arquitecto Farabelli y que iba a dirigir la obra. Luego al no haberse cumplido con los plazos estipulados para la entrega de la obra, se reúne con los denunciados, quienes le manifiestan que hacía falta más dinero, de lo contrario no cumplirían con el contrato, dando por concluida la relación. Solicita medida cautelar, reserva de actuaciones y acompaña documental (fs. 12/30).

Que a fs. 46 y vta. obra declaración testimonial del Sr. José Rodrigo Ávila, Maestro Mayor de Obra, ratifica la misma a fs. 227 y vta. y en el del debate oral manifestó que: *“Se me llamó en un momento para hacer un informe de la obra. Quien lo llamo? El Sr. Gatica. De forma particular? Si. En qué consistió su tarea? Yo fui y vi lo que estaba hecho e hice mi informe detallando, lo que para mí ver estaba mal... me acuerdo que las luces eran más grandes de las que se había puesto en el plano, las vigas no eran las adecuadas, los hierros que se veían no eran los que decía el plano, no estaba bien encofrado, no estaban bien llenadas las columnas, es lo que me acuerdo. Fue solo? Si, estaba la Sra. de Gatica y me dejo pasar. De acuerdo a su experiencia? Las falencias eran, graves, medianas o leves? Algunas eran graves, por ejemplo las vigas. Ratifica su informe y conclusión la lee. Con respecto el punto 2, a que se refiere? El es el hueco que va en la abertura, lleva una viga de intex y no estaba esa viga. Que consecuencia trae? Que se puede caer. En el punto 4? Nos explica, la capa aisladora es para que no se suba la humedad. Para qué sirve el estudio de suelo? Para saber si el suelo es apto para esa construcción o de qué manera se reforzará. Con respecto a las*

columnas, de qué estaban rellenas? Se puede rellenar con piedras? Si es hormigón elaborado siempre es el mismo.”

“No sé si era elaborado sino que se desgranaba, la piedra de la arena. Porque pueden fisurarse las columnas? Porque no tienen buena base. En qué consisten los errores estructurales? Debe ser un cálculo de estructura. Estas fisuras eran perceptibles? Si, sí porque no estaba revocada y se veía del lado de afuera. Quien es el encargado de advertir estas falencias? El director técnico debería controlar hasta su finalización. Cuanto tiempo tiene de experiencia como maestro mayor de obra? 17 años. De acuerdo a su ver, como considera la obra? Estaba mal, que se bajara la planta baja porque estaba para caerse, porque era mucho peso...”

A fs. 47/48, declara el Ingeniero Civil Juan Francisco López, ratifica la misma a fs. 226 y vta. En el plenario, habiendo reconocido el Informe de fs. 21/26, expresó que: *“Mi participación fue a requerimiento del Sr. Gatica, me planteó el problema que tenía y yo le pedí la documentación y procedí a hacer el Informe. Hice constatación de obra, pedí asesoramiento de otras personas, ahí realicé el Informe. Que antigüedad tiene usted en su profesión? Tengo 30 años. Se dedica a la construcción? Si, exactamente, las falencias de la construcción de la obra... Yo primero que hice fue analizar la construcción, las falencias de la construcción de la obra; en cuanto a planos, detalles y eso da siempre lugar a que se cometan errores en la obra. La documentación en realidad no era para hacer una obra de ese tipo. Yo procedí a hacer una Inspección en la obra, vi varios vicios, lo primero que vi eran detalles que no se condicen con el plano. Si bien, los planos tienen falencias, había cosas que decían los planos y no estaban en la obra, había detalles de hormigones de baja calidad, por eso pedí asesoramiento de gente especializada, que fueron con unos aparatos para medir la resistencia y dio resistencia muy baja, menos de lo normal, después se observaron detalles de construcción como encuentros mal ejecutados entre vigas y columnas, no había impermeabilización de lozas, eso siempre origina que entre agua y deteriore la construcción. Esa loza era del piso de entremedio o el de arriba? Era de la loza*

que estaba a la intemperie- Ingeniero, usted dijo que había diferencias entre un plano y otro? Esas diferencias eran compatibles con las modificaciones que pueden sobrellevarse en la construcción sobre el primer y segundo plano? No, son errores, si bien no son catastróficos, por ejemplo: recuerdo haber visto estribos que estaba con hierro del 4,2 mm. cuando la norma vigente en ese momento, decía que debía ser hierro de 6 mm. y en el plano estaba estipulado de 6 mm. también. Que el Informe fue confeccionado el 21 de Mayo de 2011. Esas variaciones de hierro que usted dice, una vez hecho, se puede corregir o no? En realidad el estribo de 6 mm. que sale en el plano, es el que exige la norma actual, antiguamente permitían un estribo de 4,2 mm. Cuál era la norma vigente en ese momento? Era la norma ISO de 2011. Se puede construir sin un estudio de suelo? Desde la ruta 20 hasta llegando al río? Se puede construir aunque no se debería. Usted cuando habla de 45% de obra, habla de obra gruesa o el total? El total. Con respecto al Informe, nos puede aclarar el punto 9, constituye algún tipo de peligro? Sí, porque el elemento es vigueta. Es falta de control? Puede ser o puede ser mal encofrado”.

A fs. 90/96 luce informe de la Inspección de obra, realizada por la Municipalidad de Juana Koslay, de fecha 23/05/2012.

A fs. 153/154, obra declaración testimonial del Sr. Juan Mariano Ledesma, Ex Arquitecto de la Municipalidad de Juana Koslay; la misma es ratificada a fs. 225 y vta. En el debate oral dijo que: “A raíz de la notificación que hizo un vecino de Juana Koslay a la Municipalidad, yo en ese momento era funcionario de la misma, sobre la construcción de un muro. Entonces se me envió para hacer una Inspección y compruebo que efectivamente era así, se estaba levantando una pared sobre el frente de una propiedad, le solicito al constructor que por favor llame al propietario de la vivienda, salió el mismo, le comento que no se puede levantar ese muro porque lo establece el código y que tampoco tenía autorización para hacerlo. El ahí me manifiesta que lo estaba haciendo por “vergüenza” ya que tenía una construcción en peligro. Le pregunto a qué construcción se refería, me muestra la construcción y era un edificio de dos plantas sin finalizar y me muestra

algunas situaciones que quería recuperar. Yo le digo que podía solicitar con la aplicación del nuevo Código vigente en ese momento en la Municipalidad de Juana Koslay, una Inspección más profunda y se le podía hacer un Informe Técnico más detallado, hace la solicitud y la Municipalidad hace la Inspección y el Informe Técnico, en ese momento la hace el juez de falta, donde se tomaron fotos in situ. Quien hace el Informe? Yo lo hago porque era la persona a cargo en esa área...En realidad se hizo un expediente, eso se elevó a la Secretaría de Gobierno. Usted estaba en obras de la Municipalidad de Juana Koslay? Si, en parte de obras privadas. Respecto a las deficiencias de la obra que pudo advertir? Y había falencias en los estribos que es lo que soporta las columnas o vigas, la utilización de materiales inadecuados, lozas pandeadas, curvas ostensibles con movimientos oscilantes, advirtió un derrumbe en la escalera, hierros a la vista, muro hecho con pedazos de escombros, falta de vigas de vinculación, falta de vigas de dintel. Resalto que existía amenaza de derrumbe, que era necesaria una demolición controlada. Qué diferencia hay entre el Director de Obra y el Representante Técnico? El Director Técnico debe mediar y defender los intereses del propietario, en cambio el Representante Técnico, debe velar por los intereses del constructor. Preguntado sobre cual debió haber sido la actitud del arquitecto Farabelli, cuando decidió continuar con la obra? Debió notificar al Colegio de Arquitectos y al propietario para que designe a otro. Es importante el estudio de suelo en las obras de esta magnitud? El Código de Juana Koslay vigente dice que es obligatorio, que siempre es necesaria una perforación para definir la capacidad portante del mismo, que puede ser de uno y medio a dos y medio metros de profundidad, que lo idea es que exista estudio de suelo. Es importante que el Director Técnico, interprete los planos y que le entregue la documentación a las cuadrillas que construyen. Asimismo, manifiesta que hace al buen arte de construir, detener la obra en caso de falencias graves y notificarlas al cliente. Que en el caso que nos ocupa, no hubo renuncia del arquitecto Farabelli. Sosteniendo que la Dirección Técnica, le corresponde al profesional que presenta el plano. Con respecto al Colegio, entiende que siempre extiende una orden de trabajo, para que el

profesional la firme, si el constructor es externo. Asimismo, siempre los Directores Técnicos de obra, deben notificar la renuncia a la obra al Colegio respectivo y a la Municipalidad, dado que si no lo hace evadiría su responsabilidad”.

También hay que destacar la declaración del Ingeniero Civil Miguel Ángel Abdelahad, quien participó como perito por encargo judicial y dijo en el debate: *“Simplemente vengo como perito nombrado por el juzgado...yo después de recibir la notificación estudié el expediente e hice un Informe sobre los puntos que se me pedían en particular. Fue designado Perito pero en la causa Civil? No le sabría decir. Recuerda cual fue su conclusión? Yo me hice presente en el lugar, después de estudiar el expediente, en la obra ahí observé, vi los planos de la obra para corroborar mejor lo que estaba hecho, bueno después en base a todo eso hice el Informe. Recuerda que informó? Eran varios puntos, pero en líneas generales había una serie de patologías que son las deficiencias constructivas que manifestaban que la cosa no estaba bien construida. Recuerda alguno de los errores o falencias? Sí, por ejemplo hay un techo de viguetas sobre la planta baja que está panceado, después las uniones entre comunas y vigas eran deficientes con relación al hormigonado, emparchados y demás, había vigas en comunas, había hierro a la vista, lo cual no había recubrimiento suficiente, por ejemplo el diámetro de los estribos eran insuficientes, se podía ver a simple vista, después el hormigón no parecía de buena calidad, porque uno simplemente con la mano lo podía desgranar. Eso se debe a la falta de cemento? Si, a la falta de cemento o mal administrado, también los áridos tienen mucho que ver, porque cuando se usan áridos sucios no permite que el cemento se pegue. Después la escalera aparte de estar mal ejecutada, estaba fisurada, encuentros del techo de loza apoyados sobre paredes y no sobre encadenados, paredes donde no existía la traba clásica reglamentada, había una pared fisurada, dinteles panceados antes de colocarse la abertura. Yo lo detallo más en el Informe. De acuerdo a su profesión qué importancia tiene el estudio del suelo? Es fundamental y que los municipios lo requieren siempre. Ahora todos los municipios lo están*

solicitando. Qué medidas mínimas deben respetarse en la construcción de viviendas? Respetar las normas ISO, a las reglas del buen arte, las cuales a simple vista no se respetaron, dado que no veía encadenado, lo cual era visible en la vivienda, dado que no tenía revoque. A que se refiere el buen arte en la construcción? Es tener en cuenta y respetar niveles y planos horizontales. En teoría la casa sería de ladrillo visto, no se cumplió, había comunas por debajo del mínimo estipulado. Que a su vez eran angostas en relación a la altura. Todas las normas argentinas hablan del mismo modo respecto al pandeo, que es la capacidad de no flectarse. Que era altamente peligrosa la construcción, dado que caminando una sola persona la loza, vibraba, lo cual era peligroso porque no había carga útil. Era muy mala calidad de los materiales perceptibles a simple vista. No se puede certificar un avance de obra sin inspección previa. A cargo de que profesional estuvo el desarrollo del plano? Al arquitecto Farabelli. Usted dijo con respecto a las vigas que se desgranaban porque tenían arena sucia? Nos puede decir que significa? Para el hormigón elaborado se usa la arena lavada y el ripio lavado, no importa la cantidad de cemento, si usa el apropiado. Cuando los áridos están sucios, es decir tienen tierra el cemento no cumple su función de ligar bien todos los componentes y baja mucho la resistencia. Usted dijo que el Director Técnico y el Representante Técnico son figuras que representan al propietario? Hay mucha confusión siempre entre el Director Técnico y el Representante Técnico, pero normalmente el que controla la obra es el Representante, es el pagado por el propietario para que se ejecute la obra correctamente y controle lo que se está haciendo. Qué función cumple el Director de Obra? Yo entiendo que representa a la misma persona de la empresa constructora, que tienen a cargo la ejecución de la obra, sería el profesional de la empresa constructora.”

Otra declaración a considerar es la del Ingeniero Civil Héctor Walter Calderón, quien refirió lo siguiente: *“Que él tuvo intervención debido al encargo del dueño de la obra... Cuando visité la obra pude advertir muchas falencias constructivas. Realicé tres visitas a la propiedad, advertí hormigón que se desgranaba por el simple hecho de tocarlo con la uña, eso es por la*

mala calidad, vigas rellenas con escombros y no con hormigón, lozas flectadas, mampuestos mal colocados, columnas fuera de plomo, agrego la mala ejecución en la realización de la mezcla. Pudo advertir una ventana circular con una goma o rueda de auto como molde, después habían usado como molde el tambor de un lavarropa. En la planta alta, pudo advertir que el piso vibraba al pisarlo. Que era peligroso estar parado en el piso con fisuras a 45 grados. La ejecución de un plano tiene como finalidad trasladar la idea técnica a la realidad. Según resalta y deja en claro en su deposición que no es una obra segura. Preguntado si ante un evento sísmico que ocurriría? Manifestó que un colapso de la obra. A su criterio profesional la misma no tiene corrección, debe hacerse de nuevo”.

También hay que considerar la declaración de la Lic. en Psicología María Paola Ambach, quien dijo al comparecer a juicio que: *“Conoce al señor Gatica porque Mercau y Farabelli le construyeron una casa, entonces le preguntaron si podían llevar al Sr. Gatica para que viera la casa... yo tenía intenciones de construir mi casa y una mamá del colegio me dijo que había un aviso en el diario de un buen precio para construir, busco el número y me comunico con el Sr. Mercau. El me recomienda al arquitecto Farabelli para que me realice el plano. En realidad, la casa después tiene muchas fallencias, como la membrana mal puesta, se me humedece el techo, se me inunda el patio, rasgaduras en las paredes...compraba las cosas el arquitecto Farabelli. Usted reclamó las fallas? Si, reclamé pero no tenía dinero para arreglarlas con ellos, entonces decidí ir haciendo mientras podía y arreglar. Usted hizo alguna presentación en la justicia? Hasta ahora no”.*

A fs. 253 y vta. obra acta de inspección ocular de fecha 15/05/2014, de la cual surge que la propiedad está constituida por dos plantas. Que en viga de encadenado inferior se observan hierros descubiertos, en el portal de ingreso relleno del suelo con material de construcción, hacia el lateral izquierdo se ve una columna rellena con ladrillos. En el garaje se observa estallido de columnas y se puede ver un techo que pertenecería a una galería con pandeado y faltante de ladrillos en techo de losa, la escalera interna que

conduce a la planta alta presenta inclinación hacia el lado izquierdo, los escalones de diferente grosor y tamaño y aparentemente sin apoyo en piso superior. Ingresando a planta alta, se observan tres habitaciones y un vestidor, las que presentan fisuras en paredes, ladrillos separados, desalineados sin seguir un trazo, encimados entre sí, con escaso cemento entre los mismos, colocados a simple vista por sobre las puertas y ventanas, las cuales no tienen dintel. Se observa falta de columnas y las existentes no siguen una línea, no concuerdan en las uniones. Se ingresa a una terraza, donde se percibe movimiento de la estructura al caminar, desde allí se puede ver una abertura por la que se accede a la mencionada terraza la que a simple vista se ve doblada y por sobre la misma rasgadura de pared, sin dintel, y desmoronada hacia abajo. Se dejó constancia de realización de video grabación de la medida judicial.

A fs. 258/281 la División Criminalística acompaña las vistas fotográficas correspondientes al inmueble y a la obra de autos.

Sentado lo anterior, analizado el fallo en crisis y los agravios esgrimidos por la recurrente se avizora que le asiste razón a esta última, dado que de la Primera Cuestión de la sentencia recurrida surge que: *“...en cuanto a la existencia del hecho que damnificara a Alfredo Rolando Gatica, se encuentra debidamente probado, esencialmente, con el original del Contrato de Obra... también con los recibos librados por el constructor **Walter Ariel Mercau...** (debiendo aclarar que ambos cuerpos documentales no fueron impugnados por las defensas de Mercau ni Farabelli), con el resultado consignado en el Acta de Inspección Judicial en el domicilio de Reina de la Paz 1945, lugar donde se encuentra la obra inconclusa y que se erige en la prueba fundamental del hecho investigado. También con las declaraciones prestadas por los testigos técnicos y peritos, a saber: **José Rodrigo Ávila (maestro mayor de obra), Juan Mariano Ledesma (Arquitecto de la Municipalidad de Juana Koslay), Miguel Ángel Abdelahad Ingeniero Civil, Perito Oficial), Héctor Walter Calderón (Ingeniero Civil) y Juan Francisco López (Ingeniero Civil).** Quedando probado en el grado de certeza que la*

*construcción de la vivienda unifamiliar encargada por **Alfredo Rolando Gatica** a **Walter Ariel Mercau**, según el contrato referido, la cual se encuentra sin concluir en un porcentaje inferior al allí convenido, debido a las diferencias que surgieron por su irregular construcción. Lo cierto que los vicios en la factura de la obra están a la vista, tal como pudo comprobarse personalmente cuando el Tribunal en pleno se constituyó en el domicilio e inspeccionó todos los ambientes de la obra, desde la planta baja hasta el primer piso incluido, habiendo verificado los dichos de los testigos técnicos y de los peritos ingenieros que tuvieron ocasión de producir sus respectivos informes, los cuales fueron ratificados en su totalidad durante el desarrollo del debate, corroborándose la pésima calidad en la construcción debido al reemplazo de los hierros indicados para armar las vigas y columnas que a la postre resultan en el sostén de la construcción, advirtiéndose que los hierros de las mismas se encontraban al aire y el hormigón se desgranada con la simple acción de pasarle la mano. También se advierte el panceo de la loza y su vibración al caminar una persona, oscilando permanentemente al dar cada paso por el lugar. Además, se observaron las vigas rellenas con escombros (pedazos de ladrillos), la falta de conexión entre vigas y columnas, fracturas en los muros que dan al exterior y también entre los internos o divisorios. Es decir que se coincide plenamente con los dictámenes técnicos y periciales en cuanto al peligro que representa la obra para la seguridad física de cualquier persona que pretendiera habitarla por posible derrumbe o colapso de la construcción”.*

Si bien, en autos fue declarado culpable y condenado Walter Ariel Mercau, como autor material y penalmente responsable del delito de ESTAFA AGRAVADA, art. 174, inc. 4º en relación al art. 45, ambos del Código Penal, en perjuicio de ALFREDO ROLANDO GATICA- ahora recurrente; con relación al arquitecto **Mario Christian Farabelli**, la Excma. Cámara consideró que su responsabilidad penal no fue demostrada por los acusadores (Ministerio Público y Particular Damnificado), toda vez que no se probó ningún tipo de obligación por parte del profesional respecto de la construcción de la obra. Asimismo considera la inexistencia de ardid, pues no se probó en que

consistió la conducta prohibida en que habría incurrido Farabelli para engañar o inducir a error a Gatica y tampoco se pudo probar la connivencia entre Mercau y Farabelli, y menos aún las conductas desplegadas por ambos para terminar acusando por una coautoría en los términos del art. 45 del Cód. Penal.

No obstante ello, la sentencia impugnada, entiende que merece una especial mención la marcada negligencia puesta de manifiesto por el arquitecto Farabelli en el desempeño de la tarea encomendada, la que si bien se entiende no alcanza para atribuir una conducta dolosa, lo cual excluye el tipo de la figura contenida en el inc. 4º del art. 174 del Cód. Penal, considera que: *“no deja de producir alerta en la conciencia, pues con un poco de celo en el desempeño de su profesión, se podría haber evitado un importante daño económico a quien lo eligió y confió para la confección del proyecto de su vivienda familiar. Lo cual seguramente encontrará reparación por la vía civil”*, no encontrándose probada la obligación del arquitecto Farabelli en cuanto a la ejecución de la obra.

Se advierte entonces, que tal como lo señala la recurrente, la sentencia atacada resulta manifiestamente incongruente y arbitraria, dado que en primer término considera que la responsabilidad penal del arquitecto Farabelli no fue demostrada por los acusadores y que la cláusula del art. 9 del contrato de obra que reza *“el contratista deberá consultar, interpretar y tener en cuenta las indicaciones del director técnico de la obra, arquitecto Cristhian Farabelli”*, es insuficiente para derivar una obligación, para con un tercero que no se encuentra vinculado al contrato en cuestión y luego lo absuelve por el beneficio de la duda.

En efecto, si bien el contrato de obra (fs. 13/15) no fue suscripto por el Arquitecto Farabelli, sí existe responsabilidad que deriva: 1º) Del art 9 de del mismo, de donde se desprende que la dirección técnica de la obra, estaría a su cargo, situación ésta que ha quedado demostrada con los recibos por él extendidos, en forma mensual y consecutiva, de fechas 09/06/2010, 17/07/2010, 14/08/2010, 18/08/2010 y 06/10/2010, todos con el concepto de *“Dirección Técnica de Obra: Nuestra Sra. Reina de la Paz”*; 2º) Por

la confección del plano de la obra, firmando él mismo los ítems: proyecto, dirección técnica y cálculo de la obra y 3°) Por el certificado de avance de obra presentado. Asimismo, es de destacar el testimonio del Ex Arquitecto de la Municipalidad de Juana Koslay, Juan Mariano Ledesma, quien expresó que el Director Técnico de la obra era el arquitecto Farabelli, que no hubo renuncia del mismo (tal como surge del Informe de la Municipalidad de Juana Koslay de fs. 90/96 y de la Sentencia del Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Juana Koslay de fs. 114/116 y vta.) y que la Dirección Técnica, le corresponde al profesional que presenta el plano y también la declaración del Ingeniero Civil Miguel Ángel Abdelahad, quien participó como Perito por encargo judicial y dijo que el desarrollo del plano estuvo a cargo del arquitecto Farabelli.

Al respecto, la Jurisprudencia tiene dicho: *“La obligación del director técnico de obra, es una obligación de medios (dirección y contralor de la obra), aunque también contraen algunas obligaciones de resultado. Lo que promete el director técnico es dirigir y vigilar para que la construcción se realice bien, de conformidad al proyecto y de acuerdo con las reglas de la buena técnica; sus posibilidades de control, en ciertos aspectos, es inferior a la del constructor, pues el director no elige a los dependientes del constructor ni a los herreros y carpinteros, etc. Ciertas obligaciones del director de obra son de resultado, como ubicación y tamaño de ambientes, estructura general, revestimientos, columnas etc., en donde se garantiza un resultado correcto, pero no es razonable atribuirle la garantía de que cada elemento material sea de buena calidad, que cada proceso en sus aspectos menudos se haya realizado del modo correcto, que cada sección de la instalación eléctrica este bien hecha”* (el subrayado me pertenece) (0.00201681 || **Valls, Miguel Fernando vs. Lucas, Rubén Ricardo s. Cumplimiento de contrato** /// 4ª CCCMPT, Mendoza, Mendoza; 14/02/2006; Rubinzal Online; RC J 811/06).

Asimismo: *“Puede afirmarse de manera determinante que el director de obra asume sólo una obligación de medios y no de resultado, pues éste asume un resultado concreto, un "opus" consistente en que la obra se ejecute ciñéndose a las previsiones del proyecto. En tal sentido, cabe*

*responsabilizar a la arquitecta que, como en el caso, asume la dirección de una obra en la cual, luego de terminada, se constata la existencia de humedades en cielorrasos, zócalos y muro medianero correspondientes a los diferentes ambientes que fueran objeto de la reparación llevada a cabo bajo la dirección técnica de la accionada. Ello es así, aún cuando las deficiencias puedan imputarse al proyecto y no a la dirección de obra, atento a que el rol del director de obra no se limita a la mera constatación de que lo construido se corresponda a lo proyectado. Sus condiciones técnicas y profesionales le exigen no sólo eso sino también advertir debidamente al comitente cuando las especificaciones del proyecto son manifiestamente inadecuadas o pueden tener por resultado una obra defectuosa". (0.00114286 || **Maestro, Marcelo vs. Santiago, Lilia E. s. Ordinario** /// Cám. 2ª CC Sala 2, Paraná, Entre Ríos; 20/02/1996; Rubinzal Online; RC J 4028/07).*

Así pues, comparto lo apreciado por el Sr. Procurador General en su dictamen de fecha 19/03/2020 al decir: *"Considero que hay prueba que acredita la vinculación entre el Constructor y el Arquitecto Farabelli, de la documental, recibos extendidos en forma consecutiva y mensualmente, y todas bajo el mismo concepto, "DIRECCIÓN TÉCNICA EN OBRA, el Tribunal hace una valoración arbitraria, ya que le da validez a lo argumentado por la defensa de que obedecen los recibos, por el monto, que resulta más acorde a una serie de consultas técnicas que con una dirección técnica."*

"O sea borramos con el codo lo que escribimos con el puño, esto es, porque no consigno el Arquitecto Farabelli en el concepto de los recibos por el extendidos, que los montos recibidos lo eran por consultas técnicas???"

"La respuesta cae de maduro V.E., máxime que el imputado conoce fehacientemente, como quedó demostrado en el debate oral, la diferencia entre ambas actividades, Dirección de Obra y Consultas técnicas."

Que asimismo, se observa en la conducta desplegada por el Arq. Farabelli, conforme surge de la prueba producida, que ha habido ardid, que lleva al engaño del damnificado sobre lo que contrataba, esto es la

especialidad de los sujetos activos que afectó a la calidad de los mismos, la que no era tal y que la Excma. Cámara considera en los fundamentos de la sentencia recurrida, como una marcada negligencia puesta de manifiesto por el arquitecto Farabelli, en el desempeño de su profesión, en relación a la tarea encomendada, y que *“se podría haber evitado un importante daño económico a quien lo eligió y confió para la confección del proyecto de su vivienda familiar...”*, pues atento a sus condiciones técnicas y profesionales debió advertir debidamente al comitente cuando las especificaciones del proyecto son manifiestamente inadecuadas o pueden tener por resultado una obra defectuosa. También se advierte la existencia de una relación entre el constructor, Sr. Ariel Mercau y el arquitecto, Sr. Cristian Farabelli, toda vez que se desempeñaban juntos en la construcción de viviendas, situación acreditada por la testigo Sra. Paola Ambash, por el contrato de obra (art 9), por el reconocimiento de que fue a inspeccionar la obra en varias oportunidades, lo que lo llevó a efectuar una certificación de obra al 80% y por la denuncia en la que consta que el recurrente se contacta con el Sr. Farabelli, para realizar la Dirección Técnica de la Construcción de la vivienda, ya que Mercau, se lo recomienda como una persona de su confianza.

Ahora bien, se ha sostenido que el ardid o engaño aparece en la estafa, en el momento en que el autor realiza la conducta a fin de lograr que la víctima actué en error realizando como consecuencia de ese error, una disposición patrimonial perjudicial. En este sentido indica Soler, en las estafas el fraude resulta determinante de la prestación.

Así formulado el planteo existen razones valederas para considerar el engaño como el principal elemento del tipo objetivo equiparándolo con el delito mismo.

Por lo expuesto, sostengo que: *“a fin de verificar la estructura de este delito resulta fundamental que exista un ardid o engaño que lleve mediante actos externos a viciar con error la voluntad de la víctima”*. Por cierto, este requisito en el sentido de que el autor despliegue una serie de medios astutos y engañosos se concretó en la doctrina francesa con la

necesidad de una cierta *mise en scene*, indubitadamente presente en función del despliegue intencional del autor en la realización de acciones exteriores, aunque no necesariamente aparatosas a fin de llevar a error a la víctima.

En el mismo sentido Soler enseña: *“que sin error no hay estafa como no la hay sin ardid, aun en el caso que se obtenga maniobra mediante un beneficio indebido”*.

El engaño requiere cierta entidad objetiva que permita reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño y el error, de modo que este no puede ser atribuido únicamente a la credulidad que el individuo solo puede reprocharse asimismo, al menos jurídicamente. (*El fraude en la estafa*, por Carlos Alberto Bellatti en <https://www.diariojudicial.com/nota/5258>, acceso 21/11/19).

Considero que, efectivamente, surgen acreditados en la causa los elementos configurativos de la estafa, a saber: ardid o engaño por parte del imputado, error en la víctima (el recurrente) y disposición patrimonial perjudicial (ver los recibos extendidos por el arquitecto Cristian Farabelli, en forma mensual y consecutiva, de fechas 09/06/2010, 17/07/2010, 14/08/2010, 18/08/2010 y 06/10/2010, todos con el concepto de “Dirección Técnica de Obra: Nuestra Sra. Reina de la Paz”, el peligro de la obra conforme surge de los informes periciales y técnicos elaborados y las falencias y vicios en la construcción que no fueron observados ni comunicados al dueño de la obra).

Por lo que no comparto los fundamentos expresados en la instancia anterior en torno a la ausencia de elementos probatorios algunos que permitan absolver a Cristian Farabelli por el beneficio de la duda, toda vez que: *“La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto, es decir, la urdimbre probatoria que surge de la investigación. La convicción acerca de la existencia o inexistencia del delito y acerca de la responsabilidad y de cualquier causa que en ella influya, debe obtenerla el juez*

mediante un examen integral, pleno y completo. Dentro del cuadro general de la investigación, el resultado particular de un medio de prueba puede, junto a otros, tomar un significado distinto del que le sería dado tener si se le considerara separado, aislado y solo, ya que se puede revestir un significado más vivo, más patente, o también puede perder sus características iniciales” (Eugenio Florián, De las pruebas penales, T. 1, pp. 383 y 384).

Por otro lado: *“Se ha sostenido que la conclusión dubitativa puede ser objetada si el Tribunal no ha proporcionado fundamentos, o bien si la fundamentación se ha basado en prueba ilegal o ha omitido prueba decisiva. No forma parte de los motivos, la revisión del valor convictivo de la prueba invocada en sustento de la conclusión dubitativa, salvo que la valoración efectuada por el Juzgador haya sido absurda”* (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, S. N° 97, 29/09/03, causa “Paglione” T.S.J., Sala Penal, S. N° 112, 11/10/05, “Brizuela, Amadeo Raúl y otro s/Extorsión-Recurso de Casación”, en Actualidad Jurídica-Derecho Penal, Segunda Quincena Abril 2006-Año III-Vol.64, Pág. 4143”).

Ante estos lineamientos, siendo la decisión evidente y explícitamente carente de fundamento legal o de apoyo en los hechos comprobados en el juicio (C.S. Fallos: T. 218, Pág. 18), se reúnen a mi entender los supuestos de arbitrariedad, en los que queda comprendida la sentencia impugnada; siendo la misma producto de la mera voluntad de los jueces, ilógica y contradictoria; no configurando una conclusión razonada del derecho vigente, lo que habilita a que sea descalificada como acto judicial válido, en relación al punto II) de la parte resolutive que absuelve por el beneficio de la duda a Mario Christian Farabelli (del delito de ESTAFA AGRAVADA, art. 174, inc. 4° en relación al art. 45, ambos del Código Penal, en perjuicio de ALFREDO ROLANDO GATICA, en los términos del art. 39 de la Constitución Provincial y art. 1° del C.P.Crims).

Con relación a la arbitrariedad de sentencia se ha sostenido que: *“Siendo argumentos del agravio del recurrente la violación a la sana crítica racional (art. 365 del C.P.P.) mediante fundamentos contradictorios en*

relación a los hechos probados, deviniendo en ilogicidad, tenemos que la sentencia en examen no resulta una serie eslabonada de argumentos y razonamientos frutos de una clara motivación en las pruebas incorporadas al proceso sometidas a una valoración crítica. La motivación debe ser lógica con basamento en la sana crítica racional, teniendo libertad en las conclusiones, pero no en el medio para llegar a ellas, debiendo para ello ser coherente y no contradictoria porque tornaría en ineficaz la motivación destruyendo la unidad lógica de la sentencia. (Del voto en disidencia del Dr. Tievas.)” (Colman, Sergio s. Homicidio simple-Superior Tribunal de Justicia, Formosa; 23-11-2004; Departamento de Informática Jurisprudencial del Poder Judicial de Formosa; RC J 10645/09, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 11/03/16).

Este Alto Cuerpo ha sostenido: *“Como ya lo sostuvo V.E. en los autos: “RECURSO EXTRAORDINARIO EN AUTOS: “MANZUR, ELIANA CLAUDIA - LUCERO, JULIO y LUCERO DANIEL – HOMICIDIO CALIFICADO” IURIX INC N° 87783/9: “Es que el principio de la libre valoración de la prueba (sana crítica racional), carece de sentido si no se lo conecta con la exigencia de motivación y control. Aunque el Tribunal de Juicio es libre para seleccionar y valorar el material probatorio sobre el que apoyará sus conclusiones, esa libertad no puede ser caprichosamente manejada, como ocurre cuando no se valora una prueba que, de haber sido ponderada, hubiera determinado una conclusión distinta”.*

Como conclusión, y en concordancia con el Dictamen del Sr. Procurador de fecha 19/03/2020, considero que debe hacerse lugar al recurso interpuesto por el particular damnificado, pues el tribunal ha incurrido en falta de logicidad e inconsistencias en sus argumentaciones con relación al arquitecto Cristian Farabelli, debiendo remitir a tribunal hábil a los fines de que se realice nuevo debate oral.

Por todo ello, VOTO a esta SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN**.

A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde: 1) ANULAR el punto II) de la sentencia emitida por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. 2) En su mérito, devolver los autos a fin de que se realice un nuevo juicio oral, que estará a cargo del Tribunal que se integrará con jueces hábiles, oficiándose a sus efectos. **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo: Costas a la parte vencida. (Art. 71 CPCrim.). **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

San Luis, veintiuno de abril de dos mil veintiuno.

Y VISTOS: En mérito al, resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) ANULAR el punto II) de la sentencia emitida por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

II) En su mérito, devolver los autos a fin de que se realice un

nuevo juicio oral, que estará a cargo del Tribunal que se integrará con jueces hábiles. Oficiese a sus efectos.

III) Costas a la parte vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

No firma la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse excusada.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA y en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.