



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

CASCALLARARES, Olga y otra -parts. damnifs.-,
s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley
y nulidad.-

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el particular damnificado y actor civil contra la decisión del Tribunal en lo Criminal N° 2 del departamento judicial de Mercedes que absolvió a Mónica Alejandra Bertoldi por el delito de homicidio culposo.

II. Contra ese pronunciamiento interponen recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y nulidad los apoderados -Dres. Bertoncello Héctor y Bertoncello Matías-, de los particulares damnificados y actores civiles -Olga Cascallares y Claudia Guerrero- (v. fs. 88/108).

a. Recurso Extraordinario de nulidad.

Denuncian como primer agravio la violación al art. 168 de la Constitución provincial, por falta de mayoría de fundamentos, lo cual -entendieron- descalifica al pronunciamiento, debiendo anularse (fs. 89).

Explican que si bien los magistrados votantes coincidieron en el resultado, no en los fundamentos “en la cuestión que resulta ser esencial”. Consideraron que fue afectado el derecho de defensa, en tanto “impide el adecuado ataque de dicho resolutorio”. Citan lo fallado por esa Corte en P.109.862 (fs. 89vta.).

Detallan que el voto que abre el acuerdo -magistrado Ordoqui- razonó que no resulta aplicable lo resuelto en "Casal" por la CSJN con igual amplitud en cabeza de los demás sujetos procesales, otorgándole a la impugnación del particular damnificado un alcance limitado. Agregaron que al conceder el recurso del particular damnificado con el mismo alcance que al imputado se corre el riesgo de violar la garantía del *ne bis in idem* (fs. 90).

A continuación, los recurrentes exponen el voto del doctor Celesia, quien adhirió al voto inicial, indicando que no coincidía en la totalidad de los fundamentos. Al entender de los impugnantes, la sentencia no logra conformar la mayoría exigida, pues entre ellos disienten con una posible afectación a la garantía del *ne bis in idem* (fs. 90vta.). Añaden que el voto del Dr. Ordoqui se basa en dos ideas o cuestiones, o en realidad de se trata de una sola; y la consecuencia de una u otra interpretación son significativamente diversas (fs. 91).

Sostienen en otro punto que hay "inexistencia de un doble conforme argumental en el voto del Dr. Ordoqui" (fs. 91), pues hay una sola realidad en el voto del magistrado mencionado, cual es, que no se debe ingresar a analizar el recurso de esa parte pues se pone en tela de juicio la garantía del imputado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Postulan que no existe la "mayoría", en tanto, el Juez Ordoqui no ingresó al análisis de los fundamentos del recurso del particular damnificado, por lo que si el voto del Dr. Celesia sí lo hizo, debió integrarse la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

Sala con un tercer votante a los fines de la validez del pronunciamiento (fs. 92).

Cita lo resuelto por esta Suprema Corte en P. 109.000, e/o. (fs. cit).

En otro apartado, denuncian la violación el art. 171 de la Constitución provincial (fs. 93 vta). Requieren la anulación del pronunciamiento, toda vez que el tratamiento del agravio de falta de fundamentación del veredicto absolutorio, ambos magistrados se autolimitaron en señalar que el alcance del recurso del particular damnificado no tiene el mismo alcance que el del imputado.

Afirman que tal razonamiento "no se basa en ningún texto expreso de la ley, ni en ningún principio jurídico de la legislación vigente en la materia penal, ni procesal penal, ni constitucional, ni en ninguno de los principios generales del derecho" (fs. 93).

Adunan que la opinión vertida se enrola en una postura doctrinaria y jurisprudencial minoritaria que resulta contraria a la ley y a los precedentes de la Corte federal en "Arce", "Juri", "Di Nunzio" -arts. 18 de la C.N., 8 y 25 de la C.A.D.H.- (fs. cit.). Señalan que aquel Máximo Tribunal Federal le ha reconocido los mismos derechos y garantías judiciales a todos los sujetos procesales, citando lo fallado por la Corte I.D.H. en "Caso del Tribunal Constitucional" (fs. 93 vta), como también citó lo resuelto en los casos "Wald", "Luzarreta", "Arancibia Clavel", "Santillán" y "Sabio", todos de la CSJN.

Concluyendo este recurso, exponen que la CIDH ha reconocido que toda víctima tiene el derecho de obtener del Estado una

investigación judicial que se realice seriamente a fin de identificar a los responsables e imponerle las sanciones pertinente (conf. Informe 5/96), señalando otros que se expidieron en el mismo sentido (Inf. 35/96 y 34/96), extrayendo de ellos que el Estado debe garantizar el derecho a recurrir el fallo adverso (fs. 95).

b. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Sostienen que “el único Juez que ingresa al análisis del recurso de casación, referido al defecto de motivación del veredicto absolutorio (Dr. Celesia), lo hace en forma sesgada y arbitraria” (fs. 95vta.).

Consideran que debe concederse el recurso en trato atento el carácter federal del agravio -facultad de recurrir el veredicto absolutorio-. En refuerzo, mencionó lo resuelto en “Strada”, “Christou” y “Di Mascio” y lo normado por los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional (fs. 95vta/96). Añade a ello, que el límite objetivo del art. 494 del CPP debe soslayarse, dejando manifiesta la inconstitucionalidad de tal norma.

Postulan la violación a los arts. 7 y 10 de la D.U.D.H., 8 de la C.A.D.H., 10, 11 y 15 de la Constitución provincial, y la doctrina emanada de esta Suprema Corte (fs. 96vta.). Entienden que lo resuelto por el a quo vulnera “groseramente” los derechos de la víctima constituida formalmente en el proceso penal.

En otro acápite, denuncian que la sentencia del a quo contiene el vicio de “absurdo o arbitrariedad” pues aquel órgano omite hacerse cargo del agravio respecto a la violación de los arts. 106, 210 y 373 del C.P.P., y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

la consecuente afectación del derecho de defensa y debido proceso -arts. 18 de la C.N., 171 de la Const. prov. (fs. 97vta./98). Añadieron que el pronunciamiento cuestionado posee un fundamento aparente y no constituye una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo cual -señaló- lo descalifica como acto jurisdiccional (fs. 98).

Explican que el voto del Dr. Celesia limita el rendimiento del recurso en forma arbitraria, en violación al derecho a la jurisdicción. Entienden que el voto del Dr. Celesia omitió efectuar un análisis “de la profusa prueba vertida en autos y transcripta en el recurso”(fs. 98vta).

Repasan los recurrentes un fragmento de ese voto (fs. 98vta), que cuestionan por ser un pseudo-fundamento pues se viola el derecho de defensa en juicio en tanto se omite analizar el agravio allí llevado. Luego, sostienen que la argumentación de la sentencia prescinde de una lectura integra de la prueba indiciaria, pues no ha valorado una cantidad innumerable de pruebas, que en su conjunto permiten derribar el falaz estado de duda.

Objetan que haya realizado “una interpretación sesgada y manifiestamente tendenciosa de la prueba pericial médica” y omitido analizar, sopesar y contrastar los tres testimonios producidos durante el debate, así como la prueba de indicios (fs. 99vta). Seguidamente criticó el fallo del Tribunal de origen, con hincapié en el testimonio de Ricardo Cancio (fs. 100/101).

En otro apartado, señalan que se omitió valorar el

P-123555-1

estado de salud de la víctima al ingresar al nosocomio de Bahía Blanca (fs. 101), destacando que el órgano de mérito se quedó con la aparente contradicción entre dos peritos oficiales (Wrobel y Rudoni), señalando, en primer lugar, que tales dictámenes no son vinculantes para los magistrados, y en segundo lugar, que bastaba analizar la historia clínica confeccionada por el Hospital Interzonal de Agudos para concluir que la afirmación de Wrobel carece de fundamento.

Como último tramo de quejas, denuncian que se "omitió la consideración y valoración de la historia clínica del H.I.G.A. José Penna" (fs. 101vta.).

Exponen el carácter de instrumento público del legajo médico, y afirman que de allí emerge la carencia o deficiencia del proceder de la imputada, lo cual constituye una violación al deber objetivo de cuidado (fs. 102/103 vta.). Concluyeron que la falta de detección por parte de la imputada del estado del paciente, así como la autorización del traslado, motivaron la pérdida de un tiempo vital; lo cual evidencia su impericia y negligencia (fs. 104 vta.).

Para finalizar, los recurrentes repasan los alegatos vertidos en el debate oral, donde se indicó que había indicios de que "las fotocopias que corren agregadas por cuerda no se había realizado o directamente era falso" (105/105vta); siendo aquel órgano jurisdiccional quien le confirió a tal historia clínica credibilidad y autenticidad, lo que cuestionan. Por otro lado, exponen que cada vez que se requería la Historia Clínica al Hospital 9 de Julio se remitían sólo resultados de laboratorio y tomografía (fs. 105vta/106); y por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

último, la falta de consideración del testimonio vertido por la Dra. Ahumada, quien manifestó que nunca hubo historia clínica (fs. 106 vta.).

Finalizan reiterando la arbitrariedad por fundamento aparente, y prescindencia de la valoración de la prueba esencial para la resolución del caso, y ponderaron absurdamente la restante, sin respetar las reglas de la sana crítica y de un razonamiento lógico y armonizado de las constancias de la causa (fs. 106vta). Cita en su apoyo lo resuelto en “Podestá” por la Corte nacional.

III. Los remedios fueron concedidos por esa Suprema Corte, remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General (v. fs. 115/11/8 y 119).

IV. En mi parecer, los recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley deben ser rechazados.

Recurso Extraordinario de nulidad.

Como ya se dijo, el Tribunal en lo Criminal N° 2 del departamento judicial de Mercedes absolvió a Mónica Alejandra Bertoldi por el delito de homicidio culposo (fs. 12vta/13).

Frente a tal pronunciamiento, los apoderados del particular damnificado y actor civil, interpusieron recurso de casación, agravándose de: a. absurda valoración probatoria (fs. 18vta/25vta), y b. omisión de tratamiento jurisdiccional de los planteos esenciales expuestos en los alegatos de esa parte (fs. 25vta/27vta).

Puesto a resolver el Tribunal de Casación Penal,

sostuvo el magistrado inicial, Dr. Ordoqui, que "los agravios resultan inviábiles. En efecto la fundamentación del veredicto condenatorio observa acabadamente las exigencias legales, habiéndose expresado de manera lógica y racional las premisas del hecho y derecho que fundan la conclusión jurisdiccional. El recurrente sólo ha demostrado una discrepancia con la dirección de la valoración probatoria" (fs. 50).

Más luego, consideró que "la impugnación del particular damnificado debe considerarse con el mismo alcance que la conferida al Ministerio Público Fiscal para recurrir en casación, es decir con un alcance más limitado que el derecho a recurrir del imputado establecido en las convenciones sobre derechos humanos incorporadas a la C.N" (fs. 50/50vta).

Señaló que el precedente "Casal" de la CSJN "no se aplica en toda su amplitud al mismo recurso en cabeza de los demás sujetos procesales. Pues el recurso del condenado a impugnar ampliamente la sentencia significa conceder al mismo la oportunidad de defenderse una vez más [...] Simultáneamente la imposición de una sanción penal por la gravedad que importa en cuanto a la restricción de derechos fundamentales debe contar con el doble conforme de modo de admitir una amplia revisión a favor del imputado [...] En este marco, el recurso contra la sentencia no puede entenderse en mi modo de ver de manera bilateral o uniforme para todos los sujetos procesales, pues las garantías individuales como derechos fundamentales resultan prerrogativas exclusivas en cabeza del imputado, más no pertenecen al Estado en el ejercicio de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

su poder penal" (fs. 50vta/51).

Por otro lado, indicó que "Como consecuencia, y considerando especialmente las disfunciones que provocaría para la correcta y amplia vigencia de la garantía del ne bis in idem la interpretación del recurso de casación de modo bilateral, en mi modo de ver el alcance del recurso fiscal y del particular damnificado debe circunscribirse a la lesión de normas (incorrecta aplicación del derecho sustantivo o incumplimiento de las reglas de derecho adjetivo), entendiendo tal limitación formal en función del recurso como la reprobación de esa lesión de normas" (fs. 51/51vta).

Luego se encargo de delinear los alcances de la garantía del ne bis in idem (conf. arts. 8.4 de la CADH y 14.7 del PIDCyP), y expuso "De modo que para evitar esa disfunción y virtual lesión de la garantía del ne bis in idem, es que considero que el recurso fiscal y el del particular damnificado contra la sentencia absolutoria debe limitar su alcance en los términos referidos" (fs. 52). Para sustentar su postura, citó los votos de Petracchi y Bossert (en minoría) en los precedentes "Sandoval", "Alvarado" y "Olmos" de la CSJN, y reiteró los argumentos vertidos en el fallo "Armoha" de ese órgano jurisdiccional (fs. 52vta/55).

En cuanto al segundo agravio, manifestó el juez que "no se advierte la alegada omisión de respuesta jurisdiccional a los planteos del particular damnificado. En ese sentido, las alegaciones finales del juicio introducidas por esa parte (cuya copia obra a fs. 6vta/7) y las relativas a la

materialidad ilícita y la autoría de la acusada fueron respondidas en el tratamiento de las cuestiones primera y segunda del veredicto. Las bases fácticas consideradas por el a quo para fundar la duda razonable que justificó su conclusión por la ausencia de delito importan el rechazo de los planteos del recurrente" (fs. 55/55vta).

Por su parte, el Juez Celesia dijo "Adelanto que coincido con mi colega preopinante en cuanto a que, en los términos en que se encuentra planteado, el recurso de casación interpuesto por el representante del particular damnificado resulta improcedente" (fs. 55vta).

Pero luego aclaró que el alcance de su adhesión sosteniendo que en el voto precedente hay "dos pilares argumentativos que mi distinguido colega ha considerado para arribar a su conclusión, a saber: por un lado el alcance que cabe asignar al recurso de casación que nuestro régimen procesal reconoce al acusador, que a su criterio debe ser más limitado que el derecho a recurrir del imputado establecido en las convenciones sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional; y por el otro que el recurso contra el veredicto absolutorio implicaría una afectación al principio constitucional de ne bis in idem. Para fundar mi voto he de dar tratamiento separado a cada una de tales ideas es sólo en relación a la primera de ellas que brindo mi adhesión" (fs. 55vta/56).

Cita su propio voto en un precedente de su Sala Casacional (bajo el nro. 2611), donde sostuvo que no hay incomputabilidad entre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

el recurso del acusador y el principio *ne bis in idem* (fs. 56/57), a lo que añadió que "No encuentro razones que me persuadan de la necesidad de apartarme de dichas consideraciones" (fs. 57).

Seguidamente, se encargo de analizar los fallos "Sandoval" y "Alvarado", los que "no permitan afirmar que la Corte Suprema haya fijado una doctrina en relación al tema de tratamiento" (fs. 57vta). Luego, trae a colación el caso "Mohamed vs. Argentina" de la Corte.IDH, de donde extrae que no debe confundirse la "doble persecución penal" con el "doble conocimiento" en un mismo proceso (fs. 60vta).

Añadió que, conforme el fallo "Arce" de la CSJN, "si bien el acusador no posee un derecho constitucional al recurso, sí posee el derecho a la jurisdicción que le garantiza la posibilidad de utilizar todos los medios que el legislador ha decidido otorgarle, sin que ningún tribunal pueda cercenarle su ejercicio en las condiciones en las que le fue reconocido legalmente, pues en caso de hacerlo se estaría arrogando atribuciones legisferantes ajenas a su competencia" (fs. 61/61vta). Y concluyó "En consecuencia entiendo que corresponde que este tribunal se avoque al análisis de la procedencia de los fundamentos del recurso de casación traído" (fs. 61vta/62).

Sostuvo que en el "recurso del acusador la revisión no debe estar signada por la teoría del máximo rendimiento, emanada del fallo "Casal" con el fin de determinar las características que debía tener la revisión de un fallo condenatorio para que pueda considerarse satisfecha la garantía de la

doble instancia; sino que su recurso sólo exige en esta sede el control del cumplimiento normativo, que en materia probatoria no es ni más ni menos que lo normado en el art. 210 del CPP en cuanto exige la convicción sincera sobre la verdad de los hechos con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción" (fs. 62vta/63).

Luego dijo "Si esto está cumplido, tratándose de un recurso del acusador no es posible en esta instancia -pues no se verifica el motivo casatorio consagrado en la ley procesal-, realizar una nueva valoración de la fuerza convictiva que el juzgador ha asignado al material probatorio ponderado en perjuicio del imputado; sino que sólo corresponde abocarse al control del cumplimiento del desarrollo escrito de las razones que llevaron a la convicción declarada y su logicidad, y a todo evento corregir los casos en que resulte, en virtud de las deficiencias lógicas del razonamiento o de una total ausencia de fundamento, una arbitrariedad o absurdo intolerable al principio republicano de gobierno por su ausencia de fundamento" (fs. 63).

Visto todo lo desarrollado, es menester determinar si existe mayoría de fundamentos o no.

Es dable recordar que el art. 491 del C.P.P. prescribe que el recurso de nulidad sólo puede sustentarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171 de la Constitución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

de la Prov.; conf. doct. Ac. 94.522, 12/VII/2006; Ac. 97.232, 13/XII/2006; Ac. 97.324, 18/IV/2007; Ac. 100.082, 18/VII/2007; Ac. 100.806, 16/IV/2008; Ac. 104.341, 25/II/2009; e.o.).

Esa Suprema Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que "la adhesión significa que existe voto del Juez adherente con idénticos fundamentos a los del que se remite, pero por una razón de simplicidad obvia su repetición" y que "es constitucionalmente válido el voto cuyos fundamentos no se expresan en extenso sino por adhesión a un voto anterior emitido en el mismo acuerdo" (P.34.304, sent. del 9/IV/1985; P. 49.097, sent. del 29/XII/1994; P. 59.393, sent. del 5/V/1998; Ac. 77.766, sent. del 3/V/2000; P.86.665 sent. del 24/V/2006, e/o)" (causa P.124.546, sent. del 10/8/2016).

También ha sostenido esa Corte que "la utilización de fundamentos subsidiarios, o -en la expresión corriente- "a mayor abundamiento", es perfectamente legítima, y no invalida la sentencia, pues es frecuente que un juez exponga su parecer sobre un asunto y que agregue que de todos modos hay otro argumento que lleva a la misma solución. Siempre y cuando los razonamientos que sostienen estas alternativas no sean contradictorios (lo que hace a la lógica interna del voto, y no a la mayoría de fundamentos), no hay nada que objetar a esta modalidad. Al contrario, ella permite frecuentemente que quienes coinciden al menos en un argumento que por sí sólo ya basta para basar legalmente la solución adoptada, lleguen a formar mayoría (art. 168 de la Constitución de la Provincia)." (causa P.119.523, sent. del 4/6/2014).

P-123555-1

Por lo expuesto, y visto el criterio definido por esa Corte Provincial sobre la temática aquí traída, la adhesión resulta válida cuando existe en el caso dos votos que presenten una sustancial coincidencia. Incluso, se pueden sumar nuevos argumentos el adherente, pero los mismos deben arribar a la misma solución sin que sean contradictorios. Sobre este último punto, es lo que se debe decidirse en las presentes actuaciones.

Como ya se dijo, el Dr. Ordoqui sostuvo que los agravios resultan inviables, pues *"la fundamentación del veredicto condenatorio observa acabadamente las exigencias legales, habiéndose expresado de manera lógica y racional las premisas del hecho y derecho que fundan la conclusión jurisdiccional. El recurrente sólo ha demostrado una discrepancia con la dirección de la valoración probatoria"* (fs. 50). Ello, en clara referencia al primer agravio allí llevado.

Hasta allí llegó la revisión del Juez Ordoqui, dado que luego fijó su postura sobre los límites del recurso interpuesto por el particular damnificado (fs. 50/55), los que ya se han transcriptos.

En cuanto al segundo agravio, indicó que *"no se advierte la alegada omisión de respuesta jurisdiccional a los planteos del particular damnificado. En ese sentido, las alegaciones finales del juicio introducidas por esa parte (cuya copia obra a fs. 6vta/7) y las relativas a la materialidad ilícita y la autoría de la acusada fueron respondidas en el tratamiento de las cuestiones primera y segunda del veredicto. Las bases fácticas*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

consideradas por el a quo para fundar la duda razonable que justificó su conclusión por la ausencia de delito importan el rechazo de los planteos del recurrente" (fs. 55/55vta).

Tales expresiones, ya sobre el fondo de la cuestión, son coincidentes con lo manifestado por el Dr. Celesia a fs. 63vta/64.

Por su parte, y como también ya se ha reseñado, el Dr. Celesia, adhirió al límite de revisión para el acusador (sea Fiscal o particular damnificado) expuesto por el Dr. Ordoqui, con la salvedad de la posible afectación al principio "*ne bis in idem*"; a lo que seguidamente se avocó a la procedencia del mismo.

Sintetizando todo lo dicho, los Dres. Ordoqui y Celesia, coinciden en que el recurso del particular damnificado es limitado, y sin las características que le corresponde al imputado (amplio e integral). En tanto, los límites fijados por los magistrados en cuanto al recurso de casación interpuesto por la parte acusadora, son iguales:

-Dr. Ordoqui dijo "*en mi modo de ver el alcance del recurso fiscal y del particular damnificado debe circunscribirse a la lesión de normas (incorrecta aplicación del derecho sustantivo o incumplimiento de las reglas de derecho adjetivo), entendiendo tal limitación formal en función del recurso como la reprobación de esa lesión de normas"* (fs. 51/51vta). El subrayado me pertenece.

-Dr. Celesia dijo "*el tratamiento del recurso*

interpuesto por el acusador debe ceñirse a verificar si la ley ha sido bien o mal aplicada -cuando se denuncie violación a la ley sustantiva- o si en la construcción del fallo se ha respetado la ley procesal en el caso de que lo denunciado sea la violación a las formas esenciales del procedimiento o de la resolución, verificando si existe una exposición razonada de los fundamentos que le dan sustento a la conclusión" (fs. 63/63vta). El subrayado me pertenece.

Entonces, para ambos Magistrados, el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal o el particular damnificado, sólo abarca aquellos agravios sobre una "errónea aplicación de la ley sustantiva", o "incumplimiento de las reglas del derecho adjetivo" (Ordoqui), o lo que es lo mismo "violación a las formas esenciales del procedimiento" (Dr. Celesia) -conf. art. 448 inc. I del CPP-.

Previo a delinear tales causales, el Dr. Celesia dijo que el recurso del acusador no es posible revisarlo conforme a una "nueva valoración de la fuerza convictiva que se le ha asignado al material probatorio", por lo que afirmó que sólo corresponde abocarse "*al control del cumplimiento del desarrollo estricto de las razones que llevaron a la convicción declarada y su lógica*", lo que no es otra cosa que "deficiencia o falta de fundamentos", propio ello de la doctrina del absurdo o arbitrariedad.

Tal consideración, resulta conforme a la doctrina emanada por esa Suprema Corte de Justicia en la materia (absurdo fáctico: *es el error grave y manifiesto que quebranta las reglas que la gobiernan, y lleva al*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias. Este vicio se patentiza, entonces, cuando se vislumbre un desvío notorio de la aplicación del raciocinio o una grosera degeneración interpretativa -conf. P.92.582).

Esta causal, está incluida en el "incumplimiento de las reglas del derecho adjetivo", pues se deriva del art. 210 del CPP, por lo que en definitiva, los votos son coincidente en sus fundamentos, y ello merece el rechazo del recurso impetrado.

Sólo agregaré, en lo tocante al argumento del principio del *ne bis in idem* -arts. 8.4 de la CADH y 14.5 del PIDCyP-, que el Dr. Ordoqui conectó aquel límite recursivo con el mentado principio, dado que el carácter "amplio" del recurso a favor del acusador (público o privado), cuando existe un veredicto absolutorio, podría llevar a "una diferente valoración probatoria" lo que importaría, "a fuerza del consecuente reenvío para celebrar el juicio, someter por segunda vez al imputado a riesgo de condena" (fs. 52).

En tanto, sostiene el segundo votante, que la afectación al principio del *ne bis in idem* no implica incompatibilidad con el derecho al recurso del acusador, pues aquel principio sólo "prohíbe que el condenado o absuelto por sentencia firme sea sometido a nuevo juicio por los mismo hechos, prohibición que no se viola cuando se pretende la revisión de un pronunciamiento no firme a través de una vía recursiva que no configura un nuevo enjuicimiento" (fs. 56vta).

Tal expresión "no contradice lo sustancial" del primer votante, pues en definitiva, ambos fundamentan -ya que hubo adhesión sobre el primer tramo del Dr. Celesia- el carácter "limitado" del recurso del particular damnificado, pues la amplitud del recurso, es una "prerrogativa exclusiva en cabeza del imputado" (conf. arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCyP), y ello resulta suficiente para arribar a la mayoría de fundamentos que exige toda sentencia judicial.

En efecto, los argumentos emitidos por los magistrados del a quo son coincidente, sólo que discreparon sobre los alcances de aquel principio, que cabe aclarar, y según ambos jueces, ni siquiera está en juego en las presentes actuaciones.

Por todo lo expuesto, considero que el recurso extraordinario de nulidad debe ser rechazado.

Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En primer lugar, la requerida inconstitucionalidad del art. 494 del CPP, viene desguarnecida de fundamentación (v. fs. 95vta), y es sabido que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes sólo tiene cabida como *ultima ratio* del orden jurídico, de allí que para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraria la Constitución causándole de ese modo un agravio. Así, para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las probanzas de la causa (S.C.B.A



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

conf. Ac. 50.900, sent. del 15/11/1994; Ac. 60.887, sent. del 24/3/1998; L. 72.583, sent. del 5/4/2000; L. 74.805, sent. del 21/3/2001; L. 77.503, sent. del 25/9/2002; I. 2027, sent. del 27/12/2000), extremos que, por lo antes expuesto, estimo no concurren en el caso.

Por otra parte, la violación a los arts. 7 y 10 de la DUDH, 8 de la CADH, 10, 11 y 15 de la Constitución provincial, y la doctrina emanada de esta Suprema Corte, en tanto discute el alcance que debe asignársele al recurso de casación interpuesto por esa parte, debe ser rechazado.

Esta Procuración General ya se ha manifestado en el dictamen de la causa P.114.358, de fecha 15/11/2016, en el sentido contrario al planteo que trae el recurrente.

En primer lugar, el art. 8.1 de la CADH establece que "Toda persona tiene derecho a ser oída..", y el 25.1 "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Por su parte, el art. 2.3.a del PIDCyP establece que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...".

La Corte IDH ha establecido que "de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar

P-123555-1

recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables" (caso "Gutiérrez y Familia vs. Argentina, sent. del 25/11/2013, consid. 97).

También ha señalado ese órgano internacional que el "artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes", de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales" (caso "De los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", 19/11/99, párr. 237).

Finalmente, la Corte IDH ha definido al recurso "eficaz" como aquel que "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido" (caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras", sent. del 29/7/1988, párr.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

66), cuestión íntimamente vinculada con que sean adecuados, lo que significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno "sea idónea para proteger la situación jurídica infringida" (caso cit. párr. 64).

En cambio, cuando a la Corte IDH le tocó abordar la interpretación del art. 8.2.h de la CADH indicó que aquel "se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. *Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia*

del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria" (caso "Mohamed Vs. Argentina", sent. del 23/11/2012, párr. 99). Criterio coincidente con el pronunciamiento "Casal" de la CSJN.

Como se observa, hasta ahora, existe en el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos una tendencia a caracterizar el recurso a favor de la víctima (o sus representantes) como "rápido, sencillo y eficaz", con los alcances antes fijados. En cambio, y al igual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando el recurso lo es a favor del imputado, nace otra característica, cual debe ser "amplio", circunstancia que no ha sido extendida a la víctima, por lo que se puede afirmar que la revisión "amplia" del fallo, corresponde exclusivamente para el imputado.

Lo dicho, no implica que la víctima no pueda cuestionar aspectos fácticos o probatorios de una sentencia, sino que, cuando así lo haga, carecerá del carácter "amplio" (ver consids. 28 a 32 del fallo "Casal" de la CSJN). En definitiva, a la parte recurrente, le queda expédita la vía de cuestionar la valoración de la prueba bajo la doctrina de la arbitrariedad o absurdo.

También, los recurrentes citan el art. 8.2.h de la CADH (fs. 97vta), el que no resulta procedente, por dirigirse tal postulado para el inculpado. Con igual temperamento se resolvió en el precedente de esa Suprema Corte de Justicia (causa P.118.280, sent. del 26/3/2015).

Por último, los impugnantes no demuestran porqué



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123555-1

las normas citadas se encuentran violadas en las presentes actuaciones, dado que en autos existió "revisión" a favor de esa parte. Por todo ello, este tramo también debe ser rechazado.

En cuanto a la denuncia de fs. 97vta y ss., los cuestionamientos que traen los recurrente son una reedición a los llevados a la instancia casatoria (v. fs. 18vta/25vta), tal como ahora se observan a fs. 97vta/107vta, sin que haya rebatido adecuadamente los argumentos *ut supra* señalados por el a quo, técnica recursiva insuficiente para demostrar la existencia de absurdo o arbitrariedad.

Y además, esa Corte sostuvo en reiteradas oportunidades que "*el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado*" (conf. sentencia P 111.869 del 29/5/2013, y muchas otras), circunstancias que claramente no se observa en la presente causa.

V. Por lo expuesto, aconsejo a esa Suprema Corte de Justicia rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y nulidad interpuestos por el particular damnificado.

Tal es mi dictamen

La Plata, 1 de febrero de 2017.

JUAN ANGELO DE OLIVEIRA
Sub Procurador General
Suprema Corte de Justicia

