



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

Registro

nro.

Año 2020

En la ciudad de La Plata, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan, Carlos Ángel Natiello y Fernando Luis María Mancini, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 95.425 de este Tribunal, caratulada: "**FARIAS, Matías Gabriel y OFFIDANI Juan Pablo s/recurso de Casación interpuesto por Fiscal General; FARIAS, Matías Gabriel, MACIEL, Alejandro Alberto y OFFIDANI Juan Pablo s/recurso de Casación interpuesto por Particular Damnificado; FARIAS, Matías Gabriel y OFFIDANI, Juan Pablo s/recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **NATIELLO - KOHAN - MANCINI**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I.- El Tribunal Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, resolvió con fecha 26 de noviembre de 2018 en causa N°4974 de su registro, condenar a Matías Gabriel Farías a la pena de ocho años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, accesorias legales y costas por resultar coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en inmediaciones de un establecimiento educativo **-Hecho N°1-**; y absolver libremente al nombrado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar la muerte de la persona ofendida y favorecido por el suministro de estupefacientes en concurso ideal con femicidio **-Hecho N°2-**; condenó a Juan Pablo Offidani a la pena de 8 años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, accesorias legales y costas por resultar coautor penalmente responsable del delito de tenencia de

estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en inmediaciones de un establecimiento educativo **-Hecho N°1-**; y absolver libremente al nombrado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal favorecido por el suministro de estupefacientes **-Hecho N°2-**; y absolver libremente a Alejandro Alberto Maciel en orden al delito de encubrimiento agravado por la gravedad del hecho **-Hecho N°3-**.

II. Contra dicha sentencia interpusieron recurso de Casación el señor Fiscal General de Cámaras y el señor Agente Fiscal Departamental, doctores Fabián Uriel Fernández Garello y Daniel Eduardo Vicente; los señores Particulares Damnificados G E P , M S M y M P M con el patrocinio letrado del doctor Gustavo Adolfo Marceillac, respecto de las absoluciones de Matías Farías y Juan Pablo Offidani en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar la muerte de la persona ofendida y favorecido por el suministro de estupefacientes en concurso ideal con femicidio; y de Alejandro Alberto Maciel en orden al delito de encubrimiento agravado; y la señora Defensora Oficial Departamental, doctora María Laura Solari en favor de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani.

a. La señora Defensora Oficial, en primer lugar, sostiene que la sentencia recurrida se ha basado en pruebas de carácter nulo de nulidad absoluta, en tanto afectaron garantías de orden constitucional (artículos 201, 202, 203, 207, 211; 106, 210 y 373 del C.P.P.) **-Hecho N°1-**.

Considera que no existían motivos suficientes para habilitar el proceder policial que terminó con la requisa del automotor y el posterior allanamiento de la vivienda de Farías.

En segundo lugar, denuncia violación y la errónea aplicación de los arts. 1, 106, 210, 371, 373 y cc. del C.P.P.; 5 inc. c) de la ley 23.737; 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., en razón a la absurda valoración de la prueba tenida en cuenta por el sentenciante a la hora de tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría de sus defendidos **-Hecho N° 1-**.

Para ello, cuestiona las testimoniales de los efectivos policiales que participaron de los procedimientos de requisita y allanamiento, como así también la declaración de B M . Entiende que no existe un solo elemento de prueba de cargo en contra de su defendido.

Por otro lado, se agravia por la falta de prueba con respecto a la ultraintencionalidad exigida en el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Por tal motivo, considera que el Tribunal ha desconocido el principio "in dubio pro reo", que obliga a no declarar el hecho como probado y calificar la conducta como simple tenencia.

Considera que no existe prueba suficiente que permita acreditar que los eventos investigados hayan sido cometidos en perjuicio de menores de edad, como así tampoco en cercanías de un establecimiento escolar. Solicita que ambas agravantes del tipo sean descartadas.

Finalmente, denuncia la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

a). Peticiona se tenga en cuenta como diminuyente de la sanción -para ambos encartados- la carencia de antecedentes; y solamente para Matías Farías, se considere su compleja historia de vida –conforme la pericia socioambiental- y su juventud al momento del hecho; y para el caso de Juan Pablo Offidani se considere su adicción a los estupefacientes.

b). Se descarten las circunstancias agravantes de la punición tales como el empleo del medio de transporte; la cantidad y calidad del material enervante y la pluralidad de intervinientes.

Peticiona casación y hace reserva del caso federal (artículo 14 ley 48).

b. En primer lugar, los representantes del Ministerio Público Fiscal denuncian inobservancia de los artículos 106, 209, 210 y 373 del C.P.P..

Entienden que el Tribunal Criminal N°1 de Mar del Plata adoptó en el decisorio puesto en crisis **-Hecho N°2-** una incorrecta apreciación del material probatorio. Manifiestan que el mismo resulta contradictorio y arbitrario.

Consideran que la sentencia recurrida incurre reiteradamente en un defecto de razonamiento -falacia de atinencia- por la utilización de argumentos ad hominem, que se concretan a través de valoraciones permanentes que los sentenciantes realizaron respecto de la vida personal de la víctima L P para desestimar el abuso sexual (por ej.: porque tenía una personalidad distante a ser sumisa, una personalidad fuerte, pertenencia a un hogar en el que se le proveía afecto, vivienda, salud, dinero para sus gastos, su vida sexual personal en orden a que elegía a sus compañeros de afecto, etc.).

Señalan que el Tribunal también yerra en el análisis de la vulnerabilidad de la víctima al fragmentar cada dato obtenido, generando de esa forma un velo que impidió observar las diversas probanzas producidas en el juicio que llevaban a sostener la culpabilidad de los aquí encartados.

Asimismo, refieren que los sentenciantes no consideraron debidamente las distintas dimensiones respecto de la vulnerabilidad de la víctima, tales como su condición de mujer, la adolescencia, la adicción a los estupefacientes, la capacidad de decisión y relación de desigualdad entre ella y los aquí imputados.

Sostienen que el “a quo” también ha ignorado el vicio de voluntad existente en la víctima como consecuencia de su adicción a las drogas.

Su embate gira en torno a la relación de desigualdad de poder que vinculaba a L con Farías, entendiendo que la joven estuvo inmersa en un escenario de violencia de género (femicidio).

También, hacen referencia a “las encontradas” posiciones que exhibieran los peritos oficiales a lo largo de la carpeta preparatoria -en la I.P.P. pertinente-, refiriendo que, en el caso de alguno de ellos, sus improvisaciones y contramarchas pudieron haber sido subsanadas y verificadas, y no lo fueron, en el transcurso del debate oral.

Peticionan casación. Hacen reserva del caso federal (artículo 14 ley 48).

c. A su vez, los señores Particulares Damnificados, denuncian como absurda y arbitraria la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de origen, en franca violación a los artículos 106, 210 y 373 del C.P.P. **–Hechos 2 y 3–**.

Fundamentan la arbitrariedad, respecto del **hecho N°2**, al considerar que el Tribunal debió decidir respecto de las circunstancias comprobadas en la causa, de forma armónica e integral –lo que a su entender permitirían tener por comprobado el abuso sexual- y no en base a generalizaciones, estereotipos o preconceptos.

Cuestionan que el Tribunal haya negado la vulnerabilidad de la menor, la que conforme su parecer, resultó notoria (citan nutrida jurisprudencia en su apoyo).

También, objetan los juicios de valor efectuados por los sentenciantes sobre la víctima acerca de su manera de relacionarse en su vida íntima y su personalidad, llegando de esa manera arbitraria a negar la posibilidad de que L P pudiera ser sometida sexualmente en contra de su voluntad.

Asimismo, manifiestan que les resultó llamativo que el Tribunal haya destacado haber arribado a la absolución de los imputados, no por aplicación del principio in dubio pro reo al invocar duda insuperable sobre la existencia o no del consentimiento de la víctima L P , sino por tener la certeza negativa sobre la concurrencia del mismo.

Peticionan casación.

Respecto al **Hecho N°3** alegan la absurda valoración probatoria tenida en cuenta por el “a quo” para absolver libremente a Alejandro Alberto Maciel en orden al delito de encubrimiento agravado (artículos 106, 210 y 373 del C.P.P..).

Expresan que de los elementos probatorios que surgen de la causa, L P se encontraba desnuda al momento de producirse su muerte, y que Maciel ayudó a vestirla, higienizarla y borrar rastros del delito cometido, para que luego Farías y Offidani la llevaran hasta la sala sanitaria.

Solicita se revoque la absolución.

III. Concedidos los pertinentes recursos por el “a quo”, las partes fueron notificadas de la radicación de la causa por ante esta Sala.

IV. Con fecha 28 de noviembre de 2019, este Tribunal resolvió habilitar en las presentes actuaciones en carácter de Amicus Curiae del Tribunal a las siguientes personas y Organismos: al Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Guido Martín Lorenzino Matta, con patrocinio de los letrados Luis Alberto Morales y Gabriel Raúl Tubio; al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), representado por su Presidente Alberto Binder, y su Vicepresidente Alfredo Pérez Galimberti, con patrocinio del letrado Gerónimo Martín Erdmann McDonald; a las integrantes del Programa Género y Sexualidades de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Dras. Julieta Espósito y Patricia Calvi; a la Sra. Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres, del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, Dra. María Fabiana Tuñez, teniéndose por autorizada para tomar vista de las actuaciones a la Dra. Nicole Neiman y el Dr. Pablo Andrés Fiscarelli; a los Diputados Nacionales Dra. Graciela Camaño, Dña. Cecilia Moreau y Dr. Raúl Joaquín Pérez; a la Secretaría de Género de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, representada por la Sra. Secretaria de Género Dra. Flavia Delmas, con patrocinio de la letrada Silvana Perugini; al Sr. Director del Servicio Permanente de Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Dr. Juan Carlos Wlasic; a las Presidentas de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), María Elena Naddeo, Norma Elba Ríos y Gisela E. Cardozo, en cuanto adhieren a la presentación del Servicio Permanente de Amicus Curiae de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata; y a la Sra. Diputada de la Provincia de Buenos Aires, Dña. Florencia Saintout, en cuanto adhiere a la presentación de la Secretaría de Género de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la

Universidad Nacional de La Plata, teniéndose por autorizados por su parte a la Dra. Carolina Correge y el Dr. Tadeo Sánchez

V. A fs. 1071/1072 se presentan los señores Particulares Damnificados designando como nueva letrada patrocinante a la doctora María Florencia Piermarini.

VI. Con fecha 5 de marzo de 2020, se realizó la audiencia prevista en el art. 456 del C.P.P. para el informe oral, encontrándose presentes el Sr. Fiscal de Casación, Dr. Carlos Altuve; el Sr. Defensor Adjunto de Casación, Dr. Nicolás Agustín Blanco; las Sras. Defensoras Oficiales del Departamento Judicial Mar del Plata, Dras. María Laura Solari, Cecilia Margarita Boeri –Defensora General del Departamento Judicial Mar del Plata- y la Dra. Cecilia Basciano; la Representante Legal de los Sres. Particulares Damnificados, Dra. María Florencia Piermarini (T° XIX, F° 279 CALZ) y su asistente Dra. Verónica Heredia (Cédula T° 116, F° 943 CPACF); los Sres. Particulares Damnificados, Sr. G E P (DNI), Sra. M S P M (DNI) y, los Amicus Curiae que se detallan a continuación: en representación del Dr. Guido Martín Lorenzino Matta Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, asiste el Sr. José Enrique Echeverría (DNI 14.349.789); en representación del Dr. Gabriel Raúl Tubio, la Sra. María Cecilia Rodríguez (DNI 30.035.128); en representación del Dr. Binder Alberto Martín, Presidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales concurre la Sra. Lucía Inés Coppá (DNI 34.311.203); Gerónimo Martin Erdmann Mc Donald (DNI 30.460.748; cédula Tomo 64, Folio 232) Patrocinante legal del INECIP; en representación del Sr. Pablo Andrés Fiscarelli (DNI 29.280.503) Instit. Nac. del Ministerio de la Mujer de la Nación, la Sra. Laureana Malacalza, (DNI 22.216.948) Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad Nacional; Flavia Delmas (DNI 21.026.001) Secretaria de Género Fac. Periodismo y Comunicación Social de la Univ. Nac. de La Plata; Silvina Perugino (DNI 24.185.597) Letrada Patrocinante de la Secretaria de Género Fac. Periodismo y Comunicación Social de la Univ. Nacional. de La Plata; la Sra.

Sofía Elena Caravelos (DNI 22.375.196) del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Subsecretaria de Política Criminal; como asimismo los encartados de autos: **MATÍAS GABRIEL FARIAS SANTILLAN y JUAN PABLO OFFIDANI PANASCI**; dejándose constancia respecto a la grabación de la presente mediante el sistema de audio "audiograbber" lo que se pone en conocimiento a las partes y, cuyo CD se encuentra rotulado de la siguiente manera: **"Nro. de causa 95425 caratulada "Farias y otros s/Recurso de Casación"**.

Los Amicus Curiae, Dra. Laureana Malacalza en representación del Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad Nacional; la Dra. Flavia Delmas, Subsecretaria de Políticas contra las violencias por razones de género y Silvina Perugino, Directora Provincial de Situaciones de Alto Riesgo y Casos Críticos -ambas funcionarias del Ministerio de las Mujeres de la Provincia de Buenos Aires-; y la señora Sofía Elena Caravelos, Subsecretaria de Política Criminal del Ministerio de Justicia Provincial; presentan los fundamentos por escrito.

VII. Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Resultan admisibles los recursos de casación interpuestos?

2da.) En su caso: ¿es procedente el recurso interpuesto por la Defensa?

3ra.) En su caso: ¿es procedente el recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal y por los particulares damnificados respecto del hecho 2?

4ta.) En su caso: ¿es procedente el recurso interpuesto por los particulares damnificados respecto del hecho 3?

5ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Entiendo que los recursos interpuestos resultan admisibles pues además de habérselos deducido en tiempo y forma, se dirigen a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter genera tanto a los imputados como al Ministerio Público Fiscal y a los particulares damnificados, agravios de necesaria reparación (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 452, 453, 454 inc. 1º y ccctes. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión el señor Juez, doctor Mancini, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I. Por una cuestión metodológica, y conforme las cuestiones planteadas, comenzaré con el tratamiento del recurso interpuesto por la Defensa en torno al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en las inmediaciones de un establecimiento educativo y por el que fueran condenados como coautores Matías Farías y Juan Offidani.

II. Una de las controversias de la defensa traída a esta Sede en el presente recurso se centra en el actuar policial, por lo que la recurrente peticiona se declare la nulidad de lo actuado.

Considero que la nulidad reclamada no puede prosperar.

El reclamo del Quejoso es producto de la reedición del planteo propuesto ante el Tribunal del que tuvo respuestas en dicha sede en orden al rechazo –v. cuestión previa del veredicto-.

Por otro lado, debo decir con relación al reclamo traído a este Tribunal, que la función primordial que tiene la Policía de la Provincia de Buenos Aires es la **preventiva**; adunando a ello que, la reforma introducida a los Reglamentos de la fuerza de seguridad mencionada, que operó en el año 2006 a través de la Ley 13.482 ratifica esa función tutelar, no encontrando en el obrar de los miembros de la fuerza pública error ni avasallamiento alguno a los derechos de sus defendidos.

Mi postura al respecto es que la función esencial de toda fuerza policial es, según las leyes orgánicas o disciplinantes de su personal, prevenir el delito, o sea actuar antes que el mismo se produzca. En el ámbito bonaerense, una serie no interrumpida de leyes determina concretamente ese quehacer. Así, principiando por el último eslabón de la cadena, corresponde destacar que la ley 13.202 estatuye en su art. 2 que *“la Policía de la Provincia de Buenos Aires 2, al igual que el resto de las policías existentes, integra el sistema provincial de seguridad pública, con el fin de intervenir en forma preventiva ... en protección de los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, en el territorio de su jurisdicción”*. A su vez, el art. 4 señala que actuará, de oficio o a requerimiento *“en la prevención del delito”*. Poco antes, la ley 13.080, al fijar la actuación de fuerzas de seguridad nacionales que sean llamadas mientras dure el *“estado de crisis de la seguridad pública”*, subraya que ellas intervendrán en *“acciones de control para la prevención y represión del delito”*. Más atrás en el tiempo, la ley 12.968, modificatoria de la ley 9550, establece como prerrogativa del agente policial utilizar *“en cualquier lugar y*

momento, inclusive franco de servicio y cuando optare por portar el arma reglamentaria provista por la institución, el procedimiento policial correspondiente para prevenir el delito, interrumpir su ejecución o reprimir a sus autores, cómplices o encubridores” (art. 14, apartado I, inc. “d”). Esto es, a su vez, recalcado con insistencia en cuanto a la función preventiva, por los arts. 3 y 5 de la ley 9551 y, por último, por la ley 9550, cuyos dispositivos en concernencia expresan que:

“ARTICULO 11º.- A los fines específicos de la presente Ley, se denomina función de seguridad a la potestad y el deber que tiene el personal policial del Agrupamiento Comando, de proceder a la prevención y represión de delitos y contravenciones, como así de proveer al mantenimiento del orden público en general.

ARTICULO 118º.- A los efectos legales se entenderá por "acto de servicio" a todo aquél resultante (de)... prevenir y reprimir los delitos y las contravenciones, como así el enfrentamiento armado con delincuentes.”

Lo expuesto, no es otra cosa que una parte de un fondo común legislativo que es compartido por todas las leyes concernientes a la función policial, tanto a nivel nacional (a manera de muestra: ley 21.965, art. 9; ley 18.398, art. 5), como provincial (vgr.: Córdoba, ley 9235, art. 3, 7, 8, 9, etc.) e, incluso, internacional (por ejemplo: Convenio para la cooperación entre la Gendarmería Nacional y la Policía Nacional del Paraguay del 28/11/95, aprobado por ley 24.969).

Corresponde también hacer mención a lo normado en el art. 294 inc. 5) del C.P.P., el que establece: *“Los funcionarios de policía tendrán las siguientes atribuciones:*

5. Disponer los allanamientos del art. 222 y las requisas urgentes, con arreglo del art. 225, con inmediato aviso al juez o tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal.

Cuando se trate de un operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos, podrán proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en

su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilicen, procediendo a secuestros en los casos sumamente graves o urgentes o cuando peligre el orden público, de todo aquello que constituya elemento del delito o instrumento de un delito o sea producto de él, con la observancia de lo establecido en el título VII, capítulo IV de este código bastando inmediata comunicación al Ministerio Público Fiscal y al Juez de Garantías.

En cualquier circunstancia podrá requisar el transporte de cargas y/o el transporte público de pasajeros, cumplimentando lo dispuesto en el párrafo primero in fine del presente inciso.”

Surge de las presentes actuaciones que a los imputados se lo interceptan en el marco de un operativo policial válido –ya habían sido libradas las órdenes de detención y allanamiento- mientras circulaban en automóvil por la vía pública, y con una mercancía que posteriormente se comprobó que se trataba de cocaína y marihuana.

Los preventores policiales señalaron en forma conteste que del automóvil en el cual se desplazaban -propiedad de Juan Pablo Offidani- emanaba el característico olor a cannabis –marihuana- y que en el asiento trasero había una mochila de color negro.

Señalaron que luego del cacheo preventivo y con posterioridad a hacer efectiva la orden de detención que pesaba sobre los mismos –todo en presencia de un testigo de actuación-, llevaron el vehículo hasta la dependencia policial donde se le colocaron las respectivas fajas de seguridad en las aberturas.

Los funcionarios dejaron en claro que solo procedieron a la requisa personal de Offidani y de Farías, todo ello en presencia de un testigo de actuación, no así del automóvil en el cual se desplazaban.

También que los estupefacientes no fueron secuestrados en oportunidad de la detención de Farías y Offidani, sino en la diligencia efectuada con posterioridad.

El procedimiento continuó dentro del marco legal, incluso el allanamiento es consecuencia de una orden judicial debidamente librada, por lo tanto, este agravio merece su rechazo.

No encuentro en el actuar de las fuerzas de seguridad violentada garantía constitucional alguna, desde que los agentes del orden en un operativo válido encuadrado en los términos del art. 294 inc. 5 del C.P.P., donde el vehículo en el que se desplazaban los aquí encartados había sido reconocido por los efectivos policiales como de propiedad de Offidani, viene a avalar el accionar de las fuerzas del orden.

No obstante ello, entiendo que el régimen de nulidades es de una excepcionalidad tal que resulta inapropiada su indiscriminada aplicación, la cual está vedada por la propia ley ritual que la reserva para aquellos casos de extrema gravedad que resultan irreparables en subsiguientes instancias.

Así lo ha señalado permanentemente la jurisprudencia, que –a modo de cita- ha dicho que *“Para la declaración de nulidad debe existir un interés jurídico. De lo contrario el excesivo formalismo sólo en intereses de la ley, conspira contra la pronta decisión de la causa, cuestión ésta en la que está interesado también el orden público. El interés jurídico consiste en la demostración del perjuicio sufrido...Ese interés debe resultar un fin práctico pues la nulidad no puede ser declarada para satisfacer un interés técnico o personal. No cabe considerar el planteo cuando, como en el caso, el solicitante no expresó...en qué formas fueron afectados sus derechos por el acto presuntamente defectuoso.”* (Cám. Fed. La Plata, Sala III, J.P.B.A., T° 102, pág. 161, Fallo: 313).

A lo detallado anteriormente debe reafirmarse el carácter excepcional que posee la sanción de nulidad a la que acude el presentante, recurriendo la ley a ella por razones de orden público y legalidad intrínseca del proceso, pero no debe -en una concepción moderna del instituto- constituirse en un recurso ordinario de las partes, por cuanto la validez debe preponderar puesto que las nulidades son remedios de excepción. En ese sentido dable es destacar que una de las exigencias fundamentales para que proceda la

declaración de nulidad de un acto procesal es la **existencia de un perjuicio real y concreto**. La declaración de la nulidad es improcedente si quien la solicita no demuestra la existencia tanto de un interés personal cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular, habida cuenta que la respectiva resolución invalidatoria debe responder a un fin práctico ("pas de nullit, sans griet"), pues resulta inconciliable con la índole y función del proceso la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico.

Es que, como ya dijera, el sistema de nulidades en nuestro ordenamiento procesal prevé especialmente restricciones para la procedencia de tal declaración.

Dichas restricciones son establecidas "*ab initio*" por el denominado "*principio de especificidad o legalidad*" el cual está establecido en el art. 201 del C.P.P. que señala que solamente podrán ser declarados nulos aquellos actos que la ley específicamente establezca que puedan ser así sancionados.

Tanto en el campo de la jurisprudencia como en el de la política legislativa, las nulidades procesales se encaminan hacia un ámbito más restrictivo en el que se persigue, como regla general, la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en la medida que su mantención incólume no conlleve la violación de normas constitucionales o cuando así se establezca expresamente. Ello así, por cuanto las nulidades son remedios de excepción que ceden frente al "**principio de conservación**", fundado axiológicamente en la seguridad y la firmeza, de encumbrada significación en la labor jurisdiccional (conf. C. F. S. M., Sala I, c. n° 822 "Amaya, Enrique Luis s/nulidad", reg. n° 109 del 5/8/93).

En definitiva, no advirtiéndose la existencia de causales ciertas de invalidación que imponga en el caso la apertura de esta instancia, considero que procede –como se adelantara– su rechazo.

III. Continuando con el análisis del recurso deducido, considero que el agravio sustentado por el recurrente, quien denuncia la errónea valoración

de la prueba efectuada por el Tribunal de mérito, tendiente a cuestionar la existencia material del delito contra la salud pública por la que Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani vienen condenados, no puede tener acogida favorable.

IV. Antes de abordar pormenorizadamente el tratamiento del agravio introducido en el recurso, es dable destacar que los argumentos esgrimidos por la impugnante ante esta instancia, también resultan ser una reedición cuasi literal de aquellos que fueran deducidos en el devenir del juicio y que fueran rechazados fundadamente por el sentenciante, sin que la defensa se haga cargo de las conclusiones vertidas en esa oportunidad, ni aportando nuevas consideraciones tendientes a rebatir dicho pronunciamiento.

El segundo párrafo del art. 371 del C.P.P. prevé una motivación exhaustiva de las cuestiones de hecho planteadas y de la valoración de los medios de prueba que funden las afirmaciones fácticas realizadas en la sentencia, exigiendo del mismo modo, que exprese las razones del porque no se atiende a ciertas pruebas dirimentes presentadas en el juicio, en consecuencia el sentenciante, debe responder con basamento jurídico, a los planteamientos efectuados por las partes.

Es decir, que nuestro ritual exige el dictado de una sentencia que, en lo pertinente, debe observar las disposiciones de los artículos 371 y subsiguientes del Ritual, y resolver sobre los extremos de hecho en la forma establecida en los artículos 106, 210 y 373 del C.P.P.-

Dentro de este marco, corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso

“Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, ello dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces, y dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Por lo dicho es que estimo que el recurso resulta insuficiente, puesto que se dirige a conmover los hechos fijados por el “a quo” sin la demostración de arbitrariedad, ni de la denunciada violación a las normas procesales invocadas, única vía para que este Tribunal pueda ingresar al conocimiento de cuestiones que, como las traídas, resultan privativas de los jueces de mérito.

V. De los elementos probatorios reunidos en autos, el sentenciante ha tenido legalmente acreditado que: *“el día 9 de octubre de 2016, siendo aproximadamente las 18:30 hs., en la zona de Diagonal Central y calle 24 del barrio Alfar de esta ciudad, Juan Pablo Offidani y Matías Gabriel Farías, en el interior de la camioneta Fiat Adventure, con dominio colocada KGB-789*

de propiedad del primero de los nombrados, tenían ilegítimamente bajo su exclusiva esfera de custodia y con fines de comercialización a terceros, incluyendo menores de edad, y también en inmediaciones de establecimientos educativos, la cantidad de 33,9940 gramos de una sustancia compuesta por clorhidrato de cocaína al 92% de pureza y 210 gramos de marihuana distribuida en 9 envoltorios, todo lo que fue constatado al materializarse la orden de requisita y secuestro expedida por el titular del Juzgado de garantías N°5 en la IPP 207776/16 en fecha 10 de octubre de 2016”.

VI. A fin de probar los extremos mencionados y la autoría penalmente responsable de los aquí imputados, el Tribunal realizó un pormenorizado análisis de las distintas piezas probatorias reunidas en la I.P.P., que lo llevó a no dudar de colocar ese extremo en cabeza de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani, no evidenciándose vicios lógicos que logren conmovir la conclusión a la que llegó. Además, no se verifica en dicha operación la presencia de vicio o defecto alguno que importe una vulneración a las reglas contenidas en los artículos 1, 210 y 373 del ordenamiento ritual.

Para ello formó convicción especialmente con los testimonios de los funcionarios policiales vertidos en el debate que participaron de la aprehensión de los encartados.

Pablo Luis Bocca señaló al respecto que luego de ser informado que estaban libradas las órdenes de detención y allanamiento en contra de Farías y Offidani, y mientras estaban circulando y patrullando la zona junto a su compañero Kevin Chiolo, lograron reconocer el automóvil propiedad de Offidani –el mismo con el que se le había visto el día anterior cuando concurrió a la comisaría- por lo que procedieron a interceptarlo.

Señaló que la persona que estaba al volante era efectivamente Juan Pablo Offidani, mientras que su compañero era Matías Gabriel Farías. Indicó que se les efectuó el cacheo correspondiente, haciendo hincapié que del vehículo emanaba un fuerte olor a marihuana, y que en el asiento trasero

había una mochila de color negra con vivos amarillos y verdes.

En igual sentido se manifestó Kevin Chiolo, compañero de Bocca, quien coincidió con su colega al señalar la manera en que fueron apresados los aquí imputados y del olor nauseabundo a cannabis –marihuana- que salía de la camioneta, como así también que había una mochila de color negra en la parte trasera del vehículo. Agregó que se le solicitó a una persona que se desplazaba en bicicleta para que oficiara como testigo de actuación y que una vez cumplido con el trámite de rigor, llevaron el vehículo hasta la dependencia policial donde se le colocaron las fajas respectivas.

Expresó que también participó del allanamiento realizado en el domicilio de Offidani, en el cual se secuestraron “pedacitos de nylon”, como recortes de bolsas chicas, entre otras cosas.

Por su parte, el efectivo policial Sebastián Colombo manifestó que estuvo en el momento de la detención de los aquí enjuiciados, confirmando que del interior del automóvil emanaba un fuerte olor a marihuana, agregando que en el asiento trasero observó una mochila negra con el escudo del Club Aldosivi.

A su turno, Yamila Trussi, también efectivo policial, indicó que una vez verificada la orden de requisa, esperó la llegada de los peritos solicitando la presencia de un testigo. Que de esa manera, y una vez quitadas las fajas de protección, policía científica comenzó a levantar las evidencias, señalando que en el asiento trasero había una mochila de color negro con los colores del Club Aldosivi, y de la cual extrajeron de un bolsillo interno una bolsa con un polvo blanco. Agregó que también encontraron nueve bolsitas con una sustancia vegetal verde.

Lo antes expuesto fue ratificado por los testigos del procedimiento de detención Gustavo Aranda, y Rubén Di Benedetto, testigo del procedimiento realizado en la Comisaría.

El primero de ellos expresó en el debate -a pesar de sus serios problemas de memoria-, la manera en que fue requerido a los efectos de salir de testigo del operativo que estaban llevando a cabo los uniformados.

Indicó que había dos sujetos detenidos al cual se le secuestraron billeteras y unas “bolsitas chiquitas”.

A su vez, Di Benedetto, expuso que en la puerta de la Comisaría estaba estacionada una camioneta con fajas en las puertas. Que personal de policía científica procedió a abrir la puerta del lado del conductor, observando que de la parte trasera sacaban una mochila y que de su interior extraían unas bolsitas con “algo” adentro y unas bolsitas más que se encontraban en los asientos.

Tales extremos se ven corroborados por el resto de las constancias arriadas a la presente causa, con las que se logró demostrar que los encausados se dedicaban a la venta de estupefacientes, entre ellas, copias certificadas de detención, acta de secuestro, requisita, dictamen pericial del material secuestrado (33, 9940 gramos de cocaína al 92% de pureza y con lo cual podrían prepararse alrededor de 339 a 679 dosis con efecto estupefaciente para un adulto normal y 210 gramos de marihuana que permitirían la confección de al menos 362 cigarrillos de 0,5gr. cada uno).

Conforme lo hasta aquí expuesto, considero que los argumentos que dan sustento al recurso impetrado a favor de Farías y Offidani contravienen directamente la prueba reunida en la pesquisa, pudiendo establecer fundadamente el “a quo” la responsabilidad penal de los encartados.

De la prueba colectada en autos, el Suscripto entiende, al igual que lo hiciera el Tribunal de mérito en su sentencia, que el hecho imputado se corresponde con la hipótesis de que se trata de dos personas dedicadas a la venta de estupefacientes, desde que además, se contó en la presente causa con el testimonio de la testigo S A quien manifestó en el debate haberle comprado drogas a Farías el día 7 de octubre de 2016 en horas de la tarde cerca del negocio de B M .

Precisamente esta testigo, en las testimoniales incorporadas válidamente por lectura de conformidad con las partes, confirmó en un todo lo manifestado por S A , señalando que el acto de comercio fue realizado en presencia suya y la de L , el mismo día 7 a la salida de la

escuela a la que asistían, y la transacción se dio dentro del vehículo en el que se trasladaban Farías y Offidani.

Pero ello no es todo, B M refirió además que Farías le solicitó que le consiga clientes a los cuales venderles droga.

Asimismo, el sentenciante tuvo en cuenta los extractos de los chats entre Farías y B –identificado como chat #99- del cual se desprendía que el día 7 de octubre el mencionado imputado le refiere que vendía cocaína (merka) y marihuana (porro), enviándole para confirmar dicho dato las fotografías de diez envoltorios de marihuana y un trozo de cocaína.

También valora el Tribunal las capturas de pantalla del celular de S A (reconocidas en la audiencia de debate por la testigo) donde se ve claramente cuando Farías hace referencia al costo de la marihuana y a los preparativos de la venta que más tarde realizaría, como así también los chats con B donde discute el precio a convenir de la “merka”.

Con todos los elementos mencionados el “a quo” tuvo por acreditada la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización requerida por el tipo legal en tratamiento, es decir que ha quedado demostrado el dolo contemplado en el aspecto subjetivo de la norma, el cual comprende una ultraintención de comercio: la actividad descrita se corresponde con la hipótesis de dos personas dedicadas a la venta de estas sustancias prohibidas, dada su cantidad y forma en que se encontraba fraccionada y acondicionada, dado los dichos de los preventores y por último por el claro testimonio que brindaran S A y B M , en cuanto a cómo negociaron y compraron la sustancia prohibida al encartado.

Todo lo reseñado me lleva a considerar adecuada la calificación impuesta a la actividad ilícita realizada por los aquí imputados, en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del art. 5, inc. c) de la ley 23.737.

Es que, se tiene por acreditado en el caso, que el material prohibido que fuera encontrado en poder de los encartados, se trataba de marihuana y cocaína perfectamente fraccionada, indicio incuestionable de la actividad

comercial -finalidad de entregarla a terceros a título oneroso- de dicha sustancia estupefaciente, la cual se encuentra incluida en la Lista que como “Anexo I”, aparecen reglamentadas por el Dto. 722/91 (B.O. del 23/IV/91).

Para que un estupefaciente pueda ser entregado, se requiere en quien lo hace, que lo tenga. Así, nadie puede entregar, hacer tradición de algo que no tiene porque el hecho supone justamente una relación bilateral que consiste en que el que entrega deja de ser tenedor, y el adquirente que antes no lo era, pasa a ser tenedor. (C. Civil, art. 2460). Pero resulta que en el sistema de la ley, y a pesar de que ambos participen del tráfico ilícito, sólo resulta alcanzado el que entrega; no el que adquiere o recibe, sin perjuicio de que sea punible por la tenencia que es una infracción autónoma. En síntesis, aunque la entrega sea un hecho bilateral, la infracción es unilateral. Y por ser bilateral no será suficiente el sólo desprendimiento del estupefaciente que, sin que represente a su vez facilitar, importe haber deshecho la condición jurídica precedente. No obstante, la entrega no debe traducirse en una *“traditio in manu”*; es suficiente con que el autor por entrega, ponga la sustancia prohibida en poder de otro.

A la consumación, le es inherente una sola entrega. Además, la multiplicidad de actos, no siempre se identificará con hechos independientes porque siendo la forma que analizamos una especie de la comercialización, la conducta asumirá aquella entidad, más allá de la reiteración dentro del mismo contexto operativo.

Existen elementos de juicio suficientes para afirmar con plena certeza que la droga secuestrada se encontraba a disposición de los imputados con vistas a su comercialización. Nótese que de los chats y de las capturas de pantalla del celular de S A –reconocidas en audiencia por la testigo- se hace referencia al precio de la marihuana y a los preparativos de la venta que se realizarían más tarde; como así también del chat #78 (L con Farías) del día 7 de octubre, 2:32:46 pm, cuando Farías le dice a L *“son 200 pero no pasa nada, dame 100, cuando la tomes vas a estar re cheta mal”*.

Por las características de las sustancias prohibidas encontradas en poder de los aquí imputados, dada su presunta calidad de tal (clorhidrato de cocaína al 92% y marihuana), y de los chats analizados del celular de Matías Farías, cabe concluir que estas sustancias estaban listas para ser comercializadas en la modalidad minorista de expendio. En consecuencia, la cosa se encontraba en condiciones objetivas para ser suministrada indiscriminadamente a los consumidores, con la consiguiente afectación del bien jurídico protegido de la salud pública.

Como tengo dicho en reiteradas oportunidades en este Excmo. Tribunal, una acción que se comete dentro de la cadena de comercialización de estupefacientes no contiene precisiones sobre las víctimas, pero sí incluye, entre los caracteres definitorios del comportamiento delictivo, el hecho de que está orientado, en última instancia, a la provisión de sustancias prohibidas a consumidores generalmente indeterminados cuya salud es la que se busca proteger (CSJN A. 891. XLIV. Recurso de hecho Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080).

La ley 23.737 que reprime el tráfico de estupefacientes, lo hace estructurando diferentes tipos penales, adelantando en cada uno de ellos el momento consumativo de lo que serían, dentro de una construcción tradicional, los diferentes momentos de un mismo "iter criminis". Así acciones que en sí mismas, y dentro de las estructuras tradicionales, no pasarían de meros actos preparatorios y por ende impunes, son transformados por la ley 23.737 en tipos penales autónomos, de carácter abstracto que claramente adelantan el momento consumativo (conf. Carlos A. Mahiques-Adrián Patricio Grassi, "Leyes penales especiales", Tomo I, Buenos Aires: F.D., 2004, pag. 63).

De esta manera la ley estructura en su artículo 14 primera parte un tipo base -tenencia simple de estupefacientes-, un tipo atenuado en la segunda parte del mismo artículo -tenencia para uso personal-, y figuras de tenencia agravadas, en lo que nos interesa la comercialización de estupefacientes, (artículo 5 inciso c de la ley 23.737).

El artículo 5 inciso c de la ley 23.737 claramente distingue figuras penales diferentes al reprimir por un lado la “tenencia” y también a quien “comercie estupefacientes”, ya que concibe al tráfico de estupefacientes como un proceso constituido por varios pasos sucesivos que van desde el cultivo o la producción hasta la tenencia para su comercialización o consumo, constituyendo todos los pasos intermedios (almacenamiento, distribución, venta, etc.) eslabones dentro de esa cadena de circulación genérica llamada “tráfico”.

Al momento de calificar la materialidad ilícita, el “a quo”, sufragó que el hecho descrito resultó configurativo del delito de Tenencia Ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización, en los términos del art. 5 inc. “c” de la ley 23.737, llegando a dicha conclusión ante el secuestro de material estupefaciente fraccionado que estaba aprestado en lo inmediato para su comercialización, y la cantidad de dosis umbrales que el mismo arrojaba.

Enfocándome en la posesión, debo decir que resulta peligrosa para los bienes jurídicos, en la medida en que la misma abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto.

Esta anticipación es ineludible en algunos casos por ejemplo cuando se producen prototipos de medios delictivos que al principio se guardan en el ámbito interno: armas, dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc.; y es que en tales objetos existe el peligro aumentado de que se los utilice delictivamente, no sólo el productor mismo, sino cualquier otra persona es factible que lo efectivice, a veces incluso sin la voluntad del productor. Lógicamente, esta consideración se refiere a una pena dirigida a castigar la creación de un peligro abstracto, de que se faciliten delitos venideros a cualquier persona. No cabiendo preguntarle al autor que es lo que planea, porque ello aún reside en su ámbito interno.

Se entiende además que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la

acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra. A partir de aquí pueden vislumbrarse dos tendencias, una representada por quienes se contentan con una disponibilidad hipotética o ficticia y quienes consideran necesaria una disponibilidad real y actual.

Si bien es cierto que en muchas ocasiones existen sujetos que en ningún momento llegan a detentar materialmente el objeto ilícito y no obstante manejan todas las operaciones relativas al tráfico, se cree conveniente en estos supuestos acudir a las estructuras generales de autoría –en sentido amplio, autoría mediata, inducción, participación necesaria– a fin de no desnaturalizar el concepto de tenencia, aun cuando se comparte que el mismo debe ser amplio.

En suma, el tenedor debe detentar el dominio funcional de la cosa, situación que queda configurada en el presente caso.

Laje Anaya Justo, en su libro *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Marcos Lerner Editorial, Córdoba, 1996, 126, con atino señala que, no es preciso que los actos de comercio vayan a ser realizados por la misma persona que tiene los objetos. Por lo expuesto considero que la calificación legal otorgada es correcta y debe mantenerse incólume, como así también la sanción y multa aplicadas.

Y es que la selección de los medios probatorios, no convierten un fallo en arbitrario, por la sola circunstancia que el recurrente, en este caso, prefiera otros elementos de prueba en lugar de los excogitados por el sentenciante, que lo llevó a tener por acreditada la materialidad ilícita reseñada en párrafos que anteceden, y la responsabilidad penal de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani en la misma, con la debida fundamentación que el ordenamiento jurídico establece.

Es que, es doctrina inveterada de este Excmo. Tribunal (en sintonía con el fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia Nacional), que el juicio

sobre la credibilidad de los testigos es materia propia de los jueces que han tomado contacto directo con el material probatorio a través del juicio o debate oral, salvo absurdo que en el caso no se advierte, (cf. precedente nº 9.605 “Cabeza” de la primigenia Sala I de este Excmo. Tribunal, entre otros).

Dicho lo que precede, entiendo que en el sub-lite existe el sustento probatorio suficiente para mantener la imputación efectuada, toda vez que la sustancia estupefaciente fue suministrada indiscriminadamente a distintos consumidores, con la consiguiente afectación del bien jurídico protegido: la salud pública.

En estos términos, el “a quo” pudo -y lo acompañó- arribar a la conclusión que dichas probanzas son suficientes para tener por acreditada la actividad descripta, al tiempo que el recurrente, al formular sus agravios, no logra conmover la decisión final a la que arribara el Magistrado votante.

Debo agregar que el órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia y sentido común cuya aplicación queda sometida a la rectitud, prudencia y sabiduría de los jueces (ver Carreras, Eduardo, *“La sana crítica y el testimonio del coprocesado”*, J.A., 15-1972, pág. 629; C.Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calificado.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, Cristóbal- López, Cándido Salvador s/ Homicidio" -Sentencia Nº 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente.

Las reglas de la sana crítica que guían al juez en la valoración de las circunstancias fácticas, según Couture, son aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por su parte, Vélez Mariconde define al método de la sana crítica como aquél *"que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común"* (Vélez Mariconde, Alfredo, *"Derecho Procesal Penal"*, Bs. Aires, 1969, Ed. Lerner, Tº 1).

Los argumentos utilizados por el impugnante no constituyen más que una fragmentaria, parcial y subjetiva valoración de los elementos de prueba computados por el sentenciante, resultando los mismos insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, de modo tal que la sentencia atacada cumple con todos los recaudos legales, por lo que estimo que el material probatorio es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de los encausados, no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es a todas luces evidente que las conclusiones de la sentencia impugnada se basaron en un lógico razonamiento que no presenta fisura alguna de prueba pertinente, seria, decisiva y convincente, luciendo el reclamo insuficiente, siendo las críticas efectuadas consideraciones meramente dogmáticas, que no alcanzan a conmover lo decidido, debiendo decaer el motivo de agravio esgrimido que demanda la absurda valoración de la prueba (arts. 1, 106, 209, 210, 371 incs. 1 y 2, y 373 del Rito; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P).

VII. Con relación a la calificación legal endilgada en los presentes hechos a los encartados, la recurrente plantea su disconformidad con las circunstancias agravantes del tipo penal previstas en el artículo 11 inc. "a" y "e" de la Ley 23.737.

Desde ya adelanto que tampoco puedo acompañar la pretensión

defensista en este tópico.

En lo que hace a la agravante prevista en el inc. a) del mencionado artículo, debo indicar que la circunstancia objetiva de la participación, como comprador de sustancias estupefacientes, de las menores de dieciocho años de edad al momento del hecho, L P , B M y S A B , se encuentra debidamente establecida en esta causa, conforme lo he señalado en los párrafos que anteceden.

a. En lo que respecta a la falta de acreditación del conocimiento por parte de los imputados de autos de la minoridad, denunciada por la recurrente, corresponde señalar que la norma legal citada no requiere, a los fines de incrementar la escala punitiva aplicable para los mayores, otra exigencia diversa a que el hecho se cometiere en perjuicio de menores de dieciocho años de edad.

Considero que el comienzo del análisis de la cuestión resulta ser lo concerniente a la interpretación gramatical pero también auténtica, histórica y sistemática de la ley de fondo. Para ello, han de tomarse como punto de partida las reglas sentadas en forma inveterada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en tal sentido indicó que *"la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que la concilie y deje a todas con valor y efecto"* (Fallos: 300:1080; 315:727; 310:195 y 320:1090 y 1962, entre muchos otros), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos empleados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (Fallos: 200:165; 310:195; 312:1614; 313:132 y 1149, entre muchos otros).

En todo caso cabe realizar la operación interpretativa "teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan" a los preceptos en

juego, procurando no llegar a un resultado "no valioso" (conf. Sagüés, Néstor P. "Recurso Extraordinario", 2, Bs. As., 3º edic., Astrea, pág. 272).

Por lo tanto, y en razón de los elementos que surgen de la presente causa, entiendo que los aquí imputados debieron representarse como altamente probable, que las potenciales compradoras –L , B y Sol- podían resultar ser menores de edad.

El Tribunal tuvo por probado que Offidani pasó a buscar el día 7 de octubre a L por el establecimiento de enseñanza al cual concurría. Si bien, tal como lo señala el sentenciante, puede haber personas que concurran al colegio secundario con más edad, lo relevante es que no lleguen a los 18 años. Además, si tenían pensado armar una clientela con las personas que B pudiese conseguir conforme los chats analizados, resulta indudable que los potenciales compradores serían menores, lo cual seriamente debieron representarse.

Vale agregar a esta altura, que el fundamento de la agravante, radica en la protección especial que reciben los menores de edad, siendo que éstos se encuentran mitigados, a contramano de los adultos plenamente capaces, para poder discernir los efectos nocivos que los tipos de sustancias acarrear con su consumo.

En el sentido aquí expuesto, se ha manifestado la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal al señalar que: *"A los fines de la aplicación de la agravante contenida en el art. 11, inc. a) de la ley 23.737-suministro de estupefacientes a un menor de edad- no resulta necesario establecer si el procesado conocía exactamente la edad de la joven a la cual invitó a consumir drogas -en el caso, dieciséis años-, pues es suficiente que se haya representado seriamente, como posible o como probable, que aquélla tuviera menos de dieciocho años y, pese a esa representación, no haya desistido de su propósito"* (CNCP, Sala I, 15/11/04, "Lobato, Gabriel A.").

b. En cuanto a la agravante prevista en el inc. e), toda vez que se

encuentra probado que el acto de comercio en el que participaron las menores con los aquí encartados se efectivizó a la salida del colegio sito en la Avenida Juan B. Justo y calle Rivas, circunstancia reconocida por el propio encartado Juan Offidani, quien señaló que el propio Farías le solicitó que lo llevara hasta el Colegio N°3, dándole incluso como referencia, que estaba enfrente del Supermercado Toledo.

Además, el sentenciante valoró para ello, imágenes extraídas del celular de Farías donde se observa la camioneta de Offidani esperando en la esquina de la escuela y la manera en que Farías había agendado el contacto de S A “S Escuela”.

Es decir, se ha comprobado una mayor lesividad en la conducta reprochada, pues en el caso concreto se generó un mayor riesgo al bien jurídico protegido por la norma, ello en la medida que se tuvo por comprobado el actuar ilícito en la puerta del propio Colegio al cual asistían las menores, a partir de los mencionados elementos de cargo, e incluso, de la propia manifestación de uno de los encartados.

En el sentido aquí esbozado se ha pronunciado la Cámara Federal de Casación Penal, la cual ha resuelto que: *“La agravante prevista en el art. 11 Inc. e) de la ley 23.737 constituye una figura de peligro que se verifica mediante una circunstancia del hecho, cual es que la actividad relacionada con los estupefacientes hubiera sido cumplida en las proximidades de un centro educacional; no exigiendo la ley que debiera existir un aprovechamiento de aquella proximidad o mercancía, ni menos aún, que la conducta atribuida hubiera tenido que recaer en forma directa sobre aquellos menores”* (CNCP, Sala I, 9/12/98, “Quevedo, P. M., c 1989, reg. 2531).

De esta forma, el agravio que intenta excluir las mencionadas agravantes del artículo 11 de la ley 23.737 no pueden tener favorable acogida, manteniéndose incólume la selección de la calificación legal que corresponde otorgarle al presente hecho.

En resumen, no advierto quiebres lógicos, jurídicos o apreciativos en el razonamiento del “a quo”, por lo que considero correctamente seleccionada la figura legal aplicada en autos, con sus correspondientes severizantes.

VIII. No me escapa el pedido de la Defensa solicitando la desvinculación de Juan Offidani respecto a la imputación de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

De lo mencionado supra entiendo que no caben dudas respecto de la participación que le cupo al encartado en el hecho.

Con independencia de cualquier disquisición doctrinaria acerca de la línea divisoria entre coautoría y participación necesaria o secundaria, puede decirse que resulta de aplicación el art. 45 del C.P. cuando se trata de una contribución "...de carácter esencial que, en cumplimiento de un acuerdo previo, importe la directa ejecución, parcial o completa de alguno de los elementos centrales del tipo o implique el cumplimiento de una tarea que, además de ser suficientemente autónoma e independiente, resulte indispensable y determinante para la realización del resultado..." (conf. causa nº 5691/primigenia Sala II, "Maidana, Humberto y otro s/ recurso de Casación", sent. del 04/04/02, reg. 142).

Así, los coautores no sólo son quienes realizan la acción consumativa del delito, sino también quienes toman parte de la ejecución a través de una acción no consumativa, pero coadyuvante y convergente con ella (conf. causa TSJ de Córdoba, 23/05/06 “MJA y ot. s/rec. de Casación” en E. Donna El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia, edit. Rubinzal Culzoni 2010, pag. 191).

Cuando la pluralidad de autores toma parte en la ejecución del hecho sin que ninguno realice la totalidad de la conducta típica, se trata de una forma de coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho donde cada interviniente será coautor en cuanto haga un aporte necesario a la

realización del hecho en la forma planeada. En la coautoría funcional se ejercita decisión común de cometer el hecho mediante una división del trabajo, en el que ninguno de los autores es instrumento del otro y hay una imputación inmediata y recíproca de todas las aportaciones individuales que se hacen en el marco de la decisión común del hecho.

Siendo todos ejecutores de un mismo hecho es posible que la conducta de cada uno tenga distinta relevancia típica y también que se cambien o inviertan los aportes sin que se pierda la calidad de coautor.

Así, la particularidad que presenta la coautoría frente a las restantes formas de autoría se refleja en el dominio sobre la realización del suceso delictivo que pertenece a varias personas, las que actúan de modo concertado y en función del acuerdo previo asumido por ellos. En estos casos la titularidad por la comisión del hecho reviste una particular característica: la realización del delito se presenta como la obra en conjunto de varios individuos (autores), cuyos aportes para su ejecución resultan ser recíprocamente dependientes para la consumación exitosa del plan delictivo común.

Sus elementos constituyentes son, en su aspecto subjetivo, la decisión común de la realización del hecho, y en su aspecto objetivo, la ejecución común del hecho.

Welzel caracteriza a la coautoría diciendo que la misma es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio sobre el único hecho delictivo no corresponde a un individuo sino conjuntamente a varios. Cada acción final consiste, por lo general, en una mayoría de actos particulares concatenados y dirigidos hacia una meta, los cuales están subordinados mediante la dirección final de la decisión de la acción y no constituye una mera suma sino una totalidad unificada. En esta realidad, en donde la acción injusta es la unidad de varios actos parciales en los cuales descansa la realización dirigida de la decisión de la acción, radica la posibilidad de fundamentar la coautoría: ella es la realización dirigida repartida entre varias

personas de actos parciales concatenados en una decisión de acción conjuntamente resuelta por todos. El dominio le corresponde acá a todos: no al individuo, tampoco a la actuación particular, sino a todos juntos como portadores de la decisión de acciones y la actividad de cada uno en particular forma, conjuntamente con la de los restantes individuos, una única totalidad, dada en este caso por las relaciones dirigidas mediante la decisión de acción conjunta.

Según lo explicado, este acuerdo común trasunta invariablemente hacia la misma ejecución del delito acordada por los coautores. Éstos se dividen la realización del delito en diversas etapas -sucesivas o coetáneas-, cuyo aporte puede ser de calidad semejante o diferenciado.

Está claro que cada uno de los intervinientes debe tener en sus manos el dominio del hecho de manera compartida. Los aportes parciales de cada uno de ellos carecen de una autonomía propia y sólo pueden ser valorados como piezas integrales e insustituibles del plan delictivo genérico.

En palabras de Welzel, cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien -en posesión de las cualidades personales de autor- efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización. Pero también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho.

Ello se encuentra plenamente acreditado en el juicio, por lo tanto, todos los que, cumpliendo el acuerdo previo, concurren al ilícito achacado y realizan actos coadyuvantes y necesarios para la consumación del hecho planeado; son coautores.

Tal como lo mencionara el Tribunal, Offidani era una pieza clave para que Farías pudiese comercializar los estupefacientes a modo de “delivery”, toda vez que aportaba su vehículo para realizar la distribución a sus clientes, tal es así, que el día de su detención junto a Farías –ambos iban a bordo de la camioneta propiedad de Offidani-, encontraron en el vehículo sustancias prohibidas.

En definitiva, la coautoría se define y se diferencia al mismo tiempo por sus dos presupuestos, objetivo y subjetivo: la decisión común para realizar el delito y la necesidad de dar realidad a dicho acuerdo mediante el aporte al hecho ejecutado de forma conjunta, circunstancias que se encuentran a mi juicio, innegablemente presentes, en el *sub examine*.

Así, quien suscribe entiende que la sentencia cuestionada –a ese respecto- cumple con todos los recaudos legales, toda vez que aparece como debidamente fundada, en la que se desprende un encadenamiento válido de los distintos elementos de prueba reseñados, siendo posible controlar los motivos que inspiraron dicho pronunciamiento judicial.

En definitiva, entiendo que, al respecto, el sentenciante ha delimitado exactamente cuáles elementos de prueba ha tomado en cuenta para tener por acreditada la participación de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani en el evento dañoso.

IX. Finalmente, la defensa dirige su embate denuncia violación de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

En primer lugar entiende que debieron computarse como circunstancias minorantes de la pena la carencia de antecedentes de ambos imputados; para Farías, su compleja historia vital, y su escasa juventud al momento del hecho. En el caso de Offidani, se considere su condición de adicto.

Cuestiona como agravantes de la punición: el empleo del medio de transporte; la cantidad y calidad del material enervante y la pluralidad de partícipes.

a. Respecto a las circunstancias diminuyentes solicitadas, debo decir que no encuentro respaldo alguno al agravio, toda vez que todas las pautas peticionadas al momento de celebrarse el debate, y reclamadas en esta sede por la esforzada defensora, fueron analizadas y tratadas en forma positiva para los intereses de sus defendidos en la cuestión cuarta del veredicto.

b. Las pautas aumentativas de la sanción, ponderadas en la quinta cuestión del veredicto no merecen reproche.

La pluralidad de intervinientes resulta perfectamente meritable como agravante de la pena en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Por ello, en mi opinión, corresponde rechazar la queja defensiva que critica la valoración de la agravante relativa a la pluralidad de intervinientes, toda vez que el actuar en conjunto y de una manera planeada, extremo que surge con claridad de la descripción de los hechos y de la prueba valorada, refleja necesariamente un mayor contenido de injusto

A su vez, coincido con la jurisprudencia del Superior en cuanto a que "... desde un análisis gramatical dos constituyen una pluralidad y fácticamente la concurrencia de dos personas en la comisión de un hecho es demostrativa de mayor peligrosidad..." (SCBA, P. 66.245).

Respecto del empleo del medio de transporte, entiendo que el mismo ha sido bien valorado como pauta aumentativa de la pena, toda vez que se encuentra acreditado en autos que Farías se valía, para la entrega de estupefacientes, de la camioneta propiedad de Offidani, y juntos, realizan el suministro de las sustancias a modo de "delivery", garantizando de ese modo su entrega segura y en forma exitosa, con mayor poder de propagación en la distribución de las sustancias prohibida.

Por último, entiendo que respecto el reclamo que hace la defensa en referencia a la cantidad y calidad del material enervante, resulta adecuada la ponderación que ha realizado el Tribunal desde que dichas circunstancias

(cantidad y calidad de las sustancias prohibidas incautadas) muestran a las claras una mayor envergadura del tráfico ilícito desarrollado por los acusados, merecedora de un mayor reproche punitivo.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Natiello por sus mismos fundamentos. Solo deseo realizar algunas manifestaciones en refuerzo de los sólidos argumentos brindados por mi colega cuyo voto abre el acuerdo.

En lo que hace al cuestionamiento lanzado por la defensa, relacionado con el procedimiento que desembocó en la detención de los acusados Farías y Offidani y al hallazgo de los estupefacientes en el vehículo tripulado por ambos pero propiedad del segundo, debo señalar que el mismo resultó en un todo regular, como ya lo ha indicado el Dr. Natiello.

Débase poner de resalto que la orden de allanamiento y detención ya había sido librada por el Juez de Garantías y que el accionar policial estuvo dirigido a efectivizar dichas mandas judiciales. Así fue que al divisar el rodado en el que circulaban los imputados, procedieron a su intercepción y detención. Y en las instancias de aseguramiento de los mismos es que se toparon con el olor que despertó las alertas y que motivó la posterior requisa del vehículo, con el hallazgo de los estupefacientes.

Sentado ello, debe recordarse que una vez que la propiedad o la libertad es avasallada por la orden judicial, no se requiere una nueva para incautar elementos relacionados con delitos, por cuanto el funcionario que ejecuta la orden se encuentra en condiciones de analizar la procedencia de dicha diligencia, toda vez que la libertad ambulatoria ha sido restringida por la orden judicial y existen deberes de aseguramiento de la persona privada de su libertad en cabeza de los uniformados entre los que está la revisión o

inspección de sus pertenencias. En estos casos, la expectativa de privacidad desaparece por la intervención judicial, por lo que la revisión seguida de la detención resulta necesaria para el aseguramiento de la persona detenida.

Corresponde señalar que los efectivos del orden no se encuentran impedidos de secuestrar elementos demostrativos de la comisión de un delito distinto de aquél por el cual se libró la orden de restricción, si advierten en forma casual o "a franca o simple vista", mientras cumplimentan sus obligaciones inherentes a su función, evidencias que hagan presumir la comisión de un delito.

Por tanto, siendo que el hallazgo del material estupefaciente fue en las condiciones reseñadas conforme fueran relatadas por el voto que me precede, nada puede achacarse al procedimiento policial por haber sido completamente regular, decayendo de esta forma el agravio deducido.

Voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Mancini, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello y a las manifestaciones expuestas por el Dr. Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la tercera cuestión planteada, el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

En atención a que los recursos interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de los Particulares Damnificados están objetiva y subjetivamente vinculados, respecto al hecho denominado 2, propondré el análisis conjunto en esta segunda parte de mi sufragio.

a. Preliminar: el señor Agente Fiscal, acompañado por el representante de los Particulares Damnificados al momento del juicio oral sostuvieron la ocurrencia del hecho denominado II -no así el sentenciante- consistente en: *“el día 8 de octubre de 2016 siendo aproximadamente las 9:00 horas, Matías Gabriel Farías junto a Juan pablo Offidani, en la camioneta de éste último pasaron a buscar a L P M de 16 años de edad, en cercanías de su domicilio y la trasladaron hasta el domicilio de calle Racedo 4825 de esta ciudad en el que moraba Farías con la finalidad de abusar sexualmente de ella, sabiendo su condición de adicta a los estupefacientes. Que una vez allí, quedándose a solas Farías con la menor, le suministró cantidades indeterminadas de cocaína, así como marihuana y mediando violencia contra la mujer y en un contexto de violencia de género, la accedió carnalmente tanto vía vaginal como anal, existiendo signos de que dicho coito brusco o violento en virtud de una serie de lesiones vitales que más tarde fueran constatadas en el cuerpo de la adolescente y de lo que resultó su muerte, a raíz de una asfixia tóxica, con congestión y edema pulmonar que derivaron en una falla cardíaca final. Que seguido a ello aproximadamente a las 15:00 horas y de manera concomitante con la descompensación de la menor, Offidani llegó al lugar prestando asistencia al autor trasladando el cuerpo de L hasta la sala de primeros auxilios de playa Serena, tras lo cual se retiró del lugar...”*.

b. Avocado al tratamiento de los agravios invocados por los recurrentes, tendientes a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de mérito, considero que, la tarea revisora –en este caso- se circunscribirá en advertir y destacar expresiones subjetivas expresamente explicitadas en la sentencia, que -adelanto- aparecieron como prefijando conceptos en el razonamiento de los Magistrados de Juicio. El análisis que me propongo es verificar cómo los mismos han repercutido en la apreciación de la existencia de la “vulnerabilidad” de la víctima, y su también eventual liberalidad sexual y de consumo con sustancias psicotrópicas, las que

necesariamente tuvieron –con mengua de la necesaria imparcialidad- las libres convicciones a las que llegaron los sentenciantes.

No olvidemos que en esta instancia no se está juzgando a la víctima (como pareciera estar ocurriendo) sino a los eventuales victimarios.

Dicho déficit de imparcialidad se manifestó palmaria y expresamente –aunque obviamente no lo haya sido de manera intencional, por supuesto- en un preconceito respecto de las actividades y hábitos de la víctima, y fue en base a ese ilegítimo argumento subjetivo en que se edificaron su posición o postura al respecto.

Evidentemente esas manifestaciones subjetivas llevaron necesariamente a comprometer las libres convicciones razonadas del sentenciante, expresamente cuando se refiere a la eventual vulnerabilidad de la víctima, lo cual también aparece claramente explicitado en las manifestaciones de la “amicus curiae” María Fabiana Tuñez –Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres-, cuando en su presentación hace referencia a la vulnerabilidad de la víctima *“por su condición de niña (joven de 16 años), por ser mujer y por su condición socioeconómica, existiendo de esa manera una relación desigual de poder en las cuales no hay posibilidad de brindar consentimiento”*, concluyendo que este tipo de sentencias son el resultado de un criterio *“discrecional, discriminatorio, estereotipado con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el sólo hecho de ser mujer”*.

El control de la razonabilidad de una sentencia debe recaer en reafirmar los fundamentos objetivos que basamentan el fallo, y advertir, destacar y conculcar todo ingrediente de subjetividad, en especial referido a las víctimas en este particular contexto de género, desde que la libre convicción que se exterioriza en la misma debe acercarse en cuanto más sea posible a la realidad objetiva.

Sabido es que todo toque de subjetividad se asemeja más a un juicio de valor que a un fundamento jurídico – legal, y más aún si su destinatario es la víctima.

Nuestro orden jurídico es generoso en la consagración de los derechos de las mujeres; vida, libertad, integridad física, psíquica y sexual, dignidad, igualdad y no discriminación y especialmente una vida sin violencia.

En primer lugar cabe recordar que el Estado argentino ratificó diversos instrumentos internacionales, que consagran el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, a través de los cuales se comprometió a adoptar medidas necesarias para prevenir la violencia de género, asistir y reparar a las víctimas, y sancionar a los responsables. El derecho a ser oída del artículo 8.1 y el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en particular, los artículos 2 (c y e), 3, 5 (a) y 15 de la CEDAW, los cuales se complementan con las obligaciones derivadas de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) en sus artículos 7.b, 7.c, y en el ámbito nacional la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la cual en su artículo 2.c) promueve las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos. Posteriormente, se incorporó por ley 26.791, la figura del femicidio en el artículo 80 del Código Penal.

Estas normas imponen a quienes tienen la tarea a su cargo, tener en consideración el contexto en el que ocurren los hechos, realizar un análisis de los mismos, determinar el encuadre jurídico apropiado, y valorar la prueba con **perspectiva de género**.

En causa P 124.669, "C.M –Particular Damnificado- s/Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ", sentencia de 20-9-2017, la Suprema Corte Provincial hace un detallado desarrollo de las herramientas normativas que rigen la materia, así como de fallos de organismos internacionales.

c. En relación al hecho en análisis, destaco que el Tribunal, inexplicablemente se enfoca a indagar en la personalidad, actitudes y comportamientos anteriores de la víctima, su forma de relacionarse con los hombres, su vida social, su carácter, y en distinguir la conducta de los imputados, y a partir de allí, considerar si L había consentido el acceso carnal.

Por otro lado, justificó la inexistencia de aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima preguntándose si las conductas previas y posteriores de Farías corresponden a las de una persona cuya intención era abusar sexualmente de una menor y drogarla hasta su muerte.

A este respecto es de destacar que aparece como un despropósito que el Tribunal se haya efectuado indagaciones tales como las conductas de L a la luz de detalles preexistentes en su historia vital, sin centrarse en el episodio y sus distintas secuencias, amén de adentrarse en otras circunstancias de su vida íntima que poco aportaban a la elucidación del hecho enjuiciado.

Respecto del concepto de vulnerabilidad, y el sentido jurídico que el término posee, no es otro que el fijado por las 100 reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad (emitidas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana –marzo de 2008- y adoptadas por la Corte de justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009) y la jurisprudencia que la propia Corte ha pronunciado en casos como el que nos ocupa.

Las reglas de Brasilia han determinado el concepto de vulnerabilidad: “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

También, podrán constituir causas de vulnerabilidad “la edad, la discapacidad, la pertenencia de comunidades indígenas o a minorías, la

victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad”.

Se advierte de la sentencia que los juzgadores se han apartado de la normativa vigente desoyendo la misma.

No obstante lo señalado, entiendo que a las eventuales víctimas de abuso sexual no se las debe catalogar como vulnerables o no vulnerables -como lo han entendido erróneamente los sentenciantes- porque eso sería como tildarlas de abusables o no abusables. Son lisa y llanamente eventuales víctimas de abuso sexual; nada más.

Cabe recordar que la ley nacional 26.485 entiende a la violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta tanto en el ámbito público como privado, basado en la relación derivada de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual [...] como así su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Considero que esa nueva victimización secundaria que sufrió L (aun después de muerta) atentó contra su intimidad y su dignidad, y la de su entorno; y se debe considerar como un claro signo de estigmatización.

Por lo demás, en su análisis de los hechos, el Tribunal, pondera el comportamiento del acusado, el cual –a su apodíctico juicio-, dista mucho del que podría haber asumido alguien que abusó y causó la muerte de una adolescente.

Para ello dice tener en cuenta que Matías Farías y L P se conocieron un día antes del hecho, que esa misma noche el acusado le muestra una foto de la chica a la esposa de Juan Pablo Offidani, lo cual podía interpretarse como la intención de tener una relación seria, expone que la actitud de Farías de comprar facturas y una chocolatada “Cindor” para compartir con L el día del encuentro, no son actitudes asumidas habitualmente por personas con intención de cometer un hecho tan aberrante como el que resulta acusado.

Considera también la actitud tomada luego de producido “el incidente de salud” en el cual Farías pidió ayuda a Offidani para llevarla a una sala de salud, y la actitud de ofrecerle a la policía las llaves, el dinero y el teléfono de L que estaban en su casa.

Deduca de lo expuesto que todas estas conductas “distan muchísimo de la que podría haber asumido alguien que abusó y causó la muerte de una adolescente”, agregando que la actitud de suministrarle droga el día anterior, no permite endilgarle el abuso seguido de muerte que aquí se está juzgando.

Como ya se destacara, para dirimir la existencia material del abuso sexual, el primer magistrado votante, doctor Aldo Carnevale, se pregunta si L se encontraba en una situación de dependencia a los estupefacientes que la imposibilitaran dirigir su voluntad al extremo de mantener relaciones sexuales a cambio de ellos; concluyendo que si bien tenía algún grado de adicción, esto no le impedía realizar sus actividades y llevar una vida normal.

Se basa en las declaraciones testimoniales de su círculo íntimo de las que surge “que era una excelente hija y una buena estudiante”, “su salud era excelente”, “no sabía que consumía estupefacientes”, “era una persona de bien”, “era aplicada y tenía buenas notas”.

Inexplicablemente se cuestiona si L podía ser sometida fácilmente a tener relaciones sexuales sin su consentimiento, expresándose por la negativa, atento que del peritaje de los chats telefónicos surgía que, “L tenía relaciones sexuales con quien y cuando quería”, “que no hacía favores sexuales a cambio de droga”, que solo consumía cuando podía comprar, vislumbrando “una fuerte personalidad”, “su voluntaria elección de los hombres con los cuales tenía relaciones”, y “el grado de autodeterminación que tenía L”; considerando que todo ello hablaba a las claras que L a pesar de su edad, tenía capacidad suficiente para decir no a los avances o propuestas que le habrían formulado sujetos a los que les había comprado droga”.

Otro argumento de neto corte subjetivo que utiliza el Tribunal es el referido a que “...L no estaría con nadie sin su consentimiento....”.

Si bien podría decirse que todas estas conclusiones las toma del análisis efectuado sobre los chats obrantes en el legajo, lo relevante es evaluar la prueba rendida a los fines de determinar si en el caso concreto L se encontraba en condiciones de consentir, o no, libremente el acto sexual y para ello, entiendo no resulta relevante saber sobre la vida personal de L .

El magistrado en primer voto dejó a salvo que no estaba en su ánimo juzgar la vida sexual de L , sin embargo, y en clara contradicción a su sentir, se manifestó, con argumentos subjetivos y tendenciosos sobre ese punto.

Así lo hace cuando en uno de los tramos de su decisorio remata diciendo "...pero de los chats analizados surge claramente que sus vivencias en ese sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sin su voluntad...".

En una clara muestra estigmatizante, se pregunta si existió una relación de subordinación respecto de Farías que la hiciera mantener relaciones sexuales no consentidas; y aquí sostiene que no existió una relación de subordinación porque quedó demostrado que "...no era drogadependiente que echara mano a cualquier recurso para satisfacer sus deseos y que pagaba por las drogas que consumía..."., o que "...solo mantenía relaciones sexuales con quien ella quería ...".

En otro tramo refiere que "...es forzado hablar de desigualdad o superioridad sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de L quien no se mostraba como una chica de su edad y que además había referido mantener relaciones con hombres de 29 años..." y que por lo tanto no había situación de desigualdad atento la poca diferencia de edad entre ambos, que ella mantenía relaciones sexuales con quien ella quería, y que finalmente fue a encontrarse con Farías por propia voluntad.

Agrega que no se advierte de los chats con Farías que el mismo la hostigara, amenazara o se valiera de una situación de superioridad para someterla. Sostiene que no encuentra soportes objetivos para "...sostener

que L no fue a encontrarse con Farías de forma voluntaria y con la intención de tener algún tipo de intimidad ...”, pero tampoco aporta los elementos objetivos para sostener lo contrario, elaborando un plexo de subjetividades y preconceptos tendenciosos para sostener que los intercambios de chats “...no demostraban ninguna circunstancia que hiciera presumir la manifestada ultra intención de someter sexualmente a nadie...”.

En definitiva, concluye que no existen elementos probatorios que permitan señalar que la víctima contrajo en un momento de vulnerabilidad una relación sexual, ni habiéndose visto forzada ni física ni moralmente a concurrir a la vivienda de Farías.

Por otro lado, y luego de justificar que por todo lo expuesto no existió abuso sexual, ni aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, se pregunta si las conductas previas y posteriores de Farías corresponden a las de una persona cuya intención era abusar sexualmente de una menor y drogarla hasta su muerte.

Aclara que no desconoce la existencia de la llamada violencia de género y el interés del Estado Argentino en que ésta se elimine, siendo también una preocupación de este Tribunal que ello ocurra, pero no significa que bajo ese escudo se pretenda encuadrar un hecho que –como se analizara- es diametralmente opuesto a ello.

Entiende de esa manera que, más allá de sus enfáticas alegaciones, la acusación no ha podido probar que L fuera abusada sexualmente en un contexto de violencia de género por la cosificación de la mujer y con la facilitación de estupefacientes que hubiera potenciado una situación de vulnerabilidad e impedido consentir con plenitud de libertad la acción.

Considera que menos aún se ha probado que Farías quería o debía representarse como posible la muerte de la víctima, y que aun así se hubiera desinteresado de ese resultado.

Reafirmando este análisis de los hechos realizado por el primer magistrado, al compartirlo el votante en segundo término, éste hace

en la fuerte y decidida personalidad de L , sin indicadores de dependencia a estupefacientes, que asistía al colegio con buenas notas, con excelente concepto personal y social, con buena alimentación; lo cual aleja la idea de una L vulnerable al ofrecimiento de sustancias tóxicas.

También se refieren al intercambio de chats entre Farías y L , infiriendo que aquél no forzó el encuentro, y que el retome de la conversación estuvo a cargo de L .

Toman las conclusiones de los médicos Tinto, Cabrera y De los Reyes quienes afirmaron que lo más probable es que haya sido una muerte por intoxicación por sobredosis, descartando la violencia sexual.

Por último, se lamentan de la muerte de una adolescente inteligente, generosa, solidaria, pero que no fue producto de empalamiento ni de abuso sexual.

Conteste con lo antedicho, el último Juez votante, Dr. Pablo Viñas, coincidió con lo expuesto por sus colegas, y agregó que al no haberse podido demostrar el abuso sexual, ni el empalamiento, el Ministerio Público Fiscal y el Particular Damnificado intentaron una mirada desde la perspectiva de género, basado en el aprovechamiento de Farías y Offidani de la situación de vulnerabilidad de la menor, en el suministro de estupefacientes, para lograr un consentimiento viciado y luego accederla carnalmente.

El doctor Viñas, concluyó que si bien la menor era habitué al consumo de sustancias prohibidas, especialmente cocaína y marihuana, "...no se encontraba en situación de calle o de otro tipo de vulnerabilidad. Estaba inserta en un hogar bien constituido, vivía con sus padres y hermanos... era estudiosa, aplicada, tenía muy buenas notas...no era sumisa y tenía bastante carácter".

Aduna que no se probó que Farías la haya drogado para obtener sexo, tomando como dato significativo que el día anterior envió un chat a una amiga de L contándole que se encontrarían.

Este último magistrado, luego de expresar que como juzgador es absolutamente consciente de la existencia de la violencia de género, de los

compromisos asumidos por el Estado en la materia, y hacer una mención de la normativa internacional y nacional sobre el tema, finaliza observando que en el caso no ha existido ninguno de los parámetros de violencia de género.

Señala -apodóticamente- que todo fue consentido y querido por L , que no hubo violencia física, psicológica, subordinación, humillación ni cosificación, y que las escasas lesiones en la zona genital obedecen a relaciones sexuales bruscas pero consentidas. Que tampoco existen datos que puedan demostrar amenazas coacción o amedrentamiento por parte de Farías hacia la menor.

Ahora bien, todos los extractos citados del fallo, y los elementos tenidos en cuenta por los juzgadores, exponen claramente que el mismo se fundó en intolerables prejuicios y suposiciones basados en estereotipos de género.

Estos pueden definirse como construcciones sociales y culturales, o un grupo estructurado de creencias, sobre los atributos de varones y mujeres, que se fundan en diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales.

Implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales; y en tanto asignan jerarquías de género y categorizaciones peyorativas, son discriminatorios.

Julieta Di Corleto refiere que los estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual.

Sostiene la existencia de mitos que sustituyen la prueba del consentimiento; uno de ellos es aquel que respalda la imagen que propugna que solo las mujeres vírgenes son violables, que las mujeres que son “promiscuas” o tienen “mala reputación” no pueden ser violadas. Aún cuando el pasado sexual tenga poco que ver con el consentimiento a una relación sexual, esta variable influye en la forma en la que se lo da por probado. Otro de los mitos postula que si las mujeres dicen “no” en realidad están diciendo “si”. Desde la perspectiva de este “errado saber popular”, si la mujer dice “si”

una primera vez, no hay razón para creer que en una segunda oportunidad dirá “no”. La cuestión es establecer los límites de un consentimiento, porque incluso un “sí” puede tener determinadas limitaciones y condiciones. Una mujer puede consentir un contacto sexual, pero no necesariamente un acceso carnal.

Expresa que todos los mitos en torno a la violencia sexual son perjudiciales ya que de una u otra manera inciden en la forma en la que se investigan y juzgan delitos contra la integridad sexual. Sin embargo, los mitos que influyen en la valoración del consentimiento afectan el punto neurálgico del tipo penal. Los estereotipos que establecen una calificación sobre el comportamiento sexual de la víctima abren carriles para dar por probada una conducta singular: el consentimiento. (Di Corleto, Julieta, *“Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”*, NDP 2006/B, Editores del Puerto, Buenos Aires).

De acuerdo al análisis de los jueces, y la clasificación de estereotipos realizados por Rebecca Cook y Simone Cusack, en su libro *“Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales”*, L no coincidía con las expectativas de los roles que una sociedad patriarcal espera de una mujer, su comportamiento no encuadraba en el **estereotipo de sexo**: se centran en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres (v.g. la fuerza física relativa de hombres y mujeres) (L no se mostraba como una mujer débil, ni vulnerable); ni en el **estereotipo sexual**: son los que dotan a los hombres y a las mujeres de características o cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexuales, la iniciación sexual y las relaciones sexuales, la intimidad, posesión y violencia sexuales, el sexo como transacción (a cambio de dádivas, oportunidades o dinero) y explotación sexual (L salía con los hombres que quería); ni con los **estereotipos sobre los roles sexuales**: aquellos que describen una noción normativa o estadística sobre los roles o comportamientos apropiados de hombres y mujeres (su comportamiento no era el esperado

para una niña, ni su cuerpo tenía lesiones severas que demostraran la resistencia a la violación y la ausencia de consentimiento).

Es decir, para los Magistrados, L. [redacted] evidentemente no coincidía con el estereotipo de la mujer víctima de violencia de género y violación, que no hubiera podido consentir.

De lo expuesto, se desprende que el decisorio puesto en crisis demuestra el androcentrismo del derecho: descartaron el eventual abuso sexual respecto de L. [redacted], porque ella era una chica con una personalidad fuerte, con carácter, determinada y por ende, no vulnerable.

Para ello, tuvieron en cuenta sus conversaciones privadas de chats que aludían a la forma en cómo se relacionaba sexualmente con los hombres, infiriendo de ello, que era imposible que no hubiera habido consentimiento.

Entiendo que el Tribunal se basó en prejuicios de sexo, guiando su razonamiento en base a estereotipos e ideas preconcebidas. Se infirió el eventual consentimiento, aludiendo a la personalidad de la víctima, a la poca diferencia de edad con el agresor y a su pasado sexual. Estos estereotipos son meras afirmaciones dogmáticas desprovistas de sustento fáctico que descalifican al decisorio como acto jurisdiccional válido.

En consideración a ello tiene dicho la Suprema Corte de Nuestra Provincia, que el empleo de estereotipos de género en el razonamiento de los jueces constituye uno de los obstáculos que impiden a las mujeres el ejercicio de su derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, y conducen a descalificar su credibilidad y a asignarles una responsabilidad tácita por los hechos denunciados, por ejemplo, en virtud de su relación real o supuesta con el agresor (causa P. 125.687, "V., R.E. Particular damnificado s/Recurso de queja", sent. de 23-10-2019).

Al respecto, Catharine Mac Kinnon refiere que la ley contra la violación divide el mundo de las mujeres en ámbitos de consentimiento, según cuanto se presume legalmente de las mujeres en lo que se refiere al acceso sexual por parte de diferentes categorías de hombres.

Señala que la ley divide entre mujeres violables (niñas buenas, virginales) y mujeres no violables (niñas malas, esposas, prostitutas, que consienten) y si el acusado conoce a la mujer, como en este caso, el consentimiento se presume.

Mac Kinnon indica que las normas jurídicas promueven un modelo de sexualidad femenina, caracterizado por la monogamia, la heterosexualidad y la pasividad. Las normas favorecen a las mujeres casadas, que tienen sexo solo con sus maridos. Aquellos que detentan el poder, no las mujeres, han diseñado las normas, los organismos encargados de su implementación y la administración de justicia, y son quienes conducen las prácticas relevantes, tanto en lo formal como en lo sustancial. Así el derecho constituye el resultado de creencias implícitas que apuntala, difunde y proyecta la imagen del sistema patriarcal, ocultando las discriminaciones genéricas. (Mackinnon, Catharine A., "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista", en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2006, pags. 193 y sigs.).

Otro mito respecto al abuso sexual en torno a la violencia sexual, -solo es cometido por extraños- (Di Corleto, Julieta, ob. cit.) es considerado por el Tribunal para desestimar la posible comisión del abuso, toda vez que L ya conocía al imputado. Bajo ese parámetro, los señores Jueces dieron por sentado que concurrió voluntariamente al encuentro, y que por su personalidad y grado de autodeterminación, no había elementos que hicieran suponer una situación de vulnerabilidad.

Al respecto, Susan Estrich, al analizar el sexismo -expresado en el derecho penal-, refiere que cuando víctima y victimario se conocen, cuando el escenario no es un callejón sino una habitación, cuando el contacto inicial no fue un secuestro sino una cita, cuando la violencia empleada es menor, suele decirse que no se ha cometido ningún delito, y que si hay culpa, es de la mujer. (Estrich, Susan, "*Violación*", en *Justicia, género y violencia*", Julieta Di Corleto (comp.), Editorial Librería-Red Alas, Buenos Aires, 2010).

Históricamente, en el momento de determinar si hubo o no “consentimiento” de la víctima, en nuestros tribunales, sólo se ha dejado un lugar muy reducido para este concepto; definiéndose en virtud de la ausencia de datos que confirmen el desacuerdo y de una serie de indicios acerca de un presunto acuerdo, con la exigencia de que la resistencia haya sido constante, y no en función del acuerdo y de la aceptación de las partes. No oponer suficiente resistencia, se consideraba sinónimo de consentimiento, sin tener en cuenta los riesgos de muerte o de daños graves que pueden correr las mujeres ni las circunstancias de desventajas física o instrumental evidente, y se han exigido rastros de la resistencia: gritos, lesiones, desgarros de vestimenta, etc.; es decir, se reducía a datos verificables que pudieran peritarse.

Duncan Kennedy, expresa que los roles femeninos en los guiones del abuso sexual, tales como “la provocadora”, “la mentirosa vengativa”, “la fabuladora histérica”, “la demasiado susceptible”, ninguna de ellas cumple su parte del acuerdo y por lo tanto renuncian a la protección patriarcal. Viendo a mujeres víctimas nuevamente victimizadas en los procesos judiciales –como en nuestro caso L - o en los medios de comunicación, los hombres y las mujeres aprenden que la reparación por abuso sexual depende de que la afectada sea o parezca una víctima “perfecta”, lo cual significa ajustarse a las normas patriarcales. (Kennedy, Duncan, *“Abuso sexual y vestimenta sexy: cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación”*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, pp. 19-63).

A pesar de la exposición de conceptos que hace uno de los magistrados, ilustrando sobre lo que se entiende por violencia de género –los cuales no se plasmaron en el fallo al resolver-; la existencia de patrones socioculturales discriminatorios, impidieron que el caso fuera tratado con perspectiva de género.

Pensar el derecho penal con perspectiva de género exige mucho más que diseñar normas categóricas susceptibles de ser aplicadas a una infinidad de supuestos, pero inidóneas para resolver conflictos en concreto.

La relación de las mujeres con el derecho penal demanda una reflexión profunda sobre un tema complejo, para dar una respuesta efectiva.

Lo cierto es que, llegada a juicio la causa, los jueces decidieron –con los elementos colectados y la prueba producida–, hacer énfasis en la poca seriedad de la fiscal, e indebidamente se aplicaron en el análisis de la vida íntima de la víctima anterior al hecho, sin contextualizar los hechos desde una perspectiva de género.

Cabe recordar, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el incumplimiento de investigar con la debida diligencia refuerza la impunidad de actos de violencia de género. Su abordaje debe hacerse de manera seria y exhaustiva.

Como puede observarse, de los extractos referenciados del fallo, se deduce que el mismo no es neutral. Sus concepciones sexistas son inocultables. Es un decisorio subjetivo y tendencioso, prejuicioso, parcial y discriminatorio; tanto las descripciones que se hacen de la víctima, como del comportamiento de Farías, demuestran un doble parámetro en la valoración de las conductas de ambos: hay una consideración diferenciada de la conducta de acuerdo al sexo. Pone énfasis en la conducta sexual de la víctima (inexplicablemente y prácticamente se la responsabiliza por lo que pasó), se enfoca principalmente en su personalidad, su forma de relacionarse con los hombres, su vida social, su vida sexual anterior, su fuerte carácter, y todo ello es valorado negativamente.

Considero que el fallo, a ese respecto, en su análisis de los hechos y valoración de la prueba, viola las convenciones internacionales y la normativa nacional que rigen el punto. Toma el historial sexual, y conductas pasadas, para presumir el consentimiento en este hecho, violando su derecho a la intimidad que debe quedar en su esfera privada (art. 19 Constitución Nacional).

En línea con lo antedicho resulta ser una sentencia que sigue perpetuando estereotipos de género, decidiendo arbitrariamente y sin una

derivación razonada de las constancias (aún considerando que las mismas sean deficientes), y sin una perspectiva de género.

La influencia de los estereotipos de género discriminatorios, demuestra su parcialidad y es una expresión de violencia institucional. La Corte Interamericana reafirmó la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género pues de esta forma se envía el mensaje de que la eventual violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia (Corte IDH, Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México).

La violencia ejercida contra las mujeres es el símbolo más brutal de la desigualdad por razón de género y una grave vulneración de sus derechos.

Un mal funcionamiento del sistema de justicia como forma de violencia institucional hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez que entra en contacto con ese sistema de justicia.

La revictimización puede suceder fuera del propio proceso penal e incluso en el mismo proceso produciendo daños o perjuicios psicológicos, sociales, judiciales o económicos en momentos posteriores al delito, como por ejemplo realizar diferentes declaraciones y explicar los hechos reviviendo la situación de violencia sufrida.

Esa revictimización es consecuencia de las malas o inadecuadas prácticas que provienen de las instituciones y es un resultado directo, aunque no exclusivo, de la violencia institucional que incluye acciones u omisiones del estado de las que este es directamente responsable.

Algunas de las causas que llevan a la revictimización son las referidas a los estereotipos de género y el cuestionamiento a la víctima en lo que hace a la repetición del relato y/o la minimización de los hechos conllevando a la descalificación, al descrédito y la falta de empatía respecto de las mujeres como integrantes de colectivos vulnerables.

En el caso de autos, resulta evidente que el razonamiento del Tribunal resultó guiado por prejuicios y estereotipos que lo llevaron a desviarse del objeto sometido a su decisión, apartándose de la normativa Nacional vigente y de los estándares Internacionales en materia de Género.

Por todo lo expuesto, estimo que estos vaivenes en el razonamiento del órgano colegiado hicieron mella en el desenlace arribado, no pudiendo avalar el mismo como un pronunciamiento jurisdiccional válido.

En consecuencia, y enterado en el intercambio de ideas de este Acuerdo de los medulosos argumentos de mis colegas de Sala, no puedo menos que adherir a ellos y hacerlos míos y es por ellos que propongo al Acuerdo: rechazar el planteo de la Defensa respecto del **hecho número 1**, donde se condena a Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en inmediaciones de un establecimiento educativo, confirmando asimismo, el punto VII de la sentencia donde ordena la destrucción del material estupefaciente secuestrado y los elementos vinculados a su comercialización y el decomiso de la camioneta Fiat Adventure dominio KGB-789 -una vez firme la misma-, manteniendo lo dispuesto en los puntos V y VI y anular la sentencia puesta en crisis en punto al pronunciamiento respecto del hecho **numerado como 2**, donde se absuelve a Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani en orden a los delitos por los que resultaran intimados; debiendo el Tribunal Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata integrado con jueces hábiles, proceder a la realización de un nuevo juicio con la premura que el caso amerita, y el dictado de un nuevo pronunciamiento, sin costas en esta instancia (arts. 106, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 461, 530, 531, 532 y concs. del C.P.P.).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

En lo que hace a lo decidido en virtud del recurso de los acusadores, merece la pena formular algunas reflexiones.

Hay momentos donde debemos pensar y repensar nuestras prácticas, ésta es una oportunidad para ello.

El mexicano Octavio Paz dijo sabiamente *“Las masas humanas más peligrosas son aquellas en cuyas venas ha sido inyectado el veneno del miedo.... del miedo al cambio”*.

He tenido la oportunidad de adentrarme al estudio de la temática de la perspectiva de género en épocas no lejanas. Así fue que el primer desarrollo que he formulado junto con mi colega de Sala lo fue en el marco de la causa N° 75.136 “Ortega Villa, Paulino s/ recurso de Casación” y su acumulada n° 75.132. Con posterioridad, he profundizado en esta materia en el fallo dictado integrando la Sala VI de este Tribunal en la causa N° 69.680 “Bejarano, Reyna”, la cual estaba también atravesada por la problemática de las personas migrantes. Todos estos análisis me han llevado a ampliar mi percepción y a abrirme al cambio de pensamientos instalados luego de largos años de orgulloso desempeño en el mundo del derecho, en donde tuve la fortuna de cumplir todos los roles que pueden desarrollarse en el proceso penal. Y he entendido que en materia de género no puede prescindirse –además de la voluntad de ampliar la forma de pensar- de un elemento que humildemente opino que es esencial para ello que es la empatía. Nada se logra sin apertura al cambio y sin la capacidad de identificarse con alguien y poder comprender sus sentimientos.

No siempre se trata de castigar o premiar procederes cuestionados, quizás cada tanto nos debemos una serena y profunda reflexión sobre lo que venimos sosteniendo en forma histórica en nuestro actuar judicial, entender que nada es inmutable y eterno y abrazar lo nuevo si ello implica reconocimiento de más derechos, promoviendo la igualdad. Ello es la esencia de la ciencia jurídica, que no posee parámetros rígidos como la matemática o la física y por ello es que resulta propia de la esencia humana.

En los tiempos que corren no bastan declamaciones estridentes, sino que lo que se necesita en el ámbito de la administración de Justicia son miradas y decisiones ampliatorias de derechos que muestren que esa igualdad que es pregonada por las leyes e instrumentos internacionales es realmente posible y necesaria.

Tratándose de un caso donde los imputados llegaron al juicio oral acusados de hechos donde la existencia de violencia de género se discutió desde el inicio de las investigaciones, el estándar probatorio debió ser regido por la aplicación de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la ley destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y la Ley provincial 12.569. Aclaro que no basta con enunciar que se ha tomado la perspectiva señalada sino que hay que demostrar en los razonamientos que eso efectivamente se ha hecho. No ocurre esto en el pronunciamiento en crisis.

Una investigación y producción de prueba irre?exiva puede aparejar una mirada prejuiciosa sobre las mujeres. De otro lado, las exigencias de debida diligencia en la investigación de estos casos, se plasman en la exhaustividad y en el principio de amplitud probatoria signados por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaborada a partir del precedente “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, rta. el 1/9/2011, el cual cristaliza una regla de los estudios de género. Dentro de la misma, se debe sospechar de las evaluaciones abstractas alejadas de su contexto.

El primer interrogante que se plantea el Magistrado de la instancia que lidera el acuerdo se evidencia formulado en forma errónea.

El Juez se pregunta si la dependencia de L a los estupefacientes era de tal magnitud que ello le imposibilitó dirigir su voluntad al extremo de mantener relaciones sexuales a cambio de ellos.

Ello me lleva a sostener un primer interrogante: ¿Sólo una adolescente que presente un alto grado de adicción permite preguntarnos si las relaciones sexuales que mantuvo a cambio de estupefacientes pudieron no ser consentidas? ¿Qué sucede en el inicio de las adicciones, y en los estados intermedios?

Dado el contexto en el que acontecieron los hechos, ¿sólo un alto grado de adicción podía condicionar la voluntad de la adolescente?

El Tribunal concluye que al no ser de gran magnitud el grado de adicción de L , ergo, si tuvo relaciones sexuales con el imputado, éstas en principio fueron consentidas.

De esta forma se limita a valorar patrones tradicionales de vulnerabilidad, y ante la ausencia de los que habitualmente se analizan para determinarla, la descartan. Es decir, los elementos que analiza si bien son válidos para tener por acreditada o no la vulnerabilidad, en el caso no fueron suficientes, mas existían otros que el Tribunal obvió merituar. El grado de adicción no significó el único extremo a valorar como elemento condicionante de la voluntad.

Los Jueces de juicio hacen referencia a un patrón de mujer adolescente al que solo una dependencia a los estupefacientes le harían tener relaciones sexuales a cambio de ellos (bajo un consentimiento viciado); por tanto concluyen, si L no presentaba esa dependencia, las relaciones sexuales sostenidas entre el imputado Farías y ella fueron consentidas.

Insisto aquí con el interrogante primero que me he formulado: ¿Sólo una adolescente que presente un grado alto de dependencia puede aceptar

tener relaciones sexuales a cambio de estupefacientes? Esa afirmación carece de razonamiento lógico, ya que al menos a modo de ejemplo cabría preguntarse también ¿qué sucedería con las jóvenes ante un primer acto de consumo, y con los grados intermedios de adicción?

Entiendo que el razonamiento llevado a cabo por los magistrados no resulta admisible.

En segundo orden, el Tribunal de Juicio prosiguió, una vez descartado que L se encontraba dentro de los grupos vulnerables toda vez que llevaba una vida normal y no se acreditó que su adicción la llevaba a la desesperante situación de tener que aceptar tener relaciones sexuales a cambio de sustancias estupefacientes, preguntándose si L era una persona que fácilmente pudiera ser sometida a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento.

De allí se puede deducir que para el juzgador –conforme los preconceptos indicados líneas arriba- aparentemente el universo de las mujeres se divide en por lo menos dos grupos, uno integrado por mujeres que por su débil carácter son fácilmente sometidas a tener relaciones sexuales sin su consentimiento, y en el otro extremo, un segundo habitado por mujeres que por su carácter no resultan fáciles de ser sometidas a ello sin su consentimiento. En definitiva, para el Tribunal –imbuido de sus prejuicios- L se encontraba en esta última categoría.

A la luz de lo dicho, emerge un nuevo enigma: ¿qué importancia tiene el carácter que exterioriza en su entorno social una adolescente para inferir a partir ello semejante conclusión? Aún más, en el proceso penal, y en lo que respecta a los delitos de índole sexual en particular, el extremo que debe probarse en el caso particular, y no deducir en función de comportamientos o experiencias previas, es la falta de consentimiento de la víctima al momento del hecho.

No se trata de un consentimiento en sentido natural, sino jurídico. Los tipos penales previstos en el Capítulo II Título III del Código Penal hacen referencia a un sujeto pasivo cuya disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad se ha visto afectada a consecuencia de un acto de agresión sexual, provocado mediante amenazas o violencia física, o la libre determinación de la víctima se vio vencida producto de un ejercicio de poder, proveniente de una relación de dependencia, de autoridad, no siendo taxativa la enunciación de medios, pero tratándose en todos los casos de personas que no pudieron consentir libremente dado que no se encontraban en pie de igualdad. Así es que la determinación de la vulnerabilidad de la víctima debió ser abordada desde una óptica integral y no en forma sesgada como lo ha hecho el sentenciante.

El Tribunal para sostener su hipótesis valoró la intimidad sexual de la adolescente transcribiendo conversaciones por chat de ella mantenidos con amigos y otros hombres, charlas que darían cuenta de la cantidad, modalidad y preferencias sexuales de la joven, concluyendo con ello que "las vivencias" de la víctima alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sexualmente sin su voluntad.

En síntesis, para estos jueces una mujer experimentada sexualmente y de carácter fuerte, difícilmente pueda "ser sometida sin su voluntad".

Pareciera que, ante tanta intimidad ventilada, y la construcción de un estereotipo de mujer adolescente fuerte, se exigió a la víctima la demostración de un acto de resistencia, de lo contrario su presencia allí y todo lo que aconteció resultó consentido por ella.

No bastó la intromisión en la intimidad de la joven, sino que la información que a partir de ello se obtuvo, se construyó un estereotipo de mujer-adolescente, cuyas experiencias previas, sus características y la forma en que ella se comunicaba con el entorno, todo ello adunado le

impuso la carga de tener que dar muestras inequívocas de resistencia a un ataque, y ante su ausencia se concluyó que la voluntad de la joven no se encontraba viciada.

Lo precedente representa el altísimo costo que la víctima debió pagar al ser juzgada más ella y su pasado que la conducta reprochada a los acusados.

A continuación, se preguntó el Tribunal si existió relación de subordinación entre L y el imputado Farías que le hicieron mantener relaciones sexuales no consentidas. A dicho interrogante respondió que la adolescente no se encontraba en una situación semejante que llevara a mantener relaciones sexuales no consentidas, que ella no se encontró física ni moralmente condicionada a concurrir al domicilio de Farías.

Para arribar a esta conclusión valoró los intercambios de mensajes que mantuvieron la víctima con el imputado hasta el momento de concretar el encuentro.

Ahora bien, que L no haya sido coaccionada física o moralmente a concurrir al domicilio no implica interpretar ello como la expresión de un consentimiento a mantener relaciones sexuales.

No corresponde hacer afirmaciones genéricas y deducciones en función de ellas, el ingreso consentido a una vivienda no implica que todo lo que suceda allí también lo sea, como ya se dijo, el consentimiento debe ser prestado en el momento del acto sexual, es más, incluso puede alguien compartir el deseo de mantener relaciones sexuales y luego arrepentirse o simplemente negarse a ello.

Los estándares internacionales advierten sobre la necesidad de estar atentos a argumentaciones que justifiquen la violencia de género, porque la conciben como una cuestión “privada” en importancia o porque contengan estereotipos sexistas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la importancia de que los sistemas jurídicos internos prevean reglas que eviten afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas, extendiendo tal exigencia a la valoración de la prueba (conf. “Espinoza González vs. Perú”, rta. 20/11/2014), dado que muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer (“Velásquez Paíz vs. Guatemala”, párr. 183, rta 19/11/2015).

También se ha dicho que la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan (“Velásquez Paíz vs. Guatemala”, párr. 182).

A la luz de todo lo expuesto, estimo que el razonamiento de los Jueces de grado se ha visto contaminado con los preconceptos que se han formado en forma previa al análisis de la prueba y de la situación fáctica que reconstruyeran en el debate, extremo que tan prolija y contundentemente fuera reseñado por el Dr. Natiello en forma precedente. Dicha concepción alteró sin dudas el prisma a través del cual han tamizado la apreciación de los hechos ventilados en el juicio, proyectando esos preconceptos al resto de sus razonamientos, lo que descalifica sus conclusiones como un razonamiento fundante de un pronunciamiento judicial válido.

Es por ello que presto mi adhesión a la solución propiciada por el Dr. Natiello.

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Mancini, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello y a las manifestaciones expuestas por el Dr. Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Los representantes de los Particulares Damnificados alegan como absurda la valoración probatoria tenida en cuenta por el “a quo” al momento de absolver libremente a Alejandro Alberto Maciel en orden al delito de encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente **–Hecho N°3–**

Al respecto debo decir que, en orden a lo hasta aquí resuelto en el acápite anterior, y sin perjuicio de la resolución a la que pudiere arribarse oportunamente, advierto que existe una vinculación necesaria entre la imputación de encubrimiento agravado por la gravedad del hecho que reclamaran los particulares damnificados con relación a Alejandro Alberto Maciel y la que se deslizara a los imputados Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani, y en virtud de lo tratado y propuesto al Acuerdo en el hecho **denominado n°2**, es que corresponde adoptar idéntica medida nulificante del resolutorio absolutorio respecto a Alejandro Alberto Maciel, en el **hecho numerado como 3**, en orden al delito de encubrimiento agravado por la gravedad del **hecho número 2**; y remitir los obrados para su nuevo juzgamiento en aras a la uniformidad y coherencia de los ítems a resolver.

Así lo voto.

A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez doctor Mancini, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la quinta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Visto el modo en que han quedado resueltas las cuestiones precedentes estimo corresponde: 1) declarar admisibles los recursos de Casación interpuestos por la señora Defensora Oficial Departamental, doctora María Laura Solari en favor de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani; por el señor Fiscal General de Cámaras y el señor Agente Fiscal Departamental, doctores Fabián Uriel Fernández Garello y Daniel Eduardo Vicente y por los señores Particulares Damnificados G E P , M S M y M P M con el patrocinio letrado del doctor Gustavo Adolfo Marceillac; 2) rechazar el remedio deducido por la Defensa respecto del **hecho número 1** del veredicto y sentencia que lo condenara a Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en inmediaciones de un establecimiento educativo (arts. 5 inc. c y 11 incs. a) y e) de la ley 23.737) , confirmando asimismo, el punto VII de la sentencia del Tribunal donde ordena la destrucción del material estupefaciente secuestrado y los elementos vinculados a su comercialización y el decomiso de la camioneta Fiat Adventure dominio KGB-789 -una vez firme la misma-, manteniendo también lo dispuesto en los puntos V y VI de dicho resolutorio; sin costas por existir razones plausibles para intentarlo, 3) hacer lugar al recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal y por los Particulares Damnificados y, en consecuencia, anular el veredicto respecto del hecho **numerado como 2**, donde resultaron absueltos Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani en orden a los delitos por los que fueron intimados, y respecto del

numerado como 3 donde se absuelve a Alejandro Alberto Maciel, en orden al delito de encubrimiento agravado por la gravedad del hecho número 2 (art. 277 inc. 1 b y 3) del CP), debiendo el Tribunal Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, integrado con jueces hábiles, proceder a la realización de un nuevo juicio con la premura que el caso amerita, y al dictado de un nuevo pronunciamiento, sin costas (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 54, 80 inc. 11, 119 p. 3° y 124, 277 inc. 1 b y 3 del C.P. y 13 de la ley 23.737, 106, 201, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 461, 530, 531, 532 y concs. del C.P.P.); 4) tener presente la reserva del caso federal efectuada por la Defensa y por los representantes del Ministerio Público Fiscal (artículo 14 ley 48); 5) diferir la regulación de honorarios profesionales al representante técnico de los Particulares Damnificados, doctor Gustavo Marceillac, por la labor desplegada en esta Sede, para una vez regulados en la instancia (arts. 1, 9, 16, 33 y 51 Ley 14.967) y 6) regular los honorarios profesionales de la doctora María Florencia Piermarini (T°XIX F° 279 C.A.L.M.) en diez (10) unidades jus, por la actuación desplegada en esta Sede, con más el 10% de la ley 10.628 (arts. 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 14.967; 1 y 12 inciso a) de la ley N° 8455 y artículo 534 del C.P.P. –ley N° 11.922- debiendo procederse como determina el artículo 22 de la ley N° 6716).

Así lo voto.

A la misma quinta cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma quinta cuestión planteada, el señor Juez, doctor Mancini, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I. Declarar admisibles los recursos de Casación interpuestos por la señora Defensora Oficial Departamental, doctora María Laura Solari en favor de Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani; por el señor Fiscal General de Cámaras y el señor Agente Fiscal Departamental, doctores Fabián Uriel Fernández Garelo y Daniel Eduardo Vicente y por los señores Particulares Damnificados G E P , M S M y M P M con el patrocinio letrado del doctor Gustavo Adolfo Marceillac.

II.- Rechazar el remedio deducido por la Defensa respecto del **hecho número 1** del veredicto y sentencia que lo condenara a Matías Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani como coautores del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser en perjuicio de menores de edad y en inmediaciones de un establecimiento educativo (arts. 5 inc. c y 11 incs. a) y e) de la ley 23.737) confirmando, asimismo, el punto VII de la sentencia del Tribunal donde ordena la destrucción del material estupefaciente secuestrado y los elementos vinculados a su comercialización y el decomiso de la camioneta Fiat Adventure dominio KGB-789 -una vez firme la misma-, manteniendo también lo dispuesto en los puntos V y VI de dicho resolutorio; sin costas por existir razones plausibles para intentarlo.

III.- Hacer lugar al recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal y por los Particulares Damnificados y, en consecuencia, anular el veredicto respecto del hecho **numerado como 2**, donde resultaron absueltos Matías

Gabriel Farías y Juan Pablo Offidani en orden a los delitos por los que fueran intimados, y respecto del hecho **numerado como 3** donde se absuelve a Alejandro Alberto Maciel, en orden al delito de encubrimiento agravado por la gravedad del hecho número 2 (art. 277 inc. 1 b y 3) del CP), debiendo el Tribunal Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, integrado con jueces hábiles, proceder a la realización de un nuevo juicio con la premura que el caso amerita, y al dictado de un nuevo pronunciamiento, sin costas.

Arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 54, 80 inc. 11, 119 p. 3° y 124, 277 inc. 1 b y 3) del C.P. y 13 de la ley 23.737, 106, 201, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 461, 530, 531, 532 y concs. del C.P.P.-

IV.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la Defensa y por los representantes del Ministerio Público Fiscal.

Artículo 14 de la ley 48.

V.- Diferir la regulación de honorarios profesionales al representante técnico de los Particulares Damnificados, doctor Gustavo Marceillac, por la labor desplegada en esta Sede, para una vez regulados en la instancia.

Arts. 1, 9, 16, 33 y 51 Ley 14.967.

VI. Regular los honorarios profesionales de la doctora María Florencia Piermarini (T°XIX F° 279 C.A.L.M.) en diez (10) unidades jus, por la actuación desplegada en esta Sede, con más el 10% de la ley 10.628.

Artículos 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 14.967; 1 y 12 inciso a) de la ley N° 8455 y artículo 534 del C.P.P. –ley N° 11.922- debiendo procederse como determina el artículo 22 de la ley N° 6716.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al Tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

MJBL/RM

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 12/08/2020 12:16:20 - NATIELLO Carlos Angel
(cnatiello@jusbuenosaires.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 12/08/2020 12:44:36 - KOHAN Mario Eduardo -

Funcionario Firmante: 12/08/2020 13:07:25 - MANCINI HEBECA Fernando
Luis Maria -

Funcionario Firmante: 12/08/2020 13:12:58 - OTHARÁN Olivia -

235802150002519931

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA IV - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS