



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, a los 20 días del mes de octubre de dos mil once, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Jorge Hugo Celesia y Fernando Luis María Mancini (art. 451 in fine del C.P.P. según ley 13.812), para resolver el recurso interpuesto por el defensor particular a favor de **M. A. M.**, registrado bajo el n° **44764**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA – MANCINI**.

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial Morón, el 30 de abril de 2010 luego de un juicio oral resolvió –en lo que aquí interesa- condenar a M. A. M. a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y el pago de la mitad de las costas del proceso por resultar autor penalmente responsable de los delitos Homicidio y lesiones leves –reiteradas en tres ocasiones- todos cometidos con arma de fuego, portación no autorizada de arma de guerra, sustracción de menor de diez años de edad y violación de domicilio –dos hechos- todos en concurso real, declarándolo reincidente.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Contra dicha resolución, el Defensor Particular, Dr. Camilo Gustavo Suárez, interpuso el recurso de casación que figura a fojas 22/28 del presente legajo.

Efectuadas las vistas correspondientes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Corresponde hacer lugar al recurso interpuesto?

A la **cuestión** planteada, el juez **Celesia** dijo:

I- El recurrente esgrime en su escrito cuatro motivos de agravio vinculados con la forma en que se tuvieron por acreditados varios de los hechos imputados, denunciando la inobservancia de los arts. 1, 3, 106 y 210 del C.P.P. Respecto del delito de sustracción de un menor de diez años de edad considera que no se configuró el tipo previsto en el art. 146 del C.P.

a) En primer lugar sostiene que el a quo valoró en forma errónea la prueba relativa al delito de homicidio simple que se le atribuyó a M..

Considera que su pupilo brindó una explicación veraz tendiente a esclarecer los hechos, sin negar su presencia en el lugar aunque lejos estuvo de admitir las consecuencias finalmente sucedidas. Dice que M. brindó una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

versión con total veracidad y con sincero arrepentimiento por el fallecimiento de Rodríguez. Según su criterio, la versión del acusado encontró corroboración en toda la prueba recibida a excepción de los dichos de Graciela Haydeé Pallares quien declaró en forma parcial, subjetiva y poco creíble.

A juicio del recurrente pudo demostrarse a lo largo del debate que el disparo que terminó con la vida de Rodríguez se produjo en forma accidental, cuando la víctima y el imputado forcejeaban en forma violenta, sin que haya existido intencionalidad por parte de su asistido.

Agrega que ese forcejeo violento no fue presenciado por ningún testigo pues ocurrió en un lugar de la vivienda donde sólo se encontraban la víctima y el acusado.

Según su criterio no existió intención de matar por parte de su asistido porque de haber querido terminar con la vida de la víctima hubiese esperado el momento justo para hacerlo, lo que demuestra que no existió dolo homicida sino la necesidad de tener consigo a su hija para sacarla del turbio ambiente en el que se encontraba.

Menciona que el disparo accidental se produjo como resultado del forcejeo y sólo pudo llegarse a la conclusión contraria a partir de una errónea valoración probatoria.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Cuestiona la declaración brindada por la Sra. Pallares por considerarla falsa y fantasiosa, alejada de toda realidad.

Solicita en consecuencia la libre absolución de su asistido en este hecho por no haberse acreditado en forma debida la intención de matar.

b) En segundo lugar considera que el tribunal también valoró en forma errónea la prueba relativa a la portación ilegal de arma de guerra pues entiende que no existen elementos que permitan tener por configurado ese delito.

Sobre este punto considera que no se le puede atribuir a M. la portación de un arma de guerra porque al no haberse secuestrado ningún arma no pudo determinarse si la que llevaba ese día consigo era de guerra, de uso civil o de alguna otra clase.

Agrega que el secuestro de proyectiles en la vivienda y en el cuerpo de la víctima tampoco alcanzó para poder determinar que tipo de arma portaba M. en virtud de que los mismos presentaron deformaciones que imposibilitaron su cotejo. Además señala que en el lugar del hecho se advirtió la presencia de un revólver calibre 32 largo con signos de haber sido utilizado.

En razón de esas consideraciones estima que existe una orfandad probatoria que impide atribuirle a M. la comisión del delito previsto en el art. 189 bis del C.P. por lo que solicita su absolución.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

c) En tercer lugar el recurrente sostiene que no existen en la causa elementos de prueba que permitan atribuirle a su asistido el delito de sustracción de menores previsto en el art. 146 del C.P.

Menciona que si bien no está registrado en las partidas correspondientes el vínculo paterno de su defendido con la menor, ninguna duda existió sobre su paternidad, tal como quedó demostrado en el juicio a partir de lo declarado por Rondan y M..

Agrega que habiéndose acreditado la paternidad de M. y que el mismo no fue despojado de la patria potestad, el tipo del art. 146 del C.P. no le es aplicable porque el padre no puede ser sujeto activo del delito allí previsto.

A ello añade que deben tenerse en consideración las características del hecho como por ejemplo que la menor estaba conviviendo en un clima hostil y de constante violencia. Frente a esa situación considera que el arrebatamiento de la niña fue un acto desesperado del padre cuyo único objetivo fue defender a su hija y retirarla de ese lugar.

Por otro lado menciona que el a quo no tuvo en consideración la duración de la sustracción, ya que la beba fue devuelta a su madre en menos de cuatro horas. A su juicio esa circunstancia es de suma importancia porque para que se configure el tipo en cuestión la sustracción debe ser duradera en el tiempo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En razón de ello concluye que no advierte la configuración de la figura delictiva prevista en el art. 146 del C.P. por lo que solicita la absolución de M. en ese delito.

d) El último agravio del recurrente se dirige a cuestionar la valoración probatoria llevada a cabo por el a quo para tener por acreditados los dos hechos calificados como violación de domicilio que se le atribuyeron a M..

Respecto del primero de esos hechos dice que según surge de las declaraciones prestadas por la víctima Rondán, ésta siempre dejaba entrar al imputado a su casa y que ese día de manera incomprensible tomó otra actitud prohibiéndole el ingreso.

En relación con el segundo hecho dice que su asistido ingresó a un domicilio sin violencia y por temor, con el único afán de proteger su vida y no ser dañado por los policías. Agrega que el dueño de la vivienda no le dio tiempo para expresarse y en ese momento fue aprehendido por la policía.

Concluye señalando que en ninguno de los dos casos el acusado tuvo la intención de violar los domicilios razón por la cual solicita su absolución.

En razón de todo lo expuesto solicita que se haga lugar al recurso interpuesto y se absuelva libremente a su asistido en todos los hechos mencionados.

II- A fs. 49 el Defensor desistió de la celebración de la audiencia prevista por el art. 458 del ritual.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

III- Al momento de presentar el memorial que prevé el art. 458 del C.P.P. el Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Jorge Armando Roldán, propició el rechazo de la queja, considerando que los reclamos del recurrente constituyen una reiteración de los argumentos utilizados durante el juicio que fueron respondidos por los sentenciantes en forma eficaz.

Dice que el recurrente al denunciar que el tribunal incurrió en absurdo se limitó a brindar una versión diferente del modo como considera que ocurrieron los hechos sin demostrar el quiebre en el razonamiento lógico del juzgador.

En relación con la acreditación del dolo homicida sostiene que al tratarse de un hecho subjetivo su prueba debe fundarse en un juicio de inferencia a partir de hechos exteriores y que en el caso toda la prueba demostró que existió una intención de matar pues los testigos relataron que el imputado se presentó en el domicilio de la víctima portando un arma de fuego, ingresó al mismo en forma violenta y persiguió a la víctima y le disparó. A juicio del Fiscal esa acción directa de dispararle a corta distancia y a centros vitales del cuerpo demuestra su intencionalidad.

Agrega que si la real intención del acusado era sacar a su hija del lugar, claramente le hubiera bastado con cumplir acciones menos gravosas para lograr su objetivo e incluso si se hubiese presentado en forma pacífica podría haber constatado que no existía en el lugar un clima de violencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Respecto de la forma en que el tribunal tuvo por acreditado que el imputado portó un arma de guerra sostiene que si bien no pudo secuestrarse la misma, no caben dudas de su existencia y utilización tal como surge de la cantidad de vainas servidas secuestradas en el lugar como así también por la causa de la muerte de Rodríguez que no fue otra que las heridas provocadas con proyectiles del calibre 9 mm.

Respecto de la sustracción de la niña, contrariamente a lo afirmado por el recurrente entiende que la prueba resulta contundente y si bien la misma fue restituida a la madre a las pocas horas ello se logró con la actuación de la policía y no por la decisión voluntaria del acusado.

Por último y en cuanto a la falta de intención de violar los domicilios, considera que la queja no pasa de ser una mera opinión del reclamante que no encuentra sustento en ningún elemento probatorio y que por el contrario se acreditó en forma debida que M. ingresó a las viviendas de Arguello y de Rondán deliberada y voluntariamente sorprendiendo a las víctimas en su intimidad lo que provocó la indudable afectación de sus derechos.

Por todo ello solicita que se rechace el recurso interpuesto a favor de M. A. M..

IV- Entiendo que ninguno de los agravios esgrimidos por el letrado defensor merece prosperar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

El recurrente denuncia que el tribunal incurrió en absurdo al valorar la prueba relativa a varios de los hechos atribuidos a M..

Sin embargo debo señalar que luego de haber efectuado el máximo esfuerzo de revisión posible en la tarea de fiscalización del fallo condenatorio, y sin magnificar la limitación de la falta de intermediación derivada de la oralidad, no advierto defectos invalidantes y coincido con la ponderación de la prueba efectuada por el tribunal y las conclusiones que extrajo de la misma.

El a quo tuvo por acreditado que el 1º de enero de 2009, cerca de la hora 16, el acusado concurrió con una pistola 9 mm respecto de la cual no tenía autorización para portar a la finca de la calle Chopin Nº 1251 del Barrio Mitre, Partido de Hurlingham, y ultimó a Roberto Carlos Rodríguez provocándole un disparo en el abdomen que le causó la muerte; a la vez mediante otros disparos causó a Paula Gabriela Ronda y a Esteban Branbergur heridas de carácter leve. En la misma ocasión, lesionó levemente a Graciela Pallares. Luego sustrajo de los brazos de su madre Paula Rondan a la menor de cuatro meses de edad, apropiándose y ocultándola, interrumpiendo de ese modo el contacto vincular de aquella con la criatura.

También tuvo por cierto dos conductas de M. vinculadas con su intromisión a la libertad doméstica ajena ocurridas el 14 de marzo de 2009,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

irrumpiendo en primer término en el domicilio de Paula Rondán y posteriormente en el de Jorge David Arguello.

Para acreditar estos hechos tuvo en consideración la prueba recibida en el juicio y aquella incorporada por su lectura al debate.

Me referiré a continuación a la acreditación de los puntos cuestionados por el recurrente como así también a la calificación legal de las conductas que objetó el quejoso.

a) En primer término el defensor sostiene que no se encuentra acreditado el dolo homicida y que el disparo que causó la muerte de Rodríguez se produjo en forma accidental. Sin embargo no puedo compartir esas conclusiones pues desde mi punto de vista el a quo en forma acertada descartó la existencia de un accidente y además tuvo por cierta la existencia de dolo homicida.

Respecto de la acreditación del dolo no puede perderse de vista que en virtud de su naturaleza eminentemente psicológica, su prueba será normalmente de tipo indirecta a partir de aquellos indicios que pueden surgir de la forma en que la conducta se exteriorizó.

El Tribunal no tuvo ninguna duda en relación a que M. tuvo la intención de matar a Rodríguez y contrariamente a la carencia de respaldo probatorio de tal conclusión, se advierte que la misma fue inferida a partir de indicios debidamente acreditados durante el debate: el a quo analizó el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

comportamiento previo del acusado, su conducta durante los hechos y lo efectuado posteriormente cuando ya se retiraba del lugar e infirió de todo ello que M. tuvo la intención de provocar la muerte y dirigió su accionar en ese sentido.

Así analizó en primer término que horas antes del homicidio, M. se encontró con la víctima en la casa de Paula Gabriela Rondán (ex pareja del imputado), lo insultó, le dijo que lo iba a matar y luego se golpearon mutuamente. Este acontecimiento fue acreditado con los dichos de la testigo Graciela Pallares quien así lo relató durante el juicio.

Luego evaluó la conducta del imputado al momento de los hechos. En ese sentido tuvo en consideración que M. fue armado a buscar a la víctima hasta su casa, lo encontró y le disparó con la pistola que llevaba. En este tramo del evento pudo acreditarse que M. llegó armado al lugar, interrogó a un vecino sobre la localización de la casa de la víctima para pegarle luego un culatazo en la cabeza a la persona que le había brindado la información y le efectuó un disparo a los pies. Que luego ingresó a la vivienda de la víctima y encontrándose esta sentada, la empezó a perseguir hasta la habitación donde finalmente le disparó. Luego le efectuó un disparo a Paula Rondán lesionándola, le sustrajo la beba de los brazos y salió de la vivienda, previo lesionar también a Graciela Pallares. Esto se acreditó con los dichos de Paula Rondán, Osvaldo Acevedo y Esteban Guillermo Branbengur quienes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

en el juicio relataron los hechos que sufrieron y presenciaron, brindado los detalles antes mencionados. Los dichos de los testigos fueron corroborados por distintas constancias incorporadas por lectura a la causa: el acta de fs. 1/2 que dio cuenta de los daños en la vivienda, las manchas de sangre existentes, el hallazgo de varios cartuchos y vainas servidas del calibre 9 mm en distintos lugares de la casa como así también varios impactos de proyectil; la operación de autopsia de fs. 88/91 que determinó que la muerte de Rodríguez se produjo como consecuencia de una herida por proyectil disparado con un arma de fuego a más de 50 centímetros de la víctima en la zona abdominal; la pericia de rastros y balística de fs. 94/102 que documentó el hallazgo de vainas y cartuchos en el lugar como así también distintos orificios de proyectil y los reconocimientos médicos de fs. 42 y 43 que constataron las distintas lesiones que sufrieron las personas que se encontraban allí presentes.

El comportamiento posterior del acusado que se retiró del lugar efectuando disparos en las inmediaciones también fue analizado en el fallo como un indicio que permitió demostrar la actitud asumida por M. y por ende descartar que el disparo que terminó con la vida de la víctima haya ocurrido en forma accidental. Tal secuencia fue probada por los testimonios de los nombrados Acevedo y Pallares.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Sobre la base de ello el a quo infirió la existencia del dolo homicida por lo que la conclusión a la que arribó en ese punto en cuanto a que M. tuvo la intención de dar muerte de la víctima, aparece como el resultado de un razonamiento que en modo alguno denota absurdo o arbitrariedad en el juicio de valoración efectuado sobre la prueba de tal extremo.

El recurrente se ha limitado en esta instancia a formular críticas genéricas relativas a la prueba reunida aunque sin siquiera esbozar cual habría sido el vicio lógico en el razonamiento sentencial el cual a mi criterio no merece censura alguna.

En este sentido se ha limitado a intentar demostrar por un lado que la condena se basó sólo en los dichos de la testigo Pallares, pero sin embargo todos los elementos antes señalados demuestran que existieron otras probanzas valoradas para llegar a la conclusión condenatoria.

También dijo el recurrente que la testigo Pallares mintió y que su relato debió ser descartado. Pero de la lectura del fallo se advierte que el a quo fue muy cuidadoso en su evaluación y tomó sólo las afirmaciones de la testigo que consideró creíbles porque se encontraban corroboradas con constancias objetivas y descartó otros tramos de su relato que no encontraron sustento probatorio. En el análisis del testimonio de Pallares el a quo entendió que había que evaluarlo en su justa medida ya que era entendible que una persona que quedó inmiscuida en los violentos hechos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

que afectaron a sus seres queridos haya deformado sus recuerdos producto de la pasión y que por lo tanto para determinar que tramos de su declaración resultaban creíbles y cuales no, debía cotejársela con el resto de las constancias, pues sería un despropósito desecharla en su conjunto. Y siguiendo con ese criterio, el tribunal en el fallo tomó aquellos pasajes de la declaración que se encontraban verificados por otros elementos probatorios y que resultaban útiles para el objeto del juicio.

Tal decisión del juzgador no merece reparos, no alcanzando las alegaciones defensoras para conmover lo resuelto por éste en orden a tener por ciertos parte de los dichos de la referida testigo, puesto que el código ritual otorga a los tribunales ordinarios la facultad de decidir respecto del mérito otorgado a la prueba testimonial, sin que se verifique vicio lógico alguno por la sola razón de que el a quo otorgue crédito a un tramo de la declaración y descarte otro siempre que tal decisión se encuentre debidamente justificada, como ocurrió en autos.

El recurrente cuando sostiene que el disparo fue accidental y producto de un forcejeo dice que ningún testigo se encontraba presente en ese momento en la habitación donde sucedió. Si bien es cierta la afirmación del defensor, la ausencia de personas en la habitación donde se produjo el disparo mortal no le impidió al tribunal descartar la hipótesis del accidente, sobre todo por la conducta desarrollada por el imputado que irrumpió armado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

en la casa de la víctima efectuando disparos y luego lo persiguió hasta el lugar donde finalmente recibió el disparo mortal. Pero además analizó la operación de autopsia que no constató lesiones en la víctima compatibles con el “violento forcejeo” que invocó el recurrente. Aún más, la operación de autopsia determinó que el disparo fue producido a una distancia superior a los 50 centímetros, situación incompatible con el forcejeo invocado.

Los demás cuestionamientos del recurrente se limitan a discrepancias subjetivas en relación a las constancias valoradas pero no alcanzan para demostrar la existencia de absurdo o arbitrariedad en su ponderación por parte del Tribunal.

Propicio en consecuencia el rechazo de éste tramo de la impugnación.

Arts. 210 y 373 del C.P.P.

b) Respecto de la portación no autorizada de un arma de guerra el defensor afirma que no se acreditó la materialidad ilícita, conclusión que tampoco puedo compartir.

Al respecto debe recordarse que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de libertad probatoria mediante el cual todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba establecidos por el código (art. 209 del C.P.P).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

De manera que ningún inconveniente advierto en el hecho de que el tribunal haya tenido por cierto que el imputado portó un arma de guerra, en este caso una pistola calibre 9mm que se encontraba en condiciones de uso inmediato, porque aún cuando dicho elemento no pudo ser secuestrado, tales extremos fueron acreditados a partir de otras constancias de la causa.

Surge de la cuestión primera del veredicto que el testigo Acevedo detallo que el imputado tenía en su poder “un arma negra como la que usa la policía”. Pero fundamentalmente surge de la misma cuestión que la única persona que efectuó disparos ese día en la vivienda fue el imputado y que todos los proyectiles, cartuchos y vainas hallados en el lugar fueron del calibre 9 mm. Finalmente el disparo que recibió la víctima también fue de una pistola calibre 9 mm, pues un proyectil de ese tipo fue hallado en su cuerpo, tal como lo determinaron la operación de autopsia de fs.88/91 y la pericia balística de fs. 211/216.

De manera que si bien no se secuestró el arma que portó el acusado, pudo establecerse a través de otras pruebas que se trataba de una pistola calibre 9 mm, sin que se advierta en el razonamiento que así lo determinó la existencia de algún vicio invalidante, sino que por el contrario aparece como lógico concluir que si todos las vainas y proyectiles secuestrados en la vivienda como así también el proyectil hallado en el cuerpo de la víctima eran de calibre 9 mm y la única persona que efectuó disparos ese día fue el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

imputado, la conclusión lógica es que el arma que portaba era de ese calibre, es decir, un arma de guerra, de acuerdo a la legislación respectiva(arts. 1, y 3 de ley 20429 y arts. 4 y 5 del decreto 395/75).

El otro argumento defensorista para cuestionar el calibre del arma que portó el acusado consiste en sostener que los proyectiles secuestrados se encontraban deformados lo que impidió efectuar determinaciones al respecto, argumento que no puedo compartir porque en el lugar además de proyectiles se incautaron cartuchos completos y vainas servidas del calibre 9 mm. Pero por otro lado si bien los proyectiles hallados en la vivienda como así también el que se encontró en el cuerpo de la víctima presentaron deformaciones, pudo establecerse pericialmente que se correspondían con el calibre mencionado, determinación que surgió de los informes balísticos de fs. 94/102 y 211/216.

En base a ello considero que debe rechazarse éste tramo de la impugnación.

Arts. 189 bis párrafo segundo del C.P. y 210 y 373 del C.P.P.

c) Respecto del delito de sustracción de un menor de 10 años, si bien el recurrente denuncia una errónea valoración probatoria, brinda distintos argumentos para sostener que la conducta de M. resultó atípica. En ese sentido dice que un padre no puede ser el sujeto activo del delito y además



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

entiende que para que se configure el tipo la conducta debe ser duradera en el tiempo, posiciones que no puedo compartir.

La norma del art. 146 del C.P. reprime con pena de prisión o reclusión al *“que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”*.

La acción de sustraer consiste en despojarlo de quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia. Retener en cambio es guardar al menor sustraído y ocultar es esconderlo impidiendo conocer su ubicación por parte del legítimo tenedor (Conf. Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, Derecho Penal Parte Especial Tomo 1 pág. 348 y ss, Editorial Astrea).

Los mismos autores enseñan que sujeto activo del delito puede ser cualquier persona entre los que cabe mencionar a uno de los padres, sencillamente porque el tipo penal no excluye esa posibilidad al no contener ninguna exigencia respecto del autor.

Por otro lado la acción del progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro sin duda afecta el ejercicio del derecho de tutela del otro cónyuge protegido por la figura. (Conf. David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni, Código Penal Tomo 5 pág. 493 y ss, Hamurabi, José Luis Desalma Editor).

En ese sentido, la conducta de un progenitor que sustrae al niño contra la voluntad del otro que ejerce la tenencia legítima, no se encuentra



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

amparada por el instituto de la patria potestad sino que constituye un ataque al mismo al afectar su libre ejercicio por el otro progenitor.

La patria potestad constituye una institución orientada principalmente a la protección de la minoridad y es caracterizada como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”* (art. 264 del C. Civil).

Entre los deberes-derechos que la integran se encuentra la tenencia, elemento meramente fáctico que implica la proximidad física entre el progenitor y su hijo. El progenitor que no posee la tenencia material de sus hijos y los sustrae de quien sí la tiene, no esta ejerciendo legítimamente sus derechos sino que con su acción impide el libre ejercicio de esos derechos-deberes a quien la detenta.

En el caso no merece censura la decisión del juzgador de aplicar al caso el tipo previsto en el art. 146 del C.P. porque, conforme viene acreditado, el imputado en medio de su conducta violenta que terminó con la vida de Rodríguez y lesionó a varias persona incluida la madre de la menor de sólo cuatro meses de edad, la sustrajo apropiándose y ocultándola.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Y si bien la madre de la niña dijo en el juicio que el imputado era el padre, lo cierto es que aquella tenía su tenencia legítima y el padre ni siquiera la había reconocido legalmente como suya.

Respecto del otro requisito mencionado por el defensor, esto es que el delito sea duradera en el tiempo cabe destacar que la sustracción de menores es un delito instantáneo y de resultado que se consuma cuando se ha logrado el despojo merced a la interrupción del vínculo sin que sea necesario que el autor consolide su dominio sobre el niño, aunque la doctrina aclara que cuando la sustracción se prolonga con la detención u ocultamiento del menor –por parte de la misma persona- el delito se vuelve permanente (Conf. Baigún, Zaffaroni, Obra citada, pág. 498).

En base a ello debe compartirse la decisión del tribunal quien tuvo por perfeccionado el tipo con la conducta del acusado consistente en haber tomado a la niña con violencia, llevándosela y ocultándola por varias horas, siendo recuperada posteriormente por la intervención del personal policial.

Todos estos argumentos sellan la suerte adversa del recurso en este tramo.

Art. 146 del C.P.

c) Por último y en relación a los dos hechos de violación de domicilio atribuidos a M. tampoco advierto defectos invalidantes en la forma en que fueron acreditados en el fallo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

El primero de ello, ocurrido el 14 de agosto de 2009 en la vivienda sita en la calle Allen XXXX de Villa Teseo fue acreditado con los dichos de la moradora Paula Gabriela Rondán, quien relató que el acusado ingresó contra su voluntad en el domicilio.

El otro hecho ocurrido el mismo día en la vivienda de la calle Camargo Nº XXXX de la misma localidad se acreditó con el acta de fs. 1/3 de la I.P.P. 10-00-008441-09 incorporada por lectura al debate. Dicho instrumento dio cuenta que a raíz de la denuncia del primer hecho efectuada por la Sra. Rondán, distintos móviles se constituyeron en el domicilio. Al llegar varios vecinos informaron a los policías que M. había ingresado a otro domicilio vecino razón por la cual procedieron a rodear la manzana. Que en ese momento se hizo presente Jorge David Arguello quien refirió que momentos antes un sujeto desconocido había ingresado a la vivienda y se encontraba en la planta alta reteniendo a su hija de doce años de edad mientras que su esposa se mantenía encerrada en el baño con su otra hija. Que ello motivó el ingreso a la vivienda con la anuencia de su propietario y allí observaron a M. quien intentó evadirse arrojándose sobre los policías, oportunidad en la cual fue aprehendido.

Los elementos antes mencionados resultaron suficientes a juicio del a quo para tener por acreditados ambos hechos, solución que merece ser compartida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

La defensa intenta impugnar su acreditación señalando que en el primer hecho existió un cambio de actitud por parte de la víctima quien siempre dejaba ingresar a M. a su casa y en el segundo que no hubo intencionalidad sino que el imputado sólo intentó protegerse de la policía, pero ninguno de esos argumentos alcanza para desvirtuar las conclusiones del fallo.

La conducta punible por el art. 150 del C.P. consiste en ingresar a un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga la voluntad de excluir al autor. La entrada se realiza contra esa voluntad cuando el autor sabe que su titular ha dicho que se la prohíbe. Ese conocimiento o esa presunción constituyen un elemento subjetivo integrante del tipo y la voluntad de ingresar a pesar de ellos constituye el dolo del violador de domicilio. (Conf. Ricardo Núñez, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tomo V, págs. 77 y ss, Editorial Bibliográfica Argentina).

En el primero de los hechos la víctima, ya sea cuando efectuó la denuncia como cuando declaró en el juicio, dejó en claro que le había prohibido al acusado el ingreso a su casa y que pese a ello lo hizo, la golpeó y además se llevó a su hija, todo lo cual evidencia su intención de ingresar a un domicilio ajeno pese a la prohibición de su moradora y justifica la aplicación del tipo en cuestión.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En el otro hecho no puedo compartir la afirmación defensiva relativa a que M. sólo intentó protegerse del accionar policial porque surge de la prueba valorada que el ingreso ocurrió con anterioridad a la llegada de los móviles policiales. Por otro lado la forma y las circunstancias en las que M. ingresó al domicilio de Arguello demuestran claramente la intención del imputado de hacerlo y de mantenerse allí en contra de la voluntad de los moradores.

No se advierte por lo tanto en ninguno de los dos hechos la existencia de vicios en la forma en que los mismos se tuvieron por acreditados apareciendo como correcta la calificación legal decidida por el a quo, lo que permite rechazar este tramo de la impugnación.

Finalmente y en relación a todos los hechos cuya valoración probatoria cuestionó el recurrente debo señalar que no se evidenció en el fallo una violación al art. 1 del C.P.P., norma citada como inobservada al comienzo del recurso. El principio in dubio pro reo constituye una regla que debe observarse al aplicar la ley en los procesos penales y que sirve para verificar si luego de la ponderación objetiva de la prueba quedan dudas sobre su mérito y, por esa vía, protege al imputado de la arbitrariedad de una condena que sólo se asiente en la mera seguridad subjetiva del sentenciante cuando desde la consideración objetiva no existe certeza, lo cual no se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

evidencia en el razonamiento del Tribunal efectuado al valorar la prueba para acreditar todos los hechos imputados.

Propongo en consecuencia el íntegro rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas.

Arts. 150 del C.P. y 1, 210 y 373 del C.P.P.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el juez **Mancini** dijo:

Adhiero al voto del juez Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Aclaro, por fuera de ello, que en el marco de la libertad probatoria reglada por el rito, no merecen cuestionamiento las conclusiones obtenidas por el a quo respecto del delito de portación de arma de guerra.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

RESUELVE:

RECHAZAR CON COSTAS el recurso de casación interpuesto por el Dr. Camilo Gustavo Suárez a favor de M. A. M., por los motivos expuestos en el acuerdo que antecede.

Arts. 146, 150 y 189 bis del C.P. y 1, 210, 373, 448, 530 y ccdtes del C.P.P.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Fdo: Jorge Hugo Celesia - Fernando Luis María Mancini

Ante mí: Gonzalo Santillán Iturres

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA