

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04114130-6/1((011402-109588))
GIL HERRERA FRANCO ISMAEL -JUICIO ABREVIADO INICIAL-
P/VIOLACION DE DOMICILIO (109588) P/ RECURSO EXT.DE
CASACIÓN
104175960

En Mendoza, a los veinticuatro días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04114130-6/1, caratulada “F. C/ GIL HERRERA, FRANCO ISMAEL POR LESIONES CULPOSAS S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **DR. J. VALERIO**, y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

La parte querellante interpone recurso de casación (fs. 213/215) contra la sentencia del Segundo Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos (fs. 184/201), en tanto hizo lugar a la propuesta de juicio abreviado inicial presentada por el Fiscal de Instrucción y la defensa del imputado Franco Gil Herrera, condenando así al nombrado a la pena de un año y ocho meses de prisión en suspenso como autor penalmente responsable de la comisión del delito de lesiones dolosas graves (art. 90 del C.P.) en la causa N° 109.588/16.

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO

DIJO:

1.- Sentencia Recurrida

La sentencia recurrida ha tenido por acreditada la materialidad del hecho descrito y la intervención punible del imputado en el mismo. En efecto, ha considerado probado que *«el día 31 de octubre de 2016, siendo aproximadamente las 19:00 horas, encontrándose Enzo Gabriel Fernández Schiaroli junto a sus amigos Gonzalo Martín Jirala Silva y Hernán Alberto Ordóñez Maldonado sobre Paso de los Andes, frente al domicilio sito en Manzana D, casa 13, del Barrio 7 de julio de Gutiérrez, departamento de Maipú, observan a ARIEL ROJAS (a) RATITA, FRANCO ISMAEL GIL HERRERA (a) COFRA, que se dirigen al medio del Barrio, acercándose hacia ellos, oportunidad en que FRANCO ISMAEL GIL HERRERA (a) COFRAN saca un arma de fuego, disparándoles e hiriendo a Enzo Gabriel Fernández Schiaroli en la región abdominal, ocasionándole perforación de colon, con un tiempo probable de curación mayor a un mes, sin correr peligro de vida, por lo que luego de esto, los amigos salen corriendo encontrándose inmediatamente otra vez con los imputados, observando que FRANCO ISMAEL GIL HERRERA (a) COFRAN le pasa el arma de fuego a ARIEL ROJAS (a) RATITA, quien los sigue corriendo, efectuando un segundo disparo, para luego huir del lugar»* (fs. 186).

2.- Recurso de casación

Contra la resolución individualizada en el punto anterior, el representante legal de la parte querellante interpone recurso de casación, ello a tenor de los siguientes motivos.

a. La sentencia ha afectado el principio de congruencia, en la medida en que se condena al acusado por el delito de lesiones graves dolosas, cuando el avoque había sido establecido por los delitos de lesiones y abuso de armas. Agrega que la jueza no ha hecho ninguna referencia al hecho de que el delito fue ejecutado con un arma de fuego.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

b. El acusado no ha ejecutado una confesión circunstanciada en los términos que exige el procedimiento de juicio abreviado, en tanto sólo habría admitido los hechos, pero no el aspecto jurídico de la imputación.

c. La actividad jurisdiccional es nula debido a que no se le ha dado intervención a la parte querellante en la audiencia de juicio abreviado inicial. De hecho, resalta la querella que no ha sido siquiera notificada de su realización, y entiende que de ese modo se han violado las disposiciones de los artículos 2.1, 8.2.h y 25 de la CADH. En este sentido, indica que no se ha habilitado la posibilidad de que el querellante emita una opinión antes de la sentencia, vedándose uno de los derechos centrales del querellante que es acreditar el hecho delictivo.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General:

El Sr. Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado por ser formalmente improcedente. A su juicio, el principio de taxatividad legal lleva a concluir que el querellante no se encuentra legitimado para recurrir sentencias condenatorias, en la medida en que ellas no están expresamente previstas en el art. 477 del Código Procesal Penal.

4.- La solución

Puestos en consideración los motivos alegados, entiendo que el recurso de casación resulta formal y materialmente procedente. Para organizar, en la medida de lo posible, los motivos que me llevan a resolver en tal sentido, dedicaré los siguientes párrafos a ordenar el razonamiento que seguirá mi voto.

a) En primer lugar, como lo destaca el Sr. Procurador General, el artículo 477 del Código Procesal Penal no prevé expresamente la posibilidad de que el querellante particular recurra por la vía casatoria las sentencias condenatorias. Comenzaré entonces el desarrollo del voto explicando por qué

debe admitirse formalmente el recurso interpuesto, aún pese a la ausencia de una previsión procesal en tal sentido.

En segundo lugar, y una vez explicada esa circunstancia, se tomará posición en sentido favorable a la intervención no vinculante del querellante particular en el proceso de juicio abreviado inicial como forma de satisfacer, al menos mínimamente, el derecho de toda persona que resulte potencial afectada por un suceso con significado jurídico penal a intervenir en el proceso que se suscite.

En definitiva, con esas dos consideraciones normativas, se abordará el caso particular y se concluirá que el modo en que se ha desarrollado el proceso no satisface el estándar mínimo de respeto de las garantías de acceso a la justicia, por lo que debe anularse todo lo actuado desde la audiencia de fs. 182.

b) La norma mencionada, en lo que aquí respecta, habilita la vía casatoria al querellante particular exclusivamente para los casos de sentencias absolutorias o de sobreseimiento, mas no así las condenatorias. Esta Sala ya ha dicho al respecto, en oportunidad de plantearse la inconstitucionalidad de ese artículo, que [...] *es evidente, que no existe violación constitucional alguna, puntualmente, no se han violado los arts. 18 de la C.N., 8 párr. primero de la C.A.D.H., ni el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto en la normativa cuya declaración de inconstitucionalidad impetra no cercena el derecho del querellante particular a tener una sentencia fundada sobre el reconocimiento o no del derecho que invoca, [...] sino por el contrario, representa una condición que torna coherente al procedimiento, y que enlaza a los sujetos legitimados para intervenir en el proceso penal en una relación dinámica y al mismo tiempo fiel a las bases del sistema diseñado por la ley ritual [...]* (ver “Cruz Juárez”).

Sin embargo, el hecho de que el querellante no tenga expresamente un recurso previsto para acceder a esta instancia contra la homologación judicial

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

del acuerdo de juicio abreviado inicial pactado entre el fiscal y la defensa no significa que este tribunal no deba intervenir. Por el contrario, nuestro ordenamiento procesal penal se encuentra ligado a normas constitucionales y convencionales de superior jerarquía -el llamado bloque de constitucionalidad surgido de los artículos 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- que exigen que, en los procesos judiciales tendientes a garantizar el reconocimiento de derechos, todos los afectados deben estar amparados por la garantía del debido proceso y del derecho al acceso a una tutela judicial efectiva (artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Estos derechos han sido interpretados por la Corte Federal y la Corte IDH como extensivos a todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos. Está fuera de discusión el hecho que las presuntas víctimas de delitos están amparadas por el derecho a intervenir activamente en el proceso y a obtener una decisión fundada de un tribunal imparcial. Dicha prerrogativa fue delineada por la CSJN primero, a través del derecho a la defensa en juicio (art. 18 CN) y, luego, mediante el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 25.1 CADH). En este sentido, la CSJN definió al primero como *“la posibilidad de toda persona de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia en general y, en particular, el reconocimiento del debido proceso de toda persona a la cual la ley le reconoce personería para actuar en juicio, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante”* (Fallos 321:2021 “Santillán” y 321:3322 “Santini”). Ahora bien, ese alcance de la tutela judicial efectiva a la víctima se materializa en la posibilidad de que ella pueda constituirse como querellante en un proceso y ejercer los derechos propios de su calidad de parte.

Luego, la idea de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25.1 de la Convención Americana resultó más abarcativa, consagrando *“el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen*

sus derechos, sean constitucionales, convencionales o legales". Esa norma se completa con la previsión del art. 8.1 de la misma convención, en cuanto consagra el debido proceso para todos los procedimientos, sean o no criminales (casos "Bulacio vs. Argentina", "Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala" y "García Ibarra vs. Ecuador", todos de la Corte IDH).

A la vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo expresa referencia a la víctima como sujeto activo del derecho al acceso a la justicia en el precedente "Juri" (Fallos 329:5994), causa en la que se aparta de lo señalado en Arce (Fallos 320:2145) y declara que la postura del tribunal *a quo*, en cuanto rechazó formalmente el recurso de casación promovido por el querellante contra la sentencia condenatoria del tribunal de juicio, *"se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante, a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8 apart. 1° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*.

Conforme lo reseñado, se encuentra fuera de toda duda que las víctimas en el ámbito de los procesos penales son sujetos de protección conforme las disposiciones del art. 25 inc. CADH, y que esos derechos los ejercen a través de su rol de querellante como parte en el proceso. Si ello es así, la víctima que ha ingresado al proceso bajo la forma de querellante particular debe ser escuchada antes de la toma de una decisión relevante, como lo es una sentencia condenatoria.

Es importante delinear el contenido del derecho al acceso a la justicia para poder explicar por qué su violación, a diferencia de otros derechos, justifica la delimitación de una regla implícita en un principio. Según entiendo, el derecho al acceso a la justicia constituye un *derecho medio* para garantizar efectivamente el cumplimiento de otros derechos consagrados constitucional o convencionalmente. Esta concepción de la tutela judicial efectiva le asigna la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

función de servir como aseguramiento de la vigencia *efectiva* de otros derechos, de modo que asume un rol fáctico-jurídico de garantía de eficacia de los derechos en sectores de la sociedad que, usualmente, no gozan de tal protección. Ello hace que se trate de un derecho profundamente democrático, en tanto configura un modo de participación política, de inclusión constitucional, una vía de ejercicio de la ciudadanía, particularmente para los grupos sociales más postergados del sistema institucional.

En este contexto, resultaría verdaderamente paradójico que un ciudadano que reclama la ausencia de mecanismos institucionales para canalizar un reclamo legítimo vea rechazada su pretensión recursiva bajo la excusa de que el Código Procesal Penal mendocino no la prevé expresamente. La idea de concebir al acceso a la justicia como *derecho medio* -o derecho «ventana»- es lo que impide escudarse en el formalismo procesal para negar el reconocimiento de un derecho -y particularmente el derecho al recurso-.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho que la garantía del acceso a la justicia -en relación con el debido proceso (art. 8.1 CADH)- exige a los Estados “*consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas*” (CIDH, “Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala, fondo” [1999], ratificado en “Mohamed vs. Argentina” [2012]).

A ello agrega la doctrina que “*la garantía de acceso a la justicia ha sido la base de una serie de precedentes vinculados a la protección efectiva de derechos de individuos y grupos en situación general de desventaja, marginación o desamparo de los derechos, como los pueblos originarios, las personas con discapacidad a causa de problemas de salud mental, los usuarios y consumidores, etc.*” (MAURINO, GUSTAVO Y SUCUNZA, MATÍAS, «El acceso a la justicia», en GARGARELLA, ROBERTO, «Comentarios de la Constitución de la

Nación Argentina», Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo II, p.899).

La discusión que aquí se aborda no se vincula con el rol que le asiste a la víctima en el proceso penal, sino a la garantía mínima que cualquier parte en el proceso posee para expresarse ante un tribunal imparcial. El querellante, como parte en el proceso, no puede ser privado de los derechos de comunicación, participación y argumentación que son inherentes a esa condición. La razón por la que el Código Procesal Penal de Mendoza no admite el recurso de casación contra la sentencia condenatoria reside en que se presupone que el querellante ha tenido posibilidad de ejercer su rol de parte a lo largo de un proceso, ofreciendo prueba, controlando la prueba ofrecida por la defensa, argumentando y peticionando. Pues bien, si ello es así, la sentencia condenatoria que sigue a esa actividad supone, al menos, una parcial satisfacción de la pretensión punitiva del querellante. En otras palabras, la sentencia condenatoria no puede ser casada por el querellante cuando ella representa -al menos- una satisfacción parcial de su pretensión, pues se ha acogido el pedido condenatorio pero éste ha sido cualitativamente inferior al solicitado. En estos casos, no puede sostenerse válidamente que la previsión legal deja *indefensa* a esa parte limitando parcialmente su derecho al recurso y por lo tanto que se encuentre afectado su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, en el caso que nos ocupa la víctima -constituida debidamente como parte querellante- no ha tenido a su disposición posibilidades fácticas de expresar su pretensión en el proceso, y por ende la limitación del artículo 477 del Código Procesal Penal no puede regir en ese sentido. En el proceso aquí transitado, no ha tenido posibilidad de ejercer sus facultades procesales debido a que el acuerdo se alcanzó a tan sólo cuatro meses del hecho. Por otro lado, tampoco ha visto satisfecha parcialmente su pretensión, en la medida en que no tuvo posibilidad de formular ningún tipo de alegato acusatorio ante un juez.

De este modo, restringir la vía casatoria en este caso particular

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

supondría, en cierto modo, legitimar la denegación de justicia que ha representado tanto el proceso como la sentencia. Hay que recordar, en este sentido, que uno de los aspectos centrales del acceso a la justicia se sitúa en su dimensión fáctico-jurídica, que impone a los tribunales determinar si, independientemente de los mecanismos procesales previstos, el titular del derecho se ha visto en una situación de especial indefensión.

c) El caso analizado en esta oportunidad representa, verdaderamente, una denegación total de la posibilidad de intervenir en un proceso. Veamos.

El proceso comenzó con una *notitia criminis* recibida por la Oficina Fiscal N° 10 desde el Hospital Central el día 31 de octubre de 2016, en la que se informaba sobre el arribo de una persona herida con un arma de fuego en el abdomen (fs. 1). La denuncia fue formulada al día siguiente al mediodía por parte del padre de la víctima, que individualizó al presunto autor del hecho (fs. 11/12). Luego de la producción de declaraciones testimoniales tendientes a individualizar al agresor, el 7 de noviembre se ordenó el allanamiento del domicilio de Barrio Los Químicos, Manzana C Casa 8 de Luzuriaga, Maipú (fs. 56/57). Paralelamente, la Fiscal de Instrucción se avocó a la causa por la presunta infracción al delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y dispuso la detención de Franco Ismael Gil Herrera (fs. 60).

El 8 de noviembre de 2016, el padre de la víctima solicitó su constitución como querellante particular (fs. 61), siendo aceptada su calidad el día 27 de diciembre (fs. 99). Entre medio de uno y otro acto, se modificó el avoque fiscal y se le imprimió a la causa la presunta infracción al art. 90 del Código Penal (fs. 88).

El acusado Franco Gil Herrera fue aprehendido el día 3 de febrero de 2017 (fs. 111), e imputado el día 7 de febrero por la presunta infracción al delito de lesiones graves (fs. 140). A tan sólo tres días de la imputación formal, el

10 de febrero los abogados del acusado solicitaron el juicio abreviado a raíz de un acuerdo con la Fiscal Correccional por una pena de dos años de ejecución condicional (fs. 155).

Finalmente, ese mismo día se celebró el acta de acuerdo de juicio abreviado en presencia de la Fiscal, la Secretaria autorizante y el imputado (fs. 163). La Fiscal elevó la conformidad a la jueza de garantías mediante un escrito obrante a fs. 166/168, que derivó en la sentencia de fs. 182/200.

Hecha esa síntesis de las actuaciones, queda a la vista que el modo en que se ha desenvuelto el proceso implicó una directa negación de los derechos de parte del querellante. De hecho, tan absurda ha sido esta situación que el 16 de febrero de 2017 el abogado de la querrela solicitó la producción de dos declaraciones testimoniales (fs. 180), y ese escrito nunca le fue contestado, sino que no hubo movimiento en el expediente hasta la sentencia de fs. 182, que tuvo lugar 15 días después.

d) De este modo, mal puede sostenerse que por tratarse de una sentencia condenatoria el querellante no puede recurrir el acto, en la medida en que ello implicaría desconocer directamente la posibilidad de una parte de intervenir en el proceso.

Por el contrario, si el acceso a la justicia debe entenderse como un derecho medio tendiente a garantizar el ejercicio de otros derechos, queda claro que el modo en que se ha llegado a un acuerdo de juicio abreviado en esta causa no supera el estándar de protección que supone la tutela judicial efectiva. El hecho de que el querellante se haya visto privado no sólo de formular acusación formal en un juicio con todas las garantías, sino además de proponer prueba, de cuestionar actos procesales e incluso de al menos ser notificado y citado a la audiencia de juicio abreviado ha sido representativo de un juicio que no ha garantizado el derecho aludido.

Por ello, para ofrecer adecuadas garantías a la parte querellante del

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ejercicio de sus derechos de parte, el artículo 359 del Código Procesal Penal debería ser interpretado en el sentido que corresponde notificarlo de la existencia de una solicitud de juicio abreviado y de brindarle la posibilidad de participar en la audiencia de acuerdo, de modo tal que pueda ejercer los derechos de comunicación y participación inherentes a la toma de decisiones en contextos institucionales democráticos. La legitimidad de la decisión judicial está ligada al hecho de que los potenciales afectados hayan tenido efectiva posibilidad de intervenir en un debate racional, aportando razones y argumentos sobre las cuestiones jurídicas puestas en juego. Por ello, las normas procesales deben interpretarse no como meros rituales formales tendientes a ordenar actos procesales, sino además como verdaderas formas de participación ciudadana.

Esto no supone que el derecho a la tutela judicial efectiva implique un derecho a una decisión favorable, sino sólo a contar con la posibilidad de participar en un debate abierto e inclusivo que preceda y dote de racionalidad discursiva a la decisión.

e) Todo lo dicho permite sostener que, en el caso concreto, debe declararse la nulidad de la audiencia de juicio abreviado inicial y de la sentencia que declara la responsabilidad penal del acusado, en tanto no se han habilitado las exclusas de participación mínima que le correspondían a una parte del proceso como tal -en este caso, al querellante particular-, arribándose así al dictado de una sentencia condenatoria sin presencia física ni jurídica de una de las partes. Esa actuación resulta violatoria de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 18 de la Constitución Nacional.

En razón de los motivos expuestos, corresponde acoger el recurso de casación interpuesto por la parte querellante.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ VALERIO y MARIO DANIEL ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO

DIJO:

Atento el resultado de la cuestión que antecede, corresponde acoger el recurso de casación articulado y anular la audiencia de juicio abreviado practicada el día 1 de marzo de 2017, y la sentencia condenatoria dictada en consecuencia, debiendo proseguir la causa según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ VALERIO y MARIO DANIEL ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO

DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios del Dr. Fernando Peñaloza en la suma de pesos Tres Mil (\$3.000) cfm. los arts. 557 y ccs. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75 y sus modificaciones.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. JOSÉ VALERIO y MARIO DANIEL ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

RESUELVE:

1º) Acoger el recurso de casación interpuesto a fs. 213/215 por la parte querellante y anular la audiencia de juicio abreviado practicada el día 1 de marzo de 2017 y la sentencia condenatoria dictada en consecuencia, debiendo proseguir la causa según su estado.

2º) Anular la audiencia de juicio abreviado practicada el día 1 de marzo de 2017, y la sentencia condenatoria dictada en consecuencia, debiendo proseguir la causa según su estado.

3º) Imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios del Dr. Fernando Peñaloza en la suma de pesos Tres Mil (\$3.000) cfm. los arts. 557 y ccs. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75 y sus modificaciones.

4º) Oportunamente, remítanse las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

REGÍSTRESE. NOTIFIQUESE.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro