

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 1274

CUIJ: 13-03817582-8/1((010502-103509))

FC/LUQUE RUARTE ADRIAN MARIANO P/PRIVACION ILEGITIMA
DE LA LIBERTAD AGRAVADA P/ CASACION (103509) P/ RECURSO
EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los seis días del mes de Abril del año dos mil dieciséis, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-03817582-8** caratulada “**F. C/ LUQUE RUARTE, ADRIÁN P/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD S/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo decretado a fs. 1270 quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR PALERMO**, segundo, **DR. HERMAN A. SALVINI** y tercero **DR. MARIO DANIEL ADARO**.

ANTECEDENTES:

El titular de la Segunda Fiscalía de Cámara del Crimen (fs. 1185/1191) y el Dr. Fernando Peñaloza, representante del querellante particular (fs. 1191/1198 vta.) interponen sendos recursos de casación contra la sentencia N° 8.426 (fs. 1154 y vta.) y sus fundamentos mediante la cual se absolvió a Adrián Mariano Luque Ruarte del delito de privación ilegítima de la libertad (art. 142, incs. 1 *in fine* y 5 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado en los autos N° P-103.549/11 por la Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

Mantenido el recurso por el querellante (fs. 1208), se emplazó a las partes (fs. 1210) a fin de que comparezcan ante el Tribunal en el término fijado a efectos de dar cumplimiento a lo previsto por el art. 471 primera parte del C.P.P. Informado el recurso por la parte defensora (fs. 1213), se corrió vista al Sr.

Procurador General, incorporándose su dictamen (fs. 232/233).

Luego, esta Sala Segunda resolvió admitir formalmente los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y el representante del querellante particular (fs. 1230) y, como consta a fs. 1265/1268 y vta. se llevó a cabo la audiencia donde, con la intervención de las partes, el querellante informó oralmente su impugnación en razón de que el representante del Ministerio Público Fiscal no optó por tal alternativa, escogiendo informar por escrito al momento de deducir su recurso.

Finalmente, a fs. 1270 se realizó la audiencia para deliberar donde se determinó la fecha de lectura de la sentencia.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha 8 de septiembre de 2015 y por medio de la Sentencia N° 8.426, la Segunda Cámara de Crimen resolvió absolver por el beneficio de la duda (art. 2 del C.P.P. de Mendoza) al encausado Adrián Mariano Luque Ruarte por el delito de privación ilegítima de la libertad, previsto y reprimido por el art. 142, inc. 1 *in fine* e inc. 5 del Cód. Penal que le fuera oportunamente endilgado en las actuaciones N° P-103.509/11.

Para así decidir, el sentenciante consideró que los elementos de prueba producidos tanto en la investigación penal preparatoria como los

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

introducidos durante la instancia de debate, no habían logrado conmover el estado constitucional de inocencia inicial del que goza todo imputado en un proceso penal. En efecto, si bien el tribunal tuvo por acreditada con certeza absoluta la existencia del hecho delictivo que fuera objeto del auto de elevación a juicio, entendió que -en función de la valoración probatoria efectuada- dicho grado de convicción no concurría respecto de la autoría del encausado en el hecho atribuido.

En cuanto a este último cabe referir que, conforme al auto de elevación a juicio, al imputado se le endilgó el siguiente suceso: *«[e]l día viernes 18 de noviembre de 2011, alrededor de las 16,30 horas, Elvira Soledad Olivera Giménez, salió de su domicilio, sito en Barrio Paraísos de Ana Curi, manzana A, casa 17, de Tres de Mayo, Lavalle, con destino a la casa de Mariano LUQUE, sita en calle Rama IV S/N, Tres de Mayo, Lavalle, Mendoza –distante a una diez cuadras– lugar del que nunca más regresó, ni volvió a ser vista por nadie a pesar de haberse llevado a cabo una exhaustiva y prolongada búsqueda de su persona, a nivel local y nacional. Elvira Soledad Olivera en aquella época, vivía junto a sus tres hijos menores de edad en la casa de su madre, no tenía trabajo estable, cobraba ayudas económicas estatales para subsistir y no hay indicios de que haya abandonado su domicilio con intenciones de no regresar. Resulta probado con la investigación realizada que durante ese día Olivera mantuvo un inusitado tráfico de mensajes de texto entre su línea de telefonía celular número 155584117 y la línea utilizada por Mariano Luque número 2616377821 y, puntualmente, alrededor de las 15:30 horas recibió un mensaje de Mariano Luque en el cual le decía, “venite, te estoy esperando” por lo que Olivera le dijo a su familia que iba al lugar donde vivía Luque (finca de Curallanca). Atento a ello, y al advertir que Olivera no regresaba a su casa, sus hermanas Marcela del Valle Giménez, Romina Gisela Giménez y Deolinda Mabel Giménez, fueron a la casa de Luque para preguntar por ella y éste negó saber del paradero de Soledad, afirmando que no la vio ni se comunicó telefónicamente con ella el día en que desapareció. Por otro lado, de las constancias de autos, surge que para esa fecha Olivera y*

Luque mantenían –o habían mantenido hasta hacía poco- una relación amorosa, que Olivera se encontraba embarazada en esa fecha, que Luque le daba dinero y mercadería habitualmente, y constantemente Mariano Luque la amenazaba de muerte a través de mensajes de texto diciéndole “que le iba a hacer pagar una por una todas las que le había hecho”. Todo ello lleva a concluir que, indefectiblemente, el día y en el lugar mencionado Adrián Mariano Luque habría retenido contra su voluntad a Elvira Soledad Olivera y consecuentemente la habría privado de su libertad ambulatoria desde ese momento hasta el día de la fecha».

II.- El recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal

El Sr. Fiscal de Cámara impugnó la sentencia antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del C.P.P. de Mendoza, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de *vicios in procedendo*.

En tal sentido considera el representante del Ministerio Público Fiscal que en los fundamentos cuestionados no se han referido todos los indicios y argumentos propuestos por esa Fiscalía para tener por cierta la autoría de Mariano Luque en el hecho bajo juzgamiento y que los contraindicios utilizados para refutar parte de ellos resultan ser contradictorios y viciados en su motivación.

Así, enumera como indicios suficientes y unívocos que llevan a establecer como cierta la conducta atribuida a Luque los siguientes:

a) Las hermanas de Soledad Olivera fueron coincidentes en que ésta última, el día 18 de noviembre de 2011, en su presencia recibió mensajes de Mariano Luque diciéndole que la esperaba en su domicilio y que minutos después Soledad salió diciendo que iba a la Finca Curallanca y que luego volvía.

b) Soledad se cruzó en el trayecto que va desde su casa hasta la de Luque con María Esther Santana, luego de las 16 horas, a quien le expresó que iba

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

a encontrarse con Mariano Luque y que luego volvía a su casa.

c) El día 18 de noviembre de 2011 a las 07:57:15 horas, Luque envió desde su celular un mensaje de texto a Soledad Olivera, comenzando un intercambio de aproximadamente un centenar de mensajes entre ambos, siendo el último enviado de Olivera a Luque a las 16:35:09 horas.

d) A pesar de la fluida y abundante comunicación mantenida y de que Soledad Olivera no volvió a ser vista por nadie luego de dirigirse a la casa de Mariano Luque, no existió más comunicación entre ellos ese día 18 de noviembre de 2011.

e) Según lo manifestado por las hermanas de Soledad, unos pocos días después de su desaparición, Luque negó haber mantenido algún tipo de comunicación con Soledad, a pesar de que Romina Giménez le expresara que ella había visto el mensaje en el que le decía que la esperaba.

f) Varios testigos expresaron que no mucho tiempo antes del 18 de noviembre de 2011, Soledad Olivera había recibido mensajes amenazantes de parte de Luque.

g) Existieron numerosas y profundas medidas de búsqueda de Soledad sin resultado positivo, conforme explicaciones del Oficial Yanzón y pruebas acompañadas por el Sr. Fiscal Dr. Santiago Garay.

h) Las conclusiones del examen psíquico realizado a Mariano Luque son coincidentes con la conducta que se le atribuye.

i) Mariano Luque declaró que el días 18 de noviembre de 2011 había tenido comunicación con Soledad por mensajes de texto, mencionando el escaso número de 10, en contradicción con lo declarado anteriormente (diciendo que sólo fueron 3 o 4) y con lo manifestado a las hermanas de la víctima.

j) Luque estuvo solo en su domicilio, al menos, desde el 18 de noviembre de 2011 hasta el día siguiente al mediodía, conforme expresaron Luis

Curallanca y Beatriz Chacón.

Seguidamente, señala que el contraindicio introducido por el tribunal de juicio en cuanto a que no comprende por qué motivo Soledad le hubiera hecho conocer su nuevo número de celular a Mariano, cuando había cambiado el chip tiempo antes para evitar que la amenazara, se explica por qué los amedrentamientos llevan a ceder ante la presión de aquél que realiza la amenaza.

Expresa que carece de importancia el cuestionamiento que se hace el sentenciante en relación a por qué Soledad inició una comunicación con Mariano Luque el 11 de noviembre de 2011, que lo importante es que el día 18 de noviembre de 2011 -día en que Soledad desapareció- fue Luque el que inició la comunicación por mensajes a las 07:57:15 horas, circunstancia probatoria que fue omitida por el Tribunal.

Asimismo entiende que el contraindicio de por qué Soledad fue sola a ver a Luque si existía riesgo, se encuentra desvirtuado por el instinto materno que lleva a una madre a hacer todo por sus hijos, quienes se encontraban amenazados.

Considera que la expresión de la testigo Santana referida a que vio contenta a Soledad porque había encontrado un trabajo, cuando se cruzó con ella, es sólo una impresión y no lleva a inferir suficientemente la conclusión afirmada por el Tribunal.

Agrega que el Tribunal señala como indicio de actitud sospechosa posterior el hecho de que Luque no se comunicó más con Soledad durante el día 18 de noviembre de 2011 a pesar de que tenía que ir a su casa, pero luego expresa como contraindicio que al día siguiente le envió dos mensajes en horas de la mañana. Esta última circunstancia no resulta suficiente para ser tomada como contraindicio porque pudo haberlo hecho como coartada, violando esta inferencia el principio de razón suficiente.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Expresa que el fallo viola el mismo principio al pretender debilitar una prueba de carácter científico, como lo es el examen psíquico de Mariano Luque, mediante los dichos del Oficial Yanzón en cuanto a que él no encontró indicio de que Luque fuera una persona pacífica.

A su vez refiere que el Tribunal basa la existencia de dudas respecto de la autoría de Luque en base a argumentos viciados en su motivación, al expresar que por el recorrido y distancia que tenía que hacer Soledad para llegar a casa de Luque pudieron haber intervenido terceros, sin sustento en ningún indicio o prueba directa. Indica que la alusión efectuada por el Tribunal del supuesto intento de secuestro de Beatriz Chacón y de otras mujeres de la zona no puede ser tenida por cierta, en función de la prueba nueva que se presentó en el juicio a través del fiscal Garay.

Agrega que el razonamiento mediante el cual el tribunal manifiesta que el hecho de que Soledad iba a pasar por la llamada Finca de Don Mario implicaba adentrarse en un paraje que agregaba un recorrido aún más largo, no se corresponde con la constatación que se efectuó mediante la inspección judicial, ya que no había que desviarse de ninguna forma, fuera por el recorrido que fuera.

Por su parte, manifiesta que también se encuentra viciado el razonamiento del Tribunal en cuanto a que el mensaje de texto enviado desde el teléfono de Soledad Olivera pasadas las 18 horas abre un interrogatorio acerca de con quién se encontraba Soledad pocas horas después de salir de su casa, poniendo en duda por ello que hubiera llegado a la casa de Luque, ya que ese mensaje también puede haber sido realizado como coartada y resulta contradictorio con una consideración anterior hecha por el Tribunal, al decir que si un tercero escribió ese mensaje en primera persona, aparentando ser Soledad, ella se veía impedida de hacerlo y tuvo la finalidad de encubrir el hecho.

Finalmente considera inexacta la valoración de la prueba en cuanto a la existencia de eventuales fuentes de peligro con relación a la desaparición de

Soledad Olivera, entre ellas el Sr. Salomón (curandero), la mujer que le ofreció trabajar en un prostíbulo del sur, la existencia de un conocido que vivía en Costa de Araujo, la desaparición de Johana Chacón y el intento de secuestro de Beatriz Chacón, circunstancias que fueron desvirtuadas mediante la prueba producida en el debate y en el testimonio del oficial Yanzón, quien explicó que esas pistas fueron investigadas y que se abandonaron por no resultar útiles a la investigación.

En función de lo expuesto solicita la anulación de la sentencia o se case la misma, resolviendo el caso de acuerdo a la ley y doctrina aplicables. Formula reserva del caso federal.

III.- El recurso de casación del querellante particular

El querellante particular en la presente causa también recurrió la resolución absolutoria, aunque no sólo a tenor de lo ordenado por el art. 474, inc. 2 del C.P.P. de Mendoza sino además conforme lo dispone el inc. 1 de aquella norma, en tanto entiende que la sentencia impugnada se encuentra viciada tanto por defectos de naturaleza *in procedendo* como *in iudicando*.

Considera en este sentido que la valoración de los elementos de prueba efectuada por el tribunal es errada y arbitraria, desconociéndose circunstancias que no pudieron ser dejadas de lado y obviando el análisis desde la perspectiva de género que el mismo Tribunal introdujo en sus fundamentos.

Además, entiende que los conraindicios no resultan suficientes para desatender los numerosos indicios incriminantes existentes y reconocidos por el sentenciante. Agrega que la sentencia debe dar razones de cada uno de los aspectos que se discutieron en el contradictorio y que la decisión recurrida se basa en formulaciones genéricas para sostener la duda, sin aludir concretamente cuáles son los argumentos de la acusación que la generan.

Posteriormente realiza un análisis similar al efectuado por el Sr. Fiscal de Cámara en relación a los elementos de prueba incorporados a la causa,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

aplicando la perspectiva de género aludida.

En relación a los vicios *in iudicando*, considera errada la decisión del Tribunal en cuanto rechazó el cambio de calificación (homicidio simple) solicitado por esa parte en el marco del art. 391 del CPP. Sostiene que la circunstancia de que no se haya encontrado el cuerpo de la víctima no es obstáculo para que se aplique la figura legal solicitada y que los fallos que se citaron como fundamento del pedido no fueron analizados por el sentenciante, ya que en “Etchecolatz” y “Von Wernich” efectivamente se aceptó el cambio de calificación en ese sentido. Cita fallos de la Corte Interamericana en los que se ha resuelto conforme las pretensiones del recurrente, “Fermín Ramírez” y “Castillo Páez”.

Finalmente, expresa que el fallo se limita a señalar las diferencias en los tipos penales pero no consideró en la solicitud de cambio de calificación que la plataforma fáctica no fue afectada –principio de congruencia- como tampoco el derecho de defensa, en virtud de la oportunidad procesal en que se hizo el planteo –inicio de la audiencia de debate-.

Por lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso y se dicte sentencia condenatoria en contra de Mariano Luque por el delito de homicidio simple.

IV.- El dictamen del Señor Procurador General

El Señor Procurador General, al contestar la vista oportunamente conferida, mantiene el recurso del Sr. Fiscal de Cámara remitiéndose a sus argumentos.

En relación al recurso del querellante particular, considera que el agravio fundado en una supuesta aplicación errónea de la ley penal sustantiva -homicidio simple en lugar de privación ilegítima de la libertad- debe ser desestimado, por cuanto el cambio de calificación implicaría una variación

sustancial en la plataforma fáctica, dado por la diferencia existente entre un comportamiento ilícito de carácter permanente -privación de la libertad- y uno instantáneo –homicidio-. En lo relativo a la arbitrariedad de la sentencia por falta o errónea motivación se remite a lo expresado por el representante del Ministerio Público Fiscal recurrente.

V.- El informe de la defensa del imputado en relación a los recursos formulados

Corrida vista a la defensa técnica de Adrián Mariano Luque Ruarte respecto de los recursos de casación formulados contra la sentencia que lo absolvió en la presente causa expresa que el recurso fiscal debe ser rechazado por improcedencia formal, ya que pretende la revisión de cuestiones de hecho vedadas del análisis propio del recurso de casación.

Señala que, en todo caso, la flexibilización de la admisión del recurso de casación obedece a garantizar la doble instancia, garantía que es acordada a la persona inculpada de un delito, no así al acusador público y mucho menos al acusador privado.

Expresa que, de no compartir este Tribunal la postura antes reseñada, la impugnación es improcedente en lo sustancial, puesto que el agravio del fiscal en cuanto a que la sentencia está viciada por no expedirse el sentenciante respecto de todos los indicios y argumentos propuestos por el Fiscal en sus alegatos, no es procedente. Ello, considerando que el Tribunal no tiene obligación de referir en sus sentencias todas las expresiones de las partes, sino que debe discriminar las circunstancias jurídicamente relevantes.

Asimismo, considera que las críticas del Fiscal no tienen fundamento en posibles errores de interpretación sino en la no coincidencia con sus personales interpretaciones de la prueba, haciendo algunas referencias que no concuerdan con la realidad. Entre estas últimas, las consideraciones efectuadas respecto de la declaración del oficial Yanzón, del valor acordado a la testimonial

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de Beatriz Chacón, y a la investigación referida a las personas que se encontraban presentes en la finca de don Mario e indica que hay líneas investigativas que no se agotaron.

Entiende que los recurrentes no hacen ninguna referencia a errónea aplicación o interpretación de norma legal o de principios de derecho, sino que hacen un nuevo examen de los hechos cumplidos en el debate y su opinión sobre los mismos. Que los indicios esgrimidos por la parte querellante y el fiscal son indicios indirectos y absolutamente equívocos respecto a la privación de la libertad de Soledad Olivera.

Finalmente, expresa que en los procesos penales la verdad real no se construye sino que se descubre y que en la presente causa no hay pruebas contra Mariano Luque.

VI.- La solución

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el Sr. Fiscal de Cámara y acoger parcialmente la impugnación deducida por el representante de la parte querellante contra la sentencia que absolvió a Adrián Mariano Luque Ruarte. Paso a explicarlo.

En primer lugar, corresponde señalar que la resolución en crisis considera probada la existencia material del hecho que se investiga en las presentes actuaciones, esto es, la desaparición de Soledad Olivera ocurrida el día 18 de noviembre de 2011 y su ausencia hasta el día de la fecha.

En segundo lugar, advierto que ambos recurrentes coinciden en la crítica dirigida a la valoración que el sentenciante efectuó de los elementos de prueba incorporados a la causa para descartar la responsabilidad penal de Adrián Mariano Luque en el hecho investigado. Es decir, los impugnantes consideran que corresponde revocar la resolución cuestionada en razón de que, según su opinión, los elementos de convicción que obran en la causa resultan suficientes para

atribuir la autoría del suceso investigado al encausado. Ahora bien, la impugnación del querellante particular se diferencia de la efectuada por el representante del Ministerio Público Fiscal en razón de que, para el primero, corresponde encuadrar el comportamiento de Luque en el tipo penal del art. 79 del Cód. Penal, esto es, homicidio simple, mientras que, para el segundo, la calificación legal correspondiente es la de privación ilegítima de la libertad agravada.

De manera tal que las cuestiones centrales de las impugnaciones formuladas contra la sentencia absolutoria recurrida son, por un lado, la valoración de la prueba efectuada por el tribunal al momento de determinar la autoría del encausado en relación al hecho objeto del presente proceso y, por el otro, el encuadre legal que corresponde realizar del comportamiento atribuido.

a.- La valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género

De manera preliminar estimo oportuno señalar que si bien desde el punto de vista formal el tribunal de juicio encuadró el hecho bajo estudio como un caso de *violencia de género*, pese a lo discursivo, la perspectiva de análisis vinculada con esa problemática no fue materializada en la valoración de los elementos de convicción reunidos en la causa. Veamos.

Conforme a como surge de los fundamentos aquí cuestionados, el propio sentenciante consideró, para calificar el caso como un supuesto de violencia de género, que existían *«al menos dos factores que la hacían [a Soledad] particularmente vulnerable a hechos de violencia: era mujer y pertenecía a un sector socioeconómico desventajado»*. Para avalar lo afirmado citó jurisprudencia internacional aplicable al caso. A su vez, tuvo en miras el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado mediante las leyes 24.632 -por la que se aprueba la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”- y 26.485 -“Ley de protección integral para

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”- para propiciar la continuación de la investigación respecto a la desaparición de Soledad Olivera.

No obstante, como se adelantara, en la sentencia recurrida el *a quo* efectuó consideraciones sobre diferentes elementos probatorios sin haber tenido en cuenta –o al menos no en forma plena- el paradigma de género. En este aspecto y, vinculado a las consecuencias que la adopción de dicha perspectiva acarrea en materia procesal, debe aclararse que la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio requerido para el dictado de una sentencia condenatoria; por el contrario, lo que impone la presencia de un supuesto de violencia contra las mujeres es el particular modo de valoración de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, de manera tal que un mismo indicio puede tener distinto valor en función de si se trata de un caso genérico o de un caso de violencia de género.

La razón de ello se encuentra en la consideración de que este tipo de violencia genera en la personalidad de la mujer reacciones -durante la agresión y aun después de ésta- que, desde el prisma de situaciones cotidianas, muchas veces no resultan entendibles. Es por ello que la víctima puede parecer dubitativa, a veces complaciente, insegura, incoherente, con disociación –en el sentido de que puede mostrarse desinteresada o poco impactada por el evento-, con llanto incontenible, ambigüedad o confusión al contestar las preguntas; generando muchas veces la percepción de que es ella la que tiene problemas de personalidad y que es la responsable por haberse puesto en esa situación de riesgo (sobre la cuestión ver JIMÉNEZ SANDOVAL, Rodrigo (Coordinador), *Protocolos de Atención a víctimas en los Juzgados de Violencia Doméstica*, Costa Rica, 2008).

Es que para la valoración de los elementos de prueba en supuestos de violencia de género, no debe dejar de considerarse la particular situación en que se encuentra la víctima a fin de evitar que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de

actitudes o de la credibilidad de aquélla durante el proceso penal para endilgarle una asunción tácita de responsabilidad por los hechos. El peligro de la adopción de tales posturas puede derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (sobre la cuestión, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007).

A mi modo de ver, un temperamento que no integre la perspectiva de género a la valoración de los elementos de convicción cuando se encuentra frente a un supuesto de violencia contra mujeres deja de lado la garantía constitucional de igualdad que se traduce en darle un trato diferenciado a quien se encuentra en una situación desigual o de desventaja social. Dicho de otro modo, una verdadera comprensión de la situación del ciclo de la violencia debe derivar necesariamente en la modificación de las tradicionales prácticas obrantes en el sistema judicial y uno de los campos en que se debe plasmar aquella comprensión es en la valoración de la prueba. A modo de ejemplo puede señalarse que en los casos de violencia contra mujeres, para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión, tienen especial relevancia la declaración de la víctima y todas las pruebas indirectas –indicios- toda vez que si bien a veces se cuenta con testigos, en muchas otras ocasional tal situación no ocurre.

En el caso bajo estudio, para concluir que el suceso no resultaba imputable a Luque, el *a quo* valoró cada uno de los indicios existentes en la causa -los que resultaban suficientes para la atribución del comportamiento al imputado, según la acusación-, neutralizando su valor probatorio a través de diversas consideraciones, principalmente contraindicios e hipótesis alternativas, soslayando -como se dijo- los parámetros de valoración que impone la temática aludida.

En relación al indicio del móvil, el sentenciante estimó acreditada tanto la existencia de una relación previa entre Soledad Olivera y Mariano Luque,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

como también que la primera habría querido romper dicha relación con Luque para volver con Armando Chacón, padre de su hija menor; siendo esta circunstancia la que habría motivado a Mariano Luque a amenazar a Soledad. Sin embargo, entendió que el valor de cargo que representan estas circunstancias había sido neutralizado por la existencia de diversos contraindicios. Ello en cuanto mencionó que existirían actitudes contradictorias por parte de la víctima pues Soledad le dio a conocer a Luque su nuevo número telefónico –el cual cambió a raíz de las amenazas sufridas-, inició las comunicaciones con el encausado el día 11 de noviembre de 2011, y concurrió «*sola y contenta*» –conforme expresó la testigo Santana- a encontrarse con él, a pesar de que esos comportamientos implicarían un riesgo.

En este aspecto no comparto el razonamiento desincriminatorio del tribunal de juicio pues, a mi modo de ver, ha incurrido aquí en la valoración de un hecho que no ha sido acreditado en la causa y, por tanto, directamente asumido por el sentenciante, toda vez que no existe constancia alguna de que Soledad Olivera haya hecho conocer su nuevo número telefónico al encausado; siendo éste último quien podría haberlo conseguido mediante una infinidad de posibilidades diversas que, en abstracto, resulta imposible de enumerar.

Aun en el eventual supuesto en que hubiere sido Soledad quien puso en conocimiento de Luque la actualización del número de línea, así como también que inició las conversaciones del día 11 de noviembre con el encausado e incluso que tomó la decisión de encontrarse con él, esos indicios, deben valorarse desde la perspectiva de género. En efecto, dichas actitudes adoptadas por la víctima no pueden ser interpretadas, ni tener el mismo valor probatorio, en cualquier otro supuesto que en este caso pues cuando la relación de Olivera con Luque estaba teñida por la violencia de género.

Así, la existencia de una relación disfuncional entre Luque y Olivera, surge acreditada de las declaraciones de las hermanas y amigas de Soledad y hasta del propio Mariano Luque -en algunos aspectos-, quienes han

reconocido que ambos mantenían o mantuvieron una relación con altibajos, idas y venidas, celos, obsesiones y con ayuda económica de parte del primero hacia la segunda. Sólo en la comprensión de la disfuncionalidad de aquella relación puede resultar entendible que Soledad haya concurrido sola a ver a Luque y que el día 11 de noviembre de 2011 haya sido ella quien inició las conversaciones mediante mensajes de texto con Mariano. Es que, como se dijo, la especial situación en que se ve inmersa la víctima de violencia de género torna en ocasiones incomprensible –desde un punto de vista objetivo- el comportamiento que la misma desarrolla, muchas veces movida inclusive por la necesidad. Por otro lado y más allá de cuál haya sido el motivo por el que Soledad inició este diálogo mediante mensajes de texto, la entidad de esta conversación no resulta suficiente para conmovir la contundencia del importantísimo caudal de mensajes que intercambiaron ambos el día de la desaparición de Olivera, seguido de una ausencia total de mensajes entre ellos luego de que Soledad fuese vista por última vez.

En el mismo sentido, cabe destacar que las amenazas dirigidas a Soledad por parte de Luque se encuentran claramente probadas mediante las testimoniales de Romina Giménez, Deolinda Giménez, Daniela Bachi Santana, María Ester Santana y Jorge Valdez, aun cuando el sentenciante estimó que algunas de estas declaraciones no resultaban consistentes – Ester Santana y Jorge Valdez- y que otras sólo mencionaban que Luque la habría amedrentado en alguna oportunidad, pero que existían otras amenazas de mayor entidad y de origen desconocido. Al respecto entiendo que, sin perjuicio de esta última consideración del tribunal *a quo*, las pruebas deben ser valoradas en su integralidad y conjuntamente con el resto del material probatorio, de cuyo análisis -en contraposición con otros indicios- surge evidente la existencia de amenazas por parte de Mariano Luque a Soledad Olivera.

Por su parte, respecto a la actitud sospechosa del encausado posterior al hecho, el tribunal de juicio entendió que constituía un indicio incriminante que el día en que Soledad desapareció, Luque no haya intentado

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

comunicarse con ella cuando el acuerdo indicaba que Olivera asistiría a su casa. Sin embargo, valoró también como contraindicio la actitud adoptada por el encausado al día siguiente, temprano en la mañana, oportunidad en la cual le mandó dos mensajes de texto, circunstancia esta que confirmaría la versión aportada por Luque en la que manifestó haber intentado comunicarse con Olivera después de su ausencia.

Sin embargo, la valoración efectuada respecto de este indicio resulta endeble –a mi criterio-, ya que no han sido suficientemente considerados por el *a quo* los numerosos mensajes de texto que intercambiaron Luque y Olivera con anterioridad a la desaparición de esta última –104 mensajes en total (fs. 106/111, 140/159 y 238/245)-, la negación por parte de Luque de haber mantenido tal comunicación ante los cuestionamientos efectuados por las hermanas de Soledad Olivera -indicio que en primer término considera de cargo pero que luego neutraliza en función de las hipótesis alternativas introducida por la defensa-, así como tampoco la mencionada obsesión que Luque tenía en la relación con Soledad.

En función de lo expuesto y conforme se anticipara, estimo arbitrario el razonamiento puesto que el Tribunal de juicio, no obstante destacar que se encontraba frente a un supuesto de violencia de género y señalar los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado sobre la materia, luego, no meritó los distintos indicios probatorios con la perspectiva de género que el caso exigía.

b.- El método de exclusión de hipótesis alternativas y su aplicación al caso concreto

Por otro lado, también resulta arbitrario el razonamiento del *a quo* en cuanto excluye el valor convictivo de los indicios de cargo a través contraindicios de descargo e hipótesis alternativas que no gozan de suficiente respaldo en las constancias de la causa y, en consecuencia, adolecen de sustento

racional.

Así, en cuanto al indicio de oportunidad, el sentenciante consideró probado que Soledad Olivera se dirigió a la casa de Luque -previo paso por la finca de Don Mario-, en tanto ello surgía en forma prístina de los testimonios de las hermanas de Soledad -en especial de Romina Giménez que leyó el mensaje de texto mediante el que Luque le pidió a Soledad que fuese a su casa- y de Ester Santana, así como también del intenso intercambio de mensajes de texto entre Olivera-Luque y de la propia declaración de éste último, quien asegura que ese era el lugar usual para sus encuentros.

A su vez, en relación al indicio de capacidad personal del encausado, el inferior entendió que si bien las características que presentaba la personalidad de Luque resultaban compatibles con los hechos que se le atribuían, ello no podía valorarse pues implicaría aplicar al caso criterios propios del Derecho penal de autor. Aun así, aseguró que frente a ello existía un contraindicio proveniente de la declaración del Oficial Yanzón, quien llevó a cabo la investigación y manifestó no haber advertido que Luque «*no fuera una persona pacífica*».

Si bien comparto la afirmación del *a quo* de que las características de la personalidad de Luque no pueden ser valoradas en su contra pues de ser así se consideraría al autor del hecho por lo que es y no por lo que hizo, siendo aquéllo propio de un Derecho penal de autor vedado por nuestro Estado democrático de Derecho; tampoco debió utilizarse como contraindicio la opinión que sobre Luque Ruarte vertió el Oficial Yanzón. Ello por dos razones. La primera resulta de índole lógica, pues si debe tenerse por inexistente el valor probatorio de un indicio, no existe valor alguno de contraindicio que lo neutralice. La segunda resulta de índole teleológica, en razón de que la finalidad del examen psíquico sólo atiende a ilustrar respecto a la capacidad de culpabilidad del imputado, por lo que no puede ser utilizado como prueba de cargo. Pero tampoco puede operar como contraindicio para desvirtuarlo la simple impresión u opinión

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

vertida en un debate por parte de una persona que no se encuentra especializada en el área de la ciencia en cuestión, como lo es un oficial de policía. En función de ello, ni pueden considerarse elementos de cargo las características de personalidad del imputado que surgen del examen psíquico realizado en su persona, ni tampoco puede valorarse como conraindicio de descargo la declaración del Oficial Yanzón, resultando ambos de valor probatorio neutro.

En cuanto al denominado indicio de mala justificación, el *a quo* consideró que la negación que Luque efectuó frente a las hermanas de la víctima respecto de las comunicaciones mantenidas con Soledad y el no saber explicar en qué circunstancia había intentado comunicarse con la misma luego de que no supiera más de ella, efectivamente constituyen indicios de cargo pero que, confrontados con las hipótesis alternativas sugeridas por la defensa, no resultaban suficientes para alejar la duda existente respecto a la autoría del ilícito.

Seguidamente, analizó estas *hipótesis alternativas*, considerando que las mismas resultan plausibles, por lo que -para el sentenciante- no pueden ser dejadas de lado. Así, expresó que desde el lugar donde Soledad fue vista por Santana hasta la finca donde residía Luque existen más de 500 metros, prácticamente desolados, con mucha vegetación, que es un camino desde donde también se puede ingresar a la finca de Don Mario, circunstancias éstas que evidencian la posibilidad de que Soledad haya sido abordada por un tercero sin que fuera percibido por testigo alguno. En este orden, estimó que reforzaba esta idea la circunstancia de que la víctima tenía pensado también ir a la finca de Don Mario por motivos laborales y que no existe prueba directa alguna de que Soledad haya llegado a la casa de Luque.

Por último, expresó el tribunal de juicio que también contribuía a generar el estado de duda insuperable, la circunstancia de que el día siguiente a la desaparición de Soledad Olivera, pasadas las 9 de la mañana, Luque le envió dos mensajes de texto, lo que concordaba con la declaración de este último en el sentido de que sí intentó comunicarse con ella, por lo que constituía un indicio de

que pudo desconocer que Olivera había desaparecido. Asimismo, estimó que el hecho de que Soledad haya iniciado el ciclo de comunicaciones el día 11 de noviembre era compatible con el relato del imputado de que Soledad se comunicó con él para solicitarle ayuda económica, y que la circunstancia de que Soledad saliera sola en dirección a la casa de Luque y sin signos evidentes de temor, resultaban indicios que debilitaban el poder probatorio de los indicios referidos al contexto amenazante por parte de Luque.

Respecto de estas últimas consideraciones, también encuentro objetable el valor asignado a las hipótesis alternativas propuestas por la defensa que, según el criterio del sentenciante, permitían neutralizar el valor de algunos indicios de cargo constituidos por: la circunstancia de que Luque negara las comunicaciones mantenidas con Soledad a las tres hermanas de la víctima; la ausencia de una explicación racional por parte de aquél relacionada con el hecho de que había intentado comunicarse con Soledad luego de que no supiera más de ella, lo que evidenciaba la existencia de una relación previa entre ellos; la acreditación de, al menos, una amenaza del encausado a Soledad; así como la existencia de un contexto que le hubiera permitido ejecutar el hecho.

A su vez, consideró que no podían soslayarse otras eventuales fuentes de peligro como: el Sr. Salomón; la mujer que pretendía que Soledad trabajara en un prostíbulo; el conocido de Soledad que vivía en Costa de Araujo y el intento de secuestro de Beatriz Chacón exactamente en el mismo trayecto y camino donde desaparece Soledad. Asimismo, entendió que el hecho denunciado por Beatriz Chacón y la desaparición de Johana Chacón evidencian la existencia de una trama organizada para el secuestro de mujeres. Además, expresó el Tribunal que también contribuye a generar el estado de duda insuperable, la circunstancia de que el día siguiente a la desaparición de Soledad Olivera, pasadas las 9 de la mañana, Luque le envió dos mensajes de texto, lo que concuerda con su declaración de que sí intentó comunicarse con ella y constituye un indicio de que pudo desconocer que Olivera había desaparecido. Asimismo, estimó que el hecho

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de que Soledad haya iniciado el ciclo de comunicaciones el día 11 de noviembre es compatible con el relato del imputado de que Soledad se comunicó con él para solicitarle ayuda económica, y que la circunstancia de que Soledad saliera sola en dirección a la casa de Luque y sin signos evidentes de temor son indicios que debilitan el poder probatorio de los indicios referidos al contexto amenazante por parte de Luque.

Ahora bien, respecto de este último tramo de análisis efectuado por el *a quo* puede decirse que es donde más débil aparece el razonamiento de valoración del tribunal de mérito. Es que, frente a los indicios de cargo que sustentaron la acusación, el tribunal de juicio contrapuso una serie de conjeturas aportadas por la defensa que lejos de constituir hipótesis alternativas, como se pretende, no resultan ser más que suposiciones remotas –como señaló el querellante particular- que no encuentran adecuado respaldo en las constancias de la causa. Dicho de otro modo, de las hipótesis aludidas por la defensa de Luque pueden derivarse un sinnúmero de posibilidades sobre lo acontecido en relación a la desaparición de Soledad que no pueden ser calificadas como alternativas racionales.

Así, basta analizar la afirmación del tribunal en cuanto a las fuentes de riesgo a las que estaba sometida Soledad Olivera y a la existencia de una supuesta empresa delictiva destinada al secuestro de mujeres de la zona, las que – a criterio del sentenciante- podrían ser la causa de la desaparición de la víctima de autos. Si bien entiendo que estas circunstancias «*podrían*» explicar la desaparición de Soledad, las mismas no pasan de ser meras probabilidades o conjeturas –como podrían enumerarse otras tantas- sin sustento probatorio alguno. Es que la existencia de una posible red delictiva dedicada al secuestro de mujeres no ha podido ser corroborada, ya que los dichos de Beatríz Chacón respecto a su intento de secuestro no se acreditaron en forma alguna. En este último aspecto el *a quo* expresamente sostuvo que desconocía «*si esta denuncia fue tramitada como tal, considerando la particular circunstancia de que el hecho que refiere Beatriz*

Chacón se incorpora por medio de un escrito que se titula “Aporta información para la investigación” en la causa donde se investiga la desaparición de su hermana, Johana Chacón. Tampoco cuenta este Tribunal con información al respecto» (fundamentos fs. 1168 vta.). Por otro lado, no se ha tenido noticia de otros hechos similares en el lugar y la única circunstancia cierta que podría dar lugar a esa inferencia es la desaparición de Johana Chacón, pero así como esa hipótesis pueden considerarse muchas otras, que tampoco se han probado en autos. En función de ello, advierto que la desaparición de Soledad Olivera constituye un hecho particular y aislado y no parte de un contexto general de secuestros como argumenta la defensa del imputado.

Finalmente vale destacar que conforme a la inspección judicial obrante a fs. 1095/1112 y cuya valoración efectuó el sentenciante a fs. 1168 vta./1169 vta., la distancia que existe entre ambos domicilios es de aproximadamente 500 metros (más o menos cinco cuadras de un radio urbano), compuesto por dos manzanas del barrio Ana Curi, un descampado destinado a plaza pública -frente al cual se encuentra la Finca de Don Mario- y en el extremo sur la Finca Curallanca, donde residía Luque Ruarte. La circunstancia de que el polígono descrito en la medida llevada a cabo por el tribunal se encuentra bordeado en el extremo Norte por una ruta y en el lado oeste por fincas, con un sitio baldío entre el Barrio donde habitaba Soledad y la finca donde residía Luque, sin la presencia inmediata de personas que pudieran dar testimonio de lo ocurrido, permite inferir con el mismo grado de convicción que una persona distinta al imputado, un tercero, tomó contacto con la víctima para privarla de su libertad como que el propio Luque Ruarte lo hizo, aprovechando la falta de testigos en la zona que pudieran delatarlo y que en su domicilio, situado convenientemente en las inmediaciones, no se encontraba nadie presente. Dicho en otras palabras, la hipótesis sugerida por la defensa y acogida por el tribunal para fundar su estado de duda permite tanto la incriminación del acusado como su descargo, es decir que a tal inferencia sólo se le puede atribuir un valor neutro, insusceptible de valorarse en uno u otro sentido.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En relación a la vinculación del principio del *in dubio in pro reo* con la existencia de hipótesis alternativas a la acusación, FREUND refiere que dentro de las reglas de la experiencia que se utilizan en el ámbito de la prueba indiciaria corresponde distinguir, por un lado, los enunciados que declaran segura la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios y, por el otro, aquellas reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hechos sólo se considera probable. Estas últimas, que constituyen la mayoría en el devenir diario, tienen el problema que no permiten alcanzar el grado de certeza sobre la existencia de un determinado hecho que en principio exige toda condena: con su empleo no se descarta la posibilidad de que el caso concreto que se juzga sea uno de los supuestos que cae dentro de lo considerado improbable. Ahora, el hecho de que no conduzcan a resultados seguros se debe a que su vigencia general está sujeta a posibles excepciones.

Si bien no es posible explicitar todas las excepciones que puede tener una regla de experiencia en abstracto, sí lo es en cambio en referencia a un caso concreto. Por lo tanto la labor del juez será formular posibles alternativas a determinadas hipótesis de probabilidad y verificar si, analizadas estas alternativas en el caso concreto, la hipótesis se mantiene o no: el método consiste entonces en la *exclusión de alternativas*. Así, debe llevarse a la prueba de indicios todas las circunstancias objetivas que puedan ser relevantes para excluir una determinada hipótesis de probabilidad –sean propias de la situación fáctica o personal de alguna de las partes del proceso-.

Los resultados a los que puede llevar este procedimiento son diversos. Por un lado, se encuentran aquellos casos donde se consigue descartar todas las excepciones posibles a la regla. En tales supuestos permanecen, dos interrogantes: la duda filosófica –aquella según la cual estrictamente no es posible conocer nada- y la posibilidad que en el futuro se descarte lo que hoy se consideran conocimientos seguros. Por el otro, están aquellos supuestos en que, o bien es posible imaginar más explicaciones alternativas, o el sentido de los

resultados a los que se llega no resulta inequívoco, por lo que en estos casos la permanencia de la duda es aún más evidente (FREUND, Georg, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heideger, 1987, p. 6 y ss.; citado por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 307).

Para FREUND la posibilidad de condena pese a la existencia de un riesgo de error sólo puede aceptarse si existen reglas que obliguen al juez a no dar relevancia a determinadas dudas. Es decir, deben existir normas de decisión que excluyan ciertas dudas del ámbito de vigencia del *in dubio pro reo*. Esas normas deben cumplir, al menos, dos requisitos: en primer orden, el riesgo de error que se asuma no puede acarrear el peligro de que la imposición de la pena genere efectos negativos desde un prisma especial o general preventivo; en segundo lugar debe poder hacerse responsable de aquel riesgo al propio acusado.

En cuanto a los casos en que permanezcan dudas pese a haberse intentado descartar todas las explicaciones posibles y, además a incertidumbre sobrepase la mera duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos científicos, el riesgo de error sólo es legítimo si, de algún modo, éste puede ser atribuido al imputado, lo que sucede cuando le haya sido posible aportar al proceso circunstancias que pudieran beneficiarle y no lo hiciera. De tal manera una condena no es nunca legítima si el acusado ha aportado una explicación alternativa suficientemente sólida de su conducta –que lleva a su inocencia- contra la afirmación de la existencia de la autoría del hecho y tal explicación no puede ser descartada por resultar falsa de acuerdo con los conocimientos empíricamente asegurados (FREUND, Georg, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heideger, 1987, p. 25; citado por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, p. 311). Dicho de otro modo, no basta con demostrar que la hipótesis del imputado no es razonable sino que, también, debe demostrarse que el suyo no pudo ser un aporte irracional.

De esta manera una sentencia condenatoria requiere para su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

imposición que no exista una hipótesis de los hechos desincriminatoria sustentable dentro del marco del proceso o, dicho de otro modo, no deben existir dudas que obstaculicen el conocimiento de quien debe resolver el caso. En otras palabras, una sentencia condenatoria sólo es posible justificarla cuando su imposición es el resultado de la constatación de la existencia de elementos de convicción a favor de la acusación eliminando toda razón relevante para dudar (sobre el tema ver GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2011, p. 33).

El contrasentido de lo señalado puede encontrarse en un principio fundamental de todo Estado Social Democrático de Derecho: el *in dubio pro reo*. Este último constituye un derecho fundamental de todo sujeto acusado en el marco de un proceso penal y tiene un doble fundamento, por un lado material – desde el ámbito del Derecho penal sustancial- y, por el otro, formal –desde la óptica del Derecho procesal penal-. En cuanto al primero de aquellos ámbitos hay que decir que el *in dubio* no es más que un reflejo del principio de culpabilidad por el hecho que limita el poder del Estado de intervención punitiva y asegura un espacio adecuado de libertad a todos sus habitantes. Dicho de otro modo: un sujeto sólo puede ser responsabilizado penalmente cuando se encuentra acreditada su responsabilidad y en la medida de ésta; lo contrario implicaría una inadmisibles instrumentalización de los sujetos para el cumplimiento de fines estatales.

A su vez, desde una perspectiva procesal, el *in dubio pro reo* es el resultado de una doble derivación proveniente de las garantías de presunción de inocencia y de *nulla poena sine lege* –vertiente del principio de legalidad-. En los supuestos en que no existe certeza sobre el supuesto de hecho previsto por la ley, la inocencia del encausado permanece intangible y sólo procede su absolución. Un enfoque normativista del principio de la presunción de inocencia se llena de contenido al ser considerado en razón de la existencia misma del proceso cuya función reside en fundamentar o brindar buenas razones sobre la obligatoriedad de la decisión adoptada. De este modo la inocencia del imputado significa que el

resultado del proceso se encuentra abierto hasta que recaiga sentencia condenatoria. El fin y sentido del proceso penal consiste en la incertidumbre de su resolución. De este modo, la función inmediata de la presunción de inocencia es la protección del proceso mismo, así como todas sus derivaciones. En otras palabras, la presunción de inocencia hace posible el proceso en tanto conduce a demostrar que el imputado no es inocente. La contracara de lo señalado derivaría en la consideración del proceso como mero ritual.

Por su parte, el *in dubio* también es consecuencia de la garantía *nulla poena sine lege* que impone no subsumir en la ley hechos dudosos toda vez que no es posible sostener que han sido contemplados por una ley que debe ser taxativa. Dicho de otro modo, en razón del principio de legalidad será condenado sólo aquél que haya matado, abusado sexualmente, privado de la libertad y no aquél que quizás hubiese llevado adelante un comportamiento jurídicamente desaprobado que se realizara en alguno de aquellos resultados.

En tal sentido, es posible alcanzar la siguiente conclusión: el *in dubio pro reo* no es una regla de valoración probatoria sino una «regla de decisión» que deberá ser aplicada luego de haber sido valorada la prueba. Lo que indica la regla es qué debe hacer el juez una vez que ha valorado los elementos de prueba que obran en la causa y, a pesar de ello, no encuentra razonable condenar. Una posición que sostenga que el *in dubio pro reo* resulta una regla de valoración debería asumir que cualquier proceso probatorio siempre conduciría a la absolución y no parece razonable sostener tal decisión (ver sobre el tema SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Madrid, 2012, p. 214 y ss).

En definitiva, si después de haber observado y escuchado todas pruebas durante el debate oral, el tribunal de juicio entiende que el acusado es probablemente culpable pero, pese a ello, considera que algunos de los elementos del caso de la causa que sustentan la acusación no son del todo convincentes entonces está obligado, en función del beneficio de la duda del acusado, a

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

absolverlo (LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, 2006, p. 105).

Según creo, sólo en las condiciones señaladas es posible vincular el valor de las hipótesis alternativas que puedan existir frente a la acusación con el principio del *in dubio pro reo* y en el caso de autos se le ha asignado el carácter de tal a situaciones que, si bien ontológicamente es posible afirmar la posibilidad de su ocurrencia, no obran datos empíricos constatados que las sustenten, por lo que no dejan de ser entonces posibles explicaciones del hecho.

En conclusión, por las razones antes señaladas la sentencia cuestionada resulta a mi juicio arbitraria en cuanto a la valoración del material probatorio, puesto que el tribunal de juicio para refutar cada indicio de cargo introdujo contraindicios que, no obstante ser tenidos por él como hipótesis alternativas, no constituyen más que explicaciones remotas. En este sentido puede afirmarse que el tribunal desvinculó, sin brindar buenas razones, las vías probatorias existentes en la causa que apuntaban a la imputación del suceso investigado al encausado y, entendió, sin adecuado sustento en las constancias de la causa, que la existencia de aquéllas alternativas desvirtuaban los indicios incriminantes, por lo que se configuraba un estado de duda insuperable que le impedía alcanzar el estado de certeza necesario para la condena de Luque. Sin embargo, a mi modo de ver, las conjeturas o posibilidades -respecto a lo que pudo haber acontecido de modo alternativo a cada indicio- pueden ser infinitas, lo que convierte a aquellos contraindicios señalados por el inferior en una mera probabilidad, que lejos de ser concluyente en el sentido de admitir otra explicación verosímil y racional distinta a la afirmada en la acusación, se aproxima más a la duda filosófica que al principio del *in dubio pro reo*.

Por último vale aclarar que el hecho de que en el caso de autos la acusación esté basada en prueba indiciaria o indirecta no significa que tenga necesariamente menor valor o fuerza que la prueba directa y que su admisibilidad se conciba como algo a lo que tendría que resignarse el juzgador, como

irremediable concesión a los criterios de la defensa para evitar intolerables impunidades. Por el contrario, la doctrina sobre la prueba indiciaria no esconde una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia; más aún cuando la prueba indiciaria es a veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes (sobre la cuestión puede verse, STS español 129/2016, de fecha 23 de febrero de 2016).

En conclusión, de lo expuesto surge que el razonamiento por el cual el tribunal de mérito descartó aquellos elementos que sustentaban la acusación resultó arbitrario, lo que trae por consecuencia que la sentencia cuestionada deba ser revocada por adolecer de vicios en su fundamentación y reenviada la causa a la instancia inferior para la realización de un nuevo juicio.

c.- La desaparición de Soledad Olivera. El problema de su calificación legal

Respecto a la cuestión planteada por el querellante particular como vicio *in iudicando* -se ataca el acto sentencial en cuanto denegó la solicitud de cambio de calificación legal hacia la figura del homicidio simple-, adelanto aquí que, según mi criterio, si bien la plataforma fáctica sobre la que se asienta la investigación y el juicio oral permite ser jurídicamente calificada bajo el tipo penal de homicidio, también entiendo que, atento a la solución que en la presente sentencia se adopta, resulta procesalmente improcedente hacer lugar a lo solicitado por el querellante en punto específico. Paso a explicarlo.

Preliminarmente debe destacarse que el agravio individualizado en párrafo precedente fue abordado oportunamente por el Sr. Procurador General, para quien estimó corresponder el rechazo de tal incidencia. En efecto, manifestó el titular del Ministerio Público Fiscal que la descripción del hecho en virtud del cual articuló su defensa el imputado durante el proceso tiene por objeto la realización de un comportamiento de carácter permanente -privación ilegítima de libertad- y no instantáneo como es el de dar muerte a otra persona. De esta manera

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

y en opinión del Sr. Procurador, en caso de cambiar la calificación, se produciría una variación sustancial en la plataforma fáctica que afectaría el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, también estableció, ahora en oportunidad de exponer sus opiniones en la audiencia oral y según los apuntes tomados por Presidencia de este Superior Tribunal, que dadas las características del hecho y el transcurso del tiempo, en su fuero íntimo tenía la plena convicción que se trata de un caso de homicidio. En este contexto, resulta al menos llamativo que oportunamente el representante del Ministerio Público Fiscal no haya ampliado la acusación o planteado la existencia de un hecho diverso, sobre todo cuando las facultades que sobre la materia posee el querellante particular resultan altamente discutidas.

Si, como se sostuvo *ut supra*, la sentencia cuestionada debe anularse con el consecuente reenvío de la causa a la etapa oral a efectos de que se sustancie un nuevo juicio, no resulta procesalmente factible proceder aquí a la recalificación legal de un hecho cuya sustanciación y prueba se encontraría pendiente. Aun así, lo dicho no significa de manera alguna vedar toda posibilidad a lo pretendido por el querellante pues le quedará la posibilidad de plantear un cambio de la calificación legal al tribunal que intervenga en el debate y éste será quien evalúe la procedencia de lo peticionado. Dicho de otro modo, el ámbito propicio para discutir la posibilidad de acoger una solicitud de cambio de calificación y las facultades que para ello posee el querellante particular no puede ser otro que el contradictorio propio del debate oral de la causa.

Sin embargo, y a pesar de los obstáculos estrictamente procesales señalados precedentemente, entiendo que desde el punto de vista sustancial no existen razones jurídicas ni elementos probatorios de peso que impidan que el hecho aquí investigado pueda calificarse como homicidio doloso bajo las prescripciones del art. 79 del Cód. Penal.

En primer término, debe destacarse que tanto el tribunal de juicio como el querellante particular han sostenido que la calificación jurídica de un

hecho bajo las previsiones del tipo penal de homicidio simple, no requiere –de manera alguna- el hallazgo del cadáver objeto de la agresión homicida. En mi opinión asiste razón al querellante –y también al tribunal de sentencia- cuando afirman que en un sistema procesal liderado por la sana crítica racional y la libre valoración de la prueba, no existen exigencias tales como el hallazgo de un cadáver ni que se precise jurídicamente de una partida obtenida mediante declaración de ausencia con presunción de fallecimiento para tener por acreditada la comisión de un homicidio. En este sentido, se ha dicho que «[e]l método probatorio que rija el proceso penal (“sana crítica”, “libre convicción”) podría permitir al juez penal llegar a tal o cual conclusión, con independencia de las reglas probatorias que en algunas partes del derecho se rigen por un sistema de “prueba tasada legalmente”. Entonces, la cuestión debería ser discutida con independencia del art. 108 del Cód. Civil. Es verdad que esto es así, pero la disposición del Código demuestra que al sistema legal argentino no le es extraña la afirmación de una muerte sin cadáver ni partida» (SANCINETTI, Marcelo/FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, p. 141).

En segundo lugar, existen elementos de prueba de carácter objetivo que indican la muy probable comisión de un delito de homicidio, en cuanto nos encontramos aquí frente a una configuración fáctica que debe catalogarse –tal como deslizó el tribunal y manifestó expresamente el querellante- como un delito de género. Debe recordarse que la víctima Soledad Olivera se encontraba inmersa en una situación de profunda vulnerabilidad si se tiene en cuenta que pertenecía a un sector social económicamente desfavorecido, no poseía estudios avanzados ni trabajo al momento de los hechos, dependiendo la subsistencia económica personal y la de sus hijos, prácticamente, de las asignaciones estatales y las ayudas benéficas que podía proporcionarle el padrastro del encausado. En ese marco, Soledad mantenía una relación de pareja de carácter inestable con el encausado, quien le proporcionaba ayuda económica esporádica y condicionada y que, incluso, se encontraba –según los testigos- obsesionado con ella, habiéndola

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

amenazado en más de una oportunidad.

También ha quedado acreditado que la víctima había tomado la determinación de no continuar la relación con el encausado y volver a entablar una relación con el padre de su hija menor, el Sr. Armando Chacón, lo que constituye un indicio de entidad considerable acerca de la existencia de un móvil que sustenta tanto las amenazas previas como la posible comisión de un delito de homicidio; ello más allá de que la relación entre Chacón y Olivera no haya sido acreditada en el caso concreto.

En tercer lugar, ha sido destacado en reiteradas oportunidades y en diversas instancias durante el transcurso de la investigación de esta causa, que el extenso tiempo transcurrido desde el día 18 de noviembre de 2011 hasta la fecha -no habiéndose obtenido noticia alguna acerca del paradero o posible estado de salud de Olivera- disminuye considerablemente las posibilidades de encontrar a la víctima con vida, en tanto mantener privada de libertad a una persona durante tanto tiempo, o en su defecto sacarla del país utilizando medios ilegítimos y sin dejar registro alguno, requeriría una logística delictiva de la cual no se ha hallado evidencia alguna.

En este sentido, como se refirió *ut supra*, las hipótesis alternativas señaladas por el tribunal y que pretenden abrir el abanico de posibilidades y explicar los diferentes destinos que pudo tener la víctima Soledad Olivera, no constituyen más que hipótesis remotas, en tanto ninguna de ellas goza de sustento probatorio alguno, pese a haberse investigado las mismas. En efecto, se ha efectuado una intensa búsqueda a nivel provincial y nacional que tenía por objeto recabar cualquier tipo de información que pudiera determinar el paradero o transporte de Soledad Olivera, no habiéndose reunido siquiera un dato que permitiera sospechar del traslado de la víctima dentro ni fuera del territorio argentino.

Dicho de otro modo, si bien resulta posible que el destino de

Soledad Olivera no haya sido la muerte, lo cierto es que ello se presenta como altamente improbable, no existiendo ningún elemento probatorio que indique hoy, a más de cuatro años de su desaparición física, que la misma se encuentra con vida.

En el mismo sentido se ha expedido un amplio sector de la jurisprudencia reciente al tener por acreditada la existencia de una muerte en función del contexto en el cual se produce la desaparición física de una persona y las diversas circunstancias que rodearon la producción de ese hecho. La jurisprudencia tanto local (TOF de Mendoza N° 1, autos N° 001-M, “Menendez Sánchez, Luciano Benjamín y otros s/Infr. art. 144 bis C.P. y sus acumulados N° 009-M, 010-M, 011-M, 022-M, 025-M, 031-M, 032-S y 055-M”; y autos N° 075-M y acumulados, caratulados “Furió Etcheverri, Paulino Enrique s/infr. Art. 144 bis C.P.”), nacional (Cámara en lo Criminal y correccional Federal de la Capital Federal, Sala III, autos N° 3937/III, caratulados “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/homicidio calificado” y las causas 13/84 y 44/86) como internacional (Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Serie C. N° 34, párr. 73; y Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988) en materia de delitos de lesa humanidad constituye un claro ejemplo de la puesta en relación entre el marco o contexto en el cual se produce un hecho ilícito con el transcurso del tiempo para tener por acreditada la producción de una muerte.

Al respecto, también vale destacar diversos antecedentes en el mismo sentido en materia de delitos de género y de violencia institucional en los que quienes fueron condenados como autores se procuraron la impunidad mediante la desaparición del cadáver objeto del delito. Así, constituye un antecedente importante en la materia el fallo expedido por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Depto. Judicial de Lomas de Zamora en la causa N° 1.667EZ/1 por el cargo de homicidio agravado. Allí se manifestó, sintéticamente, que por «cuerpo del delito» debe entenderse el conjunto de elementos materiales cuya

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

existencia guían e inducen al órgano jurisdiccional a lograr la certidumbre de la comisión de un delito y que el mismo está compuesto de tres elementos «*corpus criminis*», «*corpus instrumentorum*» y «*corpus probatorium*», esto es, objeto, medios, y rastros o vestigios del delito. Teniendo en cuenta ello, el cadáver sólo constituye un elemento probatorio que permite tener por acreditada la producción de un homicidio, pero no el único. De lo contrario, habría que explicar por qué quedarían impunes aquellos casos en los que los autores han podido eliminar u ocultar de manera eficiente los restos de la víctima.

Tal situación fue la que se presentó –ahora referido a un caso de violencia institucional- en el dictado del fallo emitido por la Sala I de la Cámara Penal de la Ciudad de La Plata, a raíz de la investigación por las torturas y posterior muerte de Miguel Brú en la que intervinieron funcionarios policiales de la Comisaría 9° de la Ciudad de La Plata. Habiendo desaparecido el día 17 de agosto de 1993 y, pese a la intensa búsqueda que hoy continúa por parte de sus familiares, hasta la fecha no se conoce dato alguno que haya permitido dar con los restos de Miguel Brú.

En conclusión, con base en los argumentos expresados precedentemente, considero que si bien desde el punto de vista sustancial asiste razón al recurrente -atento a la solución que aquí se adopta- no corresponde en esta instancia hacer lugar a la solicitud de cambio de calificación legal introducida en el recurso de casación deducido por el querellante particular.

Por lo expuesto, y oído el Señor Procurador General, considero que corresponde responder de manera afirmativa la primera cuestión planteada en el sentido de hacer lugar al recurso formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal y acoger parcialmente la impugnación del querellante particular.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Herman A. Salvini y Mario Daniel Adaro adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. OMAR PALERMO DIJO:

Atento al resultado al que se llega en relación a la primera cuestión planteada considero que corresponde revocar la sentencia cuestionada y, en consecuencia, reenviar la causa al subrogante legal a fin de que sustancie un nuevo debate que dirima la eventual responsabilidad penal del encausado Adrián Mariano Luque (art. 486 del C.P.P de Mendoza).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Herman A. Salvini y Mario Daniel Adaro adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. OMAR PALERMO DIJO:

En razón de las conclusiones alcanzadas por el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales del Dr. Fernando Peñaloza, en la suma de TRES MIL PESOS (\$ 3000); y de los Dres. María del Carmen Aguilar y Adolfo Armando Aguilar en la suma de DOS MIL PESOS (\$ 2000), en forma conjunta (cfr. arts. 557 y cc. del C.P.P. de la provincia de Mendoza; art. 10 de la Ley 3641, modificada por el Decreto-Ley 1304/75 y sus modificaciones).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Herman A. Salvini y Mario Daniel Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 06 de Abril de 2016.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Y VISTO:

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

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal y, parcialmente, al impetrado por el querellante particular y, en consecuencia, anular la sentencia obrante a fs. 1154 y vta. y sus fundamentos de fs. 1155/1178 , al sólo efecto de la sustanciación de la causa citada a través de la realización de un nuevo debate.

2.- Imponer las costas por su orden.

3.- Regular los honorarios profesionales del Dr. Fernando Peñaloza en la suma de TRES MIL PESOS (\$ 3000); y de los Dres. María del Carmen Aguilar y Adolfo Armando Aguilar en la suma de DOS MIL PESOS (\$ 2000), en forma conjunta (cfr. arts. 557 y cc. del C.P.P. de la provincia de Mendoza; art. 10 de la Ley 3641, modificada por el Decreto-Ley 1304/75 y sus modificaciones)

4.- Firme la presente, bajen estos obrados al tribunal de origen.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro

DR. HERMAN AMILTON SALVINI
Ministro