

MORATO EZEQUIEL DAVID, Giménez FRANCISCO NAHUEL
S-HOMICIDIO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN - Legajo: Nº
2017/23
SENTENCIA Nº 01

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de febrero de dos mil veinticuatro, se reunieron quienes componen la Cámara de Casación de Paraná, a saber: Dra. MARCELA BADANO y los Dres. GUSTAVO PIMENTEL, y DARÍO PERROUD, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa "MORATO EZEQUIEL DAVID, GIMENEZ FRANCISCO NAHUEL S-HOMICIDIO AGRAVADO S/ RECURSO DE CASACIÓN" - Legajo: Nº 2017/23

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: BADANO - PIMENTEL - PERROUD.

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Por sentencia de fecha 31/03/23 (cfr. fs. 102/140 vta), luego de arribar a un veredicto de culpabilidad, por unanimidad del Jurado, el Sr. Juez Técnico Dr. Alejandro D. Grippo resolvió: I.- IMPONER a EZEQUIEL DAVID MORATO, la pena de PRISIÓN PERPETUA, con más las ACCESORIAS LEGALES, por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSÍA, PARA CONSUMAR OTRO DELITO (CRIMINIS CAUSA) Y EN PROCURA DE LA IMPUNIDAD DE OTRO DELITO (CRIMINIS CAUSA, Y ROBO en CONCURSO REAL y cometidos en carácter de COAUTOR -arts. 80, incs. 2 y 7, 164, 55, 45 y 12 del Código Penal; por los que fuera declarado CULPABLE por VEREDICTO del JURADO POPULAR de fecha 31 de marzo de 2023.-; II.- IMPONER a FRANCISCO NAHUEL Giménez, la pena de PRISIÓN PERPETUA, con más las ACCESORIAS LEGALES, por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSÍA, PARA CONSUMAR OTRO DELITO (CRIMINIS CAUSA) Y EN PROCURA DE LA IMPUNIDAD DE OTRO DELITO (CRIMINIS CAUSA, Y ROBO en CONCURSO REAL y cometidos en carácter de COAUTOR -arts. 80, incs. 2 y 7, 164, 55, 45 y 12 del Código Penal; por los que fuera declarado CULPABLE por VEREDICTO del

JURADO POPULAR de fecha 31 de marzo de 2023.-

Se había imputado a los encartados el siguiente hecho: *"que en fecha 14/7/2021 entre las 16:45 y las 19:00 horas aproximadamente; tiempo Ezequiel David MORATO y Francisco Nahuel Giménez, actuando conjunta y articuladamente, engañaron a Gonzalo Javier CALLEJA para que suba en inmediaciones de calle Pringles y Batalla de Suipacha de Paraná, al vehículo Fiat Uno dominio TDM 990 con la excusa de realizar una transacción comercial de dólares norteamericanos por pesos; sentado en la butaca delantera derecha del auto, lo atacaron por sorpresa, presionándole su cuello, con lo que le causaron la muerte, por la asfixia mecánica con efecto respiratorio y nervioso, en procura de la impunidad y apoderarse de la suma aproximada a u\$s 12600 Dólares Estadounidenses que llevaba CALLEJA, de su reloj inteligente Xiaomi, su mochila negra marca Nike, billetera con documentación personal, su teléfono celular marca Xiaomi, las llaves originales del automóvil Ford Fiesta dominio MFY 920, lo que lograron, abandonando el cuerpo de Gonzalo CALLEJA en una zona de descampado sobre calle Selva de Montiel de Paraná."*

II- Recurrieron en Casación, como Defensoras del imputado MORATO, las Dras. Romina Cian y María Fernanda Álvarez (fs. 152/157 vta.); y como Defensor del imputado Giménez, el Dr. Claudio Berón (fs. 160/167).

II- a) En su escrito recursivo, las defensoras de Morato, afirmaron que el Señor Vocal, y el Jurado Popular han incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva al sentenciar a Morato según los arts. 80, incs. 2 y 7, 164, 55, 45 y 12 del Código Penal.

Apuntaron a una errónea valoración de los hechos acreditados, y de las pruebas aportadas en autos y, en consecuencia, a una errónea aplicación de los artículos mencionados, lo que conlleva ausencia de motivación, o motivación aparente y arbitrariedad: Morato no debió ser declarado CULPABLE DEL DELITO DE HOMICIDIO TRIPLEMENTE CALIFICADO, sino del delito de HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO, art. 165 del CP.

Señalaron que la pregunta troncal es: ¿tuvo Ezequiel Morato intenciones de dar muerte a Gonzalo Calleja?. Y la respuesta, a criterio de la

defensa, es que no, porque quedó acreditado que las intenciones de Morato siempre fueron distintas, que estuvo en el lugar del crimen y que conocía a la víctima, y había realizado transacciones de compra y venta de dólares, que se comunicaban y que concertó el encuentro del día 14 de Julio en su barrio y en su auto; que hubo una discusión por discrepancias en el precio de la transacción y se llegó a un forcejeo dentro del habitáculo del auto Fiat Uno.

Indicaron que a la víctima le dio muerte la otra persona presente en el lugar, y aquello fue algo que estuvo fuera del alcance de Morato, y que ni siquiera pudo evitar que suceda.

Apuntaron que había quedado clara la imposibilidad física de que haya sido Morato -sentado a la izquierda de la víctima, en el asiento del conductor del auto- quien llevara adelante la maniobra letal.

Aquello fue perfectamente explicado por el Dr. Luis Moyano a la hora de prestar su testimonio, y a la luz del informe autopsico que ilustrara no sólo en relación a la causa de la muerte de la víctima -la que se produjera por asfixia por ahorcamiento-, sino dando cuenta de la contextura del mismo -era una persona alta y de contextura atlética-. Así, fue la persona que se encontraba atrás de la víctima, la que se estaba "en posición" de llevar adelante la "pinza por detrás, utilizando antebrazo" una "...típica toma de artes marciales que provoca la compresión externa de cuello" (en palabras del médico forense).

Señalaron que en el curso del juicio no hablaron de la víctima, pero creen que el jurado se dejó llevar por el impacto social que causó la muerte de Calleja, una persona de clase media, deportista, contador.

Apuntaron que está claro que si la víctima fuera un "villerito", la calificación habría sido HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO -art. 165 del C.P.-; pero claro es también que un "villerito" no se pasearía en un ámbito que no conocía bien, pero Calleja que se dedicaba a la venta ilegal de divisas, frecuentaba diversos ámbitos en el ejercicio de su venta ilegal.

Estimaron que es aplicable al presente, la doctrina legal "Yebe", citada por Harfuch y Binder.

Indicaron que el test requiere que la Corte de Apelaciones determine a

qué veredicto debería haber arribado un jurado razonable, debidamente instruido, y actuando conforme a derecho y, al hacerlo, debe reexaminar, analizar y, con los límites lógicos de las desventajas que implica la instancia de apelación, sopesar la prueba. Este último proceso es usualmente entendido como un ejercicio subjetivo, que requiere que la Corte de Apelaciones reexamine el peso de las pruebas, más que su mera insuficiencia.

En síntesis, señalaron, que el decisorio atacado no puede ser considerado como acto jurisdiccional válido, y no logra cumplir con la obligación constitucional que tienen los jueces de motivar sus fallos, máxime en una la instancia revisora, donde la garantía que se encuentra en juego, es la del “doble conforme”.

Señalaron que tan escueta evaluación de los cuestionamientos propuestos, no logra, ni remotamente, constituir una aceptable fundamentación, máxime para la instancia revisora en la que se encuentran.

En relación a la motivación de la sentencia, invocaron los precedentes "ALTUNA", "MENACHO", "RACIG", y "JACOB" del STJ.

Por otro lado, en relación al régimen de progresividad en la faz de la ejecución de la pena, citaron el fallo "CHIMENTO", y criticaron la incorporación del art. 56 bis, que exceptúa de los beneficios de la progresividad a los condenados por determinados “delitos graves”, con cita a jurisprudencia y doctrina. Concluyeron que la selección arbitraria que se efectúa en los delitos enumerados en el art. citado vulnera el principio de igualdad (art. 16 CN), y cercena la posibilidad de resocialización, realizando una categorización de individuos a los que presume -iuris et de iure- como mayormente peligrosos y con mayor capacidad delictiva, incompatible con el diseño constitucional, que plasma una incontestable discriminación negativa que, incluso, contradice principios elementales consagrados en los arts. 1° y 6° del mismo cuerpo legal, quebrando flagrantemente la hermenéutica de la propia ley.

Finalmente, hicieron reserva del caso federal, y de acudir ante la Corte IDH; y solicitaron se nulifique la sentencia, dictando en su reemplazo nuevo

pronunciamiento con arreglo a la ley y doctrina que corresponda.

II- b) Por su parte, en su escrito recursivo, el Dr. Berón, defensor de Giménez, apuntó tres agravios:

1.- Violación al principio de culpabilidad: con la prueba producida en el debate no se pudo acreditar, con el grado de certeza, que Giménez haya participado en el homicidio Calleja: el Jurado se apartó manifiestamente de la prueba producida, y no existe motivación suficiente para arribar al fallo condenatorio.

Dijo que de lectura de la sentencia -fundamentos de la acusación- surge que no existen elementos para vincular de manera directa a Giménez con el homicidio: era Morato quien tenía el vínculo de cambio de dólares; fue él quien pactó la transacción, que se realizó dentro de su vehículo, en el que trasladaron el cuerpo; que Morato intentó vender el automóvil a Martínez, que posteriormente solicitó a Jacquier que lo oculte, que Morato era quien tenía una importante deuda con Martínez, que Morato fue quien entregó a González -el mismo día del hecho- una bolsa con dinero en efectivo, pesos y dólares, dos armas de fuego y aproximadamente 1,400 kg de cocaína. Asimismo, Morato, el día Viernes 17/7/2021, llevó una riñonera con dinero a la casa de su amigo Wursten; que se pudo reconstruir el recorrido del vehículo de Morato hasta calle Selva de Montiel, donde se descartó el cuerpo, y que su teléfono celular impactó en diversas celdas de telefonía cercanas a ese trayecto y que, inmediatamente, después del homicidio, saldó la deuda con Martínez.

La acusación de Giménez se basó en el vínculo con Morato, la falta de actividad de su línea telefónica, y que la misma fue dada de baja el día posterior al hecho, la forma en que se tenían agendados ambos imputados en sus teléfonos y que Giménez había sido trasladado por Mosqueda, desde la casa de Morato, hasta su domicilio el día del hecho a las 19:45 horas.

Las testimoniales producidas en el debate no dejan dudas de la falta de prueba y ponen de manifiesto que el jurado, contaminado por varias irregularidades, se apartó de la prueba y condenó injustamente a Giménez. Apuntó a las siguientes testimoniales:

- Sofía Haiek -novia de la víctima-: no hizo referencias a Giménez.

- Horacio Blasón: explicó cómo vincularon a Giménez: Mosqueda dijo haberlo llevado hasta su domicilio el día del hecho a las 20 hr.; señaló que el celular de Morato a las 18:34 aproximadamente impactó en la Celda N°4 -cobertura de 200 metros- que se encuentra ubicada a escasos metros de la vivienda de Giménez. Además, relató que el 01/07/2021 Giménez fue detenido portando un arma de fuego (hecho que no guarda relación con el homicidio y cuya única utilidad fue perjudicar a Giménez).
- Miguel Delavalle: declaró en el mismo sentido que Blasón, detallando la conversación entre la pareja de Morato y la pareja de Giménez el día 1/07/2021 y expresando que ese día Giménez había sido detenido por tenencia de arma de fuego.
- Luis Moyano: brindó explicaciones sobre la autopsia realizada; y ante el cuestionable pedido de la Defensora Oficial -luego de hacer parar a ambos imputados- realizó una conjetura sobre quién pudo haber estrangulado a la víctima, señalando a Giménez, por su contextura física, todo ello ante el increíble e inexplicable consentimiento brindado por la defensa de Giménez.
- Diaz Vergara: realizó los análisis telefónicos, señaló que la única información que pudo obtener de la tarjeta SIM de Giménez fue un mensaje con un contacto Mirko, que tenía agendado a Morato como "PPPP" y que la última actividad fue el 15/07/2021.
- Gabriel Ferro: explicó el funcionamiento de las Celdas, sus Zonas de coberturas y alcances, precisó que el teléfono de Morato tuvo impacto en la Celda 4 a las 18:34 horas, sobre calle O´Higgins, a 200 metros de la vivienda de Giménez.
- Hugo Podestá: brindó información sobre las cámaras de seguridad, del chip de teléfono de la víctima; explicó el Informe N° 1237 -doc. N° 54- que detalla las tareas realizadas en el teléfono Motorola que había sido secuestrado a Giménez en una causa de Narcomenudeo; y mencionó la búsqueda por parte del teléfono de la pareja de Giménez de cotización del dólar en los primeros días de agosto.
- José Enrique Lichtenwald: explicó que vio a Morato en el desarmadero el día del homicidio y que había otra persona dentro del vehículo, no dio detalles de las características de esa persona.

- Cristian González, amigo de Morato: relató que le solicitó que le resguarde dinero, armas y drogas, y señaló que Giménez no pertenecía a su grupo de amigos, que lo veía muy poco con Morato.
- Mosqueda: señaló que Morato le solicitó lleve a Giménez a su domicilio, que le pagó el viaje con dinero de su billetera, que no tenía ninguna bolsa o bolso encima, y que a Giménez se lo veía poco y nada con Morato.

En cuanto a la declaración de Morato, acusó a Giménez como el autor del homicidio y se colocó, absurdamente, como ajeno al homicidio; su declaración actuó como saco de plomo para ambos imputados al confundir al jurado con su hipótesis defensiva, incluso contradiciendo puntos que habían sido acordados como no controvertidos.

2- Violación al principio del Debido Proceso, Derecho de Defensa y la Presunción de Inocencia: se permitió la introducción de información impertinente y perjudicial para el Sr. Giménez, a través de los testigos y prueba documental, lo que está prohibido, según arts. 62 y el 26 de la Ley de Juicios por Jurados.

Señaló que la fiscalía intentó justificar su introducción porque a través de esos elementos se pudo comprobar el vínculo que tenían Morato y Giménez, pero ese vínculo no estaba en discusión, surge de la Estipulación 26, donde se estableció que Giménez se encontraba en la casa de Morato y fue llevado por Mosqueda a su domicilio; y ese vínculo es demostrable a través del análisis de los teléfonos y de las testimoniales; y aún en el caso de que sea la única forma de acreditar la relación, en función del art. 26, no es admisible ya que su valor probatorio es ampliamente superado por el riesgo de causar perjuicio indebido, confusión y desorientación en el Jurado, mostrando a Giménez como un delincuente que comercializaba droga y portaba armas de fuego.

3.- Existió una Defensa Ineficaz de Giménez: se han consentido actos y pruebas que perjudicaban a Giménez, sin una estrategia que permita contrarrestar la hipótesis fiscal, teniendo elementos para ello, y adoptando una actitud totalmente pasiva y complaciente con la fiscalía, la querella, e incluso, la defensa técnica del otro imputado.

Apuntó a una falta de una defensa real, efectiva y proactiva,

adoptando la cómoda posición de mantener la inocencia de Francisco Giménez, pero sin darle al Jurado elementos que le permitan decidir en esa dirección.

Así, en primer lugar, se permitió la introducción de la documental N°1: "RELOG ESTADO DE SOSPECHA S/ COMERCIO DE ESTUPEFACIENTES" 1287/19, lo que es totalmente impertinente y perjudicial para Giménez.

En cuanto a las testimoniales, la intervención de la defensa fue muy escasa, y no interrogó a los testigos; se pactó, de manera inconcebible -como hecho no controvertido- que Giménez fue llevado por Mosqueda a pedido de Morato, desde el domicilio de este último, a las 19:45 del 14 de julio, hacia su domicilio lo que importó, a juicio del defensor, un gravísimo error.

Afirmó que la defensa tenía otras opciones, como negar todo y que la fiscalía demuestre que realmente Mosqueda llevó a Giménez a su casa a las 19:45 horas.

Indicó que la segunda opción habría sido que postule como hipótesis que Morato buscó a Giménez para que lo ayude a ocultar pruebas.

La defensa tampoco objetó ni una pregunta del MPF, pese a que las mismas, en varias ocasiones, fueron repetitivas, indicativas e impertinentes; por ejemplo, las formuladas por el Fiscal a Blasón y a Podestá respecto al hecho por el cual fue detenido Giménez el 01/07/2021, que no tenía relación con el homicidio de Calleja y cuya única finalidad era mostrarle al Jurado que Giménez había tenido problemas con la justicia.

También indicó que, la Dra. Álvarez, en el marco de la declaración de Moyano -por la autopsia-, hizo parar a ambos acusados para que le diga al Jurado quién de los dos pudo estrangular a Calleja, situación que en un principio la defensa de Giménez objetó, pero que, inexplicablemente, terminó consintiendo.

Agregó que en el alegato de clausura su defensa invocó que Giménez no tuvo participación alguna en el crimen de Calleja, sin brindarle herramientas al Jurado y desconoció que había pactado como no controvertido que el día del hecho Giménez fue llevado por Mosqueda a su casa, luego de haber estado en la casa de Morato; y finalmente, solicitó que

el Jurado declare no culpable a Giménez, sin hacer ningún tipo de referencia al delito menor incluido.

Advirtió que todos los agravios se encuentran estrechamente vinculados y que los dos primeros obedecen, en cierta medida, al estado de indefensión en el que se encontró Giménez.

Invocó el precedente "AQUINO", del STJ, hizo reserva del caso federal y solicitó se anule la Sentencia puesta en crisis y se reenvíen las actuaciones para que un nuevo Jurado realice un juicio ajustado a derecho.

III - En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron por la Defensa Técnica recurrente, el Dr. Luis Pedemonte por el imputado Morato; el Dr. Claudio Berón por el imputado Giménez. Por su parte, en representación del MPF, intervinieron los Dres. Santiago Alfieri e Ignacio Aramberry; y por la querella particular, los Dres. Damián Petenatti e Iván Vernengo.

III - a) Con la palabra el Dr. Pedemonte, manifestó que el cauce que le dan al agravio es entender que resulta aplicable el 93 inc. d) de la Ley de Juicio por Jurados, por manifiesto apartamiento de la prueba para subsumir la conducta en el art. 80 del CP, en lugar del art. 165 del CP.

Propuso la nulidad parcial de la sentencia y la recalificación por homicidio en ocasión de robo, con reenvío para la evaluación punitiva, en caso que se haga lugar al planteo.

Indicó que en la acusación hay una interpretación irrazonable de los elementos probatorios, que invalida la *opción 1*.

Como parámetro dogmático de la crítica, toma el análisis del precedente "DEMARCHI-GODOY" del año 2015, a los efectos de diferenciar las figuras, y también, la confirmación del STJ, y lo considerado sobre la complejidad de la delimitación.

Apuntó que el primer paso o presupuesto para el art. 80, previo al análisis de los elementos subjetivos distintos del dolo, era el dolo de matar, y desde su mirada, no es posible inferir que hubo un dolo directo, sino sí un dolo eventual.

El caso no nos permite ir más allá de la existencia de una decisión de matar que surge súbita, independiente y extraña al delito buscado; surge en el momento; de la prueba surge que la emboscada no fue programada

para matar, sino para robar: para hacerse de los dólares de Gonzalo.

Dijo que no se demostró que se hayan organizado previamente para dar muerte. Los coautores seleccionan un medio comisivo de robo, que tornaba previsible el resultado muerte, y continuaron con el hecho.

Respecto de la capacidad letal del medio empleado, no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que estamos en el art. 80 del CP, si esa actividad, surge intempestiva en el momento de la sustracción. A los coautores, no les importó matar al momento de concretar el robo: se asimila la capacidad letal a los elementos subjetivos diferentes del dolo, pasando por alto el presupuesto previo, que es el propósito y dolo específico de matar; y no es suficiente la capacidad letal del medio empleado para acreditar los elementos subjetivos distintos del dolo.

Señaló que en el argumento acusatorio se omite valorar prueba relevante, que avala objetivamente el relato de Morato respecto de lo que ocurrió en el hecho, se verificó una conexión ocasional entre muerte y robo; un indicio que no se tuvo en cuenta la imposibilidad de saber Morato si la víctima concurriría solo o no, porque como surge acreditado, solía ir acompañado por su pareja.

Consideró que hubo una planificación burda para hacerse de los dólares que tenía Gonzalo, que termina en un desenlace terrible.

Indicó que otro indicio que no se consideró suficientemente, fue para qué Morato iba a planificar la muerte, si según su rudimentario razonamiento, era probable que la víctima no lo denunciara, por su actividad, de funcionar como una cueva móvil de intercambio de dólares, que es una actividad en negro.

Tampoco se tuvo en cuenta para descartar la premeditación para matar, la burda actividad desplegada para encubrir el hecho: la aberrante, pero tosca maniobra de descartarse el cuerpo, en un terreno alejado que fue encontrado por transeúntes ocasionales, porque quedó fácilmente a la vista, y el vehículo de Morato fue captado por las cámaras; el homicidio fue producto de que el hecho se les fue de las manos; y a las 72 horas, la investigación llegó a Morato, porque dejaron todos los rastros posible.

Conjeturó que Morato no iba a planificar la muerte citando a la víctima

a tres cuadras de su casa, en su auto; tampoco previeron cómo descartarse del auto, ya que la forma fue desesperada e ingenua: lo lleva a lo de un amigo, luego a lo de la suegra, y al desarmadero, donde, durante dos días, intenta venderlo. Además, dejaron el auto de Gonzalo, ni siquiera sacaron nada de él: allí había 9000 dólares más.

Indicó que el respeto al principio de legalidad nos ubica en un Homicidio en ocasión de robo, y no en un Homicidio criminis causa.

También la documentación de Morato quedó en su auto, lo que transparenta burdas maniobras de encubrimiento, apuntó.

Señaló que otro dato clave que avala la declaración de Morato es la comunicación por telegram de Giménez con un tal "Mirko", -a las 20:00 horas del día del hecho-, donde Giménez le dijo: "se me complicó". La frase es contundente, lleva a evaluar la ausencia de los elementos subjetivos y la falta de preordenación: desde el sentido común, era más fácil lograr la impunidad si no lo hubieran matado, la muerte sólo agrava el hecho y reduce la posibilidad de impunidad.

Hizo reserva del caso federal y solicitó se recalifique el hecho, y se reenvíe.

III- b) Con la palabra el Dr. Berón, indicó que mantendría y ampliaría el recurso de casación, mediante el cual, oportunamente, solicitó que se case la sentencia.

En primer lugar, indicó que se había violado el principio de culpabilidad, porque con la prueba producida no se pudo acreditar que fuera Giménez quien acompañó a Morato en el hecho, ya que no había prueba directa que permita esa conclusión, todo lo contrario, es toda prueba circunstancial la que lo implicaba.

Señaló que el crimen fue burdo, con maniobras descuidadas, y en todas esa prueba que dejaron, con imágenes y testimonios, en ninguna está, en forma directa, Giménez; la prueba refería casi en su totalidad a Morato, y a la acusación de Giménez, se le suman irregularidades que fueron surgiendo a lo largo del debate, y que hicieron que el jurado tenga una visión negativa del imputado.

Se lo condena por el vínculo que tenía con Morato, que el día del hecho

el teléfono de Giménez no tuvo actividad y que fue dado de baja al otro día, con búsquedas previas de cambio de dólares, y la introducción de Mosquera, amigo de Morato, quien lleva a Giménez a su domicilio. Todos esos elementos son circunstanciales; sí se lo ubica en la casa de Morato, y las testimoniales son clarificadoras, sobre la actuación de ambos.

Reseñó algunas de esas testimoniales, y dijo que ninguna hace mención directa de Giménez, sólo como un allegado de Morato, quien estuvo después del hecho, y por los datos de su teléfono, fue vinculado al hecho. Morato prácticamente reconoce todo el hecho, pero pretende desligarse de la concreción de la muerte, y pone en cabeza de Giménez esa acción.

Ya como segundo agravio indicó que, con relación a su defendido, verificó una violación del debido proceso, y defensa en juicio, con la introducción de información totalmente perjudicial, prohibida por la ley de juicio por jurados, que contaminó al jurado al momento de tomar su decisión.

Agregó que el juez técnico debió, en su momento, impedir la introducción de información perjudicial, que debió ser declarada inadmisibile, pese a ser pertinente, como lo indica la ley. Lo que se rompió fue la imparcialidad del jurado, introduciendo el antecedente de una causa de narcomenudeo, insólitamente, con el consentimiento o permiso de la Defensa.

Señaló que esa causa no era la única manera de demostrar que tenía la línea telefónica imputada, porque era demostrable por otras pruebas o evidencias.

También, indicó, se permitió que, a través de las testimoniales, ingrese información sobre que fue detenido el 1/7 -13 días antes del homicidio- con un arma de fuego en la vía pública. La fiscalía pretenderá justificar aquello para dar a conocer la existencia de la línea referida y el vínculo con Morato, pero eso no era necesario. Concluyó que el jurado se encontró, a la hora de decidir, con una imagen totalmente negativa de Giménez, que lo presentaba como un delincuente que comercializaba drogas y utilizaba armas.

Reconoció que la acusación en los alegatos sólo refirió a que se había

demostrado el vínculo con Morato, pero la tarea ya estaba hecha; la suerte de Morato estaba echada, por eso a la fiscalía le bastó probar la vinculación de Giménez con el mundo del delito, para luego establecer la relación Morato-Giménez, y así arribar a la condena.

Prosiguió con el último de los agravios, el más importante, según señaló: Giménez estuvo expuesto a una defensa ineficaz, pasiva, débil, condescendiente con la acusación, sin plan, y sin teoría del caso. Giménez se encontró con los ataques de la fiscalía y la querella, incluso con la propia defensa de Morato, y con una pasividad llamativa de su abogado defensor.

Aclaró que no cuestionaba la estrategia del Dr. Cabrera, sino que reclamaba una defensa real, activa, proactiva; sin embargo, la posición asumida fue de comodidad, de mantenerse en que era inocente, sin dar elementos que puedan ir en esa dirección. A Giménez lo utilizaron hasta como objeto de prueba.

Añadió que, el defensor pactó insólitamente, como hecho no controvertido, que Giménez fue llevado por Mosqueda, por pedido de Morato, que lo ubica a Giménez con Morato 30 minutos después de haberse descartado el cuerpo, hecho que era, a su criterio, altamente discutible y controvertible.

Señaló que se indujo al jurado a resolver de manera injusta; la defensa tenía elementos para intentar otra estrategia; por ejemplo, el celular de Morato, luego de descartar el cuerpo, impacta a 200 mts de la casa de Giménez. Así, podría haber propuesto que recién en ese momento lo buscó Morato a Giménez.

Criticó la actitud del abogado defensor, la que tildó de irritante: permitió todo, no objetó ni una pregunta de la fiscalía, aún cuando fueran, en algunas oportunidades, reiterativas, impertinentes e indicativas.

En ese sentido, destacó las preguntas del fiscal a los funcionarios Blasón, Podestá, y Delavalle sobre el hecho del 1/7/21, de la detención de Giménez, con la finalidad de dar una imagen negativa de Giménez.

También, cuando declaró el Dr. Moyano, la Dra. Álvarez hizo levantar a los dos acusados, Cabrera intentó oponerse de modo débil, se le preguntó al testigo cuál de las dos personas pudo haber sido quien le dio muerte

desde atrás a Calleja, ahorcándolo, y respondió que Giménez, por cuestiones físicas, por la pasividad y con la anuencia del Dr. Cabrera.

Solicitó se anule la sentencia puesta en crisis, y se reenvíe para la realización de un nuevo juicio por jurados, haciendo expresa reserva del caso federal.

III- c) A su turno, el fiscal Dr. Aramberry, hizo una breve reseña de las pretensiones de los recurrentes; y señaló que era impracticable el cambio de la calificación legal en relación al veredicto, ya que sería como resignificar el hecho: es prácticamente inescindible que el jurado afirme la ocurrencia de un hecho, con la significación que le instruyó el tribunal, y que lo cambie un tribunal revisor, ya que la calificación se explica a partir de los hechos.

Indicó que, a diferencia de lo sostenido por la Defensa, existen pruebas, que han pasado ante el jurado, que conducen a afirmar la calificación legal expresada; y la manifestación de voluntad que se formó el jurado, está muy lejos de ser manifiestamente contraria a la prueba producida en el juicio, ya que sólo un claro apartamiento conduciría a la arbitrariedad, por el test del jurado razonable.

Apuntó que se acreditaron extremos significativos al respecto: se pudo probar que existía una relación entre Calleja y Morato. Existió una convergencia dolosa en el hecho, no sólo para robarle, sino para asesinarlo para robarle, y para ocultar el hecho. Morato fue quien se deshizo del cuerpo, quien intentó deshacerse del auto, quien lo ocultó, y quien usó el producto del ilícito: el dinero que robó a la víctima. No tuvo un papel accesorio en el hecho, ni distinto al que pretendió tener, tampoco decantó en la muerte no premeditada de la víctima. Hubo conductas anteriores, en la fase ejecutiva, que revelan que el aporte de Morato fue central, que hubo convergencia dolosa con reparto de funciones, y que los aportes de Morato hicieron posibles ambos resultados.

Sobre lo que la defensa refiriera: que no se probaron los presupuestos subjetivos de la agravante, indicó que, en realidad, no se pretende una planificación razonada, puede surgir en el devenir del hecho, ninguna de las alegaciones de la defensa hacen al tipo subjetivo de la agravante que se

imputó. El test de racionalidad, y el apartamiento referido debe ser demostrado por la defensa, y que haya sido manifiesto. El veredicto cumple con creces el test del jurado razonable.

En relación al imputado Giménez, aclaró que *la certeza positiva* no es el estándar probatorio que impera en el juicio por jurados, sino el de *la duda razonable*; y que no haya existido prueba directa que vincule a Giménez con el hecho, no quiere decir que el veredicto no haya sido razonable. Se le instruyó al jurado cómo debía valorar la prueba, incluso que podían basarse en mayor o menor medida en prueba tanto directa como circunstancial, lo que también fue parte de la litigación, en relación con las instrucciones.

Sobre la supuesta contaminación del jurado, entendió que se trataba de una afirmación puramente dogmática, porque no se puede determinar en qué medida pudo haber contaminado alguna información al jurado, porque no se explicitan los motivos del veredicto. Tampoco tiene entidad para influir en el jurado, porque la evidencia es admitida o ingresa por la audiencia específica; no sólo es papel de las partes litigar sobre esa información, sino también es el juez quien admite tal o cual evidencia, de acuerdo a las reglas pertinentes.

Agregó que la información relativa "a los antecedentes", pasó por la consideración del juez, fue él quien autorizó el ingreso, tampoco fue responsabilidad de la defensa que haya ingresado. La fiscalía alegó por qué era pertinente, y el juez técnico autorizó el ingreso.

Otro de los aspectos traídos por el Dr. Berón, fue la indefensión de Giménez; pero esta estrategia no es novedosa, cuando opera un cambio en la defensa, pasó en "Christe". Se echa tierra sobre la defensa anterior, pero no son más que desacuerdos con la estrategia defensiva, y no se compadece con ninguno de los supuestos con que la CSJN ha declarado la ineficacia de la defensa técnica.

III- d) A su turno, el Dr. Alfieri refirió que el jurado ha tenido en conocimiento la descripción del funcionamiento físico de una asfixia; y la necesidad de conservar en el tiempo, luego de la inconsciencia de la víctima, la presión para cometer el homicidio. Se vio una maniobra que

lejos está de *irse de las manos*; la víctima no sufrió un daño óseo, ni de un vaso vascular mayor, u otro traumatismo distinto; mantuvieron la asfixia, dominando el cuerpo de la víctima por, al menos, 50 o 60 segundos; no tardaron más de dos minutos más, de lo que se estipula satelitalmente para llegar al lugar donde dispusieron el cuerpo; si había otros planes, mejores o preferibles, escapa a la opinión del jurado, o de las partes; se vio una conducta planificada, no interesa cuándo, y para ocultar un homicidio que les procuró, incluso, buenas perspectivas de éxito.

Criticó que se pida que a las 17 hs. se esté desvalijando un auto sin que nadie los vea; el botín ya lo habían conseguido, y fue en un lugar cerrado: el auto de Morato. Eso tuvo el jurado para valorar, no es un test de alegato razonable de las partes, el test es sobre la razonabilidad del veredicto y del jurado, con las herramientas que tuvo en su conocimiento. Se instruyó adecuadamente, respecto de la figura de homicidio en ocasión de robo, y consideraron que fue sin posibilidad de defensa, y para hacer el robo, y en procura de su impunidad. Se explicó también sobre la coautoría, todo eso está explicado sin que aquí nada se haya dicho sobre las instrucciones.

El jurado decretó soberanamente los hechos, y escogió la calificación legal; pudo ver que los teléfonos de Morato y Giménez habían dejado coincidentemente de utilizarse el día posterior, y pudo ver el jurado lo explicado por Díaz Vergara, la copia a cero de las memorias, hubo una maniobra de borrado para que la información sea irrecuperable. El jurado pudo valorar eso, como también, la trazabilidad controvertida del vínculo. La fiscalía tenía el desafío de reconstruir ese vínculo, y pudieron hacerlo, hasta el año 2019, a partir de la agenda de la mujer de Morato, y de un teléfono que le fue secuestrado a Giménez en la causa de Nogoyá de 2019. La Defensa no tenía alternativa, más que litigar sobre ese extremo, la línea no estaba a nombre de Francisco Giménez; lo dice Blasón, quien explicó todo el recorrido cuando comienza a llamar la atención la presencia de Giménez, y al explicar que la línea dejada de utilizar; que habían estado en contacto el 1/7; fueron al UFED, y lograron tener una conversación entre las parejas. Surgió la línea dada de baja, esa era la trascendencia, un vínculo

que fue negado, y que era de antaño.

En ese sentido, aclaró que lo que no hizo la fiscalía es hacer hincapié ni en la cuestión de la droga, ni en las armas; no hubo, en consecuencia, transgresión, ni incidencia.

Sobre la supuesta pasividad de la defensa y la falta de estrategia, tanto en la audiencia de admisión de evidencias, hubo acuerdos y desacuerdos; sí hubo una estrategia que fue ir conteniendo la información que iba a ingresar. Para la fiscalía era suficiente que ingrese el testigo Mosqueda, lo que quería la defensa era probar que había ido ahí por otro motivo, que el vínculo era leve, laboral (albañil) y que había ido por sus medios a cobrar; fue lo que declaró Giménez. Obviaron que se preguntó por la llegada de Giménez a la casa de Morato ese día, y no hay presencia autónoma de Giménez sin Morato, llegaron en el fiat azul, cuando el dato era que Morato había vuelto con su cómplice. El reconocimiento de estar en ese momento en la casa de Morato, lo pone como cómplice, y eso es lo que vio el jurado. Las estrategias podrían ser alternativas, pero la contundencia de la prueba limitó eso, se omitió decir que el jurado presencié la explicación de que el teléfono de Giménez estuvo apagado desde que habló con Mirko, hasta las 20:00 horas. En la copia de telegram, a Morato lo tenía agendado como "ppp"; la última línea de Giménez estaba agendado por la pareja de Morato como "maicol". Todo eso vio el jurado para emitir su veredicto.

No aplica el art. 62, porque no se incorporaron antecedentes penales, ni informes actuariales. El artículo habla de información prejuiciosa, pero habla de la confiabilidad de la información; si no hubiesen llevado esos documentos de la causa de Nogoyá, y la del 1/7, se estaría hablando de dos líneas que no son titularidad de Giménez, pero confiando en que sí; y con esa información, quedó demostrado de manera confiable.

Solicitó se sostenga el veredicto, y se confirme la sentencia recurrida.

III- e) A su turno, el Dr. Vernengo, refirió que se ocuparía de los agravios de la defensa oficial, y remarcó que, en las instrucciones, el juez explicó claramente qué era el principio de inocencia, el standard de la duda razonable, qué es la coautoría, cuáles eran los tipos penales seleccionados,

y una cuestión no menos importante: ambos imputados declararon.

En relación a los agravios, se preguntó cómo tasar cuánto tiempo antes de un hecho hay que planificarlo. El propio Morato, pese a algunos acuerdos probatorios, niega la premeditación en robarle. Dijo que todo se precipita porque Calleja le cambió el precio de la cotización que habían pactado, pero se le mostró al jurado la conversación recuperada, cómo había sido el comportamiento de Gonzalo con sus clientes cuando había algún cambio en la cotización: Gonzalo les respetaba lo pactado; y tampoco sabían que había más dólares en el auto de Calleja.

Señaló que Moyano explicó el procedimiento seguido para dar muerte, la falta de lesiones defensivas, que hicieron falta dos personas para cometer el hecho, uno ubicado atrás del asiento del acompañante, reservado por Morato para Calleja, una persona desde atrás lo asfixió, y otra persona debió sujetarle los brazos; se rompió, incluso, una palanca del auto de Morato, a partir de la reacción de Calleja. También explicó Moyano que, dadas las características de la maniobra, se pierde la consciencia rápidamente, pero para matarlo, debe sostenerse la asfixia por 60 segundos más. Agregó que Gonzalo no habría ido a un lugar más alejado, y en el lugar elegido no había cámaras.

En cuanto a las falencias en la planificación, apuntó que la gran mayoría de los homicidios son resueltos justamente por eso: no dieron vuelta por la ciudad para descartar el cuerpo, fueron directo a un lugar, demoraron lo que se demora en ir a ese lugar, no estaba a simple vista el cuerpo, estaba en una calle no muy transitada por personas, y el hallazgo fue fortuito.

III- f) Con la palabra el Dr. Petenatti, indicó que haría referencia al recurso del Dr. Berón, y señaló que se está lejos de un supuesto de arbitrariedad del veredicto del jurado, y de un manifiesto apartamiento de la prueba. A Giménez lo vinculan numerosas pruebas, no es necesario que haya prueba directa.

De la pretendida violación del art. 62 de la LJJ, opinó que no es tal, Giménez no tenía ningún antecedente penal conocido. No se utilizaron esas causas anteriores, sino pruebas identificables que constaban en esa causa:

los acusadores iban por la coautoría por relación estrecha entre los dos imputados, extendida en el tiempo; y era necesario demostrar la duración e intensidad de esa relación. Giménez le da un sentido totalmente distinto a su vínculo con Morato; lo que aleja el uso caprichoso de aquella prueba traída de la causa por narcomenudeo.

Se trataba de una prueba afirmativa de las proposiciones fácticas de la acusación, y de refutación de la postura asumida por la Defensa. Delavalle sintetiza el caso, dijo que lo relevante de la causa por el arma, era demostrar la actualidad de una línea importante, que era la terminada en 373. Ni siquiera en la acusación se nombran armas de fuego. Esa era la única finalidad, nunca se pretendió influir en el jurado, como lo pretende la defensa.

En el recurso, el Dr. Berón dijo que el vínculo entre Morato y Giménez se probaba con la estipulación N° 26; pero la misma, por sí misma, no prueba la estrechez del vínculo, la confianza y la antigüedad. No se trataba de una prueba indebida. Era sobre un punto no menor, y controvertido, del caso. No se trata de prueba inflamatoria o por exhibición. No se mostró ni siquiera una foto del cadáver de Calleja. Tampoco hay prueba confusa, extensa, o que genere desorientación.

Reiteró que no hubo indefensión, sólo un desacuerdo con la estrategia de la defensa anterior; no había motivos válidos para oponerse a la prueba, porque estaba justificada en su pertinencia y relevancia; el Dr. Cabrera, sabiendo que no iba a poder controvertir exitosamente que estuvo Giménez con Morato, y que la palabra de Mosqueda estaba respaldadas por los chats y la palabra de Villagra, no iba a controvertir eso, sino cómo había llegado Giménez a la casa de Morato, que fue lo que dijo, que había llegado caminando, intentando respaldarlo con la palabra de su padre. El jurado no creyó eso. No se ve que la estrategia propuesta sea superadora de la que se eligió; no sólo confirmaría que estaban ambos juntos, sino, incluso, en un espacio temporal más cercano a la muerte de Calleja. El jurado, razonablemente, se habría preguntado por qué Giménez iría a ayudar a Morato desinteresadamente. Son visiones distintas, sólo eso, es falso decir que Cabrera no tenía estrategia: contrainterrogó a testigos, hizo preguntas

pertinentes al padre de Giménez. Hacer más o menos preguntas, corresponde a una cuestión de estrategias; Cabrera eligió preguntar a quienes podían comprometer a su pupilo. Tampoco trae el Dr. Berón un solo ejemplo de alguna pregunta que se tendría que haber hecho y no se hizo. Inevitablemente, la situación de Giménez estaba tan abordada por la investigación, que lo cercaba en ese momento. No había alternativa razonable, y eso entendió el jurado.

En relación al delito menor incluido, a diferencia de la postura de la defensa de Morato, Giménez siempre se basó en la ajenidad con el hecho. Primero, cuando le piden que se paren, se opone, y luego, deja sentado que la defensa sostenía la ajenidad.

En relación al delito menor incluido, el anterior defensor, pudo haber entendido, con toda razonabilidad, que el jurado iba a ver mermada su posición de ajenidad, si terminaba argumentando por esa posibilidad, que lo ubicaba en el lugar que negaba haber estado.

Finalmente, dejó introducida la cuestión federal.

IV- Así reseñadas las posturas de las partes, analizaré en primer lugar la sentencia atacada, conforme la idea de la máxima revisión que debe hacerse en casación, de una sentencia que impone una pena luego de un veredicto de culpabilidad del jurado popular, en orden a la ley 10746 de Juicio por Jurados.

Nuestra ley de Juicio por jurados señala al respecto: *ARTÍCULO 92º: “Sentencia.- La sentencia se ajustará a las reglas de la Ley N° 9754 y sus modificatorias, con la siguiente modificación: en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados, la culpabilidad del imputado y la calificación legal, contendrá la parte pertinente de la solicitud de remisión a juicio sobre la acreditación del hecho y la autoría, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones legales aplicables al caso y el veredicto del jurado”*

V- a) Al emprender la tarea de revisión de una sentencia de juicio por jurados, en los precedentes “CAMINOS” y “SANTINI”, hemos acudido a consideraciones generales, y a lo que los impulsores de la implementación del sistema extranjero en nuestro país han señalado.

Así, decíamos que [l]a revisión debe hacerse respetando siempre una correcta comprensión del alcance del juicio por jurados, pero procurando la armonización de la normativa de enjuiciamiento vigente, con las garantías del debido proceso, y la progresividad de los DDHH; esta idea de progresividad y de conquista indiscutible e indisponible respecto de lo ya consagrado en relación a las garantías de los individuos, replicará, por manda constitucional establecida, y será imperativa, en todo sistema de enjuiciamiento que en adelante se consagre, (aún en sistemas como éste, antiguos pero con formas positivas nuevas en nuestra provincia), y es claro, no desaparecen con la reforma del sistema de juzgamiento.

Respecto del juicio que determina la culpabilidad, intentando describirse la motivación del veredicto del jurado, se le ha dado un especial protagonismo a la revisión.

Y con relación a la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria del Juicio por Jurados, hay análisis que vinculan la posibilidad del amplio control casatorio, (consagrada en fallos como "Casal", y "Herrera Ulloa" de la CIDH) precisamente, como más compatible con el mecanismo de revisión de las sentencias recaídas en los Juicios por Jurados. En efecto, y más allá de compartir o no tal afirmación, la dimensión que se le da a la revisión en este tipo de juicios resulta descripta por sus entusiastas defensores de una manera tan enérgica, que se afirma: *"Por el contrario, los mecanismos de revisión de la sentencia previstos para los juicios por Jurados, satisfacen estos estándares. "Siempre que se contemplen las fundamentales instrucciones al jurado y se registre únicamente el juicio, las disposiciones de la doctrina legal de los fallos "Herrera Ulloa" y "Casal" basados en los arts. 8, inc. 2, CADH y 14 inc. 5, PIDCP, son aún así perfectamente aplicables a ambas modalidades de enjuiciamiento: al jurado y al juez profesional. (Harfuch 2013.359). En el juicio por jurados clásico no se cuenta con esa verdadera pieza de distracción que es, -en muchos casos- la fundamentación de la sentencia".* (Comentario de Fernando Carbajal a la Ley de Juicio por Jurados de Chaco). Más allá del juicio que me merece el curioso comentario sobre la "distracción" que pudiera generar una serie de razonamientos concatenados que fundamente por qué una persona es

culpable o inocente, me quedará con la dimensión que, para los implementadores del Juicio por Jurados, tiene la revisión de la sentencia en este tipo de proceso.

En efecto, con el análisis y comentario de esa ley, que, con no muchas variantes, se replica de forma altamente similar en nuestra provincia (la mayoría del articulado es idéntico, salvo la forma de sorteo, la integración con pueblos originarios en algunos casos, y otras excepciones menores) el autor, citando la comprensión que los asesores del Inecip le dan al capítulo de la revisión -que es también casi idéntico al nuestro- señala que la estructura decisoria, conformada por las instrucciones y los hechos del caso, permite cumplir de manera real y eficiente los criterios jurisprudenciales señalados.

También, en el artículo siguiente, que lleva por número el 93, al igual que el nuestro, se indica: serán aplicables las reglas generales de la impugnación de las sentencias condenatorias, y se comenta al respecto que la remisión consagra los estándares de exigencia iguales que para las sentencias de los jueces profesionales y la aplicación pertinente de las normas procesales.

V- b) Fernando Díaz Cantón en *“La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión”*, analiza las tesis de los profesores Herbel y Harfuch referidas a la motivación de la decisión en el juicio por jurados, y sus posibilidades de revisión, y dice, acertadamente, que lo hace en aras de coadyuvar a que rija entre nosotros el mejor sistema de enjuiciamiento penal posible, es decir, el más eficiente para la realización de la ley sustantiva, en pos del ideal de tutela de los bienes jurídicos fundamentales de las personas y la comunidad, con el máximo respeto a las garantías individuales del debido proceso de las personas, que, siendo imputadas o posibles víctimas de delitos, deben, de algún modo, soportar o padecer el poder del Estado.

Como se realizan múltiples esfuerzos para compatibilizar el derecho a la revisión amplia, con la falta de exteriorización de fundamentación del fallo en el juicio que determina la culpabilidad, se pone el acento, obviamente, en otras instancias del juicio que determinarán la decisión del

jurado, como la acusación, la teoría del caso de la defensa y la calidad de director del proceso del juez técnico, el alcance y la importancia de todo lo que le diga al Juez lego del jurado.

En el aporte de Díaz Cantón, se parte del concepto compartido de los tesisistas -uno de los cuales ha sido el consultor por excelencia en la implementación de la ley de Juicio por Jurados en Entre Ríos-, si la motivación debe ser exhaustiva, además de clara, completa, precisa, legítima, y lógica, se posibilitará una revisión acorde, que es un derecho del imputado de raigambre constitucional y reconocido también por las convenciones internacionales.

Sin prescindir el autor, de agudas reflexiones, como por ejemplo, la necesidad de que los jueces profesionales se preparen en epistemología jurídica o argumentación jurídica, en lugar de descartar la posibilidad de la legitimidad de sus decisiones *per se*, señala el aporte de Herbel, y el de Harfuch. Para éstos la hipótesis es que el veredicto del jurado es la más fundamentada de todas las decisiones judiciales, realizando una diferencia entre motivar por escrito y objetivar todo el proceso decisorio, y lo más importante será el control, no la motivación. Además, hace hincapié en el método acusatorio de fundamentación de las decisiones judiciales. Así, según su parecer, la fundamentación en el caso de la condena del jurado popular, será la fundamentación del acusador, porque el veredicto remite a que esa acusación esté correctamente fundada, y por eso, el veredicto del jurado, que debe permanecer inmotivado es, igualmente, una decisión con fundamentos.

Y, señala el autor, que Harfuch (que nos importa en la medida que fue, de facto, uno de los implementadores de la ley que hoy nos rige) indica que la exigencia de la motivación racional de la verdad de los hechos en el Jurado recaerá sobre la acusación, ya que debe demostrar, con pruebas, la verdad de los hechos sobre los que alega: en este ejercicio, que será íntegramente registrado en audio, video o taquigrafía, como eventual aporte para la revisión, estará la motivación.

Así, señala que este tesisista afirma la superioridad del juicio por jurados sobre el profesional, en cuanto conviven, y lo cita: "*por más que no*

tengamos dudas acerca de la superioridad del juicio por jurados en todo sentido, si el acusado es sometido al juicio profesional, sus jueces están obligados a motivar su decisión, sea por escrito o de manera oral. Como descubrió Mittermaier hace siglo y medio, es el único modo que tienen los jueces regulares para compensar las garantías políticas superiores que ofrece el juicio por jurados” (todo en DÍAZ CANTÓN, F, “La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Bs As, 7/2018, pp. 1332-1341).

Esta idea parece compatibilizarse con el fundamento que da el Magistrado Rosatti en “CANALES” (02/05/2019 - CSJN), en el considerando N° 12, donde expresa: *“Ciertamente, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces profesionales, como “representantes no electivos” del pueblo en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional. Esta diferencia fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que: “...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257).*

En “Motivación y recurso en el veredicto del jurado de la Provincia de

Entre Ríos”, Gustavo Herbel y Juan Cabanillas señalan que la ley N° 10746 tomó nota de la cuestión de la interpelación del juicio por jurados por las garantías constitucionales del derecho a ser oído -entendido como presupuesto de conocer las razones de su condena y del derecho al doble conforme mediante un recurso amplio en su contra- y matizó la decisión de que el veredicto sea inmotivado, definiendo cuáles serán las instrucciones al jurado, la solicitud de remisión a juicio, y el registro íntegro y obligatorio en audio y video, las que conformarán base suficiente para el control amplio de casación. (en HERBEL, G, y CABANILLAS, J, “*Motivación y recurso en el veredicto del jurado de la Provincia de Entre Ríos*”, en *Juicio por Jurados*, Abogar, Gualeguaychú, 2020, pp. 383-417).

En esos precedentes concluí que, más allá de que no me considero en condiciones de afirmar, a partir del análisis de un sistema de enjuiciamiento, qué ciudadanos tienen más legitimidad que otros para juzgar y, menos aún, derivar esos análisis de una teoría del poder del Estado -o quiénes son más “iguales”- como surgiría de algunas apreciaciones de los tesisistas analizados por el jurista citado, lo cierto es que la armonización en nuestro sistema de la ley vigente y de las garantías aludidas se impone. Es preciso, por ello, proponer una implementación al respecto, a partir de las mismas dificultades que advierten los directos involucrados, como en el presente, ante esta casación revisora.

Y también, más allá de las posibles protestas (como la de Díaz Cantón en el artículo doctrinal citado, en el que se pregunta sobre por qué, justo esa decisión tan grave, la más grave del Estado en un sistema republicano garantizado por la transparencia, el derecho a la información deba quedar en absoluto secreto, y se le impida al imputado ejercer su derecho de defensa), la praxis judicial debe ir conjugando las exigencias constitucionales y la ley vigente.

VI- Sentado el modo y alcance de la revisión en esta instancia, entiendo que al haberse erigido la decisión del jurado como revisable sólo con los parámetros y límites descriptos, comenzaré por lo medular, que es la calificación legal escogida, que cuestiona el Sr. Defensor del imputado Morato.

A estos fines, y dado aquellos conceptos, entiendo que sólo me corresponde, como revisora de la decisión, analizar si existe una grosera disociación entre la prueba que se rindió en el juicio, y la posible comprensión del encuadramiento legal escogido, que pudiera redundar en una arbitrariedad en desmedro del imputado. Asimismo, si la acusación valoró esa prueba de una manera arbitraria como para caer en esa calificación legal.

Ello así, cabe recordar los fundamentos de las dos figuras entre las que pivotea la sentencia, y la queja del esforzado defensor.

VI- a) El fundamento de la agravante del homicidio por conexidad con otro delito es la instrumentalización de la vida, antepuesta a fines delictivos; *“esa inversión, al tratar la vida de otro como medio y no como fin [...] es lo que justifica el mayor disvalor que se traduce en un escala penal agravada”* (aporte de Mario Villar en BAIGÚN-ZAFFARONI (dir.). *Código Penal*, tomo III, Hammurabi, Bs. As., 2008, p. 395).

Allí apunta Villar a “otra discusión que se ha presentado en la doctrina y en la jurisprudencia en la que se refiere a la necesidad o no de que el homicidio sea “preordenado”. También en su caso, de no haberse constatado la *preordenación*, y si se verifica, en cambio, una ocurrencia imprevista incidental u ocasional, podrá ser calificado como un homicidio en ocasión de robo.

Señala una jurisprudencia dividida al respecto, entre quienes sostienen que la preordenación es exigida para la tipificación dentro del art. 80, y sirve para diferenciarlo de la figura del art. 165, y quienes, por el contrario, no exigen un propósito preordenado en la comisión del homicidio. Esta discusión, para el autor, se vincula, además, con la posición que se tome en relación a la necesidad de contar con dolo directo en relación al homicidio, también con rendimientos para deslinde con el homicidio en ocasión de robo, cuestión sobre la cual se cuenta, igualmente, con opiniones diversas, incluso, relacionadas a las distintas concepciones acerca del dolo eventual.

Despeja así, una conclusión preliminar: *“si entre los riesgos propios de su conducta, por ejemplo, dirigida a lograr la impunidad, se encuentra un riesgo para la vida que se concreta en el resultado, y éste es abarcado por*

el dolo, cualquiera sea la especie de dolo de que se trate, es suficiente para considerar a esa conducta típica enmarcada en esta forma de homicidio”.

Crítica, en consecuencia, la postura de Creus -que admite como mayoritaria- que excluye del art. 80 inc. 7 del CP., al homicidio cometido con dolo eventual, y la de Simaz, que exige para el homicidio agravado el dolo directo y la preordenación. Sobre estas exigencias se expide Villar indicando que agregar *la accidentalidad o la preordenación* sería hacer decir a la ley penal aquello que no dice.

Se detiene en la teoría que hace descansar la diferencia en las alternativas dolo/culpa, para el art. 80, y para el 165, respectivamente, reparando especialmente en la dificultades que, en la discusión, trae específicamente el dolo eventual. El autor concluye al respecto que: *“el tipo penal contenido en los arts. 80 inc 7 y 165 del Cód. Penal poseen un área común en el tipo subjetivo. Los dos admiten dolo eventual”*, precisando que la diferencia radica, en realidad, en un especial elemento subjetivo del tipo.

Finalmente, le dirige una reflexión crítica a la opción legislativa que así configura el tipo del art. 80 inc. 7, porque los elementos subjetivos del tipo, como el que se requiere para el homicidio agravado, se aproximan a los elementos del ánimo -propios de esfera de la culpabilidad-, y aluden a una actitud interna que desafía el derecho, desvalorada a la manera que lo hace el Derecho penal de autor. (todo en BAIGÚN-ZAFFARONI (dir.). *Código Penal*, tomo III , Hammurabi, Bs. As., 2009, aporte de Mario Villar, pp. 395 y ss).

Al describir el Homicidio con “motivo u ocasión” del robo, Elizabeth Marum -en la misma obra citada- apunta a lo que señalan autores como Gimbernat Ordeig o Simaz. El primero indica que, atendiendo a cómo está redactado el precepto, permitiría subsumir los comportamientos más dispares. Así, incluiría, por ejemplo, casos donde el ladrón, cinco años después de haber cometido el robo, mata al que lo amenaza con descubrir su delito; o si el que persigue al ladrón sufre un despiste con su automóvil y perece; o si el dueño de la casa, al bajar por la escalera para sorprender al ladrón cae, resbala y muere, ya que son todos ejemplos donde la víctima

muere con *motivo u ocasión* del robo.

Sin embargo, señala la autora que no es ese el alcance que se le debe otorgar al precepto, indicando que, con razón, afirma Simaz que al referirse la ley a “motivo u ocasión” exige que el homicidio se haya cometido en el contexto del robo, es decir: entre el comienzo de ejecución del robo, y su consumación, en virtud de lo cual, si se realiza en los actos preparatorios, o después de consumado, resulta de aplicación el art. 80 inc. 7 del CP, o se dará un caso de concurso real (aporte de Elizabeth Marum en BAIGÚN-ZAFFARONI (dir.). *Código Penal*, tomo VI , Hammurabi, Bs. As., 2009, pp. 238 y ss.).

Este punto nos interesa, al conjugar lo dicho por Morato en su defensa material, y la argumentación defensiva, sobre lo que volveremos más adelante.

VI- b) Sobre la base de este recorte normativo, y su supuesta discordancia con la prueba reunida, es que deberé analizar los agravios defensivos, no sin dejar de señalar que Morato viene condenado también por Homicidio calificado por alevosía, respecto de lo que no se escuchó al defensor en la audiencia, ni se leyó a las defensoras recurrentes, realizar ningún tipo de esfuerzo argumentativo, como para que éste tribunal entienda que la *emboscada* que admiten, le hicieron los imputados a Calleja, no tenía como propósito matarlo, sino robarle.

Así, debo reponer, aunque no lo haya señalado la defensa, que al intentar encuadrar la conducta de los imputados en el art. 165 del CP, consideran que no es necesario contraargumentar la muerte producida sobre seguro y en estado de indefensión, porque insisten en el homicidio en ocasión de robo. Ello me produce cierta perplejidad, porque no son extremos que puedan descartarse fácilmente, a luz de las constancias de la causa.

VI- c) El jurado, a través de las jornadas del 27, 28, 29 y 31 de marzo de 2023 escuchó a los testigos del caso, y les fue exhibida y explicada la documental agregada.

Uno de los primeros agravios de las recurrentes tuvo que ver con la defensa material de Morato, indicando que a la víctima le dio muerte “otra

persona". Sin dudas, éste es el lugar en el que se posiciona Morato, cuando declara, después de que los testigos dieran sus versiones ante los jurados. Se lo escucha explicar que se había enojado porque Calleja le había subido el precio, que se produce una discusión, dentro del auto, un forcejeo, y la posterior intervención de Giménez, sobre el cuerpo de Calleja.

Aparentemente, este agravio intentaría desvirtuar la calificación de homicidio agravado, pero olvida que el homicidio no es, necesariamente, un delito de propia mano, y olvida también el contexto mismo que explica Morato, de cómo se sucedieron los hechos, según su versión: que arrancan ambos en su propio auto, él conduciendo, y Giménez, detrás, en el asiento trasero; olvida además, el argumento, descartar la posibilidad de un plan común, que constituye la coautoría.

En efecto, soslaya la definición de coautoría que se dieron en las mismas instrucciones, que la defensa, litigó y asintió. Así, se lee en las instrucciones -fs. 62 de la sentencia-: *“COAUTORÍA: Se les atribuye a los acusados la calidad de coautores, es decir que ambos son considerados como autores, lo que significa que ambos han tenido el dominio del hecho, distribuyéndose diferentes roles, es decir cumpliendo distintas funciones, no necesariamente significa que ambos acusados hayan realizado las mismas acciones para llevar adelante su plan delictivo.- Para darles mayor claridad: deben tener presente que conforme la acusación, los intervinientes han tenido o no una porción del poder de decisión en la muerte y robo de Gonzalo Calleja, distribuyéndose las tareas o realizando las mismas para lograr el plan criminal común.- Si se les demuestra a ustedes, más allá de toda duda razonable, que los acusados se unieron para realizar o ejecutar el acto que se les acusa y que contribuyeron a la comisión del delito, aún cuando uno solo produjera el resultado y se hayan repartido funciones distintas, ante la ley son coautores y responsables del mismo delito y deberán responder como coautores.-”*

Y, evidentemente, del mismo olvido adolece el agravio de las defensoras, en el escrito, cuando afirman que la maniobra letal no fue de Morato.

Frister, al explicar el requisito -según el autor, “apenas tratado”- de la

acción unitaria como limitación de la coautoría, ejemplifica: “[s]i A derriba a golpes a la víctima y B le sustrae la billetera, esto será una acción de robo unitario, exactamente igual que si ambos actos parciales hubieran sido realizados por A o por B en soledad”; “[d]entro de una acción unitaria les son imputados a los intervinientes, como su propio actuar, los respectivos aportes al hecho, por todos los delitos realizado mediante la acción común”. (Frister, *Derecho Penal - Parte General*, Hammurabi, Bs. As. 2011, pp. 561 y ss.).

Sin perjuicio de reconocer el imputado el accionar que el cupo en la faz ejecutiva del hecho -el forcejeo y desapoderamiento de los bienes de la víctima- su aporte, incluso, fue mucho más sustancial: convocó a la víctima, bajo el pretexto de realizar una operación -que ya habían realizado en el pasado-; quien ingresó al vehículo, precisamente, porque era el del imputado, y así lo podía identificar, porque conocía tanto a Morato, como su auto. Así, el montaje del supuesto intercambio que fueran a realizar -la emboscada- fue posible por condiciones personales y sociales de Morato, que aprovechó. Pretender, entonces, desligarse de responsabilidad, erigiendo una supuesta ajenidad en la ejecución de darle muerte a la víctima, no sólo resulta inadmisibles desde el punto de vista normativo, sino que tampoco puede ser acogida, desde el sentido común.

VI- d) Por otra parte, el agravio ensayado por las mismas defensoras, sobre la calificación legal escogida, que se debería a un prejuicio que ellas suponen habría tenido el jurado, por la posición social y económica de la víctima, conjeturando, además, sobre la base de estereotipos discriminatorios como es el concepto “villerito”, que otra habría sido la solución si no hubiera estado el jurado imbuido de aquél preconceito, es no sólo inatendible, por no surgir de ningún elemento probatorio, sino, además, inaceptable en términos de buena fe y ética profesional.

Por otro lado, contiene juicios de valor sobre la víctima, que nada tienen que ver con la discusión sobre el encuadre legal seleccionado en la sentencia, por lo que, no se logra entender con qué propósito se la descalifica gratuitamente: ni la pertenencia social de quien resultara muerto, ni la actividad de venta de dólares, fueron elementos discutidos en

el juicio como para realizar tales aseveraciones, que sólo denotan prejuicios por parte de quienes las profieren, alejándose de un buen diálogo racional y respetuoso que deben conservar las profesionales, exigencias que deben mantenerse, aún en el ejercicio del ministerio de la defensa.

VI- e) Luego, felizmente, se retorna a un agravio que cabe dentro de lo razonablemente discutible, y señalan la necesidad de que el tribunal revisor pondere el peso de las pruebas, “más que su insuficiencia”, con cita a jurisprudencia.

En este sentido, tengo en cuenta, en primer lugar, lo que señaló el testigo Vaillard, quien, según refirió, presentó a Calleja al imputado Morato. Declara en la jornada del 29/03/2023, y se lo escucha explicar el sentimiento de culpa que le suscitó el haberlos conectado entre sí; en especial, referido al punto de una aparente diferencia de precio en las operaciones con dólares, en las que Morato le habría dicho que a él, Calleja le pedía un poco más, y habría rematado la conversación diciéndole: *“después a estos locos le pasa algo, o lo que fuese, y les cabe, y lloran”* (min. 16:47). Esto lo dice luego de explicar que Morato se habría sentido enfadado, denigrado, que se había enojado, ya que a Vaillard la víctima le había pasado un precio y, a Morato, otro más alto; y él le habría contestado “pero, pará, tranquilo”. El fiscal le re-preguntó sobre este punto, diciéndole: “¿le dijo: *después les cabe y lloran?*”, contestando Vaillard: “lo dijo, sí”.

Además, explicó este testigo que Morato tenía una deuda con Martínez, que andaba medio atrasado, y que había señalado: *“quédense tranquilos, que yo antes del fin de semana, voy a tener todo el dinero, porque no quiero que piense mal de mí”*. Esta conversación la había tenido con Morato, en el taller, el lunes de la semana que desapareció Calleja. Se desprende de lo que dijo este testigo, que cuando Morato se encontró con Calleja, ya tenía prometido saldar la deuda. También, que a este testigo le había dicho, no recuerda si fue el miércoles o jueves, *“ya pasó el flaquito, ya cambié”*; por eso, Vaillard, conmovido, cuenta en el juicio, que él, a la noche, comienza a pensar e imaginarse cosas, porque *“era todo muy redondo: el lunes dice Morato que va a pagar la deuda el fin de semana, el miércoles o jueves paga en dólares (...)”*, lo que había confirmado con

Matías Martínez; se había enterado de la desaparición de Calleja, y tenía su cabeza llena de elucubraciones, según relata. También explica que se sentía culpable, había hecho un comedido y luego los dejó “libres”, dejando que hablaran entre sí (Morato y Calleja). Además, ante preguntas, explicó que habló con Homicidios -refiriéndose a la División de la Dirección Investigaciones- porque ellos entraron a su local, y porque había una muerte.

Esta versión nos conduce a pensar que todo el esfuerzo que hace el Defensor Oficial, en esta audiencia, para pretender que se entienda que el accionar de Morato fue espontáneo e imprevisto, es, al menos, insuficiente. Debe señalarse, además, que en toda la referencia que hace en casi todos los agravios, el celoso defensor, se percibe cierta confusión sobre los extremos requeridos por la figura del art. 80 inc. 7, alegando como si contuviera, como requisito, la exigencia de la preordenación. Lo que se despeja con lo que me ocupé de discriminar con la cita doctrinaria más arriba indicada.

Del testimonio de Vaillard, sobre la actuación de Morato, esos días previos, se infiere que se relaciona más con una estrategia prevista para conseguir un resultado -saldar una deuda posiblemente proveniente de un negocio ilícito-, que con una ocasional discusión, con un resultado de muerte imprevisto, como lo describe él mismo Morato, en su defensa material.

Estos posibles motivos de Morato, que nos aporta Vaillard, junto con la zozobra que denota el testigo, cuando declara al explicar sus elucubraciones, parecen confirmarse cuando el mismo Morato declara que, luego de la muerte de Calleja, señala, ante preguntas, que le sacó el reloj, el celular y la mochila a Calleja, que se deshizo de ellas, porque “*no me servían esas cosas*”, y se las sacó cuando ya estaba sin vida (indagatoria del día 29/03/2023 - min. 11:47).

Precisamente, la ultrafinalidad perseguida, al cometer el homicidio, implica una inversión de valores básicos, un desprecio por la vida ajena, que se mediatiza para cometer otro delito, en este caso, contra la propiedad. Ese desprecio típico se hace transparente en las mismas

palabras de Morato, cuando describe cómo saqueó de sus efectos personales a quien acababa de morir, no satisfecho con quedarse con los dólares que portaba.

VII- a) El defensor insiste con que la decisión de matar surge súbita, y no fue preordenada, sino que se emboscó a Calleja, por parte de Morato y Giménez, sólo para robarle, y no se demostró que se hubieran organizado previamente.

Insiste, además, con que el dolo con el que actuaron no fue directo, sino, eventual, y supone que la postura de la acusación, que acogería el jurado, lo llevó a confundir la capacidad letal del medio empleado con el elemento subjetivo distinto del dolo, agregando que se pasó por alto el dolo pretendidamente específico. A la vez, insiste con que la prueba relevante avalaría el relato de Morato sobre cómo ocurrió el hecho y que habría una conexión ocasional entre la muerte y el robo, no habiéndose tenido en cuenta el indicio de que era imposible saber para Morato, cómo concurriría la víctima al lugar: si solo, o acompañado, como otras veces había hecho, por su pareja.

A la vez, indica que hubo una planificación burda para hacerse de los dólares, que Morato tenía un rudimentario razonamiento y que entonces, ello le hubiera impedido planificar la muerte, porque contaba con que, aunque le robara, la víctima no iba a denunciar, porque se dedicaba a una “actividad en negro”.

Insiste con que no había premeditación por la forma en la que Morato intentó auto encubrirse, a la que califica como burda, hasta por las circunstancias espaciales donde se dejó el cuerpo, y la forma en que lo hizo, en la que, la falta de previsión para deshacerse del auto, (en una maniobra a la que califica como desesperada e ingenua), también habla de la falta de planificación de la muerte. Asimismo, indica que, como dejaron el auto de la víctima, y además no sacaron nada de él, ello nos llevaría a la inferencia de la falta de planificación previa de parte de Morato.

Finalmente, quiere extraer de la frase dicha por Giménez, por telegram, a un tal “Mirko”, “se me complicó”, la falta de preordenación y de elementos subjetivos, ya que, razona, era más fácil resultar impunes sino lo

hubieran matado, y ahora, se había reducido esa posibilidad de impunidad.

Primeramente, sin perjuicio del análisis de la prueba y de verificar, si efectivamente la decisión del jurado de subsumir la conducta de Morato en el art. 80 del CP se hace en un manifiesto apartamiento de ella, debo indicar, lo que ya había indicado: la preordenación no es un requisito de la figura.

El defensor parte de ese postulado, que no es requerido por la norma, y a partir de allí, intenta refutar, con diversas inferencias, su existencia. Este razonamiento resulta difícil de seguir porque es incorrecto, termina siendo engañoso, llevando a conclusiones aparentes.

Ello porque a partir de presuponer que el homicidio criminis causae, requiere una suerte de plan maestro, preordenado estratégicamente, y sofisticado, se dedica el defensor a dar las razones por las cuales el accionar de Morato, o sus supuestos razonamientos, no entrarían en él. A la vez, para ello, también presupone un “rudimentario razonamiento” con el que contaría su defendido, que, por otra parte, a la luz de la prueba, no surge tan palmario.

La decisión de matar a alguien, luego de emboscarlo, para conseguir la perpetración de un delito, o para conseguir la impunidad posterior, puede ser tomada presurosamente, según las circunstancias y la dinámica del caso, ser acordada tácitamente con el co-autor, y formar parte de lo que el sujeto activo conoce, quiere o acepta, sin necesidad de una organización minuciosa, puntillosa, o convenida formalmente, de modo previo.

Y cualquier sujeto, tenga la capacidad intelectual que tenga, salvo los casos del art. 34 del CP, puede cometerla. Por lo que, lo supuestamente grotesco de sus maniobras para auto-encubrirse, la forma del acuerdo con su consorte delictivo, la real dificultad para conseguir la impunidad, que a la postre apareciera, no nos hablan, ni de su programa, ni de la imposibilidad de matar para asegurar el provecho de otro delito, o lograr un resultado airoso, o útil para lograr la impunidad.

Sin embargo, de la prueba que se agregó, no es extravagante suponer que se organizó un plan: Morato debía pagar una deuda, y prometió hacerlo en un plazo, lo que está probado; en el momento que citó a Calleja, no

contaba con ese dinero. Citó a Calleja, entonces, sabiendo que vendría con una importante suma, de la que se apoderó. Y no fue solo, sino con alguien en el asiento de atrás que lo sorprendió y presionó su cuello hasta matarlo.

Ese plan, así trazado, y llevado a cabo, es suficiente para la figura, y para las inferencias realizadas.

VII- b) La capacidad letal del medio empleado cuyo énfasis se le atribuye al alegato acusatorio, no necesariamente tiene virtualidad para confundirse con el elemento subjetivo de dolo, como lo pretende el defensor, confusión a la que habría sido llevado el jurado, como afirma. Pero, si algo confundió al jurado, es algo que queda en el secreto de sus deliberaciones, que no sabremos, riesgo que se ha decidido correr con la opción de este sistema de juzgamiento: sólo queda analizar qué es lo que tiene potencialidad para confundir y qué no, y luego realizar los razonamientos posibles, a la luz de la prueba que se coteja.

Pero si tenemos en cuenta las instrucciones que se les han dado a los jurados legos, sobre cómo opera la figura, y su descripción, la capacidad letal que tuvo la maniobra de ahorcamiento, de atrás, en un reducido habitáculo, infligida a Calleja, indefenso, sorprendido, tampoco nos habla *per se* de la ultrafinalidad, sino de la acción que fue necesaria para acabar con su vida, lo que parece además, surgir claro de lo que el médico forense, Dr. Moyano, aporta en el juicio. Que no está reñida con la figura del art. 165. Sobre la diferencia entre las dos figuras ya me he explayado más arriba.

Antes bien, el elemento subjetivo especial, del art. 80 inc. 7, surgiría de la prueba que se agregó, ponderada en su conjunto, y no de esta especial descripción de la capacidad letal del medio empleado.

Efectivamente, ya la decisión de ir con Giménez ese día al encuentro de Calleja, luego de que prometiera pagar la deuda, antes del fin de semana, con la animadversión ya demostrada hacia este último, y hacerlo pasar a su auto, donde tenía despejado el asiento de adelante, estando Giménez atrás, es un indicio importante de la intención que tenía. Estos extremos no están discutidos, y la intención surge además de lo que dicen los testigos, de lo que dice el propio Morato, y su relación con Giménez, que

éste último pretende sólo laboral y distante, la que también está suficientemente probada con testigos. Surge, además, del conocimiento efectivo que tuvo Morato sobre la incapacidad de Calleja de defenderse en ese encuentro, ya que su estado, inerme y solo, lo pudo percibir inmediatamente al verlo: en este sentido, pudo haber pensado o no, que Calleja no concurriría solo: puede haber sido un albur que tomaría, lo que tampoco sabremos, pero es indiferente, porque luego lo conoció. Pudo haber ratificado allí su decisión, y ya tenía dispuesto a Giménez en el asiento de atrás, lo que sí sabemos.

VII- c) En relación a la prueba del dolo, se ha escrito, hablando siempre de jueces profesionales, sí, (pero que en el caso deben utilizarse para apreciar la posibilidad de arbitrariedad), que se debe acudir a la regla de la experiencia, construida y pensada de determinada manera. Así, Ragués i Vallés, -trabajo publicado en la Revista de Estudios de la Justicia -REJ, N° 4, Año 2004- titulado "CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA DEL DOLO")- preguntándose por la prueba del dolo, señala que la preocupación debe ser buscar cuál es la solución correcta de acuerdo con criterios racionales y válidos para cualquier otro supuesto similar, en orden a determinar cómo se prueban los hechos psíquicos- Para encontrar tal solución es necesario acudir a las reglas sociales de la experiencia, nos dice, que rigen en materia de atribución del conocimiento ajeno: *"Un análisis de dichas reglas permite afirmar que la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento"*.

No se opera con el hombre medio, o el hombre perfecto, sino que, a diferencia de lo que suele presuponerse, en el ámbito del dolo (y de su prueba) se trabaja con un tercer modelo resultante de contextualizar al hombre medio en el escenario del concreto acusado, añadiéndole buena parte de sus características personales. Y se aplicará la regla de la experiencia para saber sobre el conocimiento del otro. A este respecto, se

señala: *“Todo parece indicar que el parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia. Semejante conclusión se justifica, ante todo, por la función social que el Derecho penal desempeña, una función que sólo tendrá consecuencias legitimables si los mensajes que la justicia penal dirige son aceptables y comprensibles desde el punto de vista los ciudadanos. Por este motivo debe afirmarse que la tarea del juez no debe consistir en construir o inventar las reglas de experiencia para cada caso concreto, sino en acudir a la interacción social para buscar dichas reglas. En el caso concreto de la prueba del dolo, deberá aislar aquellas reglas que se emplean en sociedad para las atribuciones mutuas de conocimientos entre ciudadanos”.*

Añade: *“sólo cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia de vigencia indiscutible según la cual, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona por fuerza ha sido conocedora de determinados hechos, podrá atribuir correctamente dichos conocimientos al concreto acusado. Cualquier convicción judicial que se aparte de este criterio deberá ser considerada arbitraria”.*

Si bien todas estas consideraciones parecerían exorbitar, *prima facie*, los concepto de “sentido común” y “estándar probatorio más allá de toda duda razonable”, con los que se instruye a los jurados, es claro que para analizar la prueba en revisión, no podemos alivianar de sentido la reglas de valoración, o pretender que no sirven, so pena de desatender garantías; como tampoco se puede presuponer que no se han usado las reglas de la experiencia en los jurados legos, para determinar cómo ha actuado un semejante, en el pasado.

Dado que la tarea de este tribunal revisor es cumplimentar la revisión establecida en los precedentes que consagran el derecho al doble conforme, y que entonces, con arreglo a las reglas de valoración de las pruebas debo establecer si la conclusión del jurado es razonable conforme a ellas, es que con su auxilio pasaré a analizar si la decisión de culpabilidad por el homicidio criminis causa que pesa sobre Morato, se aparta o no de la prueba producida en el juicio, conforme las reglas de valoración así

expresadas.

VII - d) A lo ya dicho, respecto de lo que aporta el testigo Vaillard, que nos conduce a inferir razonablemente que la intención de Morato, al encontrarse con Calleja no era cambiarle dólares y discutirle el precio, se le suma lo que aportan los testigos Delavalle, Blasón, Lichtenwald, González y Mosqueda.

Tanto Delavalle, como Blasón, nos acercan a la relación que Morato tenía con Giménez, lo que nos lleva a descartar la pretendida distancia que señala Giménez en su indagatoria, y nos conduce a pensar que Morato fue al encuentro de Calleja, con quien tenía una importante confianza, al punto que pudo haber conocido y aceptado, que lo matarían de forma conjunta, para desapoderarlo, y dividirse el botín, aplicándolo a sus diferentes necesidades. Éstas últimas, sus necesidades y su conducta posterior saciándolas, o intentando saciarlas, están también descriptas por los testigos, y por la prueba documental que fue exhibida en el juicio.

En efecto, el testigo Delavalle explica ante el jurado que tenían la línea telefónica que usaba Morato. Asimismo, contando con el celular de la mujer de Morato desprenden la relación la mujer de Giménez y aquella, y le prestan atención a una conversación que habrían entablado el 1ero. de julio del 2021. El recorrido que hacen los investigadores para llegar a determinar las relaciones, los diálogos, y otros datos de interés, son descriptas por el testigo, dando detalles de los sucesivos pasos que realizaron. Así explica que el teléfono que terminaba en 373, estaba dentro de los contactos de Morato, y se había dejado de utilizar el mismo día, 15/07/2021 (al día posterior del hecho). Averiguan la titular de ese teléfono y resulta ser de una ciudadana de apellido Ibaña, que determinan, era la cuñada de Giménez.

Así, llegan a una conversación, que parecía entre gente familiarizada, en la que una mujer, Frutos, novia de Giménez le pregunta a Vera -mujer de Morato- por “Fran”, si lo había visto, porque no había regresado. También corroboran que, luego de esa conversación, Edith Vera le consulta a Morato, y que éste intenta comunicarse con Giménez (línea 373). Asimismo, destaca que, al otro día, la mujer de Giménez le cuenta a la

mujer de Morato, que Fran estaba preso, lo habían encontrado con un arma en calle División de los Andes. Esto deriva en otra investigación por la que la policía le pide a la justicia la línea telefónica que habría dejado asentada Giménez, luego de su detención y corroboran que es la misma línea, finalizada en 373.

Llamativamente, lo que juega como indicio cargoso, esa línea, deja de ser utilizada, luego de la muerte de Calleja; verifican, además, un borrado a cero de la copia de seguridad, de la línea que usaba Giménez.

La relación entre Giménez y Morato también es explicada por este testigo, cuando relata cómo siguen los caminos investigativos, y cómo llegan a “Patiño” Mosqueda; luego de dar precisiones de cómo identifican a Mosqueda, el testigo explicó en el juicio que hablaron con él, quien les contó -en la segunda vez que hablaron- que llevó a Giménez, a su casa, ese día del hecho, a pedido de Morato. Giménez se domiciliaba en Díaz de Vivar. También explicó el testigo, que allanaron la casa de Giménez. Y como dato importante, agregó, que se pudo determinar que desde el celular de la novia de Giménez se había buscado la cotización del dólar, y se habían visitado varias páginas consultando por distintos elementos para comprar, como motos, etc.

A su vez, el mismo Mosqueda, compareció a juicio y nos ilustra sobre lo que pasó ese día. Declara el 28/03/2023 y en el soporte fílmico, en el min. 29:02, se lo escucha explicar que vivía en la misma cuadra que Morato, y que el día del hecho, lo vio, cuando lo fue a buscar, como a las 7:30 u 8 de la noche, para que llevara a Giménez a la casa, indicando que estaban los dos, y nadie más. Lo llevó hasta la casa, parando antes, para buscar unas llaves.

Y también la relación entre los imputados, que dista de ser, como pretende Giménez, en su indagatoria, lejana, es referida por el testigo Crithian González, que declaró en el juicio, y contó la relación que tenía el testigo con Morato, que le guardaba cosas, cada vez que él se lo pedía, así explicó que le dio una mochila con armas, plata y drogas. El testigo dijo haber presenciado visitas asiduas de Giménez a Morato. Además, el testigo reconoció comunicaciones con Morato en las que le hablaba que estaba con

el “gordito Fran” (Giménez), de drogas, a la que aluden como “chips”, y explicó ante preguntas, que cuando pasaban cosas en el barrio, él le tenía a Morato, escondidos, distintos elementos.

El testigo Lichtenwald, por su parte, también declaró en el juicio, y el día del hecho, dijo haber visto en el desarmadero, donde él estaba, a Morato, que llegó en su auto, acompañado, aunque no pudo ver de quién se trataba.

Asimismo, la relación con Giménez surge de lo que el mismo Morato dice en su indagatoria, que aclaró, que ante preguntas, que Calleja no le debía dinero a Giménez, y que salieron los dos de su casa, conduciendo él, y Giménez detrás, en el asiento trasero.

Además, ante preguntas de la querella, dijo que Giménez no había hecho cambios previamente con Calleja, y no logra contestar las preguntas que le dirigen sobre por qué y para qué fue con Giménez a encontrarse con Calleja ese día.

De lo que aporta el testigo Mosqueda, no surge, por otra parte, que el intento de Morato de deshacerse del auto fuera desesperado o ingenuo, como pretende el Defensor en su queja, sino, en realidad, surge que es una actividad pensada, que intentó diagramar correctamente, ya que le preguntó al testigo en cuánto tiempo se desarmaba un auto, se hizo llevar por él al desarmadero; se hizo llevar a una casa sobre la continuación de calle Crisólogo Larralde, a la vuelta del desarmadero, donde, según la prueba, vivía Almada. El mismo día del hecho, a horas de haberle dado muerte a Calleja, intenta venderle el auto a Martínez, a quien le había pagado la deuda con parte del dinero sustraído a Calleja, todo según surge de las estipulaciones. También respecto de esto, surge que un allegado de Morato, Enzo Jacquier, guardó el vehículo Fiat Uno en su casa de Reforma Universitaria 1770, el día 15 de julio, por la mañana, para luego, pedirle Morato, el 16 de julio, que mantenga el auto escondido, y lo llevan a la vivienda de Almada, en calle Vivanco y Larralde, de Paraná, donde cambian los neumáticos, le pintan las tazas, lo limpian en el interior y le quitan el polarizado, le quitan las chapas patente, y lo mantienen en el garage de Almada, sacándole asimismo, dos neumáticos, que colocan en el vehículo

de Cancio, amigo de Almada.

Toda esta actividad no parece, al menos, ingenua, sino que requiere, de mucha energía, de personas que colaboren, que al parecer, Morato no tenía problemas en conseguir, apareciendo con ascendencia sobre terceras personas, a las que implica en el encubrimiento, también, al parecer, sin mucha dificultad.

Por otra parte, a dos días del hecho, intentando deshacerse del auto, no se lo ve tan desesperado, al menos, es lo que nos aporta el testigo Mosqueda, que dice haberlo visto ese viernes, y puntualiza “lo vi normal”. La colaboración de Mosqueda en llevar a Giménez a su casa, el día del hecho, denota también una confianza en Morato, su ascendencia, puesto que, al parecer, el viaje lo pagaría Morato, pero lo termina pagando Giménez, según lo que aporta el testigo. Y el día viernes, no quedó claro que pagaran por conducirlo por todos los lugares a los que llevó Mosqueda a Morato. El “rudimentario razonamiento”, que presupone el defensor tiene Morato, no se compadece con la actividad que despliega y la ascendencia sobre terceros, ni con el despliegue que hace con el auto -en el intento de encubrimiento-, o cómo maneja sus “negocios”, según la prueba.

La conducta posterior de la muerte, además, no denota una actividad torpe, ni vacilante por parte de Morato, para lograr encubrir el crimen que acababa de cometer: de los testigos Delavalle y Blasón, y demás funcionarios policiales de investigación surge lo que habría hecho inmediatamente Morato, así como de la prueba documental que explicaron que muestran las celdas donde impactaba el teléfono de Morato e ilustraba su recorrido; como también su relación con Giménez para procurar su impunidad, así como el tiempo que tardó en hacerlo, que es indicativo de que su actividad no fue ingenua, desesperada ni burda.

Y de las estipulaciones surge esta mochila, de la que habla González en su testimonio, era una mochila negra Nike, que contenía, 1 kgr. y medio de cocaína, dólares, y dos armas de fuego.

De la prueba surge claramente un dolo, y un elemento subjetivo distinto, que requiere la figura escogida por el jurado.

VIII- El defensor señala que la acusación ha valorado arbitrariamente

la prueba en su alegato acusatorio, y que ello lleva a una calificación legal equivocada. Por eso, cabe escuchar sus argumentos.

VIII- a) De allí surge, en líneas generales, lo siguiente, en lo que atañe a la acusación pública, (alocución que puede apreciarse en el soporte fílmico del 31/3/23, a partir del minuto 15:25). Indicó que a Gonzalo lo mataron cobardemente para robarle, y para ocultar el robo; recordó el fiscal que era lo que no estaba fuera de discusión, los hechos no controvertidos.

No estaba discutido, dijo, que Morato y Gonzalo Calleja tenían un vínculo referido al cambio de dólares por pesos, que venía de abril de 2021; que convocaron a Gonzalo para que fuera el 14/7/21, con 12500 dólares, para hacer un cambio, y que subió al auto de Morato, con el dinero, y que allí le apretaron el cuello hasta matarlo, y se apoderaron de sus pertenencias; que llevaron el cuerpo a un descampado, en calle Selva de Montiel. Y además, que tenía una deuda con Martínez, y que esa deuda se pagó el 14/7, pasadas las 18 horas, en el desarmadero de calle Larralde. Lo importante, dijo, de esa deuda, es que nos permite hacer el esfuerzo de cómo crearon esa necesidad para avanzar sobre la vida de una persona ajena, inocente.

Apuntó que lo mataron cobardemente para robarle y ocultar el robo: confirma el pago de la deuda el testigo Lichtenwald, que vio a Morato bajar, y que señaló que dentro del auto había una persona; además, está fuera de discusión que Morato regresó a su casa con Giménez, y que a Giménez lo llevó Mosqueda a pedido de Morato. El plan que se crearon, era apoyarse en el vínculo previo, asegurarse que llevara ese dinero, asegurarse que Calleja llevaría dinero, esperarlo en un lugar poblado, (sino Gonzalo no habría ido), y aprovecharse de que ya habían hecho ese tipo de intercambio. Eligieron un medio silencioso y limpio; no podía haber un estruendo a esa hora en Pringles y Suipacha. Ejecutaron el plan saliendo de la casa de Morato, quien había quedado con él, con el cómplice en el asiento de atrás, del lado derecho, cuando esto no es común, no ocurren así las cosas.

Esto es la primera cosa fuera de lugar, señaló el fiscal: Gonzalo llegó confiado, y vio a Morato, a quien conocía; si hubiera visto a Giménez, ya no

se subía; y si Giménez hubiera estado sentado delante, ya no había sorpresa, había posibilidad de defenderse. Lo convocaron así, a calle Pringles y Suipacha; cerca de la casa de Morato, zona que manejaba Morato, y lo esperaron en su auto.

Afirmó que por el mismo vínculo que tenían, y que posibilitaba el plan de que Gonzalo entrara confiado al auto, se explica la necesidad de matarlo; Gonzalo conocía a Morato, tenían personas en común, terceras personas que conocían ese vínculo: Vaillard, Natalia. Lo convocan en zona poblada y en esa confianza lo sorprenden, le presionan el cuello utilizando el brazo: brazo y antebrazo. La maniobra, según explicó Moyano, tiene que seguir luego de generar la inconsciencia, para lograr la muerte; los segundos, en la desesperación de la víctima, es una eternidad. Y allí, llega la inconsciencia, pero continúan: no tiene lesiones defensivas. Y cómo se explica la ausencia de lesiones defensivas, se preguntó: según dijo Moyano, con la inconsciencia a la que había llegado Calleja, porque la asfixia genera desesperación. Gonzalo no tenía lesiones defensivas, no se pudo defender. Ahí mismo se apoderaron de los 12500 dólares, de su celular, de su mochila, de las llaves de su auto.

¿Cómo siguió el plan?, se preguntó el fiscal: llevaron el cuerpo a una zona en la que no se veía nada; como explicó Blasón que el lugar de acceso no se veía, incluso con un patrullero al fondo, fue difícil de ver. Agregó que Blasón les había dicho que el cuerpo no se veía, a pesar de tener las fotos. Agregó que tenía en cuenta lo que tardaron: en google maps del lugar del hecho al lugar donde dejan el cuerpo surge que se tarda 21 minutos; ellos, según las constancias, tardaron 24 o 25 minutos; eso está en las cámaras. Es decir, no dudaron un segundo sobre dónde llevar el cuerpo; antes de los 10 minutos ya estaban yendo a pagar la deuda. Es decir, no dudan ni un minuto, y tienen claro qué hacer.

Continuó sobre el auto, que no se podían deshacer de él y cuando regresan a la casa de Morato, comienza el ocultamiento: el auto no se mueve más, le piden a Mosqueda que lleve a Giménez, que sale a las 19:45 a llevarlo. Morato no saldría más en el auto; sólo después sale a lo de Jacquier. Le pregunta a Mosqueda en cuánto se desarma un auto, ante lo

que Mosqueda contesta “qué se yo” , lo que cuenta Mosqueda en el juicio. Luego, va nuevamente al desarmadero, y Matías lo sacó: “ese auto no” y entonces esconden el auto. Y no lo esconden así nomás, sino que le sacan el polarizado, le pintan las tazas, sacando las patentes, limpiándolo, sacándole las alfombras: no hay rastros siquiera de Morato, por eso el argumento de que no hay rastros de Giménez no es atendible. Sale la noticia de que hay improntas de las ruedas del auto en el lugar del hallazgo del cuerpo; las ruedas que estaban en el auto de Cancio, estuvieron en el lugar del hallazgo del cuerpo.

Apuntó que estaba clara la trazabilidad del recorrido del auto de Morato, con Giménez, con lo que Ferro explicó, y Podestá; con Giménez no se pudo determinar, pero Ferro y Podestá, nos dijeron que estuvo apagado o en modo avión. Y entonces debe atenderse a la actividad anterior: Giménez tuvo el celular todo el tiempo prendido, con conversaciones hasta las 4 de la tarde de ese 14/7. Recién se recupera una conversación por telegram con un tal “Mirko”, que dice “se me complicó negrito”, a las 21:02. No hay explicación sobre por qué está apagado. En una declaración, que desconoce un hecho no controvertido, Giménez dice que llegó a las 20 horas a la casa de Morato; pero por todas las cámaras, se ve que no pasó caminando. Delavalle concluye cuando analiza los elementos, que la única explicación es que Giménez llegó en el auto de Morato a la casa de éste. ¿Tenían vínculos Giménez y Morato? Sí, señala, indicando los intercambios en celulares, cómo se tenían agendados, y desde cuándo.

También analizó lo que hizo Giménez después que llegó a su casa, y después de haber tenido el teléfono apagado tantas horas, como indicativo de su participación en el hecho: ¿qué hizo?, dice: empezó a ofertar 120.000 pesos en mano, por una Honda Wave; ofertó por teléfonos; en su entorno familiar mintió sobre el motivo de cambio de teléfonos, brindando diferentes explicaciones. Y también señala lo que pasó con su whatsapp, que explicó Díaz Vergara: se borró la copia de seguridad, para asegurarse que no se recuperen los datos, a partir del 15/7. Y además, dejó de utilizar el whatsapp el mismo Morato, de quien no se recuperó el teléfono.

VIII- b) Por su parte, la acusación privada explicó que aquí se trató

de un móvil económico: indicó la importancia del testigo Vaillard, que explicó cómo tuvo conocimiento de la existencia de la deuda de Morato, que anunció el lunes, delante de Vaillard, a Matías Martínez, que se quedara tranquilo que antes del fin de semana le pagaba. Esto lo dijo también el testigo Blasón, que Vaillard le cuenta, en su desesperación, el conocimiento que tenía sobre Morato y la deuda.

Analizó, también, la indagatoria de Morato, y el supuesto cambio de precio que le habría hecho Calleja, súbitamente, analizando las constancias documentales sobre cómo se comportaba Calleja sobre el tema de los precios y las transacciones, señalando distintas conversaciones con sus contactos, que demuestran la forma honesta con la que se conducía, al punto que está demostrado que le devolvió dinero al propio Morato cuando le dio demás, sin que éste le dijera algo.

Y respecto de la deuda con Martínez, señaló que era increíble que la deuda fuera en pesos, como pretende Morato: nadie que tiene una deuda en pesos, va comprar dólares para cancelarla, señaló.

Adhirió a los dichos de la acusación pública sobre la forma en que se condujeron ambos al encuentro de Calleja, lo que es extraño a la lógica, y al sentido común. Además, señaló especialmente lo que declaró el Dr. Moyano, respecto del modo en que se le dio muerte a aquel. Durante 50 segundos siguieron oprimiendo su cuello: si sólo querían robarle, les bastaba con los primeros diez segundos en los que quedó inconsciente. Por eso, señaló, no se le puede creer a Morato que en 5 segundos ocurrió todo. Hizo hincapié en los dichos de Morato a Vaillard: “a estos después les pasa algo y lloran”: ese es Morato, concluyó; y explicó lo que aceptaron las partes como definición de coautoría.

Respecto de Giménez, señaló que se comprobó que tenía un vínculo con Morato, al menos, desde el 2019; y que el testigo González, ante la pregunta sobre un chat que había tenido con Morato, que él decía que estaba ahí con el gordito “Fran”, que quería “veinte chips”, aclaró que se trataba de droga. Es decir, que el vínculo que los unía, era el narcotráfico.

Además, agregó las razones y el contexto en el que Morato y Giménez llegan luego del hecho; y por qué precisaban separarse y no conducirse más

en el Fiat Uno. Agregó, al igual que el fiscal, que estaba demostrado que no había llegado a lo de Morato ese día caminando. Dijo haber caminado 4 km para cobrar “un saldito” (palabras de su padre): es decir, no habría tenido dinero. Sin embargo, apenas lo lleva Mosqueda a su casa, horas después de separarse de Morato, comienza una búsqueda frenética de bienes para comprar -según el informe de Podestá, documental nro. 55-: 3 motos, 4 autos, 7 celulares; a la hora 1:35 ofertó 120.000 en mano por una moto. Reflexionó: ¿esa era la persona que fue a cobrar un “saldito” y no tenía plata para un remis?, señalando que era lo que Giménez les quiso hacer creer a ustedes, refiriéndose al jurado. Y además, el propio Morato explicó que lo que decía la fiscalía, sobre su relación, era cierto.

Finalmente, la querella afirmó que mataron para robar, y en un ataque por atrás, que no permitió defensa.

IX- A la luz de la prueba analizada, y de la ponderación de la misma que los integrantes escucharon, no se advierte arbitrariedad ni posibilidad de confusión; las reglas de la experiencia, aplicadas en la valoración de la prueba, nos deben llevar a sostener que no aparece arbitraria la conclusión sobre cuál fue el accionar de los imputados, que derivó en el encuadramiento legal escogido en la sentencia. En definitiva, la conclusión del jurado aparece como razonable conforme a la prueba agregada. También, es razonable el colofón de la decisión de matarlo, para perpetrar el robo, y la idea de Calleja en absoluta indefensión, dentro de un habitáculo, sorprendido, emboscado; y para ello es fundamental, derivando del “sentido común”, el análisis de la prueba respecto de la mecánica de la muerte, que señala que luego del desvanecimiento, se requirieron 50 segundos más para la muerte. A lo que se suma el accionar sobre seguro que desplegaron los imputados, que también surge de la prueba arrojada.

X- Resta aún por analizar algunos agravios planteados por el Sr. Defensor de Giménez.

Respecto de la prueba analizada por el jurado, que ya ha sido largamente reseñada, debo puntualizar que no es exacta su queja de que sólo lo vinculan los dichos de Morato, y que toda la prueba es circunstancial.

X- a) La queja sobre la *calidad* de la prueba, que trae la defensa de

Giménez, constituye un punto sobre el que hemos tenido oportunidad de ocuparnos en otros precedentes, con el auxilio de la doctrina especializada.

Ello sin perjuicio de que el punto, fue especialmente abordado por las instrucciones brindadas al jurado -fs. 54 y 55 de la sentencia-, en las que, básicamente y con acierto, se diluye la jerarquía que, entre prueba directa e indirecta, pretende instaurar el defensor, en coincidencia con lo apuntado por los especialistas en argumentación jurídica, como la autora que citamos a continuación.

Así, en "PAGGI", y otros precedentes, señalamos que al respecto, resulta interesante destacar lo que Marina Gascón Abellán analiza en el Seminario "*Los hechos en el derecho*", Bases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003, pp. 20-28, al dejar de lado la concepción "canónica", que distingue "prueba indirecta" de la "directa", en tanto parece querer indicarse que ésta última probaría "espontáneamente", "sin raciocinio", el hecho que se quiere probar lo que también indicaría una diferente calidad epistemológica de ambas. "Esta distinción, no parece aceptable, pues se funda en una acrítica percepción de la llamada prueba directa. Analizada rigurosamente, la declaración del testigo T: "vi a A disparar a B y a éste caer muerto", ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que A mató a B); lo único que esta declaración prueba por sí sola es que "el testigo T dice que vio a A disparar a B y a éste caer muerto. La declaración de T probará que "A mató a B" sólo si T dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió error de percepción, ni ahora sufre errores de la memoria); pero éste dato (que T dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta. Por lo que desde el punto de vista del razonamiento no hay ninguna distinción esencial entre la llamada prueba directa y la indirecta, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase (inductivas, en concreto) y en consecuencia, tan "teñida de subjetividad" puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que ponerla en

cuarentena".

Por ello, aplicando las reglas de la experiencia y de la psicología a la prueba rendida ante el jurado, se puede concluir que su conclusión es razonable.

En efecto, está claro, conforme la dinámica del hecho, que Morato no actuó solo, ese día que se dio muerte a Calleja para robarle; que fue emboscado, porque se subió al auto de Morato, y que fue tomado de atrás, en la maniobra que describe el Sr. Médico Forense en su declaración.

Además, queda claro que ese alguien, con el que estaba Morato, era, más allá de toda duda razonable, Giménez: no sólo por lo que el mismo Morato dijo, a pesar de querer ponerse en otra posición, sino por la circunstancia reconocida por el mismo Giménez, -aunque no admite haber andado en su auto, no lo capta ninguna cámara en el supuesto periplo peatonal que habría hecho hasta el domicilio de Morato-: también por lo que dijo Mosqueda, por lo que señaló el testigo Lichtenwald, por la probada relación que tenía con Morato, y por lo que intenta hacer inmediatamente después del hecho por el cual se terminara con la vida de Calleja: ver en cuánto podía cambiar dólares -confronte de cotización-, ofrecer 120.000 pesos en mano por una moto, buscar autos, motos, celulares para vender, etc.

El borrado de la copia de seguridad del celular, el haberlo tenido apagado, -a pesar de haberse comprobado que tenía días anteriores, una actividad intensa en su uso-; el ir a buscar el cobro de un "saldito" según sus dichos, y luego demostrar a través de las ofertas y de las búsquedas que hasta tenía dólares, son todos indicios, que sumados a la declaración de Morato, implican gravemente a Giménez. La relación con el mismo Morato, que hasta le busca transporte para sacarlo de su casa el día del hecho, quedó además, probada por testigos, por prueba documental, y por lo que sus mujeres hablan.

X- b) Respecto de la situación de indefensión que alega el nuevo defensor, habría estado sumido su pupilo, no se advierte del despliegue que ha hecho el defensor Cabrera, ni de su actuación en juicio. Antes bien, el nuevo defensor se queja de la estrategia escogida, pero ello no implica,

claro, que Giménez no haya estado asistido conforme las reglas del debido proceso, y que haya gozado de una defensa eficaz -aunque no tuviera éxito-.

Con relación a ello, debe recordarse que esta Cámara ha tenido oportunidad de explayarse en relación al instituto de la Defensa Técnica ineficaz, in re "GONZÁLEZ y otros" -sent. del 11/04/2018- (conceptos sostenidos, posteriormente, en otros fallos como "VERA, Jorge Carlos", sent. del 27/08/19 y "FERNÁNDEZ, Brian", sent. del 05/11/19).

Allí, referíamos que la CSJN ha señalado que en materia penal, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, puntualizando que "el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio", requisito que no se satisface con "la intervención meramente formal del defensor oficial, ya que no es suficiente con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo (causa 'Schenone'). Lo contrario no garantiza un verdadero juicio contradictorio (CSJN Fallos, 311:2502 y sus citas) ni asegura -en el caso- el cabal ejercicio del derecho federal a que la condena sea revisada por un tribunal superior" -cfr. "Domínguez", CSJN, 11/12/2007, Fallos 330:5052-.

Así, para los casos en que la Defensa Técnica resulte evidentemente perjudicial para el encartado, y en virtud del carácter imprescindible del adecuado resguardo de los intereses del sometido a juicio, es que los ordenamientos procesales prevén sanciones para el profesional que incurra en esas faltas a su función.

La CSJN puso en cabeza del juez la obligación de velar por el cumplimiento de este recaudo, al precisar que "es obligación de los jueces durante el trámite de la causa intimar al defensor designado para que presente su defensa y si éste no lo hace, separarlo del cargo y designar a otro en su reemplazo" -"Rojas Molina", Fallos 189:34, 07/02/1941-. Nuestro Código Procesal Penal provincial (cfr. ley 10.317) refiere a

mecanismos de contralor de la actividad desplegada en el ejercicio de la Defensa técnica, estableciendo el art. 136, por ejemplo, sanciones para el "incumplimiento injustificado y manifiesto de las obligaciones propias de los defensores, como la manifiesta falta a los deberes de lealtad y decoro en el ejercicio de la profesión vinculados a la causa"; y más específicamente, el artículo 122 CPPER prescribe, respecto de la actuación del Defensor en relación a su pupilo, que: "Si el Juez o Tribunal advirtiera que su actuación personal en la defensa técnica fuere manifiestamente perjudicial a sus intereses, lo apartará de su ejercicio intimándolo para que nombre un defensor de su confianza".

Tal solución -apartamiento del letrado, y citación del encartado a fin de que nombre Defensor de confianza-, fue recepcionada por la CSJN aún en casos donde la sentencia había adquirido firmeza, estipulando que si el imputado no contó con la asistencia técnica necesaria en la oportunidad procesal de revisión de la condena, "ello vulneró el derecho federal a un efectivo asesoramiento legal, provocándole, de hecho, un estado de indefensión, que invalida todo lo actuado con posterioridad al momento en que su abogado de confianza abandonó la causa".

En dichos precedentes, destacábamos que esa doctrina, no ampara a las meras desavenencias entre lo realizado por el Defensor interviniente, y el juez –o, en ocasiones, un nuevo defensor-. Traíamos entonces, que la misma CSJN -en "Cajal", 21/09/2010, disidencia de Maqueda y Zaffaroni- ha establecido un standard para determinar la viabilidad de los planteos referidos a la ineficacia de la asistencia legal; para ello, consideró imprescindible el análisis de las circunstancias del proceso, "pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría "restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas".

En esa causa, hizo referencia al precedente "Strickland v. Washington" (466 U.S. 668, 1984, citado en "Pancia" Fallos:324:3632, voto en disidencia de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert), en el que la Corte Suprema norteamericana estableció como test general, dos requisitos a

demostrar para argumentar la ineficacia de la defensa: la actuación deficiente del abogado y el perjuicio a la defensa del encartado, la que debe tenerse por tan grave "como para poner en duda el resultado del procedimiento, descartándose, en principio, los casos relativos a las distintas opciones de estrategias defensivas relativas a la aplicación del derecho o aspectos fácticos de la investigación".

Ello así, por cuanto una declaración de nulidad de lo actuado en virtud de una ineficacia de la defensa basada sólo en considerar que, el juez u otro defensor, habrían -en su lugar- elegido una estrategia distinta, afectaría notablemente la libertad e independencia técnica del profesional.

En "El imputado y la Defensa" -en Instituciones del Proceso Penal Acusatorio. Delta, Paraná, 2012, p. 180-, Graciela Cortázar y Diego Fernández refieren: "Muy frecuentemente el defensor omite cuestionar determinados actos o bien decide consentir otros, más ello no importa per se un supuesto de falta de diligencia en el ejercicio de su defensa profesional, pues, la definición estratégica del defensor cuenta siempre con un plus de información que el juez no tiene y que surge de la versión de los hechos que -en el marco de la confidencialidad de las entrevistas- obtiene del imputado".

Y traen a colación lo referido por Luis García -"De defensores Ad-hoc, orden sagrado y la observancia del sábado", en LA LEY, 2002-D, 428-, en tanto "el estándar exige tener en cuenta que, a la luz de la independencia que debe garantizarse al abogado respecto del Estado, éste no podría, por regla, ser responsabilizado de los errores del defensor. Sin embargo, si la falencia del abogado aparece manifiesta, corresponde a los Estados nacionales adoptar las medidas positivas que hagan efectivo el derecho a una defensa adecuada", debiendo el juez "proceder con suma cautela, pues no se trata de autorizar cualquier injerencia estatal en los casos en los que el tribunal, como observador, juzgue que, en el lugar del defensor, habría obrado distinto, sino en aquellos excepcionales en los que hay fácticamente un abandono de la representación, o en los que la incapacidad del abogado es manifiesta, pero no cuando simplemente el imputado discrepa con la actuación del defensor provisto de oficio".

En el juicio, se lo ve al defensor de Giménez realizar numerosas preguntas a los testigos, estar atento a ellos, denotando además que sabía de qué se trataba lo que los testigos venían a explicar.

La opción por la estrategia escogida, por parte de Giménez, que en su indagatoria señala que no sabe por qué Morato lo mete en ésta, y que él no tiene nada que ver, posicionándose como un tercero absolutamente ajeno al hecho, haciendo hincapié en la mera relación laboral que tenía con Morato, a cuya casa se había dirigido para cobrar un saldo que le debía, es la que el defensor respeta en la argumentación que elige efectuar, y en el ejercicio de la defensa en todo el juicio.

Las alegaciones de la nueva defensa sobre lo que habría podido hacer el defensor, que siguen siendo estrategias alternativas, -y que, como dije, no presuponen una defensa nula, con graves falencias-, son conjeturas, caminos argumentativos diversos, que, por otra parte, no parecen muy promisorios. Así, el Dr. Berón señala que el Dr. Cabrera no tuvo teoría del caso -pero recuérdese lo que dice Giménez y cuál es su premisa- y señala que “insólitamente” pactó con el fiscal que Giménez había sido llevado por Mosqueda.

Pero esto no tiene en cuenta la prueba importante que había sobre ese punto, ni lo creíble que resulta Mosqueda cuando lo cuenta, ni las numerosas explicaciones que dan Blasón y Delavalle sobre cómo y por qué llegan a determinar que Mosqueda había llevado a alguien por la misma zona que estaba la mujer a la que entrevista la policía, por lo que vuelven a hablar con Mosqueda, que les cuenta que había llevado a Giménez a su casa. Los elementos que hay sobre este punto en la causa, no tornan el acuerdo que hace el defensor en *insólito*, o en auto-perjudicial para la defensa. En todo caso, asume el punto para desplegar otro tipo de explicaciones, que tienen que ver con lo que eligió Giménez decir.

Además, tampoco, como señala el defensor en Casación, el crimen fue burdo ni tuvo maniobras descuidadas, como señalé cuando trate los agravios del Sr. Defensor oficial, más arriba; y no es sólo el vínculo con Morato lo que unió a Giménez en la causa. Esa premisa es de la que parte el defensor para señalar la conclusión de que sólo tuvo el fiscal que probar la

vinculación de Giménez con el mundo del delito, y luego con Morato, lo que ya fue suficiente para determinar la coautoría; y por ello señala, fácilmente, una supuesta defensa ineficaz, que no se habría dedicado proactivamente a romper ese solitario argumento e intención acusatoria.

Pero el razonamiento es engañoso, porque la premisa es incompleta. No sólo se probó el vínculo de Morato con Giménez, sino que además de numerosa prueba e indicios indicados más arriba, el propio Morato lo ubicó en el lugar del crimen, ayudándolo; y la dinámica del hecho se tuvo que hacer con dos personas -al respecto, cabe confrontar la declaración del Dr. Moyano-.

Además, se probó lo que hizo luego, que denotaba la posesión de dinero -fácilmente congruente con el botín del que desapoderaron a Calleja-.

Por eso mismo, el argumento de que podría, el defensor, haber señalado que Morato buscó a Giménez luego de deshacerse del cuerpo -porque su antena pegó a 200 metros de donde vivía Giménez- además, debería hacerse cargo de que antes, bajó a la tercera persona que lo habría ayudado a efectuar tan terrible hecho, y que la tenencia de mucho dinero por parte de Giménez, luego de este encuentro, es casualidad, como así también, que no es sospechoso el accionar de Giménez con los teléfonos. Y aún así quedaría la pregunta sobre las razones de Morato para implicar a su albañil “ajeno” a él en su indagatoria, ausencia de motivos que hacen menos creíble la situación en la que pretende posicionarse Giménez.

Como se ve, el análisis retrospectivo de lo que podría haber hecho el defensor no es completo ni serio, y no alcanza a demostrar, de ningún modo, la supuesta ineficacia del anterior defensor, por lo que la pretensión del nuevo defensor debe rechazarse.

X- c) Respecto de la prueba prohibida, que habría ingresado a la causa, de los antecedentes de Giménez, debe realizarse una distinción indispensable.

En la causa “SANTINI” he efectuado precisiones sobre el contenido de esta norma, sus alcances, y las razones de ella.

Así, señalaba allí que: “*Vemos que el art. 62 de nuestra ley de Juicio*

por Jurados señala "Reglas complementarias". Condenas anteriores y expediente. Prohibición. "Por ningún concepto, el juez penal y/o los integrantes del Jurado, podrán conocer los antecedentes penales, ni condenas anteriores del acusado o las constancias del legajo de investigación penal preparatoria. Incorre en falta grave quien se ponga en conocimiento de ellos, en cualquier forma". En el comentario respecto de la misma disposición de la ley de Juicio por Jurados de Chaco, que se citara supra, (Comentario de Fernando Carbajal a la Ley de Juicio por Jurados de Chaco) se señala que nuestro sistema de juzgamiento penal nunca utilizó el mecanismo de las "reglas de evidencia", pudiendo cada juez manejar su propio criterio sobre cuándo admitir una prueba y cómo valorarla, carencia que empieza a revertirse, dicen, "con estos artículos que tienen por objeto asegurar un mínimo de estas reglas de evidencias, fundamentalmente mediante normas prohibitivas. Se crean mecanismos para asegurar la imparcialidad del Jurado y evitar que este pueda ser contaminado en su proceso de convicción por información de mala calidad, que no esté debidamente validada por la contracción, o, como sucede en el caso de los antecedentes penales, "pueda influenciar de manera indebida en el proceso de convicción sobre el caso". Esta norma protege al jurado de dos riesgos de "contaminación", siendo uno de naturaleza subjetiva y el otro objetiva. El jurado es juez de los hechos y se pretende que el mismo forme su convicción sobre la base exclusiva de la evidencia existente, que demuestre la participación que le correspondió al acusado en el hecho concreto que está siendo sometido a juzgamiento. Toda otra información sobre la persona del acusado resulta innecesaria, y sólo puede servir para animar un perjuicio contra el imputado. Por ello se prohíbe hacer conocer al jurado sus antecedentes penales y condenas anteriores, pues podría influir negativamente y generar un prejuicio en el jurado, que disminuya los estándares de exigencia de prueba para el caso concreto". Y, se señala: "además esto refrenda el carácter del Jurado como juez de "los hechos" y no hay dudas que conocer los antecedentes del acusado nada aporta respecto a esta labor pues "El jurado deberá afirmar o negar la inocencia o culpabilidad del acusado por ese acontecimiento

histórico con base exclusiva en la prueba de los hechos producida por las partes en el juicio público”, aunque debe destacarse que “los antecedentes del imputado serán utilizados exclusivamente en el juicio de cesura posterior, en caso de veredicto de culpabilidad” (Harfuch 2013:264). “La ley castiga como falta grave quien incumpla estas prohibiciones, señala el comentarista, pero además la violación podrá generar un juicio nulo, por lo cual el juez deberá ser sumamente estricto en el control de esta cuestión, sobre todo en las etapas iniciales de implementación del nuevo sistema, para impedir que, - por impericia o malicia de los litigantes- se incorpore al juicio esta información prohibida, con riesgo cierto de causar un juicio nulo”. También citábamos allí, que en el trabajo “Etapas preparatorias y la admisibilidad de la prueba en el juicio por Jurados y en sistemas acusatorios” (Ledesma, A. (dir), El debido proceso penal, T. V, Hammurabi, Bs. As, 2017. p. 124 y ss.), Cristian Penna y Alejandro Cascio analizan el tema de esta prueba irrelevante para la determinación de los hechos, como indebidamente perjudicial, esto es, inadmisibles para la decisión del veredicto, pero al mismo tiempo legítimas para el debate sobre la medida del reproche y la consiguiente determinación de la pena en caso de una eventual pena ante un veredicto de culpabilidad.

Realizo esta larga cita, sobre los fundamentos y las razones de la norma prohibitiva del art. 62, y sus posibilidades de “contaminación”, a la vez que incitación o evocación de prejuicios para con el jurado, que nada tuvieran que ver con los hechos de la causa que tienen que juzgar, para poder inferir de modo más fácil que nada de lo que ocurrió en la causa tiene relación con esta prohibición.

En primer lugar, la norma pretende que las partes no introduzcan antecedentes de los imputados, condenas anteriores o constancias del legajo de investigación, dando la posibilidad de sancionar a quien lo hiciera y nulificando el juicio, justamente porque esa información nada tiene que ver con los hechos, y puede llevar a cambiar la mirada de los ciudadanos legos que tienen que juzgar a el/los imputados, de modo negativo, alejándose de su cometido, recurriendo a emociones negativas o a

prejuicios, que tuerzan el propósito de dictar el veredicto basándose nada más que en los hechos de la causa.

Lo que sucedió en las presentes fue que los testigos policías, explicando las líneas investigativas desplegadas para dar con los autores del crimen de Calleja, dan detalles de una conversación entre la mujer de Giménez y de Morato, que termina con la información de que aquel había estado preso en una causa, y ése era el motivo por el que la primera no podía hallarlo. La razón de esta información espontánea, tenía que ver con los hechos de la causa: la prueba de la relación Giménez/Morato. No podría haber sido el testigo, funcionario que declaraba bajo juramento, reticente o engañoso sobre cómo llegaron a esa información; y además, precisamente, esa transparencia hace al derecho de defensa y al debido proceso, máxime cuando se trata de seguir la genealogía de la sospecha policial sobre un ciudadano.

No son las partes las que la introducen, es parte de la evidencia que se produce, y que el jurado analiza. Si ello influye, o no, negativamente sobre el jurado, no lo sabremos (forma parte de lo mismo, del alea tomada en cuenta al elegir el sistema de enjuiciamiento); pero además, las normas no se interpretan de modo literal sino según el sentido, según la ubicación, y la razón que pretende evitar o promover. Señalo ello, porque de tomarse como pretende el defensor, una interpretación extensiva de la norma, que tenga por consecuencia la nulidad de cualquier proceso donde un testigo haya referido al jurado los antecedentes del imputado, en oportunidad de estar explicando hechos, razones o circunstancias de cualquier ilícito que se ventilara, traería como consecuencia que no se podría juzgar -o sería un juzgamiento con una sentencia de nulidad ya anticipada- a quien tuviera antecedentes, o condenas anteriores, ya que los testigos que los conocieran podrían decirlo. Es claro que este razonamiento por el absurdo así planteado nos echa luz sobre los alcances de la prohibición, que en el caso en nada afecta al presente juicio.

XI- Respecto de la modalidad de la ejecución de la pena, y la tacha de inconstitucionalidad de la norma que impide la progresividad del régimen, entiendo que no es éste el tribunal competente para resolverlo.

XII- Por todo lo expuesto, estimo que deben rechazarse los recursos interpuestos, y propicio confirmar la sentencia en crisis.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, los Dres. PIMENTEL y PERROUD, manifestaron que adhieren al voto de la Dra. BADANO.-

A mérito de lo expuesto, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I- NO HACER LUGAR a los recursos de Casación interpuestos por las Defensas Técnicas de los imputados Ezequiel Morato (fs. 152/157 vta.) y Francisco Giménez (fs. 160/167), contra la sentencia de fecha 31/03/23 (cfr. fs. 102/140 vta), la que en consecuencia, SE CONFIRMA.

II- DECLARAR las costas a cargo de los recurrentes vencidos.

III.- No regular honorarios profesionales a los letrados intervinientes, por no haberlo petitionado.

IV- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

GUSTAVO PIMENTEL

MARCELA BADANO

DARIO PERROUD