



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (B. A.) - Tel/Fax: (02245) 441592 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar - E-mail: info@colabdol.com.ar

Created by Unregistered Version

CIRCULAR N° 2463/15

Dolores, 17 de diciembre de 2015.-

REF: “Planteamiento efectuado al art. 245 del Código Procesal Penal – ÚLTIMA PARTE”

Created by Unregistered Version

Se remite como documento adjunto el fallo de la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 26 de Noviembre de 2015, dictado en causa n° 71.565 caratulada “Zayas, Antonio Rafael s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal” que determinó que la segunda parte del artículo 245 del Código Procesal Penal, está destinada a aquellos testigos que declararon en un primer momento como tales y posteriormente fueron convocados como peritos; lo que propone salvaguardar el legislador es la actuación previa del perito para que no se vea en cierto punto contaminado con lo que después analizará como experto.

Asimismo sostuvo, que lo que la ley prohíbe en la segunda parte del artículo 245 del Código Procesal Penal, es que un testigo actúe como perito pero no a la inversa, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia hagan prevalecer la figura del testigo por sobre la del perito y la actuación de éste, no debe ser interpretada con los alcances que otorga el artículo 236 del código de forma, habida cuenta que dicha normativa es destinada a aquellos profesionales que en atención a su actividad tomaran conocimiento de información en un ámbito de privacidad propio de la actividad que desarrollan.

UNREGISTERED

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Created by Unregistered Version

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata, a los 26 días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la Presidencia del primero de los nombrados para resolver en la causa **Nº 71.565** de este Tribunal, caratulada: **"ZAYAS, Antonio Rafael s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal"**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN – NATIELLO** procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

VIC
JST
DE
NÓN
TRA
VRA
SINI
ADM
NÓN
SPIC
JURI
-TVI
OFIC
USO

I- El Tribunal en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial de Dolores absolvió con fecha 4 de julio de 2011 a Antonio Rafael Zayas por el delito de homicidio simple.

II- Contra dicho veredicto absolutorio interpuso recurso de casación el señor Fiscal, doctor Roberto G. Miglio Salmo.

III- El recurrente denuncia la violación del art. 245 del C.P.P. en la inteligencia de que el perito médico no se encontraba inhabilitado para llevar a cabo la operación de autopsia.

Refiere que el médico de policía Bello, actuando como perito al realizar un examen médico legal de una persona que se encontraba demorada, escuchó por dichos de la persona que revisaba lo sucedido en la playa sin otorgar por ello datos respecto a la individualización de la víctima.

Relata que el médico perito con posterioridad efectuó la autopsia de una persona hallada en la playa.

Asimismo, señala que no se pudo acreditar en el debate que Bello al momento de llevar a cabo la autopsia supiera que la víctima haya sido agredida por la persona a la que revisó en la seccional policial.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En este sentido, alega que el pronunciamiento efectuó una errónea interpretación del art. 245 del C.P.P.-

Relacionado con lo anterior, manifiesta que no se demostró que el perito interviniente haya actuado con parcialidad o falta de objetividad.

Manifiesta que el informe médico legal confeccionado a fs. 53/55 resultó conteste con lo dictaminado al momento en que se revisó a la víctima en el lugar del hecho, siendo que no se haya plasmada la ausencia de objetividad de sus conclusiones.

Concluye que ni la defensa ni el Tribunal han podido demostrar que el perito médico haya actuado con parcialidad al llevar a cabo la operación de autopsia.

Asimismo, plantea que el agravio esgrimido por la defensa al momento del juicio respecto a la inhabilidad del perito resultó extemporáneo por haber precluido la etapa para hacerlo.

Por lo tanto, cualquier planteo que se pudiera efectuar en relación a la habilidad del perito médico que realizó la autopsia había caducado conforme lo normado por el art. 205 del C.P.P.-

Por otra parte, señala que la defensa en ningún momento esgrimió en el curso del debate cual fue su perjuicio o gravamen postulando tan sólo meras objeciones formales sin peticionar una nueva pericia.

Desde otro lugar, asevera que el veredicto incurrió en una absurda valoración probatoria en franca violación al art. 210 del C.P.P.-

La conclusión arribada por el órgano '*a quo*' resultó arbitraria desde que hubo determinados datos para llegar a la derivación de la muerte violenta de la víctima.

Para ello, nombra entre los divergentes elementos de convicción: la partida de defunción de fs. 231, las fotografías glosadas a fs. 54/55, los



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

testimonios de Villca Rivadaneira, Díaz, Madueño, Binda y Bello, a lo que se aduna el informe médico de fs. 54/55.

A partir de ello, el recurrente postula que no hay dudas que el fallecimiento de Chávez fue producto de los golpes que le ocasionó Zayas.

Hace reserva de interponer recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En orden a lo expuesto, solicita se declare admisible el recurso de casación y se declare la nulidad del veredicto dictado de conformidad con el art. 461 del C.P.P.-

IV- Concedido y elevado el recurso por el "a quo" -fs. 50/51-, se dispuso la radicación en Sala y la notificación a las partes.

V- A fs. 109/vta. obra una presentación de la Fiscal Adjunto ante estos estrados, doctora Alejandra Marcela Moretti, quien solicitó se haga lugar a la impugnación incoada.

VI- A fs. 114 el señor Defensor Particular Dr. Fourquet desistió de la celebración de la audiencia de informes.

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

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

CUESTIONES

1ra.) ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

2da.) ¿Es procedente el mismo?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

VICIA
 JUSTI
 DE
 NOC
 TRA
 SINI
 ADM
 NOC
 SPIC
 JURI
 -TVI
 OFIC
 USO

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Entiendo que el presente recurso es admisible toda vez que se controvierte sentencia definitiva en los términos del art. 450, se han cumplimentado los pasos a que se refiere el art. 451 y se invocan los motivos contenidos en el art. 448, todos del ceremonial penal, encontrándose legitimado el representante del Ministerio Público Fiscal a interponer el presente recurso en los términos del art. 452 inc. 1°

Voto por la afirmativa.

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

Adhiero al voto de mi colega preopinante, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

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

I- Anticipo que el remedio incoado por el recurrente habrá de prosperar favorablemente.

Considero que el órgano "a quo" efectuó una errónea interpretación del art. 245 del C.P.P.-

Es que de la lectura de la norma rituaría no se advierte una incompatibilidad del perito Bello, a contramano del razonamiento del sentenciante que soslayó los dichos vertidos por el médico de policía en la audiencia de debate por entender que su situación se adecuaba al art. 245 del rito.

Veamos.



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En el acápite correspondiente a los 'peritos' el Código Procesal (art. 245) plantea ciertos supuestos de incapacidad e incompatibilidad de los mismos.

Respecto a la incapacidad del Dr. Bello para ser perito, ello no fue materia de discusión. De hecho, el Tribunal así lo dejó expuesto en su veredicto al sostener que nunca estuvo en juicio la idoneidad, capacidad, probidad, buena fe o cualidad de Héctor Daniel Bello.

El motivo por el que el Tribunal se apartó de la versión de Bello radicó puntualmente en la incompatibilidad de su condición de perito a raíz de haber escuchado aseveraciones autoincriminatorias por parte del encausado Zayas por las que se arrojó la responsabilidad por el hecho que se investiga.

Ahora bien, la letra de la ley de forma -en su art. 245- especifica que: *"No podrán ser peritos... los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o que hayan sido citados como tales en la causa"*

Comenzaré a analizar la segunda parte de la manda normativa citada.

Considero que ese fragmento de la norma está destinado a aquellos testigos que declararon como tales en un primer momento y posteriormente fuesen convocados como peritos en el proceso.

Lo que presupone salvaguardar el legislador es la actuación previa del perito para que no se vea en cierto punto 'contaminado' con lo que después analizará como experto. Pero como dijimos esa salvaguarda es para una actuación previa y no a la inversa, como se da en el 'sub lite'.

Claría Olmedo tiene dicho con prístina claridad que "no puede ser perito quien ha actuado como juez, fiscal, defensor o mandatario, el denunciante, el querellante, y el que ha peritado o **conocido el hecho como testigo**, o tiene interés en el resultado del proceso de manera inmediata;

VICIA
JUSTI
DE
NÓN
TRA
VRA
SINI
ADM
NÓN
SPIC
JURI
-TAL
OFIC
USO

imputado, damnificado, tercero civilmente responsable, asegurador” (el resaltado me pertenece) (Claría Olmedo, Jorge A., *“Derecho Procesal Penal”*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 322)

Entiendo que lo que la ley prohíbe es que un testigo actúe como perito pero no a la inversa. De allí que la doctrina y la jurisprudencia hagan prevalecer la figura del testigo por sobre la del perito.

Ahora bien, con relación a la primera parte de la norma de cita, tampoco considero que la situación del perito Bello se vea inmersa en una facultad o deber de abstención (de conformidad con los arts. 235 y 236 del C.P.P. respectivamente).

A partir de la simple lectura del art. 235 del rito (facultad de abstención) se advierte que el perito no se adecua a ninguno de los supuestos nombrados en el articulado.

Respecto al postulado del art. 236 del C.P.P. (deber de abstención), es necesario traer a colación lo expuesto por Jauchen, con quien coincido plenamente, para luego abordar el presupuesto nombrado. El autor citado al efectuar un comentario de la norma del art. 255 del Código Procesal Penal de la Nación, la que guarda –en lo que nos compete– simetría con el art. 245 de ritual provincial, explica que la previsión de la norma se refiere a una situación pasada y presente lo que abre el interrogante sobre la posibilidad futura de que quien es designado perito sea citado a la causa como testigo del hecho. Concluye que la hipótesis encuadra no en la incompatibilidad sino en el deber de excusación del perito (Cfr. Jauchen, Eduardo M., *“Tratado de la prueba en materia penal”*, primera edición, reimpresión, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 387).

Dicho eso, la situación del perito Bello se ajusta a la hipótesis enunciada anteriormente por el autor Jauchen en su obra.



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En el caso, el Dr. Bello se hizo presente –en su calidad de médico de policía- en el lugar y en el día del hecho a las 08.30 hs. bajo la supervisión del Jefe Distrital Inspector Jorge Antonio Silva. En aquella oportunidad pudo divisar al occiso en posición cubito dorsal con los pies hacia la playa y la cabeza hacia la calle, teniendo el pie derecho por encima del izquierdo, presentando la cara hinchada con gran cantidad de sangre y un moretón en el ojo izquierdo, divisándose lo que podría ser hundimiento de cráneo en la parte izquierda.

Posteriormente, en la órbita de la comisaría el Dr. Bello en su carácter de galeno revisó a Antonio Rafael Zayas, quien de manera espontánea mencionó la forma en que murió Cerafio Chavez refiriendo asimismo el modo en que agredió a la víctima.

Entonces, lo que debe ser claro es que Bello actuó como perito, y dentro de su actividad como médico de la policía tomó conocimiento -en el devenir de los actos- de determinadas circunstancias que luego fueran referenciadas en su calidad de testigo.

La actuación del perito no debe ser interpretada con los alcances que otorga el art. 236 del código de forma, habida cuenta que dicha normativa es destinada para aquellos profesionales que en atención a su actividad tomaran conocimiento de información en un ámbito de privacidad propio de la actividad que desarrollan y la revelaran.

La actividad que desarrolló el perito sobre el encausado no es pasible de ser encuadrada en el delito de violación de secreto profesional (art. 156 del C.P.), ello pues considero que el bien jurídico que protege esa norma no fue vulnerado.

Creus sostiene que el bien jurídicamente tutelado es la libertad del individuo, en cuanto a la esfera de reserva que constituye su intimidad (Cfr. Creus, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo I, 6° ed. 2ª reimpresión,

VICIA
JUSTI
DE
NÓN
TRA
VRA
SINI
ADM
NÓN
SPIC
JURI
LAT-
OFIC
USO

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 364) y que, agrego, viene dada por la relación médico-paciente. Sentado ello, considero que el marco en que se dieron los dichos del encausado lejos estuvieron de darse en un ámbito de privacidad y no se dio en un marco donde el facultativo actuó asistiendo como médico al encartado sino como auxiliar de la justicia en rol de perito.

La ausencia de privacidad se exhibió en la misma audiencia de debate cuando los testigos policiales Jorge Fabián Calvo, Esteban Alberto Meso y Emiliano Ezequiel Acosta manifestaron de forma conteste la forma en que Zayas se quebró y confesó los golpes de puño y patadas que le aplicó a la víctima.

Asimismo, no debe perderse de vista el rol de médico de la policía con el que estaba imbuido Bello al momento en que revisó a Zayas, siendo el papel de perito el imperante en esa coyuntura y que estaba al servicio de esa investigación.

Por otra parte, vale recordar también que el perito efectuó la operación de autopsia (elemento de prueba no incorporado al debate) y luego declaró como testigo finalizado su rol profesional.

Así las cosas, es que considero que el sentenciante efectuó una errónea aplicación del art. 245 del ritual toda vez que la situación del perito Bello no irrumpió la garantía de imparcialidad y objetividad que el legislador tuteló con la normativa en trato.

De esta forma, considero que el órgano "*a quo*" incurrió en un salto lógico de su razonamiento al interpretar erróneamente el art. 245 del C.P.P. por el que desechó el testimonio del perito Héctor Bello.

Propongo entonces que, en consonancia con lo dispuesto en el art. 461 del C.P.P., siendo necesaria la celebración de un nuevo debate, se anule el veredicto, reenviándose el presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada con jueces hábiles proceda con la premura que el



UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

caso amerita a la celebración de un nuevo debate, sin costas (arts. 1, 106, 210, 236, 245, 371, 373, 448, 450, 451, 452 inc. 1°, 461, 530, 531, 532 y conchs. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

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

Adhiero al voto de mi colega preopinante, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

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

Visto el modo en que han sido resueltas las cuestiones precedentes, estimo que corresponde: 1) Declarar admisible el recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal, doctor Roberto G. Miglio Salmo; 2) Hacer lugar al mismo, anular el veredicto y reenviar el presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada con jueces hábiles proceda con la premura que el caso amerita a la celebración de un nuevo debate, sin costas (arts. 1, 106, 210, 236, 245, 371, 373, 448, 450, 451, 452 inc. 1°, 461, 530, 531, 532 y conchs. del C.P.P.); y 3) Tener presente la reserva de los recursos extraordinarios que pudieren corresponder ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto de mi colega preopinante, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VICI
JUST
DE
CIÓN
TRA
SINI
ADM
NÓN
SPIC
JURI
-TVI
OFIC
OSU

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

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

I.- Declarar admisible el recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal, doctor Roberto G. Miglio Salmo.

II.- Hacer lugar al mismo, anular el veredicto y reenviar el presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada con jueces hábiles proceda con la premura que el caso amerita a la celebración de un nuevo debate, sin costas.

Arts. 1, 106, 210, 236, 245, 371, 373, 448, 450, 451, 452 inc. 1°, 461, 530, 531, 532 y conchs. del C.P.P.-

III.- Tener presente la reserva de los recursos extraordinarios que pudieren corresponder ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de la presente al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN CARLOS ÁNGEL NATIELLO

ANTE MÍ: Olivia Otharán