En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 07 días del mes de agosto del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrado con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada **"M., R. R. – G., R. C. s/ Homicidio simple (el primero) abandono de persona seguido de muerte (la segunda)"** (Expediente 21.247 – Letra "M" – Año 2008).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 1299: Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) La Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con fecha 15 de noviembre del año 2007, dictó la sentencia protocolizada bajo el N° 45 - F° 796/845, mediante la cual absolvió a doña R. C. G. por el evento ocurrido en aquella ciudad durante la madrugada del día 9 de julio del año 2005, en el que perdiera la vida la niña N. V. L., calificado jurídicamente como abandono de persona seguido de muerte (artículo 106, 1° párrafo con relación al 3° del Código Penal y artículo 4 del Código Procesal Penal).

En ese pronunciamiento y por el mismo hecho, el tribunal condenó a don R. R. M. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (artículo 79 del Código Penal; artículos 12 y 29, inciso 3° del Código Procesal Penal).

II) El acontecimiento por el cual M. fue juzgado, el titular de la acción penal lo describió al requerir la elevación a juicio (fs. 593/599) del siguiente modo: *"... R. R. M. ha agredido a la niña N. V. L., suceso que culmina el día sábado 9 de julio del corriente año aproximadamente a las 04:00 hs. cuando la menor de tan sólo seis años de edad, hija de su concubina, R. C. G., fallece en circunstancias* (en) *que era llevada al Hospital Regional, producto de varios traumatismos sobre su cuerpo, tanto recientes sobre su cráneo como anteriores en la zona abdominal. Precisamente surge que la muerte de la niña fue producida por un cuadro de shock hipovolémico y neurogénico como consecuencia de una lesión traumática cerrada con gran hematoma abdominal, agravada por el traumatismo del cráneo que produce un hematoma subdural. De esta manera el golpe que la menor recibió en la cara anterior del abdomen es el productor del derrame intraviceral, ocurrido entre cinco a siete días antes de su muerte; coincidiendo los médicos intervinientes en la reautopsia realizada en autos que la causa de muerte es debido a trauma y*

hematoma gigante de antro gástrico y duodenal. Aparte de la mortal lesión, también aplicaron a la menor otros castigos corporales de todo lo cual dan cuenta diversas lesiones observadas en la frente, rostro, codo izquierdo, extremidades inferiores y en el glúteo...”.

III) Contra el fallo condenatorio, la defensa pública de don R. R. M., ejercida por la doctora María Matilde Cerezo, dedujo un recurso de casación (fs. 1265/1273 vta.) fundado en los incisos 1° y 2° del artículo 415 del Código Procesal Penal, Ley 3155.

En su presentación, el recurrente propició que se anule la sentencia por los siguientes motivos:

1º) Haberse afectado el derecho de defensa y transgredido el principio de congruencia, al no imputarse de manera precisa el hecho objeto del proceso;

2°) Orfandad probatoria para determinar la conclusión condenatoria sostenida por el tribunal, que exige la absolución del imputado por el beneficio de la duda (artículo 44 Código Procesal Penal);

3°) Errónea aplicación de la ley sustantiva por falta de dolo eventual en el acusado, lo que constituye la atipicidad de la conducta enrostrada y reclama la absolución de M..

En el primer agravio, el recurrente planteó que la sentencia careció de argumentación, al sostener los magistrados que esta Sala Penal ya se había pronunciado acerca de la validez de la requisitoria fiscal.

Apuntó que cuando la defensa impugnó la resolución del tribunal que había declarado la nulidad de aquel acto (resolución N° 123/06 cosida a fs. 14/17 de la causa caratulada “Ministerio Publico Fiscal s/ incidente de nulidad en Expte. Ppal. N° 1/06”), solamente requirió la revocación de la sentencia impugnada y la remisión de la causa a otro tribunal, para que procediera a un nuevo examen conforme al principio de progresividad que rige el procedimiento.

Sin embargo, agregó, el Superior Tribunal de Justicia en ningún momento analizó la deficiente requisitoria fiscal porque no le había sido solicitado por la defensa, y se limitó a observar que la causa no podía retrotraerse en perjuicio del imputado por una nulidad que él no provocó.

Por esta razón, indicó que la Cámara no podía desechar el planteo de afectación al derecho de defensa que la representación legal del imputado reiteró durante los alegatos del juicio.

Entendió que el fallo es absolutamente nulo por autocontradicción de dos de

los integrantes de la Cámara, quienes en la resolución N° 123/06 se habían expedido de manera diametralmente opuesta al modo en que lo hicieron en el fallo.

A su criterio, a M. se lo condenó por un hecho diferente al acusado en el alegato fiscal al haberse introducido sorpresivamente la posibilidad de que la niña haya recibido un puntapié, lo que no fue materia de debate.

Además, advirtió que el suceso fue ubicado temporalmente en diferentes fechas por cada uno de los magistrados. Uno de ello, manifiesta, lo situó el día 4 de julio, el otro el día 5 de julio y el tercero nada refirió al respecto.

Denunció que el Ministerio Público Fiscal no dio a conocer a su asistido una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos que le atribuía, como tampoco mantuvo en la acusación la misma acción, ni su fecha de acaecimiento.

De manera que, para la recurrente, hubo una violación al derecho de defensa de su asistido y al principio de congruencia que debe regir en el proceso, al habérselo condenado por un hecho diferente al que le fuera intimado, por el cual no pudo defenderse con la anticipación necesaria para producir prueba de descargo. Motivo por el cual, solicitó se declare la nulidad del fallo y la absolución de R. R. M..

En segundo lugar, denunció orfandad probatoria al considerar que el tribunal de juicio condenó a su pupilo sin prueba del hecho que le atribuyó, reconstruido de diferentes maneras por cada uno de los sentenciantes, con distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Agregó que todo el evento fue compuesto por los dichos que brindaron testigos de oídas, como el Dr. S. o la Sra. B. e, incluso, por el relato del propio M. al ejercer su defensa, sobre una acusación diversa al suceso por el cual se lo condenó.

Apuntó que no se probó en el juicio, mediante elementos independientes, que la zapatilla que M. reconoció haberle arrojado a N. hubiera impactado sobre el abdomen o el pecho de la niña.

Por no existir evidencia que acreditara los hechos atribuidos –a su criterio– la defensa solicitó a esta Sala Penal que case la sentencia y dicte la absolución de R. R. M..

En subsidio, solicitó la aplicación del beneficio de la duda (artículo 4º del ordenamiento adjetivo), al no quedar probado con la certeza que reclamaba aquella etapa del proceso, la fecha exacta en que se habrían causado los golpes ni el mecanismo preciso de producción.

Por fin, el casacionista atacó la figura de dolo eventual con la que los magistrados entendieron que M. habría consumado el delito por el que fue declarado

penalmente responsable.

Para ello, partió de la base de que el suceso fue reproducido por medio de prueba indiciaria, por lo cual resultaba imposible probar que M. se decidió contra el bien jurídico atacado y se representó la posibilidad de muerte de la pequeña.

Al desconocer el tribunal qué sucedió entre los días 5 y 8 de julio, sus miembros presumieron que M. nada hizo para impedir el fallecimiento de N..

El casacionista consideró que la conducta de aquél se relacionó menos con una conducta dolosa (como pretendieron los jueces), que con un comportamiento imprudente o negligente, de manera que la acción imputada a M. resultó atípica por lo que propició su absolución.

Hizo reserva de recurrir ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el caso de obtener en esta instancia un pronunciamiento adverso a sus pretensiones.

IV) A su turno, el doctor Alejandro Franco, en representación del Ministerio Público Fiscal, postuló el rechazo del remedio defensivo y la confirmación de la sentencia en todas sus partes.

Manifestó que el fallo contiene un adecuado relato del hecho, suficientemente descriptivo; que las pruebas producidas durante el debate y valoradas por los magistrados le permiten coincidir con la solución dada al caso.

Detalló que el sustento probatorio del hecho por el cual M. fue condenado, se componía del informe de autopsia del médico forense C. G. (fs. 42/43), la partida de defunción de la pequeña (fs. 185 y vta.), la historia clínica N° 245.396, el informe de reautopsia del galeno I. J. W. (fs. 243/249), el informe fotográfico de fs. 423/435, los testimonios de L., B. y el médico S..

Estimó adecuada la sentencia en punto a la determinación de la autoría y la atribución de responsabilidad penal, efectuada con razonabilidad y sin vicios lógicos que la invaliden como una acto jurisdiccional válido, por lo cual pidió su confirmación.

V) En la presentación de fs. 1265/1273 el casacionista demandó la anulación de la sentencia, en primer lugar, por considerar que el hecho objeto del proceso no había sido imputado con la precisión exigida por las normas adjetivas y los principios que regulan el proceso penal.

Las deficiencias de la acusación fueron planteadas y analizadas en varias instancias del proceso ya que, requerida la elevación de la causa a juicio, fue la propia Fiscal General quien promovió la nulidad de ese acto en el incidente caratulado

"Ministerio Público Fiscal s/ Incidente de Nulidad en Expte. Ppal. N° 1/06" (expediente N° 68/2006).

El argumento central de esa impugnación fue que la requisitoria fiscal transgredía el principio de congruencia y la defensa en juicio, al no establecer con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el suceso endilgado a R. R. M..

Luego de que los abogados defensores de los acusados contestaron la presentación de la Sra. Fiscal (ver fs. 6/9 y fs. 10/13 del incidente), la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia resolvió declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de fs. 385/391, de la citación a juicio de fs. 748/vta. y ordenó la remisión de la causa al Juzgado de origen, para la sustanciación del pedido de sobreseimiento que había efectuado el representante técnico de M. (puntos 1º y 2º de la resolución N° 123, fs. 257/260, año 2006, cosida a fs. 14/17 vta. del incidente).

Para resolver de ese modo, el a quo aseguró que la imputación realizada a M. carecía de una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, como lo exige el artículo 305, último párrafo del código ritual (Ley 3155). Juzgó que tal indeterminación lesionaba el derecho de defensa del acusado y el principio de legalidad, de raigambre constitucional.

Contra esta resolución de la Cámara se alzaron en casación los abogados defensores de los imputados don R. R. M., que resultó luego condenado en autos por el delito de homicidio simple (art. 79 C.P.), y doña R. C. G., madre de la pequeña víctima.

Los fundamentos de ambas impugnaciones, en esta instancia, fueron precisos y giraron en torno a la violación de la garantía constitucional que prohíbe el doble juzgamiento y el principio de progresividad que rige el proceso.

Ambos recurrentes entendieron que la remisión de la causa al juzgado de origen, por orden de la Cámara en lo Criminal retrotraía, de manera injustificada, el proceso a etapas ya fenecidas y quebrantaba garantías constitucionales que no podrían ser reparadas en una instancia ulterior.

Este sintético relato de los sucedido en etapas anteriores y la reedición de los argumentos impugnativos que ventilaron los imputados en sus recursos de casación, buscan dejar en claro que en aquella oportunidad ninguno de los dos centraron sus presentaciones en la imprecisión que exhibió la acusación, su incongruencia y la consiguiente violación al derecho de defensa en juicio, como en esta instancia

apuntan haber hecho.

Sendos recursos fueron resueltos por la Sala Penal de este Superior Tribunal de Justicia, con los votos coincidentes de los Ministros Jorge Pfleger y Juan Pedro Cortelezzi, mediante la sentencia N° 32/07, dictada el día 28 de marzo del año 2007 y glosada a fs. 66/70 vta.

Mis colegas de Sala centraron sus sufragios en el acierto que exhibían los planteos defensivos, puesto que la nulidad declarada por el a quo retrotraía la causa a una instancia anterior ya clausura, sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella. Lo cual, favorecía a la persecución penal, otorgándole al acusador estatal la posibilidad de perfeccionar la acusación y mejorar sus probabilidades de éxito (fs. 68 del incidente 68/2006 agregado por cuerda al principal).

Sentenciaron que esa circunstancia quebrantó las reglas del debido proceso legal y regular, al mismo tiempo que menoscabó derechos especialmente protegidos por el Bloque Constitucional Federal, razón por la cual revocaron la resolución atacada y devolvieron la causa al tribunal de origen para que continuara según su estado (fs. 69/70 del incidente 68/2006 agregado por cuerda al principal).

De manera que esta Sala Penal, nada dijo acerca de la validez o solidez de la acusación hecha por el Ministerio Público Fiscal sino que, en respuesta a los agravios vertidos por los imputados, reconoció el perjuicio que la decisión adoptada por la Cámara en lo Criminal les ocasionaba al devolver la causa a una instancia anterior.

VI) La condena recaída en autos sobre R. R. M. –pues R. C. G. fue absuelta por el mismo hecho endilgado en el marco del artículo 106, 1° párrafo con relación al 3° del Código Penal– giró en torno de la imputación realizada por el acusador público en el requerimiento que, luego, fuera materia de impugnación por la propia Fiscalía.

Al quedar a salvo ese acto, se mantuvieron también las deficiencias denunciadas por quien lo cumplió, y tan evidentes son las falencias apuntadas que una lectura de la acusación no permite determinar cuál fue la conducta desarrollada por M. que lo vincula con la muerte de la pequeña.

Al imputado se lo acusó de haber *"... agredido a la niña N. V. L., suceso que culmina el día sábado 9 de julio del corriente año, aproximadamente a las 04:00 hs. cuando la menor de tan sólo seis años de edad, hija de su concubina R. C. G., fallece en circunstancias en que era llevada al Hospital Regional, producto de varios traumatismos sobre su cuerpo ..."*.

Es decir, nunca se determinó en qué consistió la agresión, cuál fue el medio utilizado para ejecutarla, qué día habría ocurrido, en qué sitio específico. Es decir, no

hubo una determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que toda acusación debe contener para que, quien se ve sindicado como presunto responsable de haber cometido un hecho ilícito, pueda ejercer todas las estrategias y técnicas defensivas necesarias para desvincularse de la imputación.

La condena que sobre una endeble plataforma acusatoria se construye, aun cuando sean ventilados en juicio todos los elementos de prueba colectados en la causa, pueda arribarse a la certeza de que el imputado estaba vinculado con el evento investigado, pasa por alto el principio de imparcialidad.

Dicho de otro modo, quebranta el derecho de defensa, la condena a un individuo por un hecho cuyas circunstancias no fueron conocidas con certeza desde el inicio del proceso las que, por lo tanto, no ha podido contradecir y por las que sorpresivamente luego recibe una grave pena.

Por ello, si los magistrados consideraron defectuosa la acusación al declarar su nulidad por impulso del titular de la acción penal, y sobre esa misma base debieron juzgar la responsabilidad penal de quien no había sido debidamente imputado, no podían arribar una condena sin ejercer funciones propias de quien tiene a su cargo la tarea de acusar.

Por todo lo expuesto, la deficiente labor de los fiscales deriva en la absolución de R. R. M. por el fallecimiento de la pequeña N. V. L., ocurrido el día 9 de julio del año 2005 a las 04:00 hs. aproximadamente, en el Hospital Regional de la ciudad de Comodoro Rivadavia, lo que propicio al acuerdo.

VII) Regulo los honorarios profesionales de la defensa pública, por su actuación en esta instancia, en la suma de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.-) y del defensor de confianza del acusado, doctor C.A.C., en la suma de PESOS DOSCIENTOS ($ 200.-) importes que no incluyen la suma correspondiente al IVA (artículos 10, 14, 45 y concordantes de la Ley 2200; artículo 59 de la Ley 4920).

Así voto.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

I. Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido detallados en el primer voto, con lo cual, me limitaré a formular algunas consideraciones propias, adelantando que en la solución del caso no habré de coincidir con la propuesta del juez Panizzi.

II. Previo a ingresar al análisis de la sentencia y del recurso, adhiero al análisis

efectuado en el voto precedente en cuanto a que la intervención que le cupo a esta Sala Penal en el incidente de nulidad, que corre por cuerda al presente, se relacionó con los agravios esgrimidos en el recurso oportunamente impetrado, y nada se dijo de la validez, o no, de la acusación formulada por el Fiscal de Instrucción.

III. Aclarado ello, habré de continuar con mi voto.

En primer término habré de pronunciarme sobre el punto relacionado con la afectación del derecho de defensa por violación al principio de congruencia e imprecisión en la descripción del hecho.

De la simple lectura de la requisitoria de elevación a juicio –v.fs.593/9-, que es el acto procesal que determina la intimación del imputado, surge claramente que existe imprecisión en las circunstancias de modo, ya que no se especificó la manera en la que produjo el golpe y con qué elemento, como así también no se indicó debidamente el lugar y tiempo en que ocurrió el hecho.

No obstante, entiendo que esta falta de precisión en la determinación del hecho no es motivo para nulificar la sentencia en crisis, toda vez que la imperfección denunciada no tiene entidad suficiente como para sostener que se ha conculcado el derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la C.N.

IV. Igual criterio habré de adoptar respecto del punto que denuncia la violación de la debida correlación entre la imputación efectuada en la etapa de instrucción y el fallo.

Tal como lo sostiene la defensa, ha existido entre la primer intimación que se le realizó a M. -acto de la indagatoria-, el procesamiento y acusación formulada en la requisitoria de elevación a juicio una variación, pero la misma no afectó la identidad fáctica.

Resulta útil para verificar esta circunstancia, transcribir los actos persecutorios esenciales, para poder demostrar lo que acabo de confirmar.

a) En la primer declaración indagatoria de R. R. M. (fojas 52 a 55) se deja constancia que el hecho adjudicado es haber aplicado maltrato a la menor L. de seis años de edad y a consecuencia de un golpe recibido en la región craneana produjo el fallecimiento, y que esta lesión se produjo entre los días jueves 7 o viernes 8 de julio de 2005.

b) En el procesamiento con prisión preventiva decretada (fojas 200 a 2007) se atribuye al mencionado M. la agresión contra L., suceso que culmina el día sábado 9 de julio de 2005, aproximadamente a las 4.00 horas, cuando la niña fallece. Asimismo se deja constancia que el golpe mortal aplicado en la zona temporo-parietal izquierda

del cráneo produce un hematoma subdural que lesiona vasos cerebrales provocando la muerte, y que el ataque fue entre las 48 y 12 horas previas al fallecimiento.

Contra esta medida el imputado interpuso recurso de apelación, siendo confirmada por la Cámara de Apelaciones con fecha 26 de septiembre de 2006.

c) En la acusación fiscal (fojas 593 a 599) se hace la siguiente descripción: *"... R. R. M. ha agredido a la niña N. V. L., suceso que culmina el día sábado 9 de julio del corriente año aproximadamente a las 04:00 hs. cuando la menor de tan sólo seis años de edad, hija de su concubina, R. C. G., fallece en circunstancias* (en) *que era llevada al Hospital Regional, producto de varios traumatismos sobre su cuerpo, tanto recientes sobre su cráneo como anteriores en la zona abdominal. Precisamente surge que la muerte de la niña fue producida por un cuadro de shock hipovolémico y neurogénico como consecuencia de una lesión traumática cerrada con gran hematoma abdominal, agravada por el traumatismo del cráneo que produce un hematoma subdural. De esta manera el golpe que la menor recibió en la cara anterior del abdomen es el productor del derrame intraviceral, ocurrido entre cinco a siete días antes de su muerte; coincidiendo los médicos intervinientes en la reautopsia realizada en autos que la causa de muerte es debido a trauma y hematoma gigante de antro gástrico y duodenal. Aparte de la mortal lesión, también aplicaron a la menor otros castigos corporales de todo lo cual dan cuenta diversas lesiones observadas en la frente, rostro, codo izquierdo, extremidades inferiores y en el glúteo..."*

d) En el fallo la Cámara utiliza la descripción efectuada en el requerimiento de elevación a juicio, y condena al imputado por el delito de homicidio.

Así, se advierte que el imputado ha sido intimado, desde el inicio de las actuaciones, por haber aplicado "malos tratos", "golpes" a N. V. L. y, que como consecuencia de ello, la niña fallece.

Lo que se ha ido modificando han sido las circunstancias formuladas, pero siempre se mantuvo el mismo hecho: *golpear* a la menor N. V. L. y como *consecuencia* de ello la niña *fallece*.

En ningún momento se vulneró el principio de congruencia.

Las modificaciones que se han ido sucediendo a lo largo del proceso no afectaron la defensa en juicio del imputado, porque tuvo la posibilidad de conocer, participar, responder y verificar todas las circunstancias mencionadas en el requerimiento de elevación a juicio y en la acusación final, no siendo sorprendido, ni por el Fiscal ni por el Tribunal, por la sentencia finalmente recaída.

Veamos.

A raíz del fallecimiento de la niña, y por los datos recabados respecto a los antecedentes de violencia familiar, el juez de instrucción ordena la inmediata detención de M. y, consecuentemente, su declaración indagatoria –v.fojas 37 y 38-.

A fs. 52/5, se cumple con el acto, el cual se ejecutó a dos días de ocurrido el hecho, teniendo en cuenta la condición de detenido que ostentaba el imputado. De esta manera, la imputación se efectuó con los elementos que se tenían hasta ese momento, los cuales les fueron exhibidos en la audiencia.

Entre esta prueba se contaba con el informe de autopsia de fs. 42/3, realizada el mismo día del fallecimiento, en donde se concluye que la muerte de L. fue producida por traumatismo craneano con objeto romo.

Inmediatamente después, se ordena una ampliación de la autopsia, designando la defensa perito de parte según surge del acta de indagatoria –v. fojas 59 y vta.-

Luego, en el plazo previsto en el ordenamiento adjetivo, se dicta el procesamiento con prisión preventiva de R. R. M. y R. C. G., consignándose el hecho oportunamente imputado –v.fojas 200/7-, y se continúa con la investigación, disponiéndose a fs. 208 la ampliación de la autopsia, con intervención del perito de parte.

A fs. 243/9 obra la ampliación de la autopsia practicada, en donde se determina que la muerte de la niña fue producida por un cuadro de shock hipovolémico y neurogénico como consecuencia de una lesión traumática cerrada con gran hematoma abdominal.

Que a fs. 349 se presenta el Defensor Oficial y sostiene que como las medidas de prueba solicitadas por el Ministerio Público pueden realizarse en la etapa de juicio, a fin de no prolongar indebidamente la prisión preventiva, se eleve la presente causa a la Cámara.

Con fecha 26 de septiembre de 2005 la Cámara de Apelaciones confirma los procesamientos de los imputados, y aclara que la invocación del cambio de las circunstancias fácticas a partir de las conclusiones de la autopsia de fs., 243/9, no alcanzan para considerar vulnerada la congruencia fáctica en lo objetivo y subjetivo del procesamiento y ´…*Las cuestiones planteadas, en definitiva, exceden el marco de esta etapa procesal y tal como se ha adelantado tendrán debido tratamiento en la etapa del debate…*´.

Que a fs. 438 la defensa reitera el pedido de elevar la causa a juicio y que se dé vista del artículo 304 del C.P.P.

A fs. 593/9 la Fiscalía formula el requerimiento de elevación a juicio y notificada la defensa, en virtud del artículo 307, se presenta la misma y renuncia al plazo previsto en la norma y solicita la inmediata elevación de la causa -v.fojas 626-.

Con fecha 23 de enero de 2006 se remite a la Cámara en lo Criminal y con fecha 8 de febrero del mismo año se cita a las partes a juicio, y las mismas ofrecen la prueba pertinente.

A fs. 856/7 vta. se realiza el proveído de prueba y se fija audiencia para el debate.

Finalmente y, una vez superado el planteo expuesto en el incidente de nulidad que corre por cuerda, se realiza el debate, oportunidad en la que se le hace saber a los imputados el hecho adjudicado, de acuerdo al requerimiento de elevación a juicio formulado, y se los invita a declarar, optando M. por no hacerlo –v.fojas 1185 del acta de debate-.

Esta sinopsis tiene como finalidad demostrar que no se ha violado el derecho de defensa en juicio, ya que el hecho finalmente imputado se ha comprendido correctamente y tuvo el procesado la posibilidad de refutarlo.

Lo cierto es que en la primer etapa del proceso se observa una cierta imprecisión en el modo en que se formuló la imputación en la declaración indagatoria, circunstancia que se compadece con el momento del proceso que se realiza, pero esta situación se subsana con los actos procesales que le sucedieron.

Así, sobre una misma base fáctica, se han ido modificando algunas circunstancias del hecho, pero ello no ha sorprendido a la defensa, desde que participó de la ampliación de autopsia que determino esta modificación, como así también tuvo posibilidad de expedirse respecto del mismo.

Por lo expuesto entiendo que hubo modificación entre el hecho informado en la declaración indagatoria y el formulado en el requerimiento de elevación a juicio, pero esta variación no afectó la defensa en juicio y no significó una mutación esencial que vulnere el principio de congruencia y con ello la defensa en juicio, por lo que declarar la nulidad devendría en un formalismo vacío, vulnerándose sí la idea de justicia en la que también está inspirado nuestro ordenamiento jurídico.

V. Aclarado este punto, paso a analizar los agravios relacionados con la "orfandad probatoria" y la no aplicación del beneficio de la duda.

En este sentido entiendo que la sentencia ha sido construida sobre una serie de indicios cuya gravedad, convergencia y univocidad, como bien lo sostiene el voto de la doctora Pettinari, tienen entidad suficiente como para adjudicar la autoría al

imputado.

En efecto, la resolución del caso no puede dejar de enmarcarse en la historia de violencia en la que se encontraba inmerso el grupo familiar, lo que da cuenta la sentencia a fs. 1224 vta./1228. Destacan dichos antecedentes el maltrato físico, tanto hacia la concubina, C. G., como a los hijos menores de edad, quienes relataron haber recibido golpes por parte de M. sin intervención mediadora de la madre.

Resulta ilustrativa la situación mencionada respecto de uno de los hijos -caso de I.-, que llegan a referir que cuando incurría en enuresis nocturna era obligado a dormir en un baño afuera de la vivienda, envuelto en una manta mojada.

Además, y respecto de la víctima, ya en noviembre de 2004 profesionales de la psicología advierten la necesidad de acompañamiento de la niña y de que no quiere vivir con M..

Es en este contexto entonces que los jueces han analizado los dichos de la menor.

Lo que se extrae de este relato es la imputación directa hacia M. respecto de la producción de la lesión estomacal, adjudicación que reitera a cada persona del establecimiento escolar que le pregunta por el dolor que padecía.

Es por esto que cuando la niña sostiene que su padrastro le arrojó una zapatilla que impactó en su estómago, debe ser valorado de conformidad a la situación de violencia padecida, y que seguramente le quito gravedad, omitiendo quizás una conducta más gravosa, precisamente por este contexto referenciado en la sentencia, como así también, que al momento de realizarse la acción lesiva la niña estaba al cuidado del imputado, razón por la cual al finalizar la jornada escolar debía regresar a su hogar, y retomar la convivencia diaria con su agresor.

Y esta situación, que evidentemente se representó N. V. L. -a pesar de su corta edad-, se vio reflejada cuando M. concurre al día siguiente a la escuela a interiorizarse de la situación pero, como lo mencionara el juez Rosales, con la clara intención de conocer la información brindada por ésta, ya que, si bien dijo que la niña no concurría a clases porque estaba enferma y que la llevaría al médico, omite absolutamente la posibilidad de brindarle esta última atención.

VI. En cuanto a la calificación legal escogida, coincido plenamente con el Tribunal de Juicio.

A continuación explicaré, tal como lo hizo el fallo, porqué quedó determinado que el imputado cometió el homicidio mediando dolo eventual.

El cuadro médico que presentaba la niña desde el día 4 de julio de 2005, M.

no lo ignoraba, ya que informa dicha situación a la directora del colegio. También tenía conocimiento que este cuadro no era menor, ya que los continuos vómitos permitían advertir la gravedad del estado de salud de la niña, y que era imperiosa su atención médica.

Este escenario, que se vio agravado sin dudas por el desinterés del imputado de procurar la debida atención, se desencadena cuando la madre regresa de su viaje.

Así, en la oportunidad de prestar declaración indagatoria ante el juez instructor, R. C. G. refirió que al llegar a su casa no la encuentra muy bien a su hija, que estaba delgada y, que cuando le preguntó qué le pasaba le respondió que le dolía la panza y que no quería comer. Refirió que la niña tenía vómitos y que le notó un moretón en la zona del ojo, contándole que se lo había hecho en el colegio. Luego de un rato, continuó diciendo, le dio de comer y a la hora lo vomitó. Describió cómo la encontró cuando tuvo que correr hacia el hospital, refiriendo que estaba en la cama boca abajo y que cuando la da vuelta nota que el cabello y la remera estaban mojados y que había vomitado. Que para que reaccione le pega en el pecho y ahí vuelve a vomitar. La suben al automóvil de su marido y la llevan al hospital. A preguntas que le fueron formuladas respondió que le vio un golpe en el codo izquierdo y otro en la pierna, y que los notó cuando la bañó, diciéndole la niña que se los había hecho andando en bicicleta.

Más allá que este relato es producto de la declaración indagatoria prestada por G., nos indica gráficamente, desde el punto de vista de la niña, cómo se encontraba físicamente cuando su madre retorna al hogar, y cuál era su estado anímico; y desde el punto de vista de la madre, la actitud adoptada ante la situación de violencia denunciada.

Así, la indiferencia por la producción del resultado dañoso -que finalmente ocurrió-, es lo que se le adjudicó a M.. Los Magistrados consideraron que justamente el dolo eventual constituye un obrar de las características del presente caso.

La concurrencia del elemento subjetivo del homicidio, en su modalidad de dolo eventual, requiere que el acusado, a pesar de tener conocimiento o representarse la posibilidad de que ocurra la situación de hecho que genera el deber de actuar -en el caso, la asistencia médica de la menor, omite realización de los actos tendientes a evitar el resultado, obrando así de modo desaprensivo, con desprecio del resultado, pues de esta manera consiente la eventualidad de la muerte de la víctima.

De esta manera, ha quedado debidamente acreditado que R. R. M. se representó la posibilidad del resultado, no sólo por la importancia del golpe

efectuado, del cual dan cuenta los informes médicos, sino también por su inacción para evitar la muerte derivada de su propio accionar.

VII. Por último, estimo adecuada la pena impuesta, y la valoración efectuada por los jueces en este sentido es acorde a las reglas que imponen nuestro ordenamiento adjetivo, imponiéndose una pena inferior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, y levemente mayor que el mínimo legal.

VIII. Siendo ello así, voto por confirmar la sentencia en crisis, rechazando el recurso de casación interpuesto, costas.

IX. En cuanto a la regulación de honorarios, adhiero al monto fijado en el primer voto.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo**:**

I. Versa el caso acerca de la condena que la Cámara Primera en lo Criminal de Comodoro Rivadavia le aplicó a R. R. M. por considerarlo autor material y criminalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del C.P.) en relación con la muerte de la niña N. V. L., sucedida el 9 de Julio de 2005.

Ese Tribunal Colegiado le impuso la sanción de diez años de prisión, accesorias legales y costas (art. 12 y 29 inc. 3° del C.P.) en la sentencia del quince de noviembre del año de dos mil siete, decisión que recaló en la instancia por vía del recurso de casación de la Defensa Pública que lo instaló en el escrito que está añadido entre las hojas 1265 y 1273.

Concedido el remedio procesal y desarrollado el trámite ante la Sala, el Ministerio Público Fiscal emitió el dictamen que está agregado en las hojas 1294/1295 y propició el rechazo del recurso.

II. Las relaciones que sobre el asunto realizaran mis distinguidos colegas de Sala, me permiten sortear esa tarea.

Tanto el prolijo trabajo del Juez Panizzi cuanto el minucioso abordaje del doctor Rebagliati, brindan un panorama claro de cuanto está compilado en el legajo y licencian de incursionar en esa dimensión.

A ellos me remito.

III. Presto, adelanto opinión. Un estudio pretendidamente minucioso de las constancias a estudio conducen a mi intelecto a coincidir con la postura del segundo sufragante.

Daré razones.

IV. Voy a señalar, en primer término, que no encuentro vulnerado aquí el

principio de congruencia y, por ende, menoscabado los derechos del condenado en la relación entre acusación fiscal y la sentencia.

El Juez Pinto ha tenido la generosidad de citar mi opinión, entre otras que son más autorizadas, respecto a la significación de este principio y la cita cabe perfectamente en el caso.

La atribución no ha causado, como no podía ser de otra manera, perplejidad alguna en el destinatario que ha podido, en todo el desarrollo del proceso, defenderse adecuadamente.

Porque sorpresa es la clave para decodificar las situaciones abusivas y no la redacción pobre o la construcción dialéctica de baja calidad de la pieza que sirve de vehículo a la pretensión del Ministerio Fiscal.

A la luz de los antecedentes que ha relacionado el Ministro Rebagliati, M. supo en cada una de las instancias del proceso el contenido nuclear de la incriminación: la autoría de la muerte de la niña N. V. L., fallecida a consecuencia de las lesiones que, sucesivamente, fueron develando los exámenes forenses, acaecida en la madrugada del 9 de Julio de 2005 en la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Es más, ese plano fáctico no resulta disociado, aun sintético, de la figura penal que fue materia de la condena: el delito de homicidio simple del art. 79 del C.P, incriminación frente a la que pudo ejercer toda suerte de defensas materiales y técnicas, como sucedió en el recurso ante la Cámara de Apelaciones Instructoria o en las proposiciones formuladas en el debate.

Cuando la norma adjetiva refiere a que la acusación fiscal ha de ser clara, precisa y circunstanciada, ha de entenderse que deben exponerse sin posibilidad de equívocos todos los datos acerca del hecho que se traduzcan de la prueba y que abastezcan al tipo penal cuya configuración autorice a la postulación de una pena.

Mas ello no implica desacreditar la pretensión si en la descripción se omiten ciertos aspectos del hecho que resultan desconocidos, en la medida en que no se encuentre afectada la médula de la incriminación.

En esta causa, y aún cuando reconozca la pobreza lingüística de la acusación, que deploro, no veo razón para descalificarla.

En primer lugar creo necesario aludir a que el uso de la palabra agresión es suficientemente denotativa, si se vincula con lo que se predica como su resultado o consecuencia.

Como refirió mi colega Rebagliati, el uso del vocablo "golpe" es igualmente significativo pues se trata de la acción "golpear" o sea dar golpe o golpes repetidos,

interpretada la palabra, repito, en vínculo con la consecuencia conocida a partir de la opinión de expertos.

Si la fecha consignada puede resultar imprecisa es porque cierta es la data de la muerte, pero no así el momento preciso de la inflicción.

No obstante se han marcado hitos que colocan temporalmente el episodio en un contexto posible que no hiere a la capacidad de confutarlo, como ha sucedido, por otro lado.

De suerte entonces que por estas razones concurro con el segundo voto a validar este aspecto que ha sido tan fuertemente criticado.

V. En lo que atañe al juicio de autoría, también me pronunciaré afirmativamente en relación con la tesis que sostiene que M. fue el autor de las lesiones.

Sobre el particular creo que los Jueces se pronunciaron con acierto cuando desarrollaron la tarea de disquisición sobre la prueba enlazándola de manera lógica hasta llegar a la conclusión que apruebo.

No caben titubeos para afirmar que, para ello, partieron, como debieron partir, de una cuestión fuera de toda duda: el hecho de la muerte de N. V. L., a consecuencia de las lesiones que dieran cuenta los sucesivos informes de autopsia acumulados a la causa, en particular aquella señalada reiteradamente en la sentencia y efectuada por los médicos C. E. A., I. J. W. y T. O. I. (fs. 243/249, incorporada por su lectura al debate).

Este último examen fue ratificado por los expertos en el juicio- citados en la sentencia- y, a mi parecer, ponderado por los Magistrados de modo inobjetable.

Y en el proceso de reconstrucción histórica, desde lo conocido hacia lo desconocido, se realizó una prolija conexión de indicios que los condujeron a afirmar con certeza que las cosas habían sucedido del modo declarado.

Me demoro un instante para explicar este concepto.

Mucho he escrito, en otros precedentes, acerca de lo que entiendo por tal; por certeza.

Y cada vez que me detengo a pensar sobre el particular recalo en el mismo puerto: el de los niveles de verdad, en la medida en que aquella es lo que los Jueces tienen por verdadero.

Digo niveles de verdad pues, abandonado el concepto de considerar que la verdad es la reconfiguración intelectual exacta del pasado, la correspondencia entre lo que es (o fue) y lo que se piensa al respecto, consiento en que certero es el juicio

emergente de la confrontación de hipótesis del que emerge como cierta la que con más fuerza se impone; la lógica prevaleciente.

Si como se lee del informe de fs. 152 incorporado por lectura y validado por los testimonios de M. A. B., V. C. C. L., docentes de la escuela adonde la nena concurría y R. S., el médico al que el establecimiento convocó para atenderla el 4 de Julio de 2005, la menor, que no había padecido lesiones en el establecimiento hasta ese momento, evidenció un fuerte dolor abdominal que requirió la constitución de un servicio de emergencia, se tiene un hito relevante.

No debemos olvidar que la causa eficiente del deceso fue "...un cuadro de shock hipovolémico y neurogénico como consecuencia de una lesión traumática cerrada con gran hematoma abdominal...", y que no es reprensible derivar que ese dolor en la "panza" fue parte (manifestación, por decirlo apropiadamente) del proceso patológico que condujo a la muerte.

En un peldaño más, estimo plausible que los Magistrados hubieran tomado nota, mi coincidencia es plena al respecto, del hecho de que la menor hubiera relatado que el padecimiento se vinculaba con el golpe dado por el atribuido con una zapatilla o una patada.

"...Mi papá me pegó con una zapatilla en la panza..." (informe de fs. 152), "...(e)mpezó a dar la clase, y vino la portera a repartir la merienda, N. comenzó a llorar; ante ello le pregunta ¿qué pasó?, y la niña le dice que su papá le pegó con la zapatilla, como seguía llorando salió del aula y llevó a la pequeña a la dirección, donde había otra docente y le comentó lo que había dicho N...." (testimonio de M. A. B.) "...Se le preguntó al galeno cual fue el diagnóstico de la paciente N. V. L., refiriendo que era un dolor abdominal que acusaba la paciente, según ella, que le podía haber pegado el padre con una zapatilla..." (del testimonio del doctor R. S.), son evocaciones –aún analizadas con precaución- que ponen fuerza a la asociación muerte -golpe- imputado, pues descartado cualquier otro factor precisan, considerando que el golpe necesariamente fue aplicado con fuerza, a un autor.

Pero, ¿qué circunstancia hace primar esa deducción por sobre otra negativa?.

Tres, a mi entender, que fueron tratadas por la "a quo".

Primero: el hecho que M. estuvo a cargo de la menor, por ausencia de la madre, durante el período inmediato anterior y posterior a esa exteriorización, sin que aparezca otro adulto en la escena considerando la integración del grupo familiar.

Segundo: su conducta que luce remisa a brindar a la niña, en franco proceso de deterioro y con síntomas alarmantes (vómitos recurrentes y diarrea), asistencia

médica.

Tercero: Una historia de violencia familiar que puso sobre el tapete el informe técnico del ETI Comodoro Rivadavia emitido el 15 de Julio de 2006, citado en la sentencia, que devela que el grupo transitó por una historia vital de maltrato físico, emocional y negligencia por parte de ambos padres, expresamente admitido por los adultos, que, como citó con acierto la Cámara (voto del doctor Pintos) documentó la actuación judicial caratulada: “Asesoría Civil de Familia e Incapaces s/ medida de protección”, a cuyos términos me remito.

Como se echa de ver, es más poderosa una respuesta imputativa a cada interrogante que oponerle una de naturaleza desincriminante.

El modo con que otros Tribunales llegan a una conclusión certera se traduce en la locución “...más allá de toda duda razonable...”.

Creo que la evidencia trasciende esa frontera.

VI. En lo que atañe a la ausencia de uno de los elementos del tipo: el dolo, creo que también naufragará la proposición defensista.

Pondero que los miembros de la “a quo” materializaron una correcta explicación del concepto desde ambos campos, la dogmática y las constancias de la causa.

Es más, recurrieron a citas de decisiones del Superior Tribunal de Justicia que no por antiguas han perdido relevancia.

Si por dolo entendemos que el sujeto sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción, actuando de modo despreciable al bien jurídico protegido, qué otra que dolosa es aquella conducta desarrollada por aquél que, a sabiendas de su fuerza, golpea sobre el abdomen de una niña de seis años.

Es claro que, como se ha referido, en la relación dialéctica entre la conducta y su resultado, la voluntad de realización abarca todas las consecuencias probables de la acción si el autor no ha buscado impedirlas; en este supuesto, y en un primer instante, moderar su fuerza y luego obturar toda vía de asistencia.

Las expresiones del Ministro Rebagliati han cerrado el circuito de análisis y estimo que así queda completo el examen del caso.

VII. La pena establecida es adecuada.

Los jueces trabajaron en la medida de la sanción teniendo en cuenta las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P, y seleccionaron, en la escala del art. 79 del C.P, aquella que estimaron prudente tomando en cuenta datos que ponen en evidencia el grado de reprochabilidad de la conducta probada.

Desde mi perspectiva juegan como agravantes la condición de la víctima, una menor débil de contextura y espíritu con nula capacidad de defenderse autonómicamente, y la especial posición en que se hallaba respecto del imputado, a cuyo cuidado y protección estaba.

Como atenuante computo la edad del atribuido, y el contexto de violencia al que ninguna agencia estatal logró encauzar.

IX. Por las razones dadas sostengo que la sentencia debe ser confirmada en un todo.

X. En lo que atañe a la regulación de los honorarios, consiento lo que el Ministro que me ha precedido en el voto postula y adhiero a sus conceptos.

Así me expido y voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 1265/1273 vta. por la defensora pública de don R. R. M., doctora María Matilde Cerezo, con costas (artículo 24, inc. 2, 415 y 485 del Código Procesal Penal, Ley 3155);

2º) Confirmar la sentencia dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, el día 15 de noviembre del año 2005, protocolizada bajo el N° 45 – F° 796/845 y glosada a fs. 1214/1263;

3°) Regular los honorarios profesionales de la defensa pública, por su actuación en esta instancia, en la suma de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 350.-) y del defensor de confianza del acusado, doctor C.A.C., en la suma de PESOS DOSCIENTOS ($ 200.-) importes que no incluyen la suma correspondiente al IVA (artículos 10, 14, 45 y concordantes de la Ley 2200; artículo 59 de la Ley 4920);

4º) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Panizzi, Pfleger, R. Russell.-