



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

En la ciudad de La Plata a los 21 días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello, María Florencia Budiño y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 92.810** de este Tribunal, caratulada “**DUARTE, Gastón Fabián s/ recurso de Casación**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN – NATIELLO - BUDIÑO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

**ANTECEDENTES**

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por el defensor particular, Dr. Francisco José García Maañón, contra la sentencia dictada con fecha 2 de julio de 2018 por la que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 1 del Departamento Judicial San Isidro condenó a Gastón Fabián Duarte a la pena de ocho (8) años de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por haber sido encontrado autor penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio, en función de lo normado por los arts. 42, 45 y 79 del Código Penal.

II. El recurrente denuncia la absurda y errónea valoración de la prueba formulada por el “a quo” (arts. 1, 106, 210, 371 y 373 del C.P.P.).

En este sentido cuestiona lo resuelto por los Jueces de grado, en tanto considera que no sólo no se encuentra debidamente acreditado el aspecto subjetivo del delito de homicidio endilgado a su defendido, sino que además disiente respecto de la idoneidad del medio empleado por el incuso, a través del cual habría llevado adelante su accionar, a fin de tener por acreditados los extremos legales mencionados en el tipo penal referido.

En apoyo a su postura señala que, del modo en que su asistido dirigió su agresión en contra de la víctima de marras (si bien reconoce la diferencia física y de edad entre ambos) sostiene que ello sólo no permite

tener por acreditado que el inculpado hubiese tenido la posibilidad de representarse, eventualmente, las consecuencias de su violento accionar.

Respecto a este punto agrega que, tampoco puede pasar inadvertido que el encartado se trata de una persona de escasos recursos económicos y culturales, de perfil agresivo y consumidor de estupefacientes (cocaína), de modo tal que dichas circunstancias debieron ser tenidas en cuenta a fin de determinar la existencia de la aludida “representación”, al igual que la comprensión del alcance lesivo que se le atribuye a Duarte.

Asimismo, expone que el retardo en brindarle atención médica a la víctima L. B. R., constituye un dato que en modo alguno evidencia un dolo homicida, y que a ello se suma que el día de los hechos el menor permaneció junto al acusado durante varias horas, luego de golpearlo, sin que éste último continuara con su accionar, asegurándose el deceso violento del niño.

Alega la carencia de indicadores que permitan inferir acerca de la ultra intención del activo en dar muerte al joven damnificado, es decir, como ya lo señalara, sobre el aspecto subjetivo del tipo penal analizado.

Por todo lo expuesto, solicita se case la sentencia puesta en crisis y se recalifiquen los eventos investigados, en los términos del delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal), y como consecuencia directa de ello, se imponga al justiciable la pena de tres años de prisión y costas del proceso, sanción que, según su entender, debe ser establecida bajo la modalidad de ejecución condicional (arts. 26 y 27 del Código Penal).

Subsidiariamente, discrepa con la pena impuesta al encartado, toda vez que considera que los fundamentos vertidos por los Jueces de mérito no abastecen las exigencias del art. 106 del C.P.P., cuyo monto, además, resulta excesivo, por cuanto no sólo doblega el mínimo legal previsto, sino que al mismo tiempo se equipara con el piso punitivo establecido para la figura del homicidio consumado, en una clara infracción a las pautas mensurativas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, requiriendo

que la sanción a imponer sea fijada en los cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

III. Concedido el recurso por el “a quo” -fs. 52/vta.-, el mismo fue radicado en esta sala, encontrándose las partes debidamente notificadas -fs. 59vta., y 60/61, respectivamente-, oportunidad en que las mismas desistieron expresamente de celebrar la respectiva audiencia de informes prevista en el art. 456, último párrafo del C.P.P., al tiempo que la defensa del encartado solicitó se disponga el comparendo de su asistido, a fin que sea entrevistado por Secretaría.

Por su parte, la Sra. Fiscal Adjunta ante esta Casación, Dra. Daniela Bersi, a través del memorial respectivo, postuló el rechazo de las pretensiones deducidas, al entender que no se configuran las violaciones legales denunciadas -fs. 68/72-.

De esta manera, con fecha 1º de noviembre de 2018, siendo las 13.00 horas, compareció ante estos Estrados el imputado Gastón Fabián Duarte, junto a su defensor de confianza, expresando este último que se comprometía a acompañar en el término de diez días, un CD que completa el plexo probatorio que ya fuera incorporado al recurso casatorio, aclarando que tomó conocimiento de su existencia luego de concluido el debate y de dictada la sentencia impugnada, al ser aportada por familiares de su asistido.

Concordantemente con ello, el letrado defensor, con fecha 13 de noviembre de 2018, acompañó el material filmico aludido (fs. 77), corriéndose vista al Ministerio Público Fiscal, momento en que la Dra. Bersi postuló el rechazo de la prueba aportada, al considerar que de la misma no se advierte ninguna situación que amerite su tratamiento, por resultar inconducente a los fines de la presente causa, toda vez que omite explicar de qué modo podría introducir una crisis en el razonamiento que ha guiado los fundamentos de los sentenciantes, amén que tampoco quedó demostrada su autenticidad.

Cumplido, el presente recurso pasó a estudio sin más trámite.

IV. Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

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

2da.) ¿Corresponde hacer lugar a la prueba ofrecida?

3ra.) ¿Procede el remedio procesal impetrado?

4ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el señor juez, doctor Kohan, dijo:**

Entiendo que el recurso es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio al imputado y su defensa técnica (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccetes. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

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

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada la doctora Budiño, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

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

En lo que atañe al ofrecimiento de prueba efectuado, considero que dicho pedido no puede tener acogida favorable.

Ello se debe a que en esta instancia el Tribunal tiene la posibilidad de realizar un juicio sobre la admisibilidad de las diligencias probatorias pretendidas.

En primer lugar, el rechazo al pedido formulado encuentra sustento en que en esta etapa recursiva nuestro Ritual requiere -y es fundamental- que la parte interesada demuestre las circunstancias que tornan atendible el ofrecimiento de prueba impetrado, supuesto que no se reproduce en autos.

Ello es así toda vez que el art. 457 del C.P.P. hace mención a la necesidad que la diligencia probatoria solicitada sea “...*pertinente y útil a las pretensiones articuladas...*”. De este modo la prueba será pertinente en la medida que la parte interesada demuestre previamente la irregularidad denunciada, y que la misma sea relevante en relación con el motivo de agravio en que pretende fundarla.

De este modo la prueba solicitada debe cumplir con los siguientes requisitos: a) demostrar que no pudo ser producida en etapas anteriores (sea por su denegatoria, sea por su desconocimiento), b) fundar las razones por las que ella se encuentra directamente vinculada a la demostración de la irregularidad o error que se expresó como motivo de agravio en el recurso (pertinencia) y c) establecer que la prueba ofrecida es suficiente para modificar el decisorio impugnado, en el sentido de la pretensión del agraviado (utilidad). (Conf. Granillo Fernández, Héctor M. – Herbel, Gustavo A., “*Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires*”, comentado y anotado, Editorial La Ley, 2005, pp. 923 y siguientes).

Así la sola denuncia respecto de la supuesta existencia de la prueba invocada no es suficiente. Sólo corresponde la recepción de la prueba si ella se dirige a demostrar algún defecto grave en el procedimiento o el quebrantamiento de formas esenciales del proceso o bien cuando se

demuestre algún hecho o elemento de prueba nuevo que permita poner en discusión lo establecido en el acta de debate o en la sentencia -conf. art. 457 del C.P.P.-.

De este modo, le asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. Bersi, dado que, de la pretensión efectuada por el impugnante, no se advierte o aprecia que efectivamente se trate de prueba nueva o que fuera desconocida al momento de celebrarse el juicio oral pertinente, más allá de las argumentaciones vertidas ante estos Estrados al momento de desarrollarse la audiencia oral, y así las cosas es que corresponde a la parte que la invoca demostrar efectivamente tales extremos.

Sumado a ello, la admisión de la prueba bajo estos presupuestos estará sujeta a las siguientes condiciones: quedará a cargo de la parte interesada la determinación exacta de su contenido que se relaciona con el agravio que se pretende demostrar, y de cómo la misma logrará desvirtuar todo o parte de la sentencia cuestionada.

Conforme surge tanto de la lectura del recurso impetrado como de los argumentos sustanciados en la audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2018, la parte interesada no ha demostrado -más allá de la mención genérica efectuada- cómo es que llegó a su conocimiento dicho aporte fílmico, si efectivamente lo fue con posterioridad a la realización del debate oral, y de cómo dicha diligencia resultará suficiente para modificar el decisorio impugnado.

En segundo lugar -y a mayor abundamiento-, debo señalar que el artículo 457 del C.P.P. hace referencia exclusivamente a aquellos supuestos en los que se puedan cuestionar actos procesales o apreciaciones fácticas relacionadas únicamente con las circunstancias enumeradas en el art. 448 del Ritual.

Así el inc. 2º del artículo mencionado hace referencia a hechos nuevos o elementos de prueba que, por sí solos o en conexión con los ya examinados en el juicio, *evidencien y manifiesten que el hecho no existió o*

*que el imputado no lo cometió*, de manera tal que el supuesto invocado por el recurrente tendiente a obtener un cambio de calificación legal bajo una figura penal más benigna respecto del hecho analizado escapa a las previsiones del art. 457 del Código Procesal Penal.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

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

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

**A la misma segunda cuestión planteada la doctora Budiño, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

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

I. Resulta ciertamente atendible el agravio invocado por el recurrente, a través del cual denuncia la absurda y errónea valoración de la prueba efectuada por el “a quo”, con la consiguiente transgresión a las previsiones contenidas en los arts. 42, 45, 79 y 90 del C.P., motivo por el cual adelanto que haré lugar al mismo, declarando procedente el recurso interpuesto.

A tal efecto y con el fin de poder brindar un debido tratamiento del recurso interpuesto por la defensa técnica de Duarte, procederé a realizar un exhaustivo análisis del plexo probatorio toda vez que, como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como

resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el citado precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “*Leistungsfähigkeit*”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden -por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del Juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A., “*El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, tal circunstancia dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios señalados por el recurrente deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces. Dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Formuladas las aclaraciones del caso, comenzaré por señalar que la intención homicida es de muy difícil prueba si no se cuenta con una declaración expresa del imputado. Por esta razón, la jurisprudencia recurre en general a un dato objetivo del cual se infiere la subjetividad del agente (así, un disparo a las piernas no permite pensar en un dolo homicida; pero el dirigido al corazón con la frase *“te voy a matar”*, sí; en general, sobre este problema puede consultarse la obra de Ramón Ragués Vallès, *“El dolo y su prueba en el proceso penal”*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, quien propone (pp. 520-521) hacer depender la determinación procesal del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta).

Para probar la existencia de esta finalidad homicida, Mapelli Caffarena enumera las circunstancias que fueron tomadas en cuenta por la jurisprudencia española para valorar el ánimo del autor: a) relaciones que ligan al autor y la víctima; b) personalidad del agresor; c) actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento; d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda; e) dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar; f) lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital; g) insistencia y reiteración de los actos atacantes; h) conducta posterior observada por el infractor.

La jurisprudencia nacional también se ha pronunciado en el sentido apuntado. Así se ha dicho que: *“...El autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, debe obrar con la intención de causar la muerte bajo la forma de dolo directo, con exclusión de toda otra forma de culpabilidad. Nuestro código penal no contiene ninguna norma que permita inferir dicha intención, por lo que el problema surge cuando se atenta contra la integridad física de una persona, sin que se presente manifiesto el propósito de matar. Frente a tal hipótesis, nuestra jurisprudencia ha sostenido correctamente que la muerte, como fin perseguido por el delincuente, debe aparecer claramente definida para que una agresión pueda merecer la calificación de tentativa de homicidio. Cuando el propósito deliberado de matar no esté confesado, será preciso que esa intención resulte de circunstancias que pongan de manifiesto la idea homicida del reo, de tal manera que se pueda afirmar que su obrar constituye comienzo de ejecución del delito de homicidio y que mismo no se consuma por causas ajenas a su voluntad. Si en el caso, el acusado dirigiéndose a la víctima expresó ‘te voy a cagar matando’ y extrayendo un revólver, con el que lo apuntaba, se acercó y lo colocó en la sien, mientras reiteraba las amenazas de muerte, para luego efectuarle un disparo, ocasionándole lesiones de carácter leve, debe responder por el delito de homicidio en grado de tentativa (CP, arts. 42 y 79). Ello porque de las circunstancias del blandimiento del arma de fuego, del hecho de apuntar con ella a la víctima desde corta distancia, para de inmediato efectuar un disparo con una munición de singular poder vulnerante, revelan la intención homicida del acusado...”* (cfr- Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, jueces Funes, Vargas y Pueyrredón, causa “Polinari, Abel Bautista s/ homicidio”, interlocutorio del 29/8/1989, sumario del SAIJ nº R0005313).

Por otro lado, y en cuanto al concepto de dolo, el profano asocia normalmente dolo con intención, incluso con mala intención; ello sin embargo es muy discutido -y mayoritariamente rechazado- en la ciencia. Incluso, cada vez con mayor fuerza, en la doctrina prima la idea de que la

intención, entendida estrictamente como “voluntad incondicionada de realizar el tipo penal” (cfr. Hans Welzel, *“Derecho penal alemán”*, 4ª ed. Castellana, trad. Bustos Ramírez y Y. Pérez de la 11ª ed. Alemana de 1969, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 79), o bien juega un papel secundario en el concepto de dolo o bien no juega ninguno (cfr. Enrique Bacigalupo, *“Principios de Derecho penal”*, 4ª ed., Akal/lure, Madrid, 1997, pp. 231 y sigs.; las citas han sido tomadas de Gabriel Pérez Barberá, *“El delito imprudente”*, manuscrito, p. 4).

Recientemente se ha conceptualizado que: *“...El autor actúa con dolo si y sólo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el derecho...”* (cfr. Manuel Cancio Meliá, *“Estudios sobre imputación objetiva”*, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 16; sobre las diversas concepciones del dolo como “conocimiento” y voluntad o sólo conocimiento, puede consultarse el voto del juez Magariños en autos “Ciurana”, CDPJ nº 10 “C”, pp. 545- 570).

A partir de este marco teórico y normativo corresponde señalar que, en base a la prueba oportunamente meritada por el “a quo”, desde ya adelanto que no puede válidamente tenerse por acreditada, la concurrencia del elemento subjetivo de la figura bajo análisis en cabeza del justiciable, al menos con la certeza necesaria que esta instancia requiere, cuando de las probanzas reproducidas durante el debate oral, no se puede sostener que la conducta desplegada por el imputado hubiese tenido como propósito, eventual, causar la muerte del niño L. B. R..

En efecto, del cúmulo de pruebas existentes en el marco del presente proceso, se advierte un quiebre en el razonamiento de los sentenciantes, toda vez que de la lectura de los fundamentos del decisorio aludido no advierto que se encuentre debidamente acreditado el dolo requerido por el art. 79 del Código Penal.

Como se advierte de la simple lectura del decisorio impugnado, el Tribunal de juicio sostuvo que *“...está fuera de discusión que la muerte de éste último -afortunadamente no producida- necesariamente debió representársele al agresor como previsible o probable atendiendo a la magnitud del golpe causado por quien en definitiva era una persona mayor que -él-, de evidente superioridad física y fuerza, acostumbrado a peleas callejeras...”*.

Y continuaron *“...Duarte, de contextura visiblemente maciza, no podía ignorar y menos despreciar el resultado -eventualmente letal- que podía ocasionar con su violenta y potente reacción física, máxime, reitero, si tenemos en cuenta la extrema fragilidad de quien en el caso fuera el receptor de la misma...”*.

Concluyendo: *“...La descomunal desproporción física existente entre imputado y víctima; la zona del cuerpo sobre la que este último dirigió el ataque; como también la intensidad del golpe propinado son indicadores que dan cuenta de que Duarte debió representarse la posibilidad de causarle la muerte a su hijastro y lo aceptó, por lo que el resultado debe imputársele a título de dolo eventual...”*, y que *“...Aquí Duarte actuó conociendo que generaba con su conducta un peligro concreto jurídicamente desaprobado, sometiendo a la víctima a riesgos que no tenía la seguridad de poder controlar, comprendiendo, por tanto, que había un elevado índice de probabilidad de que éste (el deceso de la víctima) se produjera...”*.

De esta manera, considero que lo resuelto por los distinguidos Magistrados resulta, cuanto menos, arbitrario, toda vez que, del análisis de los distintos elementos de prueba aportados por el Ministerio Público Fiscal, no es posible extraer tales conclusiones.

Es que, de los distintos informes y reconocimientos agregados, entre los que pueden mencionarse el formulario de denuncia de fs. 1, historia clínica de fs. 43/62 y 95/115, resumen de fs. 127/128, dictamen médico de

fs. 13, precario clínico de fs. 39, reconocimiento médico de fs. 94, al igual que de los testimonios de aquellas profesionales de la salud que concurrieron al debate y tomaron contacto con el niño L. B. R., las Dra. María Cecilia Juvenal, Alicia Beatriz Bustos, y Evangelina De Stefano, puede inferirse que el agresor efectuó, al menos, un golpe puño en el estómago del menor, dirigido de abajo hacia arriba, como un golpe de boxeador, y que como consecuencia del mismo las lesiones registradas fueron caracterizadas como graves.

La única conclusión que puede extraerse es que se trató de un golpe fuerte, intenso, pero de modo alguno ello no basta para arribar las conclusiones que hiciera el “a quo”.

A través de las circunstancias enunciadas, de modo contrario a cómo lo resolvieran los integrantes del Tribunal de Juicio, entiendo que no es posible “inferir” la concurrencia de un dolo eventual por parte del activo, dado que una afirmación en esos términos no encuentra apoyatura en los elementos de cargo valorados en la sentencia impugnada.

Las dudas tampoco se despejan a través de los testimonios de Justo Gabino Valdéz, las licenciadas Paula Eguiño y Cecilia del Carmen Bauer, Eugenia Ghiotto, Alejandra María Gostuski, quienes ilustraron a los Magistrados de mérito en orden al cuadro de violencia que atravesaba al grupo familiar, pero en modo alguno aportaron datos sobre los que pudieran asentarse las conclusiones vertidas a través del fallo cuestionado, y que hacen a un punto neurálgico sobre el que se asienta la imputación dirigida hacia Duarte.

En esta misma sintonía aparecen las declaraciones juramentadas de Gisela Mara Ferreira Dos Santos, Marisa Marilú Romero y Ana Catalina Halupa, quienes tampoco aportaron datos de interés, destacándose que, en el caso de la última testigo, que refirió que, al tomar contacto con el menor,

cuando ya habían pasado dos días que había salido del hospital, este le manifestó que *“Duarte le había pegado una piña en la panza”*.

Nos encontramos privados de prueba que demuestre los extremos mencionados por el *“a quo”*, pudiendo apreciarse que los Jueces de grado efectuaron un análisis de los hechos *“ex post”*, es decir, basando su razonamiento en las consecuencias lesivas de la conducta desplegada por el justiciable.

En consonancia con lo expuesto, quien suscribe tuvo la oportunidad de expedirse en el marco de la causa 82.687 caratulada *“Batista, Arturo Martín s/ recurso de casación”*, del registro de esta Sala IV, rta. el 01/08/17, al establecer un parámetro a través del cual se estableciera un límite entre la culpa consciente y el dolo eventual se dijo que: *“...el dolo abarca el riesgo inherente a la conducta, no la producción de resultados lesivos para la vida o la salud. Ahora bien, considero que lo relevante en estos casos es trazar el límite entre la culpa consciente y el dolo eventual, siendo que ello se presenta como el verdadero inconveniente. La culpa consciente es el conocimiento de la posibilidad de realización típica, pero con un desconocimiento de la efectiva virtualidad lesiva de la conducta en el caso concreto. Diferente resulta el caso del dolo eventual, que es un conocimiento de la realización típica, pero sin desconocer el efectivo peligro creado...”*.

*“...Ahora bien, hoy como se lo conoce al dolo, luego de la irrupción que trajo Welzel con su obra, se dejó el concepto de dolus malus (concepto tradicionalmente emparejado con el casualismo) para comenzar a hablar del concepto de dolo natural. Este concepto resulta más restringido y no incluye la conciencia de la antijuridicidad. Por otra parte, dentro de la estructura analítica del delito se halla ubicado dentro del tipo y no de la culpabilidad como el dolus malus...”*

Que *“...Así las cosas, el dolo natural tiene dos elementos: conocimiento y voluntad...”*, *“...El elemento volitivo del dolo presenta en la*

*doctrina penal y particularmente en la práctica innumerables problemas. Entre ellos se puede mencionar algo insalvable que son los cuestionamientos a nivel probatorio de esa 'voluntad' pues debería entrarse en la intimidad psíquica del autor, eventualidad que de por sí resulta una tarea cuanto menos embrollada...”, “...Además, cabe decir que muchos casos en los que fue 'la voluntad' lo que llevó al agente a actuar no guardaba relación con la realización típica. Por ejemplo, y llevándolo al absurdo, se puede dar el caso de que un individuo que comete un determinado delito lo realice con la única 'voluntad' de que sea visto y publicado en los medios de comunicación o redes sociales (Cfr. Mirentxu Corcoy Bidasolo, “Jurisprudencia de Casación Penal”, dirección Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi, Tomo 3, Buenos Aires, 2011, ps. 187 y ss.)...”.*

*“...De esta forma, dado lo dificultoso de la temática a abordar el aspecto volitivo fue dejándose de lado no sólo por cuestiones de prueba sino también por razones dogmáticas...”, “...En este sentido, debe subrayarse que lo relevante es la creación de un riesgo típicamente relevante conocido por el autor...”, “...No obstante lo dicho, la ausencia del elemento volitivo en el dolo no debe ser total, pues permanece incólume la exigencia de un comportamiento voluntario que implica la conciencia del autor de sus propios actos. El comportamiento voluntario está ligado a los conocimientos que el agente tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta...”, “...cuando el sujeto actúa conociendo la relevancia típica de su conducta habrá dolo y cuando no la conoce habrá imprudencia...”.*

*“...Por otra parte, en términos de teoría de la norma la contradicción a la regla es mayor cuando el sujeto reconoce la probabilidad de lesionar un bien jurídico que cuando no sucede así, lo que justifica el mayor desvalor del injusto doloso respecto del imprudente...”, “...La importancia que tiene el conocimiento que posee el sujeto respecto del riesgo que crea su conducta se pone de relieve al examinar la culpa consciente. En ésta, el sujeto, debe contrarrestar el conocimiento del riesgo que posee para que no se le*

*atribuya al hecho el carácter de doloso...”, “...Ahora bien, ¿qué debe ser objeto de dolo? Liminarmente, para que pueda hablarse de dolo debe existir una situación objetiva, a saber, un riesgo normativamente relevante. Por tanto, objeto del dolo es la conducta, no el resultado...”.*

En este sentido, es indispensable determinar que la existencia del dolo debe considerarse ‘*ex ante*’ en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto. Por lo dicho, dolo es conocimiento ‘*ex ante*’ del efectivo riesgo concurrente en la conducta del autor.

Concordantemente con ello, Mir Puig sostiene que la aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria para que exista dolo eventual, pero sólo a condición de que no exija la aceptación del resultado lesivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo (Cfr. Mir Puig, Santiago, “*Derecho Penal. Parte General*”, 7ma. Edición, 2da. Reimpresión, B de f., Buenos Aires, 2005, p. 269).

Entonces, el dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa ‘*ex ante*’ y ésta no incluye el resultado. Así, las valoraciones respecto de las posibilidades de control del riesgo deben efectuarse bajo una perspectiva previa.

En este sentido, cabe hacer lugar a la queja del impugnante cuando refiere que el fallo presumió el dolo eventual, pues como se dijo es necesario analizar la conducta del sujeto en un estadio previo a la producción del resultado, donde lo determinante es el conocimiento del riesgo que ejecuta el activo con su conducta soslayando de la producción o no del resultado, y tales extremos no pudieron ser acreditados por el acuse a través de los distintos indicios objetivos enumerados anteriormente.

Como se advierte, en el caso en análisis, conforme surge de la prueba recabada, la situación de duda imperante, en lo que hace a esa porción del obrar criminoso, no permite sostener con el grado de certeza

necesaria en esta instancia, donde no resulta posible extraer dichas conclusiones de los distintos elementos de prueba obrantes en el presente legajo, donde el accionar desplegado por Duarte, aparece inmerso dentro de la violencia característica del delito de lesiones graves, pero que en modo alguno permite tener por acreditado que a través de dicho obrar, hubiese previsto las consecuencias lesivas contempladas en el art. 79 del Código Penal y que fuera objeto de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal.

Los fallos judiciales deben señalar cuáles han sido las fuentes que han formado convicción en el juzgador a efectos de que dicha decisión pueda ser revisada, y se impondrá la revocación del pronunciamiento recurrido cuando el mismo evidencie una notoria irrazonabilidad de la mencionada convicción, y ello sucederá cuando exista una fragmentaria e incompleta valoración de las pruebas adquiridas en el proceso que vicien la logicidad del fallo y exhiban una errónea aplicación de la ley.

Es decir que, es posible que aquellas conclusiones sean revisadas en esta instancia casatoria si se advierte que el razonamiento empleado es lógicamente incorrecto, y las que se extraigan sean contrarias a los principios que gobiernan el recto pensamiento humano, de la experiencia o de los conocimientos científicos.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que: *“...La competencia de esta cámara sólo está circunscripta al control de validez de la prueba producida (legitimidad), si las conclusiones son coherentes con ella y responden al recto entendimiento humano (logicidad), y si la sustentación así construida es expresa, clara, completa y cumple con la exigencia de motivar observando el inexorable encadenamiento lógico, que obviamente no rebase los límites impuestos por la sana crítica, y que incluso descarte toda fundamentación que como tal pueda resultar aparente y que en definitiva y en realidad no exista por su manifiesta irrazonabilidad...”* (Conf. CNCas Penal, Sala III, rta. 31/03/99, del voto del Dr. Riggi).

*“...En las cuestiones de pruebas excepcionalmente la Corte justifica su intervención, cuando en el fallo se han considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio -indicios y presunciones-, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando se ha prescindido de la visión de conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios...”* (CNCas. Penal, sala I, rta. 18/03/97).

La solución final a la que arribe un sentenciante debe ser la conclusión como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto, y no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso. O sea que dicha mecánica requiere de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

Todo ello me lleva a afirmar que de la ponderación objetiva de la prueba surge la existencia de algunos elementos que pueden revestir el carácter de indicio, sin embargo ello no alcanza el umbral de certeza para conformar un grado de convicción necesaria que esta instancia requiere, en lo que respecta a la calificación legal analizada, lo que se traduce en una situación de duda que debe resolverse a favor del imputado, siendo estrictamente aplicable el principio constitucional del *“in dubio pro reo”* (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Así, si del análisis del resolutorio no puede reconstruirse racional y legalmente el pensamiento de los Judicantes, apareciendo su decisión revestida de una fundamentación meramente aparente, no pudiéndose recrear el juicio de valor que implica una resolución de mérito, el que imperativamente debe canalizarse por los estándares legales que rigen la

cuestión, y la consecuencia de ello es la declaración de nulidad del decisorio (En este mismo sentido CNFed.CCorr., sala II, rta. 10/11/98).

Por todo ello, entiendo erróneamente aplicados los extremos legales contenidos en los artículos 42 y 79 del C.P., por lo que considero que corresponde recalificar los hechos enrostrados bajo las previsiones del delito de lesiones graves, previsto y reprimido en el art. 90 del Fondal (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P; 168 y 171 de la Constitución Provincial; art. 40, 41, 45 y 90 del CPen.; 1, 106, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 530, 531 y conchs. del C.P.P.).

II. En atención a lo resuelto precedentemente, entiendo que corresponde a esta Alzada asumir competencia positiva y fijar el monto de pena, por el que deberá responder Gastón Fabián Duarte en orden a la nueva significación jurídica otorgada a los hechos materia de imputación.

Así, comenzaré por mencionar que, en principio, la fijación de la pena y su individualización surge de la ponderación de las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, que la ubicarán en los límites de la escala que prevé la figura tipificada en el citado cuerpo legal.

En ese sentido, considero que la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de establecerse en cantidades prefijadas legislativamente (más allá de los extremos en las escalas) o jurisprudencialmente dado que resulta imposible - en mi criterio- estandarizar los juicios de valor para traducirlos en cantidades numéricas. Por tanto, para establecer el "*quantum*" de pena a imponerse no puede apelarse a fórmulas matemáticas preestablecidas sino que debe atenderse a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que debe tenerse en mira una adecuada reinserción social.

Por otro lado, entiendo que el punto de ingreso en el marco punitivo no debe seguir una escala de gravedad continua sino que, por el contrario, el mínimo y el máximo de la escala penal con que se reprima un delito deben ser tomadas como indicadores del valor proporcional de las normas en cuestión toda vez que, a diferencia de lo que ocurría con los antecedentes legislativos nacionales -Código Tejedor, Códigos de 1886, ley 4189 de 1906- que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que se verificaran la existencia de agravantes y/o atenuantes, oscilando en más o en menos el monto de aquella al considerar pautas severizantes o diminuentes, en nuestro sistema actual no está previsto procedimiento o criterio formal alguno en el sentido indicado precedentemente, permitiendo al Juez de juicio la elección de la sanción que considere adecuada para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados.

Así, parte de la doctrina ha dicho -en tesis que comparto- que: *“...Es cierto que la determinación de la pena supone un complejo de decisiones relativas a diferentes operaciones intelectuales. Éstas no tienen un orden sistemático, más es inevitable que se parta desde el marco penal que surge de la subsunción de la conducta en un tipo penal específico... A partir de entonces y tomando como base el hecho cometido y su autor, será posible asignar relevancia a ciertas cuestiones y descartar aquellas que no modifiquen la decisión por no tener influencia para la finalidad a alcanzar. La ley estructura esta decisión como discrecional del juez del hecho, porque sólo él está en condiciones de valorar acabadamente la personalidad del autor, permitiéndose interpretar que detrás de esa concepción se encuentra la idea de decisión en la que se fija la pena no es estrictamente aplicación del Derecho, sino que tiene un componente irracional o intuitivo, puesto que la impresión que el autor deja en el juez durante el juicio no puede ser suficientemente transmitida por escrito...”* (Lurati, Carina, “El sistema de

*pena única en el Código Penal argentino*”, 1ra. Edición año 2008, Páginas 224/225, Ed. Rubinzal – Culzoni).

Y respecto de la pena impuesta, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad, el remedio casatorio que se limita a tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el “*a quo*” resulta improcedente (este Tribunal, Sala II, c. “*Bagaglia*” N° 4442, rta. 28/2/2 reg. 58 y c. n° 13.161, rta. 11/4/06).

En esa línea de pensamiento se ubica la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha sostenido que: “...*el ejercicio por parte de los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas se vincula con cuestiones de hecho prueba y derecho común propias de los jueces de la causa y ajenas, por ende, al ámbito de la apelación federal extraordinaria...*” (C.S.J.N., Fallos: 237:423; 304:1626; 305:293 y 494; 306:1669; 308:2547; 315:807 y 1699, entre otros).

En sintonía con la postura enunciada, debo señalar que la Suprema Corte de Justicia ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal y también ha sostenido que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

En este mismo sentido, debo poner de resalto que el defensor de confianza de Duarte no ha demostrado acabadamente de qué manera las circunstancias atenuantes y agravantes meritadas por el “*a quo*” han generado un agravio concreto a su defendido, limitándose a realizar tal petición de manera genérica sin hacer referencia a cuestiones puntuales de

la situación personal de quien asiste, lo cual es suficiente para descartar el agravio deducido. Sentado ello, y frente a lo que sostiene el impugnante, el "a quo" expresó las razones que lo llevaron a decidir como lo hizo, en relación a esa porción del veredicto, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias.

Tampoco debe perderse de vista que las distintas circunstancias agravantes no sólo quedaron debidamente acreditadas durante el transcurso de la audiencia de juicio, sino que además las mismas fueron debidamente valoradas en su oportunidad, la cual consistió en haber desplegado una agresión sumamente violenta, contra un menor de cuatro años, sumándose la personalidad violenta del imputado, su conducta posterior, al haberle restando importancia a la grave lesión padecida por la víctima, y la extensión del daño causado, situación que se tradujo en un mayor contenido del injusto, traduciéndose así en un mayor reproche para el justiciable.

Nada impide que dichas pautas puedan ser meritadas por los Jueces al momento de determinar una pena, toda vez que constituye la naturaleza misma de la acción y de los medios empleados para ejecutarla que prevé el Código Penal.

Es sabido que el Juez -a la luz del art. 41 del C.P.- debe ponderar la magnitud de las consecuencias materiales del delito al graduar la pena. Esas consecuencias son las que asume el autor al momento de realizar la acción disvaliosa. Es decir que, deben ser tenidas en cuenta al agravar o atenuar la pena solo aquellas consecuencias directas o mediatas producidas dentro del ámbito del tipo.

Así, los magistrados votantes, al valorar las pautas agravantes indicadas han formulado una correcta apreciación de cómo las mismas incidieron en el hecho investigado y de cómo ese dato hizo que la conducta del encausado tuviera una mayor intensidad, por lo tanto, merecedora de un mayor reproche que necesariamente se reflejó en la pena a imponer.

Cuando se hace referencia a una o varias agravantes es necesario que las mismas guarden alguna vinculación con el fin de protección de la norma.

Por lo tanto, sólo pueden interesar aquellas consecuencias que puedan relacionarse con la acción típica por su especial relación de imputación, y como contrapartida no deben ocupar ningún lugar en la valoración del hecho aquellas consecuencias que se encuentran fuera del tipo.

Al respecto se ha dicho que: *“...la forma en que se ha manifestado el hecho es el primer punto de partida para la graduación del ilícito por ser el mas evidente. Siempre será decisivo saber cuales fueron los medios –mas o menos lesivos- que empleó el autor....Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión..., ...sirven para demostrar no tanto la peligrosidad del autor, sino fundamentalmente, la gravedad del ilícito...”* y que *“...si es posible –y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho...”* (Conf. Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la determinación de la pena, segunda edición inalterada, reimpresión, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 130 y ss.).

La decisión aquí adoptada se fundamenta en la magnitud del injusto cometido por el justiciable, quien actuó desplegando un accionar violento contra un niño de tan sólo cuatro años de edad, con quien se encontraba en su domicilio junto a otros menores de edad, agrediendo a la víctima con un fuerte golpe en el estómago, provocando las lesiones referenciadas, y de conformidad con las pautas valoradas por el “a quo”, en los términos de los arts. 40 y 41 del C.P..

Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo casar la sentencia en crisis, procediendo a recalificar los hechos materia de estudio bajo las previsiones del delito de lesiones graves, por el que el incuso Gastón Fabián Duarte deberá responder a título de autor, y en consecuencia, readecuar la pena impuesta al nombrado en cinco (5) años y diez (10) meses de prisión,

accesorias legales y costas del proceso, sanción que encuentro justa y adecuada, en función de las características y de la gravedad del injusto achacado, como así también de las pautas mensurativas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, que ya fueron materia de análisis en los párrafos que anteceden, sin costas en esta instancia, por entender que existieron razones plausibles para litigar.

Así lo voto.

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

He de apartarme del meduloso voto de mi estimado colega que abre el acuerdo.

a.- Analizadas las actuaciones y aunque sintéticamente, presto anuencia a lo afirmado por el tribunal “a-quo” al momento de fundar el veredicto y sentencia que ahora se impugna.

Conforme lo debidamente probado y no discutido en autos, Gastón Fabián Duarte efectuó un golpe en la zona abdominal a L. B. R. de cuatro años de edad que -más allá de la “calificación médica” de lesiones graves- le produjo perforación del duodeno, sangrado y una víscera hueca, situación ésta que puso seriamente en riesgo su vida.

Y digo “calificación médica” porque en realidad hace referencia a una situación médica grave, de urgencia, que amerita una pronta intervención pero que dista de ser la significación jurídica que luego se le dará al hecho en juzgamiento.

Y vaya si puso en riesgo la vida del menor que la pediatra María Cecilia Juvenal al momento de su declaración en el debate y ante preguntas concretas, afirmó: “...*externamente presentaba sólo un hematoma (...) era únicamente compatible con un golpe, puede ser con un objeto contundente, con algo intenso o fuerte (...) el golpe podría haber matado al chico (...) para que haya provocado una perforación quiere decir que fue intenso, algo fuerte”.*

La historia clínica del Hospital Nacional Prof. Posadas, consignó toda la asistencia que se le brindó al niño durante todo el proceso en donde se determinó que hubo abundante líquido libre de cavidad y se decide el traslado de la criatura *“por sospecha de perforación intestinal”*, situación que luego fue corroborada en el dictamen médico donde se consigna: *“...presenta perforación intestinal a nivel duodeno y shock hipovolémico”*.

En igual sentido se expresó la doctora Bustos, quien atendió al menor post operatorio dando detalles de los padecimientos que sufría y, en lo que interesa destacar, en su declaración ante la pregunta que debe entenderse por ‘estado crítico’ manifestó: *“estado crítico es riesgo de vida...”*; pero aún más, afirmó que los cirujanos dijeron que sin operación *“se moría en un par de horas más”*.

Finalmente, también fue terminante la doctora De Stefano; luego de coincidir con las lesiones descritas anteriormente, afirmó que *“...a veces no puede medirse la intensidad pero hay, si estamos hablando de un menor y de un adulto, una desproporción física, ya de por sí (...) es un golpe dirigido con intensidad, intensidad hacia la pared abdominal, lo que hace que el intestino presione, aumenta la presión del intestino y rompe la pared intestinal ... no es un golpe leve...”*.

Cuando fue requerida por las partes -concretamente por el acusador público- sobre si existió riesgo de vida para el menor, la médica legista dijo: *“...la intervención quirúrgica (recuerdo que por los dichos de los cirujanos era necesaria sino se moría el niño) ya pone al chico en riesgo de vida ... como llega el chico, con el shock hipovolémico, la sepsis por la peritonitis, lo pone en riesgo de vida, por eso se lo caratula como lesiones graves...”*.

Dicho esto, y sin duda alguna sobre el real y concreto riesgo de vida que sufrió Romero, analizaré el porqué, o la causa por la cual el menor llegó al estado antes descrito, con prisa en destacar que es la conducta del aquí juzgado quien con su actuar puso en peligro a la criatura de tan solo 4 años de edad (al momento del hecho) que, gracias a la intervención médica oportuna, no llegó a terminar.

En pocas y resumidas palabras: la notable diferencia de texturas, la descomunal superioridad física y de fuerza, la zona vital donde se aplicó el golpe, la indefensión de la víctima y su fragilidad, el mecanismo de producción y la intensidad del golpe, son claros y precisos indicadores para afirmar que Duarte debió necesariamente representarse la posibilidad real y concreta de causar la muerte de su hijastro.

De estos datos ponderados por el sentenciante y no discutidos, mal puede decirse que Duarte no tuvo la intención –al menos a título eventual- de quitar la vida a Romero, siendo los mismos suficientes para tener por acreditada tal intención homicida “*ex-ante*” y que éste actuó con la real posibilidad de la realización del tipo de homicidio, encontrándose de este modo perfectamente comprobado que la conducta desplegada por el aquí imputado resultó “racionalmente idónea” para cubrir el tipo subjetivo requerido, pero que no llegó al resultado consumado por causas ajenas a su voluntad.

Y digo al menos a título eventual ya que, aun dando por cierto que Duarte no persiguió directamente el resultado muerte a título de dolo directo, sí actuó conociendo que con su actuar generaría un peligro concreto, elevando el índice de que éste se produjera y sin importarle tal resultado.

Finalmente, cabe agregar que más allá de las probanzas científicas que encaminan el actuar doloso subjetivo de Duarte, tal afirmación y corroboración no es caprichosa desde qué, los más mínimos principios de sentido común, indican que las diferencias apuntadas entre víctima y victimario, llevan a dar por cierto la real posibilidad y a la falta por parte de Duarte de no poder controlar los riesgos -que de hecho sucedieron- sobre la vida de Romero.

Por ello y a poco de analizarse la sentencia puesta en crisis es a todas luces evidente que el juzgador acampó en prueba pertinente, seria, decisiva y convincente en relación a la ultrafinalidad dolosa -a título eventual- en el actuar del imputado en referencia al hecho en juzgamiento por lo que debe decaer el motivo de agravio esgrimido por el recurrente (artículos 18 de

la Constitución Nacional; 79 del Código Penal; 210, 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

b.- Lo dicho me lleva a dar respuesta al motivo de agravio que demanda la errónea y arbitraria valoración de los artículos 40 y 41 del Código Penal ya que, analizadas las cuestiones pertinentes en lo que hace a la mensuración de la pena, no advierto -ni lo logra demostrar el quejoso- violación alguna a los citados artículos del código de fondo.

Debo decir que en lo que respecta a la individualización de la pena, es mi pensamiento coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal.

Es que, *“nuestra ley penal vigente no fija un parámetro vinculante para los jueces, lo que permite concluir que el legislador optó dejar este punto (la mensuración de la pena) a la decisión de aquellos”* (cfr. entre otras, Sala V, T. C. P. causa nº 63.375 “S., J. s/ recurso de casación”).

Así, ha sostenido nuestro máximo intérprete constitucional provincial, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

Por otra parte, he de destacar que los sentenciantes expusieron fundadamente los motivos a través de los cuales valoraron como pautas agravantes de sanción la personalidad violenta del imputado, la conducta posterior asumida por el nombrado (al restarle importancia a la lesión provocada al menor Romero) y la extensión del daño causado, y como atenuantes la ausencia de antecedentes condenatorios, la confesión del inculpado, como así también el arrepentimiento demostrado por el mismo, al tiempo que brindaron argumentos de peso al rechazar las circunstancias diminuentes invocadas por la defensa del justiciable (la edad de Duarte y el

contexto social que lo rodeara), sin que se advierta que incurrieran en conclusiones absurdas o arbitrarias, donde el decisorio recurrido luce debidamente fundado y ajustado a Derecho.

A ello, debo agregar que no hay método alguno que permita transformar los juicios valorativos en cantidades numéricas de modo que, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad - que en el caso no se evidencia- resulta improcedente el recurso casatorio que se limita a tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el "a quo".

Por todo lo expuesto, abro mi respetuosa disidencia y a esta tercera cuestión voto por la negativa, proponiendo dejar incólume la sentencia impugnada.

**A la misma tercera cuestión planteada la doctora Budiño, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Natiello en igual sentido y por sus mismos fundamentos.

Solamente me permito agregar que, el dolo –en el caso en su especie eventual- ha sido acreditado, como ocurre casi siempre en virtud de su naturaleza eminentemente psicológica, a partir de prueba de tipo indirecta formada por aquellos indicios que surgen de la forma en que se exteriorizó la conducta.

El conocimiento y la voluntad propias del saber y el querer que caracterizan el dolo están diferentemente configurados y relacionados según cada una de sus clases. En el dolo directo de primer grado existe el propósito o la intención de causar el resultado y por lo tanto el componente volitivo es mayor que en el dolo eventual donde hay tanto una más débil configuración de ese aspecto porque el autor no se propone el resultado, como una menor intelección de su producción porque no está seguro que este vaya a producirse.

Hay tres elementos que pertenecen al dolo eventual e integran su contenido: 1) la concurrencia del peligro de realizar el tipo, como elemento

volitivo del injusto, 2º) la representación de la seriedad del peligro, componente intelectual del injusto de la acción, referido a la magnitud del riesgo o probabilidad de realización del tipo y 3º) el conformarse con la producción del resultado típico como factor de mayor culpabilidad basado en la actitud adoptada por el autor frente a la pretensión legal de respetar el bien jurídico protegido.

En síntesis, el autor actúa con dolo eventual cuando, en el momento de la acción, considera seriamente la producción del resultado típico como consecuencia probable de ella, y a pesar de ello actúa, conformándose de ese modo con tal posibilidad.

Si bajo este esquema del dolo eventual se analiza el hecho que aquí se juzga, la representación del peligro relativamente alto de que se realice el tipo, aparece suficientemente demostrada, así como la aceptación de esa posibilidad por parte del autor. Ninguna otra conclusión es razonablemente admisible frente a la acción de un sujeto de las características físicas del imputado que decide propinar un golpe en el estómago a un niño de cuatro años de edad, con una potencia tal que le produjo una perforación intestinal y derivó en un grave riesgo para su vida.

En el contexto situacional que viene acreditado, el riesgo para la vida del niño víctima fue, por su notoriedad, sin ninguna duda advertido y consecuentemente aceptado por el sujeto activo quien a pesar de ello decidió igualmente ejecutar tal accionar, es decir que sabía lo que hacía y conocía el peligro concreto que generaba su accionar, por lo que no puede más que concluirse que actuó con dolo eventual.

En suma, coincido con mi distinguido colega Dr. Natiello en cuanto a que las conclusiones del Tribunal respecto a la acreditación del dolo eventual han sido establecidas de acuerdo a las reglas que rigen la valoración probatoria, fijadas en los artículos 210 y 373 del Código Procesal Penal.

Finalmente, en cuanto a la pena determinada en la instancia, además de compartir las apreciaciones del Dr. Natiello al proponer su

confirmación, me permito señalar que, contrariamente a lo esbozado por el recurrente, el a quo ha dado tratamiento a las pautas atenuantes postuladas por la defensa al alegar, e incluso ha receptado favorablemente la mayoría de ellas -carencia de antecedentes, la confesión y el arrepentimiento demostrado por el imputado- por lo que la crítica defensiva en este aspecto resulta inatingente.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

**A la cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, estimo que corresponde: 1) declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el defensor particular, Dr. Francisco José García Maañón, a favor del encausado Gastón Fabián Duarte; 2) no hacer lugar a la prueba ofrecida, por no haber demostrado la parte interesada que la misma sea útil, pertinente y que reúna las condiciones exigidas por el Ceremonial Bonaerense; 3) por mayoría, rechazar el remedio procesal impetrado por improcedente, sin costas en esta instancia, al entender que existieron razones plausibles para litigar, y; 4) regular los honorarios profesionales del letrado interviniente, Dr. Francisco José García Maañón, Tº XLV Fº 465 del C.A.S.I., en la suma del veinticinco por ciento (25 %) de lo regulado en la instancia con más los aportes de ley, por la labor desplegada ante este Tribunal (artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 42, 45 y 79 del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 1, 106, 210, 373, 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1, 457, 530, 531, 534 y concordantes del Código Procesal Penal; 1, 2 y 31 de la ley 14.967; 12 inciso a) del decreto ley 7741/71, en función de lo normado por el art. 1 de la ley N° 8455, debiendo procederse como lo determina el artículo 22 de la ley N° 6716, modificado por el artículo 12 de la ley N° 10.268).

Así lo voto.

**A la misma cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**A la misma cuarta cuestión planteada la doctora Budiño, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:**

### **SENTENCIA**

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

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de casación deducido por el defensor particular, Dr. Francisco José García Maañón, a favor del encausado Gastón Fabián Duarte.

II.- No hacer lugar a la prueba ofrecida, por no haber demostrado la parte interesada que la misma sea útil, pertinente y que reúna las condiciones exigidas por el Ceremonial Bonaerense.

III.- Por mayoría, rechazar el remedio procesal impetrado por improcedente, sin costas en esta instancia.

Rigen los artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 42, 45 y 79 del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 1, 106, 210, 373, 421, 448,

450, 451, 454 inc. 1, 457, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal.

IV.- Regular los honorarios profesionales del letrado interviniente, Dr. Francisco José García Maañón, Tº XLV Fº 465 del C.A.S.I., en la suma del veinticinco por ciento (25 %) de lo regulado en la instancia con más los aportes de ley, por la labor desplegada ante este Tribunal.

Art. 534 del C.P.P.; 1, 2 y 31 de la ley 14.967; 12 inciso a) del decreto ley 7741/71, en función de lo normado por el art. 1 de la ley N° 8455, debiendo procederse como lo determina el artículo 22 de la ley N° 6716, modificado por el artículo 12 de la ley N° 10.268.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

**FDO: MARIO EDUARDO KOHAN- CARLOS ÁNGEL NATIELLO- MARIA FLORENCIA BUDIÑO. JUECES.**