

REGISTRO N° 20679

///la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de septiembre del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, y las doctoras Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 12.328 bis caratulada: "Golenderoff, Alejandro Daniel s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, el doctor Ricardo Gustavo Wechsler y el Defensor Particular, doctor Carlos Eduardo Rossi.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Figueroa y en segundo y tercer lugar los doctores Ledesma y Slokar, respectivamente.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de esta ciudad, con fecha 16 de junio de 2009, resolvió en su parte pertinente: "I. *CONDENAR a Alejandro Daniel Golenderoff a la pena de quince años de prisión y accesorias legales, como autor del delito de homicidio, en grado de tentativa; con costas (artículos 12, 29, inc.3°, 42 y 79 del Código Penal y 403 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).* II. *Fijar como fecha de vencimiento de la pena impuesta a Alejandro Daniel Golenderoff el once de octubre de dos mil veinte (11-10-2020).* III. *Destruir los dos discos compactos - una vez que sean enviados por el juzgado de instrucción- y las radiografías y tomografías reservadas en secretaría.* IV: *Agregar al principal la copia de la historia clínica reservada...*" (fojas 1411/vta., cuyos fundamentos obran a fojas 1415/1435vta.).

2°) Que contra dicha resolución el Defensor

Particular Carlos Eduardo Rossi, dedujo recurso de casación a fojas 1444/1512vta, el que fue concedido a fojas 1513/1515 y mantenido en esta instancia a fojas 1524.

3°) El recurrente invocó ambos motivos previstos en el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. En primer término impugnó la sentencia condenatoria por cuanto entendió que se había violado el principio de *ne bis in idem* contra su pupilo, atento argumentó que se lo había enjuiciado dos veces por un mismo hecho. Al respecto sostuvo que la intervención que tuviere esta Cámara, a través de la Sala I, que dispuso anular parcialmente la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 y resolvió el reenvío para un nuevo juicio, habría violentado el aludido principio al supuestamente pretender perseguir dos veces a su defendido por un mismo hecho. Entendió que lo allí resuelto constituía una nulidad de orden general que impedía la pretensión punitiva del Estado contra Golenderoff. Agregó que efectuó dicho planteo de nulidad al momento de abrir el segundo debate, y que ante su rechazo por parte del tribunal, no tenía otro remedio que insistir en tal tesitura mediante el remedio casatorio contra la sentencia aquí recurrida.

Sostuvo que no le estaba permitido a la Sala I de esta Cámara reeditar todo el debate, tal como ordenó cumplir al tribunal, para substanciar un nuevo juicio contra su ahijado procesal. Agregó que con ello el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7, habría viciado estas actuaciones desde la oportunidad prevista en el artículo 359 del código de rito (conforme fojas 1280), configurando una nulidad de carácter general y absoluta. Ello por cuanto el proceso había llegado hasta la instancia final, luego de haberse cumplido válidamente todas las etapas anteriores. De ahí, que los principios de preclusión y progresividad, obstarían a la doble persecución del encartado.

Para sustentar la impugnación de la sentencia aquí recurrida, adujo que la decisión de la Sala I de esta Cámara (fojas 1236/1240vta.) se apartó de la normativa procesal vigente atento que para el caso, no correspondía anular la

sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 y reenviar las actuaciones para un nuevo juicio conforme lo previsto en el artículo 471 del CPPN, sino que a su criterio, lo que debió resolver esa Cámara fue casar la misma y absolver a Golenderoff (artículo 470 del mismo cuerpo legal) por el beneficio de la duda.

Entendió que si del plexo probatorio producido en el debate, surgían inconvenientes para subsumir su conducta en el tipo previsto en el artículo 79 del Código Penal, a la Sala I correspondía anular la sentencia condenatoria y en consecuencia, absolver a su pupilo. En definitiva, solicitó que: *"Declare la nulidad del decisorio, que ordena el reenvío, decidido por esta Excam Sala I, de la CNCP., fundado en el art. 471 del CPPN., que resulta nulo, en los términos de los art. 168 segundo párrafo del CPPN., en función de los arts. 16 (igualdad ante la ley), 17 (derecho de propiedad frente a los actos procesales válidos y cumplidos), 18 (presunción de inocencia, defensa en juicio, debido proceso legal, ne bis in idem, no auto incriminación), 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (consagrados por los pactos internacionales que rigen la materia) por comportar tal decisión la violación de las citadas garantías, y conforme al art. 172 acarrea la nulidad de los posteriores vinculados";* agregando que: *"Se agravia esta parte, del total y absoluto desconocimiento de lo resuelto en la Alzada, y el apartamiento de los lineamientos expuestos por el superior, al momento de resolver el recurso impetrado contra la anterior sentencia condenatoria que resultara anulada por arbitrariedad".*

En segundo lugar, se agravió por la supuesta violación al derecho de defensa en juicio de su defendido, por cuanto adujo que se había visto impedido de formular aclaraciones respecto al testigo Perea; por la imposibilidad de incorporar los dichos de la Dra. Garea prestados durante la faz instructoria que habrían contribuido a reforzar su versión de los hechos; y por el rechazo de la recusación

planteada en juicio por el recurrente, del perito Dr. Genesín.

En tercer lugar, sostuvo que la sentencia recurrida se basó en una arbitraria valoración de la prueba, detentando una fundamentación aparente. Por lo que también discrepó con la calificación finalmente efectuada por el *a quo*.

En síntesis, luego de citar sendos antecedentes de nuestro Máximo Tribunal para fundar su pretensión, solicitó se case la sentencia recurrida y en definitiva, se absuelva a su pupilo.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por el término de ley de diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465 primera parte y 466 del ordenamiento ritual, el representante del Ministerio Público Fiscal Pedro Narvaiz, solicitò el rechazo íntegro del recurso interpuesto (fojas 1528/1534vta.).

En lo que a la posible afectación del principio de *ne bis in idem*, sostuvo que lo resuelto por la Sala I de esta Cámara se adecuó a la normativa prevista en nuestro ordenamiento de rito, al decir que: "*Resulta evidente, entonces, que la anulación de la sentencia dictada por el tribunal oral que se dispuso a instancia exclusiva del condenado y sin que mediara agravio del acusador, sigue el procedimiento tal como se encuentra previsto en el artículo 471 del C.P.P.N.; y que es ahora la misma parte que obtuvo una respuesta favorable del órgano jurisdiccional la que sostiene que proceder conforme a lo establecido en el ordenamiento de forma y a lo ordenado por la Sala I vulnera el principio de non bis in idem*".

5º) Con fecha 15 de agosto del corriente año se dejó debida constancia de haberse superado la etapa procesal prevista en el artículo 468 del CPPN, quedando las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

-II-

Que a fin de analizar el recurso interpuesto por la defensa, resulta necesario efectuar una breve reseña de las

constancias de la causa.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 de esta ciudad el 28 de septiembre de 2007, condenó a Alejandro Daniel Golenderoff a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en grado de tentativa de un niño de once meses (artículos 12, 29 inciso 3, 42, 45 y 79 del Código Penal); contra dicha sentencia la defensa particular interpuso recurso de casación, circunstancia que determinó que la Sala I de esta Cámara, mediante sentencia del 9 de marzo de 2009, registro n° 13.323, resolviera: *"Hacer lugar, sin costas, al recurso de Golenderoff, y en consecuencia anular parcialmente la sentencia obrante a fs. 1162/1190, exclusivamente en lo que respecta al juzgamiento del hecho que damnifica a Ezequiel López, remitiendo las actuaciones a la Secretaría General de este Tribunal para que mediante el sorteo correspondiente desinsacule el Tribunal Oral en lo Criminal que llevará a cabo el nuevo juicio (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.)"* (fojas 1236/1240vta.). El juez Fégoli, a quien adhirieron sus pares Madueño y Rodríguez Basavilbaso, basó su decisorio en que a su entender, no estaba debidamente probado el dolo homicida que requiere el tipo en cuestión, al no valorar la conducta inmediata posterior al hecho.

Corolario de ello, se realizó un nuevo juicio oral contra Alejandro Daniel Golenderoff (acta de debate obrante a fojas 1309/1311vta., 1323/1346vta., 1393/1399 y 1402/1409), por el que el nombrado fue condenado a la pena de quince años de prisión y accesorias legales, como autor del delito de homicidio en grado de tentativa contra Ezequiel López, que a la fecha era un bebé de once meses, el que víctima del ilícito, quedó físicamente en estado vegetativo y de acuerdo a las constancias de autos -fojas 935/956-, internado y desconectado del mundo exterior en el PINEP "Primer Instituto de Niños Extrapiramidales y Piramidales -conforme sentencia fojas 1424 vuelta-. Contra esta sentencia, el Defensor

Particular volvió a interponer el presente remedio casatorio.

-III-

1º) Cabe tratar en primer lugar, el agravio referente a la supuesta violación a la prohibición de *ne bis in idem* invocado por el recurrente. Al respecto, conviene considerar el alcance que dicho principio tiene en nuestro ordenamiento jurídico y consecuentemente, si se observa vulneración al mismo en el caso concreto, tal como impugna la defensa.

El principio aludido ha tenido recepción desde antaño en nuestra Carta Magna como garantía no enumerada o implícita (artículo 28 CN). Luego de la reforma constitucional de 1994, la prohibición de *ne bis in idem* está expresamente consagrada por imperio del artículo 75 inciso 22 CN, a través de los artículos 8.4 de la CADH y 14.7 del PIDCyP. De esta forma, ya no existe discusión acerca de su plena vigencia en nuestro país, aunque deviene imperioso precisar su alcance a la luz del caso *sub examine*.

La prohibición de *ne bis in idem* a su vez, detenta carácter universal y puede encontrarse en varios antecedentes en el derecho comparado moderno, debiendo mencionar por su valor histórico, la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, norma suprema que fue la base de la Constitución Nacional de 1853.

Sin embargo, puede remontarse a sus orígenes griegos, donde la doctrina sitúa en el tratamiento que tuvo en la Constitución de Atenas. Posteriormente, fue receptado sucesivamente en el Corpus Iuris Civilis, Codex 9.2.9, a instancia de Justiniano; la Ley XII, Título I, de la VII Partida del Rey Alfonso X, el Sabio -que recogió la primitiva formulación griega en la doble consideración de prohibir la duplicidad de enjuiciamientos por un mismo hecho e igualmente, de ulterior tratamiento de cualquier asunto previamente fallado-; la formulación genérica y limitada a los supuestos de doble detención por los mismos hechos, en el Habeas Corpus Amendment Act de 1679; (véase López Barja de Quiroga, Jacobo, "El principio: non bis in ídem", Ed.

Dykinson, Madrid, 2004; Muñoz Clares, José. "Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición, patología y contrarios", Ed. Librero-Editor, Murcia, 2006).

Cabe citar además, su recepción contemporánea en el ámbito europeo en cuanto prevén los artículos 4.1 del Protocolo 7 adicional al Convenio de Derechos Humanos, 54 a 58 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, y el 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Corresponde resaltar los dos aspectos que implican el *ne bis in idem*, y que la doctrina nacional e internacional clasificara en su faz material y procesal. Así el principio incluye tanto a la prohibición de doble sanción, como a la de doble proceso o juzgamiento. Aunque de hecho, parte de la doctrina sostiene que el aforismo se remonta en sus orígenes a una institución del derecho procesal civil, que expresaba la imposibilidad de accionar dos veces en reclamación de una misma cosa, como contenido material de una demanda.

Sobre el fundamento de la llamada faz procesal del principio se ha establecido que: "*Con base en el principio de seguridad jurídica, el non bis in idem impide que pueda existir un doble enjuiciamiento (bis de eadem re ne si actio) sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Se trata de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio. De ahí que el principio actúe antes de que el proceso llegue a sentencia*" (López Barja de Quiroga, Jacobo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2010, página 163).

Tiene dicho la doctrina que: "*El non bis in idem es, según algunos autores, uno de los efectos de la sentencia que ha pasado en autoridad de **cosa juzgada** y ésta -se dice- 'significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia'*" (Domingo E. Acevedo, "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis*

in idem) en el caso Loayza Tamayo, San José, Costa Rica, 1998, página 287. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por tanto, corresponde advertir que el dictado de una sentencia firme o con calidad de cosa juzgada, implica un obstáculo insoslayable dentro de un Estado Democrático de Derecho, que impide la reapertura de un nuevo juicio. El artículo 14.7 del PIDCyP prevé: "*Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*". Por su parte, el artículo 8.4 de CADH establece: "*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*". De la letra de los referidos artículos, surge expresamente como requisito para poder hacer jugar la protección en cuestión, que exista una **sentencia firme** que ponga fin al proceso. En tal caso, el Estado no podría reabrir su pretensión punitiva para volver a perseguir a quien definitivamente haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme.

El fundamento genérico del *ne bis in idem* procesal reside en la seguridad jurídica. De ahí que desde un doble enfoque, se trate de preservar la aplicación del Derecho de modo que éste se pronuncie de manera única, otorgando la estabilidad y permanencia de la solución legal arribada al caso en concreto, constituyendo ello una garantía individual desde la óptica del imputado. De lo contrario se llegaría a la consecuencia perturbadora, que un doble juzgamiento conduzca a que en el marco de un segundo proceso, se arribe a una conclusión diversa.

Por su parte, esta garantía no sólo resguarda la posibilidad de una reapertura posterior en un nuevo juicio, sino también, la posibilidad que un imputado se vea simultáneamente enjuiciado ante la misma pretensión punitiva, por los mismos hechos. La protección alcanza en el primer supuesto al caso de un segundo proceso con objeto igual que otro ya terminado (cosa juzgada); en el segundo, también

abarca para casos de múltiple e idéntica persecución -aunque en este caso de pendencia simultánea (litispendencia), obviamente no requiere sentencia firme-.

La prohibición de doble proceso, también se vincula, además de con la cosa juzgada, con el derecho a una tutela judicial efectiva y el debido proceso. Es que dicha imposibilidad obsta al inicio de una nueva persecución en manos del Estado, porque de lo contrario se menoscabaría la libertad de la persona frente al poder punitivo, al poder ser sometido nuevamente a proceso por los mismos hechos. La prohibición de doble enjuiciamiento constituye una garantía que su vulneración implicaría una indefensión del imputado, donde luego que se haya dictado una sentencia firme que alcance eficacia de cosa juzgada, se permita reproducir cuanto ha sido objeto de un proceso anterior que terminó finalmente, con una decisión jurisdiccional oponible *erga omnes*.

Cabe recalcar entonces, uno de los requisitos fundamentales a efectos que rija la protección constitucional de prohibición de doble enjuiciamiento, cual es la resolución judicial firme que pone fin a un proceso, que impediría la posibilidad del Estado de reabrir un nuevo proceso, contra el mismo imputado y por los mismos hechos. El derecho a no ser sometido a un doble procedimiento, así se conecta con la potestad jurisdiccional, con su propia esencia, y a través de ella con el derecho a la tutela judicial efectiva (Pérez Manzano, Mercedes. La prohibición constitucional de *bis in idem*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, página 69).

Al respecto, tiene dicho la doctrina internacional que: *"otro requisito que exige la Convención Americana es que la sentencia absolutoria sea 'firme'. La sentencia absolutoria 'firme' tiene, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Convención Americana, efecto vinculante erga omnes contra cualquier persecución que intente el Estado 'por los mismos hechos'. Ello es así porque se trata de una obligación que deriva de una garantía 'fundamental de la persona humana'*

respecto de la cual todos los Estados partes en la Convención Americana tienen un interés jurídico en su protección... El *ne bis in idem* es, según algunos autores, uno de los efectos de la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y ésta -se dice- 'significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia'" (Acevedo, Domingo E., oportunamente citado, páginas 287 y siguientes).

Por su parte, también se estableció que: "Ejercer la potestad jurisdiccional es 'decir el Derecho' -iurisdictio-, esto es, expresar la ley del caso concreto. De manera que si es consustancial a la idea misma de Derecho que éste se exprese de forma única e inequívoca, también es un rasgo de la propia iurisdictio que se ejerza una sola vez respecto de un mismo hecho. Desde esta perspectiva, la exigencia de que la ley del caso sea una, de que la expresión del Derecho sea única e inequívoca, se ha de traducir en la prohibición de existencia de un doble proceso. El derecho a la tutela judicial efectiva se conecta entonces con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que la tutela se dispensa 'en el ejercicio de la potestad jurisdiccional'..., juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. No puede haber tutela judicial ni ésta puede ser efectiva si la iurisdictio se ejerce de forma múltiple, si no hay garantía de que la ley del caso sea una, y de que, una vez expresada, se vaya a consolidar con carácter definitivo. La prohibición de doble proceso constituye así manifestación de la esencia misma de la potestad jurisdiccional" (Pérez Manzano, Mercedes, oportunamente citada, página 70).

La doctrina nacional e internacional convienen en que para que opere la prohibición de doble sanción y de doble proceso, se requiere una triple identidad: de persona, objeto de persecución y fundamento. Ahora bien, respecto a la tercera identidad, la misma ha advertido y puesto ciertos reparos. Se sostiene que la conjunción de estos tres elementos a efectos de ser alcanzados por la protección del *ne bis in idem*, constituye una necesidad analítica a la hora

de interpretar el principio, pero se admite que la realidad de los hechos, ha presentado hipótesis fácticas que han cuestionado la plena vigencia del tercer requisito.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reafirma los tres elementos de identidad, sosteniendo que no se vulnera el *ne bis in idem* cuando en los procesos nos encontramos frente al fraude procesal, o cualquier modalidad legal para obtener la impunidad, o ante la cosa juzgada aparente -conforme casos "La Cantuta vs. Perú", fallo del 29/11/06 y "Almonacid Orellano vs. Chile" del 29/09/06-.

La validez para nuestro país de esta jurisprudencia internacional, impone que en el análisis del caso, con la pretendida invocación del defensor que se ha violado el "*non bis in idem*", se extreme el escrutinio y se lleve adelante la interpretación normativa con rigurosidad y prudencia, para que no sea el órgano jurisdiccional quien tergiversando valoraciones acerca del citado principio, sea el que asegure la impunidad del imputado. No puedo soslayar que mi función me impone analizar el caso concreto, encontrándome ante la comisión del delito de homicidio en tentativa, que tuvo y tiene como víctima de lesiones graves e irreparables, atento el resultado muerte vegetativa de un bebé, que en el momento de los hechos sólo tenía once meses. Que dicho acto delictivo implicó graves violaciones a normas convencionales, atento se encuentra regulado el derecho de todo niño a su integridad física y psíquica, a la vida, resguardándose el interés superior del niño, conforme surge de los artículos de la Convención de los Derechos del Niño, los que fueron flagrantemente desconocidos por el concubino de la madre del niño, aprovechando la ausencia de ésta y el absoluto y total estado de indefensión de un ser humano tan pequeño e indefenso.

Ha sostenido Julio Maier que: "*Empero, conviene aclarar antes que, al menos para el ámbito de la persecución penal, la tercera identidad es discutible como tal y parece*

sintetizarse mejor su concepto explicando que aquí sólo se trata de exponer ciertas excepciones racionales al funcionamiento del principio, a pesar de la existencia conjunta de las dos identidades anteriores. Tales excepciones, según veremos, las establece la propia ley, directamente, al reglamentar el principio, o surgen de la interpretación sistemática del orden jurídico. Son, por así decirlo, casos en los cuales, fácticamente, existe una persecución penal múltiple de una misma persona y por el mismo hecho, permitida jurídicamente" (Maier, Julio B. J. "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple", Doctrina Penal, año 9, n° 35, julio-septiembre 1986, Bs. As. Ed. De Palma, página 423).

Al respecto refiere que: "para estos supuestos, que, pese a conformar un caso genérico, no provienen de un núcleo común o no obedecen a una razón sencillamente explicable de modo unitario, consiste en comenzar admitiendo que no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (eadem persona- aedem res) requeridas por ella. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho... Esas excepciones se indican de manera directa... o surgen de una interpretación sistemática del orden jurídico, específicamente de la ley procesal penal, que no concede a todas las decisiones judiciales el mismo valor, sino que, antes bien, individualiza convenientemente el efecto de cada uno de los modos de finalización del procedimiento, según la clase de la resolución, la materia a la cual se refiere e incluso los límites jurídicos internos de la propia resolución. Como se puede observar, el estudio y aclaración de los diferentes casos en los cuales, según interpretación sistemática de la ley procesal, la existencia de una persecución penal no inhibe a otra, que versa sobre el mismo hecho imputado a la misma persona, es el verdadero objeto de esta sección... Se trata de las decisiones que,

según la terminología procesal, afirman su fuerza de cosa juzgada formal, pero rechazan la fuerza de cosa juzgada material. Todas ellas, una vez firmes, llevan implícito el efecto de impedir el planteo del caso de la misma manera en que fue planteado, pero no inhiben una nueva persecución, materialmente idéntica, no bien se corrijan los defectos u obstáculos que impedían la primera" (Maier, Julio B. J. oportunamente citado, páginas 445/446).

Cabe concluir entonces, que para que opere la garantía constitucional de prohibición de *ne bis in idem* procesal -prohibición de doble proceso-, se requiere que la resolución judicial que puso fin al primer juicio haya quedado firme, no operando dicha firmeza en el caso sometido a análisis jurisdiccional.

Por su parte, removidos los obstáculos procesales que motivaran la anulación de excepcionales vicios, la solución legal prevista en nuestro ordenamiento de rito, es el reenvío a la instancia que la produjo para su saneamiento. En consonancia con ello, ha dicho la doctrina que: *"Si el Tribunal de Casación anula la sentencia, remite la causa al tribunal de juicio que, como hemos visto, debe ser distinto al que dictó la resolución anulada, a efectos de que se realice nuevamente el juicio completo, de manera tal de que el momento inicial deberá ser el de la apertura del debate, con los mismos elementos probatorios con que se contaba al momento de tramitarse el primer juicio" (Washington Abalos, Raúl. Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, página 510).*

Por ello, más allá del criterio a seguir en cada caso en concreto, sobre si el nuevo juicio debe desarrollarse ante el mismo tribunal o uno diferente, lo cierto es que el reenvío es la solución que surge del artículo 471 del CPPN por vicios *in procedendo* al dictar una sentencia.

2°) Fijados los lineamientos desarrollados en el acápite precedente, corresponde analizar a la luz de ellos, si en el presente caso que nos ocupa, el reenvío dispuesto

por la Sala I de esta Cámara, ha implicado una violación a la prohibición de *non bis in ídem*.

Al respecto, adelanto que en este caso propiciaré el rechazo del remedio casatorio, con las siguientes argumentaciones.

En primer término corresponde señalar que el momento procesal para recurrir el supuesto vicio, que según el defensor tuvo la sentencia de esta Cámara de fojas 1236/1240vta., que en dicha oportunidad resolvió conforme lo solicitado por el recurrente, al momento de su notificación era la instancia procesal para recurrir a través del remedio excepcional que prevé la Ley 48. De allí que, lejos de articular el remedio impugnativo conforme a derecho, el ahora por segunda vez recurrente, consintió tal decisión precluyendo en consecuencia su derecho, por lo que en tales condiciones determina la extemporaneidad del planteo efectuado en esta instancia, que al no configurar una nulidad absoluta no obliga a su declaración. Se advierte entonces que al consentir el defensor el fallo de Casación que lo beneficiaba, atento resolvía la anulación de lo actuado, remitiendo el proceso a otro tribunal para que realice el debate y juzgue, lo ordenaba en estricto cumplimiento del artículo 471 del CPPN, no accionó con los recursos que lo habilitaban planteando el "non bis in ídem", el agravio a su entender era constitucional, por lo que la materia le abría la vía del recurso extraordinario y no lo hizo. Por eso el defensor por su inacción consintió un nuevo proceso, que ante un fallo condenatorio no firme por su accionar recursivo por 16 años de prisión, obtuvo un beneficio para su defendido de 15 años de prisión.

Entiendo que no le alcanza al recurrente la protección constitucional del "non bis in ídem" por no existir condena firme que lo ampare, y en la medida que lo resuelto por la Sala que intervino con anterioridad, resulta acorde a lo ordenado en la legislación procesal vigente.

Entender que la Cámara Federal de Casación Penal está imposibilitada de casar una sentencia y ordenar el

reenvío para el cumplimiento de la ley, implicaría derogar de oficio por inconstitucional el artículo 471 del CPPN, cuando no existe ningún precedente de la CSJN que así lo sustente. En autos la defensa no ha efectuado el referido planteo de inconstitucionalidad. Como lo he sostenido reiteradamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma, además que no ha sido solicitada por el defensor, es un acto jurisdiccional que requiere de extrema prudencia, no resultando a mi entender que la misma sea incompatible con la Constitución Nacional, ni con normas convencionales de igual jerarquía.

Sobre Alejandro Daniel Golenderoff recayó una primer decisión condenatoria que **en ningún momento** adquirió firmeza debido a la propia actividad recursiva de la defensa, acción que provocó que esta Cámara anulara dicha sentencia por entender que contenía un defecto de fundamentación que la afectaba en su integralidad. Se puso en duda el dolo homicida del imputado, cuando es difícil imaginar cuál ha sido la duda, cuando del acto delictivo por el que Golenderoff está enjuiciado, es el de un adulto hábil, varón de 26 años, sano, fuerte, que según las constancias de autos toma del cuello a un bebé de 11 meses porque lloraba, casi lo mata por asfixia y luego le golpea su cabeza en una superficie plana, dejándolo en estado vegetativo hasta ahora que tiene 9 años. Se evaluó la conducta posterior, pero el dolo homicida tuvo que evaluarse en el momento del acto, no vale el después, aún el arrepentimiento, porque con ese análisis nadie sería responsable de sus actos ilícitos si manifestara con posterioridad que no quiso el resultado.

Lo cierto es que a instancia de la actividad recursiva del propio condenado, la Sala I anuló parcialmente la sentencia condenatoria por advertir un vicio *in procedendo*, y dispuso el reenvío previsto en el artículo 471 del C.P.P.N., sin entender que el cumplimiento de una norma procesal implicaba la violación al "non bis in ídem". Al respecto la CSJN en "Recurso de hecho deducido por el abogado

defensor de Pedro Weissbrod S/ causa 6062" de fecha 25/04/1989, sostuvo que *"...por la circunstancia de que se haya anulado la primer sentencia, que había absuelto al imputado, por la existencia de vicios esenciales en el procedimiento - en especial por no habérselo indagado por la totalidad de los hechos investigados... no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces ni que se produjo la retrogradación del juicio, violándose así el principio del non bis in ídem"*

Precisó que *"La nulidad declarada no implica violar dicho principio, ya que de ser así, la nulidad -recurso contemplado en los códigos procesales- carecería de todo sentido en tanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesione el non bis in ídem, razonamiento que resulta inaceptable. Por el contrario, dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues sólo hay uno que puede considerársele válido"*.

Ha sido reiterada jurisprudencia de la CSJN en los precedentes *"Alvarado, Julio S/ averiguación infracción artículo 3 ley 23771 (ANSES)"* del 07/05/1998; *"Ayala, Ofelia s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización"* del 07/12/2001 F 324:4123; *Narvaez Delmas de Otero Llorián, María Teresa s/ causa 6610"* N. 214.XLII 18/08/2009; *"Martínez, Lucas M. y otros s/ causa 9865"* 06/10/2009; *Lagos Rodas, Jonathan y otro s/ recurso extraordinario"* del 19/04/2011, como analizaré.

La reseña de fallos deja sin sustento el planteo del abogado defensor, por lo que corresponde recordar que un pronunciamiento adquiere firmeza en el ordenamiento procesal vigente, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya rechazado la vía recursiva que ante ella se haya interpuesto. En tal orientación el Alto Tribunal ha sostenido que *"...la expresa indicación del procesado de recurrir ante el tribunal impide considerar firme al pronunciamiento..."* (cfr. *in re "Recurso de hecho deducido por Marcelo Andrés Olariaga en la causa Olariaga, Marcelo Andrés s/ causa 35/03 '0'", O. 300. XL, rta. el 26/06/07*); más recientemente, sobre el

alcance de sentencia definitiva, en "Recurso de hecho deducido por Ramón Moisés Grinhauz en la causa Mierez, Alfredo Rubén y otros s/ asociación ilícita etc. -causa n° 78/03-", M. 426. XLIII, rta. el 14/02/12).

En consonancia con ello -y a contrario de lo verificado en este caso-, la Corte Suprema ha precisado que cuando media un sobreseimiento firme, pretender una nueva persecución penal sobre idénticos hechos, implica vulneración al principio de *ne bis in idem* (Fallos 314:377), lo cual no se aplica al caso porque hubo dos condenas -nunca absolución- incluso la segunda le impone una pena menor.

He de recordar que esta Cámara ha sostenido que: *"...aquello que se encuentra vedado en resguardo de la garantía del doble juzgamiento es el sometimiento, luego de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, a que un sujeto sea nuevamente sometido a proceso por el mismo suceso, más ello no impide que, de encontrarse legalmente habilitado, un tribunal anule o case un pronunciamiento 'no firme' y reenvíe el expediente a su antecesor para dictar uno nuevo o bien continuar con la sustanciación del proceso (...)"* (cfr. Sala III, "Balconte, Ramiro Marcelo s/ recurso de casación", causa n° 9220, reg. n° 837, rta. el 30/06/08, voto del juez Tragant).

En idéntico sentido al expuesto se ha contemplado la garantía *non bis in idem* en los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución nacional (art. 75 inc. 22), en los que aquella parece no entrar en conflicto con el recurso del fiscal (art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

A lo expuesto se afirmó en el precedente "Balconte" antes mencionado, y con cita de Ottaviano que *"...antes de la 'sentencia firme' no hay todavía bis in idem de un mismo proceso penal, y que la ley procesal de cada país es la que fija cuáles resoluciones tienen ese carácter 'final' que impide la posterior persecución penal por el mismo delito"*, y

que a "...los fines de determinar que debe entenderse por 'sentencia firme' cabe recurrir a la noción fijada en el informe 1/95 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al caso 'Alan García' (caso 11.006, 7/2/1995). Allí la Comisión afirmó '... la expresión 'sentencia firme' en el marco del artículo 8°, inciso 4° no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el Derecho interno de los Estados. En este contexto 'sentencia' debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y 'sentencia firme' como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada'..." (cfr. 'El recurso fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los derechos humanos' en La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal -I- 2007-2, págs. 273/317) (ob. cit. pág.312)".

En conclusión, la primera actividad recursiva desplegada por la defensa de Golenderoff, al motivar el dictado de la decisión adoptada por la Sala I de este Tribunal a fs. 1236/1240vta, habilitó la decisión recaída respecto de reenviar las actuaciones a fin de celebrarse un nuevo juicio de conformidad con lo previsto en el art. 471 del código de forma, y por ello, mantuvo la ausencia de "sentencia firme" en los términos que antes se desarrollara, motivo por el cual no se encuentra en juego la garantía que prohíbe efectuar un doble juzgamiento a una misma persona por un mismo hecho.

A lo expuesto, corresponde puntualizar que los precedentes del Alto Tribunal que analizaron la garantía bajo estudio, respecto a algunos de los cuales el recurrente sustentó su agravio, revisten circunstancias fácticas de características diferentes a las suscitadas en este expediente, por lo que al no guardar analogía, no resulta aplicable la doctrina allí fijada, lo que demuestra la confusión del defensor.

Al respecto en el aludido caso "**Olmos y De**

Guernica" (Fallos: 329:1447, O.136.XXXVII, rta. el 09/05/06), se dejó sin efecto la sentencia recurrida atento que el imputado había sido condenado a una pena mayor a la originariamente impuesta, a raíz de la vía recursiva articulada por el propio condenado. Por lo tanto, existió violación a la prohibición de *reformatio in pejus*. Adviértase que el juez Petracchi, ilustró sobre la limitación que esta garantía para el imputado impone al reenvío, mas no cuestionó al juicio de reenvío propiamente dicho (confróntese considerando 6). Además, cabe agregar que quien dispuso el reenvío en este caso fue el Superior Tribunal de provincia luego de que la sentencia hubo adquirido firmeza para el representante de la vindicta pública que no la impugnó (confróntese considerando 11 del juez Petracchi). Por lo tanto, considero que el criterio vertido en el voto aludido (considerandos 12 y siguientes del mismo voto) no es aplicable al caso.

En el caso "**Sandoval**" ("Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento - causa n° 21.923/02", S. 219. XLIV., rta. el 31/08/10), se advierte que luego de una sentencia absolutoria, el Superior Tribunal local anuló dicha sentencia y dispuso la realización de un nuevo juicio, ordenando de oficio, la producción de una nueva pericia que resultó determinante para que, sustanciado el segundo debate, se condenare al encartado. Nótese que en este caso fue determinante en la decisión del Alto Tribunal, la violación a la prohibición de actuación de oficio por parte del órgano jurisdiccional, por la cual se "trocó" absolución por condena sin observar la norma constitucional del *favor rei e in dubio pro reo*. Surge palmaria la diferencia con el caso *sub examine* en el que se anuló parcialmente la condena a instancia de la propia defensa, lo que habilitó a que realizado el segundo debate, se redujera en un año de prisión la pena que fuera impuesta en primer término.

En tal orientación corresponde entonces puntualizar que en la primera oportunidad Golenderoff no había sido absuelto, sino que por el contrario, había sido condenado a mayor pena, recurre y logra anulación con reenvío por lo que logra una nueva condena, que resulta menor que la impuesta en la primera oportunidad, pero tampoco acuerda con la condena y por esta vía pretende una interpretación caprichosa de la ley para lograr su absolución. Al respecto, conviene resaltar que en los casos "Sandoval" -ya citado- y "Alvarado" -al que se remite nuestro Máximo Tribunal en "Sandoval" ("Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771 (ANSÉS)", Fallos 321.:1173, rta. el 07/05/98, disidencias de los jueces Petracchi y Bossert)-, mediaba una absolución, que a raíz de la actividad recursiva de la acusación, se revocó y derivó en una condena.

Surge claramente del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, en el aludido precedente "Alvarado", que la substanciación de un nuevo juicio no implica en sí mismo, violación al principio de *ne bis in idem*. Así, en su considerando 7° se expiden sobre una hipótesis idéntica a la aquí analizada, sosteniendo que: "*Que en el presente caso, en razón de que el recurrente no ha dirigido queja alguna respecto de la validez de los actos procesales que integraron el debate -sino que, como se dijo (vid. supra, considerando 5°), sólo impugnó la sentencia del a quo por sus vicios de motivación-, debe concluirse que el juicio desarrollado en la audiencia del 29 de noviembre de 1994 (confr. acta de debate de fs. 179/182 del expediente A.67.XXXI) ha sido válidamente cumplido en su totalidad*". Dicho ello, luego volverán sobre el caso concreto -sustancialmente distinto al ahora examinado-, para arribar a la conclusión que le está vedado al acusador público, que intente revocar una sentencia absolutoria y pretenda someter a un nuevo juicio íntegro, cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes.

Sobre el alcance del reenvío dispuesto por la Sala I de esta Cámara en su anterior intervención, cabe considerar

que estos autos no se retrotrajeron a la etapa prevista por el artículo 354 del CPPN, no habiendo sido en consecuencia, modificada la acusación, lo que determina que lo allí dispuesto tampoco colisione con lo resuelto en los precedentes "**Mattei**" (Fallos 272:188) ni "**Weissbrod**" (Fallos 312:597) sobre la progresividad de los actos procesales, atento que aquí no se volvió sobre etapas que no fueran afectadas por la anulación dispuesta a fojas 1236/1240vta.

A esta tesitura se arriba, en consonancia con la interpretación armónica que cabe efectuar del caso recién reseñado y cuanto sostuvieran los jueces Petracchi y Bossert en su disidencia en "**Alvarado**", al decir que: *"...cuando en un proceso se da la necesidad de dictar una segunda sentencia en la que se resuelva sobre el mérito de la prueba -esto es, cuando no se cuenta con una reconstrucción histórica de los hechos imputados que haya quedado firme-, no habrá más alternativa que llevar a cabo un nuevo juicio, fundamentalmente idéntico al primero..."*, tal como aconteció en este caso.

En punto al precedente "**Polak**" (Fallos 321:2826), cabe resaltar que en el mismo, el recurrente había obtenido una absolución y el cuestionamiento al principio de *ne bis in ídem*, se centró por la decisión del Superior Tribunal local de anular dicho pronunciamiento, en base a cuestiones de competencia y por el distinto encuadramiento legal de los hechos. Por tanto que el aludido riesgo se referencia, a la posibilidad de que la amenaza se concrete en la imposición de una nueva pena por un mismo hecho, donde no debe esperarse a que efectivamente ello ocurra para que opere la protección constitucional. En ambos casos, los órganos del Estado encargados en la persecución y juzgamiento (Ministerio Público Fiscal y Poder Judicial), no pueden pretender una doble persecución por deficiencias en la acusación, o por cuestiones de competencia.

Similar criterio ha tenido el Máximo Tribunal *in re* "Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Ramón

Claudio Heredia en la causa Heredia, Ramón Claudio s/ tenencia de arma de guerra -causa N° 26.458/04-", H. 521. XL, rta. el 20/03/07, donde sostuvo -haciendo suyos los argumentos vertidos por el Procurador General- que el principio de *ne bis in idem* protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar a su respecto ni las reglas de competencia material para juzgar el hecho. En dicha oportunidad, Heredia había sido condenado por el delito previsto en el artículo 189 bis del Código Penal, luego que sobre la misma plataforma fáctica, había sido absuelto en sede correccional por el delito de apropiación de cosa perdida.

3°) Por todo ello, cabe concluir este punto en cuanto la anulación dispuesta por esta Cámara a fojas 1236/1240vta., no implicó violación a la garantía constitucional de prohibición de *ne bis in idem*, por cuanto no existió sentencia firme, circunstancia que implicaría en tal caso la vulneración aludida. El motivo del reenvío ha sido un déficit de fundamentación del pronunciamiento, no correspondiendo entender, como pretende el recurrente, que el reenvío se debió a una duda sobre la calificación legal adoptada, o la autoría de Golenderoff. Además, cabe sostener que no es ello aquí revisable, dado que el mismo no impugnó oportunamente la sentencia reseñada, sino que recién advirtió la supuesta nulidad de orden general, al momento de abrirse el nuevo debate (confróntese acta a fojas 1309). En síntesis, corresponde denegar el planteo recursivo en este punto.

-IV-

1°) Respecto al agravio atinente a la supuesta violación al derecho de defensa en juicio de su defendido, sobre la declaración de la testigo Perea, concuerdo con las consideraciones que a fojas 1531 efectuare el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, en el sentido que: *"El agravio referido a la supuesta afectación a la garantía de defensa en juicio tampoco puede tener andadura favorable en esta instancia. Ello es así, toda vez que el*

temperamento adoptado por el presidente del tribunal durante la audiencia de debate, es invitar a que el imputado amplíe su declaración durante la audiencia en los términos del artículo 380 del C.P.P.N. o bien proceder al careo del testigo con el imputado conforme lo establece el artículo 276 del mismo ordenamiento legal, respecta no sólo las disposiciones rituales sino también el orden y decoro que debe guardarse durante las audiencias".

La denegación por parte del presidente del tribunal, ante el pedido del recurrente para efectuar "aclaraciones" sobre el contenido del testimonio, en el preciso momento que el testigo prestaba su declaración, cae dentro de las facultades ordenatorias que regula el artículo 375 del CPPN. Cabe agregar, que el magistrado preguntó al recurrente si su pupilo pretendía ejercer el derecho que le asistía para ampliar su declaración indagatoria, o si por el contrario, quería formular a la testigo las preguntas que estimaba convenientes, y éste declinó del ofrecimiento - confróntese acta de debate a fojas 1327, que a la sazón el letrado no impugnó-. El recurrente tuvo amplias facultades para controlar la producción de la prueba durante el desarrollo de la audiencia de debate. Dado que la defensa no preguntó ni su defendido solicitó careo alguno, cabe concluir que no hubo violación a las reglas del debido proceso en este punto.

2°) Tampoco se vislumbra menosprecio al derecho de defensa en juicio al no haber prestado declaración testimonial la Dra. Garea, por cuanto el recurrente no logra demostrar en qué medida afectó ello el derecho de defensa de su asistido, ya que durante la audiencia de debate se contó con el testimonio de distintos peritos que permitieron reconstruir la mecánica de los hechos, permitiéndole al tribunal, arribar a la certeza sobre el acontecer de los mismos. De una correcta valoración del plexo probatorio, ha quedado acreditado con la certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio, la autoría de Golenderoff en su

obrar doloso contra la vida del niño Ezequiel López, de once meses al momento del hecho.

3°) Cabe descartar la pretensión por parte del recurrente de impugnar el testimonio del Dr. Ginesin, puesto que no medió causal alguna que permitiera presumir que el mismo tendría interés en el proceso. Corresponde encuadrar sus apreciaciones genéricas sobre el estado de la causa, en el marco de meras expresiones irrelevantes como para excluir su testimonio como prueba válidamente producida. Considero entonces, dentro de las limitaciones impuestas a esta Cámara, para entender sobre la revisión de actos propios de la etapa del juicio oral, que no surgen en autos vicios que permitan sancionar de nulidad al testimonio en la audiencia de debate, concluyendo que el mismo ha sido válidamente producido.

4°) En base a la cuantiosa prueba incriminante, como las pericias practicadas, los testimonios detalladamente brindados por los peritos, vecinos y parientes de la víctima, y demás pruebas de cargo valoradas por el tribunal, ha quedado demostrada la clara relación causal entre el accionar doloso del condenado y el resultado ocasionado.

Como consta en la sentencia a fojas 1426, se tuvo por acreditado que: *"el 17 de abril de 2004, cerca del mediodía, en el interior de la habitación ubicada en el primer piso del inmueble de la calle Garibaldi 1551 de esta ciudad, Alejandro Daniel Golenderoff, comprimió fuertemente el cuello del menor Ezequiel López, de once meses de edad, hijo de quien entonces era su pareja, Johanna Elizabeth López, y golpeó violentamente su cabeza contra una superficie dura, conociendo que como consecuencia de ese peligroso accionar podía causarle la muerte.. A raíz de ese grave traumatismo y como derivación de las lesiones sufridas en el cráneo, el niño quedó en un estado vegetativo irreversible y persistente"*.

Del acta de debate, sobre la prueba testimonial de fojas 1339vta/1340 surge... *"que Ezequiel estaba allí internado desde mayo de 2005..."*, *"explicó que era un paciente que no se conectaba con el medio; era un chico que estaba quieto;*

absolutamente dependiente, en todas las necesidades; no hacía absolutamente nada; sólo, únicamente respiraba...", "lo que le llamaba la atención y le parecía digno de destacar era que aunque Ezequiel no hacía nada, cuando la mamá entraba a la habitación, él suspiraba como si la presintiera; era una cosa que, realmente, llamaba mucho la atención".

Corresponde en consecuencia, rechazar el remedio casatorio en orden a la supuesta arbitrariedad de la sentencia condenatoria y su aparente fundamentación, atento que tal pronunciamiento efectúa una detallada valoración de la prueba de cargo que fundamenta tal decisión y permite considerarlo como acto jurisdiccional válido.

5°) Sobre la calificación legal adoptada, cabe destacar que la misma se encuentra suficientemente fundada, no observando vicios lógicos ni jurídicos que afecten su incolumidad. Ello, pese a reservar mi opinión sobre la misma, siendo que obedece a la que asumiera el tribunal de juicio que condenare en primer término a Golenderoff; no pudiendo agravarse tal encuadramiento legal por los límites que impone el principio constitucional de la *reformatio in pejus*. Por lo demás, en base a la producción de la prueba de cargo durante el desarrollo de la audiencia de debate, corresponde confirmar la sentencia condenatoria. Ello por cuanto, el *a quo* ha analizado pormenorizadamente el accionar de Golenderoff durante el hecho -aspectos objetivos y subjetivos del tipo- y valorado su conducta posterior a la hora de graduar la pena conforme las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

-V-

Corresponde considerar en el caso sometido a análisis, que además de las normas del derecho interno que tipifican el ilícito del imputado, también en el acto violento y criminal de Golenderoff ha violado normas convencionales, a las que el Estado Argentino se ha comprometido ante la comunidad internacional de respetar y hacer cumplir, bajo pena de su propia responsabilidad por

incumplimiento convencional -artículo 2 CDN; 1 y 2 CADH; 2 PIDCP; 2, 3, 4 de la CEDAW-.

1º) El caso posee una protección constitucional preceptuada en la "**Convención sobre los Derechos del Niño**" - con rango constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 CN-, cual es el reconocimiento de todo niño de su condición de sujeto de derecho, al que se le garantizan todos los derechos por su condición de ser humano pleno y sujeto de derecho internacional, tales como a la vida, integridad física y psíquica, protección familiar y social -artículos 6, 18 y 19 CDN- y que por su especial situación se encuentra protegido por el **interés superior del niño**, según los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la CDN.

Es por ello, que los magistrados deben ponderar al resolver las cuestiones que le son sometidas a su jurisdicción, las consecuencias que sus decisiones puedan tener, pues ellas podrán influir directa o indirectamente en la protección y el desarrollo personal de los niños. Al respecto corresponde tener por reproducido lo sostenido en mi voto en los autos 14.087 "Mendoza César Alberto S/ recurso de revisión", sentencia de fecha 21/09/2012 registrada bajo el N° 20.349 donde en síntesis sostuve sobre las condiciones especiales e interés superior del niño que:

En la OC 17 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus intervenciones escritas y orales manifestó que: "*La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó "la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño". Este nuevo sistema se caracteriza por: 1) reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos; 6) adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento*

del niño y de su grupo familiar; 7) desarrollar políticas públicas universales, así como "focalizadas y descentralizadas", tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños...".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la Convención sobre los Derechos del Niño, a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana. En el caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), en que se aplicó el artículo 19 de la Convención Americana, la Corte utilizó el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño como instrumento para fijar el alcance del concepto de "niño" (Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188), destacando la existencia de un "muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños" (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer "el contenido y los alcances" de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las "medidas de protección" a las que se hace referencia en el mencionado precepto.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos, fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.

Sobre la regulación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988 y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, el gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional denominada "*opinio iuris communis*", favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia.

El principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ***interés superior del niño***. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En el considerando 61 de la OC 17 afirma que "... es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de

la situación en la que se hallan el niño". En el 64: "la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". Fue entonces la opinión de la Corte IDH:

"1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección;

2. Que la expresión "**interés superior del niño**", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño;

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños;

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales;

De acuerdo a los fallos de la CSJN y de la CIDH precedentemente analizados, se desprenden los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se

encuentran en debate los derechos y garantías de los niños, por lo cual constituye una obligación de todos los órganos del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- adecuarse a su cumplimiento y en esa función entiendo que la víctima que sólo tenía once meses en el momento de los hechos, debe tener toda la protección que la ley establece. Por ello tomando en cuenta la situación de sujeto de derecho pleno en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especialidad, vulnerabilidad, necesidades específicas, en resguardo al principio del superior interés del niño, su desconocimiento además de violar la jerarquía normativa, implicaría someter al Estado Argentino a la posibilidad de incurrir en irresponsabilidad ante la comunidad internacional.

2º) Por otra parte también tenemos la obligación de analizar el caso desde una perspectiva convencional desde la óptica de la violencia de género, siendo el acto juzgado que el concubino de la madre de la víctima, Johana Elizabeth López, fue sometida al peor trato que es imaginable, cual que por su situación de conviviente se ensañe contra la vida de su hijo, para lo cual debo recordar la vulnerabilidad de Ezequiel López, un bebé de once meses al momento de los hechos.

Que en oportunidad de la reforma constitucional del año 1994, en el artículo 75 inciso 22 se incluyeron once instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que cabe señalar a la "**Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**".

Que dejar de lado estas cuestiones implican un desconocimiento de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Do Belem do Pará, la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061 dictada en consonancia de la convención referida, que establece que -en lo que aquí interesa- los niños tienen derecho a no ser sometidos a un trato violento, discriminatorio -art. 19 CDN-; además que se

estaría desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia.

Que en lo relativo a la cuestión general de violencia de género, reproduzco lo sostenido en mi voto en la causa 14243 "Amitrano, Atilio Claudio s/recurso de casación", reg. n° 19.913, rta. el 09/05/12, a cuya resolución me remito.

Argentina ratificó la "**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer**", aprobada en **Belem Do Pará, Brasil**, en vigor desde 1995, si bien tiene en el país jerarquía superior a las leyes internas, en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional, en el año 2011 fue aprobado por la Cámara de Diputados el otorgamiento de su jerarquía constitucional, por lo que se encuentra en trámite parlamentario la obtención del mismo rango normativo que los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la ley suprema.

Esta Convención interamericana aporta mecanismos para la eliminación de la violencia de género, definiendo en su artículo 1 como: "*...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado*". La convención pone de manifiesto que se ha tomado conciencia de la discriminación que sufren las mujeres, se pretende reparar, centrando todos los esfuerzos para modificar los patrones socioculturales, para obtener la igualdad de sexos. Por ello no es suficiente con la condena pública, no debe admitirse que se invoquen costumbres, tradiciones, ideologías discriminatorias o patrones culturales, es necesario que se adopten medidas efectivas desde la comunidad internacional y los Estados, desde todos los poderes públicos, correspondiendo penalización para quienes no las cumplen, señalando como en el caso en análisis, la conducta violenta del imputado contra la vida de del bebé de su concubina, que le cambió para siempre la vida

a ambos.

Como sostuve en la tesis "De la igualdad formal a la autodeterminación de las mujeres en el sistema constitucional argentino": *"La violencia contra las mujeres son todos los actos basados en el género que tienen como resultado producirles un daño físico, psicológico o sexual, que van desde una amplia gama de padecimientos que vulneran el derecho a la vida, a la libertad, a la consecución económica, social y cultural, a la autodeterminación, hasta la participación en condiciones de paridad con los hombres en todos los espacios públicos de la política de la que son ciudadanas.*

La violencia doméstica y familiar, es el espacio donde más vulneraciones a los derechos de las mujeres se perpetran, porque es un lugar oculto, donde hay menos posibilidades de control, donde a su vez se reproducen las escalas de dominación que también padecen los varones en sus lugares de empleo y en los espacios públicos en general, sin descartar que por cuestiones culturales, escalas menos evidentes de violencia no son ni siquiera reconocidas por las propias mujeres, lo que hace aún más difícil su erradicación."

Frente a la incidencia de violencia contra las mujeres, con las graves consecuencias para éste colectivo, el Estado sancionó la ley 26485 en el año 2009, de *"Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales"*, la que también sanciona diferentes tipos de violencia: física, sexual, simbólica, económica, patrimonial, psicológica, entre otras, visibilizando que éstas conductas son el producto de un esquema patriarcal de dominación, entendida como el resultado de una situación estructural de desigualdad de género.

Este fenómeno de violencia ejercida sobre la mujer, no es privativo de sectores sociales marginados económicamente o de escasa educación, sino que, por el contrario, se da en todos los ámbitos y niveles de la

sociedad. Dicha práctica se ejerce de diversas maneras desde la comisión de ilícitos contra la propia mujer o contra los seres que ella más valora, como es el caso sometido a revisión, siendo impensable una violencia mayor a la de la tentativa de homicidio contra un bebé de la mujer con la que se convive.

Desde esa fecha en adelante, se ha evolucionado mucho y hoy la violencia contra las mujeres es considerada violación de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y/o superior a las leyes internas, por esa razón el delito en análisis no puede ser soslayado y como preceptúa el artículo 3 de la "**Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**", "*Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*".

-VI-

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Alejandro Daniel Golenderoff, con costas (artículos 471 a contrario sensu, 530 y concordantes del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez **Dr. Alejandro W. Slokar** dijo:

La defensa plantea como primario extremo de agravio que la realización íntegra de un nuevo juicio oral resulta en la violación al principio *ne bis in idem* e invoca el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, iniciado hace ya más de cuatro décadas.

Sobre ello el máximo tribunal lleva dicho que: "...debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal" (Fallos 272:188).

Y se agregó que: "...tal derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal, inclusive la prolongación de la prisión preventiva; y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador -como tal de raigambre constitucional- que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el problema en debate, cuales son el del 'non bis in ídem', el del 'in dubio pro reo' y el que prohíbe la 'simple absolución de la instancia'" (*Ibidem*).

Que tal tesitura fue sostenida en el tiempo por el cimero tribunal en cuanto se sostuvo que: "(e)l Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso" (Fallos: 321:2826).

Que, según se advierte, dable es señalar que tales consideraciones guardan una considerable similitud axiológica con el caso de autos, sin embargo, no es menos cierto que las decisiones del alto tribunal citadas por la defensa se refieren a casos en los que había mediado una absolución tras un juicio válidamente realizado y el nuevo juicio había sido provocado por la acusación.

Como puede verse, el presente caso se ha configurado de manera distinta. En efecto, el imputado fue condenado en un primer juicio válidamente sustanciado como autor de homicidio doloso en grado de tentativa. Como producto del recurso de la defensa, la Sala I de esta Cámara anuló la sentencia recurrida porque consideró que el dolo no se encontraba debidamente acreditado en el juicio y remitió la causa a otro tribunal para que dicte una nueva sentencia,

con invocación de la regla del art. 471, cuya constitucionalidad el recurrente no disputa.

De tal suerte, no se advierte que los precedentes citados por la defensa sustenten su alegación respecto de la violación a la garantía contra la persecución penal múltiple.

Respecto de los casos como el presente, se ha dicho que: "El 'derecho al recurso' del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el 'derecho a lograr un nuevo juicio', cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó [...], no puede ser confirmada como intachable (regla de la *doble conforme*), y, por ende, no se sostiene frente al recurso" (Maier, Julio, B.J., "Derecho Procesal Penal", t.I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 720).

Por tal razón, a mi ver, corresponde rechazar el recurso en lo que respecta al agravio referido a la garantía contra la persecución penal múltiple.

-II-

Lo propio en orden a cuanto plantea el recurrente sobre la base de los mismos precedentes, que refieren a la garantía *ne bis in idem*, en relación a que el nuevo juicio ha infringido el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Sobre ello, si bien es cierto que no existen criterios legales claros ni precedentes jurisprudenciales que expliciten un estándar determinado acerca de cuándo ha transcurrido un plazo excesivo, lo que resulta evidente es que la garantía se vincula, cuanto menos, con el transcurso del tiempo y la complejidad de la causa.

Pues bien, corresponde consignar que el recurrente no ha dirigido sus esfuerzos argumentativos a fundamentar por qué considera que en el presente caso existió una concreta afectación al derecho reconocido en los arts. 7.5, 7.6 y 8.1 CADH, 9.3 y 14.3.c PIDCyP. Toda vez que siquiera indicó la

existencia -en su criterio- de dilaciones indebidas o ilegítimas., extremo que *prima facie* no resulta evidente.

-III-

Que lo que se encuentra verdaderamente en juego en el presente caso es el alcance de la regla *in dubio pro reo*. En efecto, la Sala I de esta Cámara reconoció que al momento de dictar sentencia en el primer juicio no existían elementos probatorios suficientes que dieran cuenta de la intención de Golenderoff de causar la muerte del niño.

Que esta sala lleva dicho que la regla *favor rei* opera en esta instancia, imponiendo la absolución del imputado cuando durante el juicio no se ha alcanzado la certeza sobre todos los extremos de la imputación (cf. Causa N° 11.760, "ZUALET, Hugo Ariel s/recurso de casación", reg. n° 20.033, rta. 11/6/12 ; Causa N° 11.617, "GÓMEZ Ezequiel Adrián s/recurso de casación", reg. n° 19.954, rta. 6/5/12 , entre otras).

En ese orden, y en virtud de la regla *favor rei*, la sentencia de la Sala I debió ser interpretada de manera tal que vedara la posibilidad de condenar por tentativa de homicidio, quedando subsistente la posibilidad de una condena en orden a las lesiones, puesto que, respecto del dolo de homicidio operaba la regla que impone absolver cuando, luego del juicio, subsisten dudas respecto de aquel extremo.

Sobre ello corresponde sindicar que si el ministerio público quería conservar la posibilidad de que la conducta del imputado fuera calificada como tentativa de homicidio, debió haber recurrido la sentencia que resultaba adversa a aquel interés. Frente a la falta de recurso del fiscal en este aspecto, la absolución parcial, en orden al dolo propio del homicidio, a mi ver, ha quedado firme.

En tal sentido, solamente restaba a los jueces del tribunal que recibió el reenvío decidir si era aún posible una condena por lesiones y si ellas habían sido provocadas con dolo o imprudencia, circunstancia que la Sala I no se consideró en condiciones de determinar, en atención a las características del recurso de casación.

Se advierte que, no obstante, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de esta Ciudad sostuvo que, como producto del reenvío y con el fin de dictar una nueva sentencia, era menester realizar el juicio nuevamente e interpretó que la sentencia del *ad quem* no limitaba su facultad de calificar jurídicamente el hecho como tentativa de homicidio, al igual que lo había hecho el tribunal del primer juicio. Por tal circunstancia no cabe sino invalidar la sentencia recurrida en cuanto a la calificación del hecho como homicidio en grado de tentativa.

Que a las consideraciones precedentes se debe agregar que la solución que aquí se propone, en orden a la inadmisibilidad de volver a habilitar la persecución penal respecto de una acusación que ya fuera intentada por el estado sin éxito en punto al dolo homicida, ha repercutido claramente en el caso en perjuicio del imputado, con desmedro del derecho de defensa, en particular respecto de la "igualdad de armas", habida cuenta que, como se advierte al leer la sentencia correspondiente al segundo juicio, el tribunal se valió no solamente de las consideraciones de los tres jueces del tribunal oral que realizó el primer juicio, sino que atendió especialmente a los argumentos que dio la Sala I en orden a que no se había probado suficientemente el dolo homicida durante el primer juicio y completó las consideraciones de la primera sentencia condenatoria con otras referidas a la actitud *post facto* del imputado, debido a que aquel comportamiento era el que, siempre según la Sala I de esta Cámara, permitía dudar respecto de la intención homicida.

Tal acumulación de esfuerzos para lograr una condena válida -basada en pruebas suficientes y con una adecuada fundamentación- ha producido un desbalance que solamente puede ser corregido descartando toda posibilidad de producir un nuevo juicio con el fin de arribar a una condena igual a aquella anulada como producto del recurso de la defensa, esto es, asignando a la regla *favor rei* el alcance

de producir una absolución -cuanto menos parcial- respecto de la calificación más grave.

Por tal razón, corresponde hacer lugar al recurso, y anular la sentencia recurrida, en cuanto condenó al imputado como autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa.

-IV-

Ello no obstante, de conformidad con las consideraciones precedentes, se advierte que -tal como lo propone la defensa de manera subsidiaria- resta aún la posibilidad de condenar al imputado en orden al delito de lesiones gravísimas (art. 91), con el mismo alcance de la habilitación que tuviera el *a quo*.

Liminarmente, corresponde consignar que la defensa postula genéricamente la arbitrariedad de la sentencia y plantea la afectación al derecho de defensa, en razón de no haber podido incorporar elementos de prueba que había ofrecido durante el juicio y formular aclaraciones respecto de los dichos de los testigos.

Al respecto, se advierte que el casacionista no ha demostrado qué gravamen le ha causado el regular ejercicio de las facultades del tribunal respecto a la admisión de la prueba y de sus facultades para mantener el orden y el decoro durante la audiencia, de manera tal de facilitar a los jueces y a las partes la posibilidad de oír y comprender cada uno de los testimonios, más aún cuando -tal como lo reconoce el recurrente- el imputado tuvo amplias posibilidades de expresarse y la defensa técnica tuvo la oportunidad de argumentar sobre la prueba incorporada al juicio.

En cuanto a la mentada arbitrariedad de la sentencia en orden a la valoración de la prueba, corresponde consignar que por vía de principio este tribunal no puede reemplazar la valoración que realizan los judicantes, que percibieron de manera directa la producción de los elementos probatorios. Sí, debe controlarse en casación, la logicidad de los razonamientos del tribunal, la suficiencia de las pruebas para arribar a una condena y la motivación de la

sentencia en orden a la conclusión arribada, esto es, a la fundamentación de la sentencia en punto al grado de convicción alcanzado, sobre la base de las probanzas existentes.

En ese orden, la defensa no logra demostrar más que su mera discrepancia con la valoración que realizó el *a quo* respecto de los testimonios de los médicos que analizaron el estado de salud del niño.

En efecto, no se advierten fisuras lógicas en la argumentación del tribunal ni insuficiencia probatoria en orden a sus consideraciones respecto de la forma en que se produjeron las lesiones gravísimas que derivaron en el estado vegetativo permanente e irrecuperable de la víctima. El *a quo* indicó que ello se encontraba acreditado, puesto que los médicos indicaron que las lesiones constatadas eran producto de estrangulamiento, golpe contra una superficie contundente y sacudidas, todas ellas aptas para causar las lesiones que efectivamente se produjeron.

Los jueces tuvieron en cuenta, también, que las distintas y sucesivas versiones del imputado sobre el origen de las lesiones que presentaba el bebé no resultaban creíbles, ya que los golpes descriptos por el incuso no resultaban aptos para causar daños de la magnitud de aquellos que efectivamente se comprobaron.

Es así que este tribunal se encuentra en condiciones de afirmar que se han acreditado correctamente las lesiones previstas en el art. 91 CP, desde el punto de vista objetivo. En efecto, hasta donde resulta de las constancias causídicas, se ha producido la inutilidad permanente del cerebro y consecuentemente el estado de coma profundo e irreversible.

Asimismo se puede colegir con toda seguridad la autoría del imputado en orden a las lesiones, ya que, tal como lo indicó el *a quo*, el mismo se encontraba a cargo del cuidado del niño al momento de producirse las lesiones y era la única persona que se hallaba en el lugar del hecho.

El tribunal indicó que no resultaba verosímil a la luz de los informes médicos respecto de las lesiones sufridas por el bebé, la versión del imputado según la cual el niño habría ingerido un anillo, lo habría expulsado posteriormente con la colaboración de Golenderoff, y luego se habría golpeado la cabeza mientras su padrastro intentaba subir a un taxi con el fin de llevarlo al hospital. También se descartó la primera explicación dada por el imputado a los médicos en orden a que el niño se habría caído del cochecito, como la última versión que indicaba que las lesiones cerebrales podían deberse a la falta de oxígeno provocada por la ingestión de un anillo, mientras que la fractura se debía a un golpe producido por la caída desde una mesa catorce horas antes de perder la conciencia.

Tal conclusión se basó no solamente en la falta de credibilidad del relato de Golenderoff, debido a que repetidamente intentó explicar, de distintas maneras y sin éxito, las lesiones de manera no incriminante, sino, especialmente, en los testimonios médicos que indicaban que cualquiera de los golpes referidos aparecía como insuficientemente fuerte para provocar las lesiones. Los galenos sostuvieron que tanto las lesiones cerebrales como la fractura en el cráneo se debían a un golpe que, si fuera producto de una caída, debió ser desde una altura de por lo menos tres metros, distancia holgadamente superior a la hipótesis defensiva, según la cual habría caído desde una mesa, con una altura de apenas más de un metro, en el peor de los casos.

Ahora, en cuanto al ámbito subjetivo, el *a quo* había tenido por acreditado el dolo homicida, al menos eventual, puesto que consideró probado que el imputado golpeó y sacudió al bebé y comprimió su cuello de manera intencional. Las lesiones que se produjeron fueron, tal como lo consignó el *a quo*, consecuencias necesarias y absolutamente previsibles del accionar del imputado, más aún teniendo en cuenta la fragilidad de la cabeza de la víctima, un bebé que contaba con solamente once meses de edad al

momento del hecho.

De tal suerte, se puede inferir sin lugar a dudas que el imputado sacudió, golpeó y ahogó al niño voluntariamente, sabiendo que produciría lesiones gravísimas y queriendo su realización, cuanto menos como consecuencia necesaria de su accionar.

Las demás consideraciones del *a quo* en orden a la valoración de la conducta del imputado consistente en llevar al niño al hospital como un posible desistimiento de la tentativa de homicidio carecen de relevancia para la calificación de lesiones gravísimas, toda vez que constituyen hechos posteriores a la consumación; repárese, en ese orden, que la víctima llegó al hospital con un paro cardio respiratorio, producto de la fractura de cráneo y las lesiones cerebrales y fue reanimado en el hospital Argerich, sin que ello modificara el resultado lesivo relevante para la presente calificación legal.

Por fin, tal como lo afirmó el *a quo*, no existen elementos que permitan dudar acerca del carácter antijurídico de la acción de Golenderoff, ni de su culpabilidad que habilita el reproche penal.

Con tales consideraciones, este tribunal se encuentra en condiciones de condenar a Alejandro Daniel Golenderoff en orden al delito previsto en el art. 91 CP y asume la competencia positiva con el fin de no prolongar la situación de incertidumbre que se cierne sobre la situación procesal del imputado hace ya más de ocho años, en la convicción de que ello no afecta, en las especiales circunstancias del caso, el principio de congruencia de la sentencia respecto de la acusación -que fue en orden al delito de homicidio en grado de tentativa-, ni al derecho de defensa, ya que la calificación a la que aquí se arriba es aquella que ha propuesto la defensa de manera subsidiaria.

-V-

Que la solución que aquí se propone impone la necesidad de determinar nuevamente la pena. Con tal

finalidad, corresponde remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule otro tribunal que establecerá la dosimetría punitiva correspondiente.

Ello debe ser así, ya que tal actividad se encuentra condicionada a la intermediación previa a la determinación de la pena regulada por el art. 41 *in fine* CP (Cfr. CSJN *in re* "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, del 15 de junio de 2010), lo que resulta asimismo apropiado para garantizar el derecho del imputado de recurrir la pena que finalmente establezca el órgano de reenvío, conforme a la calificación jurídica decidida en esta sentencia.

-VI-

En definitiva, corresponde hacer lugar al recurso, anular la sentencia recurrida y condenar a Alejandro Daniel Golenderoff en orden al delito previsto en el art. 91 CP y remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal con el fin de que sin dilaciones fije una nueva pena, de conformidad con la calificación jurídica decidida en la presente sentencia. Sin costas (arts. 40, 41, 45 y 91 CP, 456 inc. 2°, 470, 471, 530 y cc. CPPN).

Así voto.

La juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

a) Que habré de disentir con la propuesta efectuada por los colegas que me anteceden en la votación, respecto a la vulneración del *ne bis in idem*.

En primer lugar, corresponde señalar que el objeto a resolver se circunscribe en determinar si existe violación al principio de *ne bis in idem* cuando ante un recurso de casación del imputado contra la sentencia condenatoria, se dispone el reenvío para un nuevo juicio en razón de declarar su nulidad por arbitrariedad.

Que a los efectos de comprender el planteo introducido por la defensa, cabe efectuar una reseña de los hechos.

El Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22, con fecha 28/9/2007, condenó a Alejandro Daniel Golenderoff a la pena de dieciséis años de prisión como autor penalmente

responsable del delito de homicidio simple, en grado de tentativa. La defensa recurrió en casación, planteando -en resumen- la arbitrariedad de la decisión por no encontrarse acreditado, con el grado de certeza requerido para esa etapa del proceso, el dolo homicida.

La Sala I de esta Cámara, con fecha 9 de marzo de 2009, sostuvo que *"Ahora bien, así delineado el marco fáctico y probatorio recreado en la instancia anterior, tengo para mí que el plexo cargoso colectado no resulta suficiente para tener por configurado el tipo subjetivo que reclama la figura seleccionada para calificar el evento(...)el razonamiento plasmado(...)descarta elementos que ponderados en conjunto con los restantes, podrían conducir a una solución distinta de la adoptada..."*. Así, luego de mencionar alguno de esos elementos los jueces concluyeron que *"Dicho proceder permite tener por configurada una duda razonable acerca del verdadero propósito del justiciable...encuentro que el mecanismo productor de la lesión tampoco autoriza a sostener que el accionar del agente estuviera guiado exclusivamente por la finalidad homicida. Sobre el particular, se ha señalado con acierto que para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no bastará el mero empleo de un medio capaz de producir muerte...por lo que es menester una prueba específica demostrativa de la resolución de matar en el momento de comenzar la ejecución para dar a los signos exteriores una correlativa fuerza intencional, y si ello no se halla plenamente demostrado dicha calificación debe ser rechazada, en virtud del principio in dubio pro reo...Con sujeción a los principios apuntados, se concluye que la conducta desplegada por el acusado con posterioridad al evento lesivo, aunado a la modalidad de producción del daño, impidió aseverar en forma inequívoca que la finalidad del agente fuera la de dar muerte a su víctima, razón por la cual habré de propiciar la nulificación del veredicto traído a inspección casatoria."(el destacado me pertenece)*

De esta manera, se resolvió anular parcialmente la

sentencia y el reenvió a otro tribunal para que realice un nuevo juicio.

La causa, en este caso, quedó radicada en el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 7, desarrollándose el debate el 4 de mayo de 2009, en donde el defensor de Golenderoff planteó la vulneración al *ne bis in ídem*, el que fuera rechazado por el tribunal. Finalmente y luego del debate producido, el imputado fue condenado a la pena de 15 años, como autor del delito de homicidio, en grado de tentativa.

Que a mi modo de ver, en este caso se advierte una vulneración al mentado principio. Para ello y sin ingresar en las distintas concepciones académicas que lo contienen, corresponde definir su alcance en el sentido más amplio en estricta aplicación del principio *pro homine* (art. 75 inc 22 CN, art 5 del PIDCyP y 29 de la CADH). En este sentido comparto lo afirmado por Binder cuando sostiene que "*...teniendo en cuenta la necesidad de limitar continuamente el poder penal del Estado y, por otra parte, los costos personales que siempre acarrea un proceso penal, se le debe dar a esta garantía la interpretación más amplia posible*" (Binder, Alberto *Introducción al derecho procesal penal*, Editorial Ad hoc, 2 edición, 2005, Buenos Aires, pág. 168).

De esta manera, entiendo que la fórmula no puede reducirse a la imposibilidad de una nueva persecución cuando haya existido una sentencia firme. Maier explica que "*...Lo que la prohibición de perseguir más de una vez significa no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal*" (Maier, pág. 639). En igual sentido Ziffer sostiene que "*...la garantía no sólo prohíbe la repetición de la persecución cuando se trata de causas ya terminadas (con la protección de la cosa juzgada) sino también dentro de un mismo proceso todavía no concluido, a través de la institución de la preclusión y, desde una perspectiva análoga, mediante la excepción de litis*

pendencia". (Ziffer, Patricia *El derecho al recurso y los límites del juicio de "reenvió"*, en AAVV *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora, Pedro Bertolino y Gustavo Bruzzone, compiladores, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 505. En igual sentido D'Albora, Francisco Código Procesal Penal de la Nación, Anotado, Comentado, Concordado, actualizada por D'Albora, Nicolas, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 9 y Bertelotti, Mariano "El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico comparada" AAVV. Hendler, Edmundo S. en "Las Garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado" Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001)*

También, la CSJN estableció el alcance de este principio, en cuanto a que "Esta regla constitucional, no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también "la exposición al riesgo de que ello ocurra"(Fallos: 314:377; 319:43; 320:374; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bosert, 321:2826, entre otros) por lo que la decisión recurrida resulta equiparable a definitiva, pues en ese aspecto la garantía en cuestión está destinada a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia definitiva, aun siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa, pues para aquel entonces "el riesgo" de ser sometido a un nuevo juicio ya se habrá concretado." (Fallos: 330:2265).

Siendo así, cabe señalar que el propio código procesal penal, establece en su art. 1 que "Nadie podrá...perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho". En su exposición de motivos, se sostuvo que "El art. 1° contiene los principios constitucionales...y otros que no aparecen en ella, como el de non bis in idem, en el que preferimos esta fórmula del código tipo (perseguido penalmente) en vez de la del Código de La Pampa (procesado o penado), para que la prohibición abarque tanto a la persecución judicial como la policial, fórmula que fue

ampliamente aprobada en el V congreso Nacional de Derecho Procesal...y de inocencia, que algunos creen encontrar implícitamente en la norma constitucional citada en cuanto que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare.” (Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 20° reunión, 17° sesión ordinaria, del 29/08/1990, p 2458)

De esta forma, delineado el alcance del instituto, en el caso se advierte una clara infracción al principio bajo análisis pues en definitiva aquí, tal como sucedieron los hechos, no sólo existió un riesgo de ser perseguido dos veces por el mismo hecho sino que aquél se concretó. No existe duda respecto de la presencia de las tres identidades que lo integran (*eadem persona, eadem res y eadem causa pretendi*) y, al saber del acusado, fue sometido a juicio dos veces y, en ambos, resultó condenado.

Es que en rigor de verdad, la circunstancia de que haya sido el imputado quien, a través de la interposición del recurso de casación, generó la revisión de la decisión no tiene incidencia alguna respecto a lo que *ne bis in ídem* pretende proteger. Pues entiendo que el derecho al recurso (art. 8.2 h CADH y 14.5 PIDCyP), habilita que él requiera que otro tribunal revise la corrección del fallo y esta función la cumplió la casación.

La solución dispuesta por la Sala I de esta Cámara fue la que produjo la afectación, y se materializó con el segundo debate, pues a la luz de los argumentos allí expuestos hubiese correspondido la absolución del imputado. Así, por lo menos lo he sostenido al momento de votar en la causa n° 13.106 caratulada "*Bustamante Solterbeck, Walter Alejandro y Spirito, Victor Eduardo s/ recurso de casación*", rta. 29/4/11 Registro n°538/11", donde afirmé que: "*En base a lo expuesto, entiendo que la decisión recurrida debe ser anulada...y en consecuencia, corresponde disponer la absolución de ambos encartados, toda vez que autorizar un segundo juicio implicaría dar una nueva chance al Estado que ya ha realizado erróneamente el primero, en franca violación al ne bis in*

idem, de conformidad con el criterio sentado por la CSJN in re , "Kang, Yong Soo" (330:2265) , "Lagos Rodas, Jonathan" (330:4928), "Gilio, Juan y otro" (rta. 16/11/09, exp. 6.931 XLII) y "Sandoval, David Andrés" (333:1687)."

Si el imputado recurre por advertir una arbitrariedad en la decisión, basada en que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo del tipo penal y así lo entendió el órgano revisor, devolver los actuados para un nuevo juicio se traduce, sin más, en un nuevo intento de "persecución", impulsado de oficio por el órgano jurisdiccional en violación al *ne procedat iudex ex officio*. Ello resulta patente en el caso, donde el tribunal revisor admitió que se trataba de un supuesto de *in dubio pro reo*, con lo cual no correspondía otra decisión que no fuera una a favor de los intereses del imputado: absolución.

En este caso anular y devolver, cuando hubiese correspondido absolver, da lugar a varias consecuencias que la garantía del *ne bis in ídem* intenta evitar. Así, en primer lugar, el Ministerio Público Fiscal tuvo una nueva oportunidad para mejorar su acusación y su desempeño durante el debate (interrogar con mayor profundidad a los testigos, advertir las falencias argumentativas criticadas en la revisión del fallo, acreditar aquellos extremos que en el primer juicio no fueron tratados con precisión, etc.). En segundo lugar, también sucede lo mismo con el órgano jurisdiccional, pues -aún con una nueva integración- los jueces podrán observar cuales fueron las cuestiones que "faltaron" para tener por acreditado el elemento subjetivo. Contra esta postura se podría decir que nada indica cuál será el resultado de ese nuevo juicio, pues se reedita en su totalidad, pudiendo arribarse a una solución diferente. Pero, justamente, esa incertidumbre es la que también intenta evitar la garantía.

Sin embargo, en este caso en particular la decisión del nuevo tribunal no fue diferente sino, tal como puede observarse a fs. 1430 vta., se sostuvo "Que, antes de

ingresar en el análisis de la significación jurídica, me parece importante aclarar que, según mi opinión, la resolución de la Sala I...no limita la potestad del Tribunal para adoptar la calificación jurídica que estime adecuada a los hechos que se tuvieron por acreditados. En ese sentido, como la nulidad de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22, estuvo motivada en la falta de fundamentación del dolo de homicidio, entre otras cosas, porque no se tuvo en cuenta la conducta del imputado posterior al hecho...nada impide que, valoradas todas las circunstancias del caso, se llegue a la misma solución jurídica que la invalidada."

Esto último, es demostrativo que el nuevo juicio habilitó a que se mejoren los fundamentos de la primera decisión. Es claro que si en la primera sentencia no se demostró el dolo del delito imputado, el sistema no puede habilitar que un segundo tribunal sí lo acredite. Como dice Ziffer, en lo que a este punto interesa, "...el reexamen de un acto decisorio provocado por un recurso se limita a la medida del interés de la parte que lo ha propuesto; y así como una impugnación sin un interés que la sustente es inadmisibile, tampoco puede admitirse que la impugnación del imputado pueda provocar un resultado lesivo para su propio interés. No puede entenderse que el interés de quien propugna la anulación de la sentencia se reduzca a la anulación misma y quede satisfecho con ella; consiste, además en la aspiración a una resolución favorable que sustituya a la desfavorable que le causó el gravamen(...) Como se sabe, las violaciones al ne bis in ídem no necesariamente se producen en su forma más grosera, con el intento de perseguir nuevamente un hecho luego de que una sentencia absolutoria haya quedado "firme". Más frecuente, o por lo menos más difícil de contrarrestar, será, en cambio, el intento de ir corrigiendo dentro del mismo proceso, las diversas estrategias para el logro de una condena que se van revelando como poco efectivas, "reencauzando" el proceso hacia un terreno más propicio para lograr una condena", (Ziffer, Patricia El derecho al recurso

y los límites del juicio de "reenvió", op cit, pág 510).

De esta forma, la situación que atravesó el acusado afectó no sólo el sentido de la vía de revisión de la primera decisión sino también la función que debe tener el juicio oral y público. ¿Cuántos juicios orales puede soportar el imputado, hasta tanto se produzca una solución al caso? Sin ingresar en el análisis de la violación al plazo razonable o la preclusión de los actos del proceso, lo cierto es que la afirmación de Binder es correcta en cuanto sostiene que *"se trata de una garantía [ne bis in ídem] en cierto modo diferente de las anteriores...se refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa -la intervención del aparato estatal en procura de una condena- solo se pueda poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho"* (Binder, op. cit. pág. 167).

A poco que se observe, dicha circunstancia no se evitó en este caso, pues el imputado fue sometido a: dos acusaciones por parte del Ministerio Público Fiscal (primer y segundo juicio, siendo que este último tuvo su origen jurisdiccional, como se explicó precedentemente, en franca violación al principio *ne procedat iudex ex officio*) y la intervención de doce jueces (tres del primer juicio que lo condenaron, tres que anularon, tres que volvieron a condenarlo y los tres jueces de esta Sala que nos encontramos revisando la última decisión).

Es que a mi modo de ver, "no puede existir un *bis in ídem lícito*", siguiendo el razonamiento de Pastor (*¿nuevas tareas para el principio ne bis in ídem? en AAVV La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Gabriel I. Anitúa e Ignacio F. Tedesco compiladores, Editores del Puerto, 2009*), basado en que fue el propio imputado el que lo impulsó. El juicio oral, por lo que significa (o lo que debería significar) es el momento procesal en el cual las partes deben presentar el caso ante los jueces, examinar y

contra examinar a los testigos, presentando los elementos de prueba que avalan su postura, tomar la decisión de cómo elaboraran los alegatos finales con el objetivo de lograr convencer a los jueces que su postura (acusación o defensa) es la que deben optar. Es en ese momento en que cobra vital relevancia lo que puedan declarar los testigos, el desempeño que tiene cada parte, saber qué pruebas de cargo y descargo deben hacer valer o cuestionar, etc. El resultado de ese juicio es lo que determinará la sentencia y, al mismo tiempo, sus fundamentos. Pero, si como resultado del debate, la sentencia presenta falta de fundamentación sobre el aspecto subjetivo del tipo penal, la solución no puede ser un nuevo debate -reeditando todo el desarrollo del juicio- e indagar con más profundidad para verificar si se acreditó dicha circunstancia. Todo ello distorsiona la esencia del juicio oral y el sistema de derechos y garantías que le asiste al imputado.

Pastor advierte este problema, pero desde el principio de la descalificación procesal del Estado, al explicar que *"la sentencia sí puede ser anulada pero no habrá reenvío, sino absolución inmediata por la pérdida de la potestad de persecución que es una consecuencia de la infracción comprobada. La propia doctrina de la disidencia de "Alvarado" hecha mayoría en "Kang" implica, como lo ha sostenido Ziffer, que si al momento de la sentencia se debe absolver cuando se verifica un vicio cuya corrección depende de la repetición del acto, porque "se ha llegado a un estadio procesal en el que el imputado tiene derecho a obtener un pronunciamiento definitivo", entonces si la irregularidad del proceso se comprueba por medio de un recurso del imputado contra la condenación lo que corresponde no es eliminar la sentencia, hacer un nuevo juicio y dormir tranquilos pues así lo quiso el acusado, lo que corresponde, si es verdad que no se pueden repetir los actos hechos inválidamente en la etapa anterior, es anular y absolver en todos los casos...Se trata de que el imputado no tenga que soportar ni un paso más del proceso, con sentencia o sin ella, con debate o antes de*

éste (Pastor, Daniel ¿nuevas tareas para el principio ne bis in ídem? en AAVV La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Gabriel I. Anitúa e Ignacio F. Tedesco compiladores, Editores del Puerto, 2009 pág. 512).

De esta manera, propongo al acuerdo anular el debate y la sentencia y, en consecuencia, absolver al imputado en orden al delito por el que fuera imputado, sin costas.

b) Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención a que en el caso no se ha conformado la mayoría necesaria respecto al planteo subsidiario del recurrente, he de adherir a la solución propuesta por el doctor Slokar pues a mi modo de ver en el caso no se encuentra acreditado el dolo homicida.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, por mayoría, el tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** la sentencia dictada a fs. 1411/vta. - cuyos fundamentos obran a fojas 1415/1435vta.-, **CONDENAR** a **Alejandro Daniel Golenderoff** en orden al delito previsto en el art. 91 CP, y **REMITIR** la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal con el fin de que sin dilaciones fije una nueva pena, de conformidad con la calificación jurídica decidida en la presente sentencia, **SIN COSTAS** (arts. 40, 41, 45 y 91 CP, 456 inc. 2°, 470, 471, 530 y cc. CPPN).

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa (en disidencia) y Angela E. Ledesma. Ante mí: María Jimena Monsalve. (Secretaria de Cámara).