

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22376/07 STJ

SENTENCIA Nº: 221

PROCESADA: D.L.C. M.E.

DELITO: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (FISCAL)

VOCES:

FECHA: 28-11-07

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – BUSTAMANTE
(SUBROGANTE)

///MA, de noviembre de 2007.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y Jorge Bustamante -por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “D.L.C., M.E. s/Homicidio calificado s/Casación” (Expte.Nº 22376/07 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 438 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- ANTECEDENTES:-----

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 66, del 13 de julio de 2007, la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial, integrada por subrogantes, resolvió -en lo pertinente- declarar responsable a M.E.D.L.C. por el delito de encubrimiento agravado (art. 277 inc. 1º a y 3º a C.P.) y diferir la decisión sobre la imposición de una sanción hasta que se cumplan los recaudos pendientes en el incidente de disposición.-----

-----1.2.- Contra lo decidido el señor Fiscal de Cámara dedujo recurso de casación, que

fue concedido por el tribunal de grado inferior y por este Superior Tribunal de Justicia mediante los Autos Interlocutorios N° 524/07 y ///2.- 38/07 respectivamente. Así, el expediente quedó por diez días en la oficina para su examen por parte de los interesados, período en el cual la señora Procuradora General emitió su dictamen. Luego de la realización de la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- -

-----2.- RECURSO DE CASACIÓN (fs. 1504/1517):- - - - -

----- El señor Fiscal de Cámara se agravia en razón que la sentencia es nula de nulidad absoluta, pues se ha visto afectado el principio de congruencia, ya que el hecho intimado (en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, la requisitoria de elevación a juicio y el alegato acusatorio) contiene una plataforma fáctica absolutamente diferente de la que corresponde al delito de encubrimiento. Señala que para que una sentencia sea válida debe existir, necesariamente, correlación entre el hecho reprochado en los actos referidos y el que sustenta la sentencia. En este orden de ideas, la Cámara ha efectuado un cambio tan brusco en la plataforma fáctica y, por ende, en la calificación jurídica, que surge claramente con solo advertir que la conducta imputada hasta la acusación fue por un delito cuya protección penal es el interés por la integridad física y psíquica de las personas (delitos contra la vida), mientras que con la nueva calificación jurídica atribuida se operó un cambio de la plataforma fáctica que se vincula con conductas que referentes a la protección de la administración de justicia. Agrega que el objeto procesal, como hecho histórico, es el hecho intimado ab initio y sobre ///3.- él debe versar toda la actividad procesal en lo que sea materia de prueba y alegatos.- - - - -

----- Por otra parte, afirma que para el caso de que se entienda que la sentencia no es nula, el Superior Tribunal de Justicia deberá casarla, por haberse efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva. Sostiene, tal cual lo ha puesto de manifiesto en el alegato fiscal al concluir la audiencia de debate, que la imputada resulta ser coautora del delito de homicidio doblemente calificado, por ser cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos personas (arts. 80 incs. 2° y 6° en función del art. 79 y 45 C.P.).- -

----- En este entendimiento, expresa que existen en la presente causa numerosos indicios que, valorados a la luz de la sana crítica racional, llevan ineludiblemente al resultado que propugna. Así, argumenta que D.L.C. fue la última persona que estuvo con O. en la

pérgola ubicada en cercanías del lugar del hecho, donde quedó sola con él (testimonios de Ibáñez y Viñals), y que el testigo Ibáñez dijo que O. le pidió que lo esperara en el pub, razón por la cual quedaba claro que no pensaba demorarse con D.L.C. ni tener relaciones con ella, más aún si se advierte que Ibáñez manifestó que no se lo dijo por decir, sino que lo tomó como que iba a volver al pub; ello así por cuanto es lo que indican la lógica, la experiencia y el sentido común. De allí se entiende su expresión “... uy, qué hace esta pendeja acá” apenas la vio llegar al lugar donde estaba con Ibáñez y Viñals.- - - - -

----- El Fiscal aduce que a partir de este momento es cuando ///4.- se debe analizar profunda y minuciosamente la prueba obrante en autos, y que cabe resaltar que fueron varios los testigos que han dicho que, en el tiempo, primero existió la relación de O. con C.; que cuando se distanciaron (temporariamente), la víctima de autos se relacionó con D.L.C., y que luego de ello O. retomó su relación con C., poco antes de su muerte, lo que provocó el descontento, las agresiones físicas, el acoso, el odio y las amenazas verbales y por escrito (recordar las cartas incorporadas al legajo y las mencionadas por Claudia O.) de parte de M.E.D.L.C., tanto hacia O. como a terceras personas (ej. M.C.), las que llegaron a su máxima expresión cuando se enteró del embarazo de C. (Nancy Sosa escuchó decir, cree que a Laura Cortez, que ella había dicho que “antes muerto que con el hijo de M. en sus brazos”). El recurrente agrega: “Los testigos a que me refiero son O. Cofré, Ana Silva Smith, M.C., Lidia Smith, Alejandro Parada, German Viñals, Tanya Cid, Carina Veliz. Descarto completamente la afirmación del primer votante cuando dice tal vez por la ingesta alcohólica O. haya ido voluntariamente al lugar del hecho. Nadie dijo haberlo visto tomar en exceso, ergo es una conjetura sin prueba alguna que la avale. Tampoco ello puede afirmarse en lo dicho por Nancy Sosa (que podría haber querido tener una última aventura). Lo real y concreto es que O. no iba a ese lugar, tal como se avala por los dichos de O. Cofre, Claudia O., Walterio Silva, M.C., Nancy Sosa, Diego Escobar, David Silva Smith. Quien sí lo hacía era D.L.C., tal como dijo la testigo Cid. O. no ///5.- solo que no iba al lugar sino que no tenía ninguna intención de estar con la imputada. Fue una casualidad que se encontraran. D.L.C. tenía el plano para llegar al cumpleaños, en la zona de chacras al que iba el grupo de amigos. Esa misma noche puso de manifiesto su negativa a encontrarse con ella, quien lo siguió y lo persiguió hasta encontrarlo, lo que pone de manifiesto su obcecada obstinación y sus ansias de vengarse. Los testigos Nancy Sosa (a quien, J.O., le dijo en el Pub que se quedara con él, porque la Manson -por D.L.C.- ‘me está rompiendo las bolas’; junto

con Ibañez y Viñals, avalan lo dicho en cuanto a que O. no quería estar con D.L.C.- A ellos se agrega Escobar que dijo 'no la quería ni ver'.- En cuanto a que ella lo seguía, queda probado con la declaración de Castillo (dijo que O. salió de los videojuegos y atrás D.L.C.); con la de Leandro Escobar (en la mañana del hecho M.E. le dijo que fue a la pérgola pensando encontrarlo porque allí dejaron la cerveza) y la declaración testimonial de Gutierrez Beroiza, a quien Castillo, Alejandro Parada y Guillermo Parada le contaron que D.L.C. lo estuvo siguiendo a O. toda la noche y que si esa noche lo estuvo siguiendo es porque algo tuvo que ver, lo que acredita que, quienes la conocen, piensan que es capaz de tramar algo tan grave como lo que pasó. Está claro que ella quiso para con O. una nueva golpiza, motivada por los celos, odio y el profundo disgusto que le produjo la reanudación de la relación con C., el embarazo y la alegría de él con esta situación. Con anterioridad al hecho hubo episodios de violencia por parte de D.L.C. hacia ///6.- O. y C.. Si los testigos no han mentido, resulta absurdo poner en duda la existencia de tales hechos”.- - - - -

----- El Fiscal de Cámara valora los testimonios de David Silva, Escobar, Sosa, M.C., Claudia O., Juan Pablo Palma, Amaolo, los padres y la abuela de la víctima, y continúa diciendo que el sentido común nos dice que la conducta agresiva de M.E. existió, que lo hizo golpear a O., que agredió a C. y que no cedió en su empeño hasta consumar la agresión en el lugar del hecho. Concluye que es evidente que, así como en el pub Barbarroja lo hizo golpear a O. por un hombre mayor, en la última ocasión lo hizo con dos personas más. Contrariamente a lo sostenido por el doctor López Meyer, aduce, el acuerdo con dos personas surge claro de la causa, siempre y cuando se analice la prueba en forma armónica y en su totalidad y no parcialmente. A su entender, la actitud asumida por la imputada luego del hecho prueba que estuvo de acuerdo con los agresores, pues, en efecto, junto a uno de los autores volvió a la pérgola y allí la vieron Walterio Silva y su novia de entonces, quienes la describieron tranquila, prolija, sin aparentar temor, es decir, nada les hizo pensar que no estaba allí por su voluntad ni parecía amenazada o intimidada. Es que, razona la parte, si hubiera estado amenazada o intimidada, le habría pedido ayuda al tío de O., pero nada hizo al respecto, y aunque a Diego Escobar le dijo que no le habló por miedo, no lo puso de manifiesto en ningún momento, sino que tan tranquila estaba que luego del nosocomio se fue a dormir a su casa.- - - - - ///7.-- El casacionista agrega que si bien D.L.C. no declaró en el debate, sí puede afirmarse que se denunció una violación de la que ella habría sido víctima (fs. 14) e, incluso, el incidente de disposición se inició considerándola menor

víctima de violación; señala que según constancias de fs. 103/104 de ese incidente, el médico la atendió inicialmente y continuó haciéndolo como víctima de este delito, aun a la fecha de la audiencia de que da cuenta el informe de referencia, época en la cual ya estaba imputada del homicidio.- - - - -

----- A su criterio, entonces, en este marco deben valorarse los dichos de la imputada a los diferentes testigos e igualmente debe procederse en cuanto a lo ocurrido y narrado por ella: “así vemos que a la abuela de O. (Lidia Vergara) en el nosocomio, en la misma mañana del hecho, le dijo que ella no quería que le hicieran esto (prueba que sabía que algo le iban a hacer y que era más de uno, pues habló en plural - dijo hicieran); que no le podía decir quién había sido porque si lo hacía se la iban a agarrar con ella (nuevamente el plural). La testigo Durán dijo que escuchó una voz de varón diciendo ‘pará boludo, cortála’, que le pareció como desesperada, lo que le hizo presumir al sentenciante que era la voz de O.. No fue un alarido de dolor lo que escuchó y nunca pudo ser O. porque recibió el primer y brutal golpe en la cabeza. En este punto el informe de fs. 486/495 es categórico; más aún el perito en el debate aclaró que no podía determinar el margen de error, pero como se trataba de un lugar cerrado no existían factores externos que pudieran influir. En definitiva, queda///8.- claro que buscó a los agresores y planeó con ellos la agresión. Así logró llevar a O. al lugar donde se consumaría el hecho y ponerlo en estado de indefensión. Ello queda claro si advertimos que el lugar era tan oscuro que nadie veía nada; solo ella sabía donde estaba O.. Todo lo mencionado supra nos lleva, ineludiblemente, a la certeza que en esta oportunidad, la imputada, quería propinarle a O. una golpiza de gran envergadura. Digo esto porque ya en público lo había hecho trompear. Ergo, si lo lleva a un galpón totalmente oscuro, lejos de la posibilidad de recibir auxilio, y se pone de acuerdo con dos personas más, la golpiza sería de mayor envergadura. La víctima fallece como consecuencia directa de los golpes recibidos; no existió entre la golpiza y la muerte ninguna enfermedad; ergo nos encontramos frente a la comisión de un homicidio (en el caso doblemente agravado) y nunca podrá ser calificada tal conducta como encubrimiento agravado”.- - - - -

-----3.- DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL (fs. 1536/1551):

----- La señora Procuradora General doctora Liliana Laura Piccinini afirma que en autos se ha afectado el principio de congruencia, con su correlato de vulneración al debido proceso legal, arbitrariedad y violación al principio de razón suficiente, de la cual también ha sido fruto el yerro fondal. Focaliza su atención liminar en uno de los vicios

nulificantes que se ha producido al declarar la responsabilidad por el delito de encubrimiento, sobre la base de una plataforma fáctica que el a quo sostiene que no difiere del hecho oportunamente intimado en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, la requisitoria de ///9.- elevación a juicio y el alegato acusatorio. Agrega que se corrobora de tal modo un vicio que reiteradamente viene advirtiendo en distintos pronunciamientos de los Tribunales provinciales y que ya mereció la opinión de esa Procuración General en su dictamen N° 226 de fecha 31-10-05, motivo por el cual reproduce los principales fundamentos allí expuestos. Mutatis mutandis, señala, la situación es la que en líneas generales se da en autos: una persona viene siendo intimada en la indagatoria, procesada sobre la base de tal intimación, requerida la elevación a juicio (acusación propiamente dicha) con idéntica intimación del facto y hasta leída en debate tal acusación por un hecho que es calificado como homicidio doblemente calificado por alevosía con el concurso premeditado de dos personas, y el Tribunal (en este caso por unanimidad), al momento de sentenciar y debido a que entiende que no hay elementos de cargo suficientes, decide condenar por encubrimiento. Con ello, cambia el encuadre jurídico, lo cual resultaría ser por el principio “iura novit curia” una facultad del juzgador; sin embargo, la plataforma fáctica intimada en modo alguno permite tal posibilidad.- - - - -

----- Así expuesto, se puede apreciar claramente el contraste existente entre el hecho intimado originariamente a la imputada (que el a quo afirma que no encuentra probado, por aplicación del art.4° C.P.P.) y el hecho por el que resultó condenada (que no describe, sino que sólo enuncia típicamente). La titular de los Ministerios Públicos puntualiza que, para el Tribunal de mérito, de la descripción fáctica del hecho acusado (léase: ponerse de ///10.- acuerdo con al menos dos personas, una de ellas de sexo masculino, seducir, colocar en estado de indefensión, golpear y dar muerte) es posible colegir la materialidad delictiva y consiguiente responsabilidad de un típico autónomo, como lo es el encubrimiento, para lo cual utilizó el magro razonamiento explicitado en adjetivaciones tales como “actitudes”. El yerro consiste en entender que no se muta el facto porque “no se lo amplía”, cuando en rigor de verdad la mutación prohibida, para ser tal, debe consistir en la variación sustancial de la conducta reprochada. En el sub lite el Tribunal transcribió el hecho acusado, sin variante alguna, y luego afirmó que el hecho de la acusación no estaba probado, pero que de ese mismo hecho podía extraer otro (que no describió) y por ese hecho condenó, calificándolo como encubrimiento.- - -

- - - - -

----- La doctora Piccinini manifiesta que cuando la sentencia carece de fundamentación razonada y legal, en los términos del art. 200 de la Constitución Provincial, al advertirlo se impone su nulidad, pues no puede ser considerada como acto jurisdiccional válido. Dicha declaración de nulidad devendría por error “in procedendo”, con la consecuente derivación a nuevo juicio y nueva sentencia. Sin embargo, cuando la ausencia de fundamentación razonada implica faltar al principio de logicidad, pone de manifiesto no sólo el yerro metodológico traducido en no haber explicado con claridad cómo se arribó a la conclusión, sino algo más profundo, que consiste en hacerle decir a la prueba lo que no ha dicho o desconocer la evidencia al parcelar su ponderación, de modo que los indicios se///11.- presenten inconexos y aislados, sumando hipótesis no confrontadas en el juicio, para finalmente ceñirse a las circunstancias que entiende no como conducta posterior al hecho consumado, sino pretendiendo hacer ver en ellas la conducta autónoma merecedora de condena. Con ello se soslaya precisamente que la más acabada y completa evidencia de su intervención en el hecho llevado a juicio es esa conducta posterior: pasearse tranquila con un sujeto, caminando y riendo en pos de una caja que podía contener envases con cerveza; cambiar sus prendas antes de acudir al hospital, donde se presentó, tal como se tuvo por probado, con sus ropas arregladas, mientras en su domicilio se incautaron campera, pantalón, pulóver, remera y zapatillas con manchas de sangre; haber conducido al personal hospitalario hasta el lugar, con precisión y tranquilidad, abriendo una puerta que estaba cerrada con cerrojo o alambre y en ese sitio oscuro también señalarles dónde estaba el cuerpo; denunciar un ataque sexual a modo de coartada (en este punto, el Tribunal ha expresado que con el informe forense de fs. 258, el informe de fs. 203/226, la declaración de fs. 343 y el informe de la doctora Rubio se estableció que la imputada mantuvo relaciones sexuales en suelo duro y que en su corpiño y bolso se encontraron cabellos compatibles morfológicamente con los del occiso), y entregarse luego plácidamente al descanso, que abandonó para concurrir acompañada de su madre al nosocomio, donde conversó con la abuela de la víctima y le dijo que ella no quería que le hicieran eso, excusándose de dar nombres porque se la iban a agarrar con ella. Y si la menor no ha declarado, si no ha///12.- individualizado a quienes ejecutaron la fatal golpiza, su intención no ha sido la de encubrir, sino la de no autoincriminarse.- - - - -

----- La señora Procuradora General afirma entonces que el análisis de las pruebas, al haberse realizado de manera tan caótica y arbitraria, no permite llegar una conclusión lógica, con abrigo en el sentido y la experiencia común, puesto que es descabellado

establecer que D.L.C. estuvo con el occiso, pues fue con la última persona que se lo vio vivo, mantuvo relaciones sexuales con él en el sitio donde luego apareció muerto y fue vista en una caminata plácida a cien metros del sitio unos veinticinco o treinta minutos después de que la vecina del lugar oyera los gritos (esto es: después de la agresión caminaba, aliñada, risueña y acompañada), para concluir dudando de su intervención y sostener que todo ello indica una “actitud” de encubrimiento. Agrega es contradictorio inferir que es encubridora porque nada indica que haya querido ese resultado o que nada indica que haya sabido de antemano que se iba a producir la agresión. Así, se pregunta desde qué óptica jurídica se exige que quien encubre quiera un resultado del delito preexistente o el saber previo, y desde qué análisis y con qué parámetros de razonamiento se pueden sostener contingencias, a modo de contraindicio, que no respeten la lógica y el sentido común.-----

----- Así, la doctora Piccinini manifiesta: “Por ejemplo: ¿cómo puede confrontarse el indicio de estar en el lugar, (el a quo lo afirma), ergo, presenciar la agresión y no evaluar la ausencia de conducta lógica exigible?: esto es, ///13.- salir corriendo en busca de ayuda. Nada se pondera en tal sentido. Por el contrario, el juzgador ha preferido encontrar en tales evidencias, no la intervención en el hecho deletéreo y su grado o título, sino una conducta autónoma, la de encubrir a los autores. Porque si como sostiene el fallo, nada indica que ella supiese que la agresión iba a acontecer, va de suyo que su reacción debió haber sido otra, pero no la evalúa ni confronta con lo objetivamente probado. Y lo objetivamente probado es que estaba en el lugar, que estaba junto al

occiso, que presenció la agresión, que nada hizo para impedirla o hacerla cesar, que luego fue vista con un sujeto (que según el a quo) debe haber tenido intervención material en el hecho, y más tarde- con sus prendas cambiadas- fue al hospital y allí comenzó la retahíla de mentiras. Los dichos de los testigos, permiten evidenciar, el montaje, la mentira pergeñada, no para ocultar la identidad de los autores, sino para colocarse en el rol de víctima y lograr su propia impunidad, con lo cual –en claro está- que también lograba la del resto; pero ello no es configurativo del delito que el sentenciante da por probado sino que es la prueba indiciaria acabada y lograda que permite contrarrestar su silencio y abstención. ¿De qué otra manera concibe el sentenciante que puede probarse la perpetración de un ilícito cuando el inculpado no lo confiesa?. Por supuesto, se dirá que con testigos presenciales, pues no los hubo. Pero sí hubo y el Juzgador los desdeña -sin fundamento plausible- testigos mudos (evidencia

científica, reconstrucción del hecho) y también hubo un basto número de ///14.- declaraciones, muchas de ellas despojadas de todo interés, que indicaron la mentira desde el primer momento, y otros testigos que le brindaron al Juzgador el motivo, otros le hicieron saber las actitudes inmediatamente anteriores (en el Púb., la Mason molestaba), como las mediatas (era propensa a amenazar y agredir), lo cual no solo fue patrimonio del relato de los testigos, sino que estaba documentado en epístolas. Luego apareció ella en el sitio en el que O. fue visto por su amigo con vida por última vez, y con ella quedó, a su merced.- - - - -

----- “Pudo el Juzgador quizás dudar del grado o título de intervención en el hecho?, pudo dudar si la intención, lo querido era provocar la muerte o si sólo intervino con el dolo de agredir y lesionar?. Estimo que no, porque nada ha sido dicho ni probado en tal sentido. De hecho, la imputada no declaró, y toda la evidencia indica que ella sabía y quería lo que iba a ocurrir y en definitiva ocurrió. Pues no hay dudas que de consuno con los autores estaba allí con la finalidad de atentar contra el joven O., como tampoco existen dudas de que la agresión fue llevada a cabo con un elemento apto para producir el resultado. No hay duda de que se lo sorprendió en estado de indefensión (de espaldas, con los pantalones bajos). Y sobre estas circunstancias objetivamente probadas, nada ha dicho el juzgador”.- - - - -

----- Luego de este razonamiento, y teniendo en cuenta la posibilidad de revisar la prueba en todo aquello que no sea producto de la impresión obtenida en la oralidad, opina que este Tribunal debe proceder en tal sentido, para lograr una decisión ecuaníme y legal. Indica que tanto las actas de ///15.- debate como la descripción de la prueba rendida (verbal y escrita) permiten un renovado análisis, y que éste permitirá advertir no sólo el error in procedendo, sino también el yerro fondal que habilita a casar la sentencia. Luego afirma que el hecho por el cual se condenó a la imputada no es un encubrimiento, sino un homicidio doblemente calificado, a título de partícipe necesaria, y atento a que era menor punible al momento de la perpetración, debe ser declarada responsable. Precisa asimismo que la alevosía está demostrada por la dinámica de la agresión, con la víctima desprevenida, indefensa y sin peligro para el agresor. A todo evento, sostiene, el Ministerio Público podrá asumir que no ha probado la intervención de más de dos personas además de la imputada, pero ello no le quita al hecho su doble calificación por pluralidad de agentes (la imputada y otro) y premeditación, porque los que actúan pueden ser cómplices necesarios, secundarios o coautores, con exclusión del instigador y del que presta ayuda posterior en cumplimiento de promesas anteriores.

Dada la pluralidad y la convergencia intencional (uno coloca en estado de indefensión, otro ejecuta el golpe mortal), expresa que el supuesto comisivo está probado, así como la participación de la imputada junto con otra persona, de sexo masculino, con quien luego fue vista, circunstancia que la sentencia dio por acreditada, pues surgía palmaria de la prueba testimonial.- - - - -

----- Como corolario de lo expuesto, dictamina que se debe hacer lugar al recurso de casación del señor Fiscal de Cámara, declarar nula la sentencia en crisis por error in ///16.- iudicando y dictar un nuevo fallo, con ponderación justa de los hechos y la prueba susceptible de revisión, mediante el cual se subsuma correctamente el ilícito y se tenga por acreditada la responsabilidad de M.E.D.L.C. a título de partícipe necesaria en la perpetración del delito de homicidio doblemente calificado (art. 80 incs. 2 y 6 C.P. y 439 C.P.P.).- - - - -

-----4.- HECHO IMPUTADO:- - - - -

----- En la requisitoria fiscal se describe el hecho que se atribuye a la imputada de la siguiente manera: “Ocurrido en la ciudad de Cipolletti, el 18 de marzo de 2001. En la oportunidad, en horas de la madrugada, probablemente entre las cuatro y cinco treinta horas, M.E.D.L.C. y otras dos personas con las que se había puesto de acuerdo, siendo una de ellas por lo menos de sexo masculino, habrían dado muerte a J.L.O., en momentos en que se encontraba totalmente indefenso. Para lograr su cometido la nombrada habría conducido a J.L.O. a una dependencia de la abandonada estación de ferrocarril, sita en calle Fernández Oro, posiblemente con la propuesta de mantener relaciones sexuales. En esas circunstancias, ya en el interior de la habitación, reinando una total oscuridad, mientras ocurría el acto sexual o estaba a punto de suceder, encontrándose O. de espalda a la puerta de ingreso, habrían entrado sorpresivamente las otras dos personas que estaban de acuerdo con M.E.D.L.C., y lo golpearon en la cabeza en varias oportunidades con un caño de metal de setenta y dos centímetros de largo. Como consecuencia de los golpes O. sufrió fractura de cráneo, ///17.- y un edema generalizado que le provocó el cese de la función cerebral y finalmente la muerte por paro cardiorrespiratorio” (vid fs. 1495).- - - - -

-----5.- AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:- - - - -

----- En cuanto al primer agravio del recurrente, este Superior Tribunal se ha expedido en forma reciente sobre un planteo sustancialmente análogo (Se. 133 del 08-08-07), oportunidad en la cual estableció: “Es dable recordar que, acerca de la afectación del principio de congruencia, este Cuerpo ha sostenido que ‘... «[l]a acusación y la

sentencia deben versar sobre un mismo acontecimiento histórico, sobre un mismo hecho, considerado en la totalidad de sus elementos constitutivos y en sus circunstancias agravantes específicas» (STJRNSP in re «MELLADO», Se. 159/99 del 25-10-99). Por lo tanto, el reproche debe contener los datos históricos que le permitan al imputado desarrollar una defensa adecuada y la sentencia debe adecuarse a ellos, sin poder modificarlos en su perjuicio. Empero, esto no significa que la serie de inferencias lógicas que se inducen de tales datos... también formen parte de tal plataforma; basta que ésta tenga los elementos mínimos -hechos- de los que se extraiga como «cuestión de hecho». Del mismo modo, tampoco es necesario que la requisitoria -en su descripción fáctica- se complete con los diferentes institutos jurídicos, abstractos y generales, que luego formarán parte de la calificación; basta que describa la serie de circunstancias físicas aplicable, luego, a dichos institutos (STJRNSP in re «FIORE» Se. 101/98 del 17-11-98)' (Se. 57/02 STJRNSP; ver asimismo voto del doctor Soderó Nievas en Se. ///18.- 24/06 STJRNSP).-----

----- “Siguiendo esta línea argumental, in re ‘PANES’ (Se. 192/05 STJRNSP) se ha afirmado que ‘... para la determinación del incumplimiento del principio de congruencia la «... regla debe encontrarse en aquellos elementos necesarios para poner en evidencia la culpabilidad (lato sensu) del imputado, con respecto a la posibilidad de su defensa. Podría formularse en estos términos: La sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos eficientes para poner de manifiesto la culpabilidad del imputado, es decir, los que pueden influir jurídicamente para determinar el grado de responsabilidad criminal del acusado...» (Vélez Mariconde, «Derecho Procesal Penal», Tº II, pág. 240, citado en la Se. 102/05 STJRNSP)' (ver también Se. 182/06 y 39/07 STJRNSP).-

----- “Bajo tal línea de pensamiento, es clara la violación del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.Nac.), tal como argumenta [... el Fiscal de Cámara] y dictamina la Procuradora General, porque el simple cotejo de las plataformas fácticas antes reseñadas permite advertir que existe una diferencia sustancial entre el hecho por el cual se indagó, se procesó y se requirió la elevación a juicio y el hecho por el que se condenó.- - -

----- “Sabido es que la hipótesis fáctica del requerimiento fiscal de elevación a juicio determina y circunscribe la actividad de los sujetos del proceso de tal modo que sobre ella incide toda actividad ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del Tribunal de juicio. Asimismo, la imputación no requiere ///19.- la

mención del verbo de la figura típica, sino una descripción del hecho que tenga correlación con aquél.- - -

----- “Héctor O. Sagretti (\‘Principio de Congruencia\’, en LL 2000-F, 927) expresa: \‘El punto de partida para identificar tal hecho, estará constituido, evidentemente, por la acción u omisión típicas, consistente en un acto de ejecución, cooperación, auxilio o instigación. La confrontación de las conductas comisivas u omisivas -erigidas en el elemento sustancial del hecho- será el primer factor que conduzca a establecer el correlato de la imputación\’.- - - - -

----- “Entonces, el punto de partida de análisis es el verbo del tipo y la conducta que éste supone ya que, si el reconocido en la sentencia fuera diferente del utilizado en el reproche, también lo sería la estrategia de la defensa y ésta se habría visto privada de ejercer su ministerio durante el proceso (conf. Se. 143/06 STJRNSP). En este orden de ideas, el verbo sería uno de los elementos eficientes de la plataforma fáctica acusada para poner de manifiesto la eventual culpabilidad del imputado, toda vez que influye jurídicamente para determinar el grado de su responsabilidad (ver la cita de A. Vélez Mariconde, ob.cit., págs. 240 y 241, en Se. 159/99 STJRNSP, in re \‘MELLADO\’).- - - - -

----- Dicho lo anterior, en el sub lite observo que -en lo pertinente- el requerimiento de elevación a juicio atribuye a la imputada las conductas comisivas de “ponerse de acuerdo con al menos dos personas, una de ellas de sexo masculino, seducir, colocar en estado de indefensión, golpear y dar muerte” (vid fs. 1539), las que tienen su correlato con las acciones típicas del art. 80 incs. 2 y 6 del Código Penal ///20.- (homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso premeditado de dos personas; v. fs. 1495).- - -

----- A su vez, la sentencia impugnada tuvo por acreditado y declaró la responsabilidad penal de la menor no por haber intervenido en el hecho homicida, sino porque “colaboró con el autor o autores para ocultar la realidad de lo ocurrido y procurar la impunidad del o de los mismos [... Así] incurrió en una conducta encubridora [... S]u intervención voluntaria [... se] circunscribi[ó a ...] momentos posteriores a la consumación de la agresión” (fs. 1501 y 1502).- - - - -

----- En este orden de ideas, no puede argumentarse con seriedad que con las conductas de la declaración de responsabilidad “no se amplía la plataforma fáctica sino que se reduce su intervención voluntaria” (ver fs. 1502), ya que los hechos y las circunstancias de tiempo, lugar y modo son sustancialmente distintos y sucesivos en el tiempo, es

decir, primero tuvo que ocurrir el homicidio y después el encubrimiento.- - - - -

- - - - -

----- Así, también es evidente que la tipificación de los hechos en que se basó la declaración de responsabilidad es fáctica y jurídicamente contradictoria con el encuadramiento típico de los hechos del requerimiento de elevación a juicio, porque “el encubrimiento se caracteriza por ser un delito subsidiario luego de cometido otro, independiente y distinto de uno anterior, en el que el encubridor no debe haber participado... \Aunque la ley no se refiere taxativamente al requisito de la «ausencia de promesa anterior», para que la receptación sea encubrimiento y no participación, los principios generales que rigen la llamada ///21.- «participación moral» indican que también aquí se debe dar esa exigencia: la promesa anterior de receptar la cosa luego de perpetrado el delito precedente constituye una participación no necesaria en aquél (auxiliador sub sequens) y no la receptación del art. 278)\’ (Creus, \Delitos contra la administración pública\’, pág. 549 y su cita N° 93, de Núñez, \Análisis...\’, pág. 138; Fontán Balestra, \Tratado...\’, T° VII, pág. 411)” (Se. 185/05 y 133/07 STJRNSP).- - -

- - - - -

----- De tal forma, si se entendiera que las conductas que sustentan la declaración de responsabilidad de M.E.D.L.C. “están contenidas en la imputación concreta, clara, precisa y circunstanciada del art. 318 del rito y la normativa incorporada a nuestra Constitución por el art. 75 inc. 22, el ministerio de la defensa se volvería meramente formal o bien una tarea poco menos que adivinatoria, porque se utilizaría un tramo fáctico cualquiera de la imputación que, completado con otros hechos (acreditados), llevaría a una intimación diferente de la original. En este marco, el principio de congruencia salvaguarda la identidad por el hecho imputado, ya que \[l]o único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente; en otras palabras, que la hipótesis acusatoria coincida con la tesis del Juzgador en cuanto al material que constituye el objeto procesal\’ (Velez Mariconde, ob.cit., págs. 236/237).- - -

----- “La información precisa y detallada por parte del juez al imputado acerca de los hechos por los que ha sido llamado ///22.- a prestar declaración indagatoria es crucial a los fines de verificar el principio de congruencia comprendido en la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio consagrado en el art. 18 CN. La Convención Americana sobre Derechos Humanos -de jerarquía constitucional conforme el art. 75

inc. 22 CN. reformada en 1994- en su art. 8 -titulado '\garantías judiciales\'- resalta expresamente el derecho de toda persona a ser oída previa comunicación detallada del hecho objeto de acusación. También ha señalado la Corte Suprema que la defensa en juicio se lesiona cuando el tribunal incluye dentro del objeto de su resolución hechos que no hayan sido motivo de indagación y acusación (418-A-22, '\Aichele Kretschmar, Rudy C. v. Administración Nacional de Aduanas s/recurso de apelación\' Ver Texto, 28-04-92)" (CNCPenal, sala 4ª, en "DULBECCO", del 16-02-96, voto del doctor Hornos, Lexis N° 60001298). Entonces, "a los efectos de la conservación del '\debido proceso\'', acusación y defensa tienen también que estar en relación con la indagatoria del procesado, a quien en ese momento se le debe hacer saber de qué se le acusa..., para que pueda ejercer su defensa" (C.Crim.y Corr. Junín in re "GENNA", del 10-08-95, BA B1650094, Lexis N° 14/27779, conf. Se. 191/05 y 133/07 STJRNSP).- - - - -

----- Concluyendo, la sentencia se ha pronunciado de manera incongruente con la indagatoria, el procesamiento y la requisitoria de elevación a juicio, en tanto menciona circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se habría producido un ilícito que no se imputó ni tiene cabida dentro del hecho enrostrado, por lo que la diferencia sustancial en ///23.- la enunciación deja en evidencia la afectación—además del principio de congruencia- del derecho de defensa en juicio, con la consecuente descalificación del encuadramiento típico de los hechos que el a quo tuvo por acreditados (arts. 18 y 75 inc. 22º C.Nac.; 8 CADH y 318, 372, 384 y ccdtes. C.P.P.).- - - - -

-----6.- HECHOS: REVISIÓN INTEGRAL DE LA MOTIVACIÓN Y FIJACIÓN DE LOS HECHOS:- - - - -

-----i) Tanto el Fiscal de Cámara como la señora Procuradora General entienden que el a quo realizó una ponderación de la prueba que afectó el principio de sana crítica racional, por los motivos supra reseñados, y solicitaron que se declare la responsabilidad penal de M.E.D.L.C. por considerarla coautora —el primero- y partícipe necesaria —la segunda- del delito de homicidio doblemente calificado, por ser cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos personas (arts. 80 incs. 2º y 6º en función del art. 79 y 45 C.P.).- - - - -

-----ii) El sentenciante desechó este encuadramiento típico porque entendió que no se logró acreditar, con la certeza necesaria para la sentencia definitiva, que la imputada "obró premeditadamente con otras personas para agredir a J.O. en la dependencia abandonada de la estación ferroviaria" (fs. 1498), y agregó que "tampoco existen

suficientes elementos para afirmar que, además de ella, estaban en el lugar otros dos cómplices” (fs. 1498) y que “no puede decirse con seguridad que ella sabía de antemano que se iba a producir la agresión, ni puede decirse que el agresor fue más de un solo sujeto” (fs. 1498).- - - - - ///24.--iii) Sentado lo anterior y siguiendo la interpretación amplia del recurso de casación que este Cuerpo ha adoptado a partir de la Se. 137/05 (en concordancia con el fallo de la CSJN in re “CASAL”, C. 1757. XL, Se. del 20-09-05), paso a realizar una revisión amplia de la sentencia, ya que el control casatorio abarca ahora las cuestiones de hecho y prueba y sólo son ajenos aquellos aspectos que dependan de la inmediación del debate oral: “en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente” (en “CASAL”, considerando 28, y Se. 98/07 STJRNSP, entre otras).

----- Por supuesto, para tal faena tengo en cuenta que esta instancia se encuentra “signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado” (Norberto J. Iturralde, “Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación”, LL 1995-C, Sec. Doctrina, pág. 1256). Este principio debe ser completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo –en los casos en que abra su jurisdicción por un recurso- para ingresar en el tratamiento de oficio ante el ///25.- supuesto de nulidades absolutas en el proceso. Asimismo, la última parte del art. 415 del código adjetivo establece la prohibición de la reformatio in pejus, que impide que la resolución en crisis se modifique en perjuicio del imputado cuando sólo ha sido recurrida por él o a su favor (ver Miguel A. Almeyra, “Reformatio in pejus y juicio de reenvío”, DJ 1986-II, 1 y ss.).- - - - -

----- En este sentido, adelanto que los argumentos recursivos con sustento en el plexo indiciario plasmado en la sentencia, como refieren el Fiscal de Cámara y la señora Procuradora General, son suficientes y demuestran que la sentencia incurrió en afectación del principio de razón suficiente, que exige que la sentencia esté debidamente justificada para que a través de ella pueda valorarse la apreciación que se ha realizado

de todas las constancias de la causa (conf. Olsen Ghirardi, “El principio de razón suficiente en la casación”, en Foro de Córdoba, N° 6, pág. 96).- - - - -

----- Así, la sentencia impugnada debía responder a la exigencia de motivación prevista por los arts. 110 y 369 del Código Procesal Penal y 200 de la Constitución Provincial para proporcionar razón suficiente a las conclusiones convictivas (conf. Se. 37/06 y 130/06 STJRNSP).- - - - -

----- Asimismo, y aun antes de la interpretación amplia del recurso de casación, este Superior Tribunal sostenía que “\... si la fundamentación de la sentencia tiene jerarquía constitucional, y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control del razonamiento del juez. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo ///26.- formal-lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar\’ (Olsen Ghirardi, \’Lógica del proceso judicial\’, Lerner, 1987, pág. 88).- - -

----- “[Por ello,] \’[l]a coherencia entre la prueba y las conclusiones que de ella se extraigan pueden quedar sujetas al examen casatorio a los efectos de comprobar si la valoración del material es arreglado a las leyes de la sana crítica\’ (Carlos M. de Elía, \’La Casación\’, pág. 31). En este control de logicidad el Tribunal de Casación se encuentra habilitado a controlar el proceso lógico seguido por el Juez; en lo que nos interesa, el principio de derivación, según el cual cada pensamiento debe provenir de otro con el cual esté relacionado. \’De la ley de derivación, se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad\’ (De la Rúa, \’El Recurso de Casación\’, pág. 181)” (conf. Se. 86/01 STJRNSP).- - - - -

----- Como dije, el Ministerio Público Fiscal demostró la afectación del principio de razón suficiente, pero no ocurrió lo mismo con todos los hechos que sostenían la calificación jurídica pretendida, por lo que corresponde que este Superior Tribunal, después de fijar los hechos probados, resuelva el caso con arreglo a la ley sustantiva.-

----- Los fundamentos que a continuación desarrollo se basan en los indicios que la sentencia tiene por acreditados, y ///27.- demuestran la incorrecta valoración del material probatorio según las reglas de la sana crítica racional, como asimismo la incoherencia entre las pruebas y las conclusiones que de ellas se extraen:- - - - -

-

-----a) Ubicación témporo-espacial: Surge de la sentencia que está acreditada la presencia de la imputada en el lugar de los hechos cuando se agredió a la víctima.- - - -

- - -

-----b) M.E.D.L.C. condujo a J.L.O. a la dependencia de la estación de ferrocarril: En este punto, el a quo dice que “relativiza la hipótesis de que la imputada llevó a O. al lugar” de los hechos (fs. 1499). Sin embargo, no advierto dudas ni posibilidad de otras hipótesis en cuanto a que la imputada condujo a la víctima a la dependencia de la estación de ferrocarril de Cipolletti bajo la excusa de mantener relaciones sexuales y así poder agredirlo con otra persona.- - - - -

----- En este sentido, valoro que alrededor de las 4.00 hs. Ibáñez (fs. 473) y Viñals (fs. 474) acompañaron a la víctima a tomar cerveza detrás de la pérgola de la Casa de Música, pero unos 20 minutos después se acercó la imputada, O. dijo “qué hace esta pendeja acá”, y los otros lo dejaron solo con ella, previo acordar que lo esperarían en el pub El Gato (fs. 1497).- - - - -

----- Los testigos Nancy Sosa, Ibáñez, Viñals (fs. 1497), Ana María Silva Smith (fs. 1499), David Silva Smith (fs. 1500), Claudia Patricia O. (fs. 1500/1501) y Alba Marina Amaolo (fs. 1501) son contestes en sostener que, luego de terminada la relación de noviazgo entre M.E.D.L.C. y J.L.O., este último no quería saber más ///28.- nada con ella y, como nada hace presumir que él haya ido bajo amenaza o utilización de fuerza física a la dependencia de la estación de ferrocarril, es lógico inferir que D.L.C. logró conducirlo hasta el lugar del hecho bajo la excusa de mantener relaciones sexuales, oferta que no le debió extrañar a O. en función de las actitudes de la imputada que venían observando tanto él como sus allegados -amigos y familiares-).- - - - -

- -

----- Sobre esto último, destaco que cuando J.L.O. dio por terminado el noviazgo: i) la imputada empezó a decir que si J.O. no era de ella no sería de nadie (ErasmO. Cofré); ii) lo llamaba por teléfono y éste no la quería atender, ante lo cual la madre de la víctima le decía a la encartada que “por favor se dejara de joder” (Ana María Silva Smith); iii) los amigos de la víctima le contaron a la madre de J.O. que, cuando M.E. se enteró de que estaba embarazada M.C. (novia de J.O. antes y después de la relación fugaz, de aproximadamente un mes, que tuvo con la imputada), dijo: “primero muerto, antes que tengas el hijo de ésa en los brazos” (Ana María Silva Smith); iv) M.A.C., madre del hijo de J.O., afirmó que la imputada le dijo: “lo que pasa es que vos estás enojada porque yo

a J. me lo cogí y me lo voy a seguir cogiendo”; v) la imputada amenazaba a J.O. mediante cartas que decían algo como que “si no se acostaba con ella lo mataba”, y en una oportunidad J.O. relacionó con la imputada un ataque que había sufrido, porque ocurrió tiempo después de haber terminado con ella, y dijo: “seguro que fue esa puta barata”, quien había llegado ///29.- al punto de tenerlo cansado (Claudia Patricia O.); vi) terminada la relación, la encartada llamaba a J.O. y éste no sabía cómo hacerle entender que no quería saber nada más (Alba Marina Amaolo).- - - - -

----- También tengo en cuenta “el informe Forense de fs. 258, según el cual la imputada tenía leves lesiones en codo y rodilla compatibles con relaciones sexuales mantenidas sobre suelo duro, el informe de fs. 203/226, complementado por la declaración del empleado policial Tapia a fs. 343, sobre los indicios existentes en el lugar, y el informe sobre pelos de la Dra. Rubio, según el cual los hallados en el corpiño y bolso de la imputada presentan caracteres morfológicos similares a los de la víctima” (ver fs. 1498/1499).- - - - -

----- Estas circunstancias demuestran que cuando Ibáñez y Viñals los dejaron solos, M.E.D.L.C. condujo a J.O. hasta el lugar del hecho bajo la excusa de mantener una relación sexual y así poder agredirlo. Concuerda con ello lo afirmado por el a quo acerca de que J.O. debió ir en forma voluntaria (es decir, no amenazado ni con temor por ninguna circunstancia) para tener una relación sexual con su ex pareja, la que iniciaron o estaba a punto de suceder.- - - - -

-----c) Intención de agresión: A diferencia de lo que sostiene el sentenciante, entiendo que también se encuentra acreditado que M.E.D.L.C. se había puesto de acuerdo con una persona de sexo masculino para agredir a J.O..- - - - -

----- La cuestión de la intención de agredirlo no era una ///30.- cuestión novedosa, lo que se infiere de la valoración conjunta de los siguientes indicios: los antecedentes que relataron varios testigos sobre que ya antes lo había mandado a golpear (fs. 1499); la ocasión en que M.E. mandó a que le pegaran a O. a la salida de un pub (Ana María Silva Smith -fs. 1499-); la afirmación de M.A.C. en el sentido de que con la imputada tuvieron algunos roces, insultos, empujones y que ésta le dijo insistentemente que la iba a “cagar a palos” (fs. 1500); la declaración de David Silva Smith, quien dijo que J. le pidió dos veces que lo fuera a esperar a la salida del colegio porque M.E. había mandado a pegarle (fs. 1500); el inicio de los problemas y las amenazas por carta de M.E. a J., después de que cortaran la relación (Claudia Patricia O. -fs. 1500-), y los dichos de Alba Marina Amaolo, que contó que en un momento J.O. recibió una

amenaza y le quisieron pegar, pero sólo eso (fs. 1501).- - - - -

----- La pluralidad de testigos que refirieron diferentes oportunidades en función del resto de las circunstancias (relación de noviazgo terminada por J.O., insistencia de la imputada en continuar la relación -mediante llamados telefónicos, agresión y amenazas a la novia de la víctima, envío de cartas con la pretensión de tener relaciones sexuales, etc.-, reanudación del noviazgo de J.O. con M.C., noticia del embarazo de esta última, etc.) es un dato revelador de la intención de agresión, más allá de que no se haya demostrado fehacientemente cada una de esas amenazas y lesiones, en tanto no se ha descalificado la ///31.- credibilidad de los testimonios.- - - - -

-----d) Acuerdo para lesionar: El hecho de que M.E.D.L.C. se puso de acuerdo con una persona de sexo masculino para concretar la agresión surge de los siguientes indicios: La imputada tenía la intención de lesionar a J.O., por lo que se le presentó cuando éste estaba con dos amigos detrás de la pérgola de la Casa de Música, alrededor de las 4,20 hs.; de allí lo condujo a la dependencia de la estación de ferrocarril con la excusa de tener una relación sexual, y mientras ocurría el acto sexual o estaba a punto de suceder, encontrándose la víctima de espaldas a la puerta (fs. 1501), fue sorprendido por otra persona, que lo golpeó en varias oportunidades con un caño de metal.- - - - -

----- Es decir, se advierte aquí que la imputada, después de conducirlo hasta la estación de ferrocarril con la excusa de las relaciones sexuales, eligió (o aprovechó) las circunstancias de tiempo y lugar para concretar la intención de lesionar a J.O., quizá por celos o despecho ante los reiterados rechazos de éste a reanudar la relación de noviazgo.- - - - -

----- Agrego que, más allá de que la “estimación de que, como O. tenía muy buenos reflejos, se necesitaba más de uno para reducirlo, no pasa[ría] de una mera apreciación especulativa” (fs. 1498), lo cierto es que la encartada, en anteriores oportunidades, nunca intentó agredirlo

directamente, sino que habría requerido la participación de una o más personas de sexo masculino para que golpearan a la víctima (según testimonios supra referidos). Por lo tanto, es lógico pensar que concretaría su intención de agresión en ///32.- forma similar, esto es, acordando con una persona de sexo masculino para que ejecutara las lesiones en las circunstancias de tiempo y espacio elegidos (o aprovechados) por aquélla.- - - - -

- - - - -

----- Por otra parte, también descarto la hipótesis de que M.E.D.L.C. desconociera que se iba a producir la agresión, porque dejaría sin explicar su conducta posterior al hecho,

conforme la siguiente prueba, referida por el juzgador: - - - - -

----- “Marina Durán (fs. 385), vecina del lugar del hecho pared por medio, dijo que estuvo despierta hasta las 5,15 hrs. aproximadamente, que escuchó gritos que provenían de la habitación contigua, que decían ‘\basta... cortala boludo... basta... cortala\’, que eran gritos de un pibe, gritos de desesperación, de una sola persona. Luego escuchó otro grito que venía de afuera, algo así como ‘\nooo\’, y luego no escuchó más nada. Ergo, parece evidente que los gritos desesperados y atemorizados bien podían ser de la propia víctima, mientras que el ‘\nooo\’ pudo ser una expresión de la imputada” (fs. 1498). - - -

- - - - -

----- “Según las pericias médicas (confr. informes médicos y forenses incorporados en el debate) es evidente que O. recibió más golpes, pero no se puede afirmar con seguridad que el primer golpe fuera en la nuca, ni que al momento de recibir este golpe desde atrás, que lo privó de sentido, no estuviera ya advertido del inicio de la agresión. Téngase en cuenta que uno de los golpes le produjo la fractura de un dedo de la mano y nada permite descartar que ese golpe haya precedido al golpe en la cabeza. Por lo tanto, es muy ///33.- posible que fuera el agredido quien gritara en forma desesperada” (fs. 1498). - - - - -

----- “Todo parece indicar que D.L.C. conocía al sujeto que la acompañaba” (fs. 1499). -

- - - - -

----- “M.E. Veloz declaró que esa noche... fueron al Pub ‘\El sauce\’, hasta las 5:30. Se fueron caminando hacia la Estación de Servicio ‘\Esso\’ de la calle Fernández Oro, porque quería ir al baño, y entraron caminando por el Paseo de la Casa de la Música, lugar en el cual se sentaron en la Pérgola. Estando allí escuchó a dos personas que venían caminando, miró de reojo y vio que agarraron una caja que estaba detrás y se fueron. Observaron que era M.E. con un chico. Esta pareja se veía normal, no llamaba la atención y pensó que venían a sentarse. Venían muy juntos o agarrados del brazo. Cuando se fueron el chico iba revisando la caja, y ahí ya iban separados. Venían desde frente a la pérgola y se fueron como hacia al Hospital, pero no sabe dónde doblaron. La persona que acompañaba a M.E. pudo ver que era alto, flaco, de espaldas anchas, pelo semi largo, ondulado” (fs. 1498; en similar sentido, ver declaración de Walterio Sigifredo Silva Smith, a fs. 1497/1498). - - - - -

----- Lidia Smith Vergara, abuela de la víctima, sostuvo que cuando estaba en el sanatorio M.E. se puso a llorar y dijo “yo no quería que le hicieran esto”, a lo que agregó que no podía decir quiénes eran porque se la iban a agarrar con ella; también le

manifestó: “cuando me fui le dije a Andrés y a Luciano, que cómo lo habían dejado, que no quería que le hicieran eso” (fs. 1499/1500).- - - - - ///34.-- También cabe condierar la “mendacidad [de la encartada] y sus actitudes, entre las que se destacan su aparente despreocupación cuando fue vista por el tío de O. y por la novia del mismo, y el estado normal de su atuendo, que se cambió antes de dar noticia del hecho, demuestran que no estaba atemorizada” (fs. 1501).- - - - -

----- “En el debate la imputada no dio ninguna explicación al respecto y cabe destacar que, si bien el silencio no permite presumir su culpa, deja sin su justificación personal los indicios obrantes en su contra” (fs. 1501).- -

----- Como adelanté, siguiendo las reglas de la sana crítica racional, con lo anterior no puede sostenerse que M.E.D.L.C. desconociera que se iba a producir la agresión en función de su conducta posterior al hecho: iba caminando con un chico que parecía su pareja, agarraron una caja y se fueron, se veía normal, no llamaba la atención, venían muy juntos o agarrados del brazo, cuando se fueron el chico iba revisando la caja y ahí ya iban separados (fs. 1498) y se escucharon risas (fs. 1498); se cambió de prendas antes de concurrir al hospital para dar aviso (fs. 1497), y allí se presentó sola, entre las 5,30 y las 6,00 hs., con sus ropas arregladas (vale decir sin anormalidades apreciables) y avisó que en la estación ferroviaria se encontraba el cuerpo de la víctima (fs. 1497); luego, en el sanatorio se puso a llorar y dijo: “yo no quería que le hicieran esto”.- - - - -

----- De tal forma, de haber desconocido la imputada que la agresión se iba a realizar, en oportunidad de tener relaciones sexuales con esa persona a quien insistentemente ///35.- (de forma reiterada) y por varios medios (llamados telefónicos, cartas) había buscado para reanudar el noviazgo, y tal vez con una chance o avanzando en ese sentido con la relación sexual iniciada o a punto de suceder, resultaría racionalmente inexplicable que haya salido tranquilamente del lugar del hecho y haya caminado con el ejecutor material como si fuera su pareja (aun cuando lo fuera, porque ello no obstó a las mencionadas conductas insistentes), de forma normal y con risas, durante una distancia considerable, para luego cambiarse de ropa en su casa e ir al hospital a dar aviso del “accidente”, mostrando congoja por las lesiones recién en el sanatorio y ante el crítico cuadro de salud de J.O..- - - - -

-----iv) Por otro lado, como adelanté, la argumentación recursiva deja sin demostrar con la certeza requerida en la instancia que el acuerdo previo haya sido con más de una persona, aun cuando existen algunos indicios en tal sentido (por caso, el plural utilizado

por la imputada cuando habló con Lidia Smith Vergara).- - - - -

-----v) El sentenciante y el recurrente omiten argumentar sobre las cuestiones referidas a la posible existencia de acuerdo, previsión o conocimiento por parte de la imputada sobre el elemento que se iba a utilizar en la agresión.- - -

----- No obstante, el plexo probatorio indica que M.E.D.L.C. no acordó, no pudo prevenir ni tuvo conocimiento del elemento (caño) que iba a utilizar la persona que le aplicó los golpes a J.O., y por ello entiendo acreditado que habría acordado una agresión similar a las de anteriores ocasiones (v.gr., “labio hinchado”///36.- –conf. Ana María Silva Smith; “Uno de los que estaba en el grupo con E. agredió a J., lo golpeó”–conf. M.A.C.-; “J. le contó que dos personas lo habían agredido antes, golpeándolo en la cara”–conf. Claudia Patricia O.-), todos ellos incompatibles con alguna cosa semejante al referido elemento.- - - - -

-----vi) En igual orden de ideas, existen indicios que probarían que, en el momento de iniciarse los golpes, la imputada desconocía el elemento utilizado, como asimismo que no consintió su uso. Así es que, estando en una oscura dependencia de la estación de ferrocarril (fs. 1514), M.E.D.L.C. y J.L.O. habían iniciado una relación sexual o estaba a punto de suceder, ambos de rodillas (ver fs. 258, 1495, 1499 y 1513/1514) y de espaldas a la puerta (fs. 1501), de modo que ella no podría ver el o los primeros golpes, y luego “el ‘nooo’ pudo ser una expresión de la imputada”, para que el otro interviniente se abstuviera de golpear a O..- - - - -

-----vii) En concordancia con lo anterior y lo sostenido por el sentenciante, y contrariamente a la argumentación recursiva, surge del plexo probatorio que la imputada carecía de la intención (dolo) de matar (“el ‘nooo’ pudo ser una expresión de la imputada” y “en el sanatorio se puso a llorar y dijo: ‘yo no quería que le hicieran esto’”).- - - -

----- Para torcer la conclusión a la que arribo es insuficiente la circunstancia de que M.E.D.L.C. se retirara del lugar de los hechos con la otra persona que intervino en el ilícito (ver fs. 1516) en virtud de que “el lugar era tan oscuro que nadie veía nada” (fs. ///37.- 1514) y la encartada se habría enterado de la gravedad del hecho en el sanatorio, donde mostró congoja por las lesiones de J.O..- - - - -

----- Entonces, la prueba indiciaria carece de entidad para demostrar que la imputada tuviera la intención homicida o de “propinarle a O. una golpiza de gran envergadura” (fs. 1515), en virtud de que las circunstancias de tiempo y lugar del hecho ilícito son insuficientes para acreditar (por sí mismas) que en esa oportunidad la encartada tuviera

intención de que se produjeran lesiones diferentes (en cantidad o gravedad) de las que en ocasiones anteriores habrían concretado personas de sexo masculino en perjuicio de la víctima.- - - - -

-----viii) En síntesis, conforme con todo lo expuesto en función de los indicios plasmados en la sentencia recurrida, tengo por acreditado:- - - - -

-----a) que las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la conducta posterior de la imputada (con respecto al ilícito, a la víctima y al otro interviniente no identificado) constituyen un plexo indiciario que da certeza sobre que M.E.D.L.C. condujo a J.L.O. a la dependencia

de la estación de ferrocarril con la intención de que lo lesionaran, previo acuerdo con una persona de sexo masculino para que ejecutara una golpiza que no incluía la utilización de un elemento similar al usado, por lo que no previó el resultado muerte, y -

- - - - -

-----b) que también, con sustento en las referidas circunstancias, cabe descartar que M.E.D.L.C. acordara, pudiera prever o tuviera conocimiento del ///38.- elemento contundente (caño) que iba a utilizar la persona que le aplicó los golpes a J.O., o consintiera su uso, como asimismo cabe descartar la intención (dolo) de matar o de propinarle a J.O. una golpiza de gran envergadura.- - - - -

-----7.- HECHOS: ENCUADRAMIENTO TÍPICO:- - - - -

-----a) Hechos fijados: improcedencia del encuadramiento solicitado:- - - - -

----- Fijados así los hechos, corresponde ahora subsumirlos en una determinada figura penal.- - - - -

----- La pretensión del Ministerio Público Fiscal para que se declare la responsabilidad penal de M.E. D.L.C. como coautora del delito de homicidio doblemente calificado, por ser cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos personas (arts. 80 incs. 2º y 6º en función del 79 y 45 C.P.) no puede tener acogida favorable porque ha quedado desacreditado el tipo subjetivo del delito de homicidio (ver supra, considerando 6.vii).- - - - -

----- Lo concreto es que la imputada acordó con otra persona causarle lesiones a la víctima, para lo cual se dividieron las tareas de la etapa ejecutiva con un codominio del hecho (ver 6.viii.a), hasta que el coautor se excedió y así quebró “la arquitectura objetiva y subjetiva sobre la que se asienta la coautoría” (Dante Marcelo Vega, El exceso en la participación criminal, ed Hammurabi, 2003, pág. 276), con la consecuente

muerte de la víctima (ver 6.viii.b).- - - -

-----b) Limitación de responsabilidad: El dolo de participación en un hecho menos grave (art. 47 del Código Penal): Establecidas la materialidad y la participación (en ///39.- sentido amplio), la conducta de M.E.D.L.C. conforma “una coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho, la que ‘... presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo la ejecución en esta dirección mediante la división de trabajo...’ (Zaffaroni, Alagia, Slokar, ‘Derecho Penal. Parte General’, pág. 753), lo que permite una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común” (Se. 157/06 STJRNSP, ver considerando 6.viii.a), en cuyo marco la imputada realizó tareas en dirección al plan común hasta que el coautor inició un exceso cualitativo imprevisible para la imputada respecto de la variación material (ver 6.viii.b).- - - - -

----- En consecuencia, como la “ley no puede penar a nadie a título de dolo por lo que no ha hecho, querido ni previsto” (Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, Código Penal y leyes complementarias, 4ª edición, Ed. Astrea, 2001, Tº 1, pág. 434), M.E.D.L.C. no debe responder “a título de dolo” por el homicidio de J.L.O., sino que lo debe hacer en la medida de la intención o falta de previsión, por lo que su conducta encuadra en el art. 47 del Código Penal.- - - - -

----- Ello es así porque, pese a la letra de la ley, el ámbito de aplicación del exceso no puede restringirse a la complicidad. Esto es, la solución consagrada por el art. 47 primer párrafo del Código Penal, interpretada sistemáticamente, debe ser extendida a toda hipótesis de concurrencia de personas en el delito en general, inclusive ///40.- la autoría mediata.- - - - -

----- Como ha dicho el doctor Víctor Hugo Soderó Nievas en la Sentencia 215/07 STJRNSP, “[i]nterpretar en materia jurídica, menciona GARCÍA AMADO, consiste en asignarle un sentido a las normas, que son la «materia prima» del derecho (GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La interpretación Constitucional», publicado en Revista Jurídica de Castilla y León, España, Febrero 2004, pág. 37. En esa dirección, este autor señala: «... La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso sentido de ese ‘algo’ -las normas jurídicas- de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese «algo» en cuanto precisado y aclarado». En similares términos se expresa, entre otros muchos, Vito Velluzi, -VELLUZZI, Vito, «Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones sobre el

sistema jurídico como factor de interpretación», DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho, Valencia, 1998, N° 21, pág. 68)' (Sebastián Martínez, 'La Garantía que prohíbe la autoincriminación forzada en el Bloque Constitucional Federal: su interpretación para la resolución de ¿un caso difícil?', publicado en Sup. Penal 2007 –octubre-, 34).- - - - -

----- “[...] ‘Así, una vez abandonado el ingenuo napoleónico que pretendía un derecho sin inconsistencias que condujera a que los jueces aplicaran automáticamente la ley sin posibilidad de interpretarla, lo que nos queda hoy, varios siglos después, es la certeza, como bien señala Cueto Rúa, de que al momento de interpretar se deben efectuar dos elecciones: la del derecho aplicable y la del modelo///41.- interpretativo a seguir (CUETO RUA, Julio, «La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación», DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho, Valencia, 1998, N° 21, pág. 112)’ (Sebastián Martínez, artículo citado).- - - - -

----- “[...] También es dable señalar que en ‘cualquier sistema de hermenéutica legal que se adopte no debe prescindirse de las palabras de la ley, pero en lugar de enfrascarse en la búsqueda del sentido o alcance gramatical de las mismas para descubrir la probable intención de sus autores, hay que recurrir a ellas para encontrar la solución del caso concreto, según las realidades que informan el texto legislativo (conf. causa B. 50.872, sent. del 10-IV-1990 y su remisión; publicada en «Acuerdos y Sentencias», 1990 I 781)... En la interpretación de la ley debe comenzarse con la ley misma y adoptando como pauta la sistemática, confrontando el precepto cuya exégesis se procura con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico... No debe olvidarse la presunción de coherencia que reina en el sistema de normas. La interpretación debe efectuarse de tal manera que las normas armonicen entre sí y no de modo que se produzcan choques, exclusiones o pugnas entre ellas (conf. causas Ac. 32.771, sent. del 21-IX-1984; Ac. 32.770, sent. del 7-VIII-1984). O, en otros términos, que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; es decir, en conexión con el contexto del que forman parte, respetando el espíritu y la intención del legislador que, generalmente, se ///42.- traduce a través de ciertos principios direccionales... Asimismo, resulta oportuno también recordar que la Corte Suprema nacional ha manifestado que «no se trata de desconocer las palabras de la ley sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos sean valorados por el todo normativo,

cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias» (Fallos 312:111) [...] Ello indica la acuciente necesidad de poner al día (aggiornamento) los contenidos de las disposiciones a través de una interpretación fruto de una jurisprudencia dinámica, que no distorsione, pero sí precise el sentido en cada caso concreto, evitando que se generen situaciones inicuas que devienen de una hermenéutica meramente estática y literal... Y no menos importante es resaltar que no juzgamos la validez de la norma en abstracto, que tiene razón de ser y fundamentos, al punto que no nos atrevemos a descalificarla en tal apreciación por irrazonable\ (SCBA in re '\Candidatura SCIOLI\, del 22-10-07, del voto del doctor Pettigiani).- - -

----- “[...] La interpretación válida de la ley debe ser sistemática. El conjunto de leyes que integra un orden jurídico debe ser entendido como compuesto por disposiciones recíprocamente coherentes, ya que la ley no puede, al mismo ///43.- tiempo, definir un acto como debido y como indebido. La unidad sistemática del derecho viene a ser, en el plano normativo, el equivalente del principio lógico de no contradicción, que allí se traduce referido al concepto de vigencia: un precepto no puede ser al mismo tiempo vigente y no vigente. Esta unidad del derecho, que la interpretación debe siempre mantener, puede expresarse diciendo que la aplicación de un precepto debe siempre comportar el tácito reconocimiento de la vigencia potencial de los preceptos restantes (conf. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tº I, pág. 183).- - - - -
- - - - -

----- “Entonces, en materia de interpretación de la ley penal, resulta preponderante el método sistemático por sobre la télesis gramatical y aislada de la ley en cuestión (conf. TSJ de Córdoba, '\BONFIGLI\, del 17-05-07, publicada en el dial.com el 31-10-07).- -
- - - - -

----- Ya “a partir de Soler la doctrina nacional advirtió la insuficiente redacción del art. 47 [del Código Penal], propiciando de lege ferenda su extensión a otras formas de intervención distintas de la complicidad, al punto tal que actualmente nadie sostiene una interpretación puramente gramatical del mismo... Pese a esta evolución doctrinaria, la jurisprudencia se ha mostrado hasta el día de hoy fluctuante”, de modo que hay quienes insisten en interpretar gramaticalmente ese artículo -limitando expresamente su aplicación a los supuestos de complicidad-, otros

que utilizan expresiones genéricas para definir a los beneficiarios de la norma del exceso, y hasta quienes extienden el límite de la responsabilidad allí previsto a la ///44.- coautoría y la participación (conf. Dante Marcelo Vega, ob. cit. págs. 245/250 –ver jurisprudencia citada en las respectivas notas-).- - - - -

----- En igual sentido se expresan Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, quienes afirman que para algunos autores “quedan comprendidos los cómplices, instigadores y hasta los coautores (NÚÑEZ, Derecho Penal, t. II, p. 302 y 304, y DE LA RUA, Código Penal argentino, p. 649)”, y finalizan diciendo: “Para nosotros quedan comprendidas en la norma todas las formas de participación, desde la coautoría hasta el mero auxilio” (ob. cit., pág. 435).- - - - -

----- Entonces, aunque la disposición del art. 47 del Código Penal “se refiera al acusado de complicidad cuando el autor se excede, ello no significa que las mismas reglas no puedan ser aplicadas en el caso de que fueran varios los autores, y uno de ellos creyese que su intervención se hallaba limitada a un determinado delito, cuando en realidad a él se le ocultó o se le engañó sobre cuál sería en realidad, el hecho que se cometería (véase Sebastián SOLER...). Se estableció que el robo se cometería con armas de utilería, pero alguien llevó un arma de fuego ('Hay exceso en los medios cuando el ejecutor ha usado medios diversos de los convenidos con los partícipes; el designio común era usar bastón, y el ejecutor se valió de puñal. En este caso, la responsabilidad pesa toda sobre el autor del exceso, causa única del resultado más grave' -CARRARA, Programa, parágrafo 501-). Mas si el coautor asintió eventualmente que en un robo se podrían llevar armas de fuego, y por el uso de ellas resultó un homicidio, ese homicidio es imputable también a él, porque ///45.- ya no creyó que no se llevarían armas de fuego. Si un robo se ha planificado, y no se ha dicho nada sobre los medios para vencer la resistencia de la víctima, ese no saber no implica ni importa hallarse en error de hecho, porque el que no sabe, a su vez, no cree; el que no sabe a secas, duda. En este caso, si el robo se cometió con armas, no hay desvinculación alguna” (Justo Laje Anaya, Imputabilidad. Culpabilidad. Participación. Concurso de delitos, colección Breviarios de Derecho Penal 6, ed. Alveroni, 2007, págs. 120/121).- - - - -

----- Bajo esta línea de pensamiento, tengo en cuenta que M.E.D.L.C. realizó tareas que corresponden al plan de causarle lesiones a la víctima y que no tuvo el dominio del hecho desde que el coautor se dispuso y empezó a golpear a la víctima de una forma diferente de la acordada, y que no consintió el uso del elemento empleado; lo que constituye un exceso del coautor respecto de la decisión común.- - - - -

----- Ese exceso respecto de esta última decisión “por un lado hace desaparecer el dominio comunitario o, en otras palabras, rompe con la ejecución común del hecho mediante la división del trabajo haciendo perder al resto de los coautores el dominio funcional del hecho (dejan de tener en sus manos el curso del acontecer típico); subjetivamente, el ‘hecho nuevo’ o el plus no son abarcados por el dolo de los coautores, encontrándose fuera del objeto que conectó sus particulares voluntades en relación a la afectación del bien jurídico. El coautor que se excede deja de cumplir el plan acordado y su resolución pasa a ser individual” (Dante ///46.- Marcelo Vega, ob. cit., pág. 277). Este autor agrega que, “[c]omo apunta ZAFFARONI (Tratado de derecho penal. Parte general, t. IV, p. 339): ‘El acuerdo o decisión común al hecho tiene la función de delimitar la tipicidad de la co-autoría, porque los actos que por cuenta propia realiza el coautor (exceso) no le son imputables al otro coautor o coautores porque no tienen el dolo de realización’” (pág. 277, cita 128).-----

----- El acuerdo de los coautores no debe tener por objeto un específico tipo a cometer (lo que, por otro lado, puede ocurrir), sino un “núcleo del contenido de ilícito”. Por la importancia que tiene esto para el exceso, hay que destacar que sobre ese “núcleo” los coautores deben estar de acuerdo en forma cualitativa y cuantitativa, por lo que cualquier variación en uno u otro sentido rompe el núcleo de acuerdo entre los coautores y pasa a integrar el exceso (conf. Dante Marcelo Vega, ob.cit., pág. 282).-----

----- En el sub exámine, el coautor no identificado se excedió cometiendo un tipo autónomo por variación material de la línea de ataque prevista en el acuerdo común, en virtud de que el exceso cualitativo se apartó de lo acordado y fueron imprevisibles para M.E.D.L.C. la variación material y su relación con el resultado muerte.- -

----- Como ejemplo de este supuesto se ha dicho que “si A y B sólo acordaron lesionar levemente a C y A aprovecha las circunstancias y saca una cachiporra y lesiona gravísimamente a C en forma imprevista para B, las lesiones gravísimas constituyen un exceso cualitativo para este último, quien deberá responder en los límites del plan ///47.- común. Lo mismo si el plan consistía en apremiar ilegalmente a la víctima y uno de los coautores la tortura aprovechando la ausencia transitoria del otro” (Dante Marcelo Vega, ob. cit., pág. 287).-----

----- Ahora, “[s]upóngase que tres amigos, para avergonzar a un adversario común, se

ponen de acuerdo en apalearlo: mientras dos de ellos lo atacan y le dirigen golpes con pequeños bastones, el tercero trae una pistola y la descarga contra el enemigo, causándole la muerte. Aquellos dos son indudablemente culpables de lesiones premeditadas; pero ignorantes como eran del designio más cruel del compañero y del arma mortífera que había preparado, no podrán nunca sin injusticia ser castigados con la muerte como reos de homicidio premeditado... La responsabilidad del hecho se comunica; la responsabilidad de la intensidad del dolo y del grado del dolo no se comunica de un alma a la otra” (Carrara, Programa, parágrafo 1135, nota 1, citado por Justo Laje Anaya, ob. cit., pág. 119, nota 184).- - - - -

----- Parece explicarse prístinamente entonces por qué los coautores responden en la medida del plan y quien se excede carga con su conducta sin interesar a los demás intervinientes del colectivo (conf. “Intervención delictiva y delitos cualificados por el resultado: el caso del exceso doloso del coautor”, por Nicolás Amoroso, publicado en Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación III, 2006-1, Rubinzal-Culzoni, pág. 311).- - - - -

-----c) Encuadramiento en el delito de homicidio preterintencional (art. 81 inc. 1º b C.P.): - - - - -

----- Esta “figura delictiva supone los siguientes///48.- elementos: a) que una persona agrede a otra con el ánimo de producirle un daño en el cuerpo o en la salud; b) que el medio empleado no deba razonablemente producir la muerte; c) que, sin embargo, a consecuencia de la violencia, la muerte se produzca... A este homicidio se lo ha llamado homicidio preterintencional, por la índole especial del dolo que lo caracteriza: en el agente existe la intención de causar a la víctima un daño en el cuerpo o en la salud; pero el resultado va más allá de esa intención. El prefijo preter, de origen latino, significa más allá; y preterintencionalidad, más allá de la intención. Algún autor lo denominó ‘ultraintencional’, que es sinónimo” (Alfredo J. Molinario, Los delitos, Ed. TEA, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, 1996, Tº I, págs. 317/318).- - - - -

----- Es importante destacar la “diferencia entre el dolo eventual y el homicidio preterintencional, [la que] radica en que, mientras que el primero requiere que el autor se represente la realización del tipo como posible o que considere seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforme con ella, en el homicidio preterintencional la subjetividad del autor se inserta en un marco distinto, por cuanto el tipo requiere que se trate de un resultado encuadrable dentro de los esquemas de la

culpa en el sentido de previsibilidad, concepto éste que fija los límites subjetivos de la figura, desde que si la muerte previsible como resultado, ha sido prevista por el agente que ha querido dañar a la víctima, el tipo se desplaza a la figura simple (del voto en disidencia del doctor Madueño) ///49.- (CNCas. Penal, Sala II, 26/6/02, 'Llambías Parvas, Marcelo A. s/ rec. de casación', LL 2002-F-68)" (Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, Código Penal. Parte especial, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2007, Tº 1, pág. 131).- - -

----- En cuanto al elemento objetivo del homicidio preterintencional, se ha establecido: "Está representado por el medio que el autor utiliza para agredir, el cual, según la disposición penal, no debe razonablemente ocasionar la muerte. Si el medio empleado 'debía' razonablemente ocasionar la muerte, desaparece la posibilidad del homicidio preterintencional para dar lugar al homicidio culposo" (Jorge E. Buompadre, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Mave, 2000, Tº 1, pág. 164). Al respecto, "se sostuvo que 'medio que no debía razonablemente causar la muerte es una expresión que se relativiza al ser considerada en cada caso, en la forma que se ha usado' (TERÁN LOMAS)" (Breglia Arias y Omar R. Gauna, ob. cit., pág. 710).-

----- Recuerdo que "desde hace ya mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia han considerado que la interpretación de la palabra 'medio' no debe entenderse como el arma o la cosa en sí misma, aislada de las circunstancias; sino todo lo contrario, entendida como procedimiento, es decir, con todas las circunstancias que rodean al caso concreto. Todos los autores coinciden con esta afirmación, la que puede resumirse en la expresión que trae [... un] comentario de ODERIGO...: '(...) debe apreciarse no sólo su consistencia o poder vulnerante, valorando exclusivamente sus cualidades intrínsecas, sino atendiendo también a la forma como fue usado, a la persona que lo usó y a la que resultó víctima ///50.- del hecho' (íd. SOLER, NÚÑEZ, FONTAN BALESTRA, CREUS)" (Luis María Bunge Campos y Carlos Alarcón Mondonio, "El problema de la razonabilidad letal del medio en el homicidio preterintencional", en Doctrina penal, año 14 julio-diciembre 1991, N° 55/56, pág. 531).- - - - -

----- En este sentido, se ha dicho que la prueba de la existencia del "dolo de lesionar" debe deducirse del medio empleado y las "demás circunstancias de hecho que rodean al caso, el conocimiento presente o potencial del autor respecto de todas las características y condiciones de la acción que emprende, las actitudes precedentes y posteriores de los protagonistas del conflicto, sus características personales, incluso, no pueden ser

dejados de lado al momento de decidirse por una u otra calificación” (Alberto Huarte Petite, “El homicidio preterintencional. Consideraciones sobre el tipo”, en Revista de Derecho Penal, “Delitos contra las personas – II”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003-2, pág. 117).- - - - -

----- Por ello, la conducta reprochada a M.E.D.L.C. y que se acreditó con la certeza requerida para la declaración de responsabilidad penal encuadra típicamente en el delito de homicidio preterintencional (art. 81 inc. 1º b C.P.), porque la imputada tuvo el “ánimo de producirle un daño en el cuerpo o en la salud” a J.L.O., mas el medio que debería haber empleado el coautor (ejecutor material) no debía razonablemente producir la muerte, porque el acuerdo era para dar una golpiza o causar lesiones (como en anteriores oportunidades), lo que descartaba la utilización de un elemento similar al “caño” secuestrado, ///51.- cuyo uso la encartada no consintió, y a consecuencia de la violencia se produjo la muerte de la víctima, que no fue prevista por aquélla como posible. Tampoco podría subsumirse el hecho sólo en el tipo previsto para las lesiones, toda vez que la causalidad puesta en marcha, si bien en un exceso de lo acordado, finalizó con la muerte de la víctima.- - - - -

----- “Subjetivamente –se sostuvo- se precisa, por un lado, un dolo específico y directo: el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud de otro, y, por el otro, que la muerte que finalmente se produce fuera previsible, exigiéndose que el autor no hubiera tenido efectivamente esa previsión, es decir, que no la hubiera previsto o aceptado como posible.- Aunque, como hemos expresado, en rigor lo que debe establecerse es que la muerte no fuera previsible, porque sí se ha tenido previsión o, en otras palabras, si la muerte se ha previsto, ya no estamos en la preterintencionalidad, sino que pasamos al homicidio con dolo eventual (simple). Y ésta es una diferencia, la más importante... El homicidio preterintencional es una tipificación compleja que resuelve en ella lo que, al fin, no es más que un concurso ideal (lesiones dolosas-homicidio culposo)” (Breglia Arias y Gauna, ob. cit., págs. 709/710).- - - - -

-----8.- CONCLUSIÓN:- - - - -

----- De lo precedentemente desarrollado surge que M.E.D.L.C. realizó tareas que corresponden al plan de causar lesiones a J.L.O. y no tuvo el dominio del hecho desde que el coautor se dispuso y empezó a golpear a la víctima de una forma diferente de la acordada; aquélla ///52.- tampoco consintió el uso del elemento empleado, todo lo que constituye un exceso del coautor respecto de la decisión común. Así, el coautor no identificado se excedió y cometió un tipo autónomo por variación material de la línea de

ataque prevista en el acuerdo común, en virtud de que con ese exceso cualitativo se apartó del plan común, de modo que fueron imprevisibles para M.E.D.L.C. la variación material y su relación con el resultado muerte.- -

----- Por ello, la conducta de M.E.D.L.C. encuadra en el primer párrafo del art. 47 del Código Penal, porque de las circunstancias particulares de la causa resulta que no quiso intervenir sino en un hecho menos grave (lesiones) que el cometido por el coautor no identificado y ejecutor material con exceso del plan común (homicidio); en consecuencia, la pena le será aplicada solamente en razón del hecho que acordó ejecutar y su consecuencia natural (muerte de J.L.O.), dado que, aun habiéndose cumplido ese plan común sin el exceso del coautor, la imputada debió prever -y no lo hizo- la posibilidad de que las lesiones derivaran en muerte.- - - - -

----- De tal forma, la conducta acreditada con la certeza requerida para la declaración de responsabilidad penal de M.E.D.L.C. encuadra típicamente en el delito de homicidio preterintencional (art. 81 inc. 1º b C.P.), porque la imputada tuvo el “ánimo de producirle un daño en el cuerpo o en la salud” a J.L.O., el medio que debería haber empleado el coautor (ejecutor material) no debía razonablemente producir la muerte y, a consecuencia de la violencia, se produjo la muerte de la víctima, que no fue ///53.- prevista por aquélla como posible.- - - - -

----- Conforme con todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, casar la sentencia Nº 66 dictada el 13 de julio de 2007 por la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial por afectación del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22º C.Nac.; 8 CADH y 318, 372, 384 y ccdtes. CPP), declarar la responsabilidad penal de M.E.D.L.C. como autora del delito de homicidio preterintencional (arts. 45, 47 primer párrafo y 81 inc. 1º b C.P.) y diferir la decisión sobre la imposición de una sanción -la que deberá adoptar el Tribunal de juicio con igual integración- hasta que se cumplan los recaudos pendientes en el incidente de disposición (art. 4 Ley 22278); propicio asimismo confirmar la imposición de costas y regulación de honorarios. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el doctor Balladini y voto en igual sentido, a la vez que agrego los siguientes fundamentos:- - - - -

-----a) M.E.D.L.C. tuvo la finalidad de causar un leve susto, un apriete, lo que presenta una sustancial diferencia con el dolo homicida reprochado, el que ni siquiera se advierte

como “dolo eventual”, toda vez que por todos los medios lo que pretendía era reanudar el noviazgo con J.O. (ténganse en cuenta los anteriores aprietes, exigencias y requerimientos a la víctima y a M.C., canalizados con ímpetu, pasión y emoción///54.- propios de los adolescentes), hacia lo cual también se orientaba la relación sexual que iniciaron –lo que implica entrega recíproca- en la oportunidad del hecho. Por esa razón, se desechan sentimientos de enemistad u obsesión de la imputada tendientes a causarle lesiones –y mucho menos la muerte- a la víctima, ya que sólo pretendía un susto, un apriete, o quizás lo que entendió como un “llamado de atención” para reanudar la relación, para que no la olvidara o la volviera a ver. Jamás podría admitirse otra finalidad, ya que para consolidar una relación futura cabe descartar toda idea de dolo de homicidio; eran ambos unos jóvenes y nada ni nadie podía descartar una reconciliación.- - - - -

----- “La finalidad a la cual nos referimos implica voluntad, pues no es concebible una voluntad sin contenido, sin dirección, porque la voluntad siempre implicará voluntad de algo, lo que significa que siempre tendrá un contenido, que es en definitiva una finalidad” (Miguel Ángel Arce Aggeo, Concurso de delitos en materia penal, Ed. Universidad, 2ª edición, 2007, pág. 58).- - - - -

----- Dejo al margen de todo hipotético encuadramiento típico lo relacionado con el acto sexual –ya que si bien no puedo imputar delito, no puedo dejar de considerarlo-, en virtud de que fue consentido libremente por ambos y se desecha –en el particular contexto- la modalidad de aprovechamiento por parte de J.O. (arts. 119 primera parte, 133 y ccdtes. C.P.).- - - - -

----- Considero ajustada a derecho la ponderación de los testimonios, y en particular el de Marina Durán, para lo cual tengo en cuenta que el “testimonio auditivo tiene un ///55.- valor intermedio entre el de los sentidos inferiores, esencialmente subjetivo, y el de la vista, relativamente objetivo... El valor del testimonio auditivo en sí mismo varía según que se refiera a sonidos o a ruidos, o a palabras. La percepción de los primeros es mucho menos clara y más subjetiva” (Francisto Gorphe, La crítica del testimonio, traducción española de la segunda edición francesa de Mariano Ruiz-Funes, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1949, pág. 196).- - - - -

----- Acuerdo con el colega preopinante en que el elemento empleado por el coautor para pegarle a J.O. (caño), en exceso del acuerdo, estaba fuera del campo de visión de la imputada por la posición adoptada para la relación sexual (con codos y rodillas en el suelo y de espaldas hacia la puerta), por la escasa visibilidad en el lugar

(una dependencia de la abandonada estación de ferrocarril) y por la hora (entre las cuatro y cinco treinta horas), lo que es contundente para descartar la hipótesis de consentimiento en su utilización. También es inadmisibile la posibilidad de consentimiento concomitante o posterior a los golpes, dado que por la finalidad por ella perseguida habría exclamado una negación en cuanto tuvo oportunidad visual (recordemos la escasa y casi nula visibilidad, que no vio el inicio de los golpes y que debió reincorporarse, acomodarse la ropa y salir de la dependencia).- - - - -

- - - -

----- Llego a esas racionales conclusiones (conducta típica final de M.E.D.L.C., pretensión de reiniciar la relación, acto sexual consentido, inexistencia de acuerdo o consentimiento para utilizar el caño) siguiendo el sistema ///56.- de la sana crítica racional o libre convicción y luego de recorrer una valoración de las pruebas para fundar lógicamente la sentencia. Se dice que este sistema “se compone de reglas no jurídicas pero sí lógicas, psicológicas y aun experimentales que regulan el correcto discurrir intelectual al que se le agrega la propia experiencia del juez... Para Julio B. J. Maier el sistema de libre convicción, al exigir la fundamentación de la decisión, y que además sea racional y completa, es indicativo de que no hay una ausencia total de reglas condicionantes de la convicción. Esto permite llamar al sistema como de la sana crítica o crítica racional, además de considerarlo como de la libre convicción. Pero la ley lo único que le exige al juzgador es que al momento de plasmar por escrito lo resuelto brinde una explicación lógica, fundada, acabada y vinculada con la experiencia del porqué de lo resuelto. No se mete entonces con la valoración en sí misma considerada. En ello no hay reglas, éstas en todo caso operan en un momento posterior, en el fundamento de lo resuelto, que no es lo mismo que cuando se produce la formación de la convicción” (Víctor R. Corvalán, “La prueba y su relación con el objeto del procedimiento”, publicado en Revista de Derecho Penal. Garantías constitucionales y nulidades procesales, I, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, págs. 274/275).- -

-----b) Considero oportuno resaltar que la intervención de la imputada acreditada en el hecho ilícito

no puede encuadrarse en la figura de partícipe secundaria (art. 46 C.P.), porque fue coautora (caracterizada por el dominio funcional del hecho) en la finalidad de producirle una ///57.- advertencia, susto, llamado de atención o daño en el cuerpo o en la salud a J.L.O. y hasta el exceso de su consorte de causa, lo que excluye la cooperación de “cualquier otro modo” en la ejecución del hecho.- - - - -

----- Respecto del último tramo del hecho (a partir de los golpes), la imputada es considerada autora de la acción contraria al deber de cuidado que condujo al resultado mortal (tipo objetivo) de forma imprudente (tipo subjetivo culposo), es decir, no realizó la acción típica ni tuvo el dominio del hecho ni cooperó de algún modo para su ejecución.- - - - -

----- Por otra parte, descarto una ayuda posterior con promesa anterior y tampoco advierto que se haya realizado algún hecho que la requiriera. “\Ayuda\” es la colaboración prestada después del hecho pero convenida antes. Es, como dice el artículo, \cumpliendo promesas anteriores al mismo\’. La connivencia previa es lo que diferencia esta modalidad de participación del delito de encubrimiento... El límite para prometer es la consumación. Después de la consumación se denomina a este colaborador \auxiliador subsequens\’” (Omar Breglia Arias, Código penal comentado, Astrea, 2006, pág. 113), carácter este último que comprende una conducta no contenida en la acusación y ni siquiera probada.- - - - -

-----c) Sobre el encuadramiento típico pretendido por el recurrente y ya descartado, agregó que deja sin explicar la circunstancia de que el coito impidió participar a la encartada en actos de la tipicidad.- - - - -

----- En este sentido, mutatis mutandis, resulta aplicable al caso vieja jurisprudencia: “Cuando se discute la///58.- preterintencionalidad del homicidio es inseparable lo atinente a la culpabilidad de lo atinente a la razonabilidad del medio empleado en orden al resultado obtenido (C.Crim, Santa Fe, sala I, mayo 26-978 – Romano...). El núcleo de la distinción entre un homicidio o un homicidio preterintencional, finca en la culpabilidad, como tradicionalmente se ha sostenido; en el primero la muerte está cubierta por la culpabilidad, aunque más no sea por medio del dolo eventual; en el segundo la muerte sólo puede atribuirse a título de culpa, aun cuando haya procurado otros efectos con su actividad, de manera dolosa. (C.Crim, Santa Fe, sala I, mayo 26-978 – Romano...)... El homicidio preterintencional es una figura privilegiada donde deben concurrir básicamente: a) un elemento subjetivo; el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o la salud de la víctima que difiera del \animus necandi\’ y que carezca de volición, representación, asentimiento, respecto de la muerte; b) un resultado: la muerte de la víctima como consecuencia del obrar del autor; c) un medio: cuyo empleo no deba razonablemente causar la muerte, pues si fuere idóneo para su producción queda excluida la preterintencionalidad. (C.N.Crim y Correc., sala VII, julio 31-989 – Morales...)... El homicidio preterintencional requiere que la faz subjetiva de la

conducta del autor no esté informada de dolo homicida (C 3° Crim Córdoba, mayo 19-978 – Mari...)... Probado como está que al encartado no le faltaron motivaciones para agredir a su esposa, ya que se comprobó que ésta mantenía relaciones adulterinas, la confesión se torna indivisible, debiendo aceptarse la///59.- versión que da el procesado en el sentido que golpeó a su esposa tras habersele insinuado como infiel y que ésta dio un traspié 'con tal mala fortuna que golpeó justamente la nuca contra la piecera de la cama'. El hecho encuadra en la figura de homicidio preterintencional (calificado por el vínculo) porque ha mediado dolo en el principio y culpa en el remate; desde que ha habido dolo y lesiones y resultado de muerte, pues no pudo ser ajeno al agente la previsibilidad de lo ocurrido. (CNCrim y Correc, sala V, noviembre 16-979 – Tissot...)” (Digesto Jurídico. Derecho Penal, T° VI, 3, La Ley, págs. 643/646).- - - - -

----- En cuanto al concepto de acuerdo previo, se ha establecido: “Para que exista acuerdo previo no es necesario que haya habido deliberación, pues el concurso de voluntades puede ser instantáneo y nacer en el acto de la ejecución (SCBA, 30/11/43...)... Medida de la responsabilidad del cómplice. Así como los coautores del hecho responden con todas sus consecuencias, el cómplice sólo por la ayuda que prometió prestar; y sean cuales fueren los resultados de la acción del autor del hecho, su responsabilidad se mide por lo que convino o prometió cooperar (SCBA, 11/2/36...)” (Carlos J. Rubianes, El código penal y su interpretación jurisprudencial, Ed. Depalma, 1977, T° I, pág. 289).- - -

-----d) En cuanto al tipo de los delitos preterintencionales, éstos se estructuran sobre un particular sustento subjetivo de la acción, ya que requiere que se haya obrado con un dolo que excluye la muerte de la víctima como resultado querido o aceptado, lo cual señala la ley por medio de dos exigencias, una positiva y negativa la ///60.- otra. Es una conducta típica de lesiones dolosas y homicidio culposo, por lo que su estructura se encuentra caracterizada por una tipicidad mixta: dolosa en las lesiones y culposa en el homicidio.- - - - -

----- “Por lo tanto, la intención de lesionar ha de ser preestablecida siempre que se trate de imputar, no mera culpa, sino preterintencionalidad. Y esa intención o ánimo debe brotar espontánea de la naturaleza del acto, si éste, por su condición ordinaria, ya lleva en sí la intención de hacer daño, como por ejemplo un garrotazo; o deberá constituirse por medio de conjeturas, cuando el acto aparezca equívoco en sí mismo, como por ejemplo un empujón, que puede darse por chanza pesada o por inadvertencia” (Francesco Carrara, Programa de derecho criminal. Parte especial, Ed. Temis Bogotá-

Depalma Buenos Aires, 3ª edición, 1972, Vol. I, pág. 87).- - - - -

----- La doctrina clásica italiana coloca la “preter – intentionem” en el mismo dolo (ver artículo de Hugo López Carribero, “¿La opción de lesiones es descartable?”, www.aaba.org.ar/Bole0023.htm; jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile y doctrina citada en www.areajuridica.cl/jurisprudencia/penal/folder-2004-12): “Que, la figura del delito preterintencional no se encuentra definida por nuestro derecho positivo, pero sí por la doctrina, estableciéndose que esta figura se presenta cuando el evento típico supera la voluntad de realización el dolo del hechor, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste. Señala Reyes Echandía, que la preterintención surge cuando ///61.- el agente, habiendo dirigido su voluntad conscientemente hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce a la postre un resultado de esta misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería. (Alfonso Reyes Echandía, Culpabilidad, Reimpresión, Edit. Temis, Bogotá, 1991, pág. 115). Igualmente, Jiménez de Asúa señala que no cabe duda que la preterintencionalidad es un caso mixto de dolo y culpa: dolo en cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención (minus delictum), y culpa, en orden al resultado más grave que se produce (majus delictum). (Carlos KL., Las Hipótesis Preterintencionales en Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios, Gaceta Jurídica N° 204, pág. 10); NOVENO.- Que, en la figura que constituye el delito preterintencional y dentro de aquellos de mayor ocurrencia, se encuentra justamente las lesiones que ocasionan el resultado muerte. Necesario resulta recordar entonces que los requisitos del homicidio preterintencional están constituidos, en primer término por la acción dolosa dirigida a lesionar corporalmente a la víctima y, en segundo lugar, por la ausencia de dolo de matar, no únicamente dolo directo, sino también dolo eventual, es decir, no sólo que no haya querido el agente provocar la muerte, sino tampoco que, habiéndose representado ese resultado como un evento probable, lo haya ratificado, haya asentido o aceptado su concurrencia. Carátula contra Juan Ceballos Villanueva 1700-2005, fecha 17/08/2005”.- - - - -

----- Al respecto se ha sostenido: “a) El supuesto dolo preterintencional.- La clásica doctrina italiana, que a este ///62.- respecto se prolonga en los positivistas, ve en la preterintención una forma de dolus: el dolo preterintencional. Así pensó Carrara al clasificar el homicidio praeterintentionem en la ‘familia de los homicidios dolosos’, y así sigue razonando Florian, que hace de la preterintención una forma del ‘dolo indirecto’, o como Alimena le llamó, ‘indeterminado’. En la Argentina, Eusebio

Gómez ha desenvuelto este criterio con máximo rigor, al uso carrariano, afirmando que al homicidio preterintencional le confiere carácter doloso 'la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley'. Cuando comenté este magistral libro de Gómez hube de razonar mi discrepancia, sobre todo con este último argumento, que es el que originó la confusión italiana sobre el dolo eventual. Suele invocarse, en este grupo de doctrinas, el sagacísimo nombre de G. B. Impallomeni. Ciertamente que el gran maestro italiano considera 'impropio' decir que en ese caso el 'dolo es mixto de culpa', con lo que rechaza la teoría que después exponremos, pero no es menos exacto que a la gran finura técnica del sabio profesor repugnaba llamar 'dolo' a lo que se imputa sin ser 'querido'; y por eso habla únicamente de 'delito preterintencional', que es mucho más correcto [...] b) Concurso de dolo y culpa.- En la propia Italia se levantaron autorizadas voces discrepantes de esa *contraditio in terminis*

(dolo más allá de la intención)... En la República Argentina ha mantenido este criterio, mucho más racional que el anterior, el Profesor José Peco. Aunque de modo incidental, puesto que el trabajo en que consigna su opinión sobre el tema trata de otro asunto –la tentativa–, las palabras del gran maestro argentino no ofrecen dudas: 'Componen el delito preterintencional dos ingredientes, uno culposo, otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado' (Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, Ed. Hermes México-Buenos Aires, 2ª edición, 1954, págs. 411/412).- - - - -

----- Luego, este autor dice: "Delitos calificados por el resultado.- En riguroso diagnóstico, los delitos preterintencionales no son más que los calificados por el resultado en la técnica alemana. A la luz de esta rígida concepción el homicidio preterintencional sería una especie de ese arcaico género de infracciones. Sebastián Soler así lo estima, incluyendo el homicidio preterintencional entre los casos de delitos 'calificados por el evento' (léase resultado), 'en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que, no obstante, la ley se lo cargó en cuenta'; pero el Profesor de Córdoba, a pesar de su confesado dogmatismo, tiene que interpretar el precepto de modo menos rígido, cuando llega a resolver el nexo causal en esa especie de delitos" (pág. 413).- - - - -

----- Más adelante agrega: "El medio y la preterintención.- En los Códigos de España y de Hispanoamérica, que han definido –como atenuante– el delito preterintencional, en la fórmula de no haber tenido intención de ejecutar un mal de tanta gravedad como el que

produjo, el medio empleado traduce o niega esa falta de dolo del grave resultado. Pero no falta algún Código, como el argentino, que taxativamente ///64.- se refiere a él. [...P]ara averiguar la falta de dolo de la muerte, la justicia sólo posee un recurso objetivo: examinar el medio que el sujeto empleó; si es hábil para matar, ha de presumirse el animus occidendi; si no debía razonablemente ocasionar la muerte, parece claro que no existió tal propósito, si la prueba objetiva del medio usado coincide con otras referentes a la intención del agente... El homicidio preterintencional es perfecto y paladinamente demostrado no sólo por la inadecuación del medio que el agente usó, sino por no haber empleado el que realmente era capaz de producir la muerte” (págs. 414/415).-

----- “Por otra parte, no se crea que la naturaleza simplemente contundente del instrumento empleado basta siempre para hacer admisible la preterintencionalidad, ni que la naturaleza perforante o cortante del instrumento con que se hiere basta siempre para excluirla. Éste es un criterio demostrativo, que la mayoría de las veces resulta exacto en el primer sentido, y casi siempre en el segundo, pero sin ser absoluto ni en uno ni en otro. Ya antes dije que se trata de presunciones, pero no he dicho que sean presunciones juris et de jure, porque no creo que éstas puedan admitirse en materias criminales. No siempre el homicidio cometido con un instrumento contundente debe, por este solo motivo, ser declarado preterintencional, pues podrán alejarnos de este concepto las características del instrumento (como el tamaño de la piedra o del palo), la repetición o la dirección de los golpes, la manifestación seria del ánimo, la causa para delinquir, la índole del acusado, etc. Pero tampoco puede decirse que el instrumento ///65.- cortante le quita al juez, de manera absoluta, la facultad de declarar la preterintencionalidad, cuando particulares circunstancias demuestren de concluyente manera que el agente no previó la muerte, y que ésta fue resultado de contingencias extraordinarias, difíciles de repetirse en idénticas condiciones de hecho. La doctrina está en el concepto; los medios materiales no son sino una manifestación externa de ella” (Francesco Carrara, ob. cit., págs. 93/94).-----

----- “De esta manera, el distinto estado de intención origina la división del género de homicidio en tres especies distintas: doloso, preterintencional y culposo. Y digo tres especies distintas, y no tres grados del mismo delito, porque difieren del delito en su elemento esencial, es decir, en el estado de la intención” (Francesco Carrara, ob. cit., pág. 95).-----

----- La figura cuyo tipo penal describe dos clases de conductas (dolosa y culposa) se la

denomina –en doctrina- delito preterintencional, aunque se “la suele denominar también ultraintencionalidad, y algunos la consideran como la tercera especie de la culpabilidad. El daño que se produce sobrepasa la intención del agente. Carrara asimilaba la ultraintencionalidad al dolo. Florian al dolo indirecto. Para Eusebio Gómez era una forma de delito doloso. Zaffaroni sostiene que estos casos pueden resolverse por la vía del art. 54 del código penal, es decir por el concurso ideal. Una figura compleja que resuelve un caso que, de no estar expresamente previsto, se resolvería por la regla general del art. 54, es el llamado homicidio preterintencional del ///66.- art. 81.1.b del código penal” (Jorge Kiper, Manual de derecho penal. Parte general, ed. Losada, 1997, pág. 321; ver también Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Manual de derecho penal. Parte general, ed. Ediar, 2005, págs. 437/438).- - - - -

----- Sobre el concurso ideal de delitos se ha dicho –aquí de forma breve y en lo pertinente- que no cabe duda “de que tanto la teoría de la unidad de fin, intención o propósito como la teoría de medio a fin, alteran sustancialmente la regla del art. 54. Por una parte, mientras este artículo se refiere a ‘un hecho’, esas teorías se refieren a la unificación de dos o más hechos; y, en definitiva, llegan a la conclusión de que varios hechos representan el hecho único del art. 54, si el autor tiene un solo fin o un hecho ha servido de medio para cometer el otro. Por otra parte, en tanto que el art. 54 construye el concurso ideal sobre una base objetiva, como es el hecho único, las teorías a que me refiero lo construyen subjetivamente al hacerlo depender de la unidad de fin del agente o de la finalidad de consumir un delito para cometer otro. Tampoco se puede decir, para convalidar la última tesis, que el art. 54 le confiera algún valor a la relación causal entre los hechos concurrentes” (Ricardo C. Núñez, “Concurso ideal de delitos”, en Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales, año 5 N° 9 a 12, ed. Depalma, 1976, pág. 263).- - - - -

----- Por otra parte, sobre la estructura de la conducta en la teoría del concurso, se ha sostenido: “A nivel de la teoría general podemos afirmar, y de hecho sostendremos, que la conducta tendrá existencia y ‘será’ más allá del ámbito ///67.- jurídico, pero a nivel de teoría concursal, es decir cuando no nos preguntamos si hay conducta sino si hay más de una conducta, la prohibición (ámbito típico) será relevante de manea relacional, con lo cual los elementos a tomar para resolver tal entuerto no se limitarán solo al ámbito pretípico sino que alcanzarán también al típico.- Dicho fenómeno debe su existencia a la especial estructura que los institutos concursales presentan, debido a que

no puede concebirse una pluralidad de conductas prescindiendo de lo jurídico, ya que el mismo concurso en sí relaciona un elemento analítico prejurídico –conducta- con otro jurídico –tipo-; de manera tal que es difícil manejarse con las definiciones a nivel estructural de tipo o conducta, que son las que maneja la teoría general. Aquí se deben manejar las definiciones a nivel concursal, es decir, elaborar la teoría sobre la base del análisis de la relación existente entre la conducta y el encuadre correspondiente. Ello no significa que las conductas que conformen un concurso, por ejemplo, real, sean concebidas ontológicamente o idealmente, ya que cada una de ellas será en sí misma un concepto prejurídico. Pero a modo de método para deslindar su posible pluralidad es necesario averiguar si nos hallamos ante un concurso, para lo cual no analizaremos la existencia de la conducta en sí, tarea ésta reservada a la teoría general, sino que estudiaremos las estructuras que cada una de ellas conforma cuando concurren de manera plural; para ello recurriremos no solo a la conducta sino también a otro elemento que la teoría concursal contiene: la tipicidad” (Miguel Ángel Arce Aggeo, ob. cit., págs. 59/60).- - - - - ///68.-- “Las circunstancias fácticas no pueden modificar la finalidad pues pertenecen al tipo y no a la conducta. Solo mediante una concepción mecánico-biológico-causal podremos afirmar que ‘siempre que exista un movimiento habrá un solo delito’. Toda conducta tendrá como componente un aspecto objetivo que le dará exteriorización e individualidad en el mundo circundante, pero quedará vacua si no tiene un contenido de la conducta, podrá determinar su pluralidad, lo que no significa que ante la comprobación de dicha pluralidad ya exista de por sí concurso real o delito continuado, pues ello se corroborará luego de someter esa pluralidad al ámbito típico normativo, dado que puede mediar concurso ideal a la inversa, concurso aparente o unidad de conducta por incidencia del tipo” (Miguel Ángel Arce Aggeo, ob. cit., pág. 107).- - - - -

----- Este último autor, más adelante agrega que la “multiplicidad de hechos en mérito a la aplicación de la teoría del ‘conteo de resultados’ es un error. Y dicho error se basa en sostener que el mero movimiento mecánico es factor determinante de unidad y de pluralidad delictiva, cuando esto no es así (pág. 115).- - - - -

-----e) Por último,

la mencionada adecuación típica es “indiciaria” de la antijuricidad. Así, el “juez que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuricidad realizar un ‘procedimiento negativo’. No necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad a la norma a la antijuricidad, sino que se limitará a investigar si

en el caso no concurre una proposición permisiva... En tales supuestos habla Welzel de ///69.- 'tipos cerrados', pues el círculo de los elementos indicativos de lo injusto es cerrado. La concepción hasta ahora dominante ha considerado que todos los tipos de comisión del código penal son de esta especie. Sólo en el caso de los delitos improprios de omisión hay una minoría que desconoce al tipo la función indicadora de la antijuricidad; la opinión mayoritaria es inclusive partidaria de tal concepción en los delitos culposos” (Claus Roxin, Teoría del tipo penal, Depalma, 1979, pág. 5).- - - - -

-----f) En síntesis, la valoración integral del conjunto indiciario según las reglas de la sana crítica racional señala de forma unívoca que M.E.D.L.C. realizó hechos típicos con finalidad (dolosa) y con falta de previsión (culposa) cuya antijuricidad surge de la ausencia de proposición permisiva por lo que esas conductas encuadran en la compleja figura denominada “delito preterintencional” (art. 81 inc. 1 apart. b C.P.), conclusión para la cual también ponderé el exceso del plan común del coautor–ejecutor material-, como asimismo que la encartada no pudo ser partícipe secundaria, auxiliadora subsequens ni encubridora del delito doloso de homicidio.- - - - -

----- Bajo el encuadramiento típico decidido, la decisión sobre la imposición de una sanción corresponde al Tribunal de juicio –con igual integración-, una vez cumplidos los recaudos pendientes en el incidente de disposición (art. 4 Ley 22278), y asimismo deben confirmarse la imposición de costas y la regulación de honorarios.- - - - -

----- Además, propicio comunicar lo resuelto al señor Juez de Instrucción que está abocado a la investigación del hecho ///70.- principal y a la individualización del o los coautores, poniendo a su disposición el legajo y las piezas de convicción obrantes en él. MI VOTO.- - - - - El señor Juez subrogante doctor Jorge Bustamante dijo:- - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por los señores Jueces preopinantes, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación

----- interpuesto por el señor Fiscal de Cámara doctor Eduardo Alberto Scilipoti a fs. 1504/1517 de autos, casar la sentencia N° 66 dictada el 13 de julio de 2007 por la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial y declarar la

responsabilidad penal de M.E.D.L.C. como autora del delito de homicidio preterintencional (arts. 439 C.P.P. y 45, 47 primer párrafo y 81 inc. 1º b C.P.).- - - - -

- - - - - Segundo: Diferir la decisión sobre la imposición de sanción

- - - - - la que deberá adoptar el Tribunal de juicio con igual integración- hasta que se cumplan los recaudos pendientes en el incidente de disposición (art. 4 Ley 22278).- - - - -

- - - - - Tercero: Confirmar la imposición de costas y la regulación

- - - - - de honorarios efectuada por el a quo.- - - - - Cuarto: Comunicar lo aquí resuelto al señor Juez de

- - - - - Instrucción que está abocado a la investigación del hecho principal y a la individualización del o los///71.- coautores, poniendo a su disposición el legajo y las piezas de convicción obrantes en él.- - - - - Quinto: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

Jorge Bustamante

Juez subrogante

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 14

SENTENCIA: 221

FOLIOS: 2711/2781

SECRETARÍA: 2