Poder Judicial

Reconquista, 02 de junio de 2021.-

Y VISTO: Este legajo judicial registrado como **"NÚÑEZ, Daniel Gustavo y otra s/ Homicidio calificado por el vínculo" (CUIJ n.° 21-08372891-1)**, en trámite por ante la Oficina de Gestión Judicial de Primera Instancia del Distrito N.° 4 – Cuarta Circunscripción Judicial, con asiento en esta ciudad de Reconquista; del cual,

RESULTA: Que las partes del presente proceso –Dr. Juan Sebastián Marichal, Fiscal del Ministerio Público de la Acusación, y el imputado Daniel Gustavo Núñez, con el patrocinio letrado del Dr. Nicolás Hugo Daniel Vera, abogado particular– solicitaron la condena del encartado mediante un proceso abreviado, conforme a lo normado por los artículos 13 y 339, ss. y ccs. del Código Procesal Penal; versando el acuerdo al que arribaron los litigantes sobre los extremos que se describen en los párrafos subsiguientes.-

1. Hecho atribuido: "En reiteradas oportunidades desde al menos el día 5 de abril de 2020 hasta el 18 de abril de 2020, Daniel Gustavo Núñez propinó golpes y sacudidas violentas a su hijo Thiago Emmanuel Núñez, quien nació el 03/12/2019, y omitió deliberadamente –tanto él como su esposa Daniela Estefanía Telio–, brindar auxilio médico de forma urgente y oportuna al niño, conductas acaecidas en el domicilio ubicado en manzana 3, casa 23, del barrio Guadalupe de esta ciudad, las que provocaron en el menor numerosos daños en su cuerpo y salud, tales como un hematoma subaracnoides, múltiples fracturas de arcos costales del n.° 3 al n.° 11, en la

región izquierda y del 6, 8, 9, 10, 11 y 12 en región derecha de diferentes estadios evolutivos con presencia de abscesos purulentos (osteomelitis), fractura longirudinal sin desplazamiento en hueso parietal derecho, trazo de fractura con formación de callo ósea en ángulo izquierdo de mandíbula, fractura consolidada en diáfisis de húmero, fractura conminuta no consolidada en metáfisis distal del fémur izquierdo y fractura en tallo verde, en el aspecto posterior del tercio medio femoral homolateral, las que derivaron en una septicemia generalizada, insuficiencia respiratoria y fallas multiorgánicas, las que causaron el fallecimiento del niño entre las 12.30 y las 13.30 horas, aproximadamente, del día 18 de abril de 2020".-

2. <u>Calificación legal:</u> Homicidio preterintencional calificado por el vínculo, en carácter de autor (artículos 45, 81 –inciso 1.° b–, 82, y 80 –inciso 1.°– del Código Penal).-

3. <u>Pena convenida</u>: Se acuerda la pena de **dieciocho años de prisión de ejecución efectiva**, con más sus accesorias legales.-

Que, habiéndose efectuado oportunamente el control de admisibilidad del escrito presentado, conforme a lo exigido por el artículo 341 del código adjetivo, el magistrado interviniente durante la investigación penal preparatoria entendió que se habían cumplimentado los requisitos formales por lo que se fijó –de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 342 del mismo cuerpo legal– la respectiva audiencia.-

En dicha oportunidad, se le concedió la palabra al

imputado, a quien le fue preguntado si reconocía el acuerdo y la firma inserta al pie del mismo, siéndole exhibido en ese acto, procediéndose luego a dar lectura de las partes pertinentes de la presentación conjunta, explicándosele clara y sencillamente el procedimiento escogido y sus consecuencias, requiriéndosele nuevamente su expresa conformidad al respecto, lo que fue reconocido y ratificado por el encausado en todos sus términos y sin formular observación alguna. Acto seguido les fue concedida la palabra al fiscal y al defensor intervinientes, dando ambos acabadas explicaciones de los motivos que los llevaron a presentar el presente convenio penal.-

Cumplido así lo requerido por las normas procesales que regulan el procedimiento elegido, el tribunal dispuso un cuarto intermedio a fin de deliberar sobre la procedencia o no del acuerdo traído a estudio, no llegándose a una solución unánime luego de un largo debate. Ante dicha situación, se resolvió dar por concluida la audiencia, disponiéndose del plazo legal establecido por el artículo 343 de la norma adjetiva, redactando cada uno de los juzgadores su voto en forma independiente, dando los fundamentos motivantes de su admisión o rechazo del acuerdo presentado.-

CONSIDERANDO: Que, en virtud de lo referido, habiéndose establecido el orden de votación, la causa queda en estado de ser resuelta, fijando el tribunal que el único punto a resolver, de conformidad con las prescripciones del artículo 138 del Código Procesal Penal, es el siguiente: ¿Corresponde la admisión o el rechazo del acuerdo traído a consideración?

Sobre este punto, el Sr. **Juez Penal de Primera Instancia,**

Santiago Roberto Banegas, dijo: A modo introductorio, cabe referir que el caso que nos convoca ha dado lugar a un intenso debate entre los tres magistrados intervinientes, ya que nos ha llevado no solo a analizar en profundidad el instituto mismo del proceso abreviado, sino las facultades y deberes de cada uno de los actores del sistema penal –acusadores, defensores, jueces, imputados y víctimas– y, sobre todo, de qué manera dichos roles deben sopesarse a fin de garantizar a la sociedad una respuesta penal rápida, eficaz, eficiente y –fundamentalmente– justa.-

No caben dudas de que las diversas salidas alternativas al debate oral y público –aplicación de criterios de oportunidad, suspensión del proceso a prueba, condena mediante proceso abreviado, etc.– resultan indispensables para el adecuado funcionamiento del sistema penal en su conjunto, ya que resultaría imposible –incluso para países con mayores recursos económicos que el nuestro– dirimir cada conflicto penal ante un tribunal de juicio.-

Esto ha sido brillantemente explicado por la jurisprudencia estadounidense, al sostener que la negociación de los cargos entre el acusado y la fiscalía “resulta ser un componente esencial en la administración de justicia (…) puesto que, si todas las acusaciones debieran ser dirimidas en un juicio oral propiamente dicho (…) los estados y el propio gobierno federal deberían multiplicar notoriamente el número de jueces y los recursos de los tribunales. La posibilidad de discutir y acordar los cargos no

solo es una parte esencial del proceso, sino también una muy recomendable, por varias razones: Conduce a una inmediata y definitiva resolución de la mayoría de los casos criminales; evita muchos de los efectos corrosivos de la ociosidad que se ven obligados a enfrentar quienes transcurren el proceso en prisión preventiva por habérseles denegado la libertad hasta la realización del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados que son propensos a seguir delinquiendo incluso cuando se les ha concedido la libertad provisional durante el proceso; y, a través del acortamiento del período de tiempo que transcurre entre la imputación y la sentencia, aumenta las posibilidades de rehabilitación de aquellos acusados que resultan finalmente condenados (…). Por supuesto, todas estas consideraciones tienen como presupuesto necesario la equidad en la obtención del acuerdo entre el imputado y el fiscal"[1].-

Tan es así que en sistemas penales de larga tradición adversarial el juicio oral es la excepción y las salidas previas al debate son la regla, por lo que podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que –en los hechos– la "salida alternativa" al conflicto penal la constituye el debate oral y público[2]. La posición crítica a la multiplicación de las condenas mediante procesos abreviados –o a la aplicación de otras salidas alternativas– parece

[1] Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), 70-98, discusión del 15/11/1971, resolución del 20/12/1971, 404 U.S. 260, 261; con cita del precedente Brady v. United States, 397 U. S. 742, 397 U. S. 751-752 (1970) –la traducción me pertenece–.-

[2] A modo de ejemplo, en los Estados Unidos de América un 97% de imputados del fuero federal y un 94% del fuero estatal reciben sus condenas a través de procesos abreviados, según un estudio del Pew Research Center (*cfr. https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/ft_19-06-11_trialsandguiltypleas-pie-2/).-*

ignorar que en los sistemas en los cuales no existen este tipo de institutos, lo que sucede en los hechos no es una mayor resolución de los conflictos a través del juicio oral, sino una multiplicación exponencial de los casos que ven como fin la prescripción, con todas las consecuencias negativas que ello implica.-

Pero no es solo una cuestión de conveniencia del sistema la que impulsa a ver con buenos ojos las condenas mediante procesos abreviados, sino también su indiscutible lógica: entendiéndose el juicio oral y público como un derecho del imputado a que no se lo castigue sin que previamente el Estado demuestre su culpabilidad más allá de toda duda razonable en el marco de un debido proceso[3] y un derecho de la víctima al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva[4], cuando las tres partes (la víctima, el imputado –con el adecuado asesoramiento de su defensor– y el acusador público) entienden que la prueba reunida durante la investigación penal preparatoria resulta tan contundente que torna indiscutible la forma en la que ocurrieron los hechos, su subsunción normativa y la pena que corresponde a la conducta atribuida, se torna claramente ociosa la realización de un juicio oral en el cual no existiría nada para debatir.-

Resulta necesario, sí, hacer una breve aclaración: a

---

[3] *Vid.* artículos 18 y 75.22 de la Constitución Nacional, 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5 del Código Procesal Penal.-

[4] *Cfr.* artículos 75.22 de la Constitución Nacional, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.3.a y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Regla de Brasilia n.° 25, 80 del Código Procesal Penal,

diferencia de los sistemas acusatorios más extremos –como el de los Estados Unidos de América, por ejemplo– nuestro sistema penal no autoriza a las partes a negociar la plataforma fáctica –*fact bargaining*– ni a subsumir discrecionalmente bajo cualquier figura penal el hecho por el cual se solicita la condena –*charge bargaining*–, sino solamente a convenir la pena a aplicar –*sentence bargaining*–, encontrándose, a su vez, esta última facultad encorsetada por los límites máximos y mínimos establecidos para cada delito en la ley penal.-

Como consecuencia lógica de ello, los jueces no somos meros convidados de piedra en la audiencia prevista por el artículo 342 del digesto ritual. Por el contrario, de acuerdo con lo expresamente normado por los artículos 9 y 10 de la ley n.° 13018, las resoluciones judiciales –y las que se dictan en el marco de un proceso abreviado no son la excepción– deben ser justas, fundadas y acordes con los principios y leyes vigentes.-

Existe así un tenso equilibrio entre las funciones de defensa, acusación y jurisdicción, que la doctrina santafesina explica de la siguiente manera: “La nota característica de esta audiencia es que la prueba de los hechos invocados por las partes no estará controvertida, empero ello no autoriza a dar cualquier tipo de encuadre jurídico y/o penalidad a las conductas reprochadas, ni mucho menos pretender que el Tribunal debe ‘homologar’ cualquier convenio que las partes le lleven al estrado. Lo que, por cierto, tampoco autoriza a que el Tribunal, por fuera de sus funciones, se involucre en la actividad probatoria de las partes (…) No se trata de un

acuerdo en el que todo vale, y el procedimiento que regula el código no acoge un modelo de esta naturaleza (propio de los sistemas anglosajones) en el cual las partes no encuentran ningún tipo de límites en la legalidad (sustancial y procesal) a la hora del encuadramiento del caso. Esto implica, entonces, que los litigantes se preocupen por fundamentar la pena en base a las características y particularidades de hecho y derecho que las evidencias indiquen, aspecto que, además, deberá ser controlado por el Tribunal en audiencia"[5].-

Reseñados estos principios generales atinentes al instituto en análisis, me abocaré ahora a evaluar concretamente el acuerdo traído a estudio. Las principales dudas que se generaron en el tribunal –entiendo– surgen de la calificación penal escogida por las partes y, consecuentemente, de la significativa reducción de la pena que ello conlleva. No puede perderse de vista que, en su momento, el Ministerio Público de la Acusación imputó a Núñez por el homicidio doloso de su hijo, lo cual implicaría, como única sanción posible, la prisión perpetua. Pese a ello, al momento de arribarse al acuerdo de condena mediante proceso abreviado, se produjo un llamativo cambio de la calificación, entendiendo el acusador que nos encontramos ante la presencia de un homicidio calificado por el vínculo, pero no ya doloso, sino preterintencional.-

Esto genera, como primera reacción lógica, la siguiente

[5] BACLINI, J. C. y otro; "Código Procesal Penal de Santa Fe comentado – Comentarios a la reforma de la ley 13746"; Rosario: Juirs, 2018; págs. 166 y 167.-

pregunta: ¿Cuenta el Ministerio Público de la Acusación con evidencias suficientes como para requerir la realización de un juicio por medio del cual se procure la condena del imputado a prisión perpetua? Me atrevo a afirmar que sí, y esto, sumado a la extrema vulnerabilidad de la víctima –un pequeño niño de tan solo cuatro meses de vida–, la gravedad del hecho investigado –habiéndose acreditado que el deceso de Thiago se produjo a raíz de los innumerables malos tratos a los que fue sometido por parte de las personas que deberían haberle procurado amor y protección– y la lenidad de la pena acordada –teniendo en cuenta aquella a la que razonablemente podría haber aspirado el Ministerio Público de la Acusación si hubiera llevado el presente caso ante un tribunal de debate–, hace que resulte sumamente difícil para este magistrado –desde una perspectiva puramente personal– aprobar el presente acuerdo.-

Sin embargo, al momento de determinar la justicia o no de la condena a imponerse –en mi carácter de juez penal de la provincia de Santa Fe–, no debo hacerlo a través de los dictados de mi íntima convicción, sino exclusivamente a partir del cotejo de lo pactado por las partes con la normativa vigente. Entender esto, lleva a cambiar radicalmente la lente a través de la cual debe evaluarse el convenio traído a resolución, surgiendo, entonces, una pregunta de contralor absolutamente diferente, siendo tal la siguiente: ¿Es inaceptable la subsunción legal escogida por el acusador y aceptada por el imputado y su letrado? Y la respuesta que se impone a esta cuestión es negativa. Ante ello, resultando acorde al principio de legalidad

formal y sustancial el acuerdo puesto en conocimiento de la jurisdicción, aquel debe aprobarse.-

Esto es así porque no basta para desechar un convenio punitivo la mera discrepancia del juzgador con la calificación legal escogida por los litigantes, imponiéndose el rechazo únicamente en aquellos casos en los cuales se encuentre absolutamente acreditada, a partir del razonamiento lógico-jurídico, la falta de motivación en la selección de la figura penal aplicable por parte del fiscal –y aceptada por el imputado y su defensor–, mas no cuando solo se considera esta incorrecta en función de una valoración alternativa de los hechos realizada por el tribunal[6].-

Por otra parte, no debe perderse de vista que la evaluación que podemos realizar los jueces en esta etapa con respecto a las evidencias con las que cuentan las partes para calificar de una u otra forma las conductas investigadas resulta sumamente restringida, ya que, para poder definir de un modo consistente el peso de la prueba de cargo y de descargo, los juzgadores deberíamos tomar contacto directo con dicho material probatorio. Sin embargo, careciendo de inmediatez con la prueba –atento a que el proceso abreviado se lleva adelante por medio de una única audiencia de carácter netamente argumentativo–, tal tarea resultaría imposible o, al menos, deficiente. Es por ello que el control del acuerdo al que arriban las partes y del mérito de la prueba en la cual se funda aquel debe ser

[6] En similar sentido, ver voto en minoría en CNCP Sala IV; 09/02/2009; Sumarios Oficiales Poder Judicial de la Nación; 9950; RC J 15927/10.-

predominantemente formal y escasamente sustancial, en tanto y en cuanto la inexistencia de inmediatez con los elementos de convicción torna prácticamente irrealizable un análisis serio sobre el peso de la prueba, siendo el fiscal quien se encuentra en mejor condición de realizar una prognosis del rendimiento que eventualmente podría tener aquella durante un hipotético debate, por haberse desarrollado la investigación penal preparatoria íntegramente bajo la conducción del referido acusador público –y no del juez–.-

Por lo dicho, pesa sobre el fiscal –exclusivamente– el deber de determinar, con objetividad, hasta qué punto puede llevar su pretensión acusatoria. Al respecto, Roxin plantea esta cuestión como una facultad-deber del titular de la acción penal pública, en el sentido de que se encuentra en la obligación de acusar cuando existen probabilidades de que un tribunal llegue a una condena con los elementos con los cuales se cuenta, debiendo considerarse "decisivo el propio pronóstico del fiscal, de modo tal que ello dependa exclusivamente de si probablemente, al final del juicio oral, él llegará a requerir una condena"[7]. Esto, a su vez, es un derivado lógico del principio de oficiosidad –o legalidad, en palabras del célebre jurista alemán– establecido por el artículo 16 de nuestro Código Procesal Penal, por el cual "la fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa

[7] ROXIN, C.; "Derecho Procesal Penal"; Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003; pág. 336.-

sospecha vehemente”[8].-

En las presentes actuaciones el acusador entendió, luego de analizar las evidencias que fundaban su teoría del caso, que su pretensión punitiva no podía llegar más allá del delito por el cual finalmente terminó acordando con la defensa –el homicidio preterintencional calificado por el vínculo– y, si bien esto puede ser debatible, dicha discusión se encuentra circunscripta exclusivamente al ámbito del Ministerio Público de la Acusación, estando vedada toda intromisión por parte del órgano jurisdiccional. Según consta en el escrito oportunamente presentado, toda posible controversia sobre el particular ya fue debidamente saldada dentro del órgano correspondiente, habiendo prestado su conformidad para el convenio traído a consideración tanto el fiscal regional de la cuarta circunscripción como el fiscal general de la provincia de Santa Fe.-

Esto último, a su vez, no puede ser pasado por alto, toda vez que, si se decidiera rechazar el acuerdo presentado, nos encontraríamos frente al siguiente problema, quizás más práctico que jurídico: ¿Quién se encargaría de llevar a juicio a Núñez con una calificación jurídica distinta a la convenida aquí por los litigantes, cuando todos los niveles jerárquicos del Ministerio Público de la Acusación han entendido que es esa y no otra figura penal la que resulta aplicable a su conducta? Entiendo que nadie se encontraría en condiciones de hacerlo.-

---

[8] *Ibid.*, pág. 89.-

En virtud de lo sostenido –según la humilde opinión de este magistrado– no corresponde al tribunal realizar consideración alguna sobre la oportunidad o conveniencia de arribar a un acuerdo de estas características, debiendo limitarnos a verificar si el convenio cumple con los requisitos formales establecidos en la norma procesal, si la calificación legal escogida es una de las jurídicamente aceptables, si la pena acordada no supera el máximo ni perfora el mínimo punitivo que establece la norma sustancial y si no se conculcan garantías constitucionales o derechos de la víctima o del imputado –todo lo cual, entiendo, sucede aquí– por lo que se impone la aprobación del convenio presentado.-

Que, amén de ello, debo mencionar que luego del cotejo de las circunstancias particulares del caso con las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal –y teniendo en cuenta la calificación penal escogida por las partes–, es posible concluir que la pena acordada entre los litigantes, resulta justa y equitativa, teniendo en cuenta los fundamentos esgrimidos por los contendientes en los parágrafos pertinentes y en especial la forma de ejecución del delito, la naturaleza del acto, y los medios empleados, sumado a la extensión del daño causado.-

Que, asimismo, se ha verificado la ausencia en el presente legajo judicial de causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusas absolutorias que pueda beneficiar el encartado por la comisión del hecho por el cual se pretende condenarlo. Todo lo dicho, me lleva a sostener que corresponde la aprobación del acuerdo traído a

juzgamiento. Así voto.-

Por su parte, la **Sra. Juez Penal de Primera Instancia, Claudia Graciela Bressan**, dijo: Anticipo desde el comienzo que entiendo que el acuerdo presentado por las partes debe ser rechazado, correspondiendo la continuación del proceso conforme al estado procesal en el que se encuentra, encontrándose compelido el acusador público a llevar lo antes posible el caso a debate, atendiendo a la entidad de la conducta atribuida, respetando los derechos de la víctima, que por las circunstancia particulares del caso deben ser representados por el Ministerio Público de la Acusación.-

Son variadas las razones del rechazo. Pero para explicarlas debemos partir de efectuar una serie de aclaraciones previas, que tienen que ver con la normativa aplicable, tanto convencional, como constitucional, nacional y provincial; con principios y orígenes del sistema procesal penal vigente en Santa Fe.-

Desde el punto de vista convencional y también integrado en el contexto normativo constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), debe garantizarse a la víctima (en este caso un niño de tan solo CUATRO MESES de vida, dentro de un contexto de extrema vulnerabilidad, tal como el propio fiscal describiera –bebé que nació prematuro, con problemas de bajo peso, que conforme historial médico venía siendo sujeto de maltrato doméstico, se encontraba convaleciente de una lesión de fractura en su brazo derecho, con múltiples lesiones en todo su

cuerpo de acuerdo con la autopsia practicada) la averiguación de los hechos y la sanción de las personas que hayan violado sus derechos. A ese niño, hoy representado por el representante o actor que ejerce la acción penal en nuestro derecho procesal.-

Tal como lo prevé en su preámbulo la Convención de los Derechos del Niño, poniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Que a su vez en el art. 6 refiere: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.-

Desde el punto de vista constitucional, el preámbulo –fuente importante de interpretación infraconstitucional– indica un objetivo de trascendencia procesal indudable cual es el de afianzar la justicia, que es, reconocerla como valor cúspide del mundo jurídico político. No se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del poder judicial, ni del valor justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la

justicia como valor (…). La Corte ha dicho que esta cláusula es operativa y que obliga (…)" (Bidart Campos J., Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Bs. As., 2da. Reimpresión, Tomo I, pág. 297).-

Desde el punto de vista infraconstitucional o legal, y sin perjuicio de otros principios de consagración legislativa, la ley 13018, en su artículo 7 establece que el Juez garantiza el ejercicio razonable del derecho de las partes y, en el artículo 9 se indica que la obligación de motivar las decisiones debe garantizar la regularidad y justicia de las mismas.-

Tales principios se trasladan a la función Fiscal, primero, en el mismo Código Procesal Penal que, según el artículo 140, determina que el Ministerio Público tiene el deber de fundar sus decisiones; segundo, por la vigencia de principios generales establecidos en la ley 13013 como los previstos en los artículos 2 (actuación de conformidad con las leyes y la Constitución), 3 inciso 1. (actuación requiriendo la justa aplicación de la ley, tratando de equilibrar los valores jurídicos consagrados en la Constitución), inciso 2 (actuará en pleno respeto por los Derechos Humanos consagrados en la Constitución y los Pactos que a integran), e inciso 3 (orienta su actuación a la satisfacción de los derechos de las víctimas), entre otros.-

Todas estas normas, que establecen derechos y garantías, imponen que el Fiscal, en cada proceso en particular, actúe con razonabilidad, de modo fundado, en protección de las víctimas, debiéndose garantizar que se averigüen los hechos y se sancionen a los responsables en

favor de sus Derechos Humanos, cumpliendo la ley y la Constitución. A su vez, el juez, como encargado final (y también primero), debe ejercer su jurisdicción imponiendo el respeto de esos principios y garantías. Sin mencionar, inclusive el principio republicano de gobierno que exige, también, la actuación razonable entendiendo por tal aquella que se apoya en razones suficientes.-

Luego tenemos, ya en el centro de la cuestión, las previsiones del Código Procesal Penal Santafesino, ley 12734 y sus modificatorias. Que prevé la posibilidad de disponibilidad de la acción penal, que es ejercida por el Ministerio Público de la Acusación, en cierto y determinados casos y conforme reglas claras establecidas en el Código Procesal Penal.-

Ante lo cual surge el siguiente interrogante ¿Rige en el proceso penal una absoluta autonomía de las partes? Cuya respuesta es por la negativa.-

En primer lugar, se debe tener presente que el Ministerio Público de la Acusación tiene a su cargo el ejercicio del poder punitivo del Estado, y la cuestión de la responsabilización penal sigue siendo una cuestión de interés público y Constitucional.-

Y luego de pasar por el sistema inquisitivo –abandonado por nuestra Provincia con el dictado de la ley 12734-, llegamos al actual, que es un sistema acusatorio con tendencia adversarial ¬–lo que implica que no es un sistema acusatorio puro–. Y las razones, si bien exceden al marco de la

presente resolución, pueden centrarse en que existen conductas delictivas que afectan al colectivo de una comunidad, que las personas privadas muchas veces no cuentan con los medios para emprender con un mínimo de eficacia la acusación, entre otras.-

Así el fracaso de uno de los extremos –el inquisitivo– ya es harto conocido y no necesita explicación alguna, pero el otro extremo –el acusatorio puro– también ha fracasado. A punto tal es así, que en la tradición jurídica más afirmada de este modelo de proceso se lo ha abandonado (el extremo claro está). Efectivamente, en Inglaterra se ha debido crear el "Crown Prosecution Service" (Servicio de persecución de la corona, de 1985) que ejerce la acción penal en nombre del Estado e independientemente del particular ofendido, todo ello derivado de escándalos permanentes en la actuación policial respecto de las víctimas o situaciones de manipulación por parte de éstas que hacían inviable el sistema de justicia)[9].-

La combinación de ambos sistemas se ha impuesto en la cultura jurídica europea, de la cual, evidentemente, hemos sido replicadores. Al respecto se ha dicho: "Portugal, Italia, Alemania son algunos de los países que han superado esta oposición [entre inquisitivo y acusatorios extremos] –podríamos decir: esta maldición para Europa–, instalando un sistema que afirma el principio acusatorio, pero no puramente acusatorio, y que, bien

[9] Delmas-Marty Mireille, "Hacia un modelo europeo de procedimiento penal" Rev. Crimen y Castigo, Año 1, agosto 2001, n° 1, Departamento de Derecho Penal Y Criminología de la Facultad de Derecho de la U.B.A., Bs. As., 2001, pág. 5

entendido, está lejos de la tradición inquisitiva. Han incluido el principio Acusatorio en su Constitución, pero al mismo tiempo han guardado lo mejor de la tradición continental, al mantenerse la persecución pública, ejercida en nombre del Estado por el propio Procurador y por reglas claras y precisas".-

Así, el juicio abreviado nos viene de una cultura procesal extraña o diferente, principalmente anglosajona; y, Argentina en particular, optó por el norteamericano, no obstante, los institutos varían sustancialmente, por ejemplo, en el instituto norteamericano el Ministerio Publico Fiscal puede retirar cargos o incorporar nuevos o acordar sobre los hechos o la calificación legal, extremos que en nuestro país no podríamos hacerlo con total libertad por imperio del principio de legalidad.-

Esa flexibilización del régimen de la acción –que también fue incorporada al plano nacional con la ley 27127–, la disponibilidad y la discrecionalidad reconocen, a diferencia de los sistemas anglosajones, límites propios de la legalidad y la razonabilidad de su ejercicio. Ya que el proceso penal apunta o busca lograr la condena del culpable, aplicando el llamado Derecho Penal material; garantizar la protección del inocente; proteger a la víctima; impedir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación estatal, y llegar a una sentencia firme y justa.-

En el nivel provincial, atendiendo a la normativa en cuanto al Código Procesal Penal, Ley del Ministerio Público de la Acusación y Ley Orgánica de los Tribunales Penales, tiene claramente establecido, en resumidas cuentas, que ni el proceso penal es totalmente acusatorio –donde

las partes pueden disponer en total y absoluta voluntad de la acción o el cumplimiento de las cargas y mandatos procesales- ni el Juez carece de toda posibilidad de limitar el ejercicio –a libre voluntad– de las partes. –

Los límites son, el cumplimiento de las finalidades establecidas en la Constitución, la Convenciones con esa jerarquía y las leyes que reglamentan las funciones. El juez, para cumplir su tarea esencial tiene plenas facultades para controlar el cumplimiento de esos principios y garantías, rechazando o invalidando, etc. todo acto o pretensión que no posea los fundamentos suficientes o coherentes con la Ley y la Constitución. Además, el Juez está obligado por las Convenciones a hacer efectivas las garantías, independientemente de la petición de las partes. Razón ésta que, inclusive, hace irrelevante que en el presente exista una posición uniforme entre Defensa y Acusación.-

Otro equivoco que frecuentemente suelen invocar los fiscales en su favor, como rango de autonomía, es que la acción es disponible. Ya lo he dicho, ello no es cierto. Pues, dada ciertas y determinadas circunstancias, motivando debidamente la decisión el fiscal puede prescindir de la acción, pero debe someterse a los parámetros legales (entre otros 19, ccs. y ss. del Código Procesal Penal, siempre dando la debida fundamentación de la determinación).-

Y para decirlo de otra manera, la regla sigue siendo la indisponibilidad de la acción penal pública y la excepción la constituyen los

casos legislados en los que la ley procesal autoriza al Fiscal para prescindir o no promover la acción.-

El principio general está contenido en el art. 16 tercer párrafo del Código Procesal Penal en cuanto dispone que “El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que existan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos”. Luego, el artículo 19 del mismo Código establece cuales son los supuestos en que el Fiscal puede no ejercer la acción penal pública. No resulta necesario analizar cada uno de ellos pues, el caso sometido a consideración en este proceso lejos está de ser cualquiera de los taxativamente previstos por la ley.-

A la primera conclusión (los convenios de las partes pueden y deben ser controlados por el Juez en orden a sus fundamentos, el cumplimiento de la ley y la protección de las garantías constitucionales y los Derechos Humanos de las víctimas), se agrega la segunda, en el sentido de que la acción penal pública debe ser obligatoriamente ejercida (salvo los casos expresos de disponibilidad), conservando los rasgos de oficialidad e irrefragabilidad.-

Consecuentemente, no podría admitirse que, por vía de un acuerdo de proceso abreviado el Fiscal ejerza un criterio de oportunidad no reglado o encubierto, como sería, por ejemplo y justamente, variar la calificación legal, dejando de considerar evidencias invocadas, quitando con ello hechos atribuidos, agregando atenuantes, etc. por estas mismas razones,

los acuerdos de procedimientos abreviados previstos por nuestro Código Procesal Penal solo son sobre la pena (respetando la escala penal prevista) y no sobre los cargos o imputación (no es sistema de *plea bargaining* sino solo de *sentence bargain*).-

Entendiendo que estas son las bases del sistema en orden a responder la pregunta original y su consecuencia (si la autonomía de la voluntad de las partes es absoluta, y, en todo caso o como derivado, si el Juez puede ejercer algún límite o controlar el contenido, o limitarse a realizar una verificación meramente formal en los acuerdos de partes).-

Sin embargo, resulta necesario efectuar otro plano del análisis, ya no general sino reglamentario concreto, que se deriva de las alternativas del proceso, tanto en la investigación como durante el juicio.-

Hay un primer fenómeno que es el atendido específicamente en el artículo 343 segundo párrafo del Código Procesal Penal y que autoriza al Juez a absolver o reducir la pena, según sea el caso, cuando los hechos descriptos en el acuerdo (y consentidos por el imputado y su defensa) permiten afirmar la atipicidad o consecuencia de alguna excusa. Se trata, evidentemente de un supuesto de incorrecta aplicación de la ley, pues la afirmación fáctica no se modifica, pero se ha procedido a realizar un incorrecto juicio de tipicidad. Como tal, es también un supuesto de falta de fundamentación en derecho o respecto de la ley, vigente que afecta la función garantizadora del tipo y, por tanto, la garantía de “ley previa” en los

términos del artículo 18 de la Constitución Nacional y 9, párrafo quinto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.-

Ante ese yerro el legislador entendió, que como es tan evidente, sea el propio Juez quien subsane el defecto, corrigiéndolo al momento de efectuar el contralor.-

Pero, ¿qué ha sucedido en el caso de autos? La causa se inicia con la imputación del delito de abandono de persona doblemente agravado por el resultado muerte y por haber sido cometido por los padres contra sus hijos; para luego de obtener el resultado de las grabaciones de las cámaras de vigilancia que existían en el domicilio del imputado, serle modificada la atribución imputativa por la de homicidio doloso calificado por el vínculo de ascendiente respecto de la víctima.-

Describiéndose el hecho de la siguiente manera: “En reiteradas oportunidades desde al menos el día 5 de abril de 2020 hasta el 18 de abril de 2020, Daniel Gustavo Núñez propinó golpes y sacudidas violentas a su hijo Thiago Emmanuel Núñez, quien nació el 03-12-2019, y omitió deliberadamente (…) auxilio médico de forma urgente y oportuna, conductas acaecidas en el domicilio ubicado en Manzana 3 casa 23, Barrio Guadalupe, de la ciudad de Reconquista, las que le provocaron en el menor numerosos daños en su cuerpo y salud, tales como: un hematoma subaracnoides, múltiples fracturas de arcos costales del n.° 3 al n.° 11 en región izquierda, y del 6, 8, 9, 10, 11 y 12 en región derecha, en diversos estadios evolutivos con presencia de abscesos purulentos (osteomelitis), fractura longitudinal sin

desplazamiento en hueso parietal derecho, trazo de fractura con formación de callo óseo en ángulo izquierdo de la mandíbula, fractura consolidada en diáfisis de humero, fractura conminuta no consolidada en metáfisis distal de fémur izquierdo y fractura en tallo verde en el aspecto posterior del tercio medio femoral homolateral, las que derivaron en una septicemia generalizada, insuficiencia respiratoria y fallas multiorgánicas, las que causaron el fallecimiento del niño entre las 12.30 y las 13.30 horas, aproximadamente, del 18 de abril de 2020".-

Manteniéndose la última calificación jurídico legal, hasta el momento. Antes de formularse la acusación solicitando la elevación de la causa a juicio, las partes (el fiscal, el imputado Núñez y el Dr. Vera, defensor del encartado), se presenta el acuerdo de procedimiento abreviado.-

En el escrito de procedimiento abreviado se transcribe tal cual el hecho atribuido al imputado Núñez, variando de manera injustificada y sin la fundamentación lógica y adecuada a las evidencias invocada la calificación legal dada al hecho en la segunda audiencia de imputación.-

En la audiencia realizada en los términos del artículo 342 del Código Procesal Penal, realizada el día 27 de mayo de 2021, luego de que el fiscal diera lectura al hecho y pena acordada, reconociendo tanto la defensa como el imputado Núñez dicho acuerdo, ratificándolo. Dando tanto el fiscal como la defensa, pretensas excusas acerca de la variación de la calificación legal considerada en el acuerdo, con la consiguiente reducción de

la pena.-

Es aquí, donde puede vislumbrarse la sinrazón del fiscal en modificar la calificación legal por la cual suscribe el acuerdo. Y me refiero al fiscal por ser el encargado de ejercer la acción pública y no a la defensa, porque es obvio el beneficio que ha logrado para su defendido.-

Pues, las consideraciones dogmáticas respecto al dolo en el accionar del imputado, no explican de manera adecuada la variación. Ya que no se condicen con las evidencias que las partes reconocieron que existen en la causa y que claramente han sido descriptas en el acuerdo y la audiencia.-

Se han descripto, una serie de eventos que van, de acuerdo al material recabado de la cámara de video vigilancia, desde el 5 al 18 de abril del año 2020, donde el padre del niño Thiago Núñez, le propina una serie de golpes con el puño abierto, con el puño cerrado, sacudidas, la que produjeron las lesiones, que fueron luego descriptas en el informe de autopsia, a saber: un hematoma subaracnoideo –que es el sangrado en el espacio entre el cerebro y la membrana que lo rodea–, múltiples fracturas de arcos costales del tercero al undécimo en región izquierda, es decir tenía fracturadas la tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima y undécima costillas izquierdas; múltiples fracturas de arcos costales sexto, octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo, en región derecha; con la aclaración de que esas fracturas tenían diferentes estadios evolutivos, con la presencia de abscesos purulentos (osteomelitis), que significa “una infección

e inflamación caracterizada por la hinchazón y la colección de pus, es decir una infección que se produce a lo largo del hueso de larga data y que corre a través de la medula ósea; una fractura longitudinal sin desplazamiento en hueso parietal derecho; trazo de fractura con formación de callo óseo en ángulo izquierdo de la mandíbula; fractura consolidada en diáfisis de húmero; fractura conminuta con consolidada en metáfisis distal del fémur izquierdo; fractura en tallo verde en el aspecto posterior del tercio medio femoral homolateral; todo lo cual derivó en una septicemia generalizada, insuficiencia respiratoria y falla multiorgánica, las que causaron el fallecimiento del niño el día 18 de abril entre las 12.30 y 13.30 horas.-

Revelando el cuadro descripto que el padre, al menos desde el 5 al 18 de abril de 2020 –conforme la atribución fiscal–, le propinó golpes de puño –tanto abierto como cerrado– y sacudidas que le fueron provocando diversas y múltiples lesiones en la humanidad del pequeño Thiago Núñez, lesiones que –como el propio imputado lo reconoce– fueron deliberadas, colocando así al menor ante la necesidad clara y evidente de tener que recibir asistencia médica, la cual no fue proveída.-

También, refieren que Thiago había nacido el día 19 de diciembre de 2019, siendo un bebé prematuro, que fue tratado hasta la última consulta médica efectuada en el mes de marzo de 2020, por bajo peso y por una lesión en el brazo derecho.-

Es decir, a la vulnerabilidad propia de un menor de edad,

en este caso un bebé de tan solo cuatro meses de vida, se suman otros factores que incrementan la vulnerabilidad de la víctima, y que los padres conocían perfectamente.-

No obstante, ello, el padre, conforme surge de las imágenes de la cámara de video vigilancia, en esos trece días que se han constatado, de manera reiterada sometió a Thiago a golpes de puño –tanto con mano cerrada como abierta– y sacudones, todo lo cual, a la postre, ocasionó las lesiones constatadas por el médico forense.-

Sumado ello, a la falta de atención médica necesaria para la recuperación o rehabilitación de las lesiones, determinaron en definitiva la muerte del infante por las causas expresadas en la autopsia.-

Declarando los abuelos maternos que el bebé presentaba problemas de salud al menos una semana antes, ya que estaba pálido y que había tenido fiebre. También refieren que habían insistido a los padres para que llevaran al niño al médico.-

Informando los médicos, enfermeros y voluntaria que recibieron al bebé en el hospital lo que pudieron ver a simple vista en un primer momento cuando es llevado Thiago por sus padres ya sin vida al nosocomio, constataron que el bebé no respiraba, luego lo llevaron al *shock-room*, donde una médica intentó practicarle RCP pero fracasaron, luego constataron cierta lividez, salida de alimentos por boca y lesiones violáceas en el hombro derecho, abdomen semiblando, escara –según definición del diccionario de la Real Academia española: lesión de la piel que se caracteriza

por la aparición de una costra como resultado de una quemadura, una gangrena, o cualquier necrosis de origen infeccioso, químico o de otro tipo– en la región lumbar y una lesión vieja escoriativa, entre otras. En virtud de ello es que realizan una tomografía y constataron en el cráneo una lesión longitudinal sin desplazamiento del hueso parietal derecho y un trazo de fractura con formación de cayo óseo en ángulo izquierdo de mandíbula, una lesión hipodensa de 22mm en parénquima cerebral derecha y un aumento del espacio subaracnoideo que no se descarta que se haya debido a un hematoma, lo que es constatado por la autopsia, en el tórax múltiples fracturas costales en región izquierda y derecha en diferentes estadios evolutivos, un derrame pleural, es decir liquido en el pulmón izquierdo en moderada cuantía y zonas de embrozamiento pleural derecho en abdomen y pelvis la sobreelevación de periocito en alerón iliaco derecho y una fractura consolidada de diáfisis de humero que coincide con la lesión que era tratada en enero que en su momento se investigó –según refiere el Fiscal- reconociendo con ello el Fiscal que ya tenían conocimiento de los malos tratos y violencia que Thiago venía sufriendo; diagnosticando los profesionales del hospital una sospecha de maltrato infantil.-

Luego es examinado el cuerpo por la Dra. CERF que coincide con las lesiones descriptas por la tomografía.-

La autopsia, según la versión dada por el Fiscal, revela que el bebé había fallecido por una serie de malos tratos recurrentes o sea no

un solo acto, sino una serie. Describiendo una serie de lesiones por golpes en nariz, comisura labial, frente derecha, en el ala derecha de la nariz una lesión escoriativa de 0,5 cm. En la comisura labial derecha, una lesión línea escoriativa de aproximadamente 1cm de largo por 0.5cm de diámetro, otra en la región frontal derecha nivel superciliar, una lesión equimótica, un coágulo compatible con sacudidas o movimientos bruscos de sacudidas en el subaracnoideo y a nivel del tórax las lesiones con distintos grados evolutivos, que hablan de hechos no simultáneos, producidos por un cierto tiempo. Refiere el Fiscal que es por ello que el Dr. Goldaraz estimó que la causa era de malos tratos y no de un golpe fatal concreto. También extrajeron del pulmón un líquido de color rosado espeso purulento y también constataron al pulmón izquierdo fibroso con múltiples adherencias a la parrilla costal. Lo que determina la causa inmediata de la muerte son las dificultades respiratorias a causa de las lesiones.-

Haciendo luego referencia de las otras evidencias recabadas, en particular a los antecedentes médicos, tales como la declaración del médico pediatra Dr. Zorat, que atendió al bebé desde fin del año 2019, cuando constata una baja en el peso, por lo que prescribe controles mensuales. Luego lo vuelve a controlar en enero y lo ve fracturado, lo que le llama la atención, porque consideró que pudieren existir malos tratos, ya que no consideró que la fractura no se pudo producir de otra manera que no haya sido de manera violenta, por eso lo deriva a un traumatólogo, para un tratamiento especializado y atendiendo a los posibles malos tratos. En febrero

lo vuelve a ver a niño, la fractura del humero ya había evolucionado y el peso se había estabilizado. En marzo lo ve dos veces, una a principio por los tres meses de vida y el 12 de marzo lo ve por última vez, cuando el babé sigue con bajo peso, pero recuperándose, no constatando lesiones.-

Basado en ese último dato es que los hechos por los que piden la condena lo circunscriben al mes de abril, ya que considera que la única lesión anterior es la del húmero.-

Pero ya ese 12 de marzo, la madre y la abuela lo llevan al médico porque les llama la atención un hematoma en evolución en el lado derecho del rostro, donde se indican una serie de estudios, ya que sospechaba que pudiere haber existido una sacudida violenta. Luego el médico no volvió a ver a los padres del niño.-

También, el fiscal tuvo en cuenta la intervención que tuvo la Subsecretaría de Niñez, también del primer nivel, y la investigación penal que hizo la Agencia de Tratas por aquel primer hecho de lesión del mes de enero. LO que determino la intervención e investigación de la Subsecretaria, y primer nivel de la Municipalidad, donde actuaron asistentes sociales, durante los meses de enero y febrero y más allá de que no hubo una explicación adecuada, por la actitud defensita que asumió el Sr. Núñez, ya que no tenía una actitud positiva a las visitas que fuera volcado en los informes. No obstante, la Subsecretaría y Niñez entendieron de que no existía abandono, no existía delito, por lo que cesaron su intervención y lo mismo ocurrió con la

causa penal iniciada por aquel entonces por la denuncia del pediatra.-

También invoca como elemento de convicción el Fiscal el DVR con los videos de las filmaciones de las cámaras que había en la casa. Donde pueden verse una serie de golpes y sacudidas que son compatibles con las lesiones descriptas por el médico forense y lo constatado por los profesionales en un primer momento. Corroborando las preocupaciones que el médico ZORAT tenía respecto de los malos tratos.-

Entendiendo con ello el Fiscal que efectivamente las acciones que causaron las lesiones directas han sido deliberadas, y que las mismas luego ocasionan la muerte.-

Al momento de considerar la calificación legal que le atribuyo a la conducta del imputado Núñez, da cuenta de la primera atribución de abandono de persona doblemente agravado, por el resultado y por haber sido cometido por un padre contra su hijo. Entendiendo en ese primer momento que tenía un bebé fallecido con signos de malos tratos y que alguno de los progenitores es quien le propino los malos tratos y ello se desencadeno en el resultado muerte. Con un sujeto especial, obligado a evitar el resultado lesivo y por lo tanto que hay una puesta en peligro evitable y que este se realizó en el resultado, si llegar a ser homicidio. Luego con las evidencias fílmicas, entendiendo que quien desplego las maniobras fue él, otorgándole otra participación a la madre del bebe, calificándolo como homicidio doloso, entendiéndolo como dolo eventual, agravado por el vínculo.-

Pretendiendo dar luego los fundamentos de la variación de la calificación legal dado en el marco del acuerdo abreviado, refiriendo que atiende a la discusión en torno a el dolo del autor respecto del resultado muerte, entendiendo que ello no hace a la legalidad estricta. Entonces su planteo es probar no solo el hecho, sino que el autor despliega una accionar consiente y que este se realiza en un resultado, que si bien no lo quería se debió representar como tal, en atención a la posición de garante en que se encontraba. Reconociendo que pudiera llegar a darse un debate en torno a los factores de la imputación y a la calificación. Ante lo cual puede alegar que, si bien el autor pudo y quiso desplegar una serie de hechos violentos, pero que nunca se representó la muerte. Pudiendo incluso referir que el autor desplego intentos desesperados para reanimar a su hijo.-

Entiende que existe un panorama de duda y que a la plataforma fáctica puede caber un dolo eventual o un dolo del delito preterintencional. Definiendo el fiscal a este tipo delictual como el que una persona se representa en forma directa y querida, o sea con dolo directo una lesión sobre otra, es decir sabe y quiere lesionar, pero por una causal no querida se produce un resultado de muerte, y esa muerte es atribuida al curso causal lesivo, describiendo de esa manera al delito preterintencional del fiscal.-

Y es aquí donde el error, mala interpretación o conceptualización de cuándo se da el delito preterintencional, entendido por

las partes, lleven a considerar a esta magistrada que, en realidad la calificación legal escogida en el acuerdo se considere infundada, carente de sustento en lo legal y fáctico de la causa.-

Ya que para que se configure el delito preterintencional tienen que darse cuatro elementos, debe como primer elemento darse el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona; como segundo elemento la producción del resultado muerte de esa persona por el hecho del autor; en tercer lugar, el empleo del autor de un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte y cuarto elemento la posibilidad del autor de prever el resultado muerte[10].-

Y como claramente lo reconocieron en el curso de la audiencia tanto el fiscal como el defensor, en el presente no se da el tercero de los elementos. Ya que, no fue una cachetada, un golpe de puño o un sacudón, o dos, o tres, sino una serie reiteradas de eventos dañosos, sumado a la falta de asistencia oportuna, los que provocaron el resultado. Es decir, pudiere haberse considerado y aplicado la calificación legal invocada si, y solo si, se hubieren dado uno o unos pocos eventos lesivos, pero tenemos que al menos, en los últimos trece días de vida de la víctima, se constataron constantes hechos de violencia del padre hacia el niño, los que además quedaron grabados en la humanidad de Thiago, y que fueran descriptos por las lesiones detalladas por la tomografía y autopsia practicada en el cuerpo

[10] Colección Delitos contra la Vida 3, José Ignacio PAZOS CROCITTO, “Los homicidios atenuados”, editorial Hammurabi, 1ra. edición 2017, página 90.-

del menor; como así también debe considerarse como medio adecuado para la producción del resultado, el no hacer o la omisión del padre de brindar la asistencia necesaria.-

Refiriendo el autor invocado, respecto del tercer elemento, que solo es atendible un homicidio preterintencional si el medio empleado por el autor no debía razonablemente causar la muerte, introduciendo así el legislador argentino un elemento en la figura típica que no está contenida en otras legislaciones comparadas.-

El medio empleado constituye el elemento objetivo de la figura, y constituye una regla de interpretación que debe ser apreciada en todo el contexto del caso, porque un medio por lo general no idóneo puede ser apto en determinadas circunstancias o sobre ciertos sujetos.-

Quedando con ello revelado que el medio utilizado por el imputado fue y era idóneo, atendiendo a la golpiza que sometía constantemente al menor y la falta de atención médica, a fin de paliar tales padecimientos, determinaron el cuadro que llevo a la muerte al menor. Todo ello bajo la especial situación de garante en que se encontraban ambos progenitores y el padre en su doble función por ser el padre biológico del niño y por haber sido quien causó la las lesiones que llevaron al cuadro final.-

En virtud de todo lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar el acuerdo traído a estudio. Así voto.-

A su turno, la **Sra. Juez Penal de Primera Instancia,**

Norma Noemí Senn, dijo: El caso que se presenta a la jurisdicción ha resultado de harto difícil resolución pues toca la naturaleza misma del instituto del procedimiento abreviado ya que *"la extensión de su aplicación, que pasa a transformar la vía abreviada no en alternativa, sino casi en principal, exige se procure ajustar su práctica en función del marco que permite el orden constitucional"*[11].-

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en el precedente "Canteros" que por tratarse de un mecanismo que neutraliza el juicio previo como fundamento de una pena, el procedimiento abreviado debe estar rodeado de suficientes garantías para evitar distorsiones explicativas que: a) lo conviertan en un instrumento de presión en función de la situación del imputado privado de su libertad; b) consoliden prácticas burocratizadas para evitar el cumplimiento de los roles propios de las partes del enjuiciamiento –acusar y defender-; c) deriven en una alternativa injustificada y contraria al interés público en la persecución y sanción de delitos, así como a la obligación constitucional de proveer a la tutela judicial efectiva de las víctimas[12].-

Refiere el Ministro Dr. Erbetta en el precedente Cantero que si bien el acuerdo de partes condiciona a la jurisdicción –en tanto si hay acuerdo no hay conflicto– no puede desconocerse que en el marco del ordenamiento jurídico nacional y provincial dicha posibilidad presenta límites.

---

[11]Erbetta-Orso-Franceschetti-Chiara Díaz "Nuevo Código Procesal Penal Comentado", pág. 652.
[12]"Cantero, Ariel Máximo y otros s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad", CSJ Santa Fe, 09/08/2016. Del voto del Ministro Dr. Erbetta.

Esos límites derivan del respeto a la legalidad, la razonabilidad y los principios constitucionales que dan entidad a las garantías del imputado y a la tutela judicial efectiva.-

En el sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Santa Fe la función de control de las garantías constitucionales corresponde a la judicatura y el control jurisdiccional es inderogable e indelegable, lo que determina el control de lo acordado por las partes. Debe además tenerse en cuenta que nuestro sistema no consagra una discrecionalidad plena del ejercicio de la acción penal sino reglada.-

Adentrándome en el análisis del control de las garantías del caso que se trae a consideración de la jurisdicción debe destacarse que en materia criminal la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales[13].-

Un primer requisito entonces es que haya "acusación". Así el 339 del Código Procesal Penal en orden a la admisibilidad del acuerdo requiere que el mismo contenga "el hecho por el que se acusa y su calificación legal". En el caso que se trae a control debe tenerse presente que, aun cuando no haya habido formalmente "acusación fiscal", debe entenderse que el hecho por el que se solicita condena es el hecho por el que se "acusa". Ello resulta importante a los efectos del principio de congruencia y la garantía

[13]CSJN, "Tarifeño, Francisco", 28/12/1989. Con cita de Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:155 7, entre muchos otros.

del debido proceso. La fijación del hecho contenido en la acusación proyecta consecuencias importantes. Así los autores citados *supra* advierten que la necesidad de racionalizar prudentemente la utilización del procedimiento abreviado conlleva que se arbitren todos los medios posibles para garantizar al extremo el libre consentimiento y la iniciativa del imputado y su defensa a los fines de evitar una práctica distorsiva y abusiva y asumir el compromiso de que, en caso de frustración del acuerdo, en el juicio el fiscal mantenga el mismo pedido de pena, salvo que hayan aparecido nuevas circunstancias que justifiquen su modificación[14].-

De esta manera, entonces, un mínimo de seriedad implica que –a los fines de evitar prácticas distorsivas como las que señalaba el Ministro Erbetta–, el fiscal mantenga idéntico pedido de pena en caso de llevar la causa a juicio. En esta lógica entiendo que no debería haber diferencia con el hecho por el que se acusa y la calificación legal que el fiscal ha escogido en esta instancia y la que pedirá eventualmente en juicio. Ello así porque "el fundamento de la pretensión de quien debe acusar no puede variar en función del fracaso del negocio porque el fundamento de la pena no es la ´negociación exitosa´ sino, en todos los casos, el injusto cometido y la culpabilidad por el acto. Haya o no juicio"[15].-

Así entonces, el hecho por el que se acusa y la calificación legal de homicidio preterintencional calificado por el vínculo es el que se

[14]Erbetta... *ob cit*, pág. 652.
[15]Erbetta..., ob cit, pág. 653.

debería llevar a juicio con el pedido de pena de dieciocho años de prisión de cumplimiento efectivo. En cuyo caso, aun cuando el tribunal de Juicio entendiera que correspondiera una calificación legal más gravosa nunca podrá aplicar una sanción más grave que la peticionada (artículo 335 del Código Procesal Penal).-

Este punto entonces resulta dirimente para la resolución del caso. Entiendo que el hecho por el que se acusa y las evidencias que señala la fiscalía con el debido contralor de la defensa resulta una lectura posible de la situación a los fines del encuadre típico. *Brevitatis causae* me remito a la detallada exposición realizada en audiencia por el fiscal y argumentación de la defensa. Y que, en caso de frustración del acuerdo, irían a juicio oral y público con idéntica base fáctica, las mismas evidencias e igual pedido de pena. Y el tribunal de juicio se vería limitado igualmente por ese pedido fiscal no pudiendo aplicar una pena mayor en caso de que –luego de evaluar la prueba rendida en debate– entendiera que se estuviera ante un caso de homicidio doloso calificado por el vínculo.-

En relación con el control de las evidencias señala la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe que la debida motivación de la sentencia implica necesariamente revelar las evidencias indicadas por el actor penal que acrediten la existencia del hecho como sustento de la calificación penal. Ello también es reaseguro de que el acuerdo no verse sobre una conducta atípica, o bien con proyección en una figura penal más grave que la

efectivamente afectada[16].-

Sin embargo, y en cuanto al control de las evidencias también surge un importante condicionamiento para la jurisdicción nacido de la naturaleza misma del sistema acusatorio. Así Alejandro Carrió señala que "Justamente, una de las notas del sistema acusatorio por oposición a los modelos inquisitivos, es que en aquél son las partes (fiscal y defensa) las que retienen un considerable poder de decisión acerca de qué pruebas introducirán al juicio, qué defensas o planteos jurídicos desarrollarán, y que calificación regirá. Dentro de este esquema que concibe al sistema de enjuiciamiento como una contienda entre partes más que como una encuesta oficial acerca de lo ocurrido, es natural entonces que sean las partes las que acuerden si el juicio tendrá lugar o no"[17].-

En este orden y a los fines de impedir, como lo ha dicho el Ministro Erbetta, que se consoliden prácticas burocratizadas para evitar el cumplimiento de los roles propios de las partes del enjuiciamiento –acusar y defender– y que deriven en una alternativa injustificada y contraria al interés público en la persecución y sanción de delitos, así como a la obligación constitucional de proveer a la tutela judicial efectiva de las víctimas, resulta esencial un contralor extra. Con esos objetivos es que se ha dispuesto que el Ministerio Público de la Acusación disponga un control sobre las actuaciones

[16]CSJ Santa Fe, precedentes "Cantero" y "Ruiz". En este último, la Corte recepta el criterio del Ministro Erbetta en el fallo "Cantero", sentando el estándar provincial en materia de procedimientos abreviados.
[17]Carrió Alejandro, "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, Bs.As., 4º edición, 2000, pág. 98.

de los fiscales con vistas precisamente a que no se distorsionen las funciones de aquellos a quienes corresponde el ejercicio de la acción penal.-

En el caso, ese contralor ha sido realizado. El acuerdo ha superado todos los filtros de control y cuenta con la aprobación del fiscal general de la provincia.-

Señalan Erbetta-Orso-Franceschetti-Chiara Díaz citando a Cafferata Nores que este mismo autor no ha podido ocultar ciertas reservas y por ello se ha encargado de advertir que el procedimiento abreviado corresponde para casos que no revistan complejidad de prueba y que su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba por innecesaria, en los que la colectada en la investigación penal preparatoria puede dar base a la sentencia, prescindiendo de una reiteración que los sujetos esenciales del proceso reputan estéril[18]. De lo que se sigue que cuando la prueba pueda tener interpretaciones diversas lo apropiado será que se dirima en debate.-

Más allá de ello considero que, en el hipotético caso de que se estuviera defraudando a la jurisdicción en relación con las causas que se traen a consideración, ya sea en cuanto a ocultamiento o manipulación de evidencias o de calificaciones legales, ello sería no solamente una gravísima falla del sistema sino prevaricato y fraude procesal, de provenir de quienes tienen una obligación legal y constitucional derivada del principio de objetividad. Por ello entiendo que no debe tomarse a la ligera qué se lleva a

[18]Erbetta..., ob. cit., pág. 647.

juicio, y cómo y con qué prueba. Y qué se abrevia, y cómo y con qué prueba. Está en juego nada más y nada menos que la garantía del debido proceso y el interés público en la persecución y sanción de delitos, así como la obligación constitucional de proveer a la tutela judicial efectiva de las víctimas. De allí la importancia de los controles internos del Ministerio Público de la Acusación que en el caso han sido sorteados.-

En definitiva, entiendo que la interpretación de las evidencias que plantean fiscalía y defensa es una de las posibles y la calificación legal que proponen resulta adecuada a esa lectura interpretativa y que en caso de llevarse esta causa a juicio la pretensión punitiva expresada aquí por el órgano fiscal será el límite del tribunal de Juicio, lo que haría virtualmente inútil su rechazo en esta instancia. La conformidad del imputado ha sido manifestada libremente en cuanto al reconocimiento de su responsabilidad penal en el hecho y la pena acordada. La pena ha sido justificada y resulta proporcional a la gravedad del injusto que se describe y demás condiciones personales del imputado.-

Por lo expuesto y consideraciones formuladas *supra* es que estimo hacer lugar al acuerdo presentado. Así voto.-

En consecuencia, atento a los fundamentos vertidos precedentemente, en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 339 ss. y ccs. del Código Procesal Penal de Santa Fe; este tribunal pluripersonal, por mayoría,

RESUELVE: **1. Condenar a Daniel Gustavo NÚÑEZ**, DNI n.°

41 341 622, demás datos obrantes en autos; a la **pena de dieciocho años de prisión de ejecución efectiva** y accesorias legales, por los delitos de **homicidio preterintencional calificado por el vínculo, en carácter de autor (artículos 45, 81 –inciso 1.° b–, 82, y 80 –inciso 1.°– del Código Penal)**.-

2. Costas en el orden causado.-

Protocolícese el original, agréguese la copia, hágase saber y oportunamente archívese.-