

En la ciudad de Junín, provincia de Buenos Aires, el 18 de diciembre de 2012, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 Departamental, **DOCTORES MIGUEL ANGEL VILASECA, KARINA LORENA PIEGARI Y CLAUDIA BEATRIZ DANA**, Subrogante legal por Disposición Superior, bajo la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar **Sentencia** en esta **causa N° 179/2012**, seguida por el delito de Homicidio doblemente calificado (Artículo 80, inciso 2° del Código Penal), a **ADALBERTO RAUL CUELLO**, habiéndose realizado oportunamente el sorteo de Ley y resultado el siguiente orden para la votación: Doctora Karina Lorena Piegari y Doctores Miguel Angel Vilaseca, y Claudia Beatriz Dana, analizados los autos, se resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°)Cuál es la calificación legal del hecho que se tuvo por demostrado en el Veredicto precedente?

A esta cuestión la **Doctora Karina Lorena Piegari** dijo:

La **parte acusadora pública** en su alegato conclusivo exteriorizó que los hechos tenidos por comprobados en autos deben encuadrarse como **Homicidio doblemente calificado -por haber sido cometido con ensañamiento y alevosía- en los términos del art. 80 inciso 2 del Código Penal**. Luego de argumentar en relación a la concurrencia de ambas calificantes, solicitó se le aplique al acusado la **pena de reclusión perpetua, más las accesorias legales y costas.-**

Mientras que completando el bloque acusatorio, el letrado **representante de la Particular Damnificada**, al tiempo de alegar respecto de la prueba producida e incorporada al debate, definió su pretensión en los **mismos términos que lo hiciera el representante de la Vindicta Pública**, esencialmente en lo que

hace a la valoración de la prueba, al encuadre legal que a su criterio corresponde a la materialidad ilícita objeto de imputación y por ende, a la pena requerida.-

Por su parte la Defensa Oficial del encausado Cuello, en lo atinente a la presente cuestión sometida a decisión, **cuestionó la existencia de ambas calificantes**; pregonando de modo subsidiario el encuadre de la conducta típica en los términos del delito de homicidio simple, conforme los términos del art. 79 del Código Penal.-

A fin de garantizar un exhaustivo análisis de las cuestiones donde se ha cristalizado el conflicto entre las partes, propongo el análisis individual de cada una de las figuras calificantes que se encuentran en juego. Así repararé inicialmente en cuanto a la invocada por los integrantes de la Acusación, contenida en la circunstancia en la cual el **homicidio ha sido cometido con ensañamiento**, de acuerdo a los términos del art. 80 inc. 2 del C.P.-

Así para otorgarle a la presente un razonamiento prolijo y minucioso, estimo oportuno recordar que al argumentar al respecto el Sr. Agente Fiscal Dr. Ochaizpuro expresó que el ensañamiento se corresponde con la situación y ocasión de causar la muerte aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, y ello se acredita con el testimonio de la Dra. Mollo, quien se refiere con sus dichos a la importancia de los golpes y daños provocados, en franca alusión a un modo cruel de matar con el propósito de hacer sufrir a la víctima. Agregando que esto se ajusta a la personalidad y conducta de Cuello.-

Por su parte, el letrado representante de la Acusación Privada Dr. Torrens, al tiempo de alegar y considerando la presencia de tal calificante al tiempo de encuadrar legalmente el hecho de marras, puntualizó que si uno coteja el informe de autopsia a la luz del testimonio de la Dra. Mollo, la muerte de Tomás no ocurre en forma súbita sino que hay una especie de placer por lo que se está haciendo, y reclama en relación se advierta que el

menor tenía un agujero en su pantalón, golpes en toda su contextura física mas tres tremendos golpes en el cerebro, que su muerte no fue instantánea, y las lesiones se iban produciendo mientras se iba produciendo el deceso.-

Mientras que el Sr. Defensor Oficial Dr. Doyle en una denodada labor argumentativa al tiempo de alegar consideró que el ensañamiento, se refiere a un sufrimiento innecesario, a prolongar una agonía, a inferir con el accionar padecimientos previos, inclusive hasta de índole moral, y que todo esto no se relaciona con el número o cantidad de heridas proferidas para lograr el resultado muerte. Afirmó que en el caso concreto no están probados los extremos objetivos y con cita del caso "Fabián Tablado" y doctrina del Dr. Levene, pretendió reforzar sus argumentos. También se remitió al contenido del informe de autopsia efectuado por la Dra. Mollo Sartelli, y a su testimonio en el juicio, reafirmando la ausencia de la calificante del ensañamiento.-

De tal modo ha quedado delineado uno de los puntos neurálgicos del conflicto entre los rivales procesales de este juicio, que deberá ser objeto de tratamiento esencial para este pronunciamiento. De ello deviene la imperiosa necesidad de adentrarme en el análisis de la calificante invocada, en cuanto **agrava el acaecimiento del homicidio por haber sido cometido con ensañamiento**. Con el fin propuesto y como un modo certero de definir el alcance típico de la norma en consideración, vale señalar que el término "ensañamiento" proviene del latín, *insania*, y significa según el Diccionario de la Lengua Española *"deleitarse en causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse"*. Con el mismo propósito, útil resulta recordar palabras del prestigioso Francesco Carrara en cuanto ha sostenido que quien comete el homicidio con ensañamiento, resulta ser quien *"tiene como propósito hacer sentir la llegada de la muerte"*.-

Adentrándonos en la consideración propuesta, vale recordar que desde el concepto propio de la dogmática penal,

conocido como tipo objetivo en análisis se caracteriza porque el homicidio se califica por el **modo o procedimiento elegido por el sujeto activo para ocasionar la muerte de la víctima, siendo este modo absolutamente peculiar, extremo que amerita su consideración como circunstancia calificante, marcando el distingo de la figura simple y residual que contiene exclusivamente la acción típica de "matar a otro"**. Así, el inolvidable doctrinario penal Sebastián Soler, consideraba que el sentido de la agravante está dado por la circunstancia de que el **autor haya prolongado deliberadamente los padecimientos de la víctima**, satisfaciendo con ello una tendencia sádica.-

Con esa misma tónica, se ha definido el ensañamiento como un **modo cruel** de matar. Es el **propósito deliberado del autor de asesinar, haciendo padecer sufrimientos físicos innecesarios a la víctima**. Por lo tanto, mata con ensañamiento el que atormenta, el que lo hace cruelmente y el que acrecienta deliberadamente el padecimiento de la persona ofendida antes de su deceso y con daños innecesarios para la comisión del homicidio. Siendo ello posible de concebir aún cuando el sujeto pasivo no se encuentra en condiciones de defenderse, complaciéndose el autor con la agonía del otro, alargándola.-

Desde el **aspecto objetivo**, la doctrina penal unánimemente ha concluido afirmando que la figura típica exige un doble resultado. Por un lado, **la muerte**, y por el otro, el **dolor excesivo e innecesario (tanto físicos como psíquicos) que se le provoca a la víctima para obtener ese fin**. De modo tal, es que se exige en términos de la tipicidad objetiva que la agonía de la víctima signifique un **padecimiento extraordinario e innecesario para el caso concreto**, ya sea por el dolor que se hace experimentar o por su prolongación.-

Ahora bien, claramente **se ha concluido que ese padecimiento innecesario y extraordinario no ocurre cuando el sufrimiento es la propia consecuencia del medio empleado**, o no lo percibe el damnificado debido a su estado de inconsciencia. En

este sentido, Ricardo Nuñez ha afirmado que no implica ensañamiento en el daño inferido si ello no se traduce en padecimientos para el sujeto pasivo. Con el mismo alcance, se ha afirmado que el **número y la gravedad de los golpes sólo demuestran, en principio, la decisión de asegurar la muerte. De modo tal que, no se configura el ensañamiento por la simple repetición de las heridas, tampoco cuando la muerte fue rápida, tormentosa y de modo inmediato.** En suma, el número de heridas no es lo que define la cuestión, tampoco su extensión, sino el "modo" de ellas. Se alerta desde la doctrina penal con la necesidad de evitar la confusión con la ferocidad alocada o brutal de un momento emotivo (ataque feroz) provocado por la pasión o por el odio, confusión en la que en un tiempo era corriente caer. Frente a esa ferocidad, el **ensañamiento es una refinada crueldad que puede prolongarse durante horas, hasta que la muerte se adelante al poderoso deseo malvado del autor de continuar matando.** (cita Homicidios agravados- Autor: Omar Breglia Arias- Editorial: Astrea- Año 2009- Página 132/133).-

En principio, el ensañamiento aparece como un modo de **doble resultado: el dolor y la muerte.** Por eso la relevancia del doble resultado aparece como un **plus de antijuridicidad** basado en un supuesto de **desvalor del resultado.** Tal requisito sin embargo, **no se da cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado por el asesino, sin finalidad última en la producción del sufrimiento.** Por eso se explica, en el ensañamiento, la circunstancia de que el dolor sea buscado, deliberado, radicando ahí mismo la faz subjetiva de la conducta homicida.-

Así definido el elemento objetivo del tipo penal cuya aplicación pregonan los Acusadores -tanto el público como el privado- y antes de avanzar en la consideración del elemento subjetivo propio del tipo penal en análisis, se impone determinar si el caso de marras reúne las exigencias objetivas típicas para avizorar su aplicación. En este sentido, debo principiar por definir

que el bloque acusador ha perfilado su pretensión desde los hallazgos obtenidos en el cuerpo de la víctima que han sido revelados en la operación de autopsia y las fotografías que las ilustran lucientes a fs. 254/264 y como modo reafirmatorio a su contenido se han nutrido de lo manifestado en la audiencia de debate por la perito médica Dra. Mirta Mollo Sartelli, interviniente en la necropsia, elementos probatorios que le permitieron a los Acusadores de esta contienda procesal concluir que la muerte de la víctima de autos se ha producido de un "modo cruel y prolongado".-

Así a la luz de esas dos probanzas, que son justamente las que en su esencia traducen certeza respecto de cuál ha sido el mecanismo físico-volitivo desplegado por el autor en la causación de la muerte, permitiéndonos describir a partir de hallazgos científicos los momentos previos al deceso padecidos por la víctima. En este crucial aspecto me permito recordar los dichos vertidos en la audiencia de debate por la **Dra. Mollo**, médica forense que ha realizado la **operación de autopsia** y producido el correspondiente **informe que luce agregado a fs. 254/264** (el que fuera incluído al debate mediante su lectura), en la mentada oportunidad la mencionada, señaló que el deceso de la víctima ha sido causado por la existencia de politraumatismos con traumatismo cráneo encefálico severo, presentando múltiples fracturas craneanas bilaterales, signos óseos macroscópicos de fractura de base de cráneo de fosas anterior, media y posterior. Lo que ha permitido determinar, a pesar del hallazgo del cerebro colicuado por el proceso putrefactivo en curso, que ha existido daño neurológico, hemorragias subaracnoideas o intraparanquimatosas asociadas a los traumas que han originado las fracturas craneanas descriptas. Más allá de la descripción de otras lesiones halladas en el resto del cuerpo de carácter vital, registró otras en el dorso del tórax y en zona lumbar (las cuales podrían corresponder a lesiones de arrastre) y más la hallada en antebrazo derecho presentando todas ellas escaso infiltrado hemático con rotura capilar mínima, traductoras de signos agónicos de la víctima. Así dijo que del exámen de las

lesiones halladas se infiere válidamente que el ataque ha durado segundos, lo definió como un tiempo breve que dura la proyección de una lesión sucesiva tras la otra. Los golpes fueron sucesivos, ello se determina porque tenían el mismo tiempo cronológico de producción. Respecto del tiempo de producción de la muerte, dijo un trauma severo en el cráneo que produce lesiones cerebrales, y más allá que el tejido cerebral estaba en período putrefactivo, no dudó al afirmar que ese trauma originó una lesión encefálica y que ésta produce en forma súbita un colapso de tipo circulatorio, de modo tal que por distintos mecanismos esa persona va a desmayarse o a entrar en shock, **es una cuestión de segundos que desencadena en la muerte** y en este caso en particular con semejantes fracturas con hundimiento y en forma multifragmentaria, es obvio que se ha producido un desvanecimiento. Aludió que la incontinenia de orina hallada es perimortal, es decir se produjo en el proceso agónico de la muerte. Al ser interrogada respecto de la inmediatez de la muerte, dijo que teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones en una persona de nueve años, con una estructura física acorde a su edad biológica, y habiendo sido detectado el traumatismo cráneo encefálico severo, con fracturas cráneo-encefálicas más que importantes, con fracturas de las tres fosas craneales, las que han llevado indiscutiblemente a pensar y a razonar lógicamente que ha tenido lesiones cerebrales, concluyó que "tranquilamente se puede deducir que la **agonía se produjo en breve lapso**, porque las lesiones perimortales y las que se produjeron en el **arrastre han sido de un tiempo de agonía breve**. Al mismo tiempo que definió el período perimortal, como aquel que se ubica inmediatamente o durante la muerte, caracterizado por la baja frecuencia respiratoria y leve bombeo cardíaco, con escaso llenado del tejido capilar. La perito afirmó que la producción lesiva fue una sucesión inmediata de los tres golpes detectados en el cráneo, que una de las rodillas tenía lesión excoriativa, que demuestra como posible que *"la personita se haya caído o haya estado arrodillado, por lo menos"*, además indicó que el jean que

vestía, tenía una mancha que era símil tierra, que confirma su afirmación. Concluyó, afirmando como probable que en la sucesión inmediata de los tres golpes aplicados en el cráneo, el último se haya producido cuando el cuerpo de la víctima estaba en el piso, en ese escenario afirma que inmediatamente fue arrastrado también. Dijo que se trata de un *"proceso dinámico en el cual una persona en frente de otra, una intenta defenderse, la otra ataca y es una sucesión cronológica, una cuestión de minutos, no es mucho el tiempo que precisó el agresor teniendo en cuenta las lesiones y la contextura del agredido"*. Puntualizó, que puede ser que en la dinámica el cuerpo se haya lateralizado, posiblemente haya caído en el último trauma y desde esa posición haya sido arrastrado. A preguntas de la Defensa, concluyó que el cuerpo fue golpeado en el piso durante el período agónico, de ahí la existencia de lesiones halladas como producidas en el período perimortal.-

Así de los hallazgos detectados en la operación de autopsia y del testimonio brindado por la Dra. Mollo, se advierte que la entidad brutal de los golpes aplicados a la víctima por el agresor, con el resultante de la causación de las lesiones descriptas, sumado a la entidad letal de las producidas en el cráneo, han derivado con inmediatez en el lamentable desenlace. La secuencia fáctica del acontecer acreditado, indudablemente obtura la aplicación de la agravante caracterizada por el ensañamiento como modo comisivo del homicidio, toda vez que al atenerse a las expresiones vertidas por la médica forense de acuerdo a la interpretación científica de los hallazgos detectados en el cuerpo del occiso, se ha determinado que la agresión ha sido súbita, que los golpes letales han sido sucesivos y se han producido en un breve lapso temporal, derivando de modo inmediato en el lamentable final. En consecuencia, dado el cuadro fáctico acreditado se advierte que el despliegue lesivo y agresor ha sido breve y efectivo en la producción del resultado. En tal contexto, no existe ni siquiera un dato objetivo para afirmar que hubo por parte del autor la realización de actos innecesarios para la concreción de la muerte

que tuvieran entidad tal para generar sufrimiento autónomo y deliberado que excediera la pretendida muerte, exigencias esenciales del tipo penal agravado que pregona la Acusación. De modo tal que, el **número y la gravedad de los golpes aplicados en el niño víctima, han demostrado la clara decisión del autor de asegurar la muerte** en base a las características del elemento empleado para su provocación, así como al modo efectivo de su empleo. En tanto del escenario fáctico reconstruido a consecuencia del contacto directo con la prueba producida e incorporada al debate, surge que la muerte de la víctima ha sobrevenido **de manera rápida, súbita e inmediatamente después del despliegue agresor, el cual también ha sido breve, conforme lo afirmó la Dra. Mollo**. Por el contrario a la exigencia típica de la figura agravada, se ha acreditado un rápido acaecimiento fáctico, caracterizado por la letalidad de los tres golpes sucesivos e inmediatos aplicados en el cráneo más las lesiones de arrastre perimortales. Del devenir propio del debate tampoco se ha acreditado en autos, la existencia del deseo por parte del autor de prolongar la llegada de la muerte de su víctima ("ese continuar matando" que siempre simboliza la doctrina a la hora de definir las exigencias típicas de la calificante en análisis). Repárese que las exigencias típicas de la agravante del ensañamiento requieren justamente que el autor actúe de un modo sereno, a sangre fría, trata de matar lentamente pues él justamente se complace en la agonía, alargándola; una suerte de razonada y refinada maldad caracteriza el ensañamiento en términos jurídicos. El asesino goza en su obra; puede matar de un solo golpe y no lo hace; primero una lesión leve; luego otra más grave, después una mutilación; cada sufrimiento, cada quejido, es para él un estímulo para seguir adelante, pero con cierto cuidado para no acabar pronto (cita de obra aludida autoría de Omar Breglia Arias).-

Aquí y en el particular es donde nos adentramos, en el ámbito propio del tipo subjetivo de la calificante en análisis, así la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes al afirmar que el

exceso cruel debe estar representado subjetivamente, como un **fin específico y autónomo, orientado a la producción de sufrimientos en la víctima**. De forma tal que, el tipo subjetivo está compuesto por el dolo de matar, común a todas las formas del homicidio y por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios, mayores que los propios de la muerte y de acuerdo al medio utilizado. Así López Bolado, afirma que al ánimo de dar muerte se le une un elemento subjetivo independiente que es el propósito de hacerlo en forma cruel y perversa. Soler asevera que la calificante del ensañamiento en el delito de homicidio se produce cuando, además de existir en el autor una clara voluntad destinada a causar la muerte, se procura aumentar el sufrimiento de la víctima. Ripollés afirma que esta circunstancia tiene una naturaleza predominantemente subjetiva, por lo que no es suficiente la objetividad del dolor sufrido por la víctima, sino que debe coordinarse con la intención concreta de quien lo produce. Esta modalidad requiere dolo directo, que consiste en aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria. En sintonía con lo señalado, ha sostenido el Superior Tribunal Provincial *"...Para que medie ensañamiento el autor debe haber sido guiado por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios en la ejecución del homicidio. A los fines del art. 80, inc. 2º del Cód. Penal, el modo de comisión del homicidio no puede por sí solo perfeccionar la calificante en cuestión; debe confluir para ello el elemento subjetivo..."* (SCBA, 26/7/94, P- 46104 *juba*).- (citas de la obra Código Penal y normas complementarias- Autores: David Baigún y Eugenio Zaffaroni- Editorial: Hammurabi- José Luis de Palma- editor- Año 2007- pág. 160 yss.).-

A la luz de las exigencias legales que delimitan el contenido del tipo subjetivo, se advierte que el pretensor bloque acusador de este proceso, no ha logrado acreditar fehacientemente en autos que el autor del lamentable suceso de marras, haya estado dominado en su obrar por un componente doloso -concretamente en su dosis justa de dolo directo- que más allá del conocimiento

efectivo y el fin directo y volitivo respecto de la muerte (tramo parcial que sí ha sido acreditado en autos) el mismo hubiera trascendido hasta pretender aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria para lograr su muerte.-

Consecuentemente y de acuerdo a todo lo que ha sido razonado hasta el momento, se impone **el rechazo de la pretensión de la parte Acusadora, dada la ausencia de acreditación fehaciente de los elementos objetivos y subjetivos exigidos para la aplicación de la calificante propiciada y conocida como ensañamiento.-**

Antes de concluir este análisis propuesto, y dadas las particularidades de esta historia que me toca conocer y reconstruir en la labor judicial que encarno en este pronunciamiento junto a mis colegas integrantes de este acuerdo, y dada la publicidad propia de los actos del juicio oral vigente en nuestro sistema procedimental de la Provincia de Buenos Aires, resultan ser circunstancias que derivan en la necesidad de aclarar ciertas cuestiones. La primera está vinculada a la esencia propia de la **actividad jurisdiccional**, la cual -en casos como el de autos- se consagra plenamente válida luego de concluído el debate oral, oportunidad exclusiva donde convergen las partes contrincantes del proceso acusatorio en la producción de probanzas, ya sea las de naturaleza testimonial como las que han ingresado por su lectura en virtud del acuerdo de partes. Con la finalidad de graficar la actividad jurisdiccional, alguna que otra vez lo he manifestado en ocasión de fundar otros pronunciamientos, graficando que todo elemento de prueba, en alguna medida, produce en el juez alguna creencia o alguna duda, la conclusión debe formarse como una escultura, no sólo por su impronta representativa y la solidez de su cuerpo, sino más bien por la prudencia de las manos del escultor que, moldeando, va eliminando del material utilizado los desechos, hasta formar una figura que por la fuerza de sus expresiones, seduce y convence al observador sobre su aparente realidad. Del mismo modo, el juez habrá de desechar las circunstancias inverosímiles, equívocas o no

probadas, y conservar aquel material que, luego de verificado objetiva y razonablemente, resulte digno de fe y convicción, sustentando su resolución en dichas pruebas, mediante la producción de los razonamientos que lo condujeron a tal decisión, a fin de que la ciudadanía observe tal resultado, sintiéndose seducida y convencida de la misma forma que los observadores de la escultura, con la diferencia de que en el primer caso el ciudadano se siente gozoso frente a la estética, mientras aquí se persuade de la justicia plasmada en el caso concreto, y con ello percibe y estimula la seguridad jurídica necesaria para la pacífica coexistencia social.-

Definida de modo metafórico la actividad jurisdiccional, y dejando en claro que el dictado de la sentencia es la actividad jurisdiccional por excelencia que realiza un juez, y que la misma es el producto de la "impregnación" que ha tenido el juez respecto de todas aquellas probanzas reunidas en el proceso y luego de tamizarlas por el sistema de valoración vigente conocido como sana crítica racional, logra reconstruir el acaemiento fáctico de un suceso determinado, el que resulta lesivo de un bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento legal vigente, extremo que habilita el juicio de reproche penal al autor por parte del Estado en ejercicio del poder punitivo, es decir la imposición de una pena a quien resulta autor penalmente responsable del hecho en juzgamiento que constituye un delito. En suma, el dictado de la sentencia, importa la clara individualización de la norma penal de alcance general al caso concreto.-

En esa tarea de la individualización normativa al caso particular sometido a jurisdicción, se trabaja con herramientas técnico-jurídicas las que están preestablecidas con una clara intención de reglamentar la actividad en pos de la seguridad jurídica, extremo que garantiza el Estado a cualquiera de sus ciudadanos. La mentada seguridad jurídica también está asegurada a partir de la fundamentación que deben contener los actos propios del Estado republicano de gobierno, y en el caso de la actividad jurisdiccional mediante la exigencia de la fundamentación de las

decisiones, extremo que las aleja de la temida e indeseable arbitrariedad.-

De tal manera y quizás excediéndome respecto de aquello que resulta materia propia de este pronunciamiento, sin desconocer la repercusión social que ha tenido el hecho en juzgamiento y a la luz de la improcedencia de la calificante del ensañamiento que he concluído precedentemente; se torna absolutamente necesario, oportuno y atinado señalar que el término ensañamiento posee diverso contenido según se adopte su expresión vulgar o su expresión técnica jurídico penal. Siendo esta última la que define la aplicación de la agravante invocada por el Sr. Agente Fiscal y el letrado representante del particular damnificado. La circunstancia agravatoria conocida como ensañamiento se ha construido en su significado mediante una larga elaboración doctrinal, por la que resulta distinto del significado de la palabra "ensañamiento" en su uso común, por tal razón es que esto merece ser resaltado: en tanto este último tiene un contenido menos estricto. Repárese que muchas son las formas del ensañamiento en general, pero la del Código Penal, posee ciertos caracteres que la distinguen del ensañamiento en sentido vulgar. Cuando se habla de ensañamiento en general, se trata de una manera cruel de actuar, pero no como ocurre en el ensañamiento de este artículo del Código Penal, que ha sido bien referido, primero, por la expresión "*hacer sentir la venida de la muerte*" y después por la fórmula, más amplia, de "*actos innecesarios para matar*". El "ensañamiento" de este artículo 80 inc. 2º, exige "*hacer sentir la venida de la muerte*", expresión que la doctrina penal ha reemplazado por la conveniencia de la acuñada y más comprensiva expresión que reza "*hechos innecesarios para matar*". En consecuencia, vale aclarar para todos aquellos ciudadanos legos, que de un modo u otro conozcan los términos de este pronunciamiento judicial, que todos aquellos actos salvajes realizados para matar a otra persona, no son ensañamiento, sino lo son sólo aquellos motivados, exclusivamente, por una intención cruel, que se expresa en la búsqueda del dolor de la

víctima, no ya en la muerte, sino en ese padecimiento. Tal alcance es conveniente tenerlo en claro más allá de lo reprochable e incomprensible que pueda resultar ante la naturaleza humana la acción de dar muerte a un niño.-

Prosiguiendo con este pronunciamiento y en orden a la consideración de la **segunda calificante que sostuvieron los Acusadores de este proceso, en los términos del art. 80 inc. 2 del C.P. conocida como alevosía**, adujo el Sr. Agente Fiscal actuante que la misma se abastece con el empleo de medios o modo o forma que tienen a asegurar el resultado, sabiendo que no se corre riesgo, actuar sobre seguro. Y alude al estado de indefensión relativa según opinión de la doctrina y destaca en relación la importancia del testimonio de la Dra. Mollo, cuando afirma que es imposible que la defensa de la víctima hubiese sido efectiva, dada la diferencia corporal y de edad entre víctima y victimario. Agregando que Cuello sabía que actuaba sobre seguro y que iba a conseguir el resultado; que esta conducta no fue imprevista o intempestiva, que el iter criminis se inicia 15 o 20 días antes de la ocurrencia del ilícito.-

Por su parte, el letrado representante de la Particular Damnificada invoca al Dr. Arias Gauna, a fin de definir el concepto de alevosía, destacando que Tomás tenía nueve años de edad, pánico y temor reverencial hacia Cuello, que a Cuello no le costó mucho subir a Tomás al auto, por el temor, por el miedo no hizo falta energía física, la sola mirada sin dudas hizo que el niño subiera al vehículo. Y agrega que el dolo alevoso de matar con ensañamiento está probado.-

En el otro extremo de la contienda y en orden a la restante calificante, la **alevosía**, el Defensor Oficial destacó que la figura tiene varios elementos y no es siempre el actuar sobre seguro ni el simple aprovechamiento, sino que debe acreditarse un aprovechamiento insidioso del estado de indefensión de la víctima; adunando que la doctrina resulta ser pacífica en relación -invocando por caso la obra del Dr. Creus-, admitiendo no obstante la

coexistencia de fallos encontrados en jurisprudencia. Y en referencia a esta última, invoca contenidos que aluden a que no se da "por el solo hecho de la edad", resaltando que el estado natural de indefensión no alcanza por sí solo para configurar alevosía, coligiendo en que "una condición de la víctima no puede ser elemento subjetivo del autor" y concluyó en la necesidad de probar ambas cuestiones.-

Delimitado el objeto del conflicto entre las partes, debo avanzar en la meritación propuesta, y a los fines de abordar el análisis de la calificante de **alevosía** propugnada por ambos acusadores -tanto público como privado-, creo conveniente citar en primer término, lo estudiado por la doctrina más calificada. Sostiene Creus (Derecho Penal, Parte Especial, T.I) en opinión que comparto que: *"la antigua fórmula española, que nuestros autores recuerdan: "obrar a traición y sobre seguro", describe con bastante precisión los alcances de la alevosía en nuestro derecho, si es que por "traición" se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y "sobre seguro" la intención del agente de obrar sin riesgos para sí. Esta descripción nos permite acceder a las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía".-*

Entiendo entonces que objetivamente, es necesario que la víctima se encuentre en situación de indefensión, que le impida oponer resistencia que se transforme en un riesgo para el agente. No es indispensable, pues, la total ausencia de resistencia, sino que la **alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia, mínimamente riesgosa para el ofensor**, procedente de la actividad de la víctima misma o de terceros que deban o puedan oponerse a la acción. La situación de indefensión del niño víctima de autos -Tomás Dameno Santillán- ha quedado plenamente comprobada en el *sub-lite*, conforme la prueba merituada en el Veredicto (ver **informe de autopsia y fotografías de fs. 254/264 -idem 162/167vta. y CD reservado en Secretaría de este órgano jurisdiccional -según desglose de fs. 709vta. y que ha estado glosado oportunamente a fs. 263)**), resumiendo ello surge de la

conjunción del despliegue violento y brutal del autor, el arma empleada y su modo efectivo de empleo.-

Avanzando en la consideración, debo decir que a la luz de todo lo que ha surgido acreditado del acaecimiento fáctico de este lamentable y trágico suceso que nos convoca a pronunciarnos jurisdiccionalmente en esta ocasión, diáfananamente se advierte que la indefensión de la víctima de autos, se plasma también en un dato que resulta más que elocuente, el mismo emana nítida e incuestionablemente del **dato objetivo de la edad que tenía la víctima al momento de padecer el triste final de su vida**. Aquí relevante resulta considerar que al estar con el contenido de la **documental glosada a fs. 294/299 (incluída al debate mediante su lectura), donde luce copia del D.N.I. de la víctima y certificado de defunción**, y de los mismos surge que Tomás Dameno Santillán al tiempo del suceso de marras poseía nueve años de edad. Extremo fáctico y objetivo que demuestra que la víctima de autos era un niño, y con ello deviene cristalizada la indefensión propia de su corta edad, junto a la propia inmadurez psíquica que tiene cualquier niño de esa edad, en cuanto indudablemente eleva su nivel de indefensión dada la mayor vulnerabilidad que lo atañe por su condición de menor de edad.-

En un acabado análisis del cuadro fáctico que ha rodeado el lamentable suceso acreditado en el veredicto, se impone meritar que la edad del menor víctima de autos en conjunción con la valoración de la edad del victimario, evidencia un claro cuadro de situación donde el agresor resulta ser un hombre adulto, de estatura de 1,80mts., de 70kgrs. de peso **-ver informe médico luciente a fs. 611/612 y fotografías que lo ilustran obrantes a fs. 613/619-piezas incluídas al debate mediante su lectura y practicado por el Dr. Luis María Rosas perito forense de la Oficina Pericial Departamental-**, mientras que la víctima poseía por entonces un desarrollo físico acorde a su edad -definido con una estatura de 1,30mts. y un pesaje de 30 a 35kgrs. ello tal como surge del **protocolo de autopsia luciente a fs. 254/264-**. De la plena

acreditación de tales datos objetivos que emanan de las probanzas reseñadas en tanto demuestran la superioridad física del agresor sobre su víctima, circunstancias que reafirman la existencia de las exigencia legales típicas en tratamiento, tal es el caso de la indefensión de la víctima y el obrar sobre seguro del agresor en claro aprovechamiento de esta indefensión del niño.-

Hay otro dato más que se impone en el ámbito justo y equitativo de la meritación de las probanzas que convergen en el crisol convictivo de este pronunciamiento, así junto a la corta edad de la víctima, la superioridad física y psíquica del agresor dada su condición de adulto en el fatal binomio, se impone valorar que a la luz de todo lo que ha sido acreditado en autos -tal es el caso de los **testimonios de Susana Leonor Santillán, Maricel Patricia Santillán, Guillermo Anibal Santillán, Carla Dalila Santillán, Santos Alfredo Lennon y Walter Daniel Barbieri, así como de la declaración del propio procesado-** que hasta escaso tiempo previo (tres meses estimativamente) el encausado de autos -Adalberto Cuello- convivía con la víctima de autos Tomás Dameno Santillán, toda vez que aquel resultaba ser pareja conviviente de la madre del menor y con quien además poseía un hijo en común. Que luego de cesada esa convivencia en el mes de agosto de 2011 (tres meses antes del triste final), durante la separación conflictiva que mantuvo Susana Leonor Santillán con el imputado de autos, pautaron un régimen de visitas del encausado Cuello con su hijo Juan Martín. Tal cuadro de situación descripto, demuestra indudablemente que el agresor era una persona del entorno familiar de la víctima, que además de ser el padre de su medio hermano, hasta hacía muy poco tiempo convivía con él, siendo en tales circunstancias el imputado uno de los adultos "encargados de su crianza", repárese en los dichos de Susana Leonor Santillán en tanto afirmó que durante la convivencia Cuello, intervenía en la educación del niño Tomás, narrando episodios concretos vinculados a la alimentación del niño, la recreación del mismo entre otros; dada la pertinencia que atesora me permito citar textualmente dichos del mencionado Cuello en

tanto dijo en oportunidad de ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio -en los términos del 308 del C.P.P.- "...no sé si lo retaba, sólo le enseñaba...". También por ser el encausado una de las personas cercanas al niño, es que le había realizado regalos -repárese en el caso de la mencionada Play Station, aludida por la mencionada madre del niño y por el mismo **Cuello** en su declaración brindada en los términos del **art. 308 del C.P.P. documentada a fs. 178/179vta. incorporada por lectura al debate**. Tal era la familiaridad que el encausado demostraba en el menor Tomás que ello trasuntaba su propia relación, repárese en los dichos de su primo Santos Alfredo Lennon, quien al tiempo de testimoniar en la audiencia de debate, cada vez que se refería al encausado de autos lo nombraba "Adal", lo cual demuestra familiaridad en el modo coloquial empleado para nombrarlo.-

Ahora bien, en ese contexto de convivencia recientemente cesada, con componentes propios de la familiaridad que la misma impone, aparecen ciertos componentes objetivos que terminan de definir la fisonomía del vínculo que unía al niño con su agresor. Tales componentes emergen de las probanzas reunidas en autos, tal es el caso del relato del mencionado **Santos Lennon**, quien en la audiencia de debate dijo "*..Tomy le tenía miedo a "Adal" lo veía y le dolía la panza,... le daban ganas de hacer pis..*". Por su parte, **Diana Elizabeth Eder**, persona que le alquilaba una habitación a la madre de Tomás y donde vivía ésta junto al infortunado y el restante hijo, luego de haberse separado del encausado de autos, indicó que ella cuidaba a Tomás y su hermanito mientras Leonor (la madre) trabajaba, así ella recibía a Tomás cuando venía de la escuela y le daba de comer señalando que cada vez que Cuello venía a retirar a su hijo Juan Martín a su casa Tomás se atemorizaba y se ocultaba tras la cortinas de la casa, y cada vez que aquel retiraba al bebé Juan Martín, Tomás se inquietaba esperando el horario de regreso. Este último extremo también fue corroborado por la madre de ambos menores (**Susana Leonor Santillán**), en tanto dijo que cuando Cuello se llevaba a Juan

Martín, Tomás se quedaba preocupado, ya que tenía miedo que le hiciera algo o no lo devolviera.-

También se ha acreditado en autos, que el día **viernes inmediato anterior al evento de marras** (11/11/11), en circunstancias bajo las cuales el infortunado Tomás salía del colegio emprendiendo camino de regreso como habitualmente lo hacía en compañía de su primo Santos Lennon, ocasión en la que fueron amedrentados por unos chicos que se encontraban en el lugar, lograron refugiarse con una persona adulta que encontraron en el trayecto (a quien Santos Lennon identificó como un albañil), y que mientras estaban siendo contenidos por ese adulto, se **aproximó Cuello en su camioneta y se ofreció a llevarlos. Concretando el traslado** con Santos -a quien dejó en el lugar de trabajo de su madre- y con Tomás -a quien dejó en su casa- tal como lo refirieran el menor **Santos Lennon como su madre Patricia Santillán y la testigo Diana Eder**. Dicho acontecer fáctico ha sido reconocido por el propio encausado al momento de prestar **declaración en los términos del art. 308 del C.P.P.**, pieza documental que luce agregada a fs. **178/179vta.** y que ha sido **incluída al debate mediante su lectura.-**

En suma, con lo dicho claramente se advierte que esa relación de familiaridad y de sujeción propia de la crianza que puede tener un niño de escasos nueve años de vida, posee notas salientes que demuestran una significativa dosis de temor y hasta sumisión que el niño mostraba frente a Cuello. Tales particularidades resultan de su conjunción, generando un terreno propicio para comprender **por qué la víctima de autos -Tomás- ingresó al vehículo Fiat Palio Weekend dominio KNN 919** -tal como objetiva y científicamente lo demuestra la **pericia de ADN obrante a fs. 584/596 incluída al debate mediante su lectura.-** Así en el veredicto antecesor del presente se ha acreditado fehacientemente conforme la prueba resultante del debate que en el vehículo en cuestión **han estado presentes el infortunado Tomás Dameno Santillán y el encausado Cuello momentos previos al**

deceso del primero, todo ello conforme surge de los testimonios de **María Inés Marquez, de Gustavo Kevin Gómez Mena, de Laura Brou** que acreditan la presencia de Cuello en el rodado aludido en la franja horaria que va desde las 12hs. a las 12,40hs. del día 15/11/11. Tales datos objetivos emanados de las probanzas analizadas logran resignificarse convictivamente al momento de su conjunción con la **data de la muerte** que se establece en la **operación de autopsia** practicada en el cadáver de occiso, donde la **estimación temporal** allí efectuada comprende el tiempo de la **desaparición del niño** y el lapso temporal en el cual **Adalberto Cuello se movilizó** en el mentado **vehículo donde se hallaron rastros de ADN de la víctima de autos.-**

Avanzando en la consideración de la figura típica en análisis, se impone señalar que conforme pacífica doctrina penal así lo sostiene la indefensión de la víctima no basta por sí sola para que se configure la alevosía; ésta plantea una **exigencia subjetiva: el autor debe querer "obrar sobre seguro"**, esto es, obrar sin el riesgo que puede implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a oponerse a su acción, ahí es donde cobra relevancia el contenido del **acta de procedimiento policial de fs. 112/vta. - pieza incluída al debate mediante su lectura-** en tanto demuestra que tras la búsqueda desesperada del niño desaparecido Tomás Dameno Santillán, el día 17 del mes de noviembre del año 2011, siendo las dieciocho horas con treinta minutos (18:30hs.), el titular de la policía distrital de Lincoln Comisario Inspector José Iván Malvassora recibe un llamado telefónico del coordinador de Defensa Civil de Lincoln, Fernando Esnaola, informando que en un campo llamado "La Vieja", ubicado en un camino vecinal, pasando la planta recicladora ubicada en ruta provincial 50 de ese medio, efectuando un rastrillaje asignado, personal actuante había constatado dentro de dicho campo, tirado un cuerpo de un menor de edad con las vestimentas y características similares a las del menor desaparecido. Así personal policial alertado se dirige al sitio, transitando por la prolongación de la avenida Maipú, por el lapso de

unos dos kilómetros aproximadamente, llegando a la ruta provincial 50, de ahí se procede a bajar a una calle de tierra, y tras transitar unos doscientos metros, doblando unos sesenta metros, se arriba al lugar, donde ya se hallaban personas de defensa civil, donde se constata la existencia de un cuerpo y se da intervención a Policía Científica.- También se documenta en dicha pieza procesal que el personal policial actuante mantiene entrevista con el coordinador de defensa civil identificado como Esnaola Fernando, quien se hallaba junto a sus colaboradores Roldán Marcela, Accardi Sergio Daniel, Neiman Marcos Daniel y López Luciano Javier. En tal oportunidad se indica preservación del lugar del hallazgo, se comunica al Fiscal actuante -Dr. Ochoaizpuro- a quien se lo interioriza de lo actuado, reforzando con nuevas medidas tendientes a la preservación del lugar del hallazgo del cuerpo. Consagrándose de tal modo la entrega del lugar del hecho debidamente preservado por parte de personal policial preventor al Ministerio Público Fiscal y Policía Científica.-

De tal forma, la pieza documental aludida refleja las **condiciones en las cuáles se encontró el cuerpo del infortunado Tomás Dameno Santillán, así como de las particularidades de la escena donde aconteciera el episodio caracterizada por la lejanía de lugares poblados y tránsito nulo de personas.** Contribuye probatoriamente, dando cuenta de idénticos extremos el testimonio de **Sergio Daniel Accardi**, quien al tiempo de la audiencia de debate de un modo más que elocuente, expresó haber sido en la ocasión colaborador de Defensa Civil, indicando que como se estaba trabajando con tantos rastrillajes simultáneos no tenían más vehículos, entonces puso a disposición de la institución su camioneta, puntualizando que intervino en la búsqueda desde el día 15 y durante 48 horas. Afirmó, que el día 17 habían hecho una búsqueda por la mañana en un sector que se llama "Laguna del chancho" y no habíamos encontrado nada. A la tarde del mismo día, Defensa Civil diagrama un mapa y lo asignan en el rastrillaje una zona que -por entonces- desconocía. Su compañero le indicó la

zona y fueron a rastrillar un canal, dejando la camioneta y dividiéndose en dos grupos de dos personas, dirigiéndose en direcciones opuestas. Puntualizó, que luego de recorrer el canal con su compañero (Luciano López) se acercan a una tranquera e ingresan a un campito donde encuentran al niño. Describió que su compañero ingresó dentro del campo para ir a ver un molino que estaba atrás con unas plantas de caña, mientras él se quedó en la tranquera porque venían dos personas que andaban a caballo, que pasaban, y a quienes les mostró una foto preguntándoles si no habían visto a un chiquito que se había perdido, sin que las personas pudieran aportar datos. Afirmó que mientras estaba en la tranquera (fuera del predio) percibió un fuerte olor que lo invadió, a pesar que en esas 48 horas habían sentido muchos olores porque andaban por *"lugares complicados"*. Indicó que cuando regresa su compañero y le dijo "en el tanque no hay nada" entonces él le refirió haber sentido ese fuerte olor, a lo cual se compañero completa afirmando haber tenido la misma percepción cuando regresaba de la búsqueda en el molino. Entonces llaman a los otros chicos que salen del canal y deciden rastrillar el campito -del mismo modo que lo hacían siempre- dividiéndose en sectores. Afirmó, que ese terreno en la zona de la tranquera tenía el pasto muy cortadito, eran unos 40 o 50 metros, sobre el otro extremo tenía sembrado soja *"que estaba bajita"* y entre ambos sectores había un montecito de pastos de unos 40 cm. o 50 cm. aproximados de altura. Así, decidieron entrar al campito y se desparramaron cada cinco metros y empezaron la búsqueda y de ese modo dieron con "el cuerpito de Tomás", que estaba en el extremo opuesto del montecito en relación a la tranquera, el cuerpo estaba a unos 30 o 40 metros del camino real entrando por el alambrado perimetral de tres hilos y no por la tranquera que era más distante. Indicó que la zona donde estaba el cuerpo estaba llena de plantas, sector al que son atraídos por el olor a putrefacción y ahí es donde dijo *"veo a Tomasito que estaba tirado atrás de la planta, una plantita bajita, que me parece que era de mora.."*. Concluyó que el lugar donde fue

hallado el cuerpo dista a unos cuatro kilómetros del casco urbano, que cerca del campo pasa el canal, más adelante está la ruta que va a El Triunfo, la planta de reciclado, indicando que es toda zona rural. Ante preguntas concretas de la Fiscalía respondió que el campo donde hallaron a Tomás tenía un cartel identificador que decía "La Vieja", que desde la tranquera del mismo hay unos 100 metros al canal y 300 o 400 mts. a la ruta que va al Triunfo. Luego interrogado respecto de la posición del cuerpo del niño, respondió que él se quedó a un metro del cuerpo garantizando que nadie pudiera alterar la escena del crimen. Ahí -en el lugar- advirtió que el niño tenía un golpe muy terrible en la cabeza, cuyo lateral derecho lucía apoyado sobre la tierra mientras que el izquierdo estaba hacia arriba, la "*pancita*" también estaba hacia arriba, las piernas de costado, como retorcido, como si tuviera el cuello o la columna quebrada, la "*carita*" la tenía hinchada por el tiempo que estaba así. Tenía la "*remerita levantada, la pancita muy hinchada, se veía mucha brutalidad, un golpe tremendo, muy hundido el lado izquierdo de la cabeza y tenía una pierna levantada media encogida y una pierna montada sobre la otra pero de costado, se veía muy hinchado, muy moreteado, inflado y con esa hendidura en la cabeza*". Dijo haber sido el único que estuvo ahí, que no se acercó nadie hasta que llegó el Sr. Fiscal. Que en el lugar estaba sólo el cuerpo del nene, dijo no haber visto otros rastros en la escena. Concluyó que su intervención cesó cuando vino el Comisario.-

Consecuentemente, tal como lo adelantara el relato de Accardi, dotado de una inigualable descripción narrativa logra reconstruir las condiciones del hallazgo de cuerpo de la víctima de autos, así como las particularidades del lugar donde aconteciera el evento de marras. A cuya valoración debe adicionarse la correspondiente a las manifestaciones del **Licenciado en Criminalística Alejandro Doro**, y por la médica forense y autopsiante en autos **Dra. Mirta Mollo Sartelli**, ambos pertenecientes al Instituto de Investigación Criminal y Ciencias

Forenses Norte del la Procuración General de la S.C.J.B.A., quienes luego de analizar la escena del hallazgo y concretar la autopsia respectiva concluyeron que **el niño había sido ultimado en el lugar donde fue hallado el cuerpo**, ello sin perjuicio de reconocer -ambos expertos- que el cadáver del mismo había sido arrastrado por escasos metros tal como se determinó por el corrimiento de las prendas y las huellas de arrastre por la tierra que tenían las mismas, habiéndose producido tal arrastre en período perimortal.-

Además, entiendo que los elementos de juicio obrantes en la causa, aportan la comprobación de una **preordenación de la actividad del agente para "obrar sin riesgos"**, existiendo en su conducta una premeditación que siempre implica una serena y fría deliberación del contexto del hecho a realizar. Estimo que el **obrar doloso del autor del hecho, ha comprendido tanto los medios, el modo y las circunstancias que aprovechó en la ocasión, y que tendieron directamente a asegurar la muerte de la víctima, pero haciéndolo sin riesgo para su persona**. De manera que, estando comprobadas, a mi juicio, las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía, corresponde declarar que en los presentes hechos se ha verificado esta agravante.-

Así de acuerdo a la crítica y razonada meritación de las probanzas incorporadas y producidas en el debate oral antecesor de este pronunciamiento, certeramente concluyo afirmando que la víctima de autos fue colocada deliberada e insidiosamente por su agresor en una total situación de indefensión, al haber sido trasladada para ser ultimada en un sitio alejado, aislado del éjido urbano, despoblado e inhóspito, por un sujeto adulto cuando la víctima se trataba de un niño de escasa edad y con quien mantenía un trato de naturaleza familiar -sin olvidar las notas de temor y sumisión que he indicado precedentemente-. Habiendo logrado el autor colocar a la víctima en tal escenario fáctico, desplegó su acción agresiva de modo certero y súbito con un objeto romo contundente que fuera llevado a la escena por el propio autor y de acuerdo al modo de empleo del elemento agresor indudablemente

generó un doble efecto en la trágica escena fáctica, por un lado aumentó el poder ofensivo del agresor y neutralizó las posibilidades defensivas del agredido. Logrando el autor del suceso, que la víctima de autos se encontrara impedida de oponer cualquier tipo de resistencia que se transformara en un riesgo para ese agresor, situación que éste conocía perfectamente. En el escenario descripto, aún afirmando que el niño ultimado hubiese intentado y hasta logrado oponer resistencia -con rasguños, manotazos, maniobras defensivas- esta nunca pudo haber sido riesgosa para el ofensor armado con el elemento descripto, que actuó sobre seguro, con despliegue psicológico de astucia artera y traidora. En el particular, absolutamente relevante se torna la cita de las manifestaciones vertidas por la **Dra. Mirta Mollo Sartelli**, médica forense interviniente en la operación de autopsia, en cuanto en la audiencia oral expresó haber hallado lesiones propias de una defensa en el niño, pero con la claridad y la didáctica a la que nos tiene acostumbrados la mencionada perito, sentenció *"hubo defensa, defensa instintiva del menor pero no efectiva frente al agresor y a su despliegue agresivo"*, de ello deviene que la defensa intentada por el niño ha sido consecuencia de una reacción o impulso natural e indeliberado que ha propendido a la conservación de su vida, pero ello en nada ha logrado conmover la celada traicionera y la seguridad de acción efectiva que había logrado el autor en el dominio del acontecer analizado.-

Del cúmulo de probanzas reunidas en autos, certeramente debo concluir que el imputado sabía que actuaba sin peligro ni riesgo real para su persona, frente a una víctima indefensa, la cual fue impulsada al encuentro con su victimario desde la inocencia y la inmadurez propia de su edad, para ser colocada en una situación de indefensión total frente al despliegue de agresión violenta y brutal, conforme a los rastros habidos en la escena del crimen y las determinaciones contenidas en el **informe de autopsia de fs. 255/260vta**, esencialmente en cuanto se manifiesta que la muerte del niño *"... ha sido como consecuencia de un paro*

cardiorespiratorio traumático secundario a politraumatismos con traumatismo craneo encefálico severo y presentaciones de múltiples fracturas craneanas bilaterales, signos óseos macroscópicos de fractura de base de cráneo de fosas anterior, media y posterior. A pesar de presentar cerebro colocado por el proceso putrefactivo en curso, es verosímil pensar debido a las amplias fracturas constatadas, que ha existido daño neurológico, hemorragias subaracnoideas o intraparanquimatosas asociadas a los traumas que han originado las fracturas craneanas descriptas. Sumado al hecho de constatar lesiones en rostro, miembros superiores, miembros inferiores, dorso y zona lumbar posterior, las cuales en su mayoría son de características vitales, es lógico suponer severos politraumas asociados que configurarían violencia corporal en vida del niño. Las lesiones de dorso de mano de características algunas vitales, podrían corresponder a defensa asumida por la víctima. Las lesiones en dorso del tórax, como las de la zona lumbar (las cuales podrían corresponder a lesiones de arrastre) y las constatadas sobre el antebrazo derecho presentan escaso infiltrado hemático con rotura capilar mínima, que traduciría signos agónicos de la víctima...".- Pieza que se completa con las placas fotográficas de figuración a fs. 261/262.-

Sobre tales cuestiones ha brindado su testimonio en la audiencia de debate, la **Dra. Mirta Susana Mollo Sartelli**, quien afirmó que las lesiones observadas en el cuerpo de la víctima eran de tipo contundente, predominantemente a nivel craneo encefálico con lesiones traumáticas secundarias a nivel corporal. Concluyó que las lesiones consideradas como mortales fueron las craneo encefálicas, constatando tres lesiones contundentes, una en zona malar irradiada hacia la zona izquierda, otra en zona izquierda y una lesión también contusa con fractura y hundimiento en región hemicraneal derecha. Afirmó que esas lesiones provocaron daños a nivel encefálico y craneano, concluyó que todas las lesiones traumáticas fueron contundentes con una simétrica de producción, una dinámica lesiva, con producción de multifracturas, no

solamente a nivel de la calota y de la zona craneana, sino también sobre la base del cráneo que produjo lesiones de tipo fracturarias en fosa anterior, media y posterior. Indicó que las lesiones aludidas fueron producidas en vida. Que observó signos de defensa en la víctima, en la región de mano derecha sobre el dorso de los dedos medio y anular y en parte de la región metacarpiana y sobre el dedo índice y el dedo anular, que eran de tipo contuso que por la ubicación hacen presumir verosímilmente que eran defensivas. Afirmó que teniendo en cuenta la diferencia en estatura y en contextura corporal entre la víctima y su victimario, obviamente es muy poco lo que una persona con el peso y la talla de una criatura de nueve años puede hacer para defenderse, dijo *"es algo instintivo pero no es algo efectivo"*. Ante preguntas concretas dijo que de la descripción y análisis de los hallazgos lesivos que realizó en el protocolo de autopsia, las lesiones halladas son en la región anterior, ese tipo de lesiones se producen en una posición de frente, tanto víctima como victimario. Agregó que junto al Licenciado en Criminalística hicieron una posible secuencia fáctica luego de realizar el diagrama de las lesiones y concluyeron consensuando en que era mucho más factible que la persona agresora fuera zurda por la ubicación de las lesiones y que estuviera en posición enfrentada a la víctima, que tal determinación se efectuó en base a la constatación y apreciación de las lesiones, redondeó textualmente "...las lesiones fueron realmente muy importantes...". Respecto del elemento de causación de las lesiones dijo que el elemento era contundente, no obstante lo cual en una de las lesiones que se iniciaba a nivel izquierdo de la zona malar y finalizaba sobre la zona del pabellón auricular era una lesión prolongada que terminaba con esa lesión de tipo contuso cortante, circunstancia que les permitió afirmar que ese elemento contundente en uno de los extremos tenía un filo, concretamente había una lesión contundente y al prolongarse la lesión se trasformaba en cortante. A requerimiento de la Fiscalía se le exhibió la pala secuestrada en autos, y al observarla dijo es posible que ella haya sido el elemento

empleado en la causación de las lesiones. Ante preguntas de la Defensa dijo que en el resto del cuerpo había lesiones contundentes, no había fracturas, las lesiones fracturarias estaban en la zona cráneo encefálicas. Que cuando en su informe alude a ciertas lesiones con escaso infiltrado hemático, ello significa que la lesión se produjo en un período perimortal (inmediatamente durante o después de la muerte), que ellas resultan vitales pero por el momento de su producción poseen escaso infiltrado hemático, recordó concretamente una de esas características en la región posterior del tercio inferior del antebrazo derecho. Concluyó que el cuerpo tenía signos de haber sido arrastrado, destacó las marcas, la impregnación y la posición de las ropas, destacó el hallazgo de la prenda superior por encima de lo habitual y las marcas que tenía a nivel abdominal después del tiempo de exposición y la desecación de la dermis, también la proyección de las manchas hemáticas que había en las prendas. Del examen de las lesiones concluyó que el ataque ha durado segundos, es un tiempo breve que dura la proyección de una lesión sucesiva tras la otra. Los golpes fueron sucesivos, tenían el mismo tiempo cronológico de producción. Respecto del tiempo de producción de la muerte, dijo un trauma severo en el cráneo que produce lesiones cerebrales, y sin perjuicio de haberse hallado el tejido cerebral en período colicuativo, lo cual impedía su examen, asumió por una cuestión lógica que debido a las fracturas y al hundimiento de las lesiones craneales, debió haber existido lesión a nivel cerebral, indicó que quizás no se pueda afirmar si lo fue en forma de hematoma o de hemorragia dentro del cerebro, pero no dudó al afirmar que ese trauma originó una lesión encefálica y que ésta ineludiblemente produce en forma súbita un colapso de tipo circulatorio, o sea por distintos mecanismos se produce el desmayo o entrar en shock quien lo padece, es una cuestión de segundos que desencadena en la muerte y en este caso en particular con semejantes fracturas con hundimiento y en forma multifragmentaria, es obvio que se ha producido un desvanecimiento. Consideró aclarado en el protocolo que existió

una incontinencia de orina que ha sido perimortal, dentro del proceso agónico de la muerte. Se la interrogó concretamente respecto de la inmediatez de la muerte, dijo que teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones en una persona de 9 años con una estructura física acorde a su edad biológica, y habiendo sido detectado el traumatismo cráneo encefálico severo, con fracturas cráneo encefálicas más que importantes, con fracturas de las tres fosas craneales que han llevado indiscutiblemente a pensar y a razonar lógicamente que ha tenido lesiones cerebrales, tranquilamente se puede deducir que la agonía se produjo en breve lapso, porque las lesiones perimortales y las que se produjeron en el arrastre han sido de un tiempo de agonía breve que ha presentado esta "criatura" finalizó textualmente. Determinó que las lesiones de arrastre detectadas se produjeron en período perimortal, estando levemente impregnadas por ello se afirma que se produjeron inmediatamente durante o después de la muerte, lo cual demostró baja frecuencia respiratoria y leve bombeo cardíaco, con escaso llenado del tejido capilar. La Defensa interrogó respecto si las lesiones craneales pudieron provocar su caída y seguir su producción con la víctima en el piso, a lo cual respondió la perito afirmando que fue una sucesión inmediata en los tres golpes detectados en el cráneo, que una de las rodillas tenía una lesión excoriativa, que demuestra como posible que *"la personita se haya caído o haya estado arrodillado por lo menos"*, además el jean que vestía, tenía una mancha que era símil tierra, que confirma su afirmación. Concluyó, afirmando como probable que en la sucesión inmediata de los tres golpes aplicados en el cráneo, el último se haya producido cuando el cuerpo de la víctima estaba en el piso, en ese escenario afirma que inmediatamente fue arrastrado también. Dijo que se trata de un *"proceso dinámico en el cual una persona en frente de otra, una intenta defenderse, la otra ataca y es una sucesión cronológica, una cuestión de minutos, no es mucho el tiempo que precisó el agresor teniendo en cuenta las lesiones y la contextura del agredido"*. Puntualizó, puede ser que en la dinámica

el cuerpo se haya lateralizado, posiblemente haya caído en el último trauma y desde esa posición haya sido arrastrado. A preguntas de la Defensa, concluyó que el cuerpo fue golpeado en el piso durante el período agónico, de ahí las lesiones halladas como producidas en el período perimortal.-

Del devenir que han signado las probanzas meritadas y a la luz de todo aquello que ha sido fehacientemente acreditado, debo concluir que al referido contexto en absoluto logra conmoverlo la argumentación de la Defensa en cuanto que las **lesiones proferidas a la víctima se realizaron en su frente** y no en su espalda, ello es así en virtud de la brutalidad de las mismas y el claro direccionamiento en zonas vitales (cráneo) con nulas posibilidades de sobrevivida.-

Vale recordar que el homicidio alevoso implica por parte del autor una actitud traicionera, felona, que aprovecha la desventaja en que la víctima se halle, resultante de la idea de seguridad y falta de riesgo; en la cual, si bien no es indispensable la existencia de premeditación, por lo menos requiere de la reflexión necesaria para elegir el momento oportuno, todo lo cual demuestra una mayor sangre fría y especulación por parte del autor. Tales extremos se encuentran plenamente acreditados en autos, pudiéndose concluir válidamente que el encausado Adalberto Cuello, dominó su obrar impulsado por un único, esencial y concreto fin que fue dar muerte al infortunado Tomás Dameno Santillán, así pergenió su celada, buscó el modo más eficaz de procurar un encuentro a solas con el niño, para ello lo abordó a la salida del colegio (de modo semejante al que lo había hecho días previos), pero en esta ocasión lo hizo cuando el niño estaba sólo. Aquí se asoma -a mi criterio- un dato de significativa importancia, **Cuello aborda al niño en un vehículo distinto al que usualmente se movilizaba** y el que ocasionalmente tenía a su disposición, ya que el mismo había sido adquirido recientemente por Gastaldi (el padrastro de su pareja), tal extremo demuestra nítidamente que en el cambio de vehículo Cuello **buscó el desconcierto de testigos y de**

la propia víctima (me permito recordar a riesgo de resultar reiterativa que tanto el **testigo Gustavo Kevin Gómez Mena, como Lorena Brou y la propia María Inés Marquez** concluyeron en lo inusual de la utilización de tal rodado por parte del encausado). Consolidando de ese modo el abordaje de la víctima, vale destacar que el procesado Cuello llevaba consigo el elemento agresor empleado y en esas condiciones trasladó a su víctima a un lugar desolado donde pudiera concretar su siniestro objetivo, sin que el niño pudiera huir, pedir y/ o recibir auxilio.-

Otra circunstancia que resulta relevante a la luz del razonamiento sentenciante, finca en el **acotado marco temporal en el cual se producen todos los actos materiales concretados por el autor del suceso**, los que en secuencia se delimitan en un lapso temporal de 40 a 30 minutos, donde Cuello sale de su casa en el auto de Gastaldi, aborda a Tomás cuando salía de la escuela, lo traslada al lugar del hecho, le aplica los golpes que generaron la lesiones fatales del niño, se retira del lugar, oculta en el trayecto -en el predio del Automoto- las pertenencias del niño (mochila y guardapolvo), regresa a la escuela donde trabaja María Inés Marquéz y le entrega las llaves del vehículo que deja estacionado en ese lugar, así comienza a ensayar su coartada requiriéndole a la mencionada que le envíe un mensaje de texto con determinado contenido, inmediatamente se dirige a su casa y sube un video a Facebook desde su cuenta personal. De tal modo queda evidenciado que toda la secuencia descrita demuestra una sucesión de actos, que resultan perfectamente factibles de concreción en el marco temporal acaecido (tal como lo razonara mi colega en su voto en el veredicto antecesor).-

Aclarada así, la factibilidad del acaecimiento de todos esos sucesos se impone considerar que los mismos resultan demostrativos del **claro y certero objetivo que dominó el obrar del autor**, donde **cada movimiento concretado** aparece en su reconstrucción fáctica como **perfectamente sincronizado**, donde no se avizora ni la mínima dosis de improvisación, titubeos ni dudas

en su ejecutor, constituyendo cada uno de esos tramos fácticos diversas piezas que se ensamblan perfectamente integrando un todo, que refleja el plan del autor y su concreción en el desprecio de la vida del niño.-

Finalmente, debo reconocer que en el contexto de las circunstancias acreditadas en nada modifica el resultado anunciado, el acotado lapso temporal que Cuello estuvo en el lugar donde se concretara el funesto hecho. Ello es así, en tanto la cuestión no se reduce a una determinación cuántica del término temporal, sino que suficiente resulta en la consideración las determinaciones alcanzadas respecto de la presencia de Cuello en el lugar, la concreción del obrar que concluyera con el infortunado final, con un claro aprovechamiento de la fisonomía propia de la escena, la propia del elemento ejecutor, así como de la conjunción de las condiciones personales propias de la víctima con las propias del autor, extremos fehacientemente acreditados en el veredicto que antecede así como en el presente, por los medios de prueba oportunamente meritados.-

En esta línea de pensamiento se ha sostenido que: *"...1.La calificante de la alevosía requiere, objetivamente, una víctima que no esté en condiciones de defenderse o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo. 2. Por su parte, ella exige subjetivamente una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor...pudiendo la incapacidad de la víctima ser provocada por el autor o simplemente aprovechada por él. 3. La preordenación alevosa no exige la premeditación del delito, toda vez que, no obstante la premeditación es un camino común para llegar al acto alevoso, éste puede -y no es lo menos frecuente- existir sin el frío proceso deliberativo propio del hecho premeditado..."*. (TSJ de Córdoba, 7-3-2000,"A.,C..A",sent 8.B.J.C.t.1 2000;J.P.B.A.117- 6. Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas-1. 2003-1.Edit.Rubinzal Culzoni, pag.417).-

Por todo lo expuesto, derivo en concluir que el obrar analizado protagonizado por el encausado Adalberto Raúl Cuello y que terminara lamentablemente con la vida del niño Tomás Dameno Santillán, se ha consumado ante certeras circunstancias objetivas y subjetivas, que han signado una significativa indefensión de la víctima, caracterizado por la edad de la víctima (9 años), su contextura física, su inmadurez física-psíquica y emocional propia de su tierna infancia, sumado al vínculo personal que los ligaba a ambos protagonistas, con más las particularidades del lugar donde se concretara el suceso, siendo alejado de la concurrencia de personas anulando las posibilidades de requerir y recibir auxilio. En tal contexto se instala un obrar certero del autor, direccionado por un único fin (terminar con la vida de la víctima) con el protagonismo de un elemento contundente, accionado una y otra vez en búsqueda de ese fin, destacando la brutalidad empleada en el accionar que se cristaliza en el traumatismo craneo encefálico severo con múltiples fracturas craneanas bilaterales, signos óseos macroscópicos de fractura de base de cráneo de fosas anterior, media y posterior, logrando de modo inmediato la muerte, tal como se determinara en la **autopsia** y conforme los dichos vertidos por la **Dra. Mollo Sartelli**. Consolidándose -de este modo- un dominio absoluto por parte del autor y el incuestionable éxito de su siniestra y perversa pretensión. Donde claramente se advierte que aquellas maniobras defensivas intentadas por la víctima, más allá de responder a impulsos instintivos propios de cualquier ser humano, en nada han modificado el dominio del accionar del autor en la consecución del resultado sin contar siquiera con mínimas posibilidades de riesgo para sí. En consecuencia, no puedo menos que **proclamar que en este caso encuadra perfectamente la calificante contenida en el inciso 2 del artículo 80 del Código Penal, conocida como alevosía**, ello en consonancia con lo requerido por la Acusación.-

Por último, creo oportuno recordar que respecto del alcance de la calificante del modo comisivo de alevosía del delito

de homicidio, este órgano jurisdiccional de modo unánime y en idéntica composición, con voto fundante de la Suscripta se ha pronunciado en **causa N°632/2010 "Romero Mauro Ernesto s/ Homicidio doblemente calificado por haber sido cometido en perjuicio de su cónyuge y con alevosía"** en fecha 18/10/2011, pronunciamiento que fuera confirmado por la Sala II del Excmo. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el registro CN°50.692, fechado el 11/09/12.-

En consecuencia y habiéndose determinado que la conducta ilícita cuya autoría penalmente responsable se le atribuyó en el veredicto antecesor de la presente al imputado Adalberto Raúl Cuello, **corresponde encuadrar legalmente el delito tenido por comprobado en el *sub-lite* como Homicidio calificado, por haber sido cometido con alevosía, en los términos del artículo 80 inciso 2 del Código Penal.**-

Así lo voto por ser ello mi sincera convicción. (Arts. 375 inc. 1° y 210 del C.P.P.).-

A la misma cuestión el **Doctor Miguel Angel Vilaseca** vota en igual sentido, por análogos fundamentos por ser ello su sincera convicción. (Arts. 375 inc. 1° y 210 del C.P.P.).-

A la misma cuestión la **Doctora Claudia Beatriz Dana**, vota en igual sentido, por análogos fundamentos por ser ello su sincera convicción. (Arts. 375 inc. 1° y 210 del C.P.P.).-

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A dicha cuestión la **Doctora Karina Lorena Piegari** dijo:

Creo necesario recordar que la labor judicial de individualización de la pena, constituye una adecuación precisa que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para provocar su resocialización.- Destacando que el

criterio general importa que la pena debe guardar cierto grado de relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el correctivo de la peligrosidad.-

Que en relación a este caso concreto, en cual se ha determinado un encuadre legal que conmina dos tipos diversos de penas restrictivas de la libertad de naturaleza indivisible (prisión o reclusión perpetua), se impone destacar que válida se torna la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal (en cuanto a la meritación de circunstancias atenuantes o agravantes), ya que aún cuando tales preceptos legales aludan a penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, nada impide que, si el tipo penal en el que se subsumiera la conducta conmina penas privativas de la libertad indivisibles en razón del tiempo, se valoren las circunstancias referidas en dicha norma para determinar la especie de pena a aplicar si aparecieran alternativamente las de prisión o reclusión.-

Que, atento a la calificación otorgada en esta sentencia al hecho probado, materia de juzgamiento, lo resuelto en orden a la cuestión que antecede y a las valoraciones efectuadas en el Veredicto en cuanto a la concurrencia de atenuantes y de agravantes, estimo que la pena a imponer debe ser para Adalberto Raúl Cuello la de **PRISION PERPETUA, INHABILITACION ABSOLUTA POR EL MISMO TERMINO Y COSTAS.-** Así lo voto por ser ello mi sincera convicción (Arts. 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 80 inc. 2 del Código Penal y 375, 530 y 531 del C.P.P.).-

A la misma cuestión el **Doctor Miguel Angel Vilaseca** vota en igual sentido, por análogos fundamentos y por ser ello su sincera convicción. (Arts. 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 80 inc. 2 del Código Penal y 375, 530 y 531 del C.P.P.).-

A la misma cuestión la **Doctora Claudia Beatriz Dana** vota en igual sentido, por análogos fundamentos y por ser ello su sincera convicción. (Arts. 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 80 inc. 2 del Código Penal y 375, 530 y 531 del C.P.P.).-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

I) **CONDENAR**, por unanimidad, a **ADALBERTO RAUL CUELLO**, argentino, nacido el 20 de abril de 1973, en Lincoln, provincia de Buenos Aires, de 39 años de edad, soltero, de ocupación albañil, hijo de Ramón Norberto Cuello y de María Eva Melo, poseedor de D.N.I. N° 23.168.694, y con último domicilio en calle Primera Junta N° 767, de la ciudad de Lincoln, provincia de Buenos Aires, como autor penalmente responsable de la comisión del delito de **Homicidio calificado, por haber sido cometido con alevosía**, hecho acaecido el día 15/11/2011 en Lincoln, provincia de Buenos Aires, del que resultara víctima Tomás Dameno Santillán, a la pena de **PRISION PERPETUA, INHABILITACION ABSOLUTA POR EL MISMO TERMINO Y COSTAS** (Arts. 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 80 inc. 2 del Código Penal y 371, 373, 375, 530, 531 y ccs. del C.P.P).-

II) Disponer la remisión de copias certificadas del veredicto que antecede a la presente sentencia, así como del acta que documenta la celebración del presente debate a la Fiscalía Gral. Dptal., a los fines de que se investigue la posible comisión de delitos de acción pública respecto de los testigos Analía Cabral y Ramón Norberto Cuello; ello en atención a los argumentos esgrimidos en el aludido veredicto.-

III) **Regúlense los honorarios** correspondientes a la labor desarrollada en autos por el letrado patrocinante del Particular damnificado, Dr. Carlos E. Torrens, en la suma de pesosnueve mil cuatrocientos (\$ 9.400.-), con más el 10% que establece el art. 12 de la Ley 8455. -Ley 8904, título III, art. 9°, cap. I, ap. 17, subap. d)-. Notifíquese haciendo saber el contenido del art. 54 de la ley 8904 quedando debida transcripción del mismo.-

IV) Encomiéndose a la Dirección de comunicación y prensa de la Excma. S.C.J.B.A., la publicación del presente decisorio en el sitio web oficial del Máximo Tribunal.-

Téngase por notificada a las partes con la lectura de la presente.-

Regístrese, firme que sea, cúmplase con la pena impuesta y oportunamente archívese.-