G. B. D. Y F. B. N. S/ RECURSO DE CASACIÓN

**Tribunal:** Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires

**Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación:** I

**Partes:** G. B. D. y F. B. N. s/ recurso de casación

**Fecha:** 6 de junio de 2023

**Colección:** Fallos

**Cita:** MJ-JU-M-144030-AR|MJJ144030|MJJ144030

**Voces:** HOMICIDIO - HOMICIDIO AGRAVADO - ABANDONO DE PERSONAS - PRISIÓN PERPETUA - MENORES - MUERTE

Responsabilidad por el delito de abandono de personas de la madre de una niña, que fue golpeada brutalmente por su pareja ocasionándole la muerte.

Tribunal

Materia

Relacionados







Sumario:

1.-La acreditación del dolo homicida se desprende de los golpes y el aplastamiento antes por parte de un sujeto con la contextura física del imputado, que descargó su peso pisando la región torácico abdominal de una niña de tan corta edad, conducta idónea para provocar la lesión de órganos internos allí alojados con entidad suficiente como para causar la muerte en la forma en la que aconteció, con el aditamento de que 'instruyó en forma intimidatoria a las mellizas que guardaran silencio, para que no dijeran nada de lo sucedido', y se retiró del domicilio después que arribaran la madre de las niñas y el abuelo, sin mencionar lo que le había hecho, lo que evidencia el propósito de provocarle la muerte.

2.-La indefensión que presentó la víctima se basó justamente en el aprovechamiento por parte del acusado de que las dos niñas de cinco años de edad, que lo conocían y tenían confianza con él, habían quedado solas a su cuidado, y que particularmente la víctima presentaba una discapacidad que le impedía darse entender con claridad, por lo que ello le permitió obrar sobre seguro, sin ningún tipo de resistencia de las menores y sin la posibilidad de defensa por parte de terceros.

3.-El imputado aprovechó que se encontraba solo con las pequeñas, sabía que por un tiempo no regresarían ni su pareja ni el abuelo de las niñas, y cuando lo hicieron, decidió irse del lugar, siendo absolutamente conocedor de la extrema gravedad de lo que había hecho, conocía el estado de indefensión de la víctima y la ausencia de peligro en su accionar, y se aprovechó de dicha circunstancia, atacando a la menor cuando nadie podía acudir en su defensa.

4.-La pena de privación de libertad perpetua aplicada al encartado no constituye un acto cruel, inhumano ni degradante de los que prohíbe el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud que no se consideran tales, aquellos dolores o sufrimientos que sean consecuencia de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

5.-Las penas a perpetuidad son admisibles en la medida que el Estado autorice una revisión periódica del encierro que sufre el condenado, de modo que -más allá del 'nomen'- exista la posibilidad de acceder a una liberación anticipada y que, en caso de denegación, la misma esté supeditada a un control regular.

6.-Al no estar basada la concepción de la pena perpetua en un juicio de peligrosidad, sino que conciliándola bajo parámetros de readaptación y de resguardo de la dignidad del hombre, y de los principios de razonabilidad y culpabilidad que excluyen toda acepción literal del término en cuestión, las objeciones de la defensa respecto de la prisión perpetua no pueden prosperar y deben ser rechazadas.

7.-La madre de la víctima es responsable del delito de abandono de persona, dado que sabía perfectamente la situación en la que se encontraba su hija, porque había marcas y síntomas que indicaban que su salud y vida corrían riesgo, su padre y la abuela de la niña le indicaron que la llevara al hospital, y decidió no hacer nada para evitar tal situación cuando podía hacerlo porque nada se lo impedía y porque contaba con los recursos necesarios.

8.-Respecto de la madre de la víctima, no se advierte la conexión entre las pauta atenuante y la ausencia de agravantes valoradas, con la determinación concreta del monto punitivo, que excede de forma amplia el término medio de la escala penal aplicable hasta fijarse prácticamente en su tope máximo, lo cual revela, en la especie, un simple decisionismo que la descalifica como acto jurisdiccional válido en la determinación judicial de la pena.

9.-En casos donde se imputa a mujeres por omisión de cuidado a sus hijo/as suele constatarse cierta vaguedad en las acusaciones, dada la tendencia a ampliar de manera extraordinaria la posición de garante de las madres respecto a riesgos que no pueden ser evitados en circunstancias concretas (Del voto en disidencia parcial del Dr. Carral).

10.-No es posible concluir que el abuelo de la víctima le haya indicado a la madre que lleve a la niña al médico porque su estado era 'notoriamente crítico', pues aun cuando mencionó que vio una marca en el pecho de la niña, no hizo esa directa vinculación (Del voto en disidencia parcial del Dr. Carral).

11.-No puede concluirse razonablemente que la circunstancia fáctica que relató la testigo - que la niña estaba descompuesta, que habría comido algo que le cayó mal y vomitó- refleje una situación que debió alarmar a la madre, al menos con la urgencia que intenta otorgarle el tribunal (Del voto en disidencia parcial del Dr. Carral).

12.-Si los síntomas que exteriorizó la niña eran similares a los de una indigestión, al menos hasta que se presentaron las convulsiones, que su madre no la haya llevado inmediatamente al hospital no puede considerarse inadecuado (Del voto en disidencia parcial del Dr. Carral).

13.-La evidencia disponible no permitía dar por probado que el estado de la niña 'era notoriamente crítico', ni que la mujer fue alertada en función de ese estado; en consecuencia, no puede confirmarse el dolo que exige la figura del abandono de persona, pues la imputada no conoció el riesgo en el que se encontraba su hija, requisito necesario para generar la obligación de actuar (Del voto en disidencia parcial del Dr. Carral).

Fallo:

Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los señores jueces doctores Daniel Carral, Ricardo Maidana y Víctor Violini (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, de conformidad con lo establecido en la Ac. 3975/2020 de la SCBA, procede al dictado de sentencia en el marco de la Causa N° 120571 caratulada "G. B. D. Y F. B. N. S/ RECURSO DE CASACIÓN", conforme al siguiente orden de votación: MAIDANA - CARRAL - VIOLINI.

ANTECEDENTES

El 29 de agosto del año 2022, el Tribunal en lo Criminal nº 9 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, condenó a B. D. G. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haberse cometido con alevosía; y a B. N. F. a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, como autora penalmente responsable del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 80 inc.2° , 106, primer y tercer párrafo, y 107 del C.P.) Las Defensoras Oficiales Dras. Vanina Palermo, por B. G., y Patricia Babio, por B. F., interpusieron recurso de casación.

La causa ingresó a la Sala I de este Tribunal con fecha 24/10/22, se encuentra en estado de dictar sentencia, por lo que se dispone plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Son admisibles los recursos interpuestos? Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada el señor juez, doctor MAIDANA, dijo:

Los recursos fueron interpuestos por quienes se encuentran legitimadas, en debido tiempo y contra un pronunciamiento definitivo de juicio oral en material criminal, por lo que se encuentran reunidos los recaudos formales y satisfechos los requisitos de admisibilidad previstos legalmente (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP; 20 inc.1, 450, primer párrafo, 451, y 454 CPP).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

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

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

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

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión planteada el señor juez, doctor MAIDANA, dijo:

La Defensora Oficial de B. G., denuncia que el Tribunal incurrió en una errónea y arbitraria valoración de la prueba para tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría penalmente responsable de su asistido en el homicidio que se le atribuye, con transgresión de los arts. 1, 106, 210, 371, 373 y ccs. del CPP; 15 y 171 de la constitución provincial, 1, 18 y 75 inc. 22 de la CN. Precisa, que los jueces construyeron elementos de cargo exclusivamente en declaraciones contaminadas, inobservando inconsistencias y contradicciones que permiten dudar de los testigos. Destacó que no pudo acreditarse que B. haya estado el día y hora que se afirma, junto a la niña víctima en su casa; en todo caso, tampoco que la haya apartado a otra habitación y agredido, o actuado con dolo, y mucho menos de homicidio. Cuestionó el relato del testigo Julio F. -único directo que ubica al imputado en el lugar de los hechos-, quien fue contradictorio y, pese a la insistencia del Fiscal, nunca lo acusó de ser el agresor de su nieta. El testimonio de H., hermana melliza de la niña fallecida, prestado en Cámara Gesell fue escueto, sin poder situar los hechos en el tiempo y el espacio, y luego de estar veinte días en el entorno familiar de su padre, que bien pudo influir en su relato. Resalta que los dichos de Libonatto, y de su hija M. D., aportan un conocimiento indirecto, relativo a lo que supuestamente les contó la víctima, en cuanto a que B.le pegó a "Z", que no encuentra correlato en lo manifestado por el abuelo Julio ni por la docente de la escuela a la que concurría García, ni puede legalmente prevalecer sobre lo declarado por H. ante la psicóloga antes aludido.

Agrega, que tampoco se determinó que la impronta hallada en el cuerpo de la víctima fuese del imputado. Concluye que las contradicciones entre los testigos de cargo denunciadas por esa parte en el juicio y desoídas por los jueces al decidir, imponen que se case el fallo y absuelva a su defendido, a todo evento por el principio in dubio pro reo. En otro orden, pretende el cambio de calificación legal. Expresa que según se desprende de lo que informó el médico forense Frías en el debate, se constató que la niña tenía lesión sangrante en el mesenterio, que se hubiera solucionado con un punto de sutura y ninguna consecuencia habría aparejado a su salud, situación que se inscribe en todo caso en el marco del maltrato doméstico que surge de algunos medios prueba, y pone de manifiesto que el encuadre típico correcto es lesiones leves (art. 89, CP), pues el inculpado ni siquiera pudo prever el desenlace mortal. En subsidio y última instancia, postula el homicidio preterintencional (Art. 81 inc. 2, CP) o el culposo (Art. 84, CP), ya que de las circunstancias del caso surge con palmaria claridad la ausencia de dolo homicida por parte de G., incluso bajo la modalidad conocida bajo el rótulo de "eventual". Añade que al no darse los extremos del homicidio agravado por alevosía (art. 80 inc.2, CP) que dictan la jurisprudencia y la doctrina jurídica, tales como "actuar sobre seguro" y para "asegurar el resultado", ya que se ha demostrado que la víctima a pesar de ser hipoacúsica podía gritar y el encausado se retiró de la casa luego de dejarla comiendo con su hermana melliza los alimentos que sirvió y al cuidado de su abuelo y su madre, y que la muerte se produjo muchas horas más tarde, corresponde el simple del art. 79 del CP. También denunció la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del CP, y cuestionó la agravantes ponderadas en el fallo. Finalmente postuló la inconstitucionalidad de la pena perpetua, por ser violatoria de los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La Defensa Oficial de B. F. denuncia la errónea aplicación del art. 106 último párrafo e inobservancia del art. 84 ambos del CP. Sostiene que no se ha acreditado que su defendida supiera que "Z" había sido golpeada, que la evolución de las lesiones internas desencadenarían su muerte si omitía prestarle asistencia médica, cuando los síntomas eran los de una indigestión. Precisa que "de la declaración del Dr. Frias, surge que es imposible para una persona con escasa educación, diferenciar entre un dolor abdominal por una indigestión y el dolor por el sangrado del mesenterio. Plantea que el accionar negligente de la encausada en todo caso resulta un homicidio culposo (art. 84, CP).

Como segundo motivo de agravio, encuentra excesiva la pena de 18 años de prisión impuesta, y carente de toda motivación, con violación y errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP. Explica que no han sido valoradas agravantes, pues se rechazaron las solicitadas por la Fiscalía, y se sobreseyó a F.por prescripción de la acción con respecto del delito de lesiones leves calificadas por el cual también fue acusada, y que no obstante ello, y ser considerada en su favor la atenuante de falta de antecedentes penales, se fijó una sanción arbitraria, excesiva, que triplica el mínimo y próxima al máximo de la escala aplicable, y en esas condiciones por encima de la de 21 años de prisión solicitada por la Fiscalía, con afectación al principio acusatorio. En consecuencia, solicita su reducción hasta el tope inferior.

El Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Fernando Luis Galán, propició el rechazo de los recursos, de acuerdo a los argumentos que desarrolló en su presentación agregada al sistema informático.

Los Defensores Adjuntos de Casación, Dres. José María Hernández e Ignacio Nolfi, en favor de F. y G. respectivamente, mediante igual modalidad, se pronunciaron por su procedencia.

Con independencia de la garantía procesal que conduce a la exigencia de la necesidad de la doble conformidad judicial para ejecutar la pena si el condenado lo requiere, la circunstancia de ponerse en juego otra garantía como la del juicio público, única base de la condena, determina que, en el caso de no haberse observado el debate, no es posible controlar la valoración de la prueba practicada en el transcurso de la audiencia si el Tribunal diera cuenta circunstanciada de su empleo, para tener por acreditado cualquiera de los extremos de la imputación.

Los arts.8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad (arts.

8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto), sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento, se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso, con lo que, no existe una incompatibilidad entre el debate y la revisión amplia en casación, ambos son conciliables en la medida en que no se exagere el resultado de la inmediación.

Limitados de tal modo los motivos de agravio consignados por las impugnantes, el conocimiento del proceso se circunscribirá a los que fueran expuestos (art. 434 y ccs. del CPP; v. TCPBA, Sala I, c. 77.456 "Silva, Sergio Daniel s/ Recurso de Casación," sent. del 8 de noviembre de 2016, reg. 949/16, entre otras).

El Tribunal, tras sustanciarse el debate oral, tuvo por acreditado los siguientes hechos:

"1. Que el día 28 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 12.30 horas, B. N. F. se retiró de su domicilio, sito en la calle Luis Vernet 2825, de Monte Grande, partido de Esteban Echeverría, y dejó a sus hijas mellizas, de cinco años de edad -Z. y H. D.- al cuidado de su pareja.

Así fue que en horario no determinado pero comprendido entre las 12.30 y 15.00 horas, en el interior del domicilio precedentemente mencionado, este sujeto de sexo masculino, mayor de edad, pareja de B. N. F., al ver que se encontraba solo, al cuidado de niñas pequeñas; que Z.era hipoacúsica y no sabía darse a entender por el lenguaje de señas convencional, y que, por tanto podía actuar sobre seguro y sin riesgo para su persona, tomó a esta última -quien se encontraba viendo televisión con su hermana H.- la apartó del lado de la otra niña y la llevó en forma artera a otra dependencia de la casa y cuando se encontraba a solas con ésta, con el fin de ultimarla, la agredió ferozmente propinándole golpes en la cabeza y el cuerpo que le provocaron múltiples lesiones -excoriaciones puntiformes a nivel de hipogastrio, cercano al Monte de Venus, y a nivel del codo izquierdo; hematoma con infiltrado hemorrágico en región posterior y externa del tercio inferior del muslo izquierdo, y hematomas a nivel frontal derecho, medio e izquierdo de aponeurosis epicraneana, con cerebro congestivo-, y también mediante el aplastamiento severo de la región tóraco abdominal producido por una pisada con fuerza que lesionó órganos internos allí alojados -equimosis en hígado, infiltrado hemorrágico en ambos riñones, hemoperitoneo, importante infiltrado hemorrágico en mesenterio, hematoma retroperitoneal y vías aéreas con contenido mucoso- causándole la muerte, ocurrida ese mismo día, aproximadamente a las 23.25 horas.

2. Que el día 28 de septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 15.00 horas, arribó al domicilio de la calle Luis Vernet 2825 en el que residía, una persona de sexo femenino, mayor de edad, progenitora de la niña Z. D.quien, no obstante haber sido informada de que su hija había sido golpeada por su pareja; ser notorio el mal estado en el que se encontraba la pequeña, toda vez que no sólo presentaba marcas en el cuerpo compatibles con una agresión física sino que también tenía síntomas que así lo delataban -vómitos de color oscuro y dolor abdominal-; y haber sido instruida e intimada por el abuelo de las niñas, Julio F., a que llevara al médico a la niña, la nombrada puso en peligro la vida de su hija, pues omitió procurarle oportuna asistencia médica, abandonando a su suerte a su hija pequeña, incapaz de valerse por sí misma, y a la que tenía el deber legal de cuidar en razón del vínculo de parentesco que las unía, siendo que, a consecuencia de dicho abandono, ocurrió la muerte de la niña".

Los recursos no habrán de prosperar, salvo el interpuesto en favor de B. F.en cuanto denuncia falta de motivación en la determinación de la pena de 18 años de prisión que le fuese impuesta, que impone el reenvío para que se renueve conforme a derecho la decisión al respecto.

De la lectura de las impugnaciones, se advierte que las defensas reconocen que el contenido esencial de los motivos de agravio expresados, fue expuesto previamente ante los jueces del Tribunal en lo Criminal, que lo abordaron y al que brindaron contestación.

Si bien no conformes con el tenor de la respuesta jurisdiccional recibida reiteran los planteos en esta instancia revisora, se observa que los cuestionamientos consisten en reflejar el propio punto de vista divergente de las interesadas, con relación al adoptado de modo fundado por los juzgadores, sin lograr poner de manifiesto, que lo resuelto resulte arbitrario, erróneo o equivocado, lo que sella de modo adverso -con la salvedad realizada- la suerte de las presentaciones efectuadas.

La motivación o expresión de agravios es el razonamiento de censura que el impugnante formula contra la resolución cuestionada, sea para destruir sus premisas y conclusiones o para demostrar su ilegalidad y, por lo tanto, debe ser clara, precisa y específica (cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. V:

La Actividad Procesal, Bs. As., EDIAR, 1966, ps.468/469); de este modo, si la defensa prescindió de formular una crítica concreta y eficaz contra los argumentos desarrollados en la sentencia, el recurso deviene inidóneo para alterar la decisión.

En efecto, sin perjuicio que la Defensa del imputado objeta el modo en que se habrían producido los hechos como la autoría penalmente responsable en el homicidio que se le atribuye, la prueba disponible reproducida en el veredicto conduce a la confirmación de los extremos de la imputación como de la adecuación típica establecida.

Los cuestionamientos y contradicciones que menciona la parte, entre los diversos testigos de cargo, Julio F., Libonatto y Micaela D., carecen de consistencia para alterar el sentido y alcance de lo resuelto, no desmerecen el cuadro probatorio evaluado en su conjunto, con eje en los dichos de H. y de los mencionados parientes con los que tuvo contacto en el marco del evento que desembocara en la muerte de su hermana.

La mencionada hermana melliza de la víctima al declarar en Cámara Gesell afirmó que el encausado B. G. les pegaba, mientras que su abuelo Julio D. las trataba bien.

Su prima Micaela D., relató que el día siguiente al hecho H. le dijo ".Z. está en el hospital por lo que le hizo B.?", y le contó que "estaban mirando dibujitos y que, después de que la madre se fue, B. agarró a Z. y se la llevó a la pieza; que luego escuchó que Z. gritaba y lloraba; que ella se levantó y fue al lugar donde estaban Z. y B.; que quiso abrir la puerta y B. la retó y le dijo que se fuera; que ella volvió y se sentó a mirar dibujitos; que B. enseguida llevó y sentó a Z. al lado de ella; que Z. lloraba y B. le hizo un gesto con el dedo a Z. para que se callara.". Agregó que la niña contó que la madre no estaba presente cuando eso pasó, pero cuando llegó le fue a contar que B.le había pegado a su hermana, pero no hizo nada, que llegó el abuelo y que intentaron contarle pero que, como recién llegaba de trabajar y estaba cansado, se acostó a dormir y no la escuchó, que luego Z. se empezó a sentir muy mal y empezó a vomitar del color del tomate, y que la madre la bañó y la acostó en el sillón, y cuando se hizo de noche la madre se fue con Z. al hospital. Adriana Libonatto, declaró de forma conteste.

Julio F., relató que el día del hecho, llegó de trabajar y se encontró al imputado solo con las dos niñas, estando Z. sentada en un sillón, que la vio lastimada o con picaduras en la cara y los brazos, y con una mancha roja en el pecho, como una marca de zapatilla, que al llegar la madre le respondió al respecto que se había caído en el jardín, entonces él le dijo que la llevara a un hospital a que la vieran, porque además estaba con mocos y podía tener fiebre, luego se fue a dormir. Como se adelantara, las contradicciones alegadas por la defensa no desmerecen la entidad cargosa de sus dichos, además que el testigo aclaró en el juicio que el día después del hecho, H. les dijo que B. les pegaba y les decía que no dijeran nada.

Rosa Belén Ojeda, dijo que después de la muerte de Z., ".acompañó a B. a buscar a H. a lo de la tía.

Que en esa oportunidad B. comenzó a discutir con Micaela, prima de H., y la nena, que estaba con la dicente adentro del auto esperando a B., le preguntó "Madrina, la están retando a mi mamá porque B. le pegó a Z.?" y le empezó a contar que su mamá se había ido a una reunión que tenía en el jardín, que ella estaba viendo dibujitos con Z., que B. la levantó a Z.y la llevó al baño, que empezó a escuchar ruidos, que fue a mirar y por el agujero de la cerradura vio que B. le estaba pegando a Z. Que también le mencionó que en otras ocasiones B. le agarraba la nariz a Z., la sacudía y no la dejaba respirar".

El médico forense perito de la policía científica, Dr. Frías, señaló que "para dejar una impronta del zapato en la piel como la aquí constatada debió haberse tratado de una pisada importante, de una persona grande, de unos 70 kilos, y de una presión sostenida, como mínimo, de uno o dos minutos".

La inmediación impide revisar aspectos ligados a la comunicación directa y cuestiones singulares de percepción que hacen a la recepción oral de la prueba, y necesariamente otorga a los jueces de mérito un amplio margen de discrecionalidad, no arbitrariedad, ya que no pueden relegar el deber de documentar y exponer los motivos de su convicción, según las reglas de la sana crítica racional, a fin de cumplir con el mandato constitucional que exige que las sentencias sean fundadas.

En definitiva, la fundamentación de la materialidad ilícita del hecho de homicidio y la autoría atribuida a B. G. a partir de la prueba indiciaria referida reúne los recaudos legales de los arts. 106, 210 y 373 CPP. Los datos conocidos relativos a que era el único que estaba con la víctima Z., hipoacúsica, y su hermana H.-ambas de cinco años de edad e hijas de su pareja de entonces- en la casa, pues el abuelo de las niñas no había llegado y la madre estaba en una reunión escolar; que H., la hermana que percibió por sus sentidos lo que sucedía, afirmó en Cámara Gesell que él les pegaba, y le dijo al otro día de la muerte de Z., a su prima Camila, que el novio de su mamá se la llevó a aquella a otra dependencia y escuchó que la golpeaba y lloraba, y que al llegar la madre la pusieron al tanto de ello, sumado a que la impronta que tenía en la zona del abdomen era por aplastamiento con una pisada de una persona de la contextura del encausado, que le generó la rotura del mesenterio entre otras lesiones que se detallan en el veredicto junto a su prueba, que tras semejante agresión el imputado se retiró en silencio del lugar sin formular advertencia de ningún tipo, permiten establecer el dato desconocido sobre su intervención en el hecho y las circunstancias de éste, tal como se plasma en el fallo impugnado (conf. mutatis mutandi, c. 112.937 "Cusano" del 23/11/21).

El análisis integral de los elementos probatorios permite sustentar la certeza sobre los extremos de la imputación, sin que del análisis de las pruebas surjan interrogantes o dudas sobre lo que ocurriera.

El código de procedimiento penal no fija estándares probatorios, sino que admite cualquier medio de prueba en la medida que no vulnere las garantías del imputado y exprese "la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción". No hubo, pues, infracción a ninguna regla de la sana crítica, ni al principio in dubio pro reo (arts.1, 106, 209 y 210, CPP), desde que la duda, en tanto repercusión de la garantía de inocencia como posición del juez respecto de la verdad -frustrada-, no sólo no surge de los fundamentos que el Tribunal de grado expuso sino tampoco de los argumentos utilizados en el recurso (cfr. TCPBA, Sala VI, c. 55.295, "El Bueno, Humberto Gabino ó Del Bueno, Humberto Gabino s/ Recurso de Casación", reg. 186 del 30 de mayo de 2013, entre muchas otros).

Tal como ha quedado probado el suceso atribuido a B. G., la subsunción jurídica adoptada en la sentencia impugnada luce adecuada, sin que los fundamentos expuestos por los jueces para sustentarla resulten arbitrarios ni hayan sido desvirtuados en la presentación en trato de modo que justifique su modificación, pues la acreditación del dolo homicida se desprende, precisamente, de los golpes y el aplastamiento antes descripto, por parte de un sujeto con la contextura física del aquí imputado, que descargó su peso pisando la región tóraco abdominal de una niña de tan corta edad, conducta idónea para provocar la lesión de órganos internos allí alojados con entidad suficiente como para causar la muerte en la forma en la que aconteció en este caso, con el aditamento de que "instruyó en forma intimidatoria a las mellizas que guardaran silencio, para que no dijeran nada de lo sucedido", y se retiró del domicilio después que arribaran la madre de las niñas y el abuelo, sin mencionar lo que le había hecho, lo que evidencia el propósito de provocarle la muerte.

Ello, en el caso, además, con el alcance previsto el artículo 80 inc. 2 del CP.

Son notas del homicidio alevoso: el aseguramiento del resultado, la ausencia de reacción de la víctima, la consecuente eliminación de cualquier tipo de riesgo que pudiera afectar al agresor (TCPBA, Sala I, c. 87.583 "Luna", 14/3/2019; c.96.727 "Montiel", 17/12/2019).

En el singular, el Tribunal en lo Criminal logra fundamentar la aplicación de la figura agravada al sostener que la indefensión que presentó Z. se basó justamente en el aprovechamiento por parte del acusado de que las dos niñas de cinco años de edad, que lo conocían y tenían confianza con él, habían quedado solas a su cuidado, y que particularmente la víctima presentaba una discapacidad que le impedía darse entender con claridad, por lo que ello le permitió obrar sobre seguro, sin ningún tipo de resistencia de las menores y sin la posibilidad de defensa por parte de terceros, G. aprovechó que se encontraba solo con las pequeñas, sabía que por un tiempo no regresarían ni su pareja ni el abuelo de las niñas, y cuando lo hicieron, decidió irse del lugar, siendo absolutamente conocedor de la extrema gravedad de lo que había hecho, conocía el estado de indefensión de la víctima y la ausencia de peligro en su accionar, y se aprovechó de dicha circunstancia, atacando a la menor cuando nadie podía acudir en su defensa.

En apoyo a lo resuelto, y por su correspondencia con el caso particular, se citó el siguiente precedente de la SCBA, que cabe reproducir: "Debe mantenerse la calificación legal tal como llega a esta instancia extraordinaria (homicidio agravado por alevosía; art. 80 inc. 2°, Cód.Penal), en tanto el Tribunal de Casación Penal confirmó el encuadre legal objetado bajo la premisa de que, aun cuando -frente al cuestionamiento de la parte referido a que la indefensión connatural de las víctimas de corta edad no alcanza per se para configurar la agravante- se estimó que "la situación de indefensión" no estuvo referida únicamente a esa condición, sino que se justificó en que el imputado se aprovechó de la soledad en que se encontró frente a esa víctima especialmente vulnerable para perpetrar su ataque letal, al amparo del actuar sobre seguro, sin la posibilidad de defensa por parte de terceros (SCBA P.134262, sentencia del 14/07/2021).

Conforme lo recreado, se advierte que las observaciones traídas en el recurso relativas a que la niña a pesar de ser hipoacúsica podía gritar y que el imputado de haber querido asegurar el resultado hubiera actuado de otra manera, carecen de consistencia suficiente para desplazar la presencia de los elementos típicos de los que da cuenta la resolución cuestionada, además que sustancialmente descansan en meras conjeturas de la parte, ineficaces para alterar lo decidido sobre el punto en la sentencia impugnada.

Tampoco son procedentes las pretensiones de la defensa de G. vinculadas con la pena que le fuese impuesta.

Así, pues, más allá que no exterioriza la parte el interés que persigue al cuestionar las agravantes computadas en el marco de la pena de prisión perpetua aplicada al acusado, con la particularidad de que justamente reprocha a los sentenciantes que así lo hayan hecho "cuando el delito escogido está punido con la pena más gravosa posible", luce justificada su valoración como tales, desde la perspectiva de la naturaleza de la acción (art.41, CP) el mayor disvalor de ésta derivado del desprecio por el vínculo sentimental que mantenía el nombrado con la madre de la niña ultimada, en función del cual la dejó junto a su hermana a su exclusivo cuidado mientras asistía a una reunión escolar, lo que no se identifica con el fundamento utilizado para fundar la alevosía según entiende la impugnante ; y como "extensión del daño causado" (art. 41, CP), la exposición de la niña H. a vivenciar la traumática situación de escuchar en soledad y a distancia los gritos de su hermana melliza sin poder recurrir en ese momento al auxilio de ninguna persona mayor, seguido de un sometimiento a acatar la orden de silencio impartida por el imputado después de la ejecución de la golpiza por ella descubierta, y la inmensa tristeza y angustia que, de modo incuestionable, implicó para la niña de tan corta edad la muerte de Z. en esas circunstancias, en razón de lo cual tuvo que someterse a tratamiento psicológico, lo que excede el trauma propio de cualquier pariente que sufre el homicidio de un familiar como alega la defensa.

En orden al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista para el delito por el cual fue condenado G. (art. 80 inc. 2, CP), en línea con lo desarrollado sobre el punto por el Tribunal de lo Criminal, ha de tenerse en cuenta que el análisis de la validez de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y debe estimarse la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no debe acudirse a ella sino en casos de estricta necesidad (Fallos 260:153).

Me he pronunciado al respecto en causas 82435 "Acuña" sent. 1/3/18; 102414 "Boyer" sent. 8/9/20, 110677 "Piñero", sent. 22/11/21, 115137 "Arriondo" sent. 3/5/2022, 115079, y "Salas" sent.3/5/2022-entre otras-, TCP, Sala I.

Se trata de un remedio extremo, que sólo puede operar cuando resulte imposible compatibilizar la ley con la CN y los tratados que la integran (Fallos 328:1491), lo que de ninguna manera ha sido acreditado por la recurrente. Esto porque el argumento presentado sólo ataca la cuestión bajo un aspecto sesgado del alcance de la perpetuidad que ha de asignárseles a las penas en nuestro ordenamiento, y que ha sido el resultado del ejercicio de facultades propias del Congreso de la Nación y del ámbito de discrecionalidad que posee al cumplir con este quehacer.

La exégesis del término "perpetuidad" debe ser conformada con los postulados constitucionales que imprimen una finalidad determinada a las penas en nuestro derecho represivo, puesto que las leyes deben aplicarse buscando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan, porque la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador no se supone y por ello se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efectos (CS, Fallos 307:518).

En este sentido, la crítica que se le dirige debe contextualizarse con lo impuesto por los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4.2, 5.2, 5.3, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.2, 10.1, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestra CN por el artículo 75 inc. 22, en virtud de los cuales se ratifica que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos (art.18 CN), y se ha definido con mayor precisión la finalidad de la pena bajo términos de prevención especial positiva.

Por eso, la ejecución al orientarse a la readaptación y reforma de los condenados, con resguardo del concepto de persona y dignidad humana, excluye en todo aspecto legitimar un encierro de por vida, el que por propia naturaleza no cumpliría con la reintegración social. En definitiva, debe rechazarse toda acepción literal del término, pues ello haría trocar esa finalidad por otra y asignarle a la privación de libertad un componente de inocuización, retributivo y/o de defensa social vedado constitucional y convencionalmente.

Sin embargo, una interpretación dinámica del tópico impone un análisis que compatibilice y armonice el sentido y alcance de la pena a perpetuidad, negándole una duración sine die pues, de ser así, además, se atentaría contra el fundamento de proporcionalidad que rige respecto de la reacción penal del Estado, por aplicación del principio de culpabilidad que impide que la pena sea una sanción desmedida que transforme la privación en castigo o retribución .

En el ámbito del derecho internacional no existe una norma que impida la aplicación de una pena perpetua, ya que la mayoría de los tratados en la materia sólo establecen fórmulas más o menos similares, que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", conforme artículos 5.2 de la CADH, 7 del PIDCyP, 3 de la CEDH y 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte IDH, Caso "Mendoza y otros vs. Argentina, 14/05/2013).

Al respecto, cabe destacar -tal como se desprende del fallo impugnado- que la pena de privación de libertad perpetua aplicada a G.no constituye un acto cruel, inhumano ni degradante de los que prohíbe el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud que no se consideran tales, aquellos dolores o sufrimientos que sean consecuencia de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (cfr. art. 1.1. de dicho plexo, la cursiva me pertenece).

Por otra parte, el TEDH ha admitido la compatibilidad de sentencias de condena a encierro por tiempo indeterminado con la respectiva CEDH, sólo bajo la premisa de que se asegure debidamente el control judicial de las condiciones de la liberación y de que haya existido un examen concreto de la situación de los afectados (Caso 7906/77, Serie A 50, "Van Droogenbroek", del 24/6/82; Caso 23/1989/241-243, Serie A 190-A, "Thynne, Wilson y Gunnell", del 25/10/90; Caso 9787/82, "Weeks", Serie A, N° 114, del 2/3/87; Caso 6301/73, "Winterwerp", Serie A 33, del 24/10/79; Caso 7215/75, "X v. United Kingdom, Serie A 46, del 5/11/81; cfr. citas en el Cons. 44 del voto del doctor Enrique Santiago Petracchi, en "Gramajo, Fallos 329:3680).

En definitiva, y bajo esta tesitura que busca la congruencia de las normas con el estándar constitucional e internacional que rige en materia de derechos humanos, concluyo que las penas a perpetuidad son admisibles en la medida que el Estado autorice una revisión periódica del encierro que sufre el condenado, de modo que -más allá del "nomen"- exista la posibilidad de acceder a una liberación anticipada y que, en caso de denegación, la misma esté supeditada a un control regular.

Llevando estas premisas al caso en estudio, advierto que en nuestro derecho penal no es aceptable un encierro vitalicio, primero porque el mandato constitucional y convencional así lo impide; y segundo, ninguna sanción es ejecutable de por vida, de acuerdo a nuestra normativa, habida cuenta que, incluso en los casos de reclusión o prisión perpetua, está reglado el derecho a favor del penado de obtener una libertad condicional, bajo una serie de requisitos que hacen a la progresividad del tratamiento hacia la inclusión de la persona en la sociedad (cfr. art. 13 del C.P.).

Cierto es que no puede desconocerse en la especie lo establecido en el artículo 14 del Código sustantivo -cuyo alcance deberá revisarse a la luz de los principios constitucionales y postulados que vengo sustentando por la presente-, en tal sentido fluye con meridiana claridad que la limitación que podría derivarse de su aplicación aparece como una cuestión eventual, hipotética y futura que no merece discusión actual, por no ser éste el momento oportuno ni configurar un perjuicio real para el encausado, por prematuro.

Por estas razones, al no estar basada la concepción de la pena perpetua en un juicio de peligrosidad, sino que conciliándola bajo parámetros de readaptación y de resguardo de la dignidad del hombre, y de los principios de razonabilidad y culpabilidad que excluyen toda acepción literal del término en cuestión, las objeciones de la defensa no pueden prosperar y deben ser rechazadas.

Ahora bien, pasando al tratamiento del recurso interpuesto en favor de B.F., se advierte en primer lugar, que no se discute la materialidad ilícita, ni la posición de garante en que se encontraba en relación a la víctima, sino la calificación legal.

Se plantea que no conocía que su hija corría peligro de perder la vida, que no tenía el conocimiento necesario para determinar que la niña tenía lesionado el mesenterio y ello la podía conducir a la muerte, es decir que no actuó con el dolo que requiere el delito de abandono de persona calificado por el cual fue condenada (arts. 106 y 107, CP), de modo tal que su proceder resulta compatible con un homicidio culposo (art. 84, CP).

Sin embargo, se observa que los sentenciantes han fundamentado de modo suficiente la presencia de todos los componentes del tipo penal aplicado, y que la críticas traídas en el recurso son básicamente una reiteración de los planteos expuestos ante el Tribunal en lo Criminal que fueron atendidos en la sentencia, sin que su renovación en esta sede sin desvirtuar la respuesta jurisdiccional obtenida resulte un medio eficaz para modificar lo resuelto al respecto.

En efecto, se percibe que los jueces comenzaron el tratamiento de la cuestión con la transcripción del precepto legal para luego establecer que la conducta reprochada se ajustaba a su contenido.

Así, señalaron, que la figura básica de abandono de persona (art. 106, CP), castiga al "que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado.", el párrafo tercero, a su vez, agrava la pena del delito si a consecuencia del abandono ocurriere la muerte.Por último, el artículo 107 agrava el máximo y mínimo de las pena del artículo anterior cuando "el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge".

Como se adelantara, no se cuestiona en el recurso, el hecho atribuido a F., el vínculo parental con la víctima y su posición de garante, ni el resultado muerte, sino la calificación legal, concretamente, la presencia en el caso del elemento subjetivo del tipo penal impuesto, cuya acreditación -conforme también se anticipara-, se encuentra sostenida con sólidos fundamentos en el fallo, lo que conduce al rechazo del presente motivo de agravio.

Ello, pues, tras señalar los juzgadores que en lo concerniente al tipo subjetivo del delito el dolo del sujeto activo comprende el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar, de la ausencia de la conducta mandada, de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de actuar y las que fundamentan la posición de garante, lo afirmaron en el caso, a partir que B. F. sabía perfectamente la situación en la que se encontraba su hija porque había marcas y síntomas que indicaban que su salud y vida corrían riesgo, su padre y la abuela de la niña le indicaron que la llevara al hospital, y decidió no hacer nada para evitar tal situación cuando podía hacerlo porque nada se lo impedía y porque contaba con los recursos necesarios.

Conforme quedó establecido en el veredicto, y surge de la prueba recreada en él y evaluada al tratar el recurso de G., B. F. cuando regresó al domicilio tras la reunión que tuvo en le escuela, fue informada por su hija H. que B. había golpeado a Z., incluso en su declaración agregó que su hermana vomitaba y que su mamá la recostó en un sillón. Además, el abuelo de la damnificada Julio F., declaró que al volver del trabajo vio a Z.golpeada, como con una marca en el pecho de una zapatilla, con muchos mocos, y sugirió a su hija que la llevara al médico, ofreciéndole dinero para ello. Lo mismo le pidió la abuela, Adela del Valle Marín, pues dijo en el debate, que así lo hizo cuando logró comunicarse con B., y supo que su nieta se encontraba vomitando. Entonces, B. F. tuvo conocimiento del estado en que se encontraba su hija, y alegando creer que se trataba de una indigestión -soslayando que había sido alertada que fue golpeada y los signos compatibles con ello, como vómitos de color oscuro y decaimiento general- decidió no hacer nada, sino hasta que ya era tarde, pues cuando a altas horas de la noche la trasladó al hospital ingresó óbito.

En consecuencia, el desplazamiento hacia el homicidio imprudente pretendido por la defensa no resulta procedente y corresponde confirmar el encuadre legal establecido en la sentencia.

Por último, resta abordar el reclamo vinculado al monto de la sanción impuesta, el que como adelanté, resulta procedente.

B. N. F. fue condenada a la pena de dieciocho (18) años de prisión, accesorias legales y costas, como autora penalmente responsable del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo (conf. arts.45, 106, primer y tercer párrafo, y 107 del CP). Se indicó como atenuante su condición de primaria y no se computaron agravantes -sino solo al coimputado G.-.

El sistema general de determinación de la pena adoptado por el Derecho Penal Argentino -de penas relativas-, en el que se mencionan pautas de orientación ejemplificadoras, sin determinar no sólo el sentido sino tampoco el valor de cada una de las circunstancias, determina que deba evaluarse que las reglas seguidas cumplan con el deber de fundamentación explícita que permita el control critico - racional del proceso de decisión.

No existe norma que establezca determinado método de dosificación de la pena.

". Si lo que la defensa pretendía era que la decisión hubiera asignado un valor numérico a cada pauta, sumando y restando cada una de ellas sobre algún punto de ingreso a la escala penal, corresponde señalar que esta Corte ha declarado invariablemente que ese método no resulta impuesto por norma alguna."( SCBA P. 125.464, del 22/12/15, entre otras).

La evaluación del ilícito, el grado de culpabilidad del imputado con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del CP, no permite arribar a un monto con exactitud matemática.

Además, cabe mencionar que el principio de es un elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico sometido a los principios del Estado de derecho, compuesto por criterios de idonei dad (para la consecución de su objetivo), necesidad (atendiendo al derecho penal como ultima ratio o in dubio pro libertate) y exigibilidad, que se establece con el fin último de lograr un trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano (HASSEMER, Winfried, "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales", en El principio de proporcionalidad penal, Editorial Ad-Hoc, 2014).

Con lo señalado, en la sentencia puesta en crisis no existe justificación explícita alguna que permita examinar las reglas seguidas por el Tribunal y, así, posibilitar el control crítico-racional del proceso de decisión.Es que la condena debe guardar racional proporción respecto de los hechos delictivos endilgados. Así, siendo graduable el injusto y consecuentemente el reproche, la pena debe ajustarse a dichos parámetros, respetando -claro está- los marcos punitivos previstos para el caso (de seis años y ocho meses de prisión a veinte años, conf. arts. 45, 106 tercer párrafo y 107, CP). Ello así, en tanto el mentado principio de proporcionalidad, que insisto, conecta a la pena con el hecho, gradúa la sanción punitiva, cuya determinación está sujeta al juicio de los sentenciantes.

No se advierte la conexión entre las pauta atenuante y la ausencia de agravantes valoradas, con la determinación concreta del monto punitivo, que excede de forma amplia el término medio de la escala penal aplicable hasta fijarse prácticamente en su tope máximo, lo cual revela, en la especie, un simple decisionismo que la descalifica como acto jurisdiccional válido en la determinación judicial de la pena. Por ello, advirtiendo una falta de fundamentación, la sentencia habrá de ser casada en este aspecto (cfr, TCP, Sala I, c.114719 "Escobar", 10/5/2022).

En consecuencia, corresponde reenviar el legajo a la instancia de juicio para su cesura, en consonancia con los arts. 372 del CPP y 41 inc. 2° del CP, así como en resguardo de la garantía de revisión de la sentencia de condena por un tribunal superior (art. 8.2.h CADH y 18 CN) y de conformidad con lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia en la causa P. 123.003 "Danese, Daniel Orlando s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en c. 51267 TCPBA, sala 3", del 16/12/21 y en c, P 134.447 "Antúnez, Juan Alberto s/queja en causa nro. 100.623 del TCPBA, Sala I", del 23/06/21 (arts.18, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 45, 55, 119 párrafo primero y 141 del CP; 20 inc. 1, 106, 209, 210, 373, 448, 454 inc. 1°, 461, 530, 531, cits. y ccs., CPP).

Sobre la necesidad de la cesura del juicio en casos como el de autos me he expedido recientemente (en causa n° 113283 "Cribelli Sosa, Angel y otros" del 08/03/22) destacando que la determinación del monto de la pena a imponer ".reclama un debate independiente en lo relativo al análisis y justificación (.) Ello implica que se continúe e integre el juicio en una segunda etapa, en la que se realice otro debate completo, estructurado de manera tal que funcionen todas las garantías individuales que rigen para el procedimiento y fallo sobre la culpabilidad. La acusación puede introducir las cuestiones que demuestren la procedencia, conveniencia y criterios para individualizar la pena que solicite. El imputado y su defensa podrán contestarlas, aportar elementos y argumentos para refutar la especie, monto y demás asuntos planteados. En su caso, se recibirá la prueba. Finalizada esta segunda etapa, el tribunal contará con abundantes elementos para individualizar la pena y, con ello, podrá adoptar la decisión por fallo fundado".

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar, con costas, el recurso interpuesto en favor de B. G. y hacer parcialmente lugar presentado por la Defensora Oficial de B. F., solo en el segmento vinculado a la determinación judicial de la pena, sin costas, y casar la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 9 de Lomas de Zamora aquí impugnada, en el nivel antes precisado, por falta de fundamentación, debiendo disponerse el reenvío a la instancia para que, otro tribunal, previa audiencia de cesura de juicio, establezcan el monto de la sanción a imponer en el caso (arts. 5, 40, 41, 45, 80 inc.2, 106 tercer párrafo y 107 del CP; 1, 106, 210, 371, 372, 448, 450, 451, 454, 461, 530 y 531 del CPP).

ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor CARRAL dijo:

1. Abro respetuosa disidencia parcial respecto del sufragio del colega que lidera el acuerdo, Dr. Ricardo Maidana, con relación al abordaje del recurso interpuesto por la acusada B. N. F.

2. La defensa alega que el tribunal no pudo probar el dolo que exige la figura del abandono de persona atribuido a su asistida.

En lo esencial, cuestiona el tramo del veredicto donde dieron por probado que la acusada "sabía la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima".

Señala que el médico forense declaró que uno de los síntomas de la lesión en el mesenterio (como la que presentó la niña Z.) era dolor abdominal, pero explicó que ese dolor era similar al presente en una gastroenterócolitis. Que según el perito, la diferencia radicaba en que con el sangrado en el mesenterio el abdomen estaba blando, pero ese era un síntoma que solo un médico podía diferenciar, por su conocimiento profesional.

Señala que H. (hermana melliza de la fallecida Z.) no corroboró en la cámara Gesell que le haya dicho a su madre que Z. había sido golpeada en su ausencia, como lo declaró la tía paterna de las niñas en el juicio.

Agrega que si bien varios testigos declararon sobre las negligencias de B. F. en el cuidado de sus hijas, no se probó que "supiera que la menor había sido golpeada, que la evolución de las lesiones internas de la menor desencadenarían en la muerte de Z., si omitía prestarle asistencia médica, cuando los síntomas eran los de una indigestión". Al contrario, considera que la evidencia disponible demostró que B. F.esperó "la evolución de la dolencia de su hija, la cual tenía los síntomas compatibles con una indigestión, de la cual no se quejaba, dado que según la pericia del Dr. Frías, el sangrado de mesenterio no produce mucho dolor".

Señala que el tribunal acreditó el dolo de B. F. en el estado de la menor Z., en las marcas que supuestamente tenía en su cuerpo y en el aviso que, según un pariente, la menor H. hizo a su madre sobre los golpes que Brian G. le dio a Z.; pero sin reparar en que según lo declaró el abuelo de las niñas, el estado de Z. era compatible con el de un resfrío, que las supuestas marcas no fueron relevadas por el médico autopsiante, y en que la niña H. no dijo en la cámara gesell que haya alertado a su madre sobre los golpes que Z. había recibido en su ausencia.

En definitiva, observa que de la declaración del Dr. Frías "surge que es imposible para una persona con escasa educación, diferenciar entre un dolor abdominal por una indigestión y el dolor por el sangrado del mesenterio".

Insiste sobre el aspecto cognitivo del dolo, y afirma que "si el sujeto activo no tiene conciencia real de la situación en la que se encuentra la víctima no puede en modo alguno ser responsabilizado penalmente en los términos de la figura establecida en el art. 106 del Código Penal", por ello, solicita se recalifiquen los hechos como constitutivos del delito de homicidio culposo.

3. Establecido lo anterior y al contrario del enfoque asumido por el colega preopinante, observo que la recurrente sí discute la materialidad ilícita establecida en el veredicto y en un aspecto central de la imputación: si el riesgo en que se encontraba la niña Z.(propio del delito de abandono de persona) era conocible y si, efectivamente, la acusada lo reconoció, pues solo de ese modo cobraba vigencia el mandato de actuar, cuya omisión le reprochó el tribunal.

En efecto, en los delitos omisivos, el sujeto activo debe conocer las circunstancias indispensables para que cobre vigencia el mandato de actuar, relativas a la situación en la que está/queda el sujeto pasivo y el peligro que correrá. Bajo esas condiciones, el tipo penal exige que el sujeto no cumpla la conducta debida, conociendo las circunstancias fácticas que lo colocan en una posición especial de protección o salvaguarda.

4. También cabe tener presente, previo a ingresar en la revisión del veredicto, que en casos donde se imputa a mujeres por omisión de cuidado a sus hijo/as suele constatarse cierta vaguedad en las acusaciones, dada la tendencia a ampliar de manera extraordinaria la posición de garante de las madres respecto a riesgos que no pueden ser evitados en circunstancias concretas.

Es la imputación la que permite precisar los elementos concretos sobre los que debe versar el dolo y cuando se imputa la falta de atención médica después de la agresión cometida por un tercero, será relevante indagar cuánto conocía la madre sobre la agresión y su gravedad (o en su caso cuanto era reconocible si se tratara de una hipótesis imprudente), para juzgar si estuvo en condiciones de realizar un pronóstico real del riesgo en curso y de la situación fáctica que la obligaba a actuar.

Se trata, en definitiva, de evaluar la ponderación del riesgo que pudo hacer la mujer y, en ese marco, evitar que se filtren en la valoración reproches estereotipados que no se vinculen con la omisión reprobada penalmente sino con juicios de valor moral o sesgos de género, asociados al papel de una buena o mala madre.

5.Ahora bien, a fin de asegurar el correcto abordaje de los agravios formulados por la defensa, conviene repasar las hipótesis que se enfrentaron en el juicio oral y especialmente los alegatos finales que hicieron las partes, en tanto permitirá constatar si, como lo denuncia la recurrente, hubo omisiones probatorias relevantes en el razonamiento del tribunal.

En lo esencial y con relación a la acusada B. F., la fiscalía alegó que "aun cuando no supiese nada de lo realizado por su pareja [B. G.], y aunque su hija H. sí la había anoticiado con los recursos que puede tener una criatura de cinco años, viendo a Z. sufrir durante varias horas no hizo absolutamente nada para auxiliarla y socorrerla" (página 36 del registro informático del acta de debate). Señaló que "su conducta abandónica y su omisión de brindarle auxilio, puso en peligro la salud y la vida de su hija, y como consecuencia de ello se produjo la muerte" y agregó "que durante el tiempo en el que Z. manifestó dolor, vomitó y se fue desvaneciendo su madre no la llevó al médico, ni siquiera aun cuando su padre Julio F. se lo pidiera y le diera el dinero para conducirla en un remís, sino que lo hizo cuando la niña ya había fallecido". Luego, con relación a las circunstancias agravantes, valoró en contra de la acusada "el extraordinario e innecesario sufrimiento que permitió que su hija padeciera durante aproximadamente 8 horas" (pág. 39, acta debate).

5.1. La defensa sostuvo en el juicio oral una hipótesis alternativa a la de la acusación, sobre la que insiste en el recurso, pues denuncia que el tribunal la omitió sin reparar en la evidencia que le daba apoyo empírico.

En lo esencial, en la discusión final del debate, alegó que no se había probado que B. F.tuviera conocimiento del peligro concreto en que se encontraba su hija, en tanto los síntomas no se presentaron en la forma que lo señaló la fiscalía y que, en definitiva, no medió una omisión dolosa pues trasladó a la niña al hospital cuando las convulsiones comenzaron.

Señaló especialmente las consideraciones del Dr. Frías relativas a los síntomas que podía presentar la hemorragia en el mesenterio (que fue causa de la muerte de Z.) pues, según argumentó la defensa, el médico declaró que "producía en un principio dolor de abdomen", que no era terrible y "un sangrado constante y breve, que a la larga podía provocar convulsiones, palidez extrema y vómitos". Recordó que según lo declaró el médico "lo que producía era un dolor confundible con una indigestión o dolor de abdomen" y aclaró que "se diferenciaba por cuanto presentaba abdomen blando y que solo un médico podía notar esa diferencia y actuar en consecuencia" (pág. 48/49, acta debate). La defensa también señaló que de darse por probado que Z. vomitó, no era posible establecer cuándo lo hizo y que el Dr. Frías dijo que podía ser un síntoma de su lesión, pero luego de un largo proceso hemorrágico (pág. 49, acta debate). También observó que el testigo Julio F., abuelo de las niñas, corroboraba su hipótesis en tanto declaró "que el estado de la menor no era más que un resfrío, que no presentaba ningún síntoma que lo llevara a pensar que Z. se encontraba mal" (pág. 49/59, acta de debate).

6. Ahora bien, el veredicto contiene datos fácticos incontrovertidos. En lo que importa señalar: que B. F. era la madre de Z.y que no se encontraba presente en la casa cuando su pareja agredió a la niña; que llegó al lugar cerca de las 15 horas y que llevó a su hija a la guardia del hospital luego de las 23 horas, donde se constató su muerte.

Tampoco está controvertido que la acusada desconocía que la niña presentaba una hemorragia abdominal.

La discusión se centró en establecer si la mujer contó con información suficiente para conocer el peligro en que se encontraba la niña. En particular, si fue puesta en conocimiento de la agresión cuando llegó a la casa y especialmente sobre la existencia de síntomas que la pudieran alertar sobre la gravedad del cuadro de Z., pues -como vimos- la acusación alegó que eran notorios y que B. F. no hizo nada, aun cuando su propio padre, Julio F., le pidió que la llevara al médico.

7. Previo a ingresar en la revisión, también cabe observar la técnica que siguieron los jueces en la motivación del veredicto, pues en la cuestión primera transcriben las testificales que se prestaron en el debate (aparentemente, de forma completa), método que reiteran en la cuestión segunda del veredicto, donde vuelven a transcribir buena parte de lo que dijo cada testigo (primero cuando analizan la situación de B. G. y, otra vez, cuando analizan la de B. F.), dificultando la identificación de la información concreta que utilizaron al examinar esta última imputación, especialmente porque los testigos de la acusación destinaron gran parte de sus relatos a describir lo descuidada y negligente que era B. F. en el cuidado de sus hijas.

En ese sentido, observo que la centralidad de la información que incorporaron algunos testigos de la acusación estuvo orientada a señalar el incumplimiento de los deberes de cuidado correspondientes al rol materno de la acusada (dijeron que las niñas estaban sucias, mal vestidas, desabrigadas en invierno, desprolijas, con piojos y que B. F.no cuidaba la ropa nueva que le regalaba la familia paterna a las niñas).

De cualquier modo, aquel método dificulta el control de las inferencias probatorias que hace el tribunal por otra razón esencial, y es que los jueces realizan conclusiones remitiéndose a lo que dijeron determinados testigos, en forma genérica, pero sin realizar un ejercicio real de identificación de las proposiciones fácticas que acreditó cada relato. Sobre este tema volveré, con mayor precisión.

En ese sentido, observo que la presentación de la prueba disponible en el veredicto, aún si fuera completa y sin carencias informativas, no suple el razonamiento probatorio de los jueces, que requiere la individualización del aporte informativo de cada fuente y su interrelación, para extraer las premisas que justifiquen la decisión.

8. Ahora bien, en función de la técnica que sigue el veredicto y los agravios que plantea la recurrente, resulta necesario identificar las conclusiones que estableció el tribunal y la evidencia en la que las sustentaron; para luego estar en condiciones de examinar si, efectivamente, omitieron datos relevantes con capacidad para refutarlas.

8.1. En la cuestión segunda del veredicto, al analizar la situación de B. F., la jueza que votó en primer término, Dra. Victoria Ballvé (y al que adhirieron la Dra. Andrea Nicoletti y el Dr. Juan Manuel Rial), estableció:

Que "el día del hecho, una vez que la acusada regresó a su domicilio, su hija H. le dijo que habían golpeado a Z." (página 102, del registro informático del fallo completo).

Valoró la testifical de "Julio Antonio Fernandez, quien -en lo que a esta cuestión interesa- refirió que cuando regresó de trabajar, en horas de la tarde, observó que Z. presentaba una marca roja en el pecho, como si fuera una zapatilla marcada, y que, además, la niña tenía muchos mocos, por lo que le indicó a su hija que llevara a Z. al médico, para lo cual le dio dinero" (pág. 102).

Luego ponderó la declaración de "H.D., quien refirió que su hermana Z. vomitaba y que la madre la acostó en el sillón y en la cama, ubicando a la acusada en el domicilio en el momento en el que se presentaron los síntomas" (pág. 103) y tomó "en consideración el precario médico expedido por el Policlínico S. de Santamarina, del que se desprende que Z. ingresó a las 23.25 horas en la guardia de dicho nosocomio, constatándose su óbito".

8.2. Dicho esto, los jueces dieron por probado, en función "de los testimonios transcriptos en la cuestión primera", que la acusada "era descuidada con el aseo y el bienestar de las mellizas en general, problemática que se potenciaba en el caso de Z. porque era hipoacúsica". Señalaron que la madre no se ocupaba de que Z. tuviera colocado el audífono donado por el municipio, ni la llevaba en forma regular a la escuela especial "y, además, justificaba los moretones que en ocasiones presentaba, atribuyéndolos a la torpeza de la niña" (pág. 103).

8.3. Seguidamente, volvieron a transcribir parte de las declaraciones que se prestaron en el juicio oral, en los tramos que estimaron relevantes (pág. 104/115) y, finalmente, valoraron la testifical del médico del Cuerpo Médico Forense de la Superintendencia de Policía Científica, Dr. Marcos Frías (pág. 115/117), información sobre la que volveré por la trascendencia que le asignaron no solo las partes, sino el propio tribunal.

8.4. Establecido lo anterior, los jueces concluyeron que: "si bien es cierto que la acusada no estuvo presente en el momento en el que su pareja B. G.ejecutó la golpiza que provocó las lesiones que le causaron muerte a su hija Z., y que las lesiones de gravedad que tenía la niña eran internas, lo que dificultó que fueran conocidas por la acusada, no menos cierto resulta que la madre de la niña contaba con información suficiente para actuar y acudir en tiempo oportuno a un médico para que asistiera a su hija" (pág. 117, el subrayado y los que siguen, me pertenecen, a fin de facilitar la revisión).

Sostuvieron que "en efecto, la encausada F. sabía que B. G., durante la ausencia de la nombrada, había golpeado a Z., porque ni bien llegó al domicilio, su hija H. se lo contó. A su vez, el abuelo de las niñas, que había visto la marca que tenía en el pecho, le indicó que llevara a Z. al médico, y le dio el dinero para que lo hiciera. La abuela de la niña también le pidió que la llevara al médico al enterarse de que Z. no estaba bien".

"Por último se encontraba presente en el momento que su hija tenía vómitos de color oscuro, que se sumaron al cuadro dolor y decaimiento que padecía".

"Sin embargo, aun frente a este cuadro sintomático revelador del mal estado de la niña, la imputada decidió no concurrir al médico, abandonando a su suerte a su hija que, en horas de la noche falleció por no haber recibido la asistencia médica que su situación crítica demandaba" (pág. 117/118).

Más adelante, insistieron en que "quedó probado que la nombrada, aun cuando los abuelos de la pequeña -Julio F. y Adela del Valle Marín- se lo indicaron, no procuró asistencia médica para su hija" (pág. 119).

9. Posteriormente, al analizar la calificación legal del hecho atribuido a B. F.(en la cuestión primera de la sentencia), los jueces recordaron -en lo que importa destacar- que "aun c uando quedó probado que la acusada no se encontraba presente cuando su pareja ejecutó el ataque contra la niña y que, más allá de la referencia genérica que le hizo H. en la emergencia, la nombrada pudo no conocer con detalle los pormenores de la golpiza -por la imposibilidad de Z. de comunicarlo y el silencio de B.- no menos cierto resulta que el estado de la pequeña era notoriamente crítico. El abuelo de la niña, que había visto la marca que tenía en el pecho, le indicó a B. que llevara a la pequeña a la salita o al hospital, para lo cual le dio dinero. También lo hizo la abuela paterna, al enterarse de que Z. no estaba bien" (pág. 138/139, el subrayado me pertenece).

En la misma cuestión, los jueces señalaron que hubo un amplio margen de tiempo en el que la acusada pudo ejercer una acción de salvamento y no lo hizo; y respondieron a la defensa que si bien era cierto que B. F. llevó a la niña al hospital (pues se probó que ingresó por guardia con Z., a las 23.25 horas), también era cierto que "decidió" llevarla cuando ya estaba muerta (fs. 140).

10. Entonces, en definitiva, el tribunal tuvo por probado: (i) que la acusada fue puesta en conocimiento de los golpes que había recibido la niña durante su ausencia; (ii) que los síntomas de Z.eran reveladores de su mal estado ("era notoriamente crítico"); (iii) que fue alertada de que debía llevarla al médico y, en consecuencia, (iv) contó "con información suficiente para actuar y acudir en tiempo oportuno a un médico para que asistiera a su hija", no obstante, (v) decidió no hacerlo.

Sin embargo, la confrontación de esas conclusiones con la evidencia utilizada para su justificación, permite cuestionar su corroboración empírica, en tramos relevantes para sostener la imputación de la acusada.

11. En forma preliminar, cabe observar que el relato de la niña H. (hermana melliza de la fallecida Z.) fue recreado, con mayor detalle, a partir de la información que incorporaron al juicio distintos parientes de su familia paterna, a los que la niña contó lo que pasó el día del hecho, pues en la cámara Gesell H. no logró circunstanciar lo ocurrido en la casa después de que llegó su madre.

En efecto, esas dificultades fueron advertidas por los jueces del tribunal, no obstante señalaron que en su declaración H. afirmó las siguientes proposiciones fácticas: "que B. estaba en la casa; que le pegó a Z.; que la hizo llorar, que también "le hizo shhhhh" para silenciarla; que Z. vomitó; que tomó agua; que la mamá la acostó en el sillón y en la cama; y que la llevaron al médico"; agregaron que H. "también señaló que B., después de pegarle a Z., en algún momento se fue de la casa y afirmó que ni su madre ni su abuelo le pegaron a Z." (página 99 del archivo informático del veredicto).

En definitiva, lo que interesa destacar -de momento- es que en la cámara Gesell H. no dijo que le había avisado a su madre que B. le pegó a Z., sino que fueron sus parientes los que recrearon ese tramo de su relato, especialmente su prima Micaela D., quien dijo ser la persona que escuchó a H.contar lo que le había pasado a Z., al día siguiente del hecho.

12. A fin de facilitar la lectura de esta revisión, importa señalar que Micaela D. declaró que al día siguiente del hecho fue con su propio tío (Ricardo D., también tío paterno de las mellizas) a buscar a su prima H. Dijo que ella la llevó a cenar a Mc Donald's y cuando volvían, en el remise, H. le contó lo que le había sucedido a Z. Por su parte, Ricardo D. declaró sobre lo que le contó Micaela, cuando volvió de cenar con H. y aclaró que él no estuvo presente cuando la niña habló sobre lo sucedido (pág. 44).

Adriana Libonatto (madre de Micaela D. y tía paterna de las mellizas) declaró en el juicio oral sobre lo que contó H. Sin embargo, la formulación de preguntas que se le dirigieron en el examen directo y que constan en el veredicto (por ejemplo, "interrogada por la fiscalía para que, si podía, diera más detalle de lo que H. le dijo a Micaela sobre lo ocurrido a Z.", pág. 35), permiten inferir que, en lo central, la testigo Libonatto también se habría referido a la información que transmitió Micaela D. a la familia, aunque en otro tramo de su extensa declaración Libonatto incluyó información que H. le habría contado a ella, directamente (pág. 36).

13. De todos, el tribunal dio por probado que la acusada fue puesta en conocimiento de los golpes que había recibido Z. durante su ausencia y justificaron esa proposición fáctica en lo que dijo H.

En efecto, establecieron que "el día del hecho, una vez que la acusada regresó a su domicilio, su hija H. le dijo que habían golpeado a Z." (página 102, del registro informático del fallo completo).

Si bien los jueces aquí no lo explicitan, es claro que no utilizaron -para justificar esa conclusión- lo que dijo H.en la cámara Gesell (pues allí no informó ese dato), sino el relato que hicieron sus familiares, sobre lo que dijo la niña.

Como ya señalé, Micaela D. dijo que H. le contó lo que le había sucedido a Z., al otro día del hecho, mientras que a Adriana Libonatto se le hicieron preguntas referidas a lo que H. le había contado a Micaela. Por ello, cabe inferir (porque insisto, el tribunal no lo explicita) que a fin de justificar aquella proposición fáctica (que H. le dijo a su mamá que B. habían golpeado a Z.), los jueces tomaron principalmente el relato de Micaela Dompinguez.

En cualquier caso, la testifical de Micaela D. no fue controvertido por los jueces del tribunal.

14. Ahora bien, Micaela D. recordó primero el relato que le hizo H. sobre la agresión hacia su hermana, por parte de B. Luego, en lo que aquí importa destacar, "le preguntó a H. si la madre estaba presente cuando esto pasó y le respondió que no, que la mamá llegó después y que, cuando apareció, agarró de la mano a la hermana y le fue a contar que B. le había pegado, pero ésta no hizo nada. Que la nena también le refirió que después llegó el abuelo [Julio F.] y que intentaron contarle pero que, como recién llegaba de trabajar y estaba cansado, se acostó a dormir y no la escuchó; que luego Z. se empezó a sentir muy mal y empezó a vomitar del color del tomate; que la madre la bañó y la acostó en el sillón; y que cuando se hizo de noche la mamá se fue con Z. al hospital" (página 48, el destacado me pertenece).

15. Sin embargo, Julio F., padre de la acusada y abuelo de la víctima (cuya fiabilidad como fuente de información tampoco fue controvertida por el tribunal y se utilizó para acreditar otras proposiciones fácticas que conformaron la imputación en contra de B.F.), declaró -en lo que aquí interesa- que "llegó de trabajar -aproximadamente a las 13.30 o 14.00 horas (.) que Z. estaba sentada en el sillón viendo televisión porque ya había terminado de comer. Que el declarante vio que Z. tenía como picaduras en la cara y en el brazo. Que, pensando que podía ser varicela, le levantó la remera y vio que tenía una mancha roja en el pecho -tenía como marcada una zapatilla-.

Que a la media hora o cuarenta minutos llegó su hija -que se había ido al jardín- y el declarante le preguntó qué le había pasado a Z. que tenía esas marcas. Aclaró que no le preguntó nada a B. sobre la marca ni tampoco a sus nietas. Que su hija le respondió que Z. se había caído en el jardín. Que el declarante le replicó 'cómo que se cayó en el jardín?' Y B. le dijo 'sí, se cayó en el jardín'. Que el dicente entonces le refirió que se fijara, que la nena estaba chorreando mocos, que la llevara a la sala o al hospital, por si tenía fiebre, y le dio plata a B. para que llevara a la nena al médico y también para que comprara pizza para cenar, siendo que ésta le dijo que sí, que la iba a llevar. Que el declarante se fue a dormir y se levantó aproximadamente a las cinco o seis de la tarde." (página 39/40, el destacado y los que siguen, me pertenecen).

Julio F. agregó que "a las 20.30 o 21.00 horas entró a su dormitorio Z. con un plato de pizza. Que el deponente comió y se volvió a dormir" (página 40), circunstancia sobre la que le repreguntó el fiscal, reiterando el testigo que Z. entró a su habitación "a la noche cuando le fue a llevar pizza" (página 41). El testigo también dijo "que la nena estaba bien cuando el dicente la vio, no notó nada raro" (página 41).

16.Ahora bien, en primer término cabe señalar que el tribunal no se expide en ningún tramo del veredicto sobre las inconsistencias que surgen entre la declaración de Julio F. y la testifical de Micaela D. (quien reprodujo el relato de H.), aun cuando ambos relatan lo ocurrido la misma tarde, con diferencias relevantes y notorias, lo que debió llevar al tribunal a extremar el análisis sobre la eficacia probatoria de una u otra testifical.

En efecto, si tomamos el relato que H. hizo a su prima: primero llegó su mamá, fue junto con Z. a decirle que B. le había pegado a su hermana y su abuelo llegó después, le intentaron contar sobre los golpes, pero estaba cansado y no las escuchó.

Por su parte, Julio F. dijo que llegó primero y se ubicó en un rol más activo (y hasta diligente) que el que habría relatado la niña: dijo que advirtió las "picaduras" que tenía Z., circunstancia que lo llevó a inspeccionar el resto de su cuerpo y constatar otra mancha, roja, en el pecho, "tenía como marcada una zapatilla" dijo. No obstante, cuando declaró sobre la advertencia que le habría hecho a B. F. cuando llegó a la casa, su relato se volvió más vago. Le dijo "que se fijara", "que la nena estaba chorreando mocos" y "que la llevara a la sala o al hospital, por si tenía fiebre".

17. De todos modos, al margen de la divergencia señalada y dando por ciertos los hechos que narró Julio F., considero que no es posible concluir de su relato -como interpreta el tribunal- que le haya indicado a B. F. que lleve a Z. al médico porque su estado era "notoriamente crítico", pues aun cuando mencionó que vio una marca en el pecho de la niña, no hizo esa directa vinculación. Le habría dicho a B."que se fijara", "que la nena estaba chorreando mocos" y "que la llevara a la sala o al hospital, por si tenía fiebre".

Por otra parte, constato que el testigo no declaró sobre la exteriorización de ninguno de los otros síntomas que los jueces dieron por acreditados (dolor abdominal, decaimiento y vómitos). Al contrario, Julio F. dijo que entre las 20.30 y 21 horas Z. fue a llevarle un plato con pizza a su habitación y "que la nena estaba bien cuando el dicente la vio, no noto´ nada raro" (página 41), datos que el tribunal omite directamente al examinar la situación de B. F.

18. Volviendo a las alertas que la acusada habría desatendido, constato que además de la declaración de Julio F., los jueces valoraron que Adela del Valle Marín, abuela de la niña, "también le pidió [a B.] que la llevara al médico al enterarse de que Z. no estaba bien" (pág. 117).

Sin embargo, de las razones y del contexto en que la testigo hizo esa indicación, no surge alarma alguna, ni vinculación con el estado crítico y notorio que los jueces dan por probado.

En lo que importa destacar, Adela del Valle Marín declaró que ese viernes (el día que murió Z.) tenía que ir a buscar a las nenas al jardín y empezó a llamar a B. F. por teléfono para confirmar si habían asistido. Recordó que "aproximadamente a las 13.00 o 13.30 horas, B. la llamó y le dijo que las nenas no habían ido al jardín -al que iban en el turno tarde- porque Z. estaba descompuesta. Que cuando le preguntó qué le pasaba a la nena, ésta le respondió que estaba devolviendo porque había comido pizza y le había caído mal, ante lo cual la declarante le pidió que por favor la llevara al doctor, pero B. no le contestó" (pag. 52).

No estuvo en discusión que a las 13.00/13.30 horas B.estaba en la reunión del jardín y esa inconsistencia que fue advertida por el fiscal en el juicio, pues inmediatamente le preguntó a la testigo si tomando en cuenta lo declarado en la IPP, esa llamada podría haberla hecho a las 15.45 horas, respondiendo "que sí, que podría ser, porque ese día llamó varias veces y no le contestaba" (pag. 53).

A un lado esa imprecisión, no puede concluirse razonablemente que la circunstancia fáctica que relató la testigo (que Z. estaba descompuesta, que habría comido algo que le cayó mal y vomitó) refleje una situación que debió alarmar a la madre, al menos con la urgencia que intenta otorgarle el tribunal.

19. Entiéndase bien, no se trata de justificar una posible desatención en el cuidado de la niña, pues ciertamente si mostraba signos de descompostura, la madre era responsable de prestarle asistencia. Pero el sentido de la imputación que se hizo a B. F. es que dejó morir a su hija, sabiendo la situación de gravedad en la que estaba.

En ese aspecto, no hay equivalencia posible entre los cuidados que requería una posible indigestión de la niña, con los que exigía una hemorragia interna en curso (desconocida por la acusada).

En otras palabras, si los síntomas que exteriorizó la niña eran similares a los de una indigestión, al menos hasta que se presentaron las convulsiones, como lo alegó la defensa (no sin buenas razones, como veremos al examinar la declaración del Dr. Frías), que B. F. no la haya llevado inmediatamente al hospital no puede considerarse inadecuado.

Entonces, que la abuela paterna le haya dicho a B. que llevara a la niña al médico porque estaba descompuesta o vomitó, nada avanza, en términos de la imputación por la que fue llevada a juicio.

20. También es importante señalar que no se pone en discusión la gravedad del cuadro que transitó Z., producto de la lesión por compresión en el pecho que se atribuyó al acusado B.G. y que, efectivamente, fue causa de su muerte; como tampoco que la atención médica a tiempo hubiera salvado su vida (según lo explicó el Dr.

Frías).

Sin embargo, lo que el tribunal debía establecer, en primer lugar, era si la lesión interna de Z. presentó sintomatología (señales reconocibles) y con capacidad para reflejar la gravedad de su cuadro.

Como dije, esa conclusión no puede inferirse del episodio que relató la abuela paterna, pero tampoco -en mi opinión- de la testifical de Julio F., pues si bien declaró que le dijo a B. que llevara a Z. al médico, también recordó que cerca de las 20.30 o 21 horas vio a su nieta y que estaba bien. En definitiva, ninguna de esas testificales reflejó el estado crítico notorio de la niña del que habló el tribunal.

20. Dicho esto, constato que al valorar la testifical del Dr. Frías (en el tramo donde analizaron la situación a B. F.), los jueces omitieron datos relevantes que también eran compatibles con la hipótesis alternativa de la defensa.

21. Ya señalé, al referirme al método que siguió el tribunal en la motivación del veredicto, que las declaraciones fueron transcriptas tanto en la cuestión primera como en la cuestión segunda, y dentro de esta última, al momento de analizar la situación de B. G. y, otra vez, al examinar la responsabilidad de B. F.

Me referiré, entonces, a la información que los jueces valoraron en ese último tramo, vinculada a los puntos discutidos (pág. 115/117).

22. El tribunal señaló que, en el debate, el médico del Cuerpo Médico Forense de la Superintendencia de Policía Científica, Dr. Marcos Frías, "manifestó que, según la autopsia, la hemorragia que provocó la muerte fue causada por la lesión del mesenterio del intestino.Explicó que el sangrado del 'meso' no era tan contundente como el de otro órgano o víscera maciza -como podía ser el hígado o el riñón-; en este caso el sangrado no era tan veloz y daba un margen amplio para corregir la lesión -de entre tres a seis horas-. Asimismo, apuntó que con una sutura de un punto en el meso dañado se frenaba el sangrado y se solucionaba el tema" (pág. 115).

Los jueces señalaron que "preguntado para que diga qué síntomas pudo haber tenido la víctima a consecuencia de las lesiones que presentaba, respondió que como síntoma principal podía mencionarse el dolor, porque usualmente la sangre en el peritoneo lo causa, también palidez, y cuando se llega al shock empieza el estado crepuscular, esto es, cuando no llega suficiente sangre al sistema nervioso la persona empieza a desmayarse, y hasta puede dar convulsiones sobre el final, pero lo más probable era que empezara a desmayarse. Preguntado para que diga si causaba vómitos respondió que si había sangrado interno en el tubo digestivo o sangre en el intestino podía provocar vómitos, de color café -borráceo- o negro porque la hemoglobina en el tubo digestivo tiende a oscurecerse" (pág. 116).

En cuanto al tiempo de aparición de los síntomas, "expresó que entendía que el dolor era inmediato porque la hemoglobina de la sangre irritaba el peritoneo y lo causaba" (pag. 117).

23. Sin embargo constato que en este tramo del veredicto, los jueces omitieron que en el juicio el Dr. Frías fue preguntado por la fiscalía sobre "qué dimensión de dolor provocaba una lesión como la que presentaba la víctima", respondiendo que "el dolor era un síntoma subjetivo, [que] dependía de la persona" pero agregó "que, sin perjuicio de ello, entendía que no se trató de un dolor muy grande porque la panza en estos casos quedaba blanda, no se ponía dura como ocurre cuando se tiene una infección" (pág.82, primera cuestión del veredicto).

Preguntado nuevamente por el fiscal para que diga "si podía describir el grado de sufrimiento de la víctima", el testigo "mencionó que lo único que podía decir era que tuvo dolor, como dijo anteriormente, nada más" (pág. 82/83).

24. Es fácil constatar que hubo omisiones probatorias relevantes en este tramo del razonamiento del tribunal. En efecto, si uno de los argumentos centrales de la defensa fue que los síntomas de la niña eran compatibles con los de una indigestión y no reflejaron la gravedad real de su cuadro, sino hasta que ya fue tarde (pues B. F. trasladó a la niña al hospital cuando las convulsiones comenzaron); los datos incorporados por el médico forense al explicar los alcances que pudo tener el dolor en el caso concreto (según su experiencia), no debieron ser omitidos.

Se trataba de un dato relevante para examinar la hipótesis explicativa de los hechos que invocó la defensa, pero también con capacidad para refutar un tramo relevante de la hipótesis de la acusación, cuando argumentó que las lesiones internas de la niña "le significaron un dolor extraordinario", durante varias horas, que la madre ignoró (pág. 39, acta de debate). En ese sentido, la defensa señaló un dato que difícilmente los jueces podían compatibilizar con la hipótesis acusatoria.

25. La omisión en la que incurrieron los jueces en este tramo del veredicto se hace más patente porque al analizar la situación de B. G., sí valoraron lo que informó Frías sobre la intensidad del dolor que probablemente vivenció la niña, circunstancia que refuerza que no fue un dato que pasó desapercibido para los jueces.

En efecto, constato que al rechazar la agravante de ensañamiento que sostuvo la fiscalía (respecto del homicidio que se atribuyó a B. G.), el tribunal argumentó que "en el presente caso, conforme lo explicó en el debate el Dr. Frías, si bien las lesiones que presentaba la niña Z. D.tenían entidad para causarle dolor, en particular la lesión del mesenterio, porque usualmente la sangre en el peritoneo lo provoca, preguntado puntualmente sobre ello, expresó que no se trataba de un dolor agudo ni insoportable" (pág. 136, del registro informático del fallo).

En definitiva, el Dr. Frías concluyó que si bien el dolor fue un síntoma que debió aparecer de manera inmediata, también estimó que (por la ubicación de la lesión) no debería ser un dolor ni muy grande, "ni agudo ni insoportable" .

26. Recuerdo que según consta en el acta de debate, en el alegato final la defensa señaló que, según el médico Frías, el sangrado era fácilmente curable con una intervención quirúrgica sencilla, "y lo que producía era un dolor confundible con una indigestión o dolor de abdomen"; "aclaró que conforme lo mencionara el facultativo que brindara su testimonio en el debate, se diferenciaba por cuanto presentaba abdomen blando y que solo un médico podía notar esa diferencia y actuar en consecuencia" (pág. 48/49, acta debate, el subrayado me pertenece). La defensa también alegó que de darse por probado que Z. vomitó, no era posible establecer cuándo lo hizo y que el Dr. Frías dijo que podía ser un síntoma de su lesión, pero luego de un largo proceso hemorrágico (pág. 49, acta debate).

Sobre los puntos señalados no se expide el tribunal que, ya vimos, da por probado que hubo dolor, de manera genérica, concluyendo que no pudo pasar desapercibido para la acusada. Tampoco se establece cuándo podrían haberse presentado los vómitos de la niña, pues también sobre este síntoma se realizan consideraciones genéricas y se omite el relato de Julio F. en el tramo que declaró que vio a Z.cerca de las 20.30, 21 horas, que ingresó a su habitación a llevarle comida y que en ese momento estaba bien.

Luego, constato que si bien de las reseñas que hizo el tribunal sobre la declaración del médico Frías no surge el tramo donde habría informado que "el dolor sería confundible con una indigestión o dolor de abdomen" y que "solo un médico podía notar esa diferencia y actuar en consecuencia" (como alegó la defensa); lo cierto es que a la luz de las omisiones probatorias constatadas, en tramos relevantes para examinar las hipótesis en conflicto, cabe preguntarse si no estamos frente a una nueva omisión de información, pues los jueces ni siquiera se preocuparon en responder que, en ese tramo de la argumentación, la defensa habría alegado sobre prueba inexistente o tergiversado la declaración del médico.

27. Luego, se dio por probado que Z. vomitó y que B. F. estuvo presente al aparecer este síntoma, pero no se precisó en el veredicto el momento en que habría aparecido.

Recuerdo que al momento de valorar la declaración de H. en la cámara Gesell, los jueces observaron las dificultades que tuvo la niña al declarar, no obstante señalaron que pudo afirmar -en lo que aquí importa-, "que Z. vomitó; que tomó agua; que la mamá la acostó en el sillón y en la cama; y que la llevaron al médico" (página 99).

En ese sentido, constato que el informe realizado por la perito psicóloga del Ministerio Público Fiscal -Sección ASI descentralizada de Esteban Echeverría-, con motivo de la entrevista llevada a cabo con la niña H. a través de la cámara Gesell, señaló que "H. aun no tiene incorporado claramente, por su edad evolutiva, la noción temporal (pasado-presente-futuro) por ello se manifiesta como si todo ocurriera en un mismo tiempo. La niña en su relato, expresa su percepción de las cosas y como ella las logra comprender" (pág.85).

Cabe reparar que también sobre este punto la defensa hizo alegaciones concretas. Ya vimos que en la discusión final del debate señaló que de darse por probado que Z. vomitó, no era posible establecer cuándo lo hizo y que el Dr. Frías dijo que podía ser un síntoma de su lesión, pero luego de un largo proceso hemorrágico (pág. 49, acta debate).

Esa última argumentación no fue ni examinada ni refutada por el tribunal. Tampoco consta en la reseña que los jueces hicieron de la declaración del Dr. Frías, que haya afirmado que los vómitos podían aparecer "pero luego de un largo proceso hemorrágico".

Sin embargo, me permito hacer una observación, en función de las omisiones que se fueron constatando a lo largo de la revisión, pues el fiscal sí se refirió a lo que dijo el Dr. Frías en el debate sobre los probables síntomas y como irían apareciendo; y si bien lo que dicen los litigantes en su alegato podría no corresponderse estrictamente con lo que dijeron los testigos, constato que en este caso la reseña del fiscal sobre los dichos de Frías son compatibles con lo informado por la recurrente y, en ese sentido, posibilita un conocimiento más aproximado a lo que efectivamente declaró y permite el control del veredicto.

Según el fiscal, Frías explicó "que la sangre en el peritoneo causaba dolor en lo inmediato, luego empalideciendo, desmayos, desvanecimiento, y de allií se pasaba a un estado crepuscular al no irrigar sangre en el sistema nervioso central, produciéndose convulsiones, como aquellas producidas por la epilepsia, vómitos del color marrón a negro, pues la hemoglobina tiende a oscurecerse y finalmente el deceso de la persona" (pág.33, acta de debate).

En definitiva, es posible concluir, de acuerdo con la información que brindó Frías en el debate, que si bien el dolor debió aparecer de manera inmediata luego de la agresión, no fue grande, intenso, ni agudo y que los vómitos, de estar presentes, debieron aparecer luego del estado crepuscular, junto con las convulsiones, hacia el final del proceso que condujo a su muerte; y ello resulta compatible con la hipótesis de la defensa.

28. Ya señalé que los delitos omisivos son circunstanciados, pues solo de ese modo estaremos en condiciones de establecer si el sujeto activo conoció las circunstancias objetivas indispensables para que cobre vigencia el mandato de actuar.

En ese sentido, no bastaba con afirmar que la niña presentó dolor, que vomitó o que le dijeron a B. F. que lleve a la niña al médico, sino en examinar cómo esas circunstancias se configuraron en el caso concreto, para estar en condiciones de analizar si eran reveladoras de la situación de peligro en la que estaba la niña. En otras palabras, si el riesgo era conocible en las circunstancia concretas.

Las omisiones probatorias, sumadas a la ausencia de tratamiento de la hipótesis alternativa de la defensa, en tramos relevantes, permiten constatar una reducción de la complejidad de la información disponible por parte de los jueces para sostener la culpabilidad de la acusada, que refleja un sesgo de confirmación en el razonamiento, caracterizado por la tendencia a buscar y sobrevalorar las pruebas y argumentos que confirman la propia posición inicial, e ignorar y no valorar las pruebas y argumentos que no la respaldan.

En definitiva, considero que la evidencia disponible no permitía dar por probado que el estado de la niña "era notoriamente crítico", ni que la mujer fue alertada en función de ese estado.

En consecuencia, no puede confirmarse el dolo que exige la figura del abandono de persona, pues B. F.no conoció el riesgo en el que se encontraba su hija, requisito necesario para generar la obligación de actuar (en el caso, para dar curso a la atención de salud).

29. Ahora bien, descartada la imputación dolosa del resultado, estimo que la falta de comprobación de signos externos que reflejaran la gravedad del cuadro de la niña, también impide la aplicación del art. 84 del Código Penal, pues el delito imprudente exige la cognoscibilidad del acontecer típico, sobre la base de los conocimientos y capacidades individuales del autor.

En efecto, la contrariedad al deber de cuidado, que se señala como esencia del delito imprudente, "es solo una expresión distinta para el presupuesto ya conocido a partir de la imputación objetiva, de que la conducta del autor tenga que implicar un riesgo jurídicamente reprobado para el bien jurídico típicamente protegido" (conf.

Frister, Helmut; Derecho penal. Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 250).

En ese sentido, se constata que el delito imprudente se estructura de modo paralelo al del dolo, en tanto "el autor actúa imprudentemente si sufre un error de tipo evitable, es decir, si no conoció todas las circunstancias que realizan el tipo, pero tales circunstancias le eran conocibles. El concepto de cognoscibilidad se remite así a la capacidad de percepción y conocimiento empírico del autor.

Al autor le son conocibles las circunstancias que realizan el tipo, cuando si hubiera prestado la atención debida, las habría conocido aplicando sus conocimientos empíricos" (ob. cit, pág. 250, el subrayado me pertenece).

Bajo esas condiciones, reitero que el tribunal no pudo probar que el estado de la niña fuera "notoriamente crítico", ni que la acusada recibió indicaciones vinculadas a la notoriedad de ese estado. Al contrario, la testifical del Dr.Frías permite confirmar que el dolor que con seguridad vivenció la niña, si bien se presentó de manera inmediata luego de la lesión, no debió ser grande, ni intenso, ni agudo, y que los vómitos, de estar presentes, debieron aparecer luego del estado crepuscular, de manera coetánea a las convulsiones, hacia el final del proceso que condujo a su muerte.

Frente a esa configuración fáctica, no es posible afirmar que B. F., aun si hubiera prestado la atención debida, habría reconocido el riesgo en que estaba su hija.

Por ello, corresponde casar parcialmente el fallo recurrido y absolver a B. N. F. con relación al hecho imputado, pues el examen de la prueba valorada por los magistrados revela que ella es insuficiente para fundar una condena. (arts. 106 tercer párrafo y 107, "a contrario", Cód. Penal; 1, 106, 210, 371, 372, 448, 450, 451, 454, 461, 530 y 531, CPP).

ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor VIOLINI dijo:

A los fines de alcanzar la mayoría exigida por el art. 168 de la Constitución Provincial, y en lo que ha existido discrepancias entre los colegas preopinantes, adhiero por sus fundamentos a lo expresado por el doctor Maidana.

ES MI VOTO.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

I. Declarar admisibles las impugnaciones deducidas por las Defensoras Oficiales, Dras. Vanina Palermo y Patricia Babio.

II. Rechazar el recurso interpuesto en favor de B. G., con costas.

III. Por mayoría, hacer parcialmente lugar al recurso interpuesto en favor de B. F., solo en el segmento relativo a la determinación judicial de la pena, y casar en dicho nivel la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 9 de Lomas de Zamora aquí impugnada, por falta de fundamentación, sin costas.

IV. Disponer el reenvío a la instancia para que otro tribunal, previa audiencia de cesura de juicio, determinen la pena a imponer a B . F. como autora del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo por el que fue condenada.

Rigen los arts. 1, 18 y 75 inc. 22, CN; 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCP; 5, 40, 41, 45, 80 inc. 2°, 106 tercer párrafo y 107 del CP; 1, 106, 210, 371, 372, 448, 450, 451, 454, 461, 530 y 531 del CPP.

Regístrese electrónicamente. Notifíquese y oportunamente radíquese en el órgano de origen.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 06/06/2023 09:25:18 - CARRAL Daniel Alfredo - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/06/2023 10:05:56 - MAIDANA Ricardo Ramon - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/06/2023 11:22:38 - VIOLINI Víctor Horacio - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/06/2023 11:31:36 - GONZALEZ Pablo Gaston - AUXILIAR LETRADO RELATOR DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL