



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

En la ciudad de La Plata a los 14 días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 75.136 de este Tribunal, caratulada “**ORTEGA VILLA, Paulino s/ recurso de Casación**”, y su acumulada N° 75.132 “**B. B., M. s/ recurso de Casación**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN - NATIELLO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

**ANTECEDENTES**

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia de los recursos de casación deducidos tanto por la defensora particular, Dra. Silvia Fabiana Petroff, como por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial La Plata, Dra. Cecilia Dolores Sicard, contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 2015 por la que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 2 de esa Departamental condenó a Paulino Ortega Villa a la pena de catorce (14) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, y a M. B. B. a la pena de diez (10) años, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por haber sido encontrados coautores penalmente responsables del delito de tentativa de homicidio agravado por el vínculo y por haber sido cometido con alevosía, en función de lo normado por los arts. 42, 45 y 80 incs. 1 y 2 del Código Penal.

II. La defensa técnica de Ortega Villa denuncia la inobservancia por parte del “a quo” de los preceptos contenidos en los arts. 1, 3, 106 y 371 del C.P.P., al tener por acreditada la materialidad infraccionaria por la que viene condenado su defendido.

En apoyo a su postura crítica las conclusiones a las que arribó el órgano de mérito, en tanto nunca explicó en que consistieron las diferentes formas en que se produjeron las múltiples lesiones al niño E. R. O. B., y que ello incidió directamente a los fines de considerar la “*equivocidad*” de aquellos actos, lo cual permitiría

distinguir si los mismos fueron idóneos y si pusieron en peligro inmediato la vida del menor, o cuales resultaron preparatorios o ejecutivos, a los efectos de establecer la existencia de una tentativa de homicidio agravado.

Advierte que no existe ningún elemento de prueba que permita establecer la intención homicida por parte de Ortega Villa. Señala que la falta de motivación de la sentencia puesta en crisis sobre dichas cuestiones es tal que resulta imposible inferir si realmente existió dolo y si ese dolo estaba direccionado hacia el tipo penal enrostrado o hacia otro distinto, afectando gravemente el ejercicio del derecho de defensa en juicio de su asistido.

En este sentido señala que los sentenciantes realizaron una mera enunciación de distintos elementos de prueba, sin efectuar una motivada valoración de la misma, que al tener por acreditado el delicado estado de salud del niño E., y a través de dicho cuadro pretendieron establecer la existencia de una inequívoca intención de terminar con su vida por parte del acusado, sin brindar una acabada exposición del iter lógico requerido por la normativa procesal.

Añade que los magistrados omitieron analizar la versión de los hechos efectuada por ambos acusados, a la luz del art. 371, segundo párrafo del Ceremonial, quienes explicaron que Ortega Villa fue quien llamó a su hermano para que lo trasladase junto a su hijo hasta la Policlínica SINAMEC, de la localidad de Olmos, y que ello resultó corroborado a través del testimonio brindado por el galeno Esteban Eduardo Ronsino, quien asistió al niño E., explicando que el mismo fue trasladado por un sujeto del sexo masculino quien le manifestó “*mi hijo se está muriendo, sálvelo...*”, elementos éstos que permiten descartar por completo la existencia de un “*animus*” homicida por parte del encausado, constituyendo un planteo sustancial que no fue debidamente atendido en el fallo aquí cuestionado.

En atención a lo expuesto, como segundo motivo de agravio, entiende erróneamente aplicado al caso el art. 42 del C.P., por lo que solicita se encuadre la conducta desplegada por su asistido dentro de las previsiones del art. 43 de ese Cuerpo Legal, al advertir que existió un desistimiento voluntario por parte del encausado, precisamente por no haber podido acreditarse ninguna “*cuestión ajena a su voluntad*” en relación a un homicidio tentado, motivo por el que considera que

deben observarse estrictamente los arts. 1 y 3 del C.P.P., en función de los principios de inocencia e “*in dubio pro reo*”.

Como consecuencia de lo expuesto solicita la libre absolución de Paulino Ortega Villa.

Finalmente, y en forma subsidiaria, cuestiona la ponderación como pauta agravante del retraso madurativo que ostenta E. R. O. B., debido a que -según su entender- no existe ningún elemento de prueba que pueda vincular ese dato con las lesiones provocadas, y ello encuentra sustento en que la Dra. María Soledad Arévalo durante el debate aclaró que el cuadro presentado por la víctima de marras podía obedecer a múltiples razones -incluso tratarse de cuestiones congénitas-, máxime cuando el niño no fue llevado ante una institución médica con anterioridad al hecho ocurrido.

Formula reserva del Caso Federal en los términos del art. 14 de la Ley 48.

III. Por su parte la Defensa Oficial, en representación de M. B., en primer lugar denuncia la transgresión al principio de congruencia.

Expone que la acusación se integra con dos actos sucesivos que se complementan: la requisitoria de elevación a juicio y las conclusiones finales del debate.

Indica que hasta que el alegato final se produce no hay acusación en sentido estricto sino sólo el ejercicio de la acción penal, de modo tal que en ese segundo acto puede mantener el objeto de la requisitoria, recortar su alcance o desistir de la acusación, y que en ese sentido el Tribunal no puede ignorar la decisión definitiva presentada por la fiscalía, donde en el caso en concreto retiró la imputación respecto del delito de tentativa de homicidio.

Alega que al haber atribuido a B. la inacción ante la conducta agresiva ejercida por su pareja, ello constituyó una mutación que delimitó el objeto procesal sobre el que el Tribunal de Juicio debía resolver, por lo cual la resolución finalmente adoptada conculcó el derecho de defensa de la encartada al colocarla en estado de indefensión.

Como segundo motivo de agravio, en función del cuadro así descripto y por los argumentos antes expuestos, entiende violentadas las reglas del debido proceso

por haberse conculcado el principio acusatorio, dado que en definitiva su ahijada procesal resultó condenada por un hecho distinto y más grave que el descrito por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Subsidiariamente, denuncia la absurda y errónea valoración de la prueba efectuada por el “a quo”, en franca violación de los arts. 210 y 371 del C.P.P. y 45 del C.P., al tener por acreditada la materialidad ilícita y la coautoría penalmente responsable de B. en el evento que nos convoca.

Sostiene que los juzgadores no efectuaron una clara determinación del hecho imputado, recurriendo a aplicar las reglas de la coautoría concomitante o paralela únicamente para suplir el desconocimiento de la conducta asumida por cada uno de los encausados.

Señala que el fallo aludido luce argumentos contradictorios para acreditar la autoría de su asistida, en tanto primero atribuye a cada uno de los concubinos la comisión de acciones violentas contra el menor, con inequívoca intención de terminar con su vida, para luego de ello, exponer que no resultó condición necesaria determinar cual de los dos progenitores golpeó al niño, pues el otro debió impedirlo y no lo hizo, de modo tal que ambos contribuyeron a poner en riesgo su vida, actuando a título de dolo eventual.

Afirma que de admitirse la hipótesis que su asistida debió impedir el resultado y no lo hizo, siguiendo los lineamientos teóricos de la omisión impropia, no podría sostenerse que la sindicada concretamente haya tenido la posibilidad de impedir la conducta lesiva del agresor, ya sea porque no se encontraba presente al momento del hecho o porque tuvo una fuerte injerencia su condicionamiento personal y cultural.

Por los motivos expuestos, es que considera que la conducta desplegada por la encartada tampoco puede ser subsumida bajo las previsiones del art. 106 del Código Penal, por lo que solicita se case el fallo impugnado, asumiendo competencia positiva y se absuelva a M. B.

Al igual que su colega, hace reserva del Caso Federal.

IV. Concedidos ambos recursos por el “a quo”, los mismos fueron radicados en esta Sala, encontrándose las partes debidamente notificadas, momento en que se

procedió a acumular la causa 75.132 a la presente por existir conexidad objetiva entre las mismas, designándose audiencia para el día 30 de agosto del corriente año, a las 10.00 horas, a efectos que las partes informen oralmente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 456 y 458 del Ceremonial.

Llegado a este punto es de destacar que la defensa de Ortega Villa desistió expresamente de su realización (ver constancia de fs. 69/vta.). Asimismo durante el transcurso de la audiencia mencionada, la Defensa Oficial, con la intervención del Dr. Mario Luis Coriolano, amplió los fundamentos del recurso deducido en la instancia a favor de la encausada B., presentando en tal sentido y luego de concluida la misma, una nota a fin de efectuar algunas consideraciones en relación a los planteos realizados en ese acto (escrito de fs. 91/116).

Por su parte, la Sra. Fiscal Adjunta ante esta Casación, Dra. Daniela Bersi, expresó los motivos por los cuales propició el rechazo del recurso incoado a favor del encausado Ortega Villa, al entender que no se evidencian las violaciones legales denunciadas, al tiempo que postuló la libre absolución de B., al considerar que en el presente caso se encuentra afectado el principio de congruencia, dado que la nombrada resultó condenada por un delito por el cual nunca fue acusada por ese Ministerio Público, y que tampoco existe la posibilidad de adecuar la conducta de la encausada bajo las previsiones del art. 106 del C.P., dado que de las constancias de la causa, surge que la misma no tuvo la posibilidad de evitar el resultado lesivo, ya que se trata de una persona que fue sometida violentamente por su pareja, con fuertes condicionamientos culturales e intelectuales, de modo tal que el caso así planteado exige que sea resuelto desde una perspectiva de violencia de género, acompañando memorial con los argumentos que formaron parte de la referida audiencia (fs. 80/88).

Que oportunamente y de conformidad con lo solicitado por las partes, fueron requeridos los autos principales, por lo que una vez cumplidos los trámites de rigor, la presente causa pasó a estudio sin más trámite.

V. Encontrándose los autos en estado de dictar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

## CUESTIONES

1ra.) ¿Resultan admisibles los recursos de casación interpuestos?

2da.) ¿Proceden los remedios procesales impetrados?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

### **A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Entiendo que los recursos son admisibles pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirigen a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio a ambos imputados y sus respectivas defensas técnicas (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccdtes. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

### **A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

### **A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Resultan ciertamente atendibles los agravios invocados por los recurrentes, motivo por el cual adelanto que propiciaré la libre absolución de M. B. B., por los fundamentos que pasaré a exponer, al tiempo que acogeré parcialmente a los planteos desarrollados por la defensa del coencartado Paulino Ortega Villa, procediendo a la recalificación del hecho enrostrado, con su consiguiente reducción de pena.

Así, en una primera aproximación debo dejar sentado que, de la lectura de los presente actuados, el Suscripto advierte un quiebre en el razonamiento desarrollado en los votos que conformaron mayoría de la sentencia puesta en crisis, no solamente en lo referente a la valoración de las distintas pruebas que conforman el

plexo cargoso en contra de los acusados, sino también en lo concerniente a la argumentación y fundamentación de la determinación de la responsabilidad penal de ambos imputados, en relación a los tipos legales contenidos en los incs. 1º y 2º del art. 80 del Código Penal.

La situación apuntada exige que, previo a adentrarme en el análisis de los distintos reclamos efectuados por los recurrentes, resulta necesario formular ciertas precisiones, a los fines de poder lograr un cabal conocimiento de las particulares aristas que presentan procesos como este, y que deben ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la intelección de los sucesos que han de ser decididos, a efectos de arribar a una correcta solución del caso, lo que me obliga a analizar la realidad de cada uno de los imputados separadamente.

A) La situación de M. B. B.

De manera coincidente con lo expresado por la Defensa Oficial, y por la Sra. Fiscal Adjunta ante este Tribunal considero que, dadas las circunstancias que rodean a este delicado caso traído a conocimiento de esta Alzada, resulta imperioso que el mismo sea evaluado desde una perspectiva de género, más debemos precisar en que consiste tal enunciado.

He de poner de resalto el ilustrativo dictamen de la representante de la vindicta pública, Dra. Bersi, no solamente por su contenido sumamente valioso en la materia que se abordará sino que ha hecho gala del deber objetivo de actuación que le es inherente y que está consagrado en el art. 56 del C.P.P. y en la ley 14.442 al acompañar la postulación defensiva en el tramo que se analizará.

En esa línea debo señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, rta. el 1/9/2011, ya tuvo la oportunidad de expedirse en un caso que presenta ribetes asimilables al presente, en el que el Cívero Tribunal compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, declarando procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia apelada.

En el fallo citado se destaca el voto de la Dra. Highton de Nolasco, quien en la oportunidad reseñó que: “...3) *Que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -“Convención de Belem do*

*Pará” (aprobada a través de la ley 24.632), en su preámbulo sostiene que la violencia contra la mujer constituye “...una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales...”, “...una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”. Asimismo, al referirse a cuáles son los derechos que se pretende proteger a través del instrumento, menciona en primer término que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 3°)..., ...4) Que por otra parte, la ley 26.485 de “Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1°) y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5° y 6°); pone en cabeza de los poderes del estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículo 7°); y finalmente establece un principio de amplitud probatoria “...para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...”, tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31)..., ...5) ...en consecuencia, aquella afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso -a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario-, deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido...”.*

El Máximo Tribunal Nacional a través de lo resuelto estableció la obligación de analizar en cada caso en concreto la aplicación de aquellos instrumentos internacionales que han incorporado esa “perspectiva de género”. Es dable destacar que dicho criterio luego fue recogido por diversos fallos locales, entre



los que cabe destacar -entre muchos otros más- el temperamento adoptado por el Superior Tribunal de Justicia de San Luis en “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2012, por la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, de la Provincia de Tucumán en sentencia del 28 de abril de 2014, y por la Corte de Justicia de Catamarca, sentencia n° 23, con fecha 31 de mayo de 2012, organismo que precisamente debió dictar un nuevo pronunciamiento con los alcances señalados por la Corte Nacional, en el mencionado precedente “Leiva, María Cecilia s/ Homicidio Simple”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la imputación debatida posee incidencia sobre una mujer que aduce ser víctima de violencia (de género y doméstica), debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional y como principio rector para la solución de este tipo de casos, a efectos que no se ignore la complejidad de esta problemática que afecta a miles de mujeres en el ámbito de nuestra República, exigiendo para ello un análisis integral tanto de la normativa internacional como de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que “...*como lo señala la Convención de Belém do Pará... la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es 'una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres', que 'trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases...'*” (Cfr. Corte I.D.H., Caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia del 31 de agosto de 2010).

Encontramos entonces, en primer lugar, la Convención de la O.N.U. sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas, firmada y ratificada por nuestro país en 1980 y 1985, respectivamente. La misma resalta que a pesar de los esfuerzos de los instrumentos internacionales por garantizar al hombre y a la mujer igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales y políticos, se ha comprobado que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.

Asimismo, pone en evidencia que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad. La Convención define la expresión “discriminación contra la mujer” como “...*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...*” (art. 1).

En ese sentido, establece que los Estados partes se comprometen a “...*Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio...*” (art. 2, inc. a), a reconocer “...*a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley...*” (art. 15) y a adoptar “...*todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer...*” (art. 16).

Parece increíble para una sociedad moderna, en el último cuarto del Siglo XX, tener que plasmar en un documento internacional estos conceptos como así el enunciado general contenido en el Preámbulo del mismo la consideración como “humanos” los derechos de las mujeres, que constituyen la población de más de la mitad de nuestro planeta.

Por su lado, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) -firmada el 9 de junio de 1994 e incorporada a nuestro bloque constitucional mediante la sanción de la ley N° 24.632 (publicada con fecha 9 de abril de 1996)- establece las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Ésta afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos

humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Reconoce -como se adelantó anteriormente- que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y la antes apuntada manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

En esa inteligencia establece que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social, y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

Hay que poner de relieve que en su art. 1 se define a la violencia contra la mujer, como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Por otro lado, dispone que este tipo de acciones contempla la posibilidad que: a) tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que se desarrolle en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo; así como, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art. 2).

En este mismo contexto, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha suscripto -en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana- la “Declaración de Cancún” (2002) y las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (2008). La primera subrayó la necesidad de implantar una perspectiva de género en el marco general del acceso de la mujer a la justicia, mediante la adopción de una política de igualdad de género por parte de las Cortes y Superiores Tribunales, que tenga impacto en todas las áreas y en todos los niveles institucionales, tanto en su organización interna, como en el servicio brindado. Por su parte, las “Reglas de Brasilia” sobresaltan la importancia de la participación de funcionarios y operadores

de la justicia en la labor del diseño, la divulgación y la capacitación en orden a la aplicación de las condiciones necesarias que garanticen a las personas en situación de vulnerabilidad el efectivo acceso a la justicia. Incluso, el art. 19 de las mencionadas Reglas define lo que se considera violencia contra la mujer, reiterando el concepto contenido en las otras normas internacionales antes citadas.

Por último, es preciso mencionar que la aludida ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en su art. 3 establece expresamente que se garantizan todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros y en especial, los referidos a una vida sin violencia y sin discriminaciones; a la seguridad personal; a la integridad física, psicológica, sexual, garantizando también, un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización. Asimismo, la normativa define en su artículo 4° qué se entiende por violencia contra las mujeres.

En el art. 5 establece y define los distintos tipos de violencia contra la mujer, dividiéndola en física, psicológica, sexual, simbólica, económica y patrimonial. En cuanto a las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, el art. 6° especifica a la violencia doméstica, y en idéntica dirección, deja claro que “...*Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y en las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: ...inc. d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; ...inc. i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos...*” (art. 16).

Concluido el relevamiento, es posible apreciar que normativamente se ha introducido una perspectiva que pretende prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres; lo cual depende -básicamente- de la elaboración de programas y políticas públicas destinados a tales fines, como así también del rol que responsablemente asuman los organismos del Estado -entre ellos el Poder Judicial-.

En todo caso, de los sistemas normativos expuestos puede colegirse que las mujeres víctimas de violencia gozan en el proceso judicial de un estándar de protección superior, tras advertir las peculiares condiciones que definen su estado de vulnerabilidad, lo que determina la necesidad de una protección específica.

En ese entendimiento, ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió que “...*la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura... especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana...*” (Caso Penal “Miguel Castro Castro Vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006) y que “...*la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer... complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana...*” (Caso “González y otras ('Campo Algodonero') Vs. México”, sentencia del 16 de agosto de 2009), de modo tal que en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, estableció que aplicará el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos -derecho a la integridad personal- y fijará sus alcances, tomando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de las Convenciones antes mencionadas. Es decir, la Corte Interamericana para conceptualizar la violencia de género, acude a la definición prevista por el art. 1 de la Convención de Belem do Pará y a la CEDAW, aplicando el art. 5 de la C.A.D.H. en función de dicha normativa.

Incluso se aprecia que dicho organismo, en diferentes pronunciamientos (“Caso Inés Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de fecha 30 de agosto de 2010; entre otros), incorporó la perspectiva de género, introduciendo destacados

elementos de análisis fácticos y jurídicos y, en tal sentido, las decisiones allí adoptadas se destacan por haber utilizado, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos.

Por su parte, el CEDAW [“Committee on the Elimination of Discrimination against Women” o su traducción, “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”] en su “Opinión Consultiva N° 19” (1992), estableció que: “...*La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, para luego decir que [se] incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. Así la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación...*”.

Que así las cosas, la violencia de género debe ser entendida como aquella que es utilizada por el varón contra mujer cuando usa su poder y su injustificada supremacía cultural, física y/o económica y, se da no solamente en la pareja heterosexual de adultos, sino también en todos los grupos sociales. No sólo abarca la violencia doméstica o actos de violencia física, sexual, psicológica, emocional, económica, dentro del ámbito familiar sino que abarca la perpetrada en la comunidad en general, y que como ya lo señalara, esa relación entre sus protagonistas (hombre-mujer), lleva ínsito un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor; causar un daño por el hecho de ser mujer.

Mientras la víctima convive con el agresor, se produce y mantiene un estado de sometimiento, un estado de “cosificación” por obra de las violencias ejercidas por el agresor.

Una de las principales características de la violencia doméstica y violencia de género, es el tiempo de victimización, porque a diferencia de otros

delitos, aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una violencia cada día más agravada, con mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad.

Dentro de este contexto no puedo dejar de puntualizar que las respuestas que el sistema judicial en su conjunto ha dado hasta el momento, indican que hay factores muy diversos que explican que las mujeres vulneradas no quieran denunciar este tipo de hechos, básicamente, porque a muchas de ellas difícilmente el ámbito penal pueda protegerlas como se espera, y ello se debe a múltiples factores que van desde la incomprensión de la magnitud de estos hechos como consecuencia de los patrones culturales patriarcales y misóginos prevalecientes en la sociedad, la excesiva burocratización de los procedimientos legales, las dificultades para investigar las complejas y crueles modalidades de esta violencia, hasta la imposibilidad de establecer una caracterización de los responsables.

Esta falta de respuesta evidencia que en muchos casos los mismos problemas que se presentan para formalizar la denuncia, también hacen difícil sostener una causa en el tiempo, o atravesar el proceso penal sin ser pasible de una victimización secundaria (o revictimización) resulta casi imposible, trayendo aparejado el hecho que cuando el Estado no responde en tiempo y forma a los compromisos internacionales asumidos en la materia, la violencia de género se convierte en violencia institucional.

A esta altura, resulta claro que en este tipo de procesos es obligatoria la materialización de la “perspectiva de género” como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y de las pruebas del caso, en la medida que nos sitúa en una comprensión global de lo acontecido y que dicha pauta hermenéutica ha sido concebida por un sistema normativo que extiende sus alcances a decisiones jurisdiccionales como la presente.

El estudio de la prueba debe entonces concretarse bajo la directriz de la normativa nacional e internacional antes mencionada, en consonancia con la Ley provincial 12.569 (de “violencia familiar”, mod. por las leyes 14.509 y 14.657), teniendo en cuenta así el bien jurídico protegido en estos casos, lo cual resulta relevante, a efectos de evitar un falso enfoque de una situación que puede llegar a

debilitar los dichos de la mujer, que en la mayoría de los casos resulta ser la única prueba de cargo, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que se desarrollan dichos actos de violencia.

Precisamente, sobre ese aspecto vale aclarar que “...*en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza...*” (Conf. S.T.J. de San Luis en el precedente que hiciera referencia en los párrafos que anteceden, in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”).

Sentadas las bases sobre las que habrá de transitar la revisión propugnada en el recurso, pasaremos a ver la situación de M. B.

De esta manera, atento a las constancias glosadas en autos, en función de los argumentos vertidos por las partes y la delicada situación que llega a conocimiento de esta Alzada, entiendo que corresponde cumplir con las pautas de revisión y control de la prueba que surge de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos 328:3399), a las que deben sumarse los postulados antes enunciados relativos a la “perspectiva de género”, toda vez que considero que el “a quo” obvió o directamente soslayó elementos probatorios esenciales para resolver el caso traído a estudio.

A tal efecto y con el fin de poder brindar un debido tratamiento del recurso interpuesto por la Defensa Oficial, procederé a realizar un exhaustivo análisis del plexo probatorio toda vez que, como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último,



llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro más Alto Tribunal en el citado precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “*Leistungsfähigkeit*”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden -por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del Juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. - Madina, Marcelo A., “*El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Como es sabido, el objetivo del proceso penal es la búsqueda de la verdad “*real*” o “*material*” de los hechos: tarea que en el mismo se realiza en base al estudio, análisis y evaluación (razonada y fundada) de las pruebas legalmente a él incorporadas por las partes o por iniciativa del Tribunal. De esta manera los Jueces valorarán las pruebas recibidas en base a las reglas de la sana crítica racional, viéndose obligados a motivar su decisión en derecho y a través de una correcta comprobación de los hechos.

De tal manera, omitir valorar determinada prueba puede descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido, donde la misma debe aparecer como eficaz y decisiva, con posibilidades de influir efectivamente en el fallo, y que al

contrastarla con el resto del material probatorio, el pronunciamiento quede sin sustento adecuado.

Sentado ello, corresponde decir que la contextualización de los hechos, en el modo en que se hizo en el fallo impugnado, omite por completo los antecedentes de violencia previos al evento que nos convoca, a contramano no sólo de lo esgrimido por la parte recurrente sino también los numerosos informes que serán motivo de análisis, por lo cual en el razonamiento empleado por el “a quo” se evidencian los vicios lógicos y absurdos denunciados, en lo que hace a la participación de B. en el ilícito referenciado, por lo que considero que no se ha logrado la certeza convictiva que esta instancia requiere.

En este punto, debe indicarse que el estándar probatorio de un proceso penal como el presente exige la mayor amplitud posible de la valoración de los elementos que lo componen, donde la declaración ampliatoria en los términos del art. 317 del C.P.P. brindada por B. constituye un elemento fundamental (fs. 152/157 de los autos principales), la cual debe ser meritada sin desentenderse de aquella circunstancia en que la nombrada pudo exponer su versión de lo ocurrido una vez que contó con un abogado de su confianza y distinto al que en un principio la defendiera junto a su concubino, siendo que además encuentra apoyo en las conclusiones efectuadas por los expertos que concurrieron a la audiencia oral.

En este sentido cobró relevancia la declaración juramentada expuesta por la licenciada Silvia Inés Sánchez, cuyos pasajes más relevantes fueron puestos de resalto por la Dra. Sicard, peticionando la letrada que se dejara constancia en actas que la testigo dijo: *“...la mamá se mantuvo callada durante toda la entrevista a pesar de que se hizo el esfuerzo de que contestara preguntas dirigidas a ella”* y *“dos o tres elementos me condujeron a arribar a la conclusión de que se trataba de una madre sometida. La primera es esta situación de que durante toda la entrevista la mamá no pudo decir ninguna palabra en relación a nada que se estuviera preguntando, ni siquiera en relación a la situación de su hijo. Otra cuestión era la imposibilidad de comentar donde vivía, no podía dar cuenta de su domicilio y luego cuando se presentaron los familiares maternos de alguna manera confirmaron esta situación, sobre todo el abuelo que es con quien vivía antes de venir a Argentina, se*

*manifestaba sorprendido porque la relación con su hija era buena, ya que él y su pareja incluso ayudaban a criar a E....”.*

La sentencia en su voto mayoritario no recoge dicho testimonio, es más realiza una valoración parcializada del informe confeccionado por la licenciada, el cual fuera elevado por la lic. María Isabel Bosco, Jefe del servicio social del Hospital de Niños “Sor María Ludovica”, y por el director de la mencionada institución, Dr. Eduardo A. Pucci (obrante a fs. 34/38 de los autos principales e incorporado por lectura al debate) haciendo hincapié únicamente en aquellos puntos que abonaron su postura (al sindicarse que ambos encausados aparecían más preocupados por su responsabilidad que por la salud de su hijo, y tratando de minimizar lo ocurrido como un ocasional accidente doméstico), pero nada dicen de lo expuesto por la lic. Sánchez, quien sí remarcó que la madre del niño permaneció toda la entrevista en silencio, a pesar que se le dirigieron preguntas hacia ella, de manera específica, y a modo de conclusión señaló que la progenitora apareció sumida en una relación de dominación donde no puede tomar la palabra frente a la presencia de su pareja, existiendo una interacción violenta del tipo violencia castigo, como así tampoco contestan los argumentos esgrimidos por la Defensa Oficial en tal sentido.

La fragmentación aludida es inadmisibles y lleva a descontextualizar la situación que el informe pretende evidenciar.

Del mismo modo el fallo cuestionado desestimó escuetamente la declaración de la Dra. Sofía Caravelos, sin brindar mayores explicaciones del por qué de su decisión, al tiempo que descartó de manera infundada y arbitraria las conclusiones vertidas en el informe del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (glosado a fs. 355/359 de los principales), suscripto por la citada profesional y por la Coordinadora de dicho organismo, lic. Laurana Malacalza, el que fuera incorporado al juicio por acuerdo expreso de las partes (véase fs. 346).

De las referidas constancias surgen que las nombradas entrevistaron en dos oportunidades a la encausada, que para aquél entonces, se encontraba alojada en la Unidad 33 de la localidad de Los Hornos, perteneciente al Servicio Penitenciario Bonaerense. Inicialmente hicieron especial mención a los procesos migratorios como

contexto para la comprensión de los hechos de violencia de género, advirtiendo que no se debe omitir el análisis de las causas estructurales en que ocurrieron los hechos, en los que se torna indispensable implementar los estándares internacionales y nacionales en materia de acceso a la Justicia de mujeres en contextos de violencia, a efecto que las mismas no resulten revictimizadas y a la vez puedan obtener en éste ámbito protección y saneamiento.

A tal efecto solicitan se tenga en cuenta la situación de violencia intrafamiliar por la que atravesaba la encausada, y su condición de migrante que debe ser necesariamente entrecruzada para poder comprender cabalmente su vulnerabilidad. Señalan que las mujeres inmersas en este tipo de contexto son más vulnerables y se encuentran más expuestas a sufrir abusos, ya sean físicos, psicológicos o a que se expropian sus ingresos. Abonan estos casos una relación de pareja fuertemente jerarquizada y un entorno social y jurídico que sancionan insuficientemente la violencia de género, que son factores a tener en cuenta.

Genera también el temor que promueve a migrar el hecho de no perder el contacto con el padre de los hijos, responsable de la manutención, y que en esta situación estaba inmersa la acusada. Indicaron que el coencausado de marras no se había hecho cargo del embarazo de M. B., a quien siempre la ayudaron sus padres mientras ésta estaba estudiando.

Puntualmente lo expuesto en el referido informe se concatena no sólo con los dichos vertidos por la encartada de autos, sino además encuentra apoyo en la prueba documental obrante a fs. 181/183, incorporada por lectura al juicio, en la que se advierte que el Sr. Bernabel Bejarano Ramírez denunció a Ortega Villa por la supuesta desaparición de su hija, ante la dirección provincial de la policía nacional boliviana, de la localidad de Vitichi; el correspondiente certificado expedido por el Colegio Nacional Mixto “Tomás Frías” de Vitichi, Potosí, el que da cuenta que la acusada cursaba el 4<sup>a</sup> año de la secundaria, precisamente hasta el 31 de mayo de 2013; y finalmente, la certificación efectuada por la autoridad municipal de la jurisdicción antes mencionada, en la que consta que los padres de M. denunciaron a Ortega Villa por abuso sexual y la desaparición de su hija.

También hicieron un repaso de la situación actual en Bolivia sobre la violencia hacia las mujeres, país de Latinoamérica que registra los mayores índices para estos casos, que presentan la particularidad que cuando el varón migra primero se genera un deterioro en las relaciones de la pareja, relacionadas con la pérdida de control y dominio de los hombres hacia las mujeres migrantes en el contexto de recepción, lo que en general dio lugar al maltrato, la violencia física y sexual, llegando incluso a la pérdida de la libertad ambulatoria. Frente a este cuadro explicaron que la encartada tenía miedo que la legislación boliviana, o directamente Ortega Villa, le sacaran a su hijo, por lo que cuando este tuvo un año decidió venir para Argentina.

Pusieron de resalto que M. no conocía el barrio, que cada vez que Paulino salía de su domicilio le ponía candado a la puerta y que ella quedaba encerrada sin llave. Que no conocía donde había un almacén, un kiosco, centro de salud, etc..., que ni siquiera la dejaba salir a realizar compras, y que tampoco llegó a manejar dinero. Que cuando el acusado salía siempre lo hacía solo y si volvía borracho la obligaba a tener relaciones sexuales a pesar que ella se negaba, denotando que estaba sometida en un ciclo de violencia, que la tenía como destinataria a ella y a su hijo E..

Concluyen que resulta relevante para la defensa de una mujer en este contexto considerar prioritariamente su historia de vida, marcada por la violencia y la dominación dentro de la pareja, para asegurar su derecho de defensa en juicio, y que cuando los operadores del Derecho omiten este análisis, ello se constituye en un obstáculo para el acceso a la Justicia de estas mujeres inmersas en este tipo de situación.

En atención a lo expuesto no pueden dejar de meritarse los informes labrados dentro del ámbito del Servicio Penitenciario Bonaerense de fs. 296/298, de los que surgen que le encartada en junio de 2013 es traída a la Argentina por el padre de su hijo, quien ya vivía aquí desde antes, encontrándose la misma en tratamiento psicológico, manteniendo una buena relación con su hijo A., que permaneció siempre junto a su progenitora, al igual que con E. que los iba a visitar hasta dicho lugar de alojamiento con su abuelo.

Lo hasta aquí expuesto se concatena con la presentación efectuada por la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires (fs. 323/332), que propicia que el presente caso sea abordado y enfocado desde una perspectiva de género e intercultural. Sostiene que coinciden en la imputada causales de opresión y discriminación: ser mujer, pobre, migrante y en situaciones de violencia sexual y doméstica, afectando tanto su salud física y psíquica, como su propia autonomía como mujer, lo que permite sostener que se trata de una persona que se encuentra bajo una intensa situación de subordinación y vulnerabilidad, debido a la interseccionalidad de modalidades y formas de discriminación que coinciden en su persona, encontrándose así sometida a un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas.

La descripción efectuada cobra relevancia al ser comparada con los datos arimados en el informe social confeccionado por la lic. Marisa Laura Passaro, y por la pericia psicológica realizada por la lic. María Elina del Rosario Hiriart, oportunamente agregados al incidente de apelación a la prisión preventiva de B. Asimismo la nombrada en segundo término prestó su testimonio en el debate oral, dejándose constancia en el acta respectiva, donde la deponente dijo en referencia a la imputada: *“...‘No tenía recursos intelectuales como para defenderse frente a las presiones, malos tratos o violencia de género’, que ante la pregunta aclaratoria del Presidente del Tribunal ¿Estaba coaccionada? Respondió ‘Podría decirse que sí pues las represalias eran físicas y psicológicas’ como así también que expresó ‘No había rasgos de ser mala madre o no tener capacidad para sostener el vínculo’ y ‘Cuando llegaba este señor, por cuestiones de hábito se terminaba la tranquilidad y ella pasaba a ser una víctima más’...”*.

Sobre este punto debo poner de resalto que las conclusiones efectuadas sobre la inculpada por la licenciada Hiriart fueron prudentemente recogidas por el voto en disidencia del Dr. Bernard, quien evaluó con justeza el alcance de las mismas, comprendiendo que la versión brindada por la encausada en su primera declaración resultaba entendible dada forma en que era sometida por su pareja, quien la obligó a sostener una mentira, donde la voluntad y el consentimiento de B. estaban viciados por la acción que ejercía el coencausado Ortega Villa, y que la situación

apuntada tornaba imposible sostener una imputación en su contra como lo pretendía el representante de la vindicta pública.

En consecuencia, la historia de violencia padecida por la imputada y su hijo no es un dato menor que omitió resaltar la mayoría del Tribunal, efectuando un análisis descontextualizado de las pruebas desarrolladas durante el debate, situación que resulta determinante, en tanto incidió sobre la percepción y concepción que la encartada tenía sobre el accionar reiteradamente violento de su pareja.

Establecidas y probadas dichas circunstancias, debo señalar que no comparto la solución adoptada por el “a quo” al desacreditar el descargo efectuado por la imputada dado que se trata de una joven mujer, de escasos recursos económicos, instruida, sin antecedentes penales, víctima evidente de violencia intrafamiliar, de género, hoy madre de dos hijos menores, que mostró preocupación y congoja por lo acontecido, siendo esto último percibido directamente por el Suscripto al tomar contacto con M. B. en la sede de estos Estrados durante la celebración de la audiencia informes, a tenor de lo dispuesto por el art. 458 del Ceremonial.

A las irregularidades apuntadas en torno a la valoración de la prueba, debo agregar que el “a quo” no solamente no dio debido responde a los planteos efectuados por las respectivas defensas técnicas sino que además los fundamentos vertidos por el voto mayoritario de la sentencia recurrida constituyeron un verdadero contrasentido y un déficit argumentativo, que habilitan a descalificar el mismo como un acto jurisdiccional válido.

En primer lugar, ello se debe a que no es posible sostener la existencia de la coautoría concomitante o paralela si al mismo tiempo el “a quo” reconoce que, ante el cuadro probatorio reseñado, no fue posible sostener cual de los encausados había ejercido violencia en contra de su hijo, ya que en este estadio no es lo mismo ejercer directamente la acción que provoca el resultado lesivo a evitar el deber de impedir que éste se produzca.

En segundo lugar porque, a los fines de sortear ese escollo insalvable, tampoco corresponde invocar la concurrencia de dolo eventual en el accionar de la encausada, desarrollo conceptual totalmente incompatible con la noción de alevosía contenida en el art. 80 inc. 2 del Código Penal.

Finalmente debo puntualizar que también deviene inconducente establecer una suerte de responsabilidad objetiva por el sólo hecho de ser progenitora de la víctima de autos, a través de la aplicación de la ley civil, toda vez que sostener una imputación penal en tales términos resulta incompatible y violatoria del principio constitucional de culpabilidad por el acto.

Que así las cosas, luego de analizada la prueba en su conjunto, resulta indubitable que la encausada no pudo evitar el resultado luctuoso por estar inmersa en una situación de violencia de género, y que dadas las circunstancias del caso, personales, culturales e intelectuales no fue posible exigirle que se comporte de otra manera, lo que le quita todo tipo de responsabilidad en el hecho ilícito enrostrado.

Lo dicho encuentra sustento en que en el plano de la culpabilidad en sentido estricto, no hay pena sin reprochabilidad, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o, si se prefiere, de libertad para decidir. Por ende el principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana, razón por la cual cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad. En síntesis: responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables (Zaffaroni, Raúl Eugenio – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, 2da. edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 672).

Así se dice que todas las causas de inculpabilidad son supuestos donde no puede exigírsele al autor una conducta distinta al injusto. Por ende, la inexigibilidad de otra conducta no es una exculpante sino la esencia última de toda la culpabilidad. En efecto, no hay exigibilidad de una conducta diferente cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción (Conf. Zaffaroni - Alagia - Slokar, op. cit., p. 774).

De esta manera es posible afirmar que la responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido, es decir que, la exclusión de la responsabilidad penal procede de una anormalidad de la situación que se presenta ante él. Se dice entonces que se ha obrado en situación de “no



exigibilidad” (Entschuldigungsgünde), porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar.

Sobre este punto, me parece oportuno traer a colación las palabras enunciadas por el catedrático Español Santiago Mir Puig quien sostiene que: “...*De esta manera el Derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio, ya que un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de “no exigibilidad”: las conductas heroicas ‘no son exigibles’...*” (“Derecho Penal. Parte General”, 8va. edición, Editorial B de f, Buenos Aires, 2009, Lección 24, pp. 597 y siguientes).

En definitiva, se observa que la sentencia en crisis no arribó a una solución ajustada a derecho al omitir aplicar en la especie normativa vigente, específica y de orden público (CEDAW, Convención de Belém do Pará, ley n° 26.485, entre otras ut supra mencionadas), no interpretar los hechos y las pruebas aportadas a la causa, parcializando y descontextualizando su análisis (como la versión expuesta por la imputada en relación a lo acontecido y las declaraciones juramentadas de los distintos profesionales que concurrieron a la audiencia de debate oral, quienes además ratificaron el contenido de los respectivos informes que fueron incorporados por lectura al juicio), dando cuenta de la situación de la acusada, dentro de un contexto de violencia de género (entendida esta como una situación de tal intensidad que impidió que la encausada B. contara con algún margen de acción distinto al efectivamente realizado, quitando todo tipo de responsabilidad en relación al hecho ventilado), todo lo cual vulnera las garantías de defensa en juicio y debido proceso de la nombrada.

Lo dicho conlleva a la descalificación del acto jurisdiccional recurrido, tornando abstracto el examen de los restantes agravios invocados por la Defensa oficial, en función que descartada la existencia de un accionar comisivo por parte de la nombrada, quedaría remanente la imputación omisiva, en orden al delito de abandono de persona (arts. 106 y 107 del CPen.) efectuada por la fiscalía en sus

alegatos finales, con lo cual se realiza la entidad de la inexigibilidad de otra conducta aquí desarrollada.

B) La situación de Paulino Ortega Villa.

Previo a exponer el tratamiento de los agravios deducidos por la Dra. Petroff, me veo obligado a mencionar que la intención homicida es de muy difícil prueba si no se cuenta con una declaración expresa del imputado. Por esta razón, la jurisprudencia recurre en general a un dato objetivo del cual se infiere la subjetividad del agente (así, un disparo a las piernas no permite pensar en un dolo homicida; pero el dirigido al corazón con la frase “*te voy a matar*”, sí; en general, sobre este problema puede consultarse la obra de Ramón Ragués i Vallès, “*El dolo y su prueba en el proceso penal*”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, quien propone (pp. 520-521) hacer depender la determinación procesal del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta).

Para probar la existencia de esta finalidad homicida, Mapelli Caffarena enumera las circunstancias que fueron tomadas en cuenta por la jurisprudencia española para valorar el ánimo del autor: a) relaciones que ligan al autor y la víctima; b) personalidad del agresor; c) actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento; d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda; e) dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar; f) lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital; g) insistencia y reiteración de los actos atacantes; h) conducta posterior observada por el infractor.

La jurisprudencia nacional también se ha pronunciado en el sentido apuntado. Así se ha dicho que: “...*El autor del delito de homicidio simple en grado de tentativa, debe obrar con la intención de causar la muerte bajo la forma de dolo directo, con exclusión de toda otra forma de culpabilidad. Nuestro código penal no contiene ninguna norma que permita inferir dicha intención, por lo que el problema surge cuando se atenta contra la integridad física de una persona, sin que se*

*presente manifiesto el propósito de matar. Frente a tal hipótesis, nuestra jurisprudencia ha sostenido correctamente que la muerte, como fin perseguido por el delincuente, debe aparecer claramente definida para que una agresión pueda merecer la calificación de tentativa de homicidio. Cuando el propósito deliberado de matar no esté confesado, será preciso que esa intención resulte de circunstancias que pongan de manifiesto la idea homicida del reo, de tal manera que se pueda afirmar que su obrar constituye comienzo de ejecución del delito de homicidio y que mismo no se consuma por causas ajenas a su voluntad. Si en el caso, el acusado dirigiéndose a la víctima expresó ‘te voy a cagar matando’ y extrayendo un revólver, con el que lo apuntaba, se acercó y lo colocó en la sien, mientras reiteraba las amenazas de muerte, para luego efectuarle un disparo, ocasionándole lesiones de carácter leve, debe responder por el delito de homicidio en grado de tentativa (CP, arts. 42 y 79). Ello porque de las circunstancias del blandimiento del arma de fuego, del hecho de apuntar con ella a la víctima desde corta distancia, para de inmediato efectuar un disparo con una munición de singular poder vulnerante, revelan la intención homicida del acusado...” (cfr- Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, jueces Funes, Vargas y Pueyrredón, causa “Polinari, Abel Bautista s/ homicidio “, interlocutorio del 29/8/1989, sumario del SAIJ nº R0005313).*

Por otro lado, y en cuanto al concepto de dolo, el profano asocia normalmente dolo con intención, incluso con mala intención; ello sin embargo es muy discutido -y mayoritariamente rechazado- en la ciencia. Incluso, cada vez con mayor fuerza, en la doctrina prima la idea de que la intención, entendida estrictamente como “voluntad incondicionada de realizar el tipo penal” (cfr. Hans Welzel, *“Derecho penal alemán”*, 4ª ed. Castellana, trad. Bustos Ramírez y Y. Pérez de la 11ª ed. Alemana de 1969, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 79), o bien juega un papel secundario en el concepto de dolo o bien no juega ninguno (cfr. Enrique Bacigalupo, *“Principios de Derecho penal”*, 4ª ed., Akal/Iure, Madrid, 1997, pp. 231 y sigs.; las citas han sido tomadas de Gabriel Pérez Barberá, *“El delito imprudente”*, manuscrito, p. 4).

Recientemente se ha conceptualizado que: *“...El autor actúa con dolo si y sólo si al actuar se representa las circunstancias que integran el tipo objetivo de una*

*ley penal, esto es, si se representa los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el derecho...*” (cfr. Manuel Cancio Meliá, “*Estudios sobre imputación objetiva*”, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 16; sobre las diversas concepciones del dolo como “conocimiento” y voluntad o sólo conocimiento, puede consultarse el voto del juez Magariños en autos “Ciurana”, CDPJ n° 10 “C”, pp. 545- 570).

A partir de este marco teórico y normativo corresponde señalar que los fallos judiciales deben señalar cuáles han sido las fuentes que han formado convicción en el juzgador a efectos de que dicha decisión pueda ser revisada, y se impondrá la revocación del pronunciamiento recurrido cuando el mismo evidencie una notoria irrazonabilidad de la mencionada convicción, y ello sucederá cuando exista una fragmentaria e incompleta valoración de las pruebas adquiridas en el proceso que vicien la logicidad del fallo y exhiban una errónea aplicación de la ley.

Es decir que, es posible que aquellas conclusiones sean revisadas en esta instancia casatoria si se advierte que el razonamiento empleado es lógicamente incorrecto, y las que se extraigan sean contrarias a los principios que gobiernan el recto pensamiento humano, de la experiencia o de los conocimientos científicos.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que: “*...La competencia de esta cámara sólo está circunscripta al control de validez de la prueba producida (legitimidad), si las conclusiones son coherentes con ella y responden al recto entendimiento humano (logicidad), y si la sustentación así construida es expresa, clara, completa y cumple con la exigencia de motivar observando el inexorable encadenamiento lógico, que obviamente no rebase los límites impuestos por la sana crítica, y que incluso descarte toda fundamentación que como tal pueda resultar aparente y que en definitiva y en realidad no exista por su manifiesta irrazonabilidad...*” (Conf. CNCas Penal, Sala III, rta. 31/03/99, del voto del Dr. Riggi).

*“...En las cuestiones de pruebas excepcionalmente la Corte justifica su intervención, cuando en el fallo se han considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio –indicios y presunciones-, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando se ha prescindido de la visión de conjunto y de la*

*necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios...” (CNCas. Penal, sala I, rta. 18/03/97).*

Como ya lo adelantara, la solución final a la que arribe un sentenciante debe ser la conclusión como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto, y no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso. O sea que dicha mecánica requiere de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

Que así las cosas, estimo que el Tribunal de Juicio tampoco brindó una acabada respuesta a los planteos efectuados por la parte requirente, luciendo los fundamentos expuestos como meramente genéricos y dogmáticos, asentándose sobre una errónea ponderación objetiva de los distintos elementos de prueba recabados durante la audiencia de debate oral.

Lo dicho encuentra sustento en que, como ya lo adelantara oportunamente, una de las piezas fundamentales que debieron valorarse para sostener la imputación en contra del encausado es la declaración prestada a tenor del art. 317 del C.P.P. por coencausada B. (glosada a fs. 152/157 de la causa principal), de la que surge que la nombrada refirió que Paulino la había obligado a mentir dado que él fue quien le había pegado a E., que no era la primera vez que lo hacía (mencionó al menos tres ocasiones más, anteriores al presente), y que en esas circunstancias también la amenazó con que la iba a matar a ella y a su hijo, llegando a exhibirle incluso un arma de fuego.

En este mismo sentido se erigen en contra del imputado, los distintos testimonios de los profesionales de la salud que tomaron contacto con el pequeño E. luego de ocurrido el hecho investigado, quienes fueron contestes en señalar que el cuadro que presentaba el niño los alertó de la gravedad de la situación, dando cuenta de ello al personal del Servicio Social del Hospital de Niños “Sor María Ludovica”, como así también practicaron la pertinente denuncia policial.

A lo ya expuesto, no puedo dejar de traer a colación el contenido del ya mencionado informe social glosado a fs. 34/35, en el que se destacó que Ortega no

presentó ninguna manifestación de angustia al relatar como su ex pareja se quitó la vida al conocer que el acusado mantenía una relación con la coencausada de autos. Con respecto a E. dijo que se trataba de un niño irritable, nervioso, al que costaba ponerle límites, no observando características vinculares donde este hijo se encuentre alojado en una relación dadora de cuidado y afecto. Que se observó una forma de vinculación rígida tanto con su pareja como con su hijo, aceptando que se investigue el caso desde una actitud desafiante, no angustiante.

Asimismo denotó una posición de exterioridad respecto del padecimiento de su hijo, incluso al serle anoticiada la posibilidad de muerte del mismo. Destacando finalmente la existencia de una interacción violenta del tipo violencia castigo, con relación de dominación hacia el niño y pérdida de identidad como hijo a quien debe cuidarse y/o protegerse.

Es así que, un niño de las características de E. hacía imperioso de parte de sus progenitores brindar otro tipo de atenciones y cuidados, si se quiere más intensivos, los cuales a la luz de la información expuesta por los profesionales de la salud, lejos estuvieron de acontecer.

Sin embargo, la prueba hasta aquí evaluada no resulta suficiente y por lo tanto no permite sostener la imputación en contra de Ortega Villa en los términos pretendidos por el Ministerio Público Fiscal, que procura negar la existencia de un desistimiento por parte del nombrado, en el entendimiento que su conducta estuvo guiada a evitar las consecuencias de una eventual denuncia y castigo, de modo tal que no se trató de un cambio de actitud, de un “retorno a la legalidad”, sino que la decisión fue una reacción ante una presión anímica impuesta por las circunstancias apuntadas.

Digo ello porque, si bien el “animus homicida” puede inferirse tomando como base un análisis de los elementos convictivos enunciados, ello no es suficiente para negar la configuración de un desistimiento voluntario por parte del encausado sin soslayar la ponderación objetiva del resto de la prueba obtenida a lo largo de todo el proceso.

En este sentido entiendo que no sólo debe evaluarse lo manifestado por B. en su declaración de fs. 152/157, sino también el testimonio vertido por el galeno

Esteban Eduardo Ronsino, quien narró que en momentos en que se encontraba en el consultorio sito en calle 44 entre 196 y 197 de la localidad de Olmos, fue precisamente el acusado quien arribó con la víctima en brazos solicitando médica.

De los datos aportados surge claramente que fue el acusado quien llamó a su hermano, y juntos llevaron en la moto de éste a E. al centro de salud más cercano para que recibiera la atención médica correspondiente, constituyendo un dato objetivo ineludible el hecho que fue el propio progenitor quien interpuso un curso salvador ante el posible desenlace fatal.

Al respecto cobra relevancia el contenido del acta de inspección de fs. 11/vta. que da cuenta que el escenario donde ocurrieron los hechos se trata de una zona semi-rural, y que pesar que existe considerable población, las viviendas en su mayoría se emplazan sobre amplios terrenos, abundantes granjas y campos de cultivo, y al detallar las características de la arteria 171 se menciona que la intersección con la calle 38 resulta ser imaginaria, dado que existen campos de cultivo y sólo se la menciona como referencia.

Todo ello me lleva a afirmar que si bien de la ponderación objetiva de la prueba surgen la existencia de algunos elementos que pueden revestir el carácter de indicio, ello no alcanza el umbral de certeza para conformar un grado de convicción necesaria que esta instancia requiere, en lo que hace a negar la configuración de un desistimiento por parte del acusado, lo que se traduce en una situación de duda que debe resolverse a su favor, siendo estrictamente aplicable el principio constitucional del “*in dubio pro reo*” (artículo 18 de la Constitución Nacional).

El cuadro así planteado exige que resulten ciertamente atendibles los reclamos efectuados por la letrada particular, donde el accionar del encausado debe ser evaluado a la luz del art. 43 del Código Penal.

Así el desistimiento presenta, como principal característica, que opera revocando una tipicidad en curso y modifica la configuración del hecho: se dice que cancela el peligro de lesión y por ende, se trata de una etapa posterior atípica. El desarrollo dialéctico del iter criminis -que hace que la consumación niegue la tentativa y se presente frente a ella como hecho diferente-, también hace que el

desistimiento voluntario, como hecho posterior al comienzo de ejecución, aparezca como negación de la tipicidad precedente.

De conformidad con ello la ley exige que el desistimiento sea voluntario, independientemente de la motivación que haya tenido el agente, ya que la norma no prevé una forma especial para esta última (hasta puede llegar a tratarse de una motivación incompatible con la ética). De modo tal que la tentativa de un delito puede desistirse mientras objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación, lo que ocurre cuando la chance de abandono se cancela si el desistimiento como hecho no puede ser imputado al agente como obra voluntaria suya. La revocación del plan no debe ser impuesto por la voluntad de un tercero o por la autoridad ni por la ineficacia (objetiva) del mismo verificada ex-post.

De esta manera no podemos afirmar, como lo hace la Fiscalía en esta instancia, que el acusado en su accionar se haya visto motivado ante el temor de ser descubierto (lo que quitaría voluntariedad al desistimiento), toda vez que deben justipreciarse como circunstancias relevantes del caso, más allá de la actitud efectivamente asumida por el inculso y de las características de la finca donde se asentaba el hogar familiar, que las personas que casualmente se encontraban allí tampoco pudieron interferir o denunciar lo ocurrido siquiera, y que dato cabal de lo expuesto resulta que el Tribunal de mérito ordenó la extracción de copias del acta de debate ante la posible comisión del delito de falso testimonio por parte de Raquel Rocío Rodríguez Postigo y de Melián Ríos, como así también resultó valorada la actitud asumida por M. B., quien en un primer tramo de la investigación mintió respecto de cómo se desarrollaron los hechos, primero ante los profesionales de la salud con los que tomó contacto, y luego al prestar declaración ante el Fiscal de instrucción, debido a la situación de violencia en la que se encontraba inmersa.

En síntesis, el presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la existencia de condiciones objetivas reales que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que la pudieran condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor (Zaffaroni..., op. cit., pp. 838/840), supuesto que no se reproduce en el “sub lite”.



A lo expuesto debe agregarse que el art. 43 de la ley argentina no distingue entre tentativa inacabada y acabada.

Sin embargo, para la doctrina en la forma inacabada, es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que sólo se consume por una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado. La solución siempre dependerá de la relevancia esencial o no de la desviación del curso causal previsto por el autor, pero debe quedar claro que no hay abandono cuando el autor ha perdido sus alternativas de conducta.

El escenario varía completamente cuando, al igual que en el caso que nos ocupa, se trata de una tentativa acabada, en que ya se ha realizado todo y la consumación depende de la no intervención futura de parte del autor. En tal circunstancia se requiere que el desistimiento se manifieste en la forma de una actividad, porque solo se puede modificar revocando la significación típica del hecho, mediante acciones de evitación, como si lo que resta para la consumación estuviese gobernado por una estructura típica omisiva, dado que si el autor ya ha hecho todo lo necesario para que el resultado se produzca, su inactividad no indica un desistimiento sino todo lo contrario, es decir que expresa la existencia de su voluntad realizadora (Al respecto Zaffaroni..., op. cit., p. 845; en el mismo sentido Righi, Esteban, *Derecho Penal, parte general*, reimpresión, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2008, pp. 428/429).

En este tipo de caso la doctrina ha dicho que: *“...desiste quien lleva al envenenado al hospital en tiempo oportuno para que lo salven, o el que le aplica el antídoto adecuado. Si el resultado igualmente sobreviene habrá que considerar si el curso de acción con fin de evitación era seguro ex-ante (evitabilidad segura), toda vez que, de no ser así, éste no podrá serle imputado al autor: el que con dolo homicida lesiona levemente al autor, desiste de este delito aunque la víctima muera en el hospital por un fallo médico o porque rechaza el auxilio. **No obstante es de toda evidencia que cuando lo que se evita es un resto de consumación, el desistimiento no cancela la parte sobreviniente de lesión.** En cualquier hipótesis de tentativa, cuando el resultado sobreviene por defecto de una desviación esencial del*

*curso salvador seguro ex -ante, no habrá motivo para restarle relevancia al desistimiento, siempre que este haya consistido en una actividad seria y adecuadamente encaminada a evitar el resultado...”, y que “...Siempre será decisivo que el hecho no se consume por voluntad del autor, es decir, se exige que el autor haya determinado la evitación del resultado, aunque requiera para ello el auxilio de un tercero, pues no es necesario que la acción segura de salvamento deba realizarla personalmente el autor, dado que nada obsta a que se valga de un tercero, como puede ser el médico, el policía o el propio sujeto pasivo. Debe tenerse en cuenta, además, que no siempre el descubrimiento del hecho por parte del sujeto pasivo o de la policía de seguridad impide el desistimiento de la tentativa acabada. Al igual que en la tentativa inacabada, lo decisivo es el carácter voluntario de ese desistimiento, que será discutible en caso de haberse descubierto el plan, lo que impone decidir según que las circunstancias objetivas permitan un curso salvador a cargo del autor y siempre que no sea coaccionado para ello...” (Zaffaroni..., op. cit., p. 845).*

Pero la absolución propuesta por la defensa particular resulta improcedente, toda vez que se desentiende de la realidad los hechos ocurridos, y de la magnitud de las lesiones provocadas al niño E. R. O. B.

En este sentido, si bien la ley no cuenta con una expresa previsión para este tipo de supuestos, como ocurre en otras legislaciones, por ejemplo el Código Penal Español, que en su art. 16.2 prevé la regla del desistimiento, al establecer que “...*Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta...*”, la solución para este tipo de casos radica en realizar una interpretación sistemática de los arts. 42, 43 y 44 del Código Penal, extendiendo sus alcances a los tipos contenidos en el Libro Segundo de ese Cuerpo Legal.

El cuadro así descrito, permite establecer claramente que estamos frente a un caso de tentativa calificada, en la que el desistimiento juega un papel esencial al

establecer la impunidad de tal figura, pero no alcanza a las lesiones que se consumaron en su curso.

De esta manera se entiende por tal a la que tiene lugar “...abarcando simultáneamente la consumación de otro delito, cuya tipicidad interfiere por progresión. La consecuencia que tiene esta tentativa, cuando se opera una inculpabilidad sobreviniente en el curso de la misma o cuando el sujeto desiste, con posterioridad a la consumación de los delitos cuya tipicidad o punibilidad interfiere la de la tentativa, es que queda impune sólo la tentativa como tal, pero no los delitos que se hayan consumado en su curso. Ello obedece al principio por el cual el desistimiento cancela sólo la tentativa -y por ende su tipicidad- lo que no sólo tiene esa consecuencia en el caso de la unidad de ley (el llamado concurso aparente de leyes), en que la punibilidad de la tentativa desplaza a la de los delitos consumados en su curso -quedando éstos sometidos a una relación de subsidiaridad con la tentativa-, sino también en los casos en que la tentativa y el delito consumado concurren idealmente. El principio opera, pues, por una doble vía: en función del principio de la absorción del concurso ideal (pues cuando falta una de las tipicidades, faltará penalidad mayor que incluya a la menor, y por consiguiente, ésta recuperará la autonomía) y en función del principio de subsidiaridad que rige el concurso aparente de leyes...”, y que “...la lógica indica que no es correcto pretender el desconocimiento de un delito sólo porque se quiso cometer otro de mayor contenido de injusto. Frente a la inadmisibilidad de esta solución, no hay otra explicación que la constatación de que la tipicidad del delito consumado en el curso de la tentativa no queda absorbida, sino sólo obstaculizada, es decir interferida por progresión por la tipicidad punible de la tentativa. Es así como los delitos consumados en el curso de la tentativa quedan en una posición subsidiaria, o sea, que pueden actuar en reemplazo de la tentativa si ésta resulta atípica o impune. Tal es la explicación del llamado concurso aparente de leyes (unidad de ley) cuando se presenta regido por el principio de subsidiaridad, cuya estructura lógica es la interferencia por progresión: desaparecida por cualquier causa la tipicidad de la tentativa (o su punibilidad), desaparece el obstáculo a la tipicidad que permanecía interferida, y ésta pasa a desempeñar el papel que deja vacío la impunidad de la

*tipicidad que la había relegado a la subsidiaridad. Así, al desistirse el homicidio se considerarán las lesiones...” (Conf, Zaffaroni..., op. cit., p. 847).*

Sentado ello, solo resta abordar la temática referente a las lesiones sufridas por la víctima de autos, y su consecuente caracterización.

Para ello tengo en cuenta, lo declarado en su momento por Esteban Eduardo Ronsino, quien fue el primero de los profesionales de la salud en tomar contacto con el niño, quien refirió que el mismo presentaba un muy grave estado general, no se sentaba, estaba tirado, sin control de la cabeza y presentaba un hematoma bpalpebral. Que no lloraba por lo que sospechó que se trataba de un daño neurológico importante, decidiendo trasladar al mismo hasta el Hospital de Niños de esta Ciudad, dado el cuadro que presentaba, reconociendo su firma y el contenido del informe de fs. 138.

De manera conteste se manifestaron Sandra Brandimarti, María Emilia Gutiérrez Meyer y Carlos Formoso, pertenecientes al Hospital de Niños, quienes ratificaron el contenido del informe de fs. 30, recordando que el niño presentaba traumatismo encefalocraneano, con deterioro de Glasgow, siendo derivado a la sala de cuidados intensivos con asistencia respiratoria, además de presentar múltiples hematomas en su cuerpo con diferentes estadios de evolución. Al realizarse tomografía computada constataron importantes fracturas del lado derecho que se presentan como multiplicidad o estallidos de los huesos que invaden el tejido nervioso como si fueran esquirlas. El paciente estaba grave, presentando un cuadro de gran complejidad, con convulsiones propias del traumatismo que padecía, ***estando en riesgo su vida principalmente los primeros nueve días de internación.*** Permaneció en terapia intensiva desde el 20 de agosto de 2013 hasta el 17 de octubre de ese mismo año, y que luego de realizarle los estudios médicos correspondientes ***se evidenciaron importantes lesiones seculares.*** Ello resultó corroborado con el informe glosado a fs. 30/33, al igual que con el contenido de resumen de historia clínica nro. 312.699, suscripto por la pediatra María Cecilia Gaviot, incorporado por lectura al debate.

El cuadro descripto se vio reforzado por los dichos del especialista en oftalmología pediátrica, Dr. Pablo Saraví Díaz, y por las conclusiones arrimadas por

el perito médico perteneciente al Cuerpo Médico Departamental, Dr. Javier Bardón, *quien ratificó el informe de fs. 139, explicando que el niño presentaba politraumatismos en distintas partes del cuerpo, adquiriendo especial relevancia la lesión en su cráneo, donde se constató la existencia de múltiples trazos fracturados con fragmento óseo aislado en región parietal derecha y hematoma extradural izquierdo, además de una intensa hemorragia retiniana bilateral, edema y hematoma en mucosa yugal labial superior derecha, fractura de clavícula derecha y fractura de la séptima vertebral cervical, lesiones estas que pusieron en riesgo su vida.*

A su turno María Soledad Arévalo, médica del Hospital Gutiérrez de la Capital Federal, explicó que pudo ver al niño víctima (acompañado por su abuelo), quien presentaba debilidad muscular del lado derecho, retraso en las pautas madurativas, que no se correspondían con la edad del niño, no hablaba se hacía entender con muy pocas palabras, no se sentaba y tampoco caminaba. Reconoció el informe de fs. 278 y su correspondiente firma, explicando que las pérdidas de las pautas madurativas resultaban compatibles con las lesiones documentadas de los informes de fs. 30/33, dando cuenta que dichas secuelas serán prácticamente irreversibles.

Finalmente valoro las declaraciones juramentadas de las kinesiólogas Julieta Jorgelina Nuñez y María Soledad Vargas Otero, del Hospital Materno Infantil de Pontevedra (Merlo), quienes ratificaron el contenido del informe de fs. 302/314 (instrucción suplementaria), dando cuenta que el niño concurría al servicio dos veces por semana acompañado por su abuelo, hasta que el tratamiento fue interrumpido, dado que regresaron a Bolivia para continuar el tratamiento allá. Que durante las sesiones el niño estaba muy perdido y buscaba la presencia de su abuelo, no tenía control del tronco y balbuceaba, todo ello como secuelas del grave traumatismo sufrido, y que ante las preguntas efectuadas puntualizaron que era muy difícil una recuperación neurológica de secuelas de este tipo.

Es así que, teniendo en cuenta el grave cuadro que presentó el menor al ser hospitalizado, momento en que se constató debidamente que las lesiones padecidas pusieron en riesgo su vida por más de nueve días, permaneciendo además internado

en la Unidad de Terapia Intensiva del Hospital de Niños por el lapso aproximado de dos meses, y las importantes secuelas indicadas por los profesionales intervinientes, que fueron sindicadas como casi irreversibles, me llevan a considerar que el presente hecho debe ser recalificado bajo las previsiones del delito de lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, en función de lo normado por los arts. 91 y 92 del Código Penal.

Para este tipo de casos el legislador quiso calificar más gravemente las consecuencias de las lesiones, y lo ha hecho por los resultados que de las mismas se desprenden para la salud del sujeto pasivo (En este mismo sentido Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, 10ma. reimpresión, Ed. Tea, Bs. As., 1992, pp. 136 y ss.; Crues, Carlos, “Derecho Penal”, parte especial, Tomo I, 6ta. edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As., 1998, pp. 81 y ss.; Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte especial, Tomo I, Rubincal-Culzoni editores, Santa Fe, 2007, pp. 302 y ss.; también Terragni, Marco A., comentario a los arts. 89/94 del C.P., en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirección Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tomo 3, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 806 y ss), motivo por el cual es que considero adecuada la presente recalificación, al haberse verificado en la persona del niño E. R. O. B. el padecimiento de una patología cierta o probablemente incurable.

En relación a las conclusiones expuestas, donde se ha revalorizado la declaración vertida por M. B. a tenor de lo normado por el art. 317 del C.P.P., y ante lo denunciado por la nombrada, permaneciendo encerrada bajo llave en su domicilio, siendo además pasible de amenazas por parte de Paulino Ortega Villa, quien en el trascurso de los acontecimientos habría utilizado un arma de fuego, entiendo que deberán remitirse copias certificadas de las piezas procesales respectivas al Ministerio Público Fiscal, a los fines que estime corresponder.

Es así que, lo dicho impone en mi criterio el acogimiento del recurso incoado, casando la sentencia puesta en crisis y absolver libremente a M. B. B. en el marco de las presentes actuaciones, sin costas en esta instancia, disponiendo su inmediata libertad, medida que hará efectiva el “a quo”, de no mediar impedimento legal alguno, al tiempo que propondré al acuerdo recalificar el evento dañoso

enrostrado a Paulino Ortega Villa como constitutivo del delito de lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, en función de lo normado por los arts. 91 y 92 del Código Penal, por el que el encartado deberá responder a título de autor penalmente responsable, readecuando la pena impuesta al nombrado, la que considero justa y adecuada fijar en trece (13) años y cinco (5) meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, de conformidad con las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal que llegaron firmes a esta instancia, obliterando en este acto como pauta agravante el retraso madurativo registrado por el niño E. R. O. B. - en relación a la extensión del daño causado- a efectos de evitar incurrir en una doble valoración, en atención a la nueva calificación adoptada, sin costas en esta instancia, por entender que existieron razones plausibles para litigar (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 inc. a), 15 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1 y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); la “Declaración de Cancún” y las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”; 3, 4, 5, 6 y 16 de la Ley 26.485; 1 y 4 bis de la Ley Provincial 12.569 (mod. por ley 14.509 y ley 14.657); 42, 43, 45, 80 incs. 1 y 2, 91 en función de lo normado por el art. 92 y 106 en relación al art. 107, todos del Código Penal; 1, 106, 209, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Así lo voto.

**A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, estimo que corresponde: 1) declarar formalmente admisibles los recursos de casación deducidos por la defensora particular, Dra. Silvia Fabiana Petroff, a favor de Paulino Ortega Villa, y por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial La Plata, Dra. Cecilia Dolores Sicard, a favor de la encausada M. B. B. 2) casar la sentencia puesta en crisis y absolver libremente a M. B. B. en el marco de las presentes actuaciones, sin costas en esta instancia, disponiendo su inmediata libertad, medida que hará efectiva el “a quo”, de no mediar impedimento legal alguno; 3) acoger parcialmente al recurso deducido por la defensa particular y recalificar el evento dañoso enrostrado a Paulino Ortega Villa como constitutivo del delito de lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, en función de lo normado por los arts. 91 y 92 del Código Penal, por el que el encartado deberá responder a título de autor penalmente responsable, obliterando la pauta agravante referida, readecuando la pena impuesta al nombrado en trece (13) años y cinco (5) meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, sin costas en esta instancia, por entender que existieron razones plausibles para litigar; 4) tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente efectuada; 5) ante la posible comisión de delitos de acción pública por parte del encausado Ortega Villa, remitir copias de la piezas procesal pertinentes Ministerio Público a efectos que estime corresponder, y; 6) diferir la regulación de honorarios profesionales a la letrada interviniente, Dra. Silvia Fabiana Petroff, por la labor desplegada en esta sede, una vez que los mismos hayan sido regulados en la instancia (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 inc. a), 15 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1 y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); la “Declaración de Cancún” y las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”; 3, 4, 5, 6 y 16 de la Ley 26.485; 1 y 4 bis de la Ley Provincial 12.569 (mod. por ley 14.509 y ley 14.657); 42, 43, 45, 80 incs. 1 y 2, 91



en función de lo normado por el art. 92 y 106 en relación al art. 107, todos del Código Penal; 1, 106, 209, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1°, 460, 463, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 de la ley 48; 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904).

Así lo voto.

**A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:**

### **SENTENCIA**

**Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:**

I.- Declarar formalmente admisibles los recursos de casación deducidos por la defensora particular, Dra. Silvia Fabiana Petroff, a favor de Paulino Ortega Villa, y por la Sra. Defensora Oficial del Departamento Judicial La Plata, Dra. Cecilia Dolores Sicard, a favor de la encausada M. B. B..

II.- Casar la sentencia puesta en crisis y absolver libremente a M. B. B. en el marco de las presentes actuaciones, sin costas en esta instancia, disponiendo su inmediata libertad, medida que hará efectiva el “a quo”, de no mediar impedimento legal alguno.

III.- Acoger parcialmente al recurso interpuesto por la defensa particular y recalificar el evento dañoso enrostrado a Paulino Ortega Villa como constitutivo del delito de lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, en función de lo normado por los arts. 91 y 92 del Código Penal, por el que el encartado deberá responder a título de autor penalmente responsable, obliterando la pauta agravante referida,

readecuando la pena impuesta al nombrado en trece (13) años y cinco (5) meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, sin costas en esta instancia, por entender que existieron razones plausibles para litigar.

IV.- Tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente efectuada.

V.- Ante la posible comisión de delitos de acción pública por parte del encausado Ortega Villa, remitir copias de la piezas procesal pertinentes Ministerio Público a efectos que estime corresponder.

Rigen los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 inc. a), 15 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1 y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); la “Declaración de Cancún” y las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”; 3, 4, 5, 6 y 16 de la Ley 26.485; 1 y 4 bis de la Ley Provincial 12.569 (mod. por ley 14.509 y ley 14.657); 42, 43, 45, 80 incs. 1 y 2, 91 en función de lo normado por el art. 92 y 106 en relación al art. 107, todos del Código Penal; 1, 106, 209, 210, 371 inc. 1 y 2, 373, 421, 424, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 460, 463, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal; arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 de la ley 48.

VI.- Diferir la regulación de honorarios profesionales a la letrada interviniente, Dra. Silvia Fabiana Petroff, por la labor desplegada en esta sede, una vez que los mismos hayan sido regulados en la instancia.

Arts. 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

**FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ÁNGEL NATIELLO**

**ANTE MÍ: Olivia Otharán**

