

S.T.J. de Cba, Sala Penal, S. n° 203, 18/8/11, "*CUELLO, Lourdes Patricia y otro p.ss.aa. homicidio calificado, lesiones graves, etc. –Recurso de Casación–*". Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

ACCION PENAL. *Extinción*: Muerte del imputado durante la tramitación del recurso de casación ante el T.S.J.: *Efectos*. SOBRESEIMIENTO. SENTENCIA: *Fundamentación*. Principio de razón suficiente. *Fundamentación en base a prueba indiciaria*. DERECHOS DEL NIÑO: *Recepción constitucional*. *Protección contra el maltrato*: sujetos obligados. *Guardador de hecho*: deberes. COAUTORIA. *Principio de imputación recíproca*. Complicidad omisiva y autoría activa. Individualización judicial de la Pena: *Estándar de revisión*. ACUSACIÓN: *Acusación alternativa*. *Acusación con equivalencia de roles*: violencia familiar. Repercusiones en materia probatoria.

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS TRES

En la Ciudad de Córdoba, a los dieciocho días del mes de agosto de dos mil once, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "*CUELLO, Lourdes Patricia y otro p.ss.aa. homicidio calificado, lesiones graves, etc. –Recurso de Casación–*" (Expte. "C", 41/08), con motivo de los recursos de casación interpuestos por el Sr. Asesor Letrado Penal del 19° Turno, en favor de la encartada Lourdes Patricia Cuello, y el Sr. Asesor Letrado Penal del 2° Turno, Dr. Néstor W. Vela Gutiérrez, a favor del imputado Roberto Carlos Romero, en contra de la sentencia número quince, de fecha seis de junio de dos mil ocho, dictada por la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta ciudad, integrada con jurados populares conforme a la ley N° 9182.

Abierto el acto por la señora Presidenta se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha extinguido la acción penal a raíz en relación a la imputada Cuello?

2º) ¿Es nula la sentencia en cuanto concluye en que el imputado Romero intervino en el Primer Hecho?

3º) ¿ Ha sido erróneamente aplicada la co-autoría respecto de Romero?

4º) ¿Es nula la fundamentación de la sentencia en relación a la pena impuesta al imputado Romero?

5º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dra. Aída Tarditti; María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia N° 15, del 6 de junio de 2008, la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta ciudad, resolvió: "...III) Declarar que LOURDES PATRICIA CUELLO, ya filiada, debe responder como coautora penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas, en concurso real (hecho Primero) y autora de homicidio calificado por el vínculo (hecho Segundo), todo en concurso material (arts. 45, 1º supuesto; 89; 90; 92; 55; 80 inc. 1º y 55 C.P.), contenidos en la Requisitoria Fiscal de fs. 697/705, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de reclusión perpetua, con accesorias de ley y costas (arts. 12, 40 y 41 C.P.; 550 y 551 C.P.P.)..." (fs. 1020).

II.1. Con fecha 6 de junio de 2008, obra un certificado en el que se hace constar que la imputada Lourdes Patricia Cuello manifestó -vía telefónica- su voluntad de impugnar la decisión mencionada (fs. 1067).

2. A fs. 1074, el Sr. Asesor Letrado del 19º Turno, Dr. Arturo Ferreyra, interpretando la voluntad recursiva, articula un recurso de casación en contra de la resolución que condenaba a su defendida.

3. El día 23 de enero de 2010, falleció la imputada Lourdes Patricia Cuello estando internada en el Establecimiento Penitenciario n° 3 de Córdoba –Correccional de Mujeres- (Cfr. fs. 1137 y ver acta de defunción de fs. 1139).

III.1. Elevada la causa a esta instancia y encontrándose en trámite la impugnación interpuesta, el Sr. Juez de Ejecución Penal de Feria, remite un oficio, por el cual pone en conocimiento de este Tribunal el fallecimiento de la encartada Cuello, acaecido el día 23 de enero de 2010 (fs. 1137).

2. Con fecha 08/11/10, el Juzgado de Ejecución Penal n° 3, a cargo de la ejecución de la pena de la imputada fallecida, remitió una copia autenticada de la partida de defunción de la misma, hecho que pone fin a toda discusión que involucre la faz penal del presente proceso.

Es que cuando ocurre la muerte del imputado con posterioridad a la interposición y concesión del recurso de casación deducido a su favor, corresponde a este Tribunal Superior

dictar el sobreseimiento de la causa y la impugnación deviene abstracta por sustracción de materia (T.S.J., Sala Penal, A. n° 201, 20/6/02, "Pérez", entre otros).

Esta Sala, compartiendo la posición ya asumida por otra integración y por mayoría (A. n° 76, 29/6/93, "Cappa"; A. n° 60, 14/6/94, "Vivian"), ha sostenido que habida cuenta de la naturaleza sustancial de las distintas causales de sobreseimiento, las extintivas de la acción deben ser de previa consideración (T.S.J., Sala Penal, A. n° 26, 19/2/99, "Rivarola"; "Pérez", cit.).

Por ello, la sola presencia de una causal extintiva de la acción debe ser estimada independientemente cualquiera sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por el Tribunal, toda vez que -en términos procesales- significa un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo. Es decir, no queda librada a la voluntad del juzgador la posibilidad de optar por realizar un análisis objetivo o subjetivo de las causales, sino que la ley impone un camino a recorrer ("Pérez", cit.).

Cuando durante el trámite de la casación se declara el sobreseimiento por extinción de la acción, no corresponde que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del recurso, en la medida en que aquella decisión le haya privado a éste de materia, tornándola abstracta. En el caso, la muerte del imputado es una causal de extinción de la acción penal de orden público, que por ello, debe declararse de oficio ("Pérez", cit.).

En consecuencia, corresponde sobreseer totalmente a la imputada Lourdes Patricia Cuello, de los delitos de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas, en concurso real (hecho Primero) y autora de homicidio por el vínculo (hecho segundo), todo en concurso material (arts. 45, 1° supuesto; 89; 90; 92; 55; 80 inc. 1° y 55 C.P.), contenidos en la requisitoria fiscal de fs. 697/705, que se le atribuían y declarar abstracto el recurso de casación deducido a su favor. Sin costas (C.P.P., arts. 550/551).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las M. Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 15, del 6 de junio de 2008, la Cámara en lo Criminal de 3° Nominación, resolvió: "...II) Declarar que ROBERTO CARLOS ROMERO, ya filiado, debe responder como coautor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas, en concurso real (hecho Primero) (arts. 45; 1° supuesto; 89; 90; 92 y 55 C.P.), contenidos en la Requisitoria Fiscal de fs. 697/705, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de diez años de prisión, con accesorias de ley y costas (arts. 12, 40 y 41 C.P.; 550 y 551 C.P.P.)..." (fs. 1119 vta./1120).

II. El Sr. Asesor Letrado Penal de 2° Turno, Dr. Néstor W. Vela Gutierrez, en defensa del imputado, interpuso el presente recurso de casación (fs. 1088 y sgtes).

Con invocación del motivo formal (art. 468 inc. 2° del C.P.P.), puede entenderse que el defensor desarrolla dos agravios diferenciados relacionados con la fundamentación probatoria de la sentencia: uno relativo a cuestionar la conclusión asertiva del Tribunal de juicio en relación a la intervención como co-autor, el otro enderezado a controvertir la connivencia con la co-imputada Cuello.

En el sentido señalado, se compendian a continuación sus argumentos.

1. En relación al cuestionamiento de la conclusión asertiva del Tribunal de juicio respecto de la intervención de Romero como co-autor, la defensa considera que sobre los acometimientos físicos de la bebé B. se concluyó en que tanto Romero como Cuello intervinieron sin poderse determinar quien actuó activamente y quien omisivamente, la que presenta los siguientes defectos.

a. Falta de fundamentación.

Según el defensor (fs. 1089 y vta.), en la sentencia se hizo una extensa enumeración de los testigos que consideró relevantes, empero no valoró ni explicó los motivos por los cuales le otorgó mayor credibilidad a los datos aportados por unos, dejando de lado o menguando los suministrados por otros. De este modo se ha vulnerado su derecho de defensa, toda vez que privó al incoado la posibilidad de controvertir los argumentos esgrimidos en su contra, controlando, así la actividad jurisdiccional.

b. Fundamentación aparente

En tal sentido, argumenta la defensa que el Tribunal incurrió en este vicio (fs. 1089 vta., 1090) porque mencionó pruebas de las que se infiere "un fuerte indicio de culpabilidad en contra de Cuello", consistente en que dos veces la mujer se fugó junto con la bebé de los ámbitos en los cuáles el Juzgado de Menores había dispuesto su internación, por haberse detectado lesiones compatibles con maltrato activo, "privando así la posibilidad a su bebé de ser tratada y curada por las lesiones que presentaba, lo que denota también un indicio de

responsabilidad de tales resultados lesivos en su contra, toda vez que la experiencia común indica que su intención al huir dos veces no sería más que el temor a que se descubriera su autoría”.

No obstante que hasta esa etapa del razonamiento, no se había mencionado el nombre del imputado, incluyó a Romero en la comisión de los hechos lesivos (leves y graves) como coautor de los mismos, no dando fundamentos válidos del porqué arribó a tal conclusión. Del modo en que se presentaron y formularon las premisas expuestas, no se puede arribar a tal conclusión de atribución de participación activa de su defendido.

c. Fundamentación falsa.

Bajo este título (fs. 1090 y vta.), señala el defensor que tomando el informe médico y la autopsia infiere que el Tribunal de mérito acreditó la participación activa de su asistido en el hecho que se le incriminó (lesiones leves y graves) sin aval en prueba alguna. Ello así, toda vez que esas constancias permiten probar la causa eficiente de la muerte o, en su caso, las lesiones, cantidad, calidad y elemento productor de las mismas y todo otro dato vinculado a la materialidad, modalidad en que se ha producido la muerte o en su caso del daño en la salud. Lo expuesto puede traducirse en lo siguiente: su contenido es útil e idóneo para probar las circunstancias fácticas y modales de un resultado mortal o lesivo, pero de su solo contenido aislado, no vinculado a otra prueba es casi imposible que se puedan derivar conclusiones indubitables acerca de la “autoría o participación” de los dos imputados, excluyendo la posibilidad de que haya sido uno solo (fs. 1090 vta.).

d. Fundamentación contradictoria.

Considera el defensor que este vicio (fs. 1091 a 1092 vta.), deviene por la contradicción respecto de la intervención de Romero entre la conclusión negativa en relación al homicidio (Segundo Hecho) y la conclusión afirmativa de las lesiones (Primer Hecho), pese a la existencia de los mismos elementos probatorios.

Argumenta que el Tribunal consideró que ambos hechos estaban vinculados de modo que la muerte fue la consecuencia del maltrato y abandono, con lo cual enfatizó la autoría de Cuello, pero a seguido manifestó que para las lesiones había quedado comprobada la co-autoría de Romero por acción u omisión.

Asimismo, al momento de ponderarse la prueba relacionada con la participación que le cupo a Romero por el cual fue absuelto, dio por acreditadas circunstancias que al fundamentar el hecho por el que condenó, desconoció u omitió e incluso las empleó parcialmente para arribar luego en base a ellas, sin que en ningún momento se consignaran las razones de tales cambios de perspectiva y meritación de la idoneidad convictiva de la prueba citada, lo que

deviene en arbitrario. En tal sentido, alude a las características personales y vinculares que dimana de las pericias psicológicas de ambos imputados, no puede el Tribunal ponderarlas a favor de su defendido Romero con respecto al hecho nominado segundo, a los fines de desincriminarlo y absolverlo, para luego traerlas a consideración en perjuicio de su asistido u omitirlas, sin dar apariencia de fundamento a una condena.

Según el recurrente se ha omitido ponderar puntualmente la pericia psicológica de Romero, la que puso énfasis en las características de su personalidad que podía esperarse que éste tuviera conductas más abandonicas que violentas, y de haberse ponderado esta circunstancia otra hubiera sido la conclusión arribada.

e. Falta de valoración de la prueba

Sostiene el impugnante (fs. 1092 vta., 1093) que en la sentencia al momento de delimitar el aporte de Romero y su participación, sólo se describen las pruebas “pero no efectúa valoración o no desarrolla el juicio lógico de ligazón racional de éstas con el hecho o circunstancia que se quiere probar”.

Para el recurrente las conclusiones arribadas por el a quo para considerar acreditada la participación de su defendido Romero en el hecho nominado primero, en el carácter de “coautor” no se compadecen con el contenido del material probatorio de la causa, contradiciéndose en algunos casos, como ser tener por cierto que Romero se conducía como un “verdadero padre” a pesar de no serlo, cuando de todos los testimonios y de la pericia psicológica surge que éste nunca ni afectiva ni materialmente ingresó a su vida a la bebé, no le brindó cuidados ni la asistió, ignorando sus necesidades.

2. Se agravia la defensa, achacando a la sentencia falta de fundamentación en relación a considerarlo como co-autor de las lesiones, sin explicitar las razones por las cuales se consideró que actuó en connivencia, pues se trata de “una formulación antojadiza que no encuentra respaldo en ninguna prueba objetiva señalada en la sentencia, ni incorporada en la causa” (fs. 1090 vta., 1091).

III. 1. Se ha dicho repetidamente que el Código Procesal Penal, en regulación conforme con expresas normas constitucionales (C.N., 18 y Const. Prov. 155) y como garantía de justicia, exige que la sentencia tenga motivación lógica y legal, lo cual para lo que el recurso suscita como cuestiones a revisar, significa que en ella se tiene que haber explicitado el convencimiento acerca de la existencia de la participación sobre la base de las pruebas.

Asimismo, la condena implica que ese convencimiento debe basarse en pruebas con capacidad convictiva y derivativa para satisfacer el principio de razón suficiente, que exige que aquéllas en las que se basan las conclusiones sólo puedan dar fundamento a ellas; o

expresado de otro modo, que ellas se deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento (T.S.J., Sala Penal, S. n° 40, 27/12/84, "Flores" -entre muchas otras-).

Relacionado a lo anterior, es menester recordar que no hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan tal aptitud, con la condición que sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, "Ramírez"; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; S. n° 112, 13/10/2005, "Brizuela"; entre muchos otros).

Por esa razón, esta Sala ha advertido reiteradamente que su valoración exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, "Simoncelli"; S. n° 97, 29/9/03, "Paglione"; S. n° 112, 13/10/2005, "Brizuela"; S. n° 270, 18/10/10, "Bachetti", entre muchos otros).

2. Conforme a ese marco teórico, se podrá verificar que el impugnante ha construido sus agravios aislando algunas de las argumentaciones que integran la fundamentación de la sentencia, soslayando y modificando otras. A diferencia de esa imagen distorsionada, el fallo contiene suficientes argumentos basados en la valoración razonable de las pruebas para haber concluido como lo hizo.

A los fines de posibilitar una cabal comprensión de los agravios cabe realizar una prieta reseña acerca de las circunstancias más relevantes del hecho que se tuvo por probado (fs. 1017 a 1018).

Se consigna en el relato efectuado en la sentencia, que entre el 11 de mayo y el 29 de junio de 2006, Cuello y Romero le propinaron malos tratos físicos a la bebé B. –hija de Cuello cuando tenía entre dos a tres meses de edad, consistentes en excoriaciones y equimosis múltiples en diferentes lugares (rostro, tórax, área lumbar), fractura de radio izquierdo y arco posterior de 8º costilla izquierda, producidas por empleo de golpes de puño, elementos romos y duros, hincamiento de uñas, contusión y dígito presión; también fue mal alimentada y descuidada en su higiene personal. Ambos imputados "tuvieron necesariamente participación indistinta", "actuaron en connivencia", no pudiéndose determinar "quien de ellos fue el que los ejecutó y quien fue el que los consintió".

Como lo sostuviera esta Sala (S. n° 269, 18/10/10, "Bachetti"), vale reparar en que, ante una acusación que atribuyó a ambos imputados haber tenido "*necesariamente participación indistinta*" en connivencia –uno u otro en la modalidad activa u omisiva- en los maltratos, habiéndose acreditado de modo certero ese origen, excluida toda posibilidad de la intervención

de otras personas y siendo indubitadamente ambos situados como garantes en función de protección, hasta parece intrascendente procurar una revisión de las conclusiones de la sentencia en torno a lo que aquí discute la defensa, esto es la conclusión del tribunal acerca de que también Romero pudo ser co-autor activo. Más que una acusación alternativa –que supone hipótesis principal y subsidiaria-, cuya validez como modalidad que respeta las garantías del debido proceso y que esta Sala admitiera a partir del precedente “Simoncelli” (S. nº 45, 28/07/98), se trata de una acusación con equivalencia de roles, en tanto sea uno u otro, ambos son responsabilizados del hecho punible, sin que las diferencias se traduzcan en aminoraciones punitivas. Máxime en esta clase de hechos se suscitan en la intimidad de una pareja con características muy especiales, que como fluye de las pruebas seleccionadas por el Tribunal, que se fueron trasladando y escabullendo de las personas que advertían los malos tratos, aunque nadie los viera en cada una de las modalidades directamente porque, como es sabido, esta criminalidad transcurre en espacios privados que cada vez se tornan más herméticos a la intervención de otras personas.

Y tal como se señalara en el precedente de la Sala citado, en este caso, concretamente no ha podido llegarse a elucidar quien fue el autor activo y quien el co-autor o partícipe omisivo, pero siempre que “se encuentren incontrovertiblemente acreditados los malos tratos, su realización en el ámbito intrafamiliar, la paridad de deberes de protección y las posibilidades de cumplirlos y la convivencia, podrá quedar en un cono de cierta incertidumbre o dudas quien hizo y quien no evitó que siguiera adelante, en la medida que ambas posiciones pudieron ser refutadas en el proceso y cualquiera de ellas lleva a una solución legal equivalente”.

3. El impugnante sólo cuestiona, desde la faz de la fundamentación probatoria de la sentencia, la posibilidad que Romero pudiera haber actuado como co-autor activo, ya que para la posibilidad de la omisión sólo controvierte que se lo tomara como si hubiera sido un padre de la bebé incurriendo en una ausencia de valoración de la prueba (supra II, 1, e).

Sin embargo, el impugnante soslaya que la sentencia consignó que aunque Romero no era el padre biológico de B. “*él mismo reconoció en oportunidad de ejercer su defensa material que se desempeñaba como un verdadero padre*” (fs. 995 vta., 996). Tal atestación ha sido ignorada, siendo que aunque la sentencia se ciñó a esa admisión, fluía de las pruebas seleccionadas. En tal sentido, también en sede judicial (v. referencia a fs. 1006) y precisamente ante el Juez de Menores dijo que su “*deseo*” era hacerse cargo de Patricia Cuello y de la bebé, se “*encontraba en condiciones y siempre se ha preocupado por ellas*”, lo cual fue tomado como “compromiso” por el magistrado (fs. 403 y vta.). La convivencia efectiva con la joven y su hija a la época en que se perpetraron las diferentes modalidades del maltrato surge de toda la prueba

testimonial que describe la sentencia, la que no cabe ni siquiera mencionar porque es una cuestión fáctica no discutida por el recurrente, ni por el imputado.

Por lo demás, la calidad del rol no ha de considerarse desde la perspectiva de su quebrantamiento como pareciera inferir el recurrente, ya que llevando al absurdo esta posibilidad no cabría tener por madre a la otra entonces imputada Cuello. La relevancia jurídica del rol asumido por el imputado, se considerará en la Tercera Cuestión, pero en lo que al gravamen formal concierne, corresponde rechazar que la sentencia haya omitido valorar prueba para concluir que Romero actuaba como padre, pues se basó en la propia admisión del imputado, la que a su vez es congruente con las pruebas de la causa.

4. Aunque lo señalado ya restaría toda trascendencia a los agravios enderezados a cuestionar sólo la fundamentación de la sentencia relacionada con la intervención comisiva, también aquí el impugnante elude que la sentencia no ha llegado a la certidumbre de esa modalidad y que esa situación carecía de relevancia.

Por ello es que marcar como defectos de fundamentación el vacío de argumentos demostrativos de certidumbre acerca de que hubiese sido Romero quien exclusiva o conjuntamente propinó los malos tratos activos, cuando precisamente no están dados porque la prueba no los permitía, pero tampoco la excluía, es un modo de eludir los argumentos más relevantes de la sentencia que sientan la responsabilidad sobre otras bases.

En efecto, el Tribunal tuvo con seguridad probados que los rastros físicos que presentaba la bebé eran malos tratos intencionales configurativos de violencia intrafamiliar (fs. 995), conclusión que extrajo de las comprobaciones médicas (autopsia) y las aclaraciones efectuadas en el debate por los peritos (fs. 993 a 994), las realizadas con motivo de la actuación del Juzgado de Menores (fs. 994 vta.), testigos que vieron algunas de estas secuelas (Albarracín, fs. 994, Moreno, fs. 994 y vta.).

La época en que estos malos tratos activos y también el maltrato pasivo se realizaron, coincidió temporalmente con la convivencia de la pareja que formaban ambos imputados con la bebé, conclusión derivada ciertamente de la prueba que se individualiza (fs. 994 y vta.).

A su vez, también con certidumbre, se tuvo por probado que sólo un integrante de la pareja conformada por ambos acusados que convivía con la bebé pudo realizarlos ya que ellos formaban esa comunidad y *“las personas que tuvieron contacto con ellos no dejaron de advertir y señalarle el abandono y lesiones que aquélla padecía”* lo que *“ciñe o circunscribe la posibilidad de intervención sólo a ellos dos”* (fs. 995 vta.). En este sentido, si bien escuetamente, la conclusión alude a todos los testimonios que fueron reseñados consignando anteriormente ese contenido. A título meramente ilustrativo véase el contenido en el sentido de

la conclusión de los testimonios de distintas personas en diferentes épocas y lugares. Así, cuando la pareja vivía en la habitación que les prestaron en su casa la familia Lusi-Albarracín, María Alejandra del Rosario Albarracín, manifestó que ambos no cuidaban correctamente a la bebé, Romero *“si bien le compraba los pañales quería que le duraran 24hs. y lo mismo pasaba con la leche, protestaba continuamente porque decía que no tenía dinero; aunque nunca les faltaba para los cigarrillos”, “era común sentirla llorar de frío y hambre, sobre todo por las noches”, “en una oportunidad le llamó la atención que la beba estuviera arañada en la cara y con la nariz lastimada; cuando le preguntó a Cuello ésta le dijo que se lo había hecho sola porque tenía las uñas largas”* (fs. 982 vta./983). Julio Aquiles Lusi, confirmó ese relato en lo relativo a la falta de alimentación, manifestando que *“una vez como a las dos de la mañana la niña lloraba de hambre y no tenía leche por eso él tuvo que avisarle a Roberto y éste le dijo sin preocupación alguna que al día siguiente se la compraría”,* que quería denunciarlos pero como le habían pedido que fueran los padrinos, pensó que era mejor esperar para luego hacerse cargo de la niña (fs. 983 vta./984). La madre de Cuello, Gabriela Dora Moreno, que recibió a la pareja con la bebé por una noche, manifestó que *“pudo ver que tenía un pequeño moretón en la mejilla derecha, y un raspón en la nariz, una cicatriz de 5 cm. en el maxilar derecho y un pequeño derrame en el ojito izquierdo”,* lloró *“toda la noche”,* no querían llevarla al médico, al día siguiente *“se dio cuenta que la misma tenía la oreja derecha moradita y coloradita, la que no tenía la noche anterior, le pareció que la habían pellizcado en ese lugar, lo cual había sido reciente o durante la noche”* (fs. 987 vta.). Ester Alcira Altamirano, vecina de la pensión donde B. pasó sus últimos días, confirma que la pequeña lloraba mucho, pero una vez *“entre las 12:00 hs. y las 13:00 hs., la puerta de la pieza estaba cerrada -la chica se bañaba- y escuchó un ruido que a ella le pareció como un golpe, luego sintió un llanto fuerte, inmediatamente le expresó al hombre que si le seguía pegando a la niña lo iba a denunciar”,* a los dos días se fueron y no volvió a verlos más (fs. 984/985).

Con certeza, tuvo por acreditado el juzgador que ninguno de los imputados podía desconocer lo que sucedía *“ya que las lesiones eran de carácter grave (las fracturas óseas) y las leves, múltiples y perceptibles a simple vista para cualquier persona que tuviese contacto directo con la niña”,* como surgía del testimonio del perito Bergese (fs. 995 vta.). Este profesional, manifestó que observó en la pequeña desnutrición, deshidratación, dermatitis de pañal sufrida por falta de cambios por períodos de doce horas por lo menos, mal estado de cuidado e higiene; múltiples lesiones en diferentes partes del cuerpo, señalando que en base a su experiencia de 25 años en su actividad *“está en condiciones de decir que soportó un maltrato dentro de una escala del uno al diez, de nueve y que por el tiempo de las lesiones, fue*

agredida de manera sostenida y permanente”, que “*no pasaban inadvertidas para su grupo familiar ni tampoco para quienes la acompañaban porque los niños expresan su dolor y malestar, llorando*” (fs. 993/994). Asimismo, señaló el Tribunal, que si a las personas que tomaron contacto con la bebé “no les pasó inadvertido las lesiones y el abandono” con “*mayor razón no pueden los imputados aducir su desconocimiento ya que ambos estaban a diario con ella*” (fs. 995 vta.). Ya se ha visto que ésta no es una conclusión desapegada de las pruebas, porque nuevamente aquí ha de enfatizarse que todos los testigos nutrieron ese convencimiento sea porque vieran los rastros físicos de las lesiones o los comportamientos configurativos del maltrato pasivo.

El Tribunal consideró que ambos acusados actuaron en connivencia, a ninguno le fue inadvertido las lesiones y el abandono, sólo una vez la llevaron al médico (fs. 995 vta.).

5. Si el núcleo argumentativo de la sentencia pasa, en base a un entramado de indicios que tiene una univocidad de conjunto como se ha visto, por establecer con base en las pruebas y con seguridad, la existencia de los malos tratos intencionales configurativos de violencia intrafamiliar, que sucedieron en época coincidente con la convivencia de la pareja que formaban ambos imputados con la bebé; que sólo un integrante de la pareja pudo realizarlos y que ninguno de los imputados podía desconocer lo que sucedía, como antecedentes para derivar la intervención de ambos, aunque permaneciera incierto quien realizó la conducta activa y quien la conducta omisiva, hay que recalcar que ello ya es suficiente conforme al precedente de esta Sala (S. n° 269, 18/10/10, “Bachetti”).

De allí que deviene en claramente inconducente la queja del impugnante acerca de la falta de fundamentación (II, 1, a), pues como se ha visto la sentencia no agotó su contenido en una mera descripción de las pruebas sin valoración, ya que cada uno de los pilares que sostienen el núcleo argumentativo tienen una referencia a cuáles son las pruebas que los nutren, las que a su vez carecen de contradicciones, de allí que cae en el vacío atribuirle una necesidad que no existe de explicar porque se otorga “mayor” valor, se “mengua” o “deja de lado” ciertos testimonios, ya que todos ellos tienen coincidencia.

Otro tanto respecto a achacar fundamentación aparente (II, 1, b), porque ante una inferencia de pruebas en contra de Cuello (huir dos veces de ámbitos de protección a favor de la bebé para ocultar la autoría), no se habrían proporcionado argumentos acerca de por qué se infería la intervención activa de Romero. Nuevamente ha de enfatizarse que el impugnante no repara en que ése no es el meollo de la fundamentación de la sentencia, ya que quien realizó el maltrato activo y quien omitió resguardar y proteger a la niña posibilitando su continuidad ha quedado en un cono de incertidumbre pero rodeado de certezas en torno a que sólo los

imputados pudieron hacer una u otra y conocían lo que ocurría. Por lo demás, aún un examen más exhaustivo de las pruebas que el realizado, tampoco conduciría a despejar completamente ese cono incierto. Véase a título ilustrativo que de dos testimonios (Moreno –madre de Cuello-; Altamirano –vecina de la última pensión-) emerge claramente la posibilidad que Romero también pudiera haber intervenido en el mal trato activo. En tal sentido Moreno, como ya se ha resaltado, advirtió una lesión (*“tenía la oreja derecha moradita y coloradita, la que no tenía la noche anterior, le pareció que la habían pellizcado en ese lugar, lo cual había sido reciente o durante la noche”*), es decir en momentos en que ambos imputados estaban con la bebé. Más contundentemente, la percepción de la vecina Altamirano porque, según su relato como se consignara, cuando escuchó un ruido de golpe y luego el llanto de la bebé, Cuello se estaba bañando y Romero estaba presente, lo que conduce sólo a él. Muchas de las lesiones provinieron de hincamiento con uñas, si se ven las fotografías a la época en que fueron privados de su libertad –lupa mediante-, las uñas de Cuello, algunas con rastros de ser comidas (fs. 472) son más cortas que las de Romero (fs. 583), estas diferencias subsistieron cuando se realizaron las pericias psicológicas siendo advertidas por las Lic. Scaraffía en relación a Romero (“eran demasiado largas” en ambas manos, fs. 994 vta.) y por la Lic. Cuenca respecto de Cuello (“se comía las uñas”, fs. 994 vta.). Es decir también Romero contaba con la capacidad (uñas más largas), aunque tal camino no conduce a ningún lugar, ya que tampoco puede descartarse una capacidad para este tipo de lesiones en Cuello (no todas las uñas estaban “comidas”), más aún habiendo determinado que ella fue quien asfixió a la bebé, compresión que implicó rastros de heridas ungueales en el rostro de la pequeña (fs. 477).

Asimismo, resulta también prescindente de los argumentos del fallo, la alegación acerca de la falsedad de la fundamentación (II, 1, c), pretendiendo que el Tribunal de juicio derivó la intervención activa de Romero de las comprobaciones médicas acerca de las lesiones. El defensor ha prescindido en que ésta fue una de las posibilidades que no pudo determinar certeramente, como ya se ha visto, porque en definitiva cierto era que sólo los imputados pudieron haberle propinado los malos tratos activos y pasivos, aún cuando los roles que específicamente desarrollaron cada quien, esto es quien intervino activamente y quien omitió los resguardos para evitarlos haya quedado en un cono de incertidumbre irrelevante para fundamentar la responsabilidad de ambos. ¿Qué ganancia llevaría la defensa si aunque fuera victoriosa su pretensión de todos modos no ha demolido que Romero conocía los malos tratos y nada hizo para hacerlos cesar?. Por lo demás, se ha visto que la posibilidad de actuación activa también emerge de las pruebas como razonable en alguna de estas situaciones (testimonio de Altamirano que oyó el ruido del golpe y el llanto consiguiente cuando sólo él

estaba con la bebé ya que Cuello estaba en el baño, capacidad por el largo de las uñas para algunas de las lesiones).

Tampoco es de recibo, la queja acerca de la fundamentación contradictoria que se le achaca a la sentencia (II, 1, d) porque con las mismas pruebas o ausencia de ponderación de algunas habría absuelto a Romero por el homicidio y condenado por la lesiones. No es de recibo porque parcializa notablemente los argumentos que sustentaron la diferente solución. Repárese en que para el homicidio, se consideró que “*el círculo intrafamiliar*” aquí se cerró y quedó circunscripto sólo a la imputada porque la coartada de Romero quedó medianamente comprobada (fs. 1015 vta.). Es que conforme al forense que practicó la autopsia, Dr. Bergese, “*la hora del fallecimiento puede haber sucedido entre las 6.30 y 10.30 hs. de la mañana*” (fs. 1016 vta.), momento en que Romero estaba fuera trabajando y no en la habitación en dónde sucedió la muerte de B., por lo cual si no estuvo allí “*y la defunción fue provocada por asfixia, el dedo acusador señala fatal e inexorablemente a la madre*” (fs. 1016 vta.). Ese argumento decisivo fue ignorado por el impugnante, pudiendo además señalarse que tampoco el Tribunal ponderó para esa conclusión las pericias a las que alude el impugnante para inferir indicios de personalidad, pues a éstas las consideró para valorar la carta que escribió Cuello acerca de sus “sentimientos” por la muerte de B. (fs. 1016 y vta.). Tampoco estas pruebas podrían tener ese alcance. Véase que en la pericia de Romero se detectaron “*indicadores de agresividad, irritabilidad*”, ésta podía surgir ante el llanto de la bebé, a su vez se infiere “*una personalidad abandonica más que violenta, pero esto no quiere decir que no se pueda afirmar que Romero no es violento o no pudo haberlo sido*” (fs. 1004 vta., 1005).

6. En cuanto al gravamen referido a la falta de fundamentación de la connivencia, verdad que escuetos son los argumentos de la sentencia si se toman aisladamente, tan escuetos como los del impugnante. Pero situados en la constelación argumentativa se entiende que el Tribunal no haya dedicado mayor esfuerzo dada la certidumbre del dolo de ambos acusados en relación a los malos tratos.

Para satisfacción del impugnante, ha de decirse que de las pruebas fluyen abundantes indicios relativos a la connivencia de Romero. La pareja, por uno u otro integrante, fue alejándose y alejando a todos los que pudieron advertir lo que estaba ocurriendo, sea el maltrato activo o pasivo de B.. Así, ante el círculo del pastor Peluffo –donde ambos vivieron antes del nacimiento de B.- (fs. 988 vta., testimonio de Díaz, fs. 990 vta., testimonio de Peluffo), cuando les preguntaron por unas marcas de golpe en el rostro de la bebé se apoyaron para decir “*lo mismo*”, dando explicaciones absurdas (paspadura por ejemplo). Este pastor había ofrecido un lugar a Cuello con la bebé, pero Romero lo rechazó e incluso ensució la ropa que

había conseguido para la bebé y arrojó la cuna a un costado (fs. 990, testimonio de Peluffo); personas de ese entorno ofrecieron cuidar de ella pero Romero no quiso hablando inclusive de “*venderla*” (testimonios de Paez, fs. 991, de Campestrini, fs. 992). También ambos se alejaron de la habitación que les habían brindado la familia Lusi—Albarracín (fs. 983, testimonio de Albarracín, fs. 984, testimonio de Lusi), quienes también vieron a la bebé rasguñada recibiendo explicaciones de Cuello que “*se lo había hecho sola*” lo cual ya se conoce como falso porque éste era un modo de maltrato utilizado reiteradamente, apreciaron que ambos no la alimentaban y aseaban, concretamente el imputado casi no le daba dinero para leche o pañales a pesar que ambos fumaban. Desde allí ambos se fueron hacia la casa de la madre de Cuello, Gabriela Moreno (fs. 987 vta., 988), quien pudo apreciar que la bebé tenía la lengua marrón lo que la convenció que “*no tomaba leche sino té*”, tenía rastros de golpes, recibió de Cuello la misma explicación que se lo había hecho sola, inverosímil para la mujer, y se fueron hacia otro lugar que consiguió Romero. Este lugar no es otro que la última morada de la pequeña, en donde también rechazan ayudas para la bebé, siendo allí apreciable el maltrato activo y pasivo (testimonios de Ester Altamirano, fs. 984 y vta., de su padre Jorge Altamirano fs. 985).

¿Qué otra conclusión que la connivencia puede inferirse de conductas que convergen hacia las mismas consecuencias lesivas?. Ambos de común acuerdo coinciden en rechazar todas aquellas manos que les tendieron para ayudar a la niñita, en nada modificaban sus comportamientos cuando les hacían presentes los golpes, la falta de comida, de higiene, al contrario tomaban estas advertencias para salir de dónde estaban y escabullirse hacia otro lugar, en donde nuevamente se replicaba lo mismo.

De allí que carezca de trascendencia anulatoria la queja del impugnante porque aún admitiendo no la falta sino la insuficiencia de fundamentos, la prueba es contundente en el mismo sentido de la conclusión del Tribunal como se ha demostrado tomando relatos de testigos que se encuentran reseñados y valorados en la sentencia.

En definitiva, conforme a los argumentos que se han proporcionado, voto negativamente a esta cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las M. Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tariditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. La defensa de Romero se queja por el encuadramiento como co-autor de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas (fs. 1093 a 1095).

Sostiene que si bien en principio es viable la acusación alternativa cuando la conducta de los sujetos activos no puede ser precisada con exactitud, pero inexorablemente se circunscribía al círculo cerrado de los mismos; ello no obsta para afirmar también que sea fácticamente imposible que en un mismo contexto físico y temporal, una persona pueda ser considerada con relación a un mismo hecho delictivo, simultáneamente co-autor y partícipe, puesto que jurídicamente representan aportes distintos al hecho incriminado y cuyos roles se contraponen.

Según el impugnante, el planteo es claro, o se es coautor, ejecutando alguna de las conductas descriptas en el tipo penal del delito en cuestión o se es partícipe, con dos posibilidades alternativas, la primera, Romero como autor, cometiendo una acción por omisión; o la segunda, Cuello como autora y Romero como partícipe secundario, porque “no está jurídicamente obligado por la ley a actuar de modo positivo” ya que no era el padre biológico.

Insiste en quejas de carácter formal acerca de que sólo Cuello estaba en contacto directo con la bebé, aunque Romero hubiera advertido los malos tratos y no hubiera hecho nada tampoco tenía obligación de actuar conforme a lo ya reseñado.

Se agravia que se haya considerado que pudo tener intervención activa, rechazando que del largo de las uñas apreciado por la perito psicóloga, el a quo dedujo que fue el autor de las lesiones ungueales, pero se trata de un dato probatorio aislado y extemporal, posterior a los hechos y sólo a la época de llevarse a cabo las entrevistas psicológicas, por la ubicación (debajo de las axilas y en parte del tórax) el indicio de participación indica a Cuello y no a Romero, ya que fueron provocadas cuando la menor se encontraba sin ropa, y ello solo pudo haber sido posible (como se explicara anteriormente) en presencia de su madre. Además de la toma fotográfica de las manos de ambos incoados, sacadas al momento de aprehensión (fecha del deceso de la niña) se observa que Romero tenía las uñas cortas.

Considera que sólo Cuello debió ser considerada autora, como sucedió con el homicidio.

A su ver, que Romero “haya privado a la menor de la posibilidad de mejorar su calidad de vida y salud, al haber advertido algunas de las lesiones que Cuello le infringía a su hija, teniendo gestos sólo abandónicos y muy reprochables a nivel moral, no lo convierte en autor de las lesiones” sino que en todo caso lo hace responsable del delito de omisión de auxilio (CP, 108).

Por ello solicita la nulidad parcial de la sentencia y el encuadramiento en el delito pretendido (omisión de auxilio).

II. 1. En este agravio se entremezclan cuestiones relativas a la fundamentación probatoria de la sentencia en relación a la intervención activa de Romero, como cuestiones jurídicas concernientes a que no puede encuadrarse como omisión su obrar porque no era el padre de la bebé B..

Los cuestionamientos formales han sido ya atendidos extensamente en la anterior Cuestión a la que cabe remitirse, porque en definitiva la defensa vuelve a traer aquí que no ha sido ciertamente probado que Romero haya intervenido comisivamente en los malos tratos encuadrados como lesiones leves y graves calificadas y continuadas. Se ha visto que el Tribunal no ha sentado esa conclusión, precisamente porque el núcleo argumentativo de la sentencia pasa por establecer, en base a un entramado de indicios que tiene una univocidad de conjunto, con base en las pruebas y con seguridad, la existencia de los malos tratos intencionales configurativos de violencia intrafamiliar, que sucedieron en época coincidente con la convivencia de la pareja que formaban ambos imputados con la bebé; que sólo un integrante de la pareja pudo realizarlos y que ninguno de los imputados podía desconocer lo que sucedía, como antecedentes para derivar la intervención activa u omisiva de ambos, aunque permaneciera incierto quien realizó la conducta activa y quien la conducta omisiva, lo que se ha estimado como suficiente siempre que haya equivalencia de roles, en tanto sea uno u otro, ambos son responsabilizados del hecho punible, sin que las diferencias se traduzcan en aminoraciones punitivas.

Por ello, lo que aquí se examinará consistirá exclusivamente en si es posible jurídicamente considerar a Romero, pese a no ser el padre de B. como un garante con función de protección en relación a la afectación del bien jurídico de su integridad personal en el ámbito de protección de los tipos penales aplicados. Ello es esencial porque de no ser así, no habrá ni siquiera complicidad.

2. El niño cuenta con una especial protección de sus derechos humanos. En tal sentido, la Constitución de la Nación reconoce una más intensa protección para el goce pleno de los derechos humanos a los niños (75, 23º). La Convención del Niño de rango constitucional (CN, 75, 22º) establece que el niño tiene derecho a ser preservado de malos tratos inclusive cuando se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal “o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (19,1).

Este último rango de personas, se viene a completar con el texto del art. 5º del mismo digesto, en donde amplía el número de agentes reconocidos por el Estado en su función

directriz y orientadora para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos. Es así, que señala en tal labor además de los padres, miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño.

El instituto de la guarda cuenta con importancia jurídica y vigencia en la realidad social en un contexto de pérdida de los vínculos formales hacia otras comunidades de vida. Es así que el guardador se encuentra investido de un cúmulo de obligaciones a cumplir, ya que le compete tener, asistir y educar al menor en situación similar a la de los padres o tutores, pero supeditado siempre el reclamo que le formulen quienes tienen derecho de representación sobre el niño. Es más, en caso de no satisfacer la asistencia del menor, el guardador incurre en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en tanto el art. 2º, inc. c, de la ley 13.944 lo equipara al tutor o curador. Es decir que quien asume y ejerce la guarda de hecho, asume una de las modalidades protectorias de la minoridad. Aunque sus caracteres evidencien la precariedad de la situación, no puede negarse la producción de efectos jurídicos ni la presencia de derechos y deberes inherentes a la tarea protectoria que se desempeña (D'Antonio, Daniel Hugo, "Convención sobre los Derechos del Niño", Ed. Astrea, Bs. As., 2001, pág. 61 y 63).

En el caso, el imputado por asunción voluntaria, es decir por sus propios actos a través de manifestaciones de voluntad expresas ante el Juez de Menores (v. referencia a fs. 1006) verbalizó su "*deseo*" de hacerse cargo de Patricia Cuello y de la bebé, dijo que se "*encontraba en condiciones y siempre se ha preocupado por ellas*", lo cual fue tomado como "compromiso" por el magistrado (fs. 403 y vta.). También hay manifestaciones de la voluntad a través de actos concluyentes, que es una modalidad también de los actos propios, como proporcionar el dinero (poco) para los pañales y la leche –del testimonio de Albarracín y Lusi-, la madre se lo dejaba a su cargo cuando se bañaba –Alcira Altamirano- y, principalmente era él –salvo cuando fueron a la casa de la madre de Cuello- quien se encargaba de buscar un hogar diferente para que habitaran los tres, también intervenía para rechazar las ayudas, como se viera en la anterior Cuestión.

3. En este contexto particular, la bebé de escasos meses se encontraba sólo al cuidado de la madre y del imputado, por su situación de máxima vulnerabilidad por tratarse de una persona totalmente dependiente.

Las acciones que se llevaron a cabo sobre el cuerpo de la niña configurativas de los malos tratos activos y pasivos, se cometieron en el interior de los lugares donde moraron, en parte ocultas, a veces ostensibles (negar el alimento y otros modos de graves modalidades de maltrato pasivo). La pareja había conformado una relación con características especiales,

cerrada y hermética, que no se relacionaban con otras personas, que no permitían a nadie traspasar ese cerco construido. Es así que frente a las sugerencias de la madre de Cuello como las distintas personas con las que fueron conviviendo, de que fuera al médico al advertir las lastimaduras en la cara y los lloros incesantes de la niña, ambos contestaban con evasivas y ante la insistencia se marchaban a otro lugar. Es por ello, aún cuando la madre fuera quien le infería las lesiones, el imputado no podía omitir toda actividad tendiente a procurar una evitación de la continuidad de los malos tratos, sin que surjan imposibilidades de actuar conforme al rol de protección. A su vez, en la Segunda Cuestión, se ha podido ver que también algunos de los malos tratos activos fueron proferidos por Romero. Está asimismo suficientemente acreditado que los malos tratos pasivos no sólo provenían de Cuello, sino también de Romero, porque no sólo sucedía que aquélla no la alimentaba sino que éste tampoco le proporcionaba lo necesario y estas conductas no eran por negligencia, sino que configuraron una modalidad de malos tratos intencionales según se dio por ciertamente probado.

Más que un cómplice, Romero desarrolló conductas de control y elusión que demuestran dominio lo que es propio de un coautor.

Ese dominio se manifestó claramente y se ha podido destacar en la anterior Cuestión al abordar el agravio de la defensa relativo a la falta de fundamentación de la connivencia para la co-autoría. Así, fue Romero quien rechazó el lugar que le brindaba el pastor Peluffo o la ayuda de las personas de ese entorno que le ofrecieron cuidar de B. hablando inclusive de “*venderla*”; junto con Cuello se fueron de la habitación que les habían brindado la familia Lusi—Albarracín cuando además de los motivos económicos era evidente que estas personas habían advertido los malos tratos e incluso pensaban denunciarlos; fue él quien encontró un lugar para que se fueran de la casa de la madre de Cuello que también había apreciado estos malos tratos activo (rastros de golpes, nuevos rastros después de pasar allí una noche) y pasivo (lengua marrón de té) anoticiando al Juzgado de Menores; y hasta en este último lugar también rechazó ayudas para la bebé.

Respecto de la co-autoría, la Sala tiene numerosos precedentes (a partir de “Montenegro” (S. n° 40, 21/08/1968; más recientemente en “Merlo”, S. n° 30, 2/5/2000; “Guevara”, S. n° 4, 22/2/2001; “González”, S. n° 14, 12/3/2001; “Oviedo”, S. n° 136, 28/12/2004; “Monje”, S. n° 46, 23/5/2006; y “Diaz”, s. n° 186, 31/7/2009) en los que se ha señalado que los coautores no son sólo quienes realizan la acción consumativa del delito (con actos parificados o heterogéneos significativos de la división de trabajo), sino también quienes toman parte en su ejecución a través de una acción no consumativa, pero coadyuvante y

convergente con ella. Asimismo, se ha aceptado (“Luna” -S. nº 4, 10/02/2006-, “Córtez” -S. nº 109, 7/06/2007-, “Carranza Rodriguez”-S. nº 363, 29/12/2008-, entre otros) que en materia de co-autoría rige el “principio de imputación recíproca” de las distintas contribuciones. Y, en virtud de este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a todos los demás. Por ello, puede considerarse a cada co-autor como autor de la totalidad del hecho, aunque parte del mismo no haya sido por él ejecutado (Cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General. 5ª ed., 2ª reimpresión, edit. Reppertor S.L., Barcelona, España, 1999, pág. 386; Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. edición, corregida y ampliada, edit. Comares, Granada, 2002, pág. 727).

Como se señalara en el precedente “Bachetti” (s. nº 270, 18/10/10) en todos esos precedentes se trataba de aportaciones dentro del ámbito de ejecución del hecho, por lo cual hay que atender a las singularidades que se presentan cuando confluyen modalidades activa y omisiva de aportación. La cuestión no ofrece dificultades en relación a los malos tratos pasivos que se extendieron a lo largo de la breve vida de B., porque tanto Cuello como Romero incurrieron en inactividades o acciones contrarias al deber de resguardo conjuntamente, en connivencia, pudiendo tener otras alternativas como aceptar ayudas que las personas aún con escasos recursos les ofrecían y sistemáticamente rechazaron para alejarse en cuanto se les advertían la penosa situación de la bebé.

En cambio, no ha sido probado porque no ha sido posible establecer que todas las acciones configurativas de malos tratos activos provinieran de Romero o sólo de Cuello y, en su caso, que hubieran sido realizadas en presencia del otro. Aún en la situación en la que pretende situarse la defensa, esto es que sólo Cuello era quien perpetró los malos tratos activos y aún considerando que ni siquiera estuviera Romero presente cuando esto sucedía, tampoco podría ser tenido por un cómplice secundario como procura la defensa.

En efecto, como ya se ha apuntado la bebita se encontraba únicamente al cuidado de la mamá y de su pareja –Romero-, situación que implicaba una máxima vulnerabilidad. Ello así, porque las lesiones fueron proferidas en el seno del “hogar”, en el que ambos imputados se encargaron además de aislar a la pequeña de toda injerencia extraña que pudiera auxiliarla.

Por tanto, la omisión de Romero de realizar toda actividad tendiente a procurar una evitación de la continuidad de los malos tratos, sin que surjan imposibilidades de actuar conforme al rol de protección, denotan una cooperación que desborda la del cómplice secundario porque fue ingresada en la modalidad fáctica o concreta de ejecución, que es el rasgo que caracteriza al cómplice primario (doctrina de esta Sala a partir de “Cejas”, S. nº 48,

18/09/97). Estos acometimientos sucesivos no hubieran podidos ser llevados adelante, si ese rol de protección se hubiese activado en el sentido de su evitación. Mas, en lugar de ello, cooperó con Cuello, consiguiéndole un lugar a donde mudarse cada vez que era indagada acerca del estado físico de la niña. Repárese que en menos de dos meses fueron cambiando de domicilio en cuatro oportunidades –vivieron en la casa de Peluffo, familia Lusi-Albarracín, en lo de madre (Gabriela Moreno), y Altamirano-. No puede haber duda que la inactividad y el desarrollo de conductas notoriamente alejadas del intento de procurar la evitación, posibilitaron la continuidad del contacto entre agresora y víctima al respaldar e intervenir en las versiones acerca de orígenes ajenos al accionar lesivo respecto de las lesiones que ocultaron lo que sucedía.

4. Más si como ocurre en el caso, confluye la co-autoría por omisión impropia (mal trato pasivo), junto con la complicidad primaria por omisión impropia en los malos tratos activos, y ambas modalidades configuraron los hechos que fueron encuadrados en los tipos de lesiones, la forma más amplia de intervención (co-autoría) desplaza en su aplicación a la complicidad primaria. Esta situación es frecuente en las ofensas continuadas a un bien jurídico también en relación a la consumación de algunas y la tentativa de otras, situación que se unifica a favor de la aplicación de la consumación. También si en estas ofensas concertadas por más de un interviniente, se intercambian roles (en algunas co-autoría, en otras complicidad), también ha de unificarse la aplicación a favor de la co-autoría.

En consecuencia, aún por estas diferentes razones si la co-autoría ha sido en este caso correctamente aplicada, cabe votar negativamente a esta Cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTION

La señor Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Bajo el motivo formal y como agravio subsidiario, el quejoso dirige su crítica al monto de la pena impuesta (fs. 1095 y sgts.), por carecer de la debida fundamentación en orden a la pautas de mensuración de la pena.

Sostiene que el decisorio atacado deviene arbitrario, en razón de que al considerar el sentenciante las circunstancias personales que operaban a su favor omitió ponderar las que

tienen incidencia directa con relación al hecho en sí y que demuestran su escasa peligrosidad. En cuanto a “su adicción al alcohol y ser una persona violenta” el a quo no ha determinado si esta condición fue considerada en forma negativa (fs. 1097 vta.).

Señala cuáles fueron las circunstancias favorables a su asistido que el sentenciante ha omitido a la hora de ponderar la pena impuesta:

* El hecho de ser un hombre trabajador, que a lo largo de su vida procuró siempre salir adelante y superar la precariedad económica de base que padecía –empleado metalúrgico, de seguridad, remisero-, contando con un muy buen concepto en los lugares donde prestó su servicio. Todo ello devela poca peligrosidad, quien a pesar de sus acotados recursos económicos con que contaba, se abrió paso en la vida alejado del mundo delictual (fs. 1097).

* La estructura de la personalidad psicológica de base, la que evidencia su historia personal y vital desde su infancia y que demuestran la precariedad con la que se formó. Esta afirmación se sustenta en la pericia psicológica (fs. 614/621), en la que quedó plasmado la mala calidad de vida que llevó el imputado desde su infancia, que hacen más entendibles sus sentimientos desaprensivos hacia con las necesidades ajenas, lo que mengua su peligrosidad. Transcribe fragmentos del informe psicológico que abonan su postura (fs. 1098).

Advierte, la ausencia de fundamentación en orden a las siguientes circunstancias que fueron ponderadas en su contra, a saber:

* La adicción al alcohol, manifiesta que el a quo mencionó el vicio social, puramente hipotética y abstracta sin dar razones que justificaban tal afirmación. De las probanzas no surge de manera alguna, que las supuestas lesiones inferidas a la niña fueron provocadas cuando su cliente se encontraba ebrio, ni que éste mantuviera tal estado con carácter consuetudinario. Aduce que el hecho de no contar con las razones por las que se ponderó esta condición en detrimento del imputado, lo colocó en estado de indefensión, máxime cuando fue negado por él y no hay elemento de prueba que lo corrobore. Destaca, que los trabajos en los que se desempeñaba requerían un estado de alerta permanente, incompatible con un estado de ebriedad permanente, que se le achacó. Además, el dueño de la remisaría –a quien el Tribunal consideró creíble- en donde se desempeñó como chofer, recalcó la responsabilidad asumida por el encartado en su trabajo. Por estas razones, estima que el a quo incurrió en una contradicción al sostener que era responsable en su trabajo y era un ebrio consuetudinario (fs. 1098 vta.).

* La personalidad violenta, afirmación categórica sin dar razones ni pruebas que apuntalen tal apreciación, lo que veda su posibilidad de contrarrestar tal afirmación. Sostiene, que la única persona que mencionó que Romero era violento, fue un ex amigo quien lo dedujo

a partir de la confesión que le habría hecho a aquel pero no vinculados al hecho en cuestión, sino a hipotéticos acontecimientos pasados –no acreditados- vinculados a los hijos que tuvo con otra pareja. Señala que tal afirmación además se contrapone con lo expresado por la Lic. Scarafía, quien infirió “una conducta abandonica más que violenta pero esto no quiere decir que se pueda afirmar que Romero no es violento o no pudo haberlo sido”. Alega, que las conductas abandonicas y de desapego emocional a las que hizo referencia la psicóloga, sí estuvieron demostradas –no fue a buscar a Patricia y a su hija en una oportunidad que habrían concurrido al hospital, no compraba leche, ofrecía a la bebé a la venta- (fs. 1099).

Por último, señala una fundamentación parcial, cuando el a quo ha expresado “quedó expuesto además que pese a tener ingresos suficientes, no aportó lo necesario para la alimentación de su protegida”. Considera, que para arribar a tal conclusión el sentenciante no ha tenido en cuenta que se trata de un bebé recién nacido, quien requiere como fuente principal de alimentación la leche materna suministrada sólo por su madre. La mezquindad de Romero, de ninguna manera privó a la pequeña B., de la fuente única e irremplazable que es la leche materna (fs. 1099 vta.)

II. El marco punitivo del concurso real entre las lesiones leves calificadas continuadas y las lesiones graves calificadas continuadas, está dado por un mínimo de 3 años y un máximo de 12 años de prisión, fijando el Tribunal la pena en 10 años de prisión.

Como pautas atenuantes consideró que es un hombre joven, tiene estudios secundarios incompletos y carece de antecedentes penales (fs. 1019).

Consideró como agravantes (fs. 1019 y vta.), la modalidad del hecho, tanto por la intervención múltiple (en forma activa y omisiva), las “innumerables” lesiones inferidas en corto tiempo a una indefensa víctima, la falta de alimentación e higiene “por lo cual resulta muy fácil imaginar sus sufrimientos” (argumentos dados para Cuello a los que se remite para Romero). También ponderó su adicción al alcohol, que es una persona violenta y aunque dijo querer encargarse de B. actuó en contrario y hasta manifestó “su intención de desprenderse de la pequeña, vendiéndola”. También consideró que pese a tener ingresos no aportaba para los alimentos.

III. Conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es motivo de casación, sólo en casos de arbitrariedad (T.S.J. “Sala Penal”, S. nº 14, 7/7/88, “Gutiérrez”; S. nº 4, 28/3/90, “Ullua”; S. nº 69, 17/11/97, “Farías”; A. nº 93, 27/4/98, “Salomón”; S. 37, 8/5/01, “Duarte”, entre otras).

Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de

motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J., Sala Penal, Carnero, A. n° 181, 18/5/99; “Esteban”, S. n° 119, 14/10/99; “Lanza Castelli”, A. n° 346, 21/9/99; “Tarditti”, A. n° 362, 6/10/99; S. n° 215, 31/08/07, “Grosso”, entre otros). El control alcanza el monto de la pena -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente en relación a las circunstancias de la causa (T.S.J., Sala Penal, “Suárez”, S. n° 31, 10/03/2008; cfr., “Ceballos”, S. n° 77, 7/6/1999; “Robledo de Correa”, S. n° 33, 7/5/2003; “Aguirre”, S. n° 59, 28/06/2005)

En el caso no se aprecian vicios que tengan una entidad que descalifique el fallo en relación a la individualización de la pena.

En relación a la falta de fundamentación probatoria de dos de las circunstancias agravantes (adicción a alcohol y características de violencia), las quejas no son de recibo.

Acerca de la adicción al alcohol el juzgador no ha sostenido, como pretende el impugnante, que Romero fuese como un ebrio consuetudinario, lo que de ningún modo estaría probado, pero aquella inclinación ha sido suficientemente derivada de las pruebas. Precisamente lo refirió el pastor Peluffo (fs. 989 vta.), otro allegado suponía que era unas de las razones por las cuales no quería quedarse “Roberto es una persona a la que le gusta tomar mucho vino” (testimonio de Campestrini, fs. 992), como también refirió otro testigo que vivió junto a él (testimonio de López, fs. 992 vta.).

La característica de la personalidad violenta, que según el recurrente sólo su ex amigo había referido tal apreciación, en contraposición de la opinión de la profesional que lo entrevistó, carece de sustento. Véase que en la pericia de Romero se detectaron “indicadores de agresividad, irritabilidad”, ésta podía surgir ante el llanto de la bebé, a su vez aunque se infiere “una personalidad abandonica más que violenta, pero esto no quiere decir que no se pueda afirmar que Romero no es violento o no pudo haberlo sido” (fs. 1004 vta., 1005). Abona que es violento, los testimonios de otras personas que convivieron con él. No fue sólo López quien refirió a tal característica, sino también el pastor Peluffo refirió a un día que se hizo presente en su domicilio molesto por las cosas que el deponente había conseguido para la bebé, arrojando éste la cuna hacia un costado, y ensució la ropa que el dicente había conseguido para aquella (fs. 990), como también la señora Albarracín, refirió que el imputado tenía contestaciones violentas (ver fs. 983).

A ello se suma, que otras circunstancias agravantes de peso determinan un alto grado de reprochabilidad, tales como las referidas a las múltiples modalidades de intensa victimización en relación a una indefensa beba en escaso tiempo, la intención de desprenderse de la pequeña, ofreciéndola a cambio de dinero –v. testimonios de Paez, Campestrini y López-.

También, en su contra que a pesar de contar con ingresos suficientes –trabajaba de remisero– no aportaba para las necesidades básicas de la beba, teniendo en cuenta que tanto ella como su pareja dependían económicamente de él.

De allí que frente a semejante conjunto de agravantes, en especial las atinentes a las características violentas, modalidades del hecho y demás mencionadas, aparezca como inocuas en sentido aminorante, su devenir personal y los hábitos de trabajo. Es que no puede decirse que el aquo desconsideró su devenir vital, ya que ponderó a favor ciertos aspectos positivos (estudios, falta de antecedentes). Y también ponderó que trabajaba, sólo que, correctamente, en sentido negativo porque teniendo ingresos no suministraba lo suficiente para la bebé.

Por los argumentos proporcionados voto negativamente.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las M. Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA QUINTA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde:

I. Sobreseer totalmente a la imputada Lourdes Patricia Cuello, de los delitos de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas, en concurso real (hecho primero) y autora de homicidio por el vínculo (hecho segundo), todo en concurso material (arts. 45, 1° supuesto; 89; 90; 92; 55; 80 inc. 1° y 55 C.P.), contenidos en la requisitoria fiscal de fs. 697/705, que se le atribuían y declarar abstracto el recurso de casación deducido a su favor. Sin costas (C.P.P., arts. 550/551).

II. Rechazar in totum el recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal del 2° Turno, Dr. Néstor W. Vela Gutierrez, a favor del imputado Roberto Carlos Romero. Con costas (art. 550/551 del C.P.P.).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: I. Sobreseer totalmente a la imputada Lourdes Patricia Cuello, de los delitos de lesiones leves calificadas continuadas y lesiones graves calificadas continuadas, en concurso real (hecho primero) y autora de homicidio por el vínculo (hecho segundo), todo en concurso material (arts. 45, 1° supuesto; 89; 90; 92; 55; 80 inc. 1° y 55 C.P.), contenidos en la requisitoria fiscal de fs. 697/705, que se le atribuían y declarar abstracto el recurso de casación deducido a su favor. Sin costas (C.P.P., arts. 550/551).

II. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal del 2° Turno, Dr. Néstor W. Vela Gutierrez, a favor del imputado Roberto Carlos Romero. Con costas (art. 550/551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.