

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04879377-5/1((018602-32546))

FC/ TIZZA ANTONIO SEBASTIAN Y GONZALEZ ZARATE CELESTE
YANINA P/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO EN
CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA JUDICIAL (32546)
(32546/18) / RECURSO EXT.DE CASACIÓN
104963532

En Mendoza, a los ocho días del mes de enero del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° 13-04879377-5/1 caratulada “F. c/ TIZZA, ANTONIO SEBASTIÁN Y GONZÁLEZ ZÁRATE, CELESTE YANINA P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN CONCURSO REAL CON DESOBEDIENCIA JUDICIAL (32.546/18) s/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **Dr. OMAR A. PALERMO**, segundo **Dr. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **Dr. MARIO D. ADARO**.

La defensa técnica de Celeste Yanina González Zárate a fs. 1141/1146 vta. y 1166/1167 vta., y la defensa oficial de Antonio Sebastián Tizza a fs. 1153/1157 vta. y 1160/1162 formulan recursos de casación e inconstitucionalidad respectivamente contra la sentencia n° 747 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a los nombrados a la pena de prisión perpetua luego de que el jurado popular constituido en autos los considerase culpables del delito de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1 del CP) y del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo en el caso de Tizza (art. 89 en función del art. 80 inc. 1° del CP), por los que se los acusaba en los autos n° P-32.546/18 y P-36.628/18 respectivamente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la

Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada condenó a los acusados a la pena de prisión perpetua a raíz de que el jurado popular constituido en autos conforme a las previsiones de la ley 9.106 los encontró culpables del homicidio de V.G. –v. registros audiovisuales, primera audiencia del 07/09/2019, 03:28 am–. La sentencia n° 747, obrante a fs. 1133/1132, da cuenta de las instrucciones iniciales impartidas al jurado –v. fs. 113/116 vta.–, de las instrucciones finales que se proporcionaron una vez clausurado el debate –v. fs. 1116 vta./1130–, del veredicto del jurado –v. fs. 1130 y vta.– y de la individualización de pena efectuada por el juez técnico –v. fs. 1130 vta./1131–.

En oportunidad de leer las instrucciones iniciales al jurado popular, el juez explicó el hecho acusado a Sebastián Tizza y Celeste González del siguiente modo: *«Expediente n°32.518. El primer caso que se investiga en este expediente es el siguiente: se acusa a ambos (a Celeste González y a Sebastián Tizza) para una fecha aproximada 15 de abril de 2018 aproximadamente a las 4.40 hs. [...] en Tupungato, en la ruta provincial n° 89 sin número callejón Pérez Bonfant. Lo que se acusa es a ambos de haber omitido la asistencia médica oportuna en relación al hijo de ambos, V.G.T., quien había recibido golpes que le ocasionaron lesiones, y [...] de haber llevado a tiempo al menor a un centro asistencial médico, el niño no hubiera muerto. Este hecho ha sido calificado por la fiscalía [...] como comisión por omisión del delito de homicidio calificado por el vínculo [...]»* –v. registro audiovisual de la cuarta audiencia del día 02/09/19,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

min. 04:19 y ss.–.

También les explicó que «[a]demás, en este expediente 1 hay un segundo caso en el que se acusa sólo a Sebastián Tizza, [...] por no haber cumplido una orden de prohibición de acercamiento que había sido dictada por el Primer Juzgado de Instrucción de Tunuyán, en relación a su hijo V.G.T. (...). Este delito fue calificado por la fiscalía como desobediencia a la autoridad. [...] Hay un segundo expediente [...], entre el 14 y el 18 de febrero del 2018, y en la misma dirección de Tupungato, aquí se acusa también a ambos -a Celeste González y Sebastián Tizza- de haber omitido tomar los recaudos oportunamente para evitar que su hijo, V.G.T. recibiera maltrato físico que le provocó lesiones leves. No tomaron los recaudos para evitar que su hijo recibiera lesiones. Este hecho fue calificado por el fiscal como el delito de comisión por omisión del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo» –v. mismo registro audiovisual, hasta min. 07:40–.

Durante el debate, el representante del Ministerio Público Fiscal formuló dos modificaciones en la plataforma fáctica. La primera de ellas tuvo lugar durante la cuarta audiencia del día 04/09/19, en la que, mediante la invocación del art. 392 del CPP, afirmó que «Tenemos aquí la investigación de tres hechos. El que ocurre en febrero 14 y 18 con lesiones leves, y el que ocurre posteriormente hacia el 15 de abril de 2018. Aquí aparecen dos hechos, que es que se incumple con la orden de no acercamiento, y el asesinato, la muerte, el homicidio de V.T. Sobre este segundo hecho estamos señalando específicamente, sr. Presidente, que los hechos no estaban cometidos por golpes NN y no identificados -cosa que ocurría hasta el momento de esta audiencia- sino que tras la declaración de la señora Celeste González, ella expone una situación puntual: que es que Tizza golpearía a su hijo en un momento dado, en un determinado lugar, y que ella lo vio golpeándolo estando el niño sobre la cama y Tizza parado a su lado golpeándolo con los puños en el abdomen. Relató ella -y me remito brevitatis causae- toda las circunstancias que se motivaron en este contexto (como está siendo grabado y el documento es digitalizado, me remito en ese

sentido). A posteriori de ello, si bien esto podría decirse que antes no lo teníamos, porque ella sólo había hecho una denuncia, no estaba ingresado en el debate, aparece recién en el debate tras su declaración, se suman declaraciones de los peritos psicólogos [...]. La acción concretamente entonces del señor Tizza había sido ejecutar acciones violentas con su cuerpo, golpeando al menor, y que estos golpes son los que en definitiva le llevan y provocan a horas, la muerte a este niño» –v. registro audiovisual, min. 01:10:00 y ss.–.

Luego, en la primera audiencia del día 06/09/19, el fiscal afirmó que «por los mismos argumentos que se expusieron respecto de la adaptación de la figura de acción, y no de comisión por omisión, respecto del homicidio, voy a hacer este pedido de modificación también para el caso de las lesiones que se imputan al señor Sebastián Tizza, entendiendo que deben ser dentro de la modalidad también de acción y no de comisión por omisión. Los fundamentos, me remito brevitatis causa a los mismos que hemos manifestado con anterioridad» –v. registro audiovisual, min. 02:47 y ss.–.

2.- Recursos de casación e inconstitucionalidad

2.a.- Recurso de la defensa particular de Celeste Yanina González Zárate

La impugnación planteada por la defensa de la imputada se funda en dos agravios principales: uno apuntado a señalar la nulidad del veredicto del jurado, y otro a demostrar que el jurado se apartó notoriamente de la prueba rendida durante el juicio.

En relación con la nulidad del veredicto, la defensa afirma que el presidente del jurado, al ser preguntado por el juez si habían llegado a un veredicto, dijo que «Fue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no.» para luego leer un veredicto de culpabilidad por el delito más grave atribuido a su defendida.

Alrededor de esa circunstancia, la defensa construye 6 argumentos a partir de los cuales el veredicto sería nulo:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

i) el veredicto es contradictorio porque si unos estuvieron de acuerdo y otros no, entonces no se alcanzó la unanimidad requerida por el art. 33 de la ley 9.106. Decir que la duda a la que refiere el presidente se refiere al estancamiento con respecto a cargos menores no obedecería a una interpretación contextual y sería ingenuo.

ii) La severidad de la acusación requiere que se extreme la garantía de la imputada a un juicio justo, que incluye un veredicto de culpabilidad unánime.

iii) Como en nuestro sistema no existe el «*Jury Poll*» –encuesta al jurado que permite consultar a cada miembro si el veredicto leído es suyo–, cobran especial relevancia las palabras del presidente del jurado sobre la inexistencia de unanimidad. Sobre la unanimidad no puede haber dudas, pues es una garantía del acusado.

iv) Las circunstancias que rodearon la deliberación son relevantes para afirmar que el veredicto no fue unánime: la deliberación terminó a las 3 am de un sábado, luego de una semana de extenuantes jornadas de 10 horas de juicio. La nocturnidad del procedimiento pudo hacer que la voluntad de los jurados estuviera viciada por el cansancio y la presión de algunos miembros por sobre otros, como lo señaló el presidente. No sólo él estuvo en desacuerdo, sino -según sus palabras- también otros jurados. La doctrina estadounidense ha expresado que la falta de asertividad pone en riesgo la validez del veredicto: «*The validity of a verdict is put in jeopardy when a juror gives an equivocal, ambiguous, inconsistent, or evasive answer. Similar concerns arise when the juror's assent is reluctant or conditional*» (en “*The Jury Poll and a Dissenting Juror: When A Juror in a Criminal Trial Disavows Their Verdict in Open Court*”, J. Marshall Law Rev., vol. 35, Issue 1, Article 2, Fall 2001, Karl Moltzen).

v) La defensa invoca un argumento de teoría del derecho, según el cual una norma jurídica es siempre válida y no puede ser nula, pero sí anulada. Los vicios que puedan afectarla podrán llegar al extremo de que la regla que se presenta como norma no lo sea en absoluto, pero siempre es necesario el

pronunciamiento del órgano que, por lo menos, debe decidir que tal regla no es una norma. Ancla el argumento con cita de «Teoría General del Derecho y del Estado», de Hans Kelsen, y agrega que es la teoría del tipo la que revela que el defecto interno del acto lo invalida y entorpece la cosa juzgada. Luego señala que un acto es nulo cuando la incongruencia entre lo actuado y el tipo procesal es magnitud tal que la individualidad final que éste asigna no aparece en aquél.

vi) Funda jurídicamente la nulidad en los artículos 197 a 199 y 416 del CPP, 33 de la ley 9.106 y en la parte dogmática de la Constitución Nacional.

En segundo orden, la defensa de González Zárate afirma que el jurado se apartó notoriamente de la prueba pues en esta causa procedía al menos una condena atenuada. Entiende que existen varios indicadores de violencia de género que no se tuvieron en cuenta al momento de resolver la causa, que está probado que la acusada era una madre diligente con su hijo y que no lo agredió. La acusación se basó en la omisión de cuidados al menor, pero todos los testigos declararon que el menor era cuidado por su madre, con lo que no puede endilgársele que omitiera cuidados mínimos. El apartamiento de la prueba y la omisión de valoración del contexto de género son, a criterio del defensor, evidentes. La violencia de género era tan evidente que el Fiscal imputó el delito de amenazas al acusado Tizza respecto de la coimputada González Zárate. El acusado descalificaba e insultaba a su pareja y a V.G, en su momento le pidió que abortara al niño y ejercía violencia de género, lo que no fue valorado por el jurado.

En último lugar, el recurrente solicita la declaración de inconstitucionalidad de la condena a prisión perpetua por vulnerar la progresividad de la pena, la reinserción y el fin reformador de la pena. Efectúa reserva del caso federal.

2.b.- Recurso de la defensa oficial de Antonio Sebastián Tizza

La defensa pública plantea recurso de inconstitucionalidad contra la pena de prisión perpetua impuesta por la sentencia recaída en autos. Considera

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

que tal pena colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, el principio de estricta legalidad y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

Sobre el principio de culpabilidad, afirma que una pena fija supone una relación estandarizada entre el individuo y el hecho cometido, que omite las circunstancias particulares que impliquen un agravamiento o morigeración del reproche que debe dirigirse al individuo.

Según la defensa, tal pena también colide con la división de poderes en un estado republicano, pues prescribir una única pena posible para todos los casos que encuadran dentro de una figura legal supone vedar al juez la posibilidad de conocimiento respecto de la pena aplicable. Ello implica que el legislador se arroga conocimiento de causas pendientes en transgresión a la división de poderes y lo previsto por el art. 116 de la CN.

La prisión perpetua también aniquilaría el mandato resocializador contenido en el art. 18 de la CN y 5.6 de la CADH. La perpetuidad también contradiría el principio de estricta legalidad, ya que el derecho a la individualización de la pena se obstaculiza pues no existe certeza de que al cabo de 35 años se pueda acceder a la libertad condicional.

Por otra parte, la perpetuidad transgrediría la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes, en contraposición con el art. 16 de la Convención contra la Tortura. Explica que ello es consecuencia de la magnitud de la pena –por lo menos, 35 años de duración– y de la incerteza respecto de la posibilidad de acceder a salidas, que además dependen de informes de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen la reinserción social, así como de la observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios. De no darse esos requisitos, el acusado permanecerá detenido de forma indefinida. No existe un día de inexorable liberación en este tipo de pena, no siendo suficiente la mera posibilidad de acceso a la libertad condicional en un futuro incierto. Afirmar la constitucionalidad de la prisión perpetua porque ésta puede tener fin en

algún momento, sin que ese momento esté precisado, implica vaciar de contenido práctico a las normas constitucionales y convencionales orientadas a proteger los derechos básicos del ser humano. Los jueces, en virtud del mandato de certeza –consecuencia del principio de legalidad–, tienen la obligación de comunicarle al imputado el hecho por el que se lo condena, su participación en el mismo y las pruebas que lo demuestran, la ley infringida, la pena aplicable y el modo de cumplimiento.

La pena de prisión perpetua es inconstitucional de modo genérico, pero también en el caso concreto. Agrega la defensa que el acusado solamente ha sido tenido en cuenta por el sistema penal cuando ha quebrantado la ley: no importó antes, pues no fue incorporado en programas de inclusión social; ni importará después, en la etapa de ejecución de la pena. Ignorar esas circunstancias, reductoras de la culpabilidad, implicaría actuar de modo irreflexivo y estandarizado a la hora de individualizar la pena aplicable.

Además, afirma que Tizza tiene 23 años, por lo que recién se encontraría en edad de reunir los requisitos del art. 13 del CP para la libertad condicional a los 58 años, a lo que debe agregarse que la expectativa de vida se reduce por las condiciones de vida del sistema penitenciario. En el caso concreto, Tizza agotará su expectativa de vida en prisión, encierro que habrá consumido su capacidad productiva y tornará ilusoria su resocialización.

Considera que debe tomarse en consideración la escala prevista para el tipo penal básico del art. 79 del CP, por tener una referencia directa con el caso en juzgamiento y contar con un margen de amplitud suficiente para valorar la sanción aplicable, debiendo realizarse un juicio de determinación de la pena como prevé el art. 38 de la ley 9.106.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de dictaminar sobre las impugnaciones planteadas, el señor Procurador General considera que deben ser rechazadas.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

3.a.- Respecto del recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate, sostiene que procede desde el punto de vista formal, aunque no desde el procesal. Explica que en autos se ha dado acabado cumplimiento con el procedimiento previsto por la ley 9.106 y que se aplicaron debidamente las disposiciones relativas a las instrucciones dadas al jurado en forma verbal y escrita, dejándose constancia de que las partes manifestaron su conformidad con las mismas. Advierte que en las instrucciones finales se dejó claro que el veredicto debía ser unánime, que cada uno de los miembros del jurado debía decidir el caso por sí mismo luego de haber considerado toda la prueba y de haberla discutido con los demás jurados. También se plasmó que el jurado debía intentar llegar a un veredicto unánime siempre que todos y cada uno de los miembros pudiera hacerlo tras haber tomado su propia decisión. Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, también se explicó al jurado qué hacer si no se alcanzaba unanimidad luego de las deliberaciones, indicando con claridad que debía ser informada la situación al juez técnico, que discutiría con las partes el curso a seguir.

De ello colige el Procurador General que no hubo inducción ni presión alguna al jurado sobre el sentido al que debía llegar el veredicto. Además, los letrados de las partes manifestaron su acuerdo con las instrucciones y no formularon disidencias ni oposiciones.

Respecto del pretendido apartamiento de las pruebas por parte del jurado, refiere que la crítica constituye una mera discrepancia con el veredicto, que no luce arbitrario. En las instrucciones se detalló que la decisión debía basarse en toda la prueba presentada durante el juicio y en la deliberación las personas que integraron el jurado emitieron sus opiniones y llegaron a un veredicto unánime de culpabilidad. La condena de Celeste Yanina González Zárate por el delito de homicidio agravado por el vínculo no resulta arbitraria, sino lógica y consecuente con las pruebas rendidas.

Tampoco puede tener acogida, a criterio del Procurador General, la pretensión del quejoso de que el veredicto viola las instrucciones sobre valoración

probatoria, que solamente denota su disconformidad. Puede afirmarse, a su entender, que el jurado dictó su veredicto luego de apreciar debidamente el plexo probatorio contemplando la exposición de las pruebas de cargo y descargo y contando con los argumentos que la defensa ahora reitera.

En relación con el planteo de inconstitucionalidad que el recurrente incluye en su escrito, afirma el Procurador General que el mismo debe ser rechazado en el plano formal pues el párrafo de escasos renglones en que se funda no se autoabastece como fundamento de la inconstitucionalidad pretendida. Tampoco expresa cuál es la norma atacada como inconstitucional, con lo cual las condiciones de procedencia previstas por el art. 489 del CPP no se ven satisfechas.

Por tales razones, considera que debe rechazarse el recurso de casación y el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate.

3.b.- Sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Antonio Sebastián Tizza, afirma que desde una perspectiva externa el mismo procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el plano sustancial.

Estima que la pena de prisión perpetua no puede equipararse a una pena cruel e infamante, en tanto el condenado puede acogerse a los beneficios de la ejecución condicional y al régimen de progresividad de la pena. También sostiene que el fin resocializador no es el único que motiva la pena, que también atiende a fines de prevención general y especial, de modo que quien comete un delito de la magnitud y gravedad que el que se juzgó en autos sufre una consecuencia proporcional prevista en el texto constitucional. Se trata del máximo reproche previsto en el CP para quienes desprecian la vida ajena de determinadas maneras, por lo que la culpabilidad es por el hecho cometido y no en base al autor. No hay, en ese sentido, violación alguna al principio de legalidad en esta pena, según su criterio.

Respecto de la dificultad para la reinserción social del condenado,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

explica que ello no significa que sea imposible y que es el sistema de ejecución de la pena el que tiene que efectuar previsiones en ese sentido mediante el otorgamiento –durante el cumplimiento de la pena– de recursos a los acusados para que la resocialización no sea una ilusión. Pretender que la pena no sea en sí proporcional al hecho es adoptar una posición abolicionista que siempre encontrará razones para considerar infamante y cruel a la sanción. La pena no es en sí, según entiende el Procurador General, infamante y cruel, sino proporcional al hecho cometido, pues responde al principio de culpabilidad.

Por otra parte, tacha de indefinida y dialéctica la crítica según la cual la prisión perpetua no constituye una sanción cuantificable, pues la libertad condicional puede otorgarse a los 35 años. Sostiene que la pena perpetua es una consecuencia lógica para delitos que, como éste, merecen una respuesta proporcional del Estado.

En virtud de tales razones, propicia el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la pena prevista por el art. 80 inc. 1° del CP.

4.- La solución del caso

Puesto a resolver los recursos de casación e inconstitucionalidad planteados en autos, corresponde adelantar que, según creo, debe hacerse lugar a la impugnación casatoria interpuesta por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia cuestionada y rechazar el recurso de inconstitucionalidad de la defensa de Antonio Sebastián Tizza.

En relación a esto último, debo señalar que la cuestión constitucional ha sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia en el plenario tramitado bajo los autos n° CUIJ 13-05365349-3/1 caratulado «Incidente en autos F. c/ Ibañez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. p/ homicidios calificados (159312) p/ plenario», al cual corresponde hacer remisión.

Ha quedado claro que Antonio Sebastián Tizza y Celeste Yanina González fueron condenados por un jurado popular a la pena de prisión perpetua como autores responsables del homicidio de su hijo en común de un año y nueve

meses de edad. El jurado entendió que de la muerte del niño V fueron responsables tanto el padre como la madre. El padre por haberle causado la muerte mediante golpes de puño. La madre por no haber evitado la muerte de su hijo encontrándose en posición de garante institucional respecto de este último. Tal como adelanté, en mi opinión corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia dictada en autos, solo en lo que a ella respecta.

En cambio, no será objeto de revisión la condena de Antonio Sebastián Tizza puesto que la misma no ha sido recurrida y porque, además, no es alcanzada por efecto extensivo del recurso de la acusada. Por lo tanto, la sentencia que afirma que Tizza fue el ejecutor material del homicidio de V. debe ser confirmada. Ello significa que la nulidad del juicio llevado a cabo en contra Celeste Zárate no tiene como consecuencia la impunidad del hecho. Ello es así no solo porque no se revisará la situación procesal del condenado como autor material, sino porque lo que se debe ordenar es la realización de un nuevo juicio, no la absolución de la acusada. Se ha garantizado así el derecho de acceso a la justicia, pues se ha cumplido con los deberes estatales de investigar y sancionar hechos que ocurren en el marco de la jurisdicción nacional con el fin de evitar su impunidad. Sin embargo, la obligación del Estado de no dejar impune un hecho tan grave como el de autos no autoriza la condena respecto de quien no se ha demostrado su culpabilidad. Sobre ello haré referencia en lo que sigue.

1. Consideraciones generales

Esta es una sentencia muy difícil de escribir por diversas razones. Por un lado, porque es innegable que la muerte de un niño resulta siempre un hecho conmovedor, que genera un profundo dolor y una inmensa tristeza. Y ello es así también para quien debe juzgar sobre las responsabilidades que pudieran corresponder por esa muerte. Sin embargo, la gravedad del hecho trasciende lo emocional, pues matar a un niño constituye quizás la mayor forma de negación de la personalidad de un ser humano. Se trata entonces de un hecho de trascendencia institucional. Por otro lado, a la extrema gravedad del hecho debe sumarse una

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

dificultad adicional, a saber, que existe una muy alta probabilidad de que la mujer acusada por no evitar la muerte de su hijo haya sido condenada por errores judiciales. Dicho de otro modo, se advierte la posibilidad seria de que una persona inocente haya sido injustamente condenada. A lo expuesto debe agregársele otra particularidad de no poca importancia: el hecho fue juzgado por un jurado popular que declaró la culpabilidad de la imputada por unanimidad. Ello obliga a extremar los cuidados para poder llegar a la mejor solución posible. Paso a referirme brevemente a ambas cuestiones planteadas.

1.1. La gravedad del hecho y su trascendencia institucional

La muerte de un niño a causa de los golpes que recibió de su padre nos debe interpelar como sociedad. La gravedad del hecho viene dada no solo por el vínculo familiar del autor con la víctima, sino por el estado de absoluta indefensión física y psíquica en la que se encontraba esta última. La vulnerabilidad de un niño de un año y nueve meses de edad es tal que no solo está impedido de resistir los golpes sino que carece incluso de la posibilidad de comprender el significado de una agresión. No hace falta ofrecer demasiadas razones para entender que un hecho de semejante gravedad tiene importantes consecuencias tanto individuales como sociales.

Es que a través del Estado nuestra comunidad se ha comprometido internacionalmente en proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato (art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño). En este sentido, en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 1990, UNICEF decía que *«no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana»*. Pues bien, la muerte de V., como la de tantos otros niños y niñas, nos obliga a cuestionarnos si como comunidad en general y como Estado en particular, hemos estado a la altura de esos compromisos asumidos.

Por ello, la cuestión no se agota en la imputación de culpabilidad penal al padre o la madre de la víctima, sino que también debe analizarse la

posible corresponsabilidad social que pudiera existir en casos como el traído a juicio. Que un padre mate a su hijo a golpes supone el máximo fracaso de las instancias sociales de reconocimiento recíproco que existen entre las personas (HONNETH, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, 1997, pp. 118 y ss.). Las familias, la escuela, el trabajo, como tantos otros ámbitos de la vida en común son estructuras sociales de reconocimiento en las que los contactos dejan de ser anónimos e interpersonales y pasan a ser espacios en los que las personas pueden ser reconocidas por aquellas personas a quienes a su vez y al mismo tiempo reconocen (SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, Barcelona, pp. 24 y ss.). El homicidio de V. pone dramáticamente de manifiesto la ruptura de esas estructuras de reconocimiento que el Estado está obligado jurídicamente a garantizar.

Por último, como dificultad adicional para el juzgamiento del caso, no puede negarse la importancia que tiene el problema de la violencia de género que lo atraviesa. En efecto, la ruptura de las estructuras de reconocimiento recíproco también se explica por el impacto que tienen los condicionamientos socioculturales emergentes del sistema hegemónico en el que las instituciones mencionadas se encuentran ancladas. Expresado con toda claridad, en el momento de determinar las responsabilidades no puede prescindirse de considerar las violencias contra las mujeres y su estrecha vinculación con la asignación estereotipada de roles y los mandatos de género, pues se trata de otro de los factores que contribuyen a la configuración de un contexto general donde se produce aquel quiebre de estos ámbitos sociales en los que las personas se reconocen entre sí. Dicho brevemente, las violencias contra las mujeres constituyen un modo de negación de su personalidad.

1.2. La importancia de las instrucciones al jurado y el alto riesgo de que la condena a perpetuidad recaiga sobre una mujer inocente.

Quizás una de las razones por las que las decisiones del Poder Judicial son cuestionadas por buena parte de la ciudadanía sea su «*déficit original*» de legitimidad democrática, en razón de que sus integrantes, a diferencia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de lo que ocurre con el resto de los poderes del Estado, no están sometidos al voto popular (ver al respecto mi voto en el fallo plenario sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua). Sin embargo «no es solo la *debilidad democrática de origen sino la falta de democratización del proceso de diálogo con la ciudadanía*» lo que explica la razonabilidad de esos cuestionamientos. Gargarella atribuye estas dificultades de diálogo entre el Poder Judicial y la ciudadanía a que «*los jueces –y muy en particular los de la Corte Suprema– tienden a ser seleccionados entre los sectores más pudientes de la sociedad (los más ricos, los que han tenido acceso a una mejor educación), mientras que muchos de los individuos involucrados en los litigios provienen de sectores sociales más bien bajos. La combinación de estas diferencias tiende a dificultar las instancias de diálogo*» («El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», Revista Argentina de Teoría Jurídica, 14, 2, 2013, p. 21). Yo creo que ello no es así. No es que los integrantes Poder Judicial provengan de una casta privilegiada. Por el contrario, se trata de una institución que ha ido conformándose a sí misma con sus particulares características debido, fundamentalmente, al carácter endogámico del proceso de selección de magistrados que fomenta su integración con personas que ya forman parte del Poder Judicial y que, en consecuencia, inevitablemente reproduce sus mismas prácticas y lógicas.

Una forma de modificar estas estructuras endogámicas es la implementación de jurados populares que, en tanto derecho de la comunidad a juzgar a su pares, constituye una pieza fundamental en una concepción de justicia deliberativa y ocupada por generar vínculos entre la comunidad y la administración de justicia. En la medida en que la ciudadanía reconozca a las decisiones del jurado como «propias», es menos frecuente la crítica social contra las sentencias pronunciadas mediante este procedimiento.

Por ello he expresado mi absoluto respaldo al juicio por jurados y he subrayado muchas de las ventajas que presenta. Esta institución, muy joven en nuestra historia judicial, tiene una enorme trascendencia en términos de apertura de la justicia, pues es un modo de construir legitimidad democrática en torno a las

decisiones judiciales. Esa legitimidad se erige tanto en el plano procedimental como en el epistémico. Procedimentalmente, el juicio por jurados asegura un método de selección de jueces igualitario y representativo, que permite a la ciudadanía controlar y participar en la toma de decisiones públicas, a la vez que optimiza la garantía de imparcialidad. En el aspecto epistémico el jurado fortalece el valor democrático de las decisiones judiciales en razón del mayor número de personas involucradas en la toma de decisión, del método deliberativo por el cual llegan a sus conclusiones, y de la unanimidad exigida como requisito para considerar culpable, o no culpable, a la persona acusada (conf. «Petean Pocoví»). En otras palabras, el juicio por jurados implica el compromiso de la comunidad con la tarea de conocer el Derecho, analizar los hechos que les son expuestos y las alegaciones de las partes, y llegar *deliberativamente* a una decisión en la que sus concepciones morales, políticas y culturales son primordiales. Esta tarea conlleva un ejercicio democrático y una instancia de aprendizaje respecto del modo en que funciona la tarea del Poder Judicial.

Ahora, que el jurado popular constituya una herramienta fundamental de diálogo institucional entre el sistema de justicia y la ciudadanía no significa que pueda prescindirse de las reglas debido proceso legal. En este sentido, la tarea que el Poder Judicial está obligado a desempeñar sigue siendo fundamental, pues a través de las instrucciones se le suministra al jurado el camino lógico-jurídico que debe seguirse para llegar al veredicto de inocencia o culpabilidad. Por ello, el debido proceso constituye una garantía no solo para el o la acusada sino también para la comunidad en general, incluidas las personas víctimas, pues una grave violación de las garantías constitucionales puede frustrar la adecuada satisfacción del derecho de aquellas de acceder a la justicia. La memoria de V. se honra con un juicio justo a su madre y no con una condena a como de lugar, sin que se le haya proporcionado al jurado popular las instrucciones mínimas que se deben cumplir para imputar una muerte por omisión y sin que se haya puesto seriamente en su consideración las graves cuestiones de género que evidentemente atravesaron el caso.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Lo insinuado en el párrafo precedente se explica en que, en el juzgamiento de la madre de la víctima, Celeste Yanina González Zárate, se advierten una serie de vicios graves que generan la alta probabilidad de que su declaración de culpabilidad y su condena sean erróneas. Dicho brevemente, existe en el caso de autos un riesgo de error judicial, inducido por falta de instrucciones precisas al jurado, que puede tener como consecuencia dramática la condena a prisión perpetua de una persona posiblemente inocente. De este modo, estamos ante un escenario en el que al *mal* que significó la muerte de V., le siga otro *mal*, la condena a prisión perpetua a su madre, pese al riesgo de que ella no sea culpable. Por ello, es necesario salir de esta situación paradójica en el que el hecho y la intervención del sistema de justicia aparecen como una *sucesión irracional de males*. La salida de esta paradoja es la realización de un nuevo juicio a la acusada con un jurado que cuente con instrucciones claras que le permitan llegar a la verdad, reduciendo al mínimo las posibilidades de error.

En resumen, en el caso de autos *el posible error no es imputable al jurado popular, sino a la falta de claridad en las instrucciones que se le suministraron*, en particular, en materia de imputación mediante omisión y violencia de género. La subsanación de ese error no puede ser la confirmación de la sentencia, sino su anulación y la realización de un nuevo juicio.

Por otra parte, la realización de un nuevo juicio con todas las garantías constituye la mejor manera de defender el juicio por jurados. Las falencias son normales en un sistema que lleva muy poco tiempo de implementación. Pero el sistema no se perfecciona ocultando sus defectos o sus problemas de funcionamiento, sino visibilizando los mismos y procurando su corrección. En este sentido, es decisiva la tarea que debe desempeñar el Poder Judicial, en particular los jueces y juezas, especialmente a través de las instrucciones que se imparten al jurado. Para ello se requiere que tanto las partes, como los jueces y juezas, estén muy bien formados, no solo respecto al procedimiento aplicable, sino fundamentalmente en Derecho penal y en Derechos humanos.

Es que ya no se trata de servirse de la propia formación para resolver el caso técnicamente, sino de poner dicha formación a disposición del jurado para que éste pueda resolver, conforme a su íntima convicción, pero con las mejores herramientas jurídicas con las que se puede contar. Todo ello torna más difícil la tarea que debe desempeñar el juez o jueza en este tipo de juicios. Para poder instruir correctamente a un jurado popular no especializado en la materia, se debe saber más, no menos. Solo así el juicio por jurado será un procedimiento que acerque el sistema de justicia a la ciudadanía. Si no propiciamos la incorporación de reglas de imputación claras en las instrucciones al jurado, se corre el riesgo, como en el caso que aquí se enjuicia, de que la determinación de la culpabilidad o su inocencia se vuelvan, como decía Enrique Gimbernat, una cuestión de lotería. Sin embargo, la imposición de una pena de prisión perpetua, que determina el ámbito de competencia del jurado en nuestra provincia, debería depender de algo más racional que una mera cuestión de azar.

La preservación del juicio por jurados populares mediante la confirmación de una condena a perpetuidad a una mujer cuya culpabilidad ha quedado lejos de ser demostrada, no solo supone una instrumentalización deshumanizante de la acusada, inadmisibles en un Estado democrático de Derecho, sino que implica un efecto contrario al que se pretende conseguir. De este modo, en lugar de lograrse una defensa eficaz del sistema, se contribuye a la erosión del bien más preciado del juicio por jurados y que estamos obligados a preservar: su legitimidad democrática.

2. Las razones de la nulidad del juicio: la revisión de las instrucciones y la garantía del doble conforme

La cuestión a determinar es si el jurado contó con los elementos técnico-jurídicos que se le debían facilitar para poder establecer la responsabilidad penal de la acusada. En lo que sigue se intentará demostrar por qué entiendo que se ha obstaculizado la posibilidad de que se pueda ofrecer una respuesta justa en un caso de gravedad extrema. Según creo, al jurado se le privó de acceder a categorías jurídicas conceptuales, principios constitucionales y convencionales y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

pautas hermenéuticas cuyo conocimiento era necesario para poder decidir sobre la responsabilidad de González Zárate. En efecto, las instrucciones dadas respecto al enfoque y contenidos de géneros y las reglas de imputación suministradas para los delitos de comisión por omisión fueron decisivamente deficitarias para la solución del caso. Ello sesgó la posibilidad de que el jurado pudiera evaluar de manera holística las circunstancias en las que se cometió el crimen y determinar si existían elementos que podrían haber influido en la definición sobre la responsabilidad penal de la acusada.

Por diversas razones, este déficit en la intervención judicial ha tenido consecuencias especialmente relevantes para el juzgamiento del caso. En primer lugar, la incorporación del enfoque de géneros constituye un imperativo constitucional y convencional ineludible. No está sujeta a la discrecionalidad de las partes o del juez o jueza su observancia, sino que se trata de un deber estatal cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional. Brevemente, el sistema de justicia debe garantizar el enfoque de géneros. El juicio por jurados no constituye una excepción a esta regla: las instrucciones al jurado deben contemplar las cuestiones de género que plantee el caso. En segundo lugar, debido a la falta de incorporación de este enfoque a las instrucciones, nos enfrentamos a la posibilidad de que una mujer haya sido re-victimizada por un sistema penal que la hace cargo de un hecho del que podría no ser responsable, a saber, la muerte de su hijo. Existen indicadores de violencia por razones de géneros y otros elementos cuya valoración desde tal perspectiva debió haber sido puesta a consideración de la ciudadanía. La existencia de una instrucción abstracta y formal sobre esta cuestión en realidad le privó materialmente al jurado la posibilidad de determinar si González Zárate también fue víctima de la violencia que mató a su hijo y qué consecuencias pudo tener ello en la determinación de su responsabilidad. Y, en tercer lugar, la escasez en las directivas sobre género pudo haber incidido en la imputación de la conducta *omisiva* que se le reprocha a la acusada, pues la violencia de género puede incidir tanto a nivel de tipicidad como a nivel de culpabilidad en el delito de comisión por omisión.

Por ello se propicia aquí la anulación del juicio y la realización de un nuevo debate, de conformidad con lo ordenado por el art. 41 de la ley 9.106 de Juicio por Jurados Populares, que dispone que en este procedimiento se aplican las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias que prevé el Código Procesal Penal, entre las que se encuentra la anulación de la resolución por vicios procedimentales (conf. arts. 486, 474 inc. 2 del CPP). Es que el derecho de la ciudadanía a juzgar a sus pares debe ser compatible con la garantía convencional del doble conforme. Dicho de otro modo, también la sentencia dictada por el jurado popular puede ser revisada en su totalidad en segunda instancia.

Ahora, en la solución propuesta se sostiene el criterio de esta Sala según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros). Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en omisiones que se advierte en las instrucciones impartidas al jurado en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo en comisión por omisión, punto en el que estimo se encuentra circunscripto el *thema decidendum* y que conduce a la anulación parcial de la resolución cuestionada.

En lo que sigue me ocuparé de fundamentar la nulidad que he anticipado. Para ello, procederé del modo que sigue. En primer lugar, identificaré el modo en que el enjuiciamiento llevado a cabo ha invisibilizado la posible violencia de género de la que Celeste González ha sido víctima. Para ello, explicaré brevemente qué implica el juzgamiento penal con perspectiva de géneros, recuperaré los indicadores de violencia de género que se advierten en la presente causa y revisaré las instrucciones que se impartieron al jurado.

En segundo lugar explicaré de qué modo la ausencia de perspectiva de géneros impacta en la consideración del delito de homicidio agravado por el vínculo de que se ha acusado a Celeste González. Luego de dar cuenta

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

brevemente de algunas implicaciones dogmáticas del delito en cuestión relevantes en este caso, revisaré las instrucciones impartidas al jurado y mostraré las falencias que advierto. Por último, esbozaré algunas conclusiones.

2.1. Las instrucciones puramente formales al jurado en materia de violencia de género

2.1.1. El enfoque de géneros como mandato constitucional y convencional

El juzgamiento de la acusada no se puede transformar en una forma de perpetuar institucionalmente la instrumentalización de las mujeres. En este sentido, juzgar con perspectiva de géneros constituye una necesidad consecuente con la asunción de la idea de que el género ha sido históricamente un factor de sometimiento. Por esta razón nuestro país ha asumido el compromiso político, legislativo y constitucional de no reproducir, erradicar y sancionar las violencias contra las mujeres.

Constituye entonces un deber del sistema de justicia adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros. Ese deber surge de modo indiscutible de la normativa constitucional y legal nacional, así como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos– (v. «Zurita Ábrego»). En definitiva, en nuestro sistema jurídico, para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencias en sus distintas manifestaciones, es necesario adoptar un punto de partida crítico, que ponga en evidencia que la realidad se encuentra atravesada por patrones de dominación que reproducen la discriminación de las mujeres.

Tal es el fundamento que atraviesa a la *Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación contras las mujeres* (CEDAW) y, por tanto, el presupuesto desde el que nacen las obligaciones estatales: el

reconocimiento de la discriminación estructural e histórica hacia las mujeres. Esta discriminación entronca en una cultura reproducida durante siglos desde la que han surgido las normas, las instituciones, así como las relaciones interpersonales y las cosmovisiones que las personas tenemos del orden social. Es por ello fundamental comprender la extendida hegemonía de un orden desigual para lograr identificar la imperiosa necesidad de su visibilización y deconstrucción.

Lo expuesto ayuda a comprender que tanto las y los operadores judiciales, como las personas que integran los jurados populares hemos sido socializados en un orden de características patriarcales que ha conducido a la naturalización de estas prácticas. El Estado y sus agentes tienen la responsabilidad de incorporar el enfoque de géneros en todas sus intervenciones, pues es justamente el Estado el sujeto comprometido internacionalmente en el deber de garantizar los derechos de las mujeres, así como la erradicación de toda forma de discriminación. Es por ello que el deber de capacitación de todos los funcionarios públicos en género y violencia contra las mujeres ha sido recientemente normativizado a nivel nacional mediante la ley 27.499 (Ley Micaela), a la cual la provincia adhirió mediante la ley 9.196, así como esta Suprema Corte de Justicia mediante la Acordada n° 29.318. Pues bien, el jurado no puede estar exento de esta obligación constitucional, en la medida en que no se puede suponer que *per se* tendrá una mirada sensible al género. Por esta razón se le debe ofrecer al jurado instrucciones que le permitan identificar indicadores de posibles violencias hacia las mujeres.

2.1.2. Los indicadores de violencia de género que presenta el caso

El caso traído a esta instancia casatoria presenta aspectos que permiten advertir que el juzgamiento de la acusada con un enfoque de géneros es ineludible, en razón de que pudo resultar decisivo para la determinación de su eventual responsabilidad penal. En este sentido, cabe recordar que la acusación sufrió una variación sustancial: al comienzo del juicio, en oportunidad de leer las instrucciones iniciales al jurado popular, el juez técnico explicó que tanto Tizza

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

como González estaban acusados de haber matado a su hijo por omisión. Es decir, se los acusó por no cumplir sus deberes de cuidado como progenitores del niño, puesto que no se sabía quién había causado las lesiones fatales. Sin embargo, a raíz de la declaración que Celeste González prestó durante el debate el representante del Ministerio Público Fiscal modificó la acusación respecto de Tizza, a quien atribuyó haber ocasionado las lesiones que acabaron con la muerte de V. La acusada dijo que, al ingresar al cuarto donde estaba su hijo llorando, vio cómo Tizza lo golpeaba. De manera que Tizza fue acusado de lesionar y causar la muerte de V., y González de no realizar las acciones necesarias para salvarlo.

La revisión de la prueba que se produjo en el debate aporta algunas circunstancias que no pueden ser dejadas de lado, en la medida que se trata de elementos indicadores de que la relación entre González y Tizza estaba atravesada por violencia de género. Como se sabe, es obligación del Estado advertir indicadores que den cuenta de que una mujer puede ser víctima de violencias representa.

Sobre este último punto la CIDH advierte que todavía no se percibe una comprensión de la relación entre las diferentes formas de violencia que pueden ser perpetradas contra las mujeres, ya sea física, psicológica, sexual, económica, simbólica u otra. Esto resulta en tratos discriminatorios y re-victimizantes, en quejas que no son tomadas con la debida consideración, en investigaciones realizadas sin la seriedad adecuada lo cual impacta la recolección y valoración de las pruebas y las calificaciones legales utilizadas, e incluso, en sentencias judiciales atravesadas por profundos sesgos machistas (CIDH, 2019, Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe, OEA).

Por ello, incorporar el enfoque de géneros implica justamente atravesar todas las miradas por la desigualdad estructural a la que han estado sometidas las mujeres, particularmente en las relaciones interpersonales.

En cumplimiento de este el mandato convencional debe tenerse presente, en primer lugar, cómo la acusada describió su vínculo con Tizza. En este

sentido, explicó que, a poco de conocerse, ella quedó embarazada. Tizza le pidió que abortara y ella decidió continuarlo tras recibir el apoyo de su propia familia. Contó que Tizza aceptó que lo continuara, pero le advirtió «que no jodiera», y señaló que durante el embarazo Tizza no se hizo presente –v. audiencia 05/09/19, IV parte-continuación, min. 02:00 y ss.–. González también manifestó que Tizza solía insultarla y gritarle cuando discutían, y que hacía lo mismo con el bebé, a quien retaba, gritaba e incluso llegaba a “zamarrearlo” en tal contexto –v. audiencia 03/09/19, II parte, min. 40:00 y ss.–. En su primera declaración ante uno de los fiscales que instruyó la causa, Ricardo Facundo Garnica, manifestó lo mismo: que Tizza le propinaba malos tratos y la insultaba –v. audiencia 03/09/19, I parte, min. 10:35 y ss.–.

Incluso del relato de la acusada surgen otras formas de las violencias que le ejercía Tizza, tales como el control de sus redes sociales y enojos fundados en razón de conversaciones que la acusada mantendría con otras personas –v. audiencia del 03/09/19, II parte, min. 10:00 y ss; y audiencia del 05/09/19, IV parte-continuación, min. 22:00 y ss. y 44:00 y ss.–.

Estas circunstancias permiten advertir que el vínculo que mantenían Tizza y González a raíz del hijo en común estaba mediado por violencias por razones de género.

En segundo lugar, la disparidad de poder en el vínculo entre Tizza y González surge de la causa de que se reunieran el día del hecho. Según declaró González, ella prestó a Tizza un teléfono para poder mantenerse comunicados y, por su parte, facilitar las comunicaciones necesarias en relación a V., y Tizza la citó para que le explicara el contenido de mensajes que atribuía a otros varones con los que el sospechaba que ella mantendría relaciones sexoafectivas. Al hablar sobre el tema Tizza –quien, según la declaración de la acusada estaba enojado– dijo que había borrado los mensajes. Luego Celeste González señalaría que, a su juicio, Tizza agredió al niño el día del hecho porque pensaba que no era su hijo –v. audiencia del 05/09/19, IV parte-continuación, min. 02:00 y ss.–. Las escenas de celos a pesar de que ya no mantenían una relación de pareja sino un vínculo en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

razón del hijo en común que tenían, también debe ser considerada al momento de definir el contexto en el que producen los hechos y evaluar la posterior conducta de González.

Un tercer indicador de que la relación entre los acusados podría estar mediada por el género surge de los dichos de González al ser detenida. Según el fiscal que instruía la causa, González declaró en esa oportunidad que ella y Tizza habían mantenido una discusión por ciertos mensajes de texto en un teléfono que ella le prestó; y que al ser ambos detenidos en el calabozo de la Comisaría 20 de Tupungato, Tizza la amenazó y le dijo que si hablaba iba a atacar a su padre y sus hermanos –v. audiencia 03/09/19, I parte, min. 12:35 y ss.–.

Asimismo, según los dichos de la acusada, Tizza ya le había realizado una amenaza en similares términos cuando ella lo ve golpeando a su hijo e interviene para poner en resguardo al niño –v. audiencia del 03/09/19, II parte, min. 16:30 y ss–, oportunidad en la cual él la tomó del cuello.

Si bien en las instrucciones se hace una referencia meramente formal a la cuestión de género, es evidente que estos indicadores no fueron debidamente advertidos al jurado o fueron soslayados. Por ello es importante considerar que las violencias enumeradas en la Convención de *Belém do Pará* y en la ley 26.485 se presentan de distintos modos, algunos más fácilmente observables –que la tomara del cuello cuando ella advirtiera la violencia hacia V. o que la amenazara con tomar venganza con su familia– o bien otros más naturalizados y por ello menos observables (el control del celular, los celos, el abandono en el embarazo y en la crianza de V.). Un indicador refiere a circunstancias que pueden permitir inferir la existencia de violencias. Su identificación es lo que permite dejar de invisibilizarlas.

2.1.3. Sobre la falta de la perspectiva de género en las instrucciones al jurado

Pese a los claros indicadores de una relación desigual de poder entre Tizza y González, las instrucciones no incluyen valoraciones que permitan

garantizar el juzgamiento de la acusada con perspectiva de géneros. La compulsa de la audiencia en la cual las partes litigaron las instrucciones da cuenta de que, en el modelo de instrucciones elaborado por el juez y facilitado a las partes para que las controlaran y formularan observaciones, no había ninguna instrucción al respecto. La defensa de González solicitó en al menos tres oportunidades que se incluyera una instrucción sobre perspectiva de géneros, a lo que tanto el representante fiscal como la defensa de Tizza se opusieron. El juez incluso le solicitó a la defensa de González que aclarara a qué violencia de género se refería –v. audiencia del 06/09/19, «Establecimiento de las instrucciones entre las partes»–. Tras la insistencia de la defensa y la reserva de casación, el juez accedió a incluir una cláusula al respecto. La misma se encuentra en un apartado sobre el modo en que debe valorarse la prueba titulado «*Prueba presentada por la defensa*» y expresa: «[4] *Violencia de Género: deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida*» (v. sentencia, fs. 1121).

Sin embargo, la violencia de género ejercida sobre la acusada no ha formado parte real del objeto de la investigación. Ahora, si ello es así ¿cómo el jurado podía tener en cuenta los problemas de violencia de género que presenta el caso si nunca le fueron explicitados? ¿cómo podría hacerlo mientras las instrucciones que reciben sugieren su consideración solo respecto de la prueba de la defensa, en lugar de plantearlo como un principio rector que debe atravesar la lectura del conflicto en su integridad -conforme lo dispone el ordenamiento jurídico vigente-? Por otra parte ¿puede el jurado analizar la incidencia de esta situación en la conducta atribuida, si no se lo instruye sobre el modo de realizar tal examen?

La respuesta a estos interrogantes debe ser negativa por las siguientes razones. En primer lugar, para dar cumplimiento al citado mandato legal, constitucional y convencional se debe garantizar que en todo caso que deban juzgarse hechos que involucren a mujeres –ya sea como víctimas o como acusadas– el jurado conozca en lenguaje claro y sencillo las disposiciones legales

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

relevantes. Principalmente, y como estándar mínimo, las que emanan de la CEDAW, la Convención de *Belém do Pará* y la ley 26.485; como así también los criterios jurisprudenciales que surgen de casos emblemáticos similares al que se estuviere juzgando. Es el jurado mismo quien, con conocimiento de los instrumentos y herramientas jurídicas pertinentes, debe encontrarse en posición de evaluar el caso a la luz de la perspectiva de géneros y determinar si existen circunstancias relevantes para la solución del asunto. La falta de acceso a tal información impide *ab initio* que en el juicio se incorpore una mirada sensible al género y, en consecuencia, que ello repercuta en la decisión que en definitiva se adopte.

En segundo lugar, debe destacarse que ni la investigación del hecho ni la producción de prueba durante el debate tuvieron como objeto analizar la posible existencia de violencia de género por parte de Tizza hacia González Zárate; y si acaso ello influyó en la conducta reprochada a la acusada. Ello a pesar de que –según el Fiscal de Instrucción de Valle de Uco, Ricardo Facundo Garnica– la acusada había puesto en conocimiento del Ministerio Público Fiscal el hecho de que cuando entró a la habitación donde estaba el niño, vio a Tizza golpeándolo en el estómago con el puño cerrado, ella interfirió y en ese instante Tizza la tomó del cuello y luego el pequeño falleció a pesar de los intentos de su madre por darle respiración boca a boca. La acusada, según el fiscal, explicó en aquella oportunidad que el ataque había sido producto de una discusión con Tizza por ciertos mensajes de texto que ella se enviaba con otro hombre, que Tizza la maltrataba e insultaba, y que luego del suceso Tizza la amenazó en dos oportunidades con atacar a su padre y sus hermanos. Este representante de la acusación pública –llamado como testigo en el debate– declaró que a su juicio no se advertía una situación de violencia de género que ameritase la intervención de la Secretaría de Violencia de Género –v. registro audiovisual día 3/09/2019, I parte debate, min. 2:12 y ss.–

Sin embargo, del relato de la acusada ante el fiscal surge un elemento que pudo haber sido relevante en la resolución del caso. Me refiero a la

posibilidad de que el homicidio de V. podría tener las características de un femicidio vinculado, previsto en el art. 80 inc. 12 del Código penal, que amenaza con prisión perpetua a aquel que mata con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. No obstante, ninguna línea de investigación se cursó en tal sentido, pese a que de la secuencia de los hechos surge que el motivo por el cual Tizza podría haber propinado la golpiza mortal a V. pudo haber sido para vengar el enojo que le produjeron los mensajes encontrados en el celular de la acusada, conducta que debió ser contextualizada en la situación de violencia de género que -como ya se analizó- atravesaba la relación existente entre ambos. No afirmo que los hechos hayan ocurrido de esta manera. Solo señalo que la falta de perspectiva de género en el análisis del caso y en las instrucciones le ha impedido al jurado advertir estos matices que pudieron tener una enorme relevancia en la resolución del caso.

Por último, corresponde resaltar que la circunstancia de que la relación entre los acusados se encontrase atravesada por violencia de género puede tener importantes consecuencias para la imputación de la omisión a Celeste Yanina González Zárate. De esto me ocuparé en el apartado siguiente.

2.2. Sobre los déficits de las instrucciones respecto a las reglas de imputación en materia de omisión impropia

En anteriores pronunciamientos he señalado que el juicio por jurados es compatible con la garantía del doble conforme únicamente si posibilita la revisión de la valoración de la prueba, el cumplimiento de normas de procedimiento y la aplicación del derecho. Ello implica, en punto a las instrucciones que se imparten al jurado, dos requisitos centrales: que deben anticipar los problemas que pueden presentarse en el plano de la valoración de la prueba, así como en el de la aplicación del derecho; y que deben ser claras (conf. «Petean Pocoví»).

Ello por cuanto las instrucciones que se imparten al jurado son

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

esenciales para asegurar el debido proceso. Esto ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido que *«es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)»* y que *«los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo)»* (conf. CSJN, «Canales», cons. 19 y 20).

El rol que cabe al juez técnico en el juicio por jurados está asociado, tal como lo ha sostenido la CSJN, a la dirección y control del proceso. En nuestro sistema procesal de diseño acusatorio el juez es el director del proceso (arts. 3 y 23, Ley 9.106), y las partes se encuentran habilitadas para proponer y discutir en audiencia las instrucciones que se imparten al jurado. Sin embargo, el hecho de que el sistema de enjuiciamiento sea acusatorio no implica que el juez se vea limitado a elegir pasivamente entre las propuestas de las partes las instrucciones que se impartirán al jurado u homologar aquellas cláusulas sobre las que no haya desacuerdo, puesto que sobre el juez recae el deber de controlar la legalidad del procedimiento, que debe ajustarse a los estándares del debido proceso legal. De hecho, según la ley local es el juez es quien decide en forma definitiva cuáles son las instrucciones a impartir a los jurados (art. 32, Ley 9.106).

Las instrucciones sobre el homicidio agravado por el vínculo en comisión por omisión no explicaron siquiera mínimamente sus elementos esenciales. La imputación de ese delito requería de reglas mucho más precisas, que debieron ser tenidas en cuenta y que, además, era posible explicar al jurado en lenguaje sencillo y claro.

Como se sabe, el delito de homicidio agravado por el vínculo -delito por el que se condenó a Tizza y a González- constituye un delito de infracción de deber. Esto significa que autor no puede ser cualquier persona, sino

solo quien tiene la calidad especial requerida por el tipo. En el caso del delito que constituye el objeto de este proceso, solo puede ser autor el ascendiente de la víctima. En cuanto a las características de los delitos de infracción de deber hay que decir que lo decisivo en ellos no es el dominio de la ejecución del hecho, sino la infracción de un deber especial extra típico, de tal modo que la agravación del delito se explica por la infracción de este deber positivo. Pues bien, en la medida en que lo determinante no es el dominio del hecho sino la infracción del deber, es autor del delito tanto aquel que, teniendo la calidad especial requerida por el tipo penal, lleva a cabo personalmente la acción típica (aportes de autor) colabora con el ejecutor (autor pese a que los aportes son de partícipes) o no evita la realización del hecho (omisión). Dicho con un ejemplo: el padre es *autor* del homicidio agravado de su hijo de diez años tanto si le dispara con su arma (ejecutor), como si le entrega el arma a un tercero para le dispare (autor pese a que su aporte es de partícipe), como si no evita el suicidio de su hijo (autor mediante omisión).

De esas tres formas de realización del delito de infracción de deber, a Tizza se lo acusó de la modalidad comisiva -matar a su hijo personalmente mediante golpes- y a Celeste González de la modalidad omisiva del delito de homicidio agravado por el vínculo. Esto significa que a González se le imputó un delito de comisión por omisión, es decir, el no evitar la muerte de su hijo estando en posición de garante. Los delitos de comisión por omisión requieren de ciertas condiciones que el jurado debe conocer para luego analizar si las pruebas producidas en el debate permiten tener por acreditados los extremos necesarios para atribuir a la persona acusada el delito en cuestión.

Ahora ¿qué instrucciones se impartieron al jurado para que pueda cotejar si la madre del niño V. no evitó su muerte, encontrándose en posición de garante? Las instrucciones en punto al delito de homicidio agravado por el vínculo que se impartieron al jurado se encuentran a fs. 1124/1125 y vta. de autos. En lo que al delito atribuido a Celeste González interesa, las instrucciones contienen explicaciones genéricas. Así, bajo el título «*La Comisión por omisión*» se señala que a Celeste González se la acusa de «*no haber hecho lo que era su deber para*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

evitar el resultado», y se explica que «la ley impone responsabilidad penal a quien tenía la obligación de hacer algo y el no haberlo hecho produce el resultado delictivo» (fs. 1124 vta.). Luego, en un apartado titulado «Deber de garante» se refiere que ciertas personas tienen la obligación de garantizar auxilios a terceros, y que entre esas personas se encuentran los padres y madres, que deben «alimentar, proteger y cuidar a sus hijos e hijas menores de edad. Si por incumplir con esa obligación el hijo [la hija] muere, los padres y madres responden penalmente por esa muerte». Y finalmente se explica en qué consiste la intención de matar, tanto mediante acción como omisión.

Al igual que ocurre con las instrucciones referidas en el apartado anterior sobre el juzgamiento con perspectiva de género, las vinculadas a la imputación mediante omisión, que pueden resultar decisivas para determinar la responsabilidad de Celeste González, contienen solamente generalidades que invisibilizan puntos centrales que deben ser tomados en consideración.

El caso presenta diversos problemas en materia de omisión que debieron ser tenidos en cuenta en las instrucciones al jurado tanto por las partes como por el juez técnico, pues resultan determinantes para establecer o no la responsabilidad de la acusada. De ningún modo puede validarse una sentencia a prisión perpetua en el que los principales problemas de imputación no han sido tenidos en cuenta por el jurado porque ni las partes ni el juez se lo hicieron conocer. No es posible transformar al sistema de justicia en un homologador formal de sentencias arbitrarias a las que se llega mediante instrucciones deficientes para resolver los problemas que plantea un caso. El juez o la jueza de un sistema acusatorio no puede ser un escribano que observa las injusticias y luego las avala sin corrección alguna. En el medio está una mujer condenada a prisión perpetua sin que se haya agotado el análisis de todos los problemas que atraviesan su situación procesal.

Frente a la posible injusticia de una condena tan severa a una persona que puede resultar inocente, la cuestión determinante es establecer los límites de la función judicial en el sistema acusatorio. ¿Qué debe hacer el juez en

casos como el que nos ocupa en el que las partes no plantearon los principales problemas de omisión, lo cual ya *ex ante* podía derivar en una resolución injusta? ¿Está obligado a avalar un procedimiento incompleto o debe formular las instrucciones que le puedan aclarar al jurado los problemas que tiene que resolver? La pena de prisión perpetua que está en juego en estos casos nos obliga a extremar los cuidados. Es importante subrayar que no debe perderse de vista que estamos viviendo una transición de un sistema mixto, en el que las partes no tenían una participación activa, a un sistema acusatorio en el que las partes lo son prácticamente todo. En el medio de esta transición están las dificultades para las partes, pero especialmente para la defensa técnica, de adaptarse a un sistema que requiere de ella una intervención mucho más activa y que enfrente tiene un adversario poderoso, con más y mejores armas. Pues bien, en medio de esta transición el juez o la jueza no puede limitarse a homologar instrucciones que omiten cuestiones fundamentales que pueden derivar en una condena basada en errores judiciales.

En cuanto a los problemas de omisión que plantea el caso y que no fueron correctamente explicados en las instrucciones al jurado se pueden distinguir los siguientes. Por un lado, el caso presenta problemas en el ámbito del tipo objetivo que no fueron advertidos al jurado en las instrucciones. Por otro lado, en cuanto al tipo subjetivo, no se le hizo conocer al jurado la posibilidad de imputación a título de imprudencia. Asimismo, en el ámbito de la culpabilidad, no se vinculó la problemática de género que plantea el caso con las causas de exculpación o con las circunstancias extraordinarias de atenuación del art. 80 último párrafo del Código penal. Lo explicamos.

2.2.1. Los déficits de las instrucciones en el ámbito del tipo objetivo del delito de omisión impropia

La imputación del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos que no fueron tenidos en cuenta en las instrucciones dadas al jurado:

- 1) *Situación generadora de deber*: situación de peligro para el bien

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

jurídico que se debe proteger que genera la obligación de una acción de salvamento.

2) *No realización de la conducta debida*: pese a su deber de actuar el obligado no lleva a cabo la conducta debida.

3) *Capacidad individual de acción*: el omitente tiene que tener poder de hecho para el salvamento y pese a ello no actuar.

4) *Posición de garante*: el omitente debe estar en estrecha relación con el bien jurídico, sea por su comportamiento anterior, sea por el vínculo especial que lo une a él.

5) *Imputación del resultado*: para que se le atribuya el resultado al omitente que se encuentra en posición de garante como si lo hubiera causado, es necesario que se demuestre en el juicio que la conducta debida que se omitió habría evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana a la certeza.

Si se comparan los requisitos del tipo objetivo que aquí solo han sido sucintamente expuestos, con las instrucciones que se le dieron al jurado, se advertirá las graves falencias de las mismas. Estos déficits no son meras abstracciones dogmáticas, sino que pudieron tener una incidencia gravitante en la determinación de la responsabilidad de González en caso de haber sido correctamente explicadas al jurado.

Así, en cuanto a los primeros requisitos del tipo omisivo, si bien González advirtió el momento en el que Tizza golpeaba al niño, de modo que se configuró en la situación generadora de deber, no ha quedado claro en las instrucciones cuál era la conducta debida que tenía que llevar a cabo la acusada. Dicho de otro modo, *no se ha establecido claramente qué es lo que debía hacer González que finalmente no hizo*. En este sentido, hay circunstancias que ponen en tela de juicio que González haya omitido su deber de actuar. Por un lado, a partir de su declaración -cuya credibilidad fundamentó el cambio en la acusación respecto de Tizza- surge que fue González quien, al entrar en la habitación donde

estaba su hijo V. llorando, detuvo el ataque que Tizza le estaba propinando. Ello incluso a riesgo de ser ella misma lesionada, pues Tizza la tomó del cuello para amenazarla con dañar a sus familiares si acaso hacía público lo que había visto. Por otro lado, González también habría intentado revivir al niño cuando este se desvaneció tiempo después de cesado el ataque hasta que finalmente lo llevó al hospital -v. declaración de Ricardo Facundo Garnica, audiencia 03/09/19, I parte, min. 06:00 y ss.; declaración de González, audiencia del 03/09/19, II parte, min. 03:16 y ss.-. No queda claro entonces cuál es la conducta que omitió la acusada. Quizás si se hubiera explicado al jurado cuál era la conducta debida con claridad, éste podría haber llegado a una conclusión diferente. El jurado contaba con pruebas de que González detuvo la golpiza que recibía su hijo, lo asistió brindándole el agua que solicitaba y cambiando su ropa cuando vomitó, intentó revivirlo cuando se desvaneció y lo llevó al hospital, de modo que sólo podría acusársela de haberlo llevado cuando era demasiado tarde.

Las instrucciones al jurado también fueron deficitarias en cuanto a la determinación de la *capacidad individual acción* o el poder de hecho que tenía la acusada por llevar a cabo un comportamiento salvador distinto al realizado. La capacidad individual de acción no se da cuando al destinatario de la norma le es imposible físicamente llevar a cabo la acción esperada. Sin embargo, no es preciso que la incapacidad de acción se dé en términos absolutos y en todos los aspectos, sino que debe ser apreciada en la concreta situación, cuando alguien no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir el mandato. La incapacidad de acción no se vincula con cuestiones de dolo, justificación ni culpabilidad sino que alude a la posibilidad física de realizar la conducta debida.

Pues bien, la cuestión es si las instrucciones al jurado tuvieron en cuenta si González tenía o no la posibilidad física de llevar a su hijo al hospital antes de lo que lo hizo. Para ello no puede dejar de valorarse que, según su declaración, no circulaba en un vehículo propio, sino que la había llevado su padre hasta la casa de Tizza -v. audiencia 05/09/19, IV parte-continuación, min. 06:00 y ss.-. Además, el lugar donde ocurrió el hecho se trata de una zona rural, alejada de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

centros urbanos y de medios de transporte público en horario nocturno. A ello se suma que González se encontraba sola, en la casa del agresor de su hijo -quien tenía interés en que no se descubriera el caso-, que estaba amenazada y había sufrido violencia física por parte de Tizza vinculada directamente con la situación del niño, y que se encontraban presentes alrededor de trece personas de su familia -quienes mintieron en el debate para proteger a Tizza, v. alegato de clausura fiscal, audiencia del 06/09/19-. De manera tal que las posibilidades de González de ir antes al hospital se veían seriamente limitadas. De hecho, fue uno de los tíos de Tizza quien llevó a González y su hijo V. al nosocomio cuando ya había fallecido. Según el relato de la acusada, los familiares de Tizza llamaron a un tío que no se encontraba en el lugar -se desconoce dónde vivía- por lo que, considerando la ruralidad y la hora, la demora era al menos posible. Además, si los presentes llamaron a una persona ajena a la vivienda para trasladar al niño, ello demuestra que no contaban con movilidad propia para socorrerlo.

Por lo demás, en la versión de González, no contradicha en el juicio y valorada por el Ministerio Público Fiscal a los fines de modificar la acusación contra Tizza, se explica suficientemente qué hizo después de los hechos de violencia y mientras esperaba a que llegase al lugar el tío que la llevaría al hospital, puesto que conforme a su relato ella atendió al niño luego de agresión de Tizza -interrumpida, como se dijo, mediante su intervención-, le dió agua, advirtió que vomitaba y lo cambió y limpió; y cuando transcurrido un tiempo el niño se desvaneció, ella intentó revivirlo mediante ejercicios de respiración boca a boca mientras esperaba que los busquen para ir al hospital. Es decir, le habría proporcionado los únicos cuidados que tenía a disposición en el contexto en que se encontraba. Además, lo hizo en soledad puesto que no tan sólo se encontraba bajo la amenaza de Tizza sino que, además, no contó con la colaboración de los familiares del agresor del niño. En suma, las instrucciones no han tenido en cuenta el hecho de que es al menos probable que González haya hecho lo que fue capaz de hacer teniendo en cuenta el contexto en el que trascurrió el suceso lesivo.

También la cuestión de género pudo haber incidido en la

determinación de la capacidad individual de acción. Por esa razón debieron haber formado parte de las instrucciones al jurado. En efecto, debió formar parte del análisis la cuestión de si podía exigírsele a la acusada una conducta supererogatoria. No puede afirmarse sin más que la mujer tenía capacidad de llevar a cabo una acción de salvamento si estaba expuesta a soportar la violencia de Tizza. En otras palabras, el *ultra posse nemo obligatur* (más allá de lo que puede nadie está obligado) debió formar parte de las instrucciones al jurado para que al menos evaluara estas circunstancias. Exigir una conducta heroica a la acusada implica reproducir un estereotipo de género que establece como expectativa de conducta que la mujer deba «tolerar ciertos menoscabos» para preservar la «paz familiar» y hacer honor al vínculo de comunidad de vida (conf. HOPP, Cecilia M., 2017, «“Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal», en Di Corleto (coord.) *Género y Justicia penal*, Ed. Didot). Por esta razón, resultaba relevante que el jurado contara con instrucciones respecto de este punto pues así podría haber evaluado si Celeste González Zárate, quien se encontraba en la casa del agresor de su hijo junto con numerosos familiares de éste, sin medios de movilidad propios y en horas de la noche, tenía no una potencial sino *una real capacidad de acción* para llevar con mayor premura al niño al hospital.

Hasta aquí se ha dejado establecido que el caso presenta problemas evidentes en materia de realización de la conducta debida y de capacidad individual de acción que no fueron mínimamente advertidos al jurado. Por ello no ha quedado despejada fuera de toda duda razonable la imputación de un comportamiento omisivo. Sin embargo, también se observan dificultades en cuanto a la *imputación del resultado*, esto es, la atribución de la muerte del niño a la omisión de la acusada.

Para que el resultado muerte pueda imputarse a una omisión como si hubiera sido causada por esta última, es necesario que se tenga por cierta en el juicio la hipótesis de que, de haberse llevado a cabo la conducta debida, el resultado no se hubiera producido. Vinculado lo expuesto con el caso de autos:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

solo puede imputarse a González la muerte de su hijo si pudo probarse con una probabilidad rayana a la certeza que de haber llevado al niño al hospital antes de lo que lo hizo la muerte de V. no se hubiera producido o al menos sus posibilidades de salvamento hubieran aumentado considerablemente.

Pues bien, ni las pruebas producidas en el debate ni las instrucciones acercadas al jurado apuntan a determinar si el niño se hubiera salvado en caso de haber llegado antes al hospital. Como puede advertirse, se trata de un déficit de enorme trascendencia, pues constituye la prueba decisiva para la imputación del homicidio como delito consumado y, sin embargo, nada se dice al respecto. La relevancia jurídica de esta dificultad de saber si el niño se hubiera sido salvado en caso de que la omisión atribuida a González no hubiera tenido lugar, debió al menos ser puesta en conocimiento del jurado. Tampoco hay directivas que reflejen que la posibilidad de salvamento debía tener una alta probabilidad de evitación del resultado. En las instrucciones se debió brindar información suficiente para dejar claro que a González se la acusó de no haber actuado correctamente y que, de hacerlo, el resultado no se hubiera producido.

2.2.2. La problemas a nivel de tipo subjetivo

Las instrucciones hacen una muy breve referencia al dolo en tanto intención de la realización típica del hecho, sin que se haga referencia a los medios de prueba con los que se acredita dicha intención. Sin embargo, no se advierte por qué razón no se ha incluido en las instrucciones al jurado la posibilidad de que éste evalúe la existencia de un homicidio imprudente solo respecto a la acusada. En efecto, como se sabe, parte de la doctrina afirma que en este tipo de casos de «convivencia peligrosa», la responsabilidad por omisión consiste en mantener al hijo común en el ámbito de peligro, puesto que ello implica asumir la contención del riesgo proveniente del otro progenitor. Esa asunción tendría lugar desde el momento en que padre o madre advierte la existencia de un riesgo «nuevo» proveniente del otro, que se proyecta sobre el hijo, es decir, cuando la convivencia futura se convierte en un «foco de peligro» (conf. ROBLES PLANAS, Ricardo, 2012, “Los dos niveles del sistema de intervención

en el delito. El ejemplo de la intervención por omisión”, *InDret*, p. 16). Pues bien, esta posibilidad se lleva mejor con la imputación a título de imprudencia que de dolo, especialmente si este último es definido como la intención de cometer delito. Sin embargo, de esto no fue advertido el jurado a través de las instrucciones respectivas. Es decir, al jurado no se le ofreció esta alternativa que puede tener asidero sobre la base de las pruebas producidas en el juicio.

Por lo demás, incluso la posible imprudencia de la acusada también aparece como lejana. En todo caso, si la imputación por imprudencia resulta difícil de sostener, que queda para la imputación dolosa por la que ha sido condenada la acusada.

2.2.3. La falta de instrucciones sobre cuestiones que pueden excluir o atenuar la culpabilidad en los delitos de omisión impropia.

En el ámbito de la culpabilidad hay dos cuestiones que pudieron tener relevancia en la resolución del caso y no fueron tenidas en cuenta en las instrucciones o solo formaron parte de ella de modo puramente formal. Me refiero, por un lado, a la posible incidencia de la cuestión de género en la determinación de la exigibilidad de una conducta a la llevada a cabo por la acusada. La carencia de instrucciones precisas sobre juzgamiento con perspectiva de géneros puede tener fuerte impacto en este punto. Las definiciones sobre el rol de garante -relevantes al atribuir un delito de omisión impropia- deben ser contextualizadas: no pueden ignorar que las muertes por violencia intrafamiliar suelen suceder dentro de un ámbito de violencia ejercida por el agresor -en este caso, Tizza, acusado de dar muerte comisivamente al niño- que también incluye a la mujer. Dicho en otras palabras, no tomar en cuenta la violencia de género implica mantener una expectativa de conducta que la mujer víctima de esa situación no puede cumplir. Los problemas desarrollados en el punto anterior deben ser analizados de manera contextual, puesto que la descontextualización y una concepción estereotipada e ideal de «buena madre» generan creencias que no son esperables en la realidad por parte de mujeres sometidas a violencia (conf. HOPP, Cecilia M., op. cit., pp. 15-45).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por otro lado, la cuestión de la violencia de género y la situación de vulnerabilidad de la acusada debió ser incluida en las instrucciones respecto a la posible aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación que prevé el último párrafo del art. 80 del CP. Es que, según se ha podido advertir de los elementos obrantes en autos, Celeste González es una mujer de una vulnerabilidad extrema, proveniente de una familia humilde, quien fue madre joven pese a las objeciones del padre de su hijo -que le sugirió abortar-, el que no la acompañó durante el embarazo ni estuvo presente en la crianza del niño; en definitiva, una mujer sometida a un contexto de violencia por razones de género por parte de Tizza y a quien, en un ámbito que no era el propio de su casa y su familia, le mataron a su hijo de menos de dos años de edad a los golpes y la condenaron a prisión perpetua por no haber evitado esa muerte.

Sin embargo, la instrucción que se impartió al respecto no contenía ninguna referencia que permitiera al jurado vincular esta figura con la situación de González. Por el contrario, se trató de instrucciones genéricas que aludían al caso de que el homicidio hubiera sido cometido *«por piedad, a pedido de la propia víctima, para evitar una prolongada agonía y/o grave sufrimiento»* o a *«cualquier otra circunstancia extraordinaria que se presente en el caso concreto y que, a juicio del Jurado, racionalmente deba atenuar la pena»* -v. fs. 1125 vta./1126. Pues bien, la instrucción reseñada no da cuenta de los problemas de culpabilidad que presenta el caso, en tanto de considerarse probada la imputación de la muerte a la omisión, debió instruirse al jurado sobre el posible impacto de la violencia de género de la que habría sido víctima la acusada, en la determinación del grado de culpabilidad.

En definitiva, la violencia de género puede tener influencia en el ámbito del tipo objetivo, en la determinación de la capacidad individual de acción, o en el ámbito de la culpabilidad, sea mediante su posible exclusión, a través de la teoría de la inexigibilidad, o mediante su atenuación, en el caso de autos, mediante la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación. Ninguna de estas alternativas fue seriamente acercada al jurado por medio de las instrucciones

respectivas.

2.3. Conclusiones

Las críticas expuestas no suponen un cuestionamiento a la actuación del jurado popular sino a la actividad judicial respecto de las instrucciones que se le suministraron a aquél. Las mismas no tuvieron en cuenta los problemas que presenta el caso a nivel de tipicidad objetiva, pues no ha quedado en claro cuál era la *conducta debida* que la acusada no realizó; no se formularon instrucciones tendientes a acreditar la *capacidad individual de acción* de la acusada para haber llevado a cabo una conducta distinta a la que realizó; no fue objeto de instrucciones una cuestión clave, como es la determinación de la *prueba de la conexión causal entre la omisión y el resultado* que permita explicar la imputación del homicidio consumado a la acusada. El jurado tampoco fue instruido para que identifique y valore la violencia de género en el vínculo existente entre Tizza y González, lo que pudo tener incidencia en la imputación de culpabilidad por el delito de omisión impropia que se le atribuye, o en la atenuación de la mismas a través de las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el último párrafo del art. 80 del Código penal.

Lo expuesto ha dejado demostrado que no se trata de planteos dogmáticos abstractos, apartados de la solución del caso. Por el contrario, de haber sido tenidos en cuenta estos planteamientos por las instrucciones, quizás otro hubiera sido el resultado del juicio con el mismo jurado. Pues bien, la sola posibilidad de que la prisión perpetua impuesta a Celeste Yanina González Zárate haya recaído sobre una persona inocente, justifica la nulidad de la sentencia y la realización de un nuevo juicio.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo admitir el recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y anular parcialmente la sentencia n° 747 pronunciada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, sólo en lo que respecta a la condena de la recurrente.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ASÍ VOTO.

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA
DIJO:**

4.- La solución del caso

Puesto a resolver las cuestiones propuestas por las defensas en el caso, coincido con la solución a la que arriba el voto preopinante en relación con el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa de Antonio Sebastián Tizza y la considero extensiva al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Celeste Yanina González Zárate, aunque adelanto que disiento con mi colega de Sala en el voto preopinante en relación con el recurso de casación formulado por la defensa de la acusada.

En cuanto a la disidencia referida en el párrafo precedente, debo formular algunas consideraciones preliminares que considero pertinentes en cuanto a los motivos que me han persuadido a adoptar esa decisión en el sentido invocado.

En primer lugar, estimo que la dinámica propia e inmanente del sistema de enjuiciamiento por jurados populares, presenta matices y connotaciones que revelan notas esencialmente vinculadas al modelo acusatorio-adversarial que adopta nuestra legislación procesal local para los procesos penales. Es, quizás, el mecanismo judicial en el que más se evidencian las notas que hacen estrictamente al contradictorio, donde cada una de las partes, desde su respectiva posición, elabora su propia teoría del caso e implementa su estrategia a fin de hacer prevalecer sus pretensiones ante el jurado popular. En esa dialéctica de enfrentamiento en la litigación sobre la marcha y el resultado del proceso, ante el juez técnico los miembros que conforman el jurado aparecen absolutamente marginados de la contienda procesal, pero están sumergidos en una posición de expectativa frente al desarrollo de las diversas técnicas de litigación, discursivas (alegatos) y probatorias (examen y contraexamen de testigos) desarrolladas por las partes.

Ello impone la necesidad más que nunca de que cuando se analicen y se controlen aspectos procedimentales y jurídicos de un juicio por jurados, la mirada analítica no debe prescindir de aquellas cualidades someramente reseñadas, aplicando y proyectando en esa labor revisora metodologías propias de sistemas de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo/patriarcal, o mixto, fundado en la escrituralidad y el expediente. Esto que digo, no significa de modo alguno disminuir ni cercenar la tarea de control sobre el normal y regular cumplimiento de las normas legales que contienen aquellos principios que rigen el debido proceso legal, pues es absolutamente cierto que aquellos son consagrados no sólo respecto de los sujetos acusados de la comisión de un hecho delictivo, sino, también, para quienes resulten víctimas de los mismos y, además, para la ciudadanía en general.

En segundo lugar, estimo que lo antedicho también se proyecta a la etapa de impugnación casatoria de un veredicto alcanzado por un jurado popular. En la lógica adversarial, *so pretexto* de revisar ampliamente el proceso que concluyó con el pronunciamiento cuestionado, no podemos prescindir de analizar y dar una acabada respuesta a todos y cada uno de los reales y efectivos motivos de impugnación que han sido invocados por aquella parte que se considera agraviada por la decisión adoptada. Pues precisamente, son sus cuestionamientos los que habilitan y limitan la etapa extraordinaria de revisión, y los que deben contar con una razonada respuesta de parte de quienes tenemos, dentro de esos límites recursivos, la competencia para resolver en el caso concreto. Esa es la inteligencia que, al respecto, prevé el rito penal, al referir que «[e]l recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios» (art. 462, párr. 1° del CPP).

En síntesis, la revisión amplia admitida jurisdiccionalmente a partir de *Casal*, siempre es dentro de los límites fijados por los agravios expresados por el recurrente en función del art. 41 de la ley 9106 y no *ad libitum* del Tribunal revisor.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En tercer lugar, continuando con la línea precedentemente expuesta, debo referirme a cómo debe desempeñar el tribunal de impugnación dentro del ámbito de su competencia de Alzada. En este punto, y dada su antigua y destacada tradición en materia de juicio por jurados, conviene aquí destacar que la Corte Suprema de Justicia de Canadá sostuvo que «[e]l Tribunal de revisión no debería actuar como “el jurado n° 13” o simplemente darle curso a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia apreciación del registro taquigráfico escrito del debate. Tampoco debería determinar que un veredicto es arbitrario simplemente porque el tribunal de apelación tenga una duda razonable basada en su revisión del registro taquigráfico». Lo antedicho implica -con la salvedad de que en nuestro sistema local la alusión al registro taquigráfico del debate debe ser entendida en referencia al soporte audiovisual de registración de las audiencias en que se sustancia el juicio, que permite un mejor y más amplio examen, pero resulta enteramente aplicable al caso- que la revisión en casación de los veredictos de culpabilidad del jurado, si bien configura un reaseguro a favor del acusado contra las condenas erróneas, «debe ejercerse con una gran deferencia por el rol de determinación de los hechos que efectúa del jurado» (ver fallo “R. v. W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R. 180”).

La «regla de la deferencia», es decir del respeto que merece la decisión del jurado popular, que en el ejercicio de la soberanía reservada constitucionalmente y no delegada, en un juicio único y público, con control adversarial de las partes en la selección (deselección) en la audiencia de *voir dire*, como al ingreso de la prueba, con intermediación y ejercicio efectivo de la técnica del examen y contraexamen de los testigos y de litigación de las instrucción finales, y lo que significa la poderosa deliberación secreta de los doce miembros y veredicto unánime, es común a todos los lugares donde se lleve adelante este sistema de enjuiciamiento, que está consagrado en el art. 24 de la Constitución Nacional. Como en la declaración del art. 4 de la Constitución de Mendoza, donde se reconoce que la soberanía reside esencialmente en el pueblo y que, de ella, emanan todos los poderes. Por estas razones constitucionales, debe regir la regla de la deferencia en los juicios por jurados populares.

En cuanto a la *regla* según la cual los jueces técnicos no deben actuar como *el jurado n° 13*, en nuestro sistema nace de los arts. 33, 34, 35, 36 y 37 de la ley 9.106, donde se establecen las condiciones y forma de deliberación y votación del jurado, en la cual no puede intervenir, participar o presenciar en modo alguno ningún juez técnico, ni ninguna otra persona, sino sólo los doce miembros del jurado que deliberan y dictan el veredicto en forma unánime, con el que en definitiva se declara culpable o no culpable al acusado en nombre del pueblo (art. 37), salvo el caso de *jurado estancado* (art. 34). A tal punto que existe la absoluta reserva de opinión (art. 36).

Esta regla en instancia de revisión implica la no intromisión en el veredicto, esto es en la decisión del jurado, por parte del tribunal revisor. Así, aquella decisión del jurado popular sólo podrá ser revocada bajo el argumento de que es arbitraria o que no puede ser respaldada por la prueba producida cuando es *imposible* la conclusión a la que llegaron. En otras palabras «*no es el rol del tribunal revisor “rejuzgar” el caso y arribar a “su” propia valoración de los hechos. Esto es, el tribunal revisor debe otorgar el debido respeto a la ventaja de inmediación que tiene el determinador de los hechos. El estándar también acepta que personas razonables puedan llegar a tener puntos de vista diferentes sobre la misma prueba y todavía ser inmunes a una revisión exitosa. Este es particularmente el caso en donde el veredicto depende de prueba circunstancial e indiciaria. Diferentes determinadores de los hechos pueden extraer diferentes inferencias de la misma prueba; inferencias que todavía caen dentro del alcance de razonabilidad y que, por lo tanto, son inmunes a una revisión recursiva*» (caso “Owen”, Corte Suprema de Nueva Zelanda, caso “Kurt John Owen vs. La Reina”, SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, fallo citado y traducido en Binder, Alberto M y Harfuch, Andrés, “*El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*”, colección “*Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05*”, volumen “c”, 2021, en prensa).

A diferencia de las sentencias de los jueces técnicos (unipersonales o en colegio) que deben hacer *exposición concisa de los motivos de hecho y de*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

derecho en que se basen (inc. 2 del art. 411 del CPP) y donde es posible seguir el camino argumental recorrido para adoptar la decisión y ejercer el control, y donde se puede y se debe identificar los defectos en el análisis que llevaron al juez a una conclusión arbitraria, en la revisión del veredicto de un jurado la regla del secreto de la deliberación impide conocer las razones por lo que impone un *plus* de esfuerzo y es más difícil, porque «[r]equiere que la corte recursiva, sin contar con la ventaja de la expresión de las razones, revise la prueba y, en una medida limitada, revalore la prueba en términos de su razonabilidad. (Caso “Owen”, ob. cit.), lo que a su vez permite cumplir mucho mejor y en forma objetiva la *revisión amplia*, ya no será sobre el discurso de la valoración de la prueba, sino en el análisis directo de la prueba para saber si la solución (veredicto) arribada es posible.

Las preocupaciones de los jueces de revisión, sus dudas «*no son suficientes para anular el veredicto del jurado por arbitrario*». Siempre que el «[...] *veredicto fue aquel en el cual este jurado debidamente instruido, actuando legalmente, podría razonablemente haber rendido*» (caso “Biniaris”, “R. vs. Biniaris”, Corte Suprema de Justicia de Canadá, [2000] 1 S.C.R. 381, voto preopinante de la jueza y jurista internacional Louise Arbour, fallo citado y traducido en Binder, Alberto M y Harfuch, Andrés, “*El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*”, colección “*Jurados y participación ciudadana en la administración de justicia – 05*”, volumen “b”, 2020).

«*El ejercicio de revisión [...] es considerablemente más difícil cuando se le requiere [...] determinar la supuesta arbitrariedad de un veredicto alcanzado por un jurado. Si no hay errores en la imputación, como debe suponerse, no hay forma de determinar la base sobre la que el jurado llegó a su conclusión. Pero esto no exime al tribunal de revisión de la necesidad de articular las bases sobre las cuales considera que la conclusión alcanzada por el jurado fue arbitraria. No es suficiente que [...] [se] haga referencia a una vaga inquietud o a una duda persistente basada en su propia evaluación de las pruebas. Mientras que una "duda persistente" puede ser un poderoso detonante*

de un escrutinio minucioso de la prueba, no es, sin mayor articulación de las bases para dicha duda, una base adecuada sobre la cual interferir con las conclusiones del jurado» (Caso “Biniaris”, ob. cit.)

En cambio, para revertir el veredicto, «[...] **se debe articular la base sobre la cual se llega a la conclusión de que el veredicto es contrario a las exigencias de una apreciación judicial de la evidencia.** En otras palabras, si, después de revisar las pruebas al final de un juicio libre de errores que terminó en condena, el juez [...] se queda con una duda persistente o con un sentimiento de inquietud, esa duda, que en sí es insuficiente para justificar una interferencia con la condena, puede ser una señal útil de que el veredicto no fue alcanzado judicialmente. En ese caso, la corte [...] debe seguir adelante con su análisis” (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece).

Es decir “*teniendo en cuenta todas las pruebas, el jurado pudo en forma razonable haberse convencido de acuerdo al estándar probatorio de más allá de duda razonable que el recurrente era culpable de todos los cargos*” (Caso “Owen”, ob. cit.).

Entonces, sólo «**la propia arbitrariedad del veredicto será evidente para el juez revisor entrenado y con formación jurídica cuando, bajo todas las circunstancias de un caso determinado, [cuando] la determinación judicial de los hechos excluye la conclusión alcanzada por el jurado**» (Caso “Biniaris”, ob. cit., el destacado me pertenece).

«*La apreciación judicial de la prueba se rige por reglas que dictan el contenido obligatorio exigido a las instrucciones que se deben impartir al jurado. Estas reglas se expresan a veces en términos de advertencias y/o de ciertas instrucciones con carácter obligatorio o facultativo, mediante las cuales un juez del juicio transmitirá el resultado de su acumulada experiencia judicial al jurado, que, por definición, es nuevo en este ejercicio*» (Caso “Biniaris”, ob. cit.).

El juez técnico «*no actúa como un "decimotercer jurado", ni está*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

"usurpando la función del jurado" [...] [cuando] [a]l concluir que ningún jurado debidamente instruido y actuando judicialmente podría haber condenado, la corte revisora inevitablemente está concluyendo en que estos jurados que condenaron no deben haber estado actuando judicialmente» (Caso "Biniaris", ob. cit.).

Conforme lo señalado, la primer pregunta que debemos formularnos es ¿con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado? Debe quedarnos claro que no se trata de la búsqueda de la contestación *correcta* sobre la relación jurídica entre la prueba y el veredicto, porque ello es *intromisión*, sino sólo **si es posible** dentro de las probables y racionales opciones la habilita la prueba el veredicto. Si la respuesta es afirmativa, la decisión no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba, aunque no compartamos la decisión; en consecuencia, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba (ver al respecto, mi voto en el precedente «Petean Pocovi»).

Ello por cuanto «[...] *la corte revisora debe guardar especial deferencia al **buen juicio y al sentido común colectivo del jurado**. [...] [C]uando la corte de apelaciones revisa un veredicto de culpabilidad por arbitrariedad siempre debe tener en cuenta que el jurado usualmente emplea cualidades especiales para la muy siempre dificultosa tarea de determinar dónde está la verdad. Y cierto es que las cortes de apelación pueden no compartirla» (Corte Suprema de Justicia de Canadá: R.v.W.H., 2013 SCC 22, [2013] 2 S.C.R.).*

En este sentido se ha pronunciado la la CSJN al destacar que el examen de la resolución del jurado puede cuestionarse a partir de un análisis de las premisas en que se fundamenta y la conclusión a la que arriba: «[el veredicto del jurado] *no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. [...] Pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la*

incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, mutatis mutandi, que esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que “la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (Fallos: 328:3399, considerando 24)» (v. CSJN, «Canales», considerando 19).

La otra pregunta a formulamos es ¿con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia? Si la respuesta es afirmativa, no puede revocarse la sentencia.

A lo señalado, debo agregar en cuarto lugar que comparto los términos utilizados por Profesor Adolfo Alvarado Velloso en su descripción del método acusatorio de debate, los que considero aplicables para todo tipo de enjuiciamiento por juicio por jurados. En relación a ello, expresa el destacado doctrinario que como característica del sistema acusatorio en lo penal, el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial*, es decir, que no es parte, y aclara que si el juez no es parte, lógicamente no debe ni puede hacer las tareas propias y exclusivas de las partes como afirmar, alegar, impugnar, etc., y que no le preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real (conf. Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, “*Textos de Teoría General del Proceso. Los sistemas de enjuiciamiento judicial*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, págs. 136/137; ver también los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia “Mopardo Dupoux” y “Flores González”, entre otros).

Si el juez actuara de otro modo, sería regresar al sistema inquisitivo. Lo que sucede tanto cuando el juez asume una actividad oficiosa siendo juez y acusador a la vez, y por ende, realiza él mismo la búsqueda de la verdad real, llegando a creer que sólo resulta factible encontrarla por medio de la confesión, convirtiéndola de tal modo en la reina de las pruebas, o cuando se

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

encarga el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de su acusación (conf. autor y obra citada, págs. 84 y 88/89).

Como también sucede cuando lo hace a la inversa, es decir, en aquellos casos en que es el juez quien realiza la actividad oficiosa de juez y defensor a la vez en la búsqueda de satisfacer una vaga inquietud o una duda persistente basada en su personal y subjetiva apreciación de lo ocurrido en el debate, aspirando a descubrir o elaborar argumentos justificatorios (reales o imaginarios) de dudas, cuestionamientos o nulidades, a partir de la introducción de planteos u objeciones ajenas a las pretensiones de las partes.

De acuerdo a todo lo antedicho, podemos concluir en este pasaje en que el carácter total de la revisión no implica *per se* que el examen que el tribunal del recurso realice respecto de una sentencia o de un veredicto de culpabilidad, deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa, porque al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la decisión impugnada le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador. Salvo, claro está, que se detecten evidentes y groseras irregularidades en la realización de actos procesales dentro del marco de debido proceso legal, cuya apreciación determine la necesidad y el interés jurídico en la anulación de la actividad viciada (art. 198, 199 ss y cc del CPP.) y siempre con el debido respeto a la *regla de la deferencia*.

Sentado cuanto precede, vale recapitular aquí que la impugnación casatoria incoada por la defensa de la acusada González Zárate se basa en dos puntos de agravio: la nulidad del veredicto por violación de la regla de unanimidad (a), y el apartamiento de la prueba producida por parte del jurado (b).

a.- En relación con lo primero, entiendo que los agravios formulados por la defensa no pueden tener acogida favorable en esta instancia. El planteo pretende sostener la tesis de que el veredicto es contradictorio pues, si como el dijo el presidente del jurado, «unos estuvieron de acuerdo, y otros no»,

entonces no se alcanzó la unanimidad requerida por el art. 33 de la ley 9.106. A juicio de la defensa, no se puede afirmar que esta «duda» se haya referido a los cargos menores por los que podían optar, porque ello no obedecería a una interpretación contextual. Argumenta que la gravedad de la acusación implica extremar las garantías -entre ellas, la de unanimidad-, máxime considerando que nuestro sistema jurídico no prevé el sistema de encuestas personales al jurado -*Jury Poll*-. Apoya su posición en las circunstancias en que se llevó a cabo la deliberación -que terminara a las 3:00 horas de un sábado, luego de extenuantes jornadas de debate- y en jurisprudencia estadounidense que exige asertividad al veredicto. En base a ello, plantea su nulidad.

Ahora bien, a mi juicio la crítica no resulta procedente. Para ello, explicaré por qué, de la expresión del presidente del jurado referida por la defensa, no se deriva la falta de unanimidad que el impugnante plantea.

La revisión de las constancias de la causa muestra que respecto de las acusaciones de lesiones agravadas por el vínculo respecto de Celeste González y desobediencia a la autoridad sobre Sebastián Tizza el jurado no llegó a unanimidad, y así lo manifestó expresamente: «*Sr. Juez: El jurado no llegó a la unanimidad en el Hecho n° 2 respecto de la acusada Celeste González*» (fs. 1112), «*Sr. Juez: El jurado no llegó a la unanimidad en el Hecho n° 3 respecto del acusado Sebastián Tizza*» (fs. 1112). En cambio, en relación a las acusaciones de homicidio agravado por el vínculo respecto de Tizza y González y de lesiones leves agravadas por el vínculo sobre Tizza, se manifestó con claridad declarándolos culpables (v. fs.1108/1110). Las expresiones del presidente del jurado durante la audiencia de lectura del veredicto, donde dijo que «*[f]ue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no.*», sólo pueden entenderse como demostrativas de las dificultades de la labor deliberativa propia de un cuerpo colegiado, como de la gravedad y complejidad de los hechos sometidos a decisión y la variedad entre veredictos por unanimidad y estancados.

Debe tenerse presente que la deliberación que lleva adelante el jurado puede implicar votaciones sucesivas, como parte del proceso en el que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

comparan posiciones, valoraciones de pruebas y argumentos. Sin embargo, la votación decisiva es la final, la que se produce con el acuerdo unánime de todos los miembros del jurado o cuando -por no lograr acuerdo- así lo declaran. En el caso que nos ocupa se verificaron ambos supuestos. Respecto de algunos hechos el jurado alcanzó unanimidad y así lo expresó; mientras que en otros casos hizo saber la falta de acuerdo.

Concretamente, respecto del denominado “*Hecho N° 1*”, el jurado encontró al acusado Antonio Sebastián Tizza culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo por comisión, haciendo lo propio respecto de la acusada Celeste González Zárate en cuanto al delito de homicidio agravado por el vínculo por omisión. Mientras que, en cuanto al denominado “*Hecho N° 2*”, encontró culpable al acusado Tizza respecto del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo. Por su parte, el presidente del jurado expresó que no se había alcanzado unanimidad respecto de la acusada González Zárate con relación al “*Hecho N° 2*”, planteando idéntica solución en cuanto al acusado Tizza en el “*Hecho N° 3*” en el que se le atribuía el delito de desobediencia a la autoridad. (ver fs. 1108/1112). Respecto a esos últimos delitos, el juez técnico -de conformidad con lo dispuesto por el art. 34 de la ley 9.106- preguntó al acusador si continuaría con el ejercicio de la acusación, la o que el representante fiscal contestó en forma negativa (ver fundamentos, fs. 1130 vta.).

Lo decisivo para esta instancia es verificar la corrección procedimental de la deliberación, que en este juicio ha cumplido los requisitos legales. Que el presidente del jurado haya relatado -a título personal- que la decisión fue difícil y que hubo desacuerdos parciales, no debe ser entendido como una expresión jurídicamente orientada. Precisamente la deliberación tiene como presupuesto la diversidad de la composición del jurado y las diversas y plurales posiciones asumidas por cada uno de sus integrantes, de manera tal de posibilitar el intercambio de razones y arribar -o no- a un acuerdo. La tarea de control de este proceso no puede ser fragmentada ni omitida bajo la pretensión de ceñirse a descontextualizadas palabras del presidente del jurado.

Por el contrario, su manifestación debe ser comprendida a la luz de lo que expresó luego de destacar la dificultad de la deliberación: «[f]ue muy difícil la resolución. Muchos no estuvimos de acuerdo. Otros sí. Otro no, pero bueno, llegamos a esto» -v. primera audiencia del día 07/09/19, min. 05:10-. Dejó claro que habían arribado a la solución que luego leyó, la que comprendió el voto unánime del jurado sobre algunos hechos, así como la ausencia de esa cualidad luego de la deliberación efectuada en ciertos hechos. La circunstancia temporal que alega la defensa -que fueran las 3:00 horas de un sábado- y la alusión al cansancio del jurado, no constituyen consideraciones que permitan dudar de la labor deliberativa llevada a cabo. De hecho, la defensa podría haber realizado observaciones al respecto en su oportunidad, lo que no hizo. Pero más allá de esta falta de oposición, lo cierto es que ni el eventual cansancio del jurado, ni la hora en la que deliberaron, son factores que puedan ser considerados *per se* determinantes de su decisión, ni en beneficio ni en perjuicio de los acusados. No hay regla lógica, ni de la experiencia práctica alguna, que permita asociar inexorablemente lo uno con lo otro; en todo caso, ese condicionamiento debe ser probado por quien lo alega.

De esta manera no puede sostenerse, como lo hace el recurrente, que exista falta de asertividad en el veredicto. Descartada esta premisa, decaen los demás argumentos: no es relevante que nuestro sistema jurídico no prevea el *Jury Poll* que invoca la defensa, ni expedirse sobre la relación entre garantías procesales y gravedad de las acusaciones. El veredicto es inequívoco y respeta esencialmente las exigencias de unanimidad establecidas en la ley 9.106.

b.-En segundo orden, la defensa de González Zárate afirma que el jurado se apartó notoriamente de la prueba pues en esta causa procedía, al menos, una condena atenuada por circunstancias extraordinarias de atenuación. Solución a la que arriba tras mencionar que existían indicadores de violencia de género que se hicieron evidentes y que, a su criterio, no se tuvieron en cuenta por los miembros del jurado al momento de resolver, manteniendo con ello su propia teoría del caso, la que fue exhibida y mantenida a lo largo del todo el juicio, y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

presentada expresamente al jurado tanto en los alegatos de apertura como de clausura del debate. Es decir que la defensa encuadra su pretensión en esta instancia en el inc. d) del art. 41 de la ley 9.106: *«cuando la sentencia condenatoria [...] se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate»*. Tal como anticipé, a mi juicio, el planteo resulta improcedente. Veamos.

Concretamente, la defensa invoca: i) la declaración de la Lic. Urbani, del ETI, que dijo que Tizza no podía revincularse con el niño, sino sólo con su madre; ii) el testimonio de Macarena González, hermana de la acusada, que dijo que Celeste González se había preocupado por la salud de su hijo luego de verle manchas en su abdomen; iii) el testimonio del padre de la acusada, Segundo González, por cuanto declaró sobre el estado anímico de su hija luego de conocer la noticia del fallecimiento del niño; iv) la declaración del Dr. Fernández, que sostuvo que Celeste González era una madre ideal, y que le había llamado la atención que tuviera los controles médicos de su hijo al día y que consiguiera turnos en el Hospital Notti, a pesar de la barrera instrumental que significara vivir alejada, en el medio rural; y en el mismo sentido las declaraciones de Pinto y Valenzuela; v) el testimonio del Dr. Profili, del CMF, que explicó que la acusada era una persona vulnerable en razón de sus condiciones mentales «medio-bajas»; vi) la declaración de la Lic. Messina, del CMF, que dijo que Celeste González era inmadura, y que ello podía conducir a sumisión, y habló de angustia y llanto en su entrevista; y, vii) la existencia de «varios indicadores de violencia de género» que no fueron tenidos en cuenta.

A partir de los elementos de prueba enumerados, la defensa afirma que se ha acreditado que la acusada era una madre diligente con su hijo y que no lo agredió. Explica que la acusación se basa en la omisión de cuidados respecto del niño, pero que todos los testigos declararon que V.G.T. era cuidado por su madre, de modo que no puede endilgársele que omitiera cuidados mínimos. Además, afirma que la violencia de género que sufría Celeste González era tan evidente que el fiscal llegó a imputar el delito de amenazas contra ella a Tizza,

quien además la descalificaba e insultaba y le había pedido que abortara al niño. Todo ello, a juicio de la defensa, no ha sido valorado por el jurado.

Entiendo que los motivos de agravio planteados por la defensa no resultan suficientes para motivar una crítica -que en esta instancia se pueda conceder- contra el veredicto del jurado.

Tal como he afirmado al comienzo de este voto, y en los precedentes «Petean Pocoví» y «Ortega Ragonesi», la tarea de este Tribunal queda circunscripta a un doble análisis. Por una parte, a una evaluación «externa» o «formal» del juicio, es decir, de la corrección jurídica de los actos procesales que preparan la decisión del jurado, tales como la selección y constitución del jurado; las decisiones y acuerdos sobre elementos probatorios; la elaboración de instrucciones iniciales y finales al jurado; entre las más relevantes. En este caso, tal revisión -en los puntos de agravio manifestados por el recurrente- ha sido realizada en el punto (a) de este voto.

Sin perjuicio de ello, y aunque en la recurrencia no han sido motivo de agravio las instrucciones, estimo pertinente destacar aquí que el veredicto de culpabilidad alcanzado respecto de la acusada por el delito que se le imputa -homicidio agravado por el vínculo por omisión- no se vislumbra en esta etapa como la resultante de un condicionamiento proveniente de las instrucciones dadas a los integrantes del jurado popular. No se comprueban aquí que existan errores u omisiones esenciales con la capacidad de condicionar la decisión del jurado, de manera tal de inclinarlo o volcarlo hacia la culpabilidad de la imputada. Dicho en otros términos, no se advierten en el caso la presencia de “*errores perjudiciales*” en las instrucciones, esto es, de errores u omisiones del juez en las instrucciones impartidas a los miembros del jurado popular con la entidad necesaria, esenciales, para condicionar en algún sentido - culpabilidad o no culpabilidad- su decisión; vicio que, de verificarse, tornaría procedente tanto el recurso casatorio como la justificación de la realización de otro juicio. Ello en el entendimiento de que cuando la cantidad y/o calidad de errores sobrepasa lo tolerable dentro del marco de las garantías que hacen al debido proceso legal, se pierde confianza en el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

resultado del juicio y, de este modo, es posible considerar que las personas enjuiciadas no han tenido un juicio justo e imparcial, resultando entonces merecedoras de un nuevo juicio.

En este sentido, bien vale destacar que difícilmente existen instrucciones perfectas, todas pueden contener errores y/u omisiones de distinta gravedad e intensidad, y precisamente es el tribunal de casación quien debe decidir, finalmente, si el error u omisión del juez en las instrucciones fue sustancial o perjudicial y que condicionó decisivamente el veredicto del jurado, sea éste de culpabilidad o de no culpabilidad. En esa labor de revisión, en conclusión, cualquier error, defecto, irregularidad o divergencia que no afecte derechos sustanciales debe ser desestimada.

La compulsión de las instrucciones especiales impartidas comprueba una especial vocación y empeño del juez técnico en suministrarles a los miembros del jurado las herramientas necesarias respecto del derecho que resultaba aplicable al caso. Así, no solamente les indicó cuáles eran los delitos por los cuales, según el órgano fiscal, se los acusaba a los imputados, sino que, además, en un lenguaje llano, claro, directo, desprovisto de las complejidades propias del léxico jurídico, de extensas argumentaciones y del vicio academicista, les explicó cuáles eran los componentes típicos propios de las figuras penales en juego. De esta manera, les aclaró en qué consistía la acción en el delito de homicidio agravado por el vínculo, así como también, y dada la mecánica y el comportamiento de cada uno de los agentes acusados en el hecho principal investigado, puntualizó su explicación en cuanto a los delitos de omisión por comisión y en el deber de garante (ver fs. 1124 y vta.).

Repárese que el contenido de estas instrucciones definidas finalmente, que surge presente en el modelo escrito elaborado al efecto por el propio juez técnico, y que les fuera facilitado a las partes para su control y formulación de observaciones, en ningún momento recibió reparos del representante fiscal ni de los defensores de los acusados, quienes manifestaron su expresa conformidad con las mismas (ver fundamentos, fs. 1113). Ni durante la

audiencia en que se litigaron las instrucciones, ni en esta fase extraordinaria de impugnación ante nuestro Tribunal, los letrados han alegado la presencia de déficit sobre las instrucciones. Al respecto, cabe mencionar que constituye un requisito legal de procedencia para el recurso de casación contra un veredicto de culpabilidad, cuando específicamente se alega como motivo casatorio el condicionamiento del jurado por las instrucciones impartidas por el juez, que el contenido de las mismas haya sido cuestionado oportunamente por la parte interesada, y efectuado la pertinente reserva de casación en su caso (art. 41, inc. c de la ley 9106). Objeción que, según surge de la compulsa de las constancias actuadas de la causa, no se ha producido en autos, porque a la falta de cuestionamiento oportuno de las instrucciones le siguió, necesariamente, la inexistencia de protesta previa de casación.

Aquí debo señalar que las partes son escuchadas por el juez técnico en sus propuestas de instrucciones en el marco de una audiencia en la que, precisamente, se debaten cómo se debe explicar la ley, el derecho constitucional y, fundamentalmente, cómo se deben valorar los distintos medios de prueba y tener por probados los hechos alegados (art. 32 de la ley 9106).

A su vez, también corresponde destacar que ninguno de los miembros del jurado se ha visto desprovisto de analizar la conducta atribuida a la acusada con las herramientas y la información necesaria respecto de la posible existencia de violencia de género sobre la misma. Muestra cabal de lo que estoy diciendo es que la teoría del caso elaborada por la defensa se centralizó en demostrar a los miembros del jurado la presencia de indicadores de violencia de género de parte de Tizza contra González Zárate.

En efecto, respetando el orden de los actos procesales que se fueron sucediendo a lo largo de la marcha del proceso, se comprueba con facilidad que desde el momento en que se desarrolló la audiencia de la selección del jurado (*voir dire*), alegatos de apertura, examen y contraexamen de los testigos, alegatos de clausura, pasando por las litigación de las instrucciones al jurado, hasta la tramitación de la impugnación casatoria en esta etapa extraordinaria de revisión,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

incluyendo los argumentos vertidos por esa parte durante la celebración de la audiencia *in voce* (art. 480 del CPP), la defensa desarrolló su estrategia de litigación haciendo especial referencia a aspectos vinculados a la problemática señalada. Posición que reiteró –aún escuetamente- en su escrito recursivo.

Así, posicionados en el marco de selección de jurados, los letrados defensores de González Zárate iniciaron el interrogatorio a los precandidatos consultándolos acerca de «*¿quiénes de ustedes consideran que, en el ámbito familiar, no existe una igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer?*» (ver registros audiovisuales, “*audiencia 02/09/19*”, 00:54:50). Luego se les preguntó sobre «*¿quiénes de ustedes opinan que los hombres y las mujeres son iguales?*», reformulando luego la consulta en los siguientes términos *¿quiénes de ustedes opinan que son diferentes?*» (00:55:33). Allí, tras las expresiones de algunos miembros del jurado, uno de los abogados defensores particularizó el intercambio de preguntas y respuestas con candidatos específicos, a quienes, entre otras, le preguntó acerca de la influencia de la desigualdad biológica en los distintos ambientes de la vida de hombres y mujeres. (01:00:30), así como de los roles de cada uno de ellos en el desenvolvimiento familiar (01:10:05). Finalmente, en cuanto aquí importa destacar, tras retornar al interrogatorio genérico, la defensa introdujo el tema de la violencia de género. Posicionada desde allí, el letrado defensor, entre otros aspectos, consultó «*¿quiénes de ustedes creen que, aquellas mujeres que dicen haber sufrido violencia de género, en muchas ocasiones, en realidad, se están haciendo las víctimas?*» (01:18:18), luego preguntó «*¿quién de ustedes piensa que la violencia de género respecto de las mujeres le produce una afección en sus emociones, o sea, que se ve emocionalmente afectada si sufre violencia de género?*» 01:24:40). Allí, ante la respuesta de una de las precandidatas -la identificada con el número 47-, agregó, «*¿consideras que esta mujer que es víctima de violencia de género podría tener la cabeza fría para tomar decisiones?*» (01:25:30).

En sentido coherente y coincidente, ese aspecto central de la teoría del caso de la defensa de la acusada González Zárate –violencia de género- quedó

patentizada con la inclusión en las instrucciones finales dadas al jurado, de una cláusula al respecto. De la compulsa pertinente se colige que las instrucciones, en el apartado dedicado al modo en que debe valorarse la prueba, en el acápite titulado «*Prueba presentada por la defensa*», se introduce como instrucción que: «[4] *Violencia de Género: deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida*» (v. sentencia, fs. 1121).

Ahora bien, ya durante el juicio propiamente dicho, la defensa de la acusada hizo permanente hincapié en la situación de violencia de género que padecía su representada a manos del acusado, exhortando al jurado a través de sus alegatos de apertura, a que tuvieran en cuenta aspectos circunstanciales que, a su criterio, colocaban a la acusada en el rol de víctima del padre de su hijo, que mantenía una relación tóxica y verbalmente violenta con aquél, que la amenazó al momento de ser aprehendidos, entre otras circunstancias (ver registros audiovisuales, “*audiencia del 02/09/19*”; ver también link oficial del Poder Judicial de la provincia de Mendoza, <https://www.youtube.com/watch?v=sWLQGYsh7C0>, a partir de 01:44:50).

Posición que ratificó en sus alegatos de clausura, cuando lisa y llanamente sostuvo que la estrategia defensiva era demostrar que González Zárate era víctima de violencia de género, enumerando nuevamente la existencia de indicadores de ello, tales como la vulnerabilidad de su representada, la celotipia y la violencia verbal y económica que ejercía sobre ella el acusado, además de una conducta manipuladora (ver registros audiovisuales, “*audiencia del 06/09/19*”, ver también link oficial del Poder Judicial de la provincia de Mendoza, <https://www.youtube.com/watch?v=ttdAI7F8nbw>, a partir de 02:12:45). A lo cual, cabe agregar que también el defensor puso en conocimiento de los miembros del jurado la concepción asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la violencia de género, así como cierto contenido proveniente de los instrumentos internacionales referidos a la cuestión, tales como la Convención de Belém Do Pará (02:23:05) Incluso se encargó de describir en qué consiste el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

denominado ciclo de la violencia, en el que, según expresó, se atraviesan sucesivas etapas que se trasladan desde la “*tensión, a la reconciliación*” y, luego, a la “*agresión*” (02:27:15).

De esta manera, entonces, mal puede predicarse, como lo propone el defensor, que el jurado se apartó de la prueba porque omitió ponderar los indicadores presentados al efecto. En ese sentido, quedó demostrado que no sólo el defensor les suministró a los miembros del jurado popular las herramientas necesarias para apreciar y ponderar el material probatorio en el contexto de los hechos, sino que, además, el propio juez técnico, lo hizo expresamente mediante la referida instrucción especial «*deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida*» (fs. 1121). De manera tal que, la alegada omisión del jurado sobre la cual la defensa estructura su queja casatoria, a la luz de la compulsa de las constancias comprobadas de la causa, constituye una mera discrepancia personal del recurrente que, como se vio, no encuentra otro sustento más que en su visión del modo en que, soberanamente, los integrantes del jurado popular desarrollaron la tarea de valoración de la prueba producida durante el juicio.

En esta inteligencia debe destacarse que este Tribunal está llamado a realizar un examen de razonabilidad «interna» entre las premisas que componen el razonamiento y su conclusión -lo que me ocupa ahora-. Dentro de este doble espectro, las partes pueden plantear aquellos puntos que pretenden que formen parte del objeto de revisión. Sobre este último punto, el delicado análisis que a mi entender está encomendado al tribunal revisor implica –para satisfacer acabadamente las exigencias de «doble conforme» establecidas por el art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP– un estudio serio de la plausibilidad de las acusaciones a partir de las pruebas producidas en el debate. De ninguna manera esto supone superponerse a la labor del jurado ni reeditar instancias previas al juicio, sino evaluar la posible existencia de lagunas entre la acusación, prueba e instrucciones que hayan pasado inadvertidas al jurado. Sólo de este modo, según mi modo de ver, es posible garantizar que el veredicto de culpabilidad del jurado

no sea arbitrario ni se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate, tal como ordena el art. 41 de la ley 9.106 y el debido proceso (ver al respecto lo señalado en el precedente «Petean Pocovi»).

Además, debe tenerse en cuenta, tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, de manera consistente y reiterada, que no existen diferencias en la valoración probatoria según quienes sean las partes o cuales sean las pruebas a valorar, sino que en todos los casos la prueba debe valorarse en contexto. En los casos de vulnerabilidad o asimetrías de poder, siempre deben tenerse en cuenta estas situaciones dentro del contexto. De esta manera, se asegura el principio de igualdad en la valoración de la prueba con relación a todas las personas. Principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional y, con mayor profundidad, en el art. 7 de la Constitución de Mendoza (conf. «Brancello Urbón», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales», «Ojeda Pérez», «Vázquez Tumbarello», entre otros, a los que me remito en lo pertinente).

En efecto, he referido que *«[e]n materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, “Estado, Gobierno, Sociedad”)).

Es decir que «[e]ste método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza). Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto. Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio» (ver al respecto «Zurita Ábrego»).

En el caso bajo examen, más allá de que una de las personas responsables del homicidio investigado y juzgado sea una mujer, lo cierto es que debemos tener en cuenta que la víctima de ese delito es el menor V.S.G.T. De este modo, la valoración de la prueba no puede prescindir, además, del enfoque diferencial de víctima, según la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (27.372), que aquí tiene un componente que amplifica su condición de tal, dado por el mayor grado de vulnerabilidad que emerge específicamente de su edad: un niño de un año y nueve meses a la fecha de su fallecimiento. Por lo que se impone se aplique, con relación a él, la debida perspectiva del interés superior del niño, por la edad, debiendo actuarse con la debida diligencia reforzada especial que el caso requiere.

En definitiva, la valoración de la prueba debe responder a este principio de igualdad constitucional que todos los tratados de derechos humanos -con y sin jerarquía constitucional- consagran expresamente. Los jueces, en las directivas que imparten al jurado, deben asegurar el principio de igualdad en la

valoración probatoria que lo despoje de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura patriarcal inquisitiva, con la xenofobia o con cualquier otra forma de discriminación. En el juicio por jurado esto implica también que las instrucciones finales deban ser claras, precisas y atinentes a lo que debe deliberar y decidir el jurado, según las teorías del caso de cada parte y la prueba a examinar y valorar, evitando innecesarios academicismos y/o confundir al jurado, de manera tal de suministrarle a sus integrantes las herramientas necesarias para ponderar adecuadamente los diversos condimentos circunstanciales que rodean contextualmente los hechos sobre los que deben pronunciarse.

Dicho esto, y focalizándonos ahora en los concretos motivos de agravio alegados por la defensa, entiendo que la queja incoada resulta improcedente en esta instancia pues se basa en un equívoco probatorio. El argumento reconstruido antes pretende instalar las premisas «la imputada Celeste González Zárate era una madre diligente» y «que sufría violencia de parte de su entonces pareja», para de ello derivar que «no puede ser condenada por omisión de cuidados respecto de su hijo». Ahora bien, según entiendo, las premisas debidamente cotejadas y valoradas con los elementos de prueba no permite derivar lógica y necesariamente como única la conclusión a la que arriba la defensa. Aun cuando se admitiera que las pruebas que invoca la recurrente demuestran que la acusada era en general una progenitora responsable -inferencia que no está exenta de objeciones o valoraciones diversas-, ello no resultaría suficiente para conmovir la conclusión de que, el día del hecho por el cual fue acusada, omitió cumplir los deberes y obligaciones de cuidado que le eran exigibles dada su responsabilidad parental, según las disposiciones legales pertinentes (arts. 638, 639 ss y cc, en especial, arts. 646 a 670, todos del CCyCN).

En este punto no puede desconocerse que uno de los principios fundamentales que rigen la responsabilidad parental viene determinado por el interés superior del niño, pues precisamente la responsabilidad parental *«constituye una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior» (Herrera, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), «*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*», tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015). Precisamente, el principio «interés superior del niño» (artículo 3, párrafo primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «*de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos*» y, «*cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros*» (Herrera, Marisa. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061).

Véase, no se encuentra en tela de juicio -ni resulta competencia de jueces o jurados, conforme al principio de reserva (art. 19, CN)- si Celeste González Zárate era o no una madre competente. Tampoco resultan relevantes, a los efectos de establecer sus deberes como madre, las características del vínculo que mantenía con Tizza -una relación intermitente, con situaciones confusas respecto del cuidado del hijo que tenían en común, en la que se intercambiaban mensajes violentos.-. Pues de lo que se trata aquí es de analizar la valoración y adjudicación de los hechos que ha realizado el jurado, al haber estado presente durante todo el debate y haber visto y escuchado la prueba a medida que esta se desplegaba según las estrategias de litigación de las partes. Examen en el cual este Tribunal de Impugnación debe necesariamente obrar con especial cautela con el jurado, respetando la *regla de la deferencia*, sobre todo en la valoración de la prueba testimonial producida, de manera tal de no incurrir en una intromisión y con ello en el vicio de parcializar o descontextualizar la decisión alcanzada en el veredicto impugnado, entendiendo al jurado popular como el adjudicador de los hechos en el juicio y que en ningún momento a esta Sala le está permitido actuar como el jurado 13.

En concreto, a Celeste González Zárate se la acusaba de que, hacia

el 15 de abril de 2018 se presentó con su hijo en la casa de Antonio Sebastián Tizza, que allí el niño sufrió golpes severos y que ella omitió realizar los cuidados necesarios para evitar que muriera. Ello, de acuerdo a lo antedicho, debe insertarse y apreciarse en el contexto en el que tales hechos ocurrieron, pues sólo así es posible analizar y examinar adecuadamente las conclusiones alcanzadas en orden a la responsabilidad penal que le fuera enrostrada y atribuida a la acusada en los presentes obrados. Labor que, al efectuarla, no puede prescindir de la perspectiva analítica de niño y víctima, conforme los lineamientos anteriormente expuestos.

Según se desprende de las diversas probanzas rendidas en autos, aquel suceso criminoso sucintamente descrito luce precedido de una serie de circunstancias fácticas con decisiva incidencia causal en el suceso mortal que culminó con la vida del menor víctima las que, al integrar la teoría del caso de la acusación, y algunas de la propia defensa, fueron presentadas a los miembros del jurado, conformando la valoración fáctica realizada. En este sentido, surge de los propios dichos de la acusada que al momento de tomar conocimiento de haber quedado embarazada de Tizza, cuando lo puso en conocimiento de esa situación, éste le pidió que abortara y ella decidió continuar con el embarazo (ver registros audiovisuales, “audiencia del 05/09/19, parte IV”, a partir de 00:02:00). Asimismo, también resulta acreditado que hasta los ocho meses de edad, cuando se inicia el contacto personal entre Tizza y el menor a instancias de González Zárate, éste no presentó ningún tipo de lesiones. Es precisamente en esa etapa de la vida del menor, donde aparecen las primeras lesiones constatadas en el cuerpo del niño, que dieron lugar a la instrucción de los autos n° P-36628/18, imputándoseles ese delito -lesiones leves agravadas por el vínculo- a ambos progenitores, y por el que, a la postre, el jurado popular encontrara culpable al acusado en el debate.

En ese contexto, en el que intervinieron diversos organismos estatales, hubo una orden de prohibición de acercamiento que impedía el contacto de Tizza con el menor que no fue respetada, desde que la propia acusada trasladó a su hijo a la casa que habitaba el acusado, pese a la presencia de nuevos

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

indicadores de violencia de parte del progenitor. Fue así como, en la fecha indicada precedentemente, González Zárate no controló la situación ni la seguridad de la integridad física de su hijo, y Tizza le ocasionó los golpes severos a la víctima que determinaron el desenlace mortal, omitiendo aquélla cumplir con sus deberes propios de su posición de madre para evitar el resultado lesivo.

En este orden contextual, nada relevante resultan las pruebas que tiendan a acreditar un determinado concepto de la acusada, pues nuestro sistema penal no se basa en la atribución de responsabilidad por el modo de conducción de la vida -esto sería un «derecho penal de autor», propio de sistemas jurídicos autoritarios-, sino en el llamado público a responder por hechos concretos. En base a estas consideraciones, entiendo que debe rechazarse el agravio.

Sin embargo, tampoco se encuentran libres de objeciones las premisas mismas que aspira instalar la defensa y que se admitieron al solo efecto de analizar el razonamiento que pretendía sostener. Dicho claramente: de las pruebas enumeradas no se concluye necesaria y únicamente que Celeste González fuera una madre diligente, ni que estuviera sometida a violencia de género por parte de Antonio Sebastián Tizza, con relación a las circunstancias de tiempo y del hecho atribuido; ni que, esta segunda premisa defensiva, haya tenido una efectiva incidencia en la conducta atribuida, tal como lo alega el defensor. Construcción argumentativa que, como se dijo, constituyó el núcleo central de su teoría del caso, que fue receptado en las instrucciones cuando específicamente el juez explicó al jurado que *«deberán prestar atención a la posible violencia de género sobre la acusada y su incidencia en la conducta atribuida»* (fs. 1121) y finalmente, reeditado en esta etapa de revisión.

La valoración probatoria que lleva a cabo el jurado popular es lo determinante en el caso, y solamente puede ser revocada cuando sea arbitraria o manifiestamente se aparte de la prueba producida en autos -conf. art. 41 inc. d), ley 9.016-.

Luego, los testimonios de Macarena González y Segundo González

-hermana y padre de la acusada-, de los que la defensa pretende concluir que en una oportunidad Celeste González se había preocupado por la salud de su hijo y que había mostrado una respuesta emocional ante la noticia de su muerte, constituyen pruebas que el jurado escuchó y pudo valorar y contrastar con otras. En concreto, al jurado se le hizo saber -lo hizo la misma Macarena González- que luego del incidente en el que la acusada había mostrado preocupación por moretones en el abdomen de su hijo, diferentes organismos institucionales dispusieron medidas para desvincularla del niño, que incluyeron el traspaso de su cuidado a Macarena González. Por otra parte, la declaración de Segundo González sobre el estado anímico de Celeste González al conocer la noticia del fallecimiento fue contrastada con lo señalado por la Dra. Natalia Bravo, que notó ausencia de expresiones en la acusada en esa oportunidad -v. audiencia I del 03/09/19, min. 01:27:40 y ss.-, y con otras pruebas que destacaron la frialdad emocional de la acusada, como la declaración del psiquiatra del CMF, Dr. José Profili -v. audiencia I del 04/09/19, min. 01:02:42 y ss.-.

Asimismo, de la declaración de Yamila Urbani (ETI) no surgen elementos que permitan controvertir la conclusión del veredicto, pues aún cuando se asumiera que erróneamente le dijo a Tizza que podía revincularse con González Zárate -por desconocer la prohibición de acercamiento dispuesta en sede penal-, la autorización no era extensiva al niño, circunstancia que la profesional aclaró expresamente -v. audiencia II del 03/09/19, minuto 01:25:50 y ss.-.

Por otra parte, el argumento de la defensa según el cual de la declaración del Dr. Fernández surgía que Celeste González era una madre ideal, porque le había llamado la atención que tuviera los controles médicos de su hijo al día y que consiguiera turnos a pesar de sus dificultades, es llanamente sesgado. La compulsa de la audiencia muestra que el médico efectivamente expresó que le sorprendía que estuvieran hechos todos los controles, porque en la periferia es complejo encontrar turnos en Hospital Notti, dado que sistema público está desbordado y más complejo es aún en la parte pediátrica, sumamente concentrada en ese hospital. También le pareció que Celeste González era una madre dedicada

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

en los controles de su niño -v. audiencia III del día 03/09/19, min. 02:00:10- y sostuvo que no imaginaba maltrato *«desde la evaluación de la historia clínica, pero que no podía decir cómo sería desde otros puntos de vista. Sólo en el aspecto médico “puede decirse que es una mamá dedicada”. No sabía que estaba bajo supervisión constante»* -v. registro audiovisual, min. 02:03:10-.

Por último, de las pruebas sobre las condiciones mentales de la acusada y su inmadurez la defensa pretende construir una personalidad sumisa y derivar de ello que Tizza la sometía a violencia de género. Bien, el jurado -que en definitiva es quien se expide sobre las cuestiones de valoración probatoria- ha tenido a la vista también pruebas que afirmaban lo contrario, como la declaración de la Lic. en Psicología María Gabriela Cordera, del EPI de Tupungato, que dejó claro que Celeste González no aludió a violencia de género en su entrevista, que tampoco surgía tal situación de ningún informe o acercamiento y que tampoco los informes del PPMI (Programa Provincial de Maltrato Infantil) referían a violencia de género -v. audiencia II del 03/09/19, minuto 57:00 y ss.-. Esto impide considerar que el veredicto del jurado fuera arbitrario o que se apartara manifiestamente de la prueba producida en el debate.

Para finalizar, y del modo en que lo adelantara al comienzo del presente análisis, también advierto que la defensa no manifestó objeciones contra las instrucciones que fueron impartidas al jurado respecto de la valoración de prueba y de consideraciones de perspectiva de género, ni hizo reserva de acudir en casación. Como tampoco ha sido un agravio de recurrente. Este aspecto no puede pasar desapercibido en esta instancia, desde que no constituye una cuestión que este tribunal de impugnación pueda ingresar en el tratamiento de algo que no ha sido planteado por la parte interesada, porque no tiene competencia para ello. Asimismo, quedó suficientemente acreditado que fue, a instancias del pedido formulado por el defensor de la acusada González Zárate, que se incorporó una instrucción especial vinculada a la perspectiva de género en la valoración probatoria, respecto de cuyo contenido la defensa tampoco hizo objeción ni reserva alguna.

En conclusión, como advertí *up supra*, debemos formularnos en primer lugar la siguiente pregunta: *¿con las evidencias utilizadas en el juicio es posible arribar al veredicto condenatorio al que llegó el jurado?* Como entiendo, según lo analizado, que la respuesta es afirmativa, por cuanto no queda excluida la posibilidad de la conclusión arribada, tengo que la decisión del jurado no fue arbitraria, ni carece de sustento en la prueba. En consecuencia, desde esta primera respuesta, no puede revocarse la sentencia condenatoria por defecto de valoración de prueba.

Ahora bien, aun cuando no ha sido motivo de agravio, la otra pregunta que debemos formularnos es *¿con la presentación de las teorías del caso por las partes en sus alegatos y las instrucciones, el jurado tuvo los instrumentos mínimos necesarios y esenciales para poder válidamente deliberar y dictar aquel veredicto posible según la evidencia?* Como estimo también que la respuesta es afirmativa, entonces, desde esta segunda respuesta, tampoco puede revocarse la sentencia.

En definitiva, con todo lo antedicho, estimo suficientemente demostrado que el agravio asentado en un notorio apartamiento de la prueba por parte del jurado no puede ser acogido en esta instancia.

Por las razones expuestas, y en forma concordante con lo manifestado por el señor Procurador General, considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada. Por ello, los recursos planteados por la defensa de Celeste Yanina González Zárate y Antonio Sebastián Tizza deben ser rechazados en esta instancia, debiendo confirmarse la decisión del jurado popular y la sentencia del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución a la que se llega en el voto que antecede. No obstante ello, estimo pertinente realizar algunas consideraciones relativas a las herramientas que se deben proporcionar a los miembros del jurado popular a fin de acompañar el proceso de aprendizaje en un contexto de permanentes cambios socioculturales.

En efecto, el jurado es parte de una sociedad que se encuentra en un proceso de cuestionamiento, de deconstrucción de modelos y redefinición de sus costumbres, valores y formas de entender las relaciones interpersonales, en especial, en temas vinculados a cuestiones de género. Es por ello que frente a este constante cambio de paradigma que experimenta la sociedad, en particular en el ámbito socio cultural -al que se debe prestar especial atención por su necesaria incidencia en la interpretación de los hechos y de las distintas normas que los regulan-, entiendo necesario la incorporación de nuevos modelos de aprendizaje que potencien las habilidades de los miembros del jurado para resolver los posibles casos conflictivos sobre los que deban deliberar, tanto en el aspecto probatorio de los hechos que conforman el objeto procesal, como en su correcto encuadre jurídico.

Es decir, la complejidad de las situaciones sociales al igual que los abordajes jurídicos-normativos requiere de la adopción de nuevas formas del entendimiento, de comprensión. Ello implica generar o adoptar mecanismos o herramientas de impacto cognitivo y en el lenguaje que permita una interpretación íntegra y sencilla de hechos, pautas y normas.

En tal sentido, entiendo que resulta de utilidad la herramienta de *design thinking* o *pensamiento de diseño*. Ello en tanto es una metodología utilizada por los diseñadores para resolver problemas complejos que, en vez de centrarse en éstos, se orienta a la acción, propiciando el avance hacia la creación del escenario de futuro preferido. (García de la Serrana, Jorge Irigaray, «Design thinking: qué es, características y fases», 27/7/20, EAE Business School- Harvard Deusto, en: <https://retos-directivos.eae.es/design-thinking-que-es-caracteristicas-y-fases/>).

Con ello surgió recientemente en Stanford el movimiento *legal desing thinking*. Él implica la aplicación sistemática de la metodología *design thinking* al ámbito jurídico. Su principal característica se centra en que el eje se encuentra en el usuario, y en la posibilidad de realizar prototipos acordes a cada usuario (experiencia usuario), lo que permite lograr un sistema legal inclusivo (conf. The Technolawgist, *Legal Design: el lavado de cara del derecho*, 17/6/2019, en: <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/17/legal-design-el-lavado-de-cara-del-derecho/>).

Esta herramienta y metodología es altamente utilizada, a nivel global, también en los ámbitos de educación y capacitación, ya que permite que problemáticas o situaciones y/o documentos complejos puedan ser interpretados, a través del *design thinking*, en formato de sencillo entendimiento, comprensible y empático.

Ahora bien, partiendo de la premisa que los integrantes del jurado popular carecen de conocimientos teóricos jurídicos, a mi entender, al proceso que se viene instaurando de la utilización de un lenguaje claro y sencillo en el proceso, y en particular, al momento de producirse las instrucciones iniciales y finales impartidas al jurado (ley 9.106, arts. 20, 32, 33 y 34; Manual de información ciudadana sobre juicio por jurado -ver pags. 15, 16 y 17-), es menester -para su mayor comprensión- la implementación de las herramientas metodológicas descriptas, a fin de conformar adecuadamente el conocimiento sobre el cual los integrantes del jurado cimienten un juicio de convicción sobre la responsabilidad de los acusados.

En virtud de las razones expuestas, estimo que en cumplimiento de las obligaciones que nos competen, resulta necesario la constante innovación, capacitación e implementación de las distintas herramientas que posibiliten la adaptación a esta nueva etapa de cambios disruptivos, tanto a los operadores jurídicos profesionales como a los integrantes de un jurado popular.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Atento el resultado de la votación en relación a la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos de inconstitucionalidad planteados por las defensas de Antonio Sebastián Tizza y de Celeste Yanina González Zárate.

2.- Rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Celeste Yanina González Zárate.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de

honorarios profesionales para su oportunidad.

5.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro