

Sentencia Nº 122.-

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los dieciséis días del mes de Marzo de dos mil dieciocho, reunidos los Sres. miembros de la Excma. Sala Nº 1 de la Cámara de Casación Penal de Paraná, Dres. JOSE MARIA CHEMEZ, RAFAEL MARTIN COTORRUELO y GUSTAVO R. PIMENTEL, fue traída para resolver el legajo caratulado: "VESPA, DELIA ROMINA; ANDINO, HECTOR RAMON - HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO S/RECURSO DE CASACIÓN".-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. CHEMEZ, COTORRUELO y PIMENTEL.-

Estudiados los autos, la Cámara se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son precedentes los Recursos de Casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal (a fs. 256/264 vta.) y por la defensa técnica de VESPA (a fs. 267/274) contra la sentencia de fs. 200/241?.-

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHEMEZ DIJO:

I) Por sentencia Nº 11, de fecha 13 de Marzo de 2.017, el Excmo. Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia, integrado por los Dres. Martín Francisco CARBONELL, Edwin Ives BASTIAN y Luis María QUIROZ, declaró a Delia Romina VESPA autora material y responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO Y POR ALEVOSIA -arts. 80 incs. 1) y 2) y 45 del Código Penal-, y la condenó a la pena de PRISION PERPETUA, con más las accesorias legales del art. 12 del Código Penal-, dictando la absolución de Héctor Ramón ANDINO por el mismo delito -cfr.: fs. 200/241-.-

II) Recurrieron en Casación el Dr. Flavio Marcelo SIGOT, Defensor Técnico de la imputada Delia Romina VESPA -actualmente cuenta con Defensa Oficial- (cf.: fs. 337) y el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Maximiliano O. LAROCCA REES.-

a) El Dr. SIGOT señaló en su escrito que si bien la materialidad del hecho se encuentra acreditada, no sucede lo mismo con la autoría de su representada en el evento, ya que no se puede determinar a ciencia cierta quien o quienes le propinaron los golpes a la bebé. Afirmó que a su criterio, quien propinó los golpes a la beba fue el imputado ANDINO y que la responsabilidad que le cabe a su asistida fue no haber denunciado esta situación. En tal sentido refirió que el Lic. GRUBERT destacó en su exposición la personalidad del coimputado y no descartó que por sus características perfectamente pudo haber sido ANDINO el autor. Transcribió partes de las declaraciones de ANDINO (en I.P.P. y en el contradictorio), concluyendo que existen serias contradicciones entre ambas y que su relato en el juicio oral dista de ser una declaración espontánea -como lo consideró el sentenciante-. Entendió que el Tribunal no tuvo en cuenta el relato de la testigo MENDEZ -propietaria del departamento de calle Salvarredy- ni las serias contradicciones de la testigo CHAPAY, quien a su entender también debió ser imputada por la Fiscalía. Sostuvo que el sentenciante resolvió atrapar la conducta de VESPA en la figura descripta en el art. 80 incs. 1) y 2), descartando -en razón de la configuración de la segunda agravante- la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación alegadas por la defensa y que de ninguna manera su pupila pudo cometer este injusto sin la colaboración externa de una persona. Concluyó en que ANDINO también resulta penalmente responsable y que el tribunal actuó con parcialidad en el trato. Peticionó la casación de la sentencia y el dictado de la absolución de culpa y cargo de Delia Romina VESPA por invocación de la duda y/o en su defecto, se la condene por el delito de Encubrimiento.-

b) En el escrito recursivo, el Dr. LAROCCA REES planteó el "error in procedendo" -déficit de argumentación y valoración probatoria- y sostuvo que el Tribunal construye la estructura de la sentencia tomando como punto de referencia central la credibilidad del relato de ANDINO, sin detenerse a confrontar y analizar en forma completa y correlativa las dos declaraciones brindadas por el imputado tanto en el plenario como en la I.P.P., de las que surge evidentes contradicciones en aspectos centrales del caso, lo cual entiende, configura un contundente indicio cargoso. Afirmó que tampoco se confrontó los dichos de ANDINO -referentes al desconocimiento del embarazo de su concubina- con los de la madre de VESPA, María del Carmen RIVAS, sin tener en cuenta las diferencias entre ambas declaraciones.-

Refirió que existen indicios serios, concretos y concordantes -los cuales enuncia- que demuestran que ANDINO no pudo estar dormido al momento del hecho y que el tribunal no explicó por qué desechó estos datos objetivos. Agrega que se da por acreditado que fue VESPA quien tiró a la beba en el cesto de basura considerando un croquis que no respeta fielmente las perspectivas del lugar, sin tener en cuenta lo declarado por la dueña del departamento. Sostuvo que el Tribunal no valoró aspectos de la personalidad de ANDINO -que surgen de la prueba incorporada- que controvierten seriamente lo dictaminado por los peritos en cuanto a que caracterizan al imputado como una persona débil o sumisa. Discrepó con el análisis que mereció el dato objetivo-científico incorporado mediante la pericia realizada en una mancha -no dos como sostiene el Tribunal- de sangre levantada del lavatorio, en tanto entiende, contrariamente a lo considerado por el sentenciante, que el ADN de los tres involucrados los une irremediabilmente en el evento, probando la participación directa y esencial de ANDINO en el trabajo de parto y en la muerte de la beba. Sostuvo que la sentencia incurre en "error in iudicando", porque el imputado es coautor, se encontraba en posición de garante, reconoció que no hizo nada para evitar el resultado, no realizó un comportamiento activo ni pasivo tendiente a salvar a la bebé, y ayudó a predisponer el lugar, dar a luz e hizo todo lo posible para que se aplique el golpe mortal. Solicitó la revocación de la sentencia en crisis y se condene a Héctor ANDINO, en calidad de coautor material y penalmente responsable del hecho atribuido, a la pena de prisión perpetua, sin juicio de reenvío.-

III) En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron el Señor Procurador de la Provincia de Entre Ríos, Dr. Jorge Amílcar Luciano GARCIA, y los Defensores Oficiales, Dres. Gaspar Ignacio RECA -por VESPA- y María Lucrecia SABELLA -por ANDINO-.-

a) Durante la audiencia el Dr. GARCIA mantuvo la impugnación contra el nuevo fallo, entendiendo que, al igual que el fallo anterior, existe coautoría, encontrándose ambos en infracción al deber, no existiendo efecto exculpante respecto a VESPA. La sentencia es arbitraria, estamos ante un puro acto de poder porque hay vicios determinantes, en el ámbito de la logicidad material y en el aspecto pragmático de la argumentación, y para evitar que se caiga en el mismo defecto se plantea -al igual que la Cámara lo ha hecho en ROLDAN entre otros-, que se resuelva sin reenvío, y se condene a ANDINO en las mismas condiciones que VESPA. Cuestionó la postura epistemológica equivocada del Tribunal, citando los fallos "Dagani" del S.T.J. y "Vazquez Martínez" de la Cámara de Casación. La primera impresión intuitiva se toma falsamente como conclusión anticipada, cuando lleva adelante el contexto de justificación, el Tribunal de nuevo le cree a ANDINO que es ajeno a todo y cae en el ridículo, siendo insostenible hasta físicamente, porque la pareja se fue a un lugar alejado, un departamento de 4 x 4 con un baño que tiene una ventana que da a la pieza. El Señor Procurador destacó que no se tuvo en cuenta que ANDINO cambió la declaración. Explicó que los datos que se fueron segmentando parten de un prejuicio en el sentido peyorativo, el Tribunal consideró que ANDINO es un pobre muchacho, débil, y VESPA es una "supergirl", que tuvo un niño sola, le pegó un golpe terrible y después se fue 30 metros a tirarlo a un cesto de basura. Destacó que una huella tiene ADN de los tres -ANDINO, VESPA y la víctima-. Refirió que el fallo anterior de Casación dio razones de nulidad de la anterior sentencia, y si se insiste es atacable en las mismas condiciones.-

Agregó que nadie discute que el rol del padre y madre es especial, de salvamento, de fomento, el padre debe salvar, evitar la muerte como deber y el Vocal confundió la situación, no tiene nada que ver con la imputación, puesto que en todo momento se imputó que ANDINO y VESPA intervinieron en la muerte quebrantando los deberes de salvamento. La declaración actual de ANDINO tiene los mismos defectos, versiones incompatibles con la sana crítica. En primer término admitió que no sabía del embarazo, luego dijo que sabía y dio una explicación pueril.-

La madre de VESPA, refirió a los celos de ANDINO, lo que destruye su imagen "angelical", refiriéndose también el Señor Procurador a las declaraciones de Vanesa CHAPAY.-

Agregó que en todo parto la mujer queda exangüe y el golpe que causó la muerte de la víctima fue tremendo, requiriendo mucha energía física y toda la situación de parto genera cansancio, siendo imposible que pueda hacer todo una parturienta, por tanto el que intervino activamente fue ANDINO. La limpieza del baño VESPA no lo podía hacer sola.-

Afirmó que leer esta sentencia es leer el ridículo, y que ANDINO refirió ver cómo VESPA tiraba la criatura a 30 metros, cuando la dueña del departamento dijo que era imposible, ver porque hay una pared que lo impide. A su vez, cuestiona los test de personalidad de ANDINO y VESPA, en cuanto que es sumiso y ella violenta. Cuestionó el informe del Lic. GRUBERT, el psicólogo está

para dictaminar solo sobre la imputabilidad, además este perito analizó que la debilidad yoica es poca resistencia a la frustración, ante una situación que no puede manejar, no es igual a debilidad mental. ANDINO fue entrevistado por depresión y lo que más la generaba era la vida carcelaria, puesto que tenía un compañero de celda que quería abusar de él, pero en ningún momento manifestó algo de la tristeza por la muerte de su hijo. Refirió a fallos que entendió aplicables al caso y solicitó que se revoque la absolución y se condene a ANDINO como coautor, confirmando la condena de VESPA, manteniendo la calificación legal, condenando a pena perpetua.-

b) Por su parte el Dr. RECA mantuvo el recurso del Dr. SIGOT, esbozando que estudió la posibilidad de plantear la defensa ineficaz, pero no lo hizo porque VESPA expresamente lo solicitó y aquellas defensas que no planteó el profesional de algún modo se iban a canalizar en esta audiencia. Sostuvo que mantenía el agravio acerca de la autoría atribuida a VESPA sin ampliar sus fundamentos, pero que en subsidio iba a cuestionar la calificación legal. El Tribunal de Concordia conceptualiza bien la alevosía pero llega a conclusiones erradas. Para sostener que el homicidio fue alevoso, uno de los aspectos valorados en la sentencia de la Sala, es que el hecho ocurrió de madrugada y con ocultamiento para la única persona que podría haber salido en su defensa (es un párrafo de la sentencia). El ocultamiento no solo se da por haberse encontrado dormido ANDINO - según su propio relato valorado como creíble y lógico-, sino también por la circunstancia de haberle negado información del tiempo de evolución del embarazo. Luego la sentencia realiza una extensa cita del fallo "Silgueira", cuyas circunstancias fácticas son distintas. Para la Sala, el hecho de que el infanticidio haya ocurrido de madrugada y estando ANDINO durmiendo y, no sabiendo ANDINO cuál era la fecha probable de parto, lo lleva a concluir con el grado de certeza que se requiere en este caso, que VESPA actuó con alevosía. La argumentación de la sentencia es pobre porque estamos hablando de un parto natural y las reglas de la nos demuestran que se puede programar una cesárea, pero no un parto natural; no se puede programar un parto natural para tal día y mucho menos para determinado horario, para que sea de madrugada. El Tribunal parte de una premisa errónea, de que VESPA preordenó su parto para esa hora, eso atenta contra las reglas de la experiencia y la lógica. No se puede saber cuándo se va a dar un parto natural porque estamos frente a las reglas de la naturaleza. Se trataba de una gestante de 8 meses, lo que implicaría programar un parto adelantado.-

El otro argumento para encuadrar en la alevosía es que VESPA ocultó esta circunstancia a quien podría haber salido en defensa de la recién nacida: ANDINO. Este argumento violenta la no contradicción y las máximas de la experiencia, el a-quo afirmó la no responsabilidad de ANDINO, pero entendió que estaba en ese departamento y que estaba dormido. También dijo el Tribunal que VESPA le ocultó la fecha probable de parto, pero que haya ocultado el embarazo demuestra la falta de conocimiento, no cambiaba la situación si ANDINO sabía la fecha probable de parto. La alevosía está prevista para casos de extrema indefensión, en los cuales se demuestre el ánimo cobarde, artero, pero la madre se encontraba en estado puerperal. Se desatiende el estado de puerperio, las condiciones en que tuvo la criatura, no pudiendo pensarse en alevosía. Habló de la conducta suicida de tener esa criatura en la bañera, en esas condiciones, pero sin embargo se entendió que hubo alevosía.-

Agregó que VESPA no se hizo ningún control médico, lo que significa una negación de la existencia, refiriendo al caso "Romina Tejerina" -cita voto de ZAFFARONI y FAYT y voto de MAQUEDA-, destacando que el nuevo Código Civil y Comercial, al regular la declaración judicial de adoptabilidad, dispone que después de los 45 días del parto se puede dar el consentimiento para dar en adopción, reconociendo así el estado puerperal.-

La negación del embarazo, el estado puerperal, nos aleja de la alevosía agregando otra particularidad: la ingesta alcohólica de VESPA previo a dar a luz y llamativamente lo niega. Entendió que existe una culpabilidad disminuida, se deben aplicar las circunstancias extraordinarias de atenuación, excluyendo la calificante de alevosía. GRUBERT y BORGHI realizan una sola entrevista 8 meses después del parto.-

Mantuvo el recurso, en subsidio planteó se elimine la calificación de alevosía, y se reenvíe a otro Tribunal debidamente integrado de Concordia para que fije la pena por mediar circunstancias extraordinarias de atenuación del delito de homicidio calificado por el vínculo, debiendo realizarse el juicio de cesura (citó los autos "Demarchi Godoy" de esta Cámara). En subsidio, si no se excluye la alevosía, solicitó se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.-

c) Finalmente la Dra. SABELLA refirió que no corresponde al Ministerio Público Fiscal recurrir las absoluciones, porque viola la garantía del "non bis in ídem", citando lo resuelto in re "Levrant". Expresó que de la lectura de la sentencia y los DVD se advierte que el Fiscal mantuvo su postura exacta, a tal punto que es una réplica de las alegaciones de clausura, que fueron contestadas por el Dr. TITO y por el Tribunal de Concordia que resolvió la absolución. Sostuvo así que el recurso debe declararse inadmisibles por ser reiteración de cuestiones de hecho ya planteadas. Refirió que el Tribunal enumeró cada uno de los testigos y realizó un análisis pormenorizado y valoración detallada de la prueba, así como también la declaración indagatoria de VESPA, que no coincide con las pruebas. Asimismo, en la sentencia se analizó la personalidad de ANDINO y se consideró como pusilánime, débil, cotejando los dichos de ANDINO con el cuadro probatorio, concluyendo un estado absoluto de duda respecto a su defendido, fundamentando con jurisprudencia y doctrina.- Agregó que, en cuanto a las manifestaciones del Señor Procurador acerca de que ANDINO debía ayudar para que no se produzca la muerte, nunca se lo puso en situación de garante a ANDINO, sino que se lo acusó de haber aplicado golpes.-

El Tribunal le creyó más a ANDINO porque no tiene contradicción con el resto de la prueba y VESPA sí. La Fiscalía sostuvo que su defendido dio dos versiones distintas en la I.P.P. y en el debate, sin explicar las contradicciones a las que refiere, porque puede que existan diferencias pero no son dos versiones diferentes. Parece que quiere incorporar por lectura la primera declaración.-

Al respecto citó que en la causa "Berón - Barrios" -sentencia de la Sala I de la Cámara Primera del Crimen de Paraná, de fecha 10/10/2006, integrada por los Dres. PEROTTI, ASCUA y CELLI-, el imputado prestó en el debate una declaración diferente a la brindada en la instrucción, sin embargo el voto del Dr. ASCUA dijo que la única versión que se puede admitir es la del debate.-

Hizo referencia a casuística que consideró aplicable al caso.-

Expresó que el Fiscal desmereció a los psicólogos, a los médicos, a la naturaleza entendiendo de que no se puede parir a los hijos sola, cuestiona el croquis. Otra cuestión criticable es que se cite el voto de la Dra. DAVITE al que adhiere la Dra. BADANO, porque si lo aceptamos debería mencionar que hay siete magistrados convencidos de la absolución de ANDINO.-

Agregó que sería una barbaridad dictar perpetua sin reenvío, esta Cámara de Casación tiene dicho que no puede anular y absolver, menos entonces se podría condenar. Agregó que el Tribunal no debe tener por fundada la reserva del caso federal, debiendo declararse inadmisibles el recurso del Ministerio Público Fiscal en contra de ANDINO.-

IV) Expuestos los agravios del Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica de VESPA, oído los argumentos esgrimidos por la defensa de ANDINO, y luego de realizar un prolijo estudio de los motivos y fundamentos por los cuales se arribó en la sentencia a la condena de VESPA y a la absolución de ANDINO, corresponde confrontar tales razones con las críticas referidas a cuestiones de hecho y prueba y relativas al derecho planteadas por los recurrentes.-

a) En primer término, a los efectos de ingresar al tratamiento de los recursos cabe recordar el hecho atribuido a los imputados: "Sin poder precisarse horario pero que sería entre la noche del día 24 de Febrero de 2.014 y la madrugada del día 25 de Febrero de 2.014, Delia Romina VESPA dió a luz a una beba de 2.630 kg de entre 39 y 40 semanas de gestación en una de las habitaciones que habían alquilado en la ciudad de Chajarí (E.R.) ubicada en [calle Salvarredy N° 1955](#) -propiedad de Marta Inés Mendez-; allí, luego del nacimiento de la menor en el transcurso de un par de horas, en compañía y colaboración del Sr. Héctor Raúl ANDINO, le propinaron golpes en el cráneo con el fin de provocarle la muerte en forma inmediata, lo que lograron, la pusieron en una bolsa para tratar de esconderla, y la dejaron en el cesto de basura del lugar, apareciendo luego el cuerpo de la beba en la planta de tratamiento de residuos de la Municipalidad de Chajarí.- Que Vespa y Andino obraron con alevosía, en atención a la indefensión de la niña recién nacida, obrando sobre seguro ya que lo hicieron en el interior de una vivienda, de noche y en contra de una persona sin posibilidad de ser auxiliada por una tercera persona, con una clara intención dolosa de actuar en tal sentido".-

b) Ahora bien, teniendo en cuenta que las críticas de las partes giran tanto en torno a la valoración de la prueba como a cuestiones de derecho, cabe destacar que la garantía de la doble instancia "normativamente... se encuentra expresamente enunciada en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, imponiendo al estado la obligación de garantizar a todo condenado -garantía que puede ser

perfectamente ampliada a la víctima-, la posibilidad de que un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía, revise la sentencia adversa que ha sido dictada en su contra. En esa línea, el tribunal encargado de la revisión, debe verificar si el cuadro probatorio y el razonamiento expuesto en la sentencia, resultan idóneos para sustentar la convicción judicial expuesta en la decisión asumida... En efecto, nuestro país, signatario de tratados internacionales, se encuentra obligado a cumplir con esta garantía, que por otra parte ha sido ampliamente receptada por la jurisprudencia local emanada del Máximo Tribunal Federal, principalmente en "Casal" y "Girolodi", con asiento en lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Herrera Ulloa vs. Costa Rica". (CHIARA DIAZ, Carlos - OBLIGADO, Daniel H., "La Casación Penal", 2ª edición actualizada y ampliada, Nova Tesis - Editorial Jurídica, Rosario, 2.010, págs. 10/11).- Bajo los claros lineamientos sentados en el fallo "Casal", corresponde al Tribunal de Casación, conforme a la teoría del máximo rendimiento, agotar "su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, atendiendo a la extrema dificultad que como regla, ofrece la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodia de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional. Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que 'el recurso de casación satisface los requerimientos de la Comisión en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado' (Informe 24/92 "Costa Rica", Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2 de octubre de 1992)".-

c) Avocado a esta tarea de "revisar todo lo que sea posible revisar" entiendo necesario precisar los agravios de los recurrentes.-

El Ministerio Público Fiscal se agravia con la absolución de ANDINO porque considera que en la sentencia se incurrió en vicios "in procedendo" e "in iudicando". Argumenta que el Tribunal valoró en forma absurda e ilógica -lo denomina "vicio del absurdo"- el cuadro probatorio, mediante un razonamiento fragmentado y contrario a lo que sucedió con la prueba y en el debate, y así enumera estos supuestos vicios: 1) se le cree más a la versión de ANDINO que a VESPA: el Tribunal creyó que ANDINO dormía cuando ocurrió el hecho, que no tocó a la recién nacida por lo que no sabía si estaba viva o muerta, y luego vio cuando VESPA la ponía dentro de una bolsa y la sacaba de la casa para dejarla en el canasto de residuos; sin embargo la declaración prestada por ANDINO en el debate es falsa y contradictoria en aspectos centrales con la brindada en la I.P.P., constituyendo su versión un "indicio de mala justificación". También le creyó la absurda versión sobre el desconocimiento del embarazo, a pesar de lo declarado por la madre de VESPA, María del Carmen RIVAS. La Fiscalía cuestiona que es absurdo concluir que ANDINO estaba dormido en el momento en que VESPA dio muerte a la criatura porque existen indicios serios, concretos y concordantes que demuestran lo contrario: el pequeño monoambiente que habitaban tiene una superficie de 4 por 4 metros, incluyendo el baño donde se produjo el hecho, que además tiene un ventiluz de 1 metro por 80 centímetros, que estaba abierto para el lado de la habitación; la pared del baño tiene 8 centímetros de espesor y es de ladrillo hueco; el cesto de basura no puede verse desde el departamento, de acuerdo a la declaración de la testigo MENDEZ -dueña del departamento-, pero el Tribunal concluyó lo contrario en base a las fotografías y el croquis realizados a mano alzada y sin respetar las perspectivas del lugar; 2) la personalidad de ANDINO: el Tribunal le restó importancia a las características de personalidad "celosa" o "violenta" puesta de manifiesto por VESPA y su madre RIVAS, "que justamente dentro del plan criminal constituyó el claro móvil para asesinar a esta criatura", y consideró que ANDINO es una persona sumisa y apacible y VESPA dominadora y violenta, cuando los hechos en concreto demostraron lo contrario. La sustracción de dinero en las termas de Chajarí -donde ANDINO le exigió a VESPA que fuera a la policía a aclarar la situación- es demostrativo de que en una emergencia concreta y extrema ANDINO se impuso y se convirtió en el dominador. La Fiscalía cuestiona el resultado de las pericias psicológicas valoradas por el Tribunal; 3) la presencia de ANDINO en la escena y momento del crimen: el recurrente entiende que el Tribunal descartó sin fundamento válido este indicio de presencia. El imputado colaboró, ayudó y participó activamente en el parto producido en

el baño y en la muerte de la recién nacida, en base al dato objetivo de la prueba de ADN, que determinó que una mancha de sangre levantada del lavatorio -no dos como surge de la sentencia- contenía ADN de los tres involucrados: ANDINO, VESPA y la hija de ambos. Esta prueba acredita a criterio de la Fiscalía la participación directa y esencial de ANDINO en el trabajo de parto y en el homicidio de la pequeña víctima; y 4) ANDINO estaba en posición de garante y es coautor -error in iudicando-: el Tribunal no tuvo en cuenta que el propio imputado reconoció que no hizo nada para evitar el resultado, pese a ver en el baño a su hija ensangrentada, declarando que no sabía si estaba o no con vida, lo que significa que no realizó un comportamiento activo ni pasivo tendiente a que esa bebé se salve. Inclusive si se le cree a la testigo COMETTI, respecto a que VESPA fue la persona que dio el golpe mortal, se debe concluir que ANDINO es coautor porque ayudó a predisponer el lugar, dar a luz y hacer todo lo posible para que se aplique ese golpe mortal, como entregarle la beba a la agresora luego de cortar el cordón umbilical, no dejar que nadie entre a la pieza y luego tirar el cuerpo a la basura.-

Por su parte, el Dr. SIGOT en su escrito se agravia con la autoría atribuida a VESPA porque considera que no está probado dicho extremo, ya que a su criterio no se pudo determinar con certeza quien o quienes le propinaron golpes a la bebé, si fue ANDINO o VESPA, señalando que Johana Vanesa CHAPAY se encontraba con los imputados.

A su turno, el Señor Defensor Oficial, Dr. RECA, mejoró ostensiblemente el recurso deducido por el letrado que intervino en el juicio, luego de señalar que no iba a plantear la nulidad por defensa ineficaz como había evaluado en principio. Manifestó que iba a mantener el agravio acerca de la falta de acreditación de la autoría de VESPA, pero que, en subsidio, iba a cuestionar la calificación legal del hecho seleccionada en la sentencia. El Dr. RECA enfocó su tarea en argumentar el rechazo a la agravante de ALEVOSIA y sostuvo que se reunían los extremos para acreditar las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en art. 80 último párrafo del Código Penal.- No obstante la advertencia del Señor Procurador acerca de la introducción en la audiencia de nuevos agravios por parte del Dr. RECA que no fueron postulados en el escrito de interposición, entiendo que tales cuestiones deben ser objeto de tratamiento, ya que, si bien en principio podría considerarse violatorio de la regla general que reza que "los recursos atribuirán al Tribunal el conocimiento de los recursos sólo en cuanto a los motivos de la interposición y a las causales de nulidad absoluta, respecto a las cuales deberá pronunciarse" -art. 496 del C.P.P.-, la norma del art. 497 del mismo cuerpo legal establece la facultad del Tribunal para "conocer más allá de los motivos de agravio cuando esto permita mejorar la situación del imputado" (los destacados me pertenecen).-

Atendiendo al planteo del Dr. RECA, cabe señalar que la defensa técnica eficaz es una garantía constitucional del imputado sin la cual no existe el debido proceso, de manera que para garantizar el derecho de defensa en juicio es necesario que la persona sometida a proceso cuente con una asistencia efectiva de un abogado durante todas las etapas de la causa y que quien resulte designado defensor cumpla con standards mínimos de eficacia en la defensa. Esta es la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -cfr.: "Indalecio Peralta", 25/7/1868, Fallos 5: 459-. En materia de recursos sostuvo el Máximo Tribunal en "Cardullo, José Luis", 1980, Fallos 303:1929 -caso en donde el a-quo tuvo por desistido el recurso ante la omisión de expresar agravios por el defensor-, que: "aunque la garantía de defensa en juicio no ampara la negligencia de los litigantes, corresponde dejar sin efecto la sentencia que sancionó la omisión de la expresión de agravios con la deserción del recurso si surge de autos que el encartado se encontraba detenido al serle notificada la sentencia de primera instancia, habiendo manifestado su voluntad de apelar". En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, en "Barrera, Aída E. y otro", 20/8/2009, otorgó la posibilidad a la defensa oficial en la instancia revisora de introducir nuevos motivos de agravio, ante la ineficacia de la anterior defensa cuando debió fundamentar la interposición del recurso. Así, entendió que: "... abona la solución propuesta el principio de defensa efectiva reconocido por nuestro más Alto Tribunal y de manera conteste por los tribunales internacionales de derechos humanos en casos análogos al presente en los que se han subsanado los defectos de fundamentación de los recursos presentados en instancias anteriores mediante la presentación efectuada por la Defensa Pública Oficial ante el supremo tribunal. En tales hipótesis ha señalado la Corte Suprema de la Nación que no empecé a ello la circunstancia que los imputados hayan elegido o ratificado a sus defensores o las presentaciones anteriores infundadas, toda vez que dichas circunstancias por sí solas resultan insuficientes en materia criminal para

garantizar la efectiva y sustancial defensa en juicio, de modo que quien sufre un proceso penal debe contar con un asesoramiento legal adecuado (Cfr. Fallos 324:3545 Ver Texto y 330:1066 entre otros)".-

Entiendo en este caso, siguiendo el elevado criterio sustentado en los fallos citados, que a los efectos de garantizar el derecho de defensa en juicio de VESPA no resulta necesario adoptar una medida tan extrema como decretar la nulidad por defensa ineficaz, sino que es posible subsanar las deficiencias del escrito de impugnación mediante el tratamiento integral de los agravios expuestos en la audiencia por el Defensor Oficial.-

d) Sentado ello, cabe destacar que no está controvertida la materialidad del hecho, la muerte de la recién nacida como consecuencia de traumatismo de cráneo con lesión cerebral, por un golpe en la región pario-occipital que provocó un extenso hematoma subdural en la región occipital que se extiende a ambas regiones temporales -según surge del informe forense de la autopsia y de la declaración del Dr. MAHLER-, que también explica que la víctima tenía el cordón umbilical mal cortado, por estiramiento o tracción, y que se constató además un hematoma pequeño en la región frontal que no era relevante. Tampoco está discutido el vínculo biológico de la víctima con los imputados.-

En la sentencia se relacionaron estas pruebas con el informe médico policial y la declaración prestada por el Dr. NUÑEZ ERMACORA, como también con las de los empleados municipales Indalesio INSAURRALDE, Oscar INSAURRALDE, Marcelino TALAVERA, Nancy SILVESTRI y Daniela IRRAZABAL -quienes declararon sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hallazgo del cuerpo sin vida de la víctima-, las actas de inspección judicial, los croquis y las tomas fotográficas, las declaraciones de los funcionarios policiales intervinientes Martín ROMERO y Mario MONTENEGRO, el levantamiento de manchas de sangre pertenecientes a la recién nacida -conforme al estudio de A.D.N.-, y demás pruebas reunidas, para concluir que la muerte violenta de la víctima, hija biológica de ambos imputados, se produjo entre las últimas horas del día 24 de Febrero de 2.014 y la madrugada del día siguiente, en el departamento N° 5, ubicado en calle Salvarredy 1.955, de Chajarí, donde habitaban ANDINO y VESPA, como consecuencia de un importante golpe en su cráneo que provocó una lesión cerebral.-

e) En primer término ingresaré al estudio del recurso deducido oportunamente por el Dr. SIGOT, en relación estrictamente al agravio acerca de la autoría del suceso atribuido a su defendida -motivo que el Dr. RECA sólo se limitó a manifestar en la audiencia que lo iba a mantener.-

Al momento de analizar la confusa crítica del recurrente dirigida a la valoración probatoria que efectuara el Tribunal para arribar a la conclusión cargosa respecto a la autoría de VESPA, advierto que el pronunciamiento ha sido impecable en la ponderación racional e integral de los elementos de prueba arrojados por las partes, brindando las razones que lo llevaron a reconstruir el suceso histórico traído a su conocimiento y a descartar con sólidos argumentos la errática tesis de la defensa de VESPA, desvirtuada por el cuadro probatorio. No existen defectos de motivación y lógica en la sentencia en cuanto determina con certeza la autoría de VESPA, de manera que resulta "... una conclusión razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa". (cfr.: C.S.J.N., Fallos 238:550).-

El cuestionamiento que expone la defensa en relación a la autoría es una mera reiteración de planteos ya realizados y contestados por el Tribunal en la sentencia, que concretamente destaca que la versión de VESPA no encuentra respaldo en prueba alguna, sino que además resulta absolutamente controvertida con la mayoría de la misma.-

El tribunal se apoya para arribar a esta conclusión, en primer término, en la pericia psicológica practicada a VESPA por el Lic. GRUBERT y el Dr. BORGHI, que corrobora la impresión que les causó VESPA en el debate, por cuanto entienden que surge de dicho informe pericial que, si bien la imputada aduce amnesia sobre lo sucedido, su relato impacta como prefabricado y evidencia francas contradicciones, porque demuestra una buena ideación y capacidad cognitiva para relatar los hechos previos y posteriores inmediatos al hecho, destacando los peritos que su falta de acción y cuestionamientos por la desaparición de su hija son más compatibles con ocultamiento que con un estado psicótico y que llama la atención su insistencia en trasladar la responsabilidad a ANDINO y CHAPAY.-

Con buen criterio el a-quo señala una serie de autocontradicciones y contradicciones con otras pruebas -falta de coherencia interna y externa- en la versión ensayada por VESPA que le restan toda credibilidad, por cuanto primero dijo que sustrajo el dinero de las Termas porque ANDINO no

trabajaba -lo cual negó categóricamente el imputado- y necesitaban pagar el alquiler sino los iban a desalojar del departamento, pero en la misma declaración manifestó más tarde que este alquiler ya estaba pagado por el padre o el abuelo de su pareja, extremo que también confirmó su propia madre, María del Carmen RIVAS.-

También se valoró acertadamente en la sentencia que la constatación de la ausencia de restos o rastros de sangre en el colchón o las sábanas de la habitación cfr.: acta de inspección judicial, croquis y las fotografías-, corroborada por la testigo MENDEZ, desvirtúa el relato de VESPA cuando refiere que después de dar a luz se sentó y luego se acostó en la cama y se durmió, ya que, de ser así, debería haber dejado manchas de sangre, teniendo en cuenta que se desprende de la declaración del Dr. MALHER la necesaria presencia de abundantes loquios y coágulos de sangre.-

Otra contradicción con la prueba -a la luz de la sana crítica racional- que destaca el Tribunal y que conduce a restar credibilidad a VESPA, es su afirmación de que después de parir se durmió, que al despertarse no estaba su hija y que ANDINO le manifestó que la había dejado en la casa de su abuela; sin embargo, tanto MENDEZ como CHAPAY declararon que la vieron tranquila. No surge de estos testimonios que haya manifestado alguna preocupación por el destino de su hija a la dueña del departamento o a su amiga, como tampoco a los funcionarios policiales que la detuvieron, lo cual hubiera sido esperable desde la lógica si su relato fuera verdadero.-

En el mismo sentido se valora en la sentencia que la afirmación de VESPA respecto a que ANDINO no la dejó sola en ningún momento, también es contradicha por su amiga Joanna Vanesa CHAPAY, quien declaró que fueron las dos solas a la terminal de Chajarí para averiguar por pasajes a Concordia. El Dr. CARBONELL se pregunta en forma retórica por qué razón no intentó ir a la casa de la abuela de ANDINO o contarle a CHAPAY que su hija no estaba en su casa. Pero además de estas cuestiones que tornan inverosímil el relato de VESPA la sentencia destaca de manera atinada las inconciliables diferencias entre la versión que la imputada le narra a su amiga sobre lo ocurrido con su hija y la que declaró en el debate, ya que a CHAPAY le contó que su hija había muerto al nacer en el hospital, por ahorcamiento con el cordón umbilical.-

También el Tribunal hace mención, si bien entiende que no es relevante en cuanto a la autoría, al hecho de que VESPA haya negado el consumo de alcohol, lo cual considera un dato más para demostrar la mendacidad de VESPA, ya que la recién nacida tenía 0,46 gr./l. en la sangre cardíaca y el médico forense explicó que solo pudo encontrarse a través del consumo de la madre.-

Continuando con un análisis racional de la prueba y dando fundadas razones por las que entiende probada la autoría de la imputada, el Tribunal tiene en cuenta como otro elemento incriminatorio el ocultamiento del embarazo por parte de VESPA, quien no había contado de su embarazo a sus padres hasta el día que decidieron comenzar la convivencia con ANDINO, usaba ropa holgada para disimularlo y no se hizo los controles médicos. Así concluyen que el tiempo de embarazo y la fecha probable de parto no era conocida por los padres de VESPA -con quienes cabe destacar vivió prácticamente todo el embarazo-, ni por ANDINO y CHAPAY. Este ocultamiento es un indicio de la autoría que ha sido valorado correctamente por el Tribunal.-

Por último, el pronunciamiento condenatorio pondera que la vinculación de VESPA con el hallazgo del cuerpo sin vida de la recién nacida se logró a partir de la información aportada por la funcionaria policial de Chajarí, Mirta Isabel COMETTI, testigo que declaró en el debate que en oportunidad en que le tomaba las huellas dactilares a la imputada por el robo en las Termas escuchó cuando le contestó al Oficial RAMOS que estaba embarazada y le dijo que "su hijo no iba a nacer".-

Todos estos argumentos desarrollados por el Vocal Dr. CARBONELL en la sentencia no han sido rebatidos seriamente por la defensa a través de una crítica fundada, constituyendo la impugnación una mera disconformidad con lo resuelto y en la que el Dr. SIGOT no acierta a delinear la solución pretendida, por cuanto, si bien a modo de conclusión pretende negar la responsabilidad de su defendida, surge de sus propios argumentos que, contradictoriamente, parece reconocer una coautoría con CHAPAY -la cual carece de todo asidero en la prueba- y ANDINO extremo que será analizado al tratar la impugnación de la Fiscalía-. Por ello, debe rechazarse el recurso deducido en cuanto al concreto agravio sobre la autoría de VESPA, confirmando la sentencia en esta cuestión.-

f) Corresponde ahora ingresar al estudio del planteo recursivo interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada a favor del coimputado ANDINO, fundada en la

imposibilidad del Tribunal de arribar al grado de certeza sobre su coautoría, en razón de existir dudas insalvables.-

Advierto al analizar, mediante los parámetros de la doctrina del "máximo rendimiento" posible, la fundamentación de la absolución y al confrontarla con los argumentos de la parte recurrente, que la sentencia no ostenta los vicios que la acusación pública le endilga, sino que, por el contrario, posee una cadena argumental lógica y no contradictoria. En el fallo se han valorado integralmente las pruebas de manera prolija y crítica, aplicando con acierto las reglas de la libre convicción o sana crítica racional, y explicitando tanto los enunciados inferenciales como sus premisas.-

Como consecuencia de las conclusiones arribadas en relación a la conducta de VESPA, y fundamentalmente teniendo en cuenta las falsedades constatadas en su declaración y el hecho de que nunca informó abiertamente del embarazo a su entorno e inclusive lo negó hasta días previos al hecho -si bien todos declaran que lo intuían, sospechaban o lo advertían-, el Tribunal consideró que no había elementos serios para acreditar la tesis de la Fiscalía, que postulaba "que, como parte de un plan conjunto urdido entre VESPA y ANDINO, se fueron a vivir juntos poco antes del nacimiento para alejarla de su familia al momento planeado para la comisión del hecho e imposibilitar así contar con una eventual ayuda de los padres de VESPA". Se consideró además en la sentencia que el robo a las termas de Chajarí, que provocó peleas o enojos entre los imputados, también atentaba contra la hipótesis acusatoria.-

Disconforme con la absolución la Fiscalía planteó en su recurso la existencia de "vicios in procedendo", que pueden sintetizarse en tres razones -ya argumentadas al momento del alegato acusatorio-: 1) Se le cree más a ANDINO que a VESPA; 2) indicio de mala justificación; y 3) indicio de presencia.-

En relación a estas cuestiones, el Dr. CARBONELL destacó en su voto -luego de indicar cada uno de los dichos de ANDINO que encontraban asidero en otras pruebas- la correlación entre la "impresión" que le causó el imputado y el informe de la pericia psicológica que se le realizó, a la que suma las explicaciones sobre su personalidad brindadas en el debate por el Lic. GRUBERT. El Tribunal entiende, y así lo fundamenta, que la percepción que tuvo de ANDINO, en virtud de las ventajas de la inmediación, coincide con las conclusiones de la prueba pericial y el testimonio del especialista en psicología, quien refirió que el joven por la debilidad yoica que presenta -que no puede simularse- tiene dificultades o escasa capacidad para resolver conflictos o enfrentar situaciones y resolverlas. A todo ello adiciona el fallo la citada correspondencia entre distintas afirmaciones de ANDINO y los dichos de otros testigos. En suma, en la sentencia está expresado con argumentos controlables porqué el Tribunal "le cree a ANDINO más que a VESPA", lo cual no resulta arbitrario como postula la acusación. La verosimilitud que le otorga al relato no se basa únicamente en la "impresión" directa de los jueces, sino también en la percepción obtenida en la entrevista clínica por el especialista GRUBERT y en la correlación con otros testimonios. La sentencia detalla distintas secuencias de la declaración de ANDINO confirmadas en lo sustancial por la prueba producida -a diferencia de lo sucedido con la versión de la coimputada-; entre otras, que VESPA no quiso atender el llamado efectuado a su celular por su madre con motivo del robo a las termas -concordante con el testimonio de RIVAS-; que obligó a VESPA a ir a la Comisaría y acompañó a los funcionarios policiales a buscar el dinero sustraído -coincide con ESCOBAR-; que VESPA había consumido alcohol esa noche -el informe de Criminalística confirma que se detectó alcohol en sangre a la recién nacida-; que no entendió que pasaba cuando abrió la puerta del baño y vio a VESPA con la criatura -acorde a la debilidad yoica que se informa en la pericia psicológica-; que la dueña del departamento les pidió que se fueran como consecuencia del hecho de las termas y él se disculpó con la mujer -coincide con MENDEZ cuando dijo que el imputado lloró y le contó la verdad sobre el robo, que ella después se quedó hablando con VESPA, quien también lloró porque su madre no le quería entregar a su hijo, el muchacho tenía la cabeza gacha, no hablaba, ella era la que se defendía-; que VESPA no quiso ir a la casa de sus padres y cree que se había ido a la casa de la amiga -concuera con CHAPAY que dijo que llegó sola-; etc..-

La personalidad débil o pusilánime de ANDINO se ha acreditado con una prueba científica que concuerda con la impresión del Tribunal. Inclusive MENDEZ y CHAPAY confirman con sus testimonios estas características de personalidad, "ANDINO no habla si no le dirigen la palabra" -dijo CHAPAY-, "se presentaron y el varón no hablaba", "contó la verdad sobre el robo a las termas y lloró" -declaró MENDEZ-. La afirmación en contrario de VESPA y su madre, sobre la cual pone énfasis el recurrente -hablan de un sujeto violento, celoso y dominador- no tiene entidad suficiente

para socavar esta conclusión, teniendo en cuenta el obvio interés en el resultado de la causa. CHAPAY no aporta demasiado al respecto, ya que lo único que manifestó fue que "ANDINO solo a veces se ponía celoso, por mensajes" y que lo sabía porque Delia VESPA le mostraba y aparecía su nombre, pero no surge que esta testigo haya presenciado alguna vez una escena o situación violenta.-

La circunstancia no controvertida de que el imputado en oportunidad de advertir que VESPA había sustraído dinero de las termas la obligó a concurrir a la Comisaría y él mismo devolvió la plata, no autoriza necesariamente -como pretende el recurrente- inferir que por ello se trate de un sujeto dominador, sino -en todo caso- de una persona avergonzada y angustiada ante el llamado de la propia madre de VESPA y la presencia policial. El argumento expuesto por la Fiscalía para desestimar las valoraciones del Tribunal de juicio -sostiene el Dr. LAROCCA REES que "en una emergencia concreta y situación extrema (en medio de una investigación complicada) ANDINO se impulsó y la llevó por la fuerza a VESPA hasta la policía", demostrando así que "aquel 'personaje' débil, cuando le urgió, en una adversidad concreta, se convirtió en el dominador"-, resulta una interpretación de los hechos -cuanto menos- forzada, toda vez que son situaciones absolutamente distintas. Es arbitrario pretender -aunque no se lo exprese abiertamente- que el imputado tuviera la misma conducta frente a un hurto que ante un homicidio, y de ahí inferir que si no denunció a su mujer es coautor o cómplice o, peor aún, que él la coaccionó a llevar a cabo este segundo hecho. Por otra parte, es imposible soslayar que este "sujeto dominador" lloró avergonzado ante la testigo MENDEZ cuando debió reconocer que su mujer había sustraído dinero de las termas.-

En cuanto al "indicio de mala justificación", a la Fiscalía le provoca agravio que se desestimara la acusación contra ANDINO -coautoría- dando credibilidad a su declaración. El Tribunal consideró que era lógico que estuviera durmiendo porque era de madrugada; que no sabía si la recién nacida estaba viva o muerta porque no la tocó; y que se vio obstaculizada su posibilidad de actuar -conducta debida- en su posición de garante, porque VESPA puso a la criatura dentro de una bolsa y la llevó al canasto de residuos de la calle. Para el recurrente la versión de ANDINO es un "indicio de mala justificación", porque cambió su declaración respecto a la brindada en la I.P.P., no le resulta creíble, el departamento es un monoambiente pequeño, el baño tiene un ventiluz hacia el dormitorio, está en un lugar alejado, el cesto de residuos no se observa desde la habitación. El Ministerio Público Fiscal también se agravia por la supuesta conclusión de que ANDINO no sabía del embarazo de su pareja, pero debo señalar que la sentencia no sostiene tal circunstancia, sino que, por el contrario, considera que éste conocía el embarazo -el propio ANDINO así lo declaró, dando las explicaciones del caso-, pero que no podía saber la fecha probable de parto porque VESPA había ocultado su embarazo y no se realizaba controles médicos.-

La existencia del "plan común" es una afirmación apodíctica de la acusación, lo único probado fehacientemente es el comienzo de la convivencia debido al embarazo tardíamente reconocido por VESPA, lo cual desmorona cualquier intento de interpretar de manera unívoca indicios claramente anfílogos. La modificación de la declaración como indicio es equívoco, puede obedecer a múltiples y variadas razones: no incriminar a su pareja o autoincriminarse, deficiente asesoramiento letrado, temor, amenazas, ignorancia. El lugar elegido para vivir no es ni remotamente un "lugar alejado" -premisa falsa-, está en el centro urbano de Chajarí, en una zona poblada, forma parte de un grupo de monoambientes de alquiler, todos linderos, ubicado detrás y muy próximo a la vivienda de la dueña de los inmuebles -basta para ello observar las fotografías de fs. 71-. La imposibilidad de ver el cesto desde el departamento como alega la Fiscalía en base a los dichos de MENDEZ-, es rechazada por el Tribunal con criterio racional, dando mayor entidad a la prueba objetiva del croquis y las fotografías del lugar -que corroboran el relato de ANDINO-. La Fiscalía -sobre quien pesa la carga probatoria- tuvo la posibilidad de interesar la realización de una inspección judicial si consideraba importante acreditar tal extremo y no lo hizo. Además, no puede atribuirse a un plan preconcebido -como argumenta- los escasos días de ocupación del monoambiente, sino que está probado que se debió a la exigencia de MENDEZ de que lo desalojaran ante la sustracción cometida por VESPA en las termas. Por último, resulta acertado el criterio del Tribunal cuando considera en este contexto probatorio que la presencia del imputado en el monoambiente, las pequeñas dimensiones de la habitación y la existencia del ventiluz abierto hacia el interior, no son suficientes para acreditar con el grado de certeza requerido, máxime frente a su negativa, que ANDINO supiera qué estaba ocurriendo en el baño o, peor aún, para inferir su participación en el hecho.-

Respecto al "indicio de presencia" -la mancha levantada del lavatorio del baño que contenía un patrón genético "mezcla" de los imputados y la víctima-, el recurrente cuestiona que el Tribunal considerara erróneamente que se levantaron dos muestras en lugar de una. Entiendo que resulta irrelevante si la sentencia habla de "muestras" o "muestra", lo determinante de la conclusión a la que se arriba es que "la existencia de perfil genético de los imputados y de la víctima en tales muestras,... sólo puede acreditar que ANDINO estuvo en el lugar, lo que se encuentra fuera de discusión, al igual que la presencia de VESPA en el mismo, por lo que lógicamente usaba el lavatorio o el champú o la crema de enjuague, pudiendo cualquier de ellos haber trasladado el rastro genético". El Tribunal razona lógicamente que la existencia de A.D.N. de ANDINO en el lavatorio, mezclado con el A.D.N. de VESPA y de su hija, no acredita que haya estado en contacto con la recién nacida, porque el baño era un lugar que el imputado frecuentaba desde hacía tres días, y por esta razón, no puede sorprender la presencia de su A.D.N. ni del patrón genético de VESPA.-

A esta altura cabe recordar que el Tribunal de Juicio debe confrontar las hipótesis arrimadas por las partes y en base al material probatorio colectado decidir cuál de ellas resulta acorde a la realidad de los hechos, en una tarea de reconstrucción histórica de los sucesos. El proceso penal pretende alcanzar una aproximación a la verdad real, como verdad forense, que es aquella construida de modo congruente con el modelo discursivo constitucional, es decir una argumentación en que el silogismo incriminatorio se estructura a partir de pruebas e indicios concordantes que demuestren plenamente la única explicación racional del suceso y que descarte las explicaciones alternativas a la afirmación de los hechos atribuidos, ya que para derribar el estado de inocencia del que goza todo ciudadano es necesario que las pruebas e indicios permitan alcanzar el conocimiento con el grado de certeza. En este caso el Tribunal consideró fundadamente en base a una valoración integral de las pruebas que la Fiscalía no logró demostrar categóricamente su tesis acusatoria -la coautoría en el injusto, tanto que se le sea atribuida a ANDINO la intervención en el homicidio calificado como delito de dominio -codominio funcional del hecho- o de infracción de deber -posición de garante en su rol institucional de padre de la víctima-, en tanto no es posible descartar la explicación alternativa brindada por ANDINO, la que a su vez encuentra asidero -como analicé "ut-supra"- en las pruebas indicadas.-

Al respecto Jordi FERRER BELTRAN sostiene que "tomar una decisión sobre los hechos probados de un caso depende de la aplicación del estándar de prueba previsto para el proceso en cuestión. En otros términos, necesitamos determinar si el grado de corroboración de la hipótesis fáctica de la que se plantea su prueba alcanza o no el umbral de suficiencia probatoria previsto. Y para ello resulta fundamental determinar si están disponibles otras hipótesis capaces de explicar o dar cuenta de los mismos datos fácticos conocidos y si esas hipótesis fueron refutadas en el proceso mediante pruebas suficientes o no. En otras palabras, corroborar la hipótesis de la culpabilidad exige refutar las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia. Si se han tomado o no en consideración esas hipótesis y si, en su caso, han sido refutadas puede y debe ser objeto de control en sede de recursos sobre el razonamiento probatorio del juez de primera instancia. No hacerlo supone dejar en total desprotección el derecho a la presunción de inocencia". ("El control de la valoración de la prueba en segunda instancia - Inmediación e inferencias probatorias", Open Edition Journals, Edición electrónica URL: DOI: 10.4000/revus.4016 ISSN: 1855-7112 Editor Klub Revus). El destacado me pertenece.-

Por último, como consecuencia de lo expuesto, tampoco puede tener acogida el agravio por invocación del "error in iudicando". El Tribunal evaluó correctamente la ausencia de pruebas e indicios que permitan acreditar el codominio funcional del hecho: el plan común para la ejecución del delito, la concurrencia del aporte esencial a la ejecución de la conducta típica y la dependencia recíproca de los aportes de cada autor. La prueba más categórica de ello es que la Fiscalía mencionó alternativa y contradictoriamente que ANDINO es coautor "porque ayudó a predisponer el lugar, dar a luz y hacer todo lo posible para que se aplique ese golpe mortal, como entregarle la beba a la agresora luego de cortar el cordón umbilical, no dejar que nadie entre a la pieza y luego tirar el cuerpo a la basura" -sin prueba que lo sustente-; pero también -atribuyéndole el rol opuesto en el reparto de tareas- que el imputado fue quien aplicó el golpe mortal a la recién nacida, porque el grado de violencia era propio de la fuerza de un varón. Se recurrió además para sustentar esta coautoría a la premisa errónea de la imposibilidad material de una parturienta de ejecutar sola este tipo de actos, cuando la experiencia tribunalicia nos indica lo contrario -a modo de ejemplo la Dra.

SABELLA citó distintos casos: "Naiff", "Gómez", "Cerrudo", "Tejerina"- . Para mayor confusión se sostuvo por el órgano acusador que la conducta atribuida a ANDINO, en realidad, consistió en no evitar el resultado lesivo que estaba obligado por ley a proteger dado su deber institucional de padre de la víctima. Ahora no se le enrostra un obrar comisivo, sino una omisión impropia, un supuesto de responsabilidad en virtud de una relación de carácter institucional que predeterminó la existencia de un mundo en común entre el bien jurídico y el autor (confr.: JAKOBS, "Derecho Penal", pág. 791).-

Resulta evidente que la acusación mutó de la imputación de un delito de dominio a un delito de infracción de deber. "En general, pues, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo (delitos comunes, o de dominio del hecho, o en virtud de responsabilidad por organización); o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obligación de deber o en virtud de responsabilidad institucional). En el primer supuesto, en los delitos de dominio, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos. En el segundo de los supuestos -en los delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional-, en cambio, bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo" (SESSANO GOENAGA, "Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 08-03-2006).-

Cabe señalar que los delitos de omisión propios e impropios constituyen infracciones de normas preceptivas, pero la doctrina en general considera los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley, mientras que en los delitos impropios de omisión, al "garante" se le impone el deber de evitar el resultado. "Pertenece al tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión el deber de actuar, es decir, la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. A tal posición de garante corresponde una específica función de protección del bien jurídico y de control de una fuente de peligro, superándose así la teoría formal del deber jurídico que consideraba la ley, contrato y actuar precedente (Teoría del la injerencia). Se fundamenta de este modo la posición de garante en la relación material existente entre el autor y el bien jurídico". (NUÑEZ PAZ, Miguel Angel, Omisión impropia y Derecho Penal, Universidad de Huelva, Revista Penal, N° 20 - Julio 2007).-

La posición de garante "se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en 'garante' de la indemnidad del bien jurídico correspondiente". (MIR PUIG, Santiago; "Derecho Penal - Parte General-", 5ª edición, Barcelona, 1998, pág. 306).-

Sentado ello, se advierte la inconsistencia de la acusación fiscal al momento de formular el alegato final cuando, ante la evidente falta de pruebas para sostener la conducta comisiva imputada a ANDINO, amplía la descripción fáctica atribuyendo también el no haber evitado el resultado desde la posición de garante, argumento que se reitera al interponer el presente recurso.-

La Fiscalía en sus agravios -como mencioné "ut-supra"- expone dos conductas opuestas, por un lado, la participación activa en un plan conjunto, con reparto de tareas en la ejecución -codominio funcional- para matar a la recién nacida -según la plataforma fáctica atribuida- y, por el otro, la no evitación del homicidio en carácter de coautor.-

Cabe preguntarse entonces cómo puede reprocharse a ANDINO el no haber evitado el homicidio de su hija y, simultánea y alternativamente, haberle dado muerte en una acción conjunta y planificada con su coimputada.-

Si bien se admite la posibilidad de imputar al padre la autoría de este tipo de delito como infracción de deber -comisión por omisión-, dado la posición de garante de la vida de sus hijos, no puede obviarse que el tipo subjetivo exige el conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción. Pero no se puede evitar algo que no se conoce que va a suceder, el dolo -de causar o de no evitar- no se puede inferir meramente del acaecimiento del resultado.-

En el presente caso no se ha logrado acreditar con certeza que ANDINO conociera el peligro de producción del resultado, ya que -de acuerdo a su declaración- dormía cuando VESPA dio a luz

dentro del baño y cuando la observó a la imputada con la bebé ensangrentada no supo si estaba con vida.-

Cabe agregar que "Aún cuando partiéramos de un dolo en su mínima expresión -con base en la teoría de la representación- y admitiéramos -con Jakobs- que en el delito de omisión el dolo es la apreciación seria de que la realización del tipo objetivo es (al menos) probable, se trata de una cuestión que no ha sido mencionada -menos desarrollada y probada- por la acusación, que solo invoca para tener por configurado el delito de omisión impropia, las dos premisas fácticas que nadie ha venido a discutir en esta causa: la posición de garante y el resultado. Es que, frente a la contundencia del resultado & se pone en marcha una especie de 'presunción iuris tantum' de que hubo 'dolo de producirlo' o 'dolo de no evitarlo' en todos aquellos que de una u otra forma aparecen vinculados, ya sea por tener especiales deberes positivos -esposa, hija-, estar en el lugar del hecho -habitación contigua-, tener enemistad u odio -motivos-, mantener contacto telefónico, etc. -, se asume que estas personas 'primero querían' el resultado, y luego 'a sabiendas no lo evitaron', cuando no existe prueba seria de ello y ni siquiera son autores de propia mano". (Sala I, Cámara Primera del Crimen de Paraná, Causa N° 6379, "CLIVIO, ALEJANDRA ARACELLI Y OTROS s/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO CON ALEVOSÍA Y CON EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS", sentencia N° 26, 30/10/17).-

Por otra parte, es imposible soslayar que esta modificación de la atribución fáctica implica una vulneración del principio de congruencia o correlación, que "exige una congruencia material y de sus elementos físicos, psíquicos y normativos entre el hecho objeto de la intimación y de la decisión jurisdiccional, que debe mantenerse durante todo el desarrollo del proceso" (Cám. Concepción del Uruguay, B., D. R. s/ABUSO DESHONESTO CALIFICADO. 4984 I 23-3-1994).- Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por mayoría- ha resuelto que: "Cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-". (S. 1798. XXXIX; Sircovich, Jorge Oscar y otros s/defraudación por desbaratamiento de derechos acordados; 31/10/2006; T. 329, P. 4634). En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en "Fermín Ramírez vs. Guatemala" (sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 67), que "La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación".-

A título de colofón cabe citar a Maximiliano Rusconi ("Sistema penal desde las garantías constitucionales", Ed. Hammurabi, año 2.013, pág. 68/69), cuando advierte que: "La evolución mencionada sobre el concepto de autoría ha facilitado otra gran transformación no solo expansiva sino de superación de estándar probatorio: el transformar imputaciones a comportamientos activos en imputaciones a comportamientos omisivos. Esto genera un enorme impacto procesal. En primer lugar, en términos de exigencias probatorias. Es indudable que frente a las dificultades que genera demostrar que X ha conducido el curso lesivo, mucho más sencillo es demostrar que el sujeto no lo ha evitado en posición de garante. En realidad, se trata casi de una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo el impacto es dual: la confusión conceptual, aunque prolijamente presentada, entre imputaciones a la acción e imputaciones a la omisión, genera de modo indudable una tremenda indefinición del hecho a la hora de la imputación y una trascendente violación del principio de congruencia: nadie se defiende del mismo modo de una imputación omisiva o de una activa. Aquí se verifica el dato por demás llamativo de que no solo la prueba ya es superflua, sino que también se torna innecesario verificar la sostenibilidad de la condición de precisión de la imputación".-

En mérito a lo expuesto, considero que el Tribunal de Juicio con una valoración del cuadro probatorio ajustada a las reglas de la sana crítica racional y una adecuada motivación de su pronunciamiento ha resuelto cada una de las cuestiones que hoy reitera la Fiscalía al deducir el recurso de casación, razón por la cual estos agravios también deben ser rechazados.-

g) Resta ahora el estudio de las críticas formuladas en la audiencia, en subsidio, por la defensa de VESPA, al encuadre jurídico de su conducta.-

Comparto el criterio sustentado con sólidos fundamentos por el Dr. RECA, toda vez que el obrar de la imputada no configura la agravante de ALEVOSIA seleccionada erróneamente por el Tribunal de Juicio. El tipo agravado se refiere al homicidio cometido a traición, con astucia, sobre seguro, aquel que se lleva a cabo de manera insidiosa, tomando a la víctima desprevenida e indefensa, de forma tal que le permita al autor actuar sobre seguro, con sorpresa y sin peligro proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero. La falta de riesgo debe constituir el móvil decisivo de la acción y el móvil alevoso debe presidir la decisión y la ejecución del hecho. Están aquí presentes los dos elementos que integran la alevosía: a) que la víctima no esté en condiciones de defenderse -el elemento objetivo-, y b) el subjetivo, que es donde reside su esencia, una "acción preordenada para matar sin peligro para el autor". Se trata de un elemento subjetivo distinto del dolo, y requiere un dato de ánimo que es el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, lo que no se traduce en un desamparo absoluto, sino en que no se encuentre en posición de defenderse.-

Como integrante de la Sala I de la Cámara Primera del Crimen adherí al voto del Dr. PEROTTI, en la causa "RIVAS Liliana Graciela", sentencia N° 2, de fecha 12/3/14, cuyos fundamentos transcribo por resultar de aplicación a la presente, en cuanto sostuvo en relación a la alevosía que "Según CEREZO MIR, la finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima suelen ir unidas: de no ser así, no podría apreciarse la agravante, que exige la concurrencia de ambas finalidades. El citado autor español explica que 'para comprender el fundamento y naturaleza jurídica de esta circunstancia agravante es preciso conocer su origen y evolución histórica, pues la alevosía procede del Derecho Penal germánico primitivo e implicaba deslealtad, quebrantamiento de un deber de fidelidad, equivalía a traición'. De tal manera, fluye indudable que es el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor de acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el ofendido; en otros términos, es un modo traicionero de matar. Tiene especial relevancia su naturaleza mixta, es decir, el hecho que esta figura esté integrada por un aspecto objetivo (que se relaciona con los medios, formas y modos utilizados en la ejecución del hecho), y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo de aprovecharse, mediante esos procedimientos, de la indefensión de la víctima. Es, en definitiva, un actuar sobre seguro y sin riesgo, con ánimo cobarde, con mayor plus de culpabilidad". Se puede agregar que la alevosía: "... como elemento normativo del tipo objetivo no solo alude la recordada muerte "a traición y sobre seguro" de la vieja fórmula hispana, sino que requiere la presencia de uno de los llamados "elementos subjetivos del tipo distintos del dolo", en este caso un elemento del ánimo: el "aprovecharse" de esa situación de indefensión, es decir un elemento que en origen no pertenece al tipo subjetivo -excede al dolo- sino a la culpabilidad o reprochabilidad ya que hace a la actitud o motivación" (LARROSA, Leonardo S/ HOMICIDIO CALIFICADO", Sala II, 16/10/05).-

Evidentemente este caso no configura un homicidio alevoso, a diferencia del tratado en el fallo "SILGUEIRA" que cita el Tribunal, referido a un hecho totalmente distinto.-

Dice DONNA que "Lo esencial en la alevosía consiste en que el sujeto pueda defenderse antes de la acción del autor, motivo por el cual no siempre es aplicable a los niños,... En este sentido, como lo explica FONTAN BALESTRA, 'la alevosía se da cuando el estado o situación de la víctima ha sido buscada o aprovechada, lo cual supone una elección por parte del actor, elección que no es posible en los casos mencionados, puesto que el hecho no puede cometerse de otro modo.

Aceptar lo contrario sería como transformar una condición de la víctima en un elemento subjetivo'. Del mismo modo lo interpreta MUÑOZ CONDE, al comentar similar disposición del código español, pues en estos casos el sujeto se encuentra en una situación no provocada ni buscada por él. Por otra parte, tampoco puede existir una posible reacción defensiva por parte del ofendido, faltando con ello un segundo requisito objetivo de la alevosía". (DONNA, Edgardo Alberto; "Derecho Penal Parte Especial T. I, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, año 2.003).-

También cabe citar un fallo judicial que abona esta posición -citando a muchos de los más respetados autores del Derecho Penal argentino- al sostener que: "... ese sólo dato objetivo de la indefensión de la víctima no es suficiente, per se, para que se constate la alevosía, sino que resulta menester también que el autor quiera obrar y decida matar sobre seguro y sin riesgo, motivado por esa situación objetiva de indefensión. Como dice Creus, con cita de Núñez, 'para que se dé la alevosía, debe ser 'el móvil alevoso' lo que decida al agente a actuar', y que no es suficiente ni la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia de riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor' (op. cit, pag. 29). Núñez es muy claro cuando expresa que 'la propia naturaleza del acto psíquico de preordenación exige que el agente considere la situación objetiva y que se resuelva a obrar movido por la ausencia de riesgo' y que 'en el hecho alevoso la falta de riesgo debe constituir el motivo decisivo de la acción & el móvil alevoso debe presidir la decisión y ejecución del hecho' (Núñez Ricardo, Derecho Penal Argentino, T. III, pag. 38, ed. Lerner, 1977). En idéntica línea Zaffaroni enseña que el dolo en este caso no sólo comprende el conocimiento del estado de indefensión de la víctima como elemento típico objetivo-sino que requiere, además, que el sujeto aproveche ese estado, saque partida de él para la obtención del resultado que pretende. De no ser así, expresa el citado autor, la figura calificada se extendería a todos los supuestos de mera indefensión del sujeto pasivo (cfr. autor cit., "Tratado de Derecho Penal, t. III, pag. 379 y ss., Ediar, 1981). De seguirse el argumento que el simple hecho de la indefensión pueda dar lugar a la agravante, implicaría calificar el homicidio de toda persona menor de edad, valetudinaria, o indefensa, aún sin dolo de determinación en tal sentido del autor...". (Corte Suprema de Justicia de Tucumán - Sala Civil y Penal, "G. B. A. s/ HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSIA", 26/12/2013, Sentencia N°: 1170).-

Por último, en idéntica postura Manuel José ARIAS EIBE -en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2.005, núm. 07-03, ISSN 1695-0194- refiere que "... para la concurrencia de la circunstancias agravante de alevosía debe exigirse que la víctima potencialmente pueda defenderse, pueda reaccionar potencialmente contra el ataque, ya que si la víctima está imposibilitada para defenderse no puede concurrir tal circunstancia al exigirse legalmente que los medios, modos o formas empleados por el agente, además de tender a asegurar la ejecución, se empleen con tendencia para eliminar el riesgo de reacción defensiva de la víctima. Los medios, modos o formas de ejecución, tienden a asegurarla y a evitar que se materialice una potencial defensa de la víctima, que lógicamente debe poder preexistir".-

Sin perjuicio de lo expuesto, le asiste razón a la defensa cuando alega -cuestionando los argumentos del Tribunal de Juicio- que resulta imposible programar un parto natural, menos aún un parto que se adelantó como el de VESPA. La imputada dio a luz a su hija en el lugar donde habitaba, no fue a parir a una zona alejada ni llevó a su hija recién nacida a un sitio lejano para matarla, realizó la acción dentro del baño del departamento donde convivía con su pareja y mientras éste dormía. No se puede agravar el injusto porque haya cometido el hecho de madrugada o porque haya ocultado el embarazo, ya que ANDINO dijo que primero sospechaba y que después VESPA se lo reconoció, ANDINO no conocía la fecha de parto, pero es irrelevante.- Descartada la existencia de esta agravante, corresponde analizar en relación a la otra calificante, si mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación.-

En tal sentido debo compartir las consideraciones efectuadas por el Dr. RECA al expresar sus agravios, cuando señala que se debe ponderar que al momento del homicidio VESPA acababa de parir, se encontraba en estado puerperal, había negado su embarazo casi hasta el final, no se hizo ningún control médico, el hecho del parto en las condiciones que se produjo -sin asistencia y en una bañera- es casi un acto suicida, estaba en un estado de intoxicación alcohólica, además -según la pericia psicológica- la imputada presenta rasgos de personalidad psicopáticos o antisocial.-

Ante estos extremos es evidente que nos encontramos frente a una persona con una culpabilidad disminuida al momento del hecho. El diagnóstico no controvertido de una personalidad con rasgos psicopáticos o trastorno antisocial no implica la inimputabilidad o falta de capacidad de culpabilidad de la encartada, pero los motivos esgrimidos por el defensor sí deben computarse para fundamentar la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación.-

En efecto, si bien la culpabilidad como juicio de reproche del hecho antijurídico es un presupuesto de aplicación de la pena, también expresa la mayor o menor posibilidad de motivación conforme a la norma, razón por la cual no puede soslayarse la estructura de personalidad con rasgos

psicopáticos que presenta VESPA, su insensibilidad y falta de suficiente empatía. Los rasgos de personalidad son patrones persistentes de formas de percibir, relacionarse y pensar sobre el entorno y sobre uno mismo que se ponen de manifiesto en una amplia gama de contextos sociales y personales. Según el DSM4 la característica esencial de la personalidad antisocial es un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás, que comienza en la infancia o el principio de la adolescencia y continúa en la edad adulta.-

A todo ello debe sumarse a los efectos de computar el déficit de la capacidad de culpabilidad - culpabilidad disminuida- la circunstancia de atravesar por el período puerperal -que provoca lógicos desórdenes psicológicos-, la precariedad en la que vivía, el estado de intoxicación alcohólica, la tensión que le provocó el haber sido descubierta por el robo cometido horas antes de este hecho.- Si bien el informe no habla de trastorno, sino de rasgos de personalidad psicopática -los rasgos sólo constituyen trastornos cuando son inflexibles y desadaptativos y cuando causan un deterioro funcional significativo o un malestar subjetivo-, cabe traer a colación que Bonnet -siguiendo los lineamientos de otros autores- entiende que las psicopatías no son enfermedades mentales, sino simplemente desequilibrios psíquicos, teniendo los psicopatas un nivel mental en general suficiente -especialmente en cuanto a memoria e imaginación creadora-, con una autocrítica y heterocrítica generalmente defectuosa, que acarrea un comportamiento con frecuencia inapropiado -adaptación social más o menos difícil-, y que pueden acentuarse en la mujer por causas gravídicas (Confr. Bonnet, E.F.P., "Psicopatología y Psiquiatría Forense", T. I. Parte General, pág. 446, Lopez Editores, 1.983). El destacado me pertenece.-

En cuanto al estado puerperal, debo traer a colación por su claridad el voto del Dr. MAQUEDA -in re "Tejerina, Romina Anahí s/ Homicidio calificado Recurso de hecho", donde expone "... Que para establecer la medida de la autonomía de la persona en el momento del hecho el juzgador no está limitado a lo que le informen los peritos, sino que bien puede incorporar datos que pertenecen, además, al dominio del conocimiento público, la lógica y la experiencia común. A este conocimiento pertenecen los efectos que sobre la psiquis de la gestante produce el embarazo y el parto, que relevaba legalmente el derogado tipo de infanticidio en la referencia al "estado puerperal". Sin llegar a episodios psicóticos ni a la llamada "psicosis puerperal", exista o no como entidad nosotóxica o sea manifestación de otras patologías agudizadas con el parto, lo cierto es que el embarazo genera cambios biológicos con efectos sobre el psiquismo que son constatados médicamente y que suelen provocar trastornos depresivos, de ansiedad y psicotraumáticos, como también conducir al suicidio".-

También resulta útil para fundar la existencia de las circunstancias extraordinarias de atenuación un párrafo del extenso voto del Dr. ZAFFARONI -no obstante que sostuvo la inimputabilidad-: "... el enfoque psíquico presenta las dificultades propias de toda prueba de la existencia real del estado psicológico al momento del hecho. Como la pericia médica es siempre posterior, la prueba de la existencia o inexistencia del estado requerido se torna dificultosa, pero es por eso que debe estarse a lo que resulte más favorable al procesado... Que & muchas de las circunstancias que rodearon al hecho y que se utilizaron para fundamentar la responsabilidad de Tejerina no fueron tomadas en cuenta, sino inversamente al significado que tenían, verificándose entonces también aquí un supuesto de arbitrariedad. Como ejemplo elocuente, puede citarse en primer lugar el modo en que fue valorada la falta de remordimientos e insensibilidad a la que se hace alusión constante en el expediente, así como la "frialdad" con la que se manejó Tejerina con posterioridad al hecho. Estos extremos no son considerados por la psiquiatría forense como "signos de normalidad" sino, por el contrario, como reflejo de una psiquis perturbada (sobre la importancia de "la insensibilidad" v. A. Noyes, Psiquiatría Clínica Moderna, Editorial La Prensa Médica Mexicana, págs. 437 ss.)".-

En definitiva, todos estos factores de orden interno y externo, analizados en su conjunto, son circunstancias extraordinarias que justifican la aplicación de una pena graduable que atenúe el rigor de la condena rígida de la prisión perpetua.-

"En síntesis, se trata de la atenuación de la pena por la menor culpabilidad del autora producida por las circunstancias en que ha actuado, y las propias del autor en el momento del hecho... Si bien dichas circunstancias comprenden a la concreta conducta delictiva, su comprensión total es mucho más amplia, ya que, consideradas pautas de valoración de la conducta del agente, atrapan la ejecución del delito, el delito mismo, las conductas de los actos anteriores, concomitantes y posteriores al suceso punible, la personalidad del autor,... las condiciones ambientales y culturales

y todo aspecto que contribuya a integrar las pautas valorativas para una adecuada y justa comprensión del hecho objeto de la voluntad decisoria". (Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal - Parte Especial", T. I., 2º edición actualizada, págs. 91/92, Rubinzal - Culzoni Editores, año 2.003).-

Por ello, el recurso de casación deducido respecto a la calificación legal debe prosperar, revocando parcialmente la sentencia y condenando a VESPA por el delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACION -art. 80 inc. 1) y último párrafo del Código Penal-; y disponiendo, en consecuencia, el reenvío al Tribunal de Juicio de Concordia para que proceda a la realización del juicio de cesura -art. 455 del C.P.P.-.- Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, Dr. COTORRUELO, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal preopinante.-

A su turno el Señor Vocal, Dr. PIMENTEL, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal, Dr. CHEMEZ.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHEMEZ DIJO:

En relación a las costas, y atento a la decisión a que ha arribado este Tribunal, cabe que las mismas sean declaradas de oficio el 50% y a cargo de VESPA el 50% restante (art. 547 y 548 del C.P.P).-

No corresponde fijar los honorarios profesionales del Dr. SIGOT, por no haberlo solicitado -art. 97 inc. 1) de la ley 7.046-.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, Dr. COTORRUELO, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal preopinante.-

A su turno el Señor Vocal, Dr. PIMENTEL, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal, Dr. CHEMEZ.-

Con lo que no siendo para más, y conforme los argumentos que anteceden, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente:

SENTENCIA:

I) RECHAZAR el Recurso de Casación interpuesto por el Representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Maximiliano O. LAROCCA REES a fs. 256/264 vta., contra la sentencia de fs. 200/241, dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia, en cuanto resuelve la ABSOLUCION de Héctor Ramón ANDINO, la que en consecuencia SE CONFIRMA.-

II) RECHAZAR PARCIALMENTE el Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Flavio Marcelo SIGOT a fs. a fs. 267/274, contra la sentencia de fs. 200/241, dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia, en cuanto al agravio sobre la AUTORIA de Delia Romina VESPA, HACIENDO LUGAR al recurso deducido en relación al cambio de calificación, CONFIRMANDO en consecuencia la CONDENA a VESPA por el delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACION -art. 80 inc. 1) y último párrafo del Código Penal-; y reenviando las actuaciones a fin de que el Tribunal de origen lleve a cabo la audiencia de cesura del juicio, conforme lo dispuesto por el art. 455 del C.P.P.-

III) ESTABLECER las costas de oficio el 50% y a cargo de VESPA el 50% restante (arts. 547 y 548 del C.P.P.).-

IV) NO REGULAR los honorarios profesionales al Dr. Flavio Marcelo SIGOT, por no haberlos peticionado en forma expresa -art. 97 inc. 1) de la ley 7.046-.-

V) TENER PRESENTE la reserva del CASO FEDERAL

VI) Protocolícese, notifíquese, y en estado, devuélvanse.-

GUSTAVO R. PIMENTEL

JOSE MARIA CHEMEZ

RAFAEL MARTIN COTORRUELO

Ante mi:

Claudia A. Geist
-Secretaria-