



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

A C U E R D O

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa P. 133.800, "A., G. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 94.722 y su acum. n° 94.752 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores **Torres, Kogan, Soria, Genoud.**

A N T E C E D E N T E S

La Sala IV del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 29 de agosto de 2019, en lo que importa para el caso, rechazó por improcedente el recurso homónimo interpuesto por la defensa oficial de G. A. A. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial de La Plata que, en lo que también importa, la condenó a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autora responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo y cooperadora del delito de abuso sexual con acceso carnal, perpetrados en perjuicio de su hijo R. en concurso real (hecho I), y autora del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo y por su comisión con alevosía respecto de su hijo I. (hecho II); ambos unidos por concurso material (arts. 55, 80 incs. 1 y 2, 89, 92 y 133, Cód. Penal; v. fs. 179/212 con relación a fs. 28/71).

El señor defensor oficial adjunto ante esa instancia, doctor Daniel Aníbal Sureda, dedujo recurso

extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 218/243 vta.), que fue concedido parcialmente por el tribunal de casación (v. fs. 254/258); dicha decisión no fue controvertida por la defensa de A. (v. informe de fs. 272).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 274/285), dictada la providencia de autos (v. fs. 287), y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Torres dijo:

I.1. En primer lugar, la defensa tachó el pronunciamiento de arbitrario por indebida fundamentación y apartamiento de los precedentes del superior tribunal federal; denunció afectación a la defensa en juicio - derecho a ser oída-, al debido proceso legal, a los principios de inocencia e *in dubio pro reo* y al derecho al recurso (arts. 18 y 75 inc. 22, Const. nac.; 8.1 y 8.2.h, CADH; 14.5, PIDCP, y 168 y 171, Const. prov.; v. fs. 220 vta.).

Sostuvo que el agravio vinculado a la valoración probatoria para tener por acreditada la responsabilidad penal de su asistida tuvo un tránsito aparente por la instancia intermedia que vulneró la garantía del doble conforme; alegó también la inexistencia de prueba que vincule a G. A. A. con el



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

delito endilgado (v. fs. cit.).

Refirió que la conclusión a la que arribó el Tribunal de Casación Penal respecto a que no se apreciaron vicios en el razonamiento del sentenciante de origen implicó desconocer la vigencia del límite impuesto por el principio *in dubio pro reo* en cuanto exige la necesaria certeza para fundar una condena (v. fs. 221 vta.).

I.2. En segundo lugar, alegó infracción al principio de legalidad (art. 18, Const. nac.) y volvió a denunciar arbitrariedad en la condena de G. A. A. en base a una supuesta "comisión por omisión" (v. fs. 225 vta.).

Señaló que su defendida no controló el suceso en concreto y que su mera inactividad no debió ser estimada como equivalente a una acción positiva, más aún cuando el ordenamiento jurídico argentino carece de una cláusula de equivalencia como en el derecho comparado. Por tal motivo, consideró que la afirmación del tribunal intermedio, a saber, que no es necesaria una cláusula legal que habilite la conversión, no responde adecuadamente al agravio (v. fs. 225 vta.).

Refirió que su asistida no tuvo conocimiento ni voluntad ante el abuso perpetrado por el coimputado J. A. M. P., pues aquel resultó novedoso y sorpresivo, circunstancia que -a su juicio- también abarcaría al resultado muerte (v. fs. 226 y vta.).

Agregó que A. no se hallaba en condiciones de denunciar previamente el hecho ni de interrumpir el curso causal iniciado por M. P.; por ende, consideró que su culpabilidad debía decaer y con ello el tipo objetivo de

omisión que se le reprocha (v. fs. 227 y vta.).

Indicó que existió un desvío del curso previsible del suceso por la entidad de las lesiones provocadas al niño; que la acusada no tenía capacidad de actuar, de evitar los resultados lesivos o de controlar la "fuente de peligro"; y que M. P. era un hombre golpeador y maltratador (v. fs. 227 vta. y 228).

Sostuvo que el omitir consciente pero no querido -"al ser forzado" por el temor que sentía por y ante M. P.- implicó que su defendida viera limitada su capacidad de acción, y por tal motivo su comportamiento - la actividad o pasividad- debió ser analizada de manera contextual y mancomunada con su capacidad de dirección final de la voluntad (v. fs. 228).

Afirmó también que la no evitación de la lesión a los bienes jurídicos vida e integridad sexual de parte de la garante calificada -por ser la madre del damnificado- no debió ser equiparada a la realización activa, y que lo dicho por el órgano casatorio con relación a que la imputada no era víctima de violencia de género no necesariamente implica que pudiera intervenir para interrumpir el accionar lesivo de M. P.; por ello, solicitó su absolución (v. fs. 230 vta. y 231).

I.3. Subsidiariamente, denunció infracción a la ley sustantiva por cuanto el tribunal de casación rechazó de manera arbitraria los cuestionamientos realizados en torno a los arts. 47 y 133 del Código Penal (v. fs. 231 vta.).

Alegó la ausencia de conocimiento del tipo objetivo por parte de su asistida, y que a todo evento se



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

debió aplicar el art. 106 primer párrafo del Código de fondo -abandono de persona agravado por el vínculo en los términos de lo dispuesto por el art. 107-, recalificación que -según dijo- fue rechazada de manera dogmática por parte del tribunal revisor (v. fs. cit.).

Consideró que si la imputada G. A. A. se desentendió de resguardar a su hijo -abandonándolo a su "suerte"- se estaría en presencia de una forma comisiva - en cuanto al abandonar- que se traduce oblicuamente en un no hacer penalmente reprochable ante el riesgo para la vida e integridad psicofísica de ese otro; esto último, en atención a la naturaleza de la norma prohibitiva - indirectamente, ante el mandato de no poner en peligro- que en su caso podría recriminársele a A.. En ese sentido, y a contrario de lo expuesto por el tribunal de casación, estimó que no puede legitimarse una interpretación extensiva de la punibilidad, pues el art. 106 del Código Penal tipifica un supuesto de comisión por omisión que debe y puede ser aplicado en el caso y así lo reclamó (v. fs. 231 vta. y 232).

Por otro lado, solicitó la aplicación de lo normado por el art. 47 del Código Penal, porque a su entender, ese era el supuesto que por especialidad y máxima taxatividad legal interpretativa correspondía emplear en orden al grado de participación que eventualmente le cupo a su defendida (v. fs. 232).

En cuanto a la alegada comisión por omisión, consideró que de convalidarse la estructura comisiva omisiva, solo podrían reprochársele las lesiones agravadas, pero no el resultado muerte, debido a que este

no era previsible ni siquiera para el autor (v. fs. cit. vta.).

Afirmó que la imputada G. A. A. no debe responder por el exceso en el obrar del autor -sea en el resultado muerte o en el abuso sexual-, y de allí la insistencia de esa parte en demostrar la procedencia de la recalificación en los términos del art. 47 citado, descartada arbitrariamente -según dijo- por el tribunal de casación (v. fs. 232 vta.).

Seguidamente, consideró que al no haberse acreditado los elementos del tipo que fue aplicado al caso, correspondía hacer lugar al planteo de adecuación del grado de participación reprochable a su asistida, con la consiguiente modificación del encuadre legal bajo cualquiera de las modalidades descriptas precedentemente y de conformidad con lo normado en el art. 47 del Código de fondo (v. fs. 233).

Por otro lado, reclamó la aplicación del art. 1 tercer párrafo del Código Procesal Penal en línea con el art. 47 citado, pues "...en el contexto de maltrato infantil que se endilga, el resultado que a todo evento A. pudo conocer -y hasta inclusive podría sostenerse que en su caso 'quisiera', a través de su reprochada inactividad o impulso de un curso causal o acción salvadora- es el delito de lesiones graves calificadas por el vínculo de conformidad con el art. 90 en función de lo dispuesto por los arts. 92 y 80 inciso primero del CP" (fs. 233 y vta.).

A su vez, aclaró que dichos planteos no fueron abordados por casación al haberlos considerado un agravio



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

extemporáneo, decisión que también cuestionó por este medio (v. fs. 233 vta.).

Por todo ello, insistió con que -de modo subsidiario- se aplique lo normado en el art. 47 del Código Penal y el hecho se encasille como abandono de persona agravado por el vínculo (art. 106 primer párrafo, con relación al art. 107, ambos del Cód. Penal; v. fs. cit.).

También de manera subsidiaria, solicitó la recalificación en los términos de los arts. 90 y 92 del Código Penal, en función del art. 80 inc. 1; en su defecto, pidió la aplicación de la figura de abandono de personas doblemente agravado, por el vínculo y por el resultado grave daño en el cuerpo o en la salud (conf. arts. 106 segundo párrafo y 107, Cód. Penal); y finalmente, el encuadre en la figura de abandono de personas doblemente agravado, por el vínculo y por el resultado muerte (conf. arts. 106 tercer párrafo y 107, Cód. Penal); todas consideraciones que -según adujo- fueron rechazadas por el tribunal de casación por aplicación del art. 451 del Código Procesal Penal (v. fs. 234 vta.).

En otro orden, consideró que el resultado muerte podría reprochársele a su asistida desde una estructura preterintencional, adjudicándole el dolo de lesiones y, mediante comisión por omisión, ser condenada en los términos del art. 81 inc. 1 apartado "b" en función de lo dispuesto por el art. 82, ambos del Código Penal (v. fs. 235 vta.).

Seguidamente, en cuanto a la conducta atribuida

en virtud de lo dispuesto por el art. 133 del Código Penal, insistió con la absolución de A. y, subsidiariamente, pidió la inconstitucionalidad de esa norma; agravio que -dijo- si bien fue abordado por el tribunal revisor, no fue tratado con el alcance que le era debido, pues casación se limitó a analizar lo concerniente al planteo constitucional (v. fs. 235 vta./236 vta.).

Agregó a lo expuesto, la necesidad de desaplicar la norma cuestionada y absolver a G. A. A. en el ilícito contra la integridad sexual por la falta de acreditación del verbo típico "cooperar" o, en su defecto, encuadrar dicha figura en un concurso ideal (art. 54, Cód. Penal) con el abandono de personas agravado por el vínculo (v. fs. 236 y vta.).

Destacó que su defendida nunca supo que M. P. abusaría de su hijo, no lo previó ni advirtió en ese momento; por tanto, consideró que las conclusiones esgrimidas en ese aspecto por el tribunal de juicio y por casación fueron el resultado de meras inferencias que no pueden extraerse para condenar a G. A. A., por lo que corresponde su absolución o la declaración de inconstitucionalidad del art. 133 del Código Penal (v. fs. 237 vta.).

A modo de síntesis, la defensa pidió de manera liminar la absolución de G. A. A.; subsidiariamente, solicitó se recalifique el suceso en los términos del art. 106 primer párrafo del Código Penal (conf. art. 47 y agravado por el art. 107, ambos del Cód. cit.); en su defecto, y de mantenerse la estructura de comisión por



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

omisión, reclamó que se encuadre el hecho como lesiones graves agravadas por el vínculo y por el resultado - peligro para la vida- (conf. arts. 90 y 92, Cód. Penal, el último en función de lo dispuesto por el art. 80 inc. 1 del digesto sustantivo); luego, retomó la línea argumentativa del delito de peligro (art. 106 segundo o tercer párrafo, agravado por el art. 107, ambos del Cód. Penal); en subsidio, solicitó la aplicación de los arts. 81 inc. 1 apartado "b" y 82 del Código Penal; finalmente, con relación al citado art. 47 del Código Penal, vinculado al agravio sobre la participación de su defendida y con lo dispuesto por el art. 133, requirió la absolución de A. o, en su defecto, la declaración de inconstitucionalidad del art. 133, o su desaplicación por estimación de lo normado por los arts. 54, 106 y 107, todos del Código Penal (v. fs. 237 vta. y 238).

Finalmente, aclaró que en todos los supuestos mencionados la pena a imponer debía ser idéntica o cercana al mínimo legal (v. fs. 239 vta.).

I.4. Por último, tachó de arbitrario el rechazo por parte del tribunal revisor del agravio vinculado a la pena de reclusión perpetua (v. fs. 238 vta. y 239).

En ese sentido, refirió que la defensa había requerido ante casación la adecuación de la pena, denunciado la irrazonabilidad de la reclusión perpetua por falta de proporcionalidad y su inconstitucionalidad, planteos que -según afirmó- tuvieron de parte del tribunal revisor una respuesta "general", "sin manifestar nada en concreto", al punto que ni siquiera fueron "referenciados" (v. fs. 239).

Solicitó que, ante la eventualidad de fijar una pena temporal de conformidad a la recalificación propuesta por esa parte, se imponga a A. una sanción de menor entidad adecuada a su culpabilidad, idéntica o cercana al mínimo de la escala penal aplicable; en su defecto, dejó planteada la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 80 del Código Penal o su inaplicabilidad al caso (v. fs. 240).

Con relación a la pena de reclusión perpetua, agregó que una eventual resocialización sería alcanzada a una edad muy avanzada, por ende, carecería de virtualidad en los hechos e implicaría que la pena privativa de la libertad fuese un mero encierro (v. fs. cit.).

Consideró que una pena como la perpetua resulta desmesurada y configura una decisión arbitraria (conf. precedente de esta Corte, causa P. 81.527, sent. de 9-X-2003).

En cuanto a la inconstitucionalidad de la pena perpetua, señaló que aquella no permite a quien juzga diferenciar entre sujetos ni hechos de diversas características o envergadura, además de violar los arts. 16 de la Constitución nacional y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (casos "Hilaire, Constantine y Benjamin" y "Boyce", CIDH; v. fs. 241 y vta.).

Asimismo, reclamó una interpretación constitucional y a favor de la persona condenada del art. 80 del Código Penal, y propuso un máximo de veinticinco años de privación de la libertad tomando en cuenta el Estatuto de Roma (ratificado por ley 26.200), que impone



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

un máximo de sanción para los delitos de genocidio y violación reiterada e indiscriminada a los derechos humanos de treinta años de prisión (v. fs. 241 vta./242 vta.).

Desde otro andarivel, refirió que la pena de reclusión se encuentra virtualmente derogada del sistema penal argentino conforme lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Esquivel Barrionuevo" y "Méndez, Nancy Noemí" (v. fs. 242 vta. y 243).

II. El señor Procurador General al emitir su dictamen aconsejó rechazar el recurso interpuesto (v. fs. 274/285).

III. De conformidad con el auto de admisibilidad que luce a fs. 254/258, el recurso extraordinario fue concedido de manera parcial a fin de abordar los agravios vinculados con la ley sustantiva, pregonando con ello la aplicación subsidiaria de otras figuras penales más benévolas (v. especialmente fs. 257 vta.).

IV. En el acotado marco de admisibilidad concedido, coincido con la postura del señor Procurador General y considero que el recurso no prospera.

V. En lo que importa destacar para el caso, el tribunal del juicio tuvo por acreditados los hechos que se describen a continuación.

Antecedentes de la muerte de R. M. A.: "Aproximadamente desde el mes de agosto del año 2014, las docentes de la Escuela Primaria n° 27, ubicada en calle 4 y 611 de La Plata observaron que el alumno R. M. A. de

siete años de edad concurría al establecimiento, en el turno de la mañana, con lesiones en su cuerpo y diferentes clases de hematomas. Al ser citada en una oportunidad su madre, esta concurrió con su pareja y este último reconoció haberle pegado con el cinturón excusándose en que R. le había sacado dinero. Durante el transcurso del año 2014 y en el ciclo lectivo del 2015 continuaron apareciendo lesiones en el cuerpo del menor, por lo que las docentes nuevamente volvieron a citar a la mamá, quien manifestó que en su casa 'estaban todos bien y los nenes eran felices'. Finalmente, aproximadamente en el mes de julio del año 2015, R. M. A. ingresó al colegio con fractura de húmero y al poco tiempo con hematomas en la parte posterior y anterior del cuello, lo que ocasionó que la directora del establecimiento efectuara la denuncia penal el día 6 de octubre de 2015, y originó que R. y su hermano dejaran de concurrir por un tiempo al mismo. La última vez que R. concurrió a la escuela fue el día lunes 2 de noviembre de 2015. En dicha oportunidad estaba muy ojeroso pero no tenía marcas visibles de lesiones en su cuerpo" (fs. 29 y vta., sent. de condena, leg. cas. n° 94.752).

Muerte, lesiones y abuso del niño R. M. A.: "El 3 de noviembre de 2015, en horas de la madrugada, R. M. A. de 7 años de edad sufrió en el domicilio habitado por su madre y su pareja, ubicado en calle ... n° ... entre ... y ... de La Plata, un traumatismo abdominal cerrado producto de una patada o golpe de puño que le produjo un desgarramiento de la arteria mesentérica superior y plexos venosos pelvianos. También sufrió lesiones en el ano



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

compatibles con penetración de elemento duro y romo como pene en erección. Además tenía un hematoma subdural parieto occipital izquierdo, producido por un traumatismo de cráneo grave producto de más de un golpe en la cabeza y 20 hematomas, todos ellos de menos de 24 horas de evolución, cuyo mecanismo de producción es de origen traumático. Esa noche, en el domicilio solo se encontraban presentes su madre, su padrastro y su hermano I. de 11 años de edad, y la música sonó fuerte durante la noche y parte de la madrugada. Aquel día, a las 07.00 horas aproximadamente, la madre de R. intentó que fuera al colegio. A pocos metros de su domicilio R. se tambaleó, comenzó a llorar, y se cayó en dos oportunidades, por lo que regresó a su casa. A las 11.15 horas de la fecha mencionada, su madre y su padrastro trasladaron en un remis a R. M. A. al Hospital de Niños Sor María Ludovica, ubicado en calle 14 y 66 de La Plata. Al ingreso, su madre sostuvo que el niño se había desvanecido luego de tomar agua. Las médicas del hospital constataron que el menor ingresó sin vida y que el fallecimiento dataría aproximadamente de dos horas antes producto de un paro cardiorrespiratorio, cianosis generalizada y midriasis paralítica bilateral. R. tenía hematomas en diferentes regiones del cuerpo: en región frontal derecha y pabellón auricular derecho, ambos codos, antebrazos y muñeca derecha, en el tórax en la región esternal y costal izquierda, en espina iliaca derecha y región tubo-inguino-escrotal y perineal, en ambas rodillas, en columna dorso lumbar. Además, presentaba distensión abdominal y cicatrices en ambos

glúteos de antigua data compatibles con quemaduras de cigarrillos, como así en la pierna derecha y tumefacción en la rodilla derecha. Por último, observaron dilatación anal" (hecho I; fs. 29 vta. y 30, sent. de condena).

En cuanto a la participación de A. G. A., el tribunal de origen sostuvo que "A. fue la persona que, madre de los niños R. e I., y frente a los hechos de maltratos físicos puestos en conocimiento por la escuela en presencia de su pareja, escuchó cómo este admitía haber golpeado a uno de sus hijos con un cinturón. También se ha probado que no se presentó ante las citaciones escolares en hechos ulteriores, y que negaba enfática y sistemáticamente todo tipo de agresiones hacia los chicos diciendo que 'estaban bien y eran una familia feliz'. Asimismo vecinos del lugar indicaron que frente a comunicaciones del sistema local de promoción y protección de derecho no respondía llamados de la puerta pese a encontrarse en la vivienda"; a su vez, el tribunal consideró que "...A. golpeó a los niños en la oportunidad descripta en la cuestión anterior, y luego de haber presenciado los golpes propinados por su conviviente a R. y el ataque sexual contra él perpetrado, coadyuvando pasivamente a la luz de las reducidas dimensiones de la precaria vivienda en la que todos vivían y sin llevar adelante maniobra de salvataje alguna, en horas de la mañana del día 3 de noviembre de 2015 y con total desprecio por su integridad, optó por llevarlo junto a su hermano hacia la parada de colectivos para tres horas más tarde, y luego de haber fallecido, decidir finalmente trasladarlo al Hospital de Niños cuando ya se encontraba



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

notoriamente cianótico" (fs. 46 vta. y 47, sent. de condena).

El suceso fue calificado como homicidio agravado por el vínculo en los términos del art. 80 inc. 1 del Código Penal, delito que se hizo concursar de modo real con el de cooperación en el abuso sexual con acceso carnal perpetrado por su pareja sobre su hijo R., en los términos del art. 133 del mismo cuerpo legal (hecho I; v. fs. 58).

V.1. Contra ello, interpuso recurso de casación la defensa oficial de G. A. A. (v. fs. 78/90 vta., leg. casatorio n° 94.752).

Denunció la errónea aplicación de los arts. 45 y 80 inc. 1, ambos del Código Penal, cuestionando la construcción realizada en torno a la aplicación de la figura de comisión por omisión; alegó inconvenientes en la argumentación del tribunal con sustento en la tesis doctrinaria de Silva Sánchez; sostuvo que esa posición presenta problemas referentes a la limitación de la punibilidad y a que se trata de omisiones que no muestran una identidad estructural con la comisión, por lo que no se puede establecer el vínculo de imputación con el resultado sin vulnerar el principio de legalidad; afirmó que se incurrió en analogía *in malam partem*; sostuvo una ausencia de tipificación de la conducta que conllevó a una extensión desmedida de los delitos de comisión por omisión; denunció violación a las reglas probatorias con relación a la autoría atribuida; planteó la inconstitucionalidad del art. 133 del Código Penal y finalmente se agravió de la pena de reclusión impuesta a

su defendida.

El señor defensor oficial adjunto ante la instancia intermedia acompañó el memorial respectivo a favor de la nombrada (v. fs. 147/163 vta., leg. casatorio n° 94.722).

V.2. A su turno, el Tribunal de Casación Penal abordó los recursos deducidos por las defensas de J. A. M. P. (legajo n° 94.722) y G. A. A. (legajo n° 94.752); dio tratamiento a los agravios de la imputada en el apartado II de la sentencia (v. fs. 192 y sigs.).

Luego de descartar el planteo vinculado con la errónea valoración probatoria (v. fs. 192/194), se ocupó de las figuras de comisión por omisión (v. fs. 194).

Comenzó por señalar que el tribunal de origen realizó una distinción entre los delitos de omisión propia y los de omisión impropia, y resaltó que los últimos eran los que interesaban para el caso. Dijo que el órgano de mérito refirió, también, que los delitos propios de omisión contienen un mandato de acción sin tener en cuenta si la acción ejecutada evitó o no la lesión del bien jurídico, mientras que los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado; puso de relieve que los delitos impropios de omisión son delitos especiales, puesto que para ser autor no basta que se haya omitido realizar una conducta tendiente a impedir la producción de un resultado pudiendo hacerlo, sino que además se exige la existencia de un deber jurídico que fundamente la obligación del sujeto activo de evitar la lesión a ese bien jurídico, es decir, una estrecha relación entre el omitente y el bien



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

jurídico tutelado (posición de garante); argumentó que para poder adjudicarle al omitente un tipo comisivo de la parte especial es necesario hallar una identidad material y estructural entre la acción y la omisión, identidad que solo puede encontrarse en el plano normativo (v. fs. 194 vta.).

En cuanto al planteo de la defensa sobre la violación al principio de legalidad, en el entendimiento de que el omitente "no mata" pero se lo castiga como si matase, pues su no evitación de un resultado (muerte) muestra una equivalencia con "matar", casación señaló que "...no es necesaria una verdadera causalidad entre la omisión y el resultado", argumento que acompañó con doctrina de autores y con lo resuelto por esta Suprema Corte en el precedente P. 120.176, sentencia de 21-IX-2016 (v. fs. 195 vta. y 196).

Realizó precisiones sobre la teoría de la posición de garante; destacó que las quejas de la parte recurrente ya habían sido tratadas y se habían brindado razones por las cuales dogmáticamente se puede atribuir la responsabilidad a quien omite por la muerte de una determinada persona, sin que ello implique violación al principio de legalidad (v. fs. 197/198).

Refirió que según Sancinetti "...los tipos de omisión no es que no están escritos, sino que [...] sí lo están y para ello debe acudirse a la interpretación. El tipo de la interpretación alcanza a toda no evitación (por acción u omisión) de todo garante obligado a evitar", y siguiendo ese orden de ideas "...la comisión activa y la comisión por omisión resultan ontológicamente

distintas, pero según el criterio normativo con el que se lo interprete se hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como de dominio sobre el riesgo típico" (fs. 198).

A partir de ello, el tribunal de casación estimó que una omisión y una comisión pueden integrarse en una misma descripción típica debido a que "...en los tipos penales de la parte especial del código sustantivo se estipula una norma de prohibición de conductas que entrañen riesgos relevantes para esferas de bienes jurídicos ajenos", y que "...tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble, a saber, por un lado, la creación por medio de un movimiento corporal de ese riesgo (comisión activa), y por el otro, la de asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena unida a la afectación del compromiso adquirido (comisión por omisión)"; de tal manera, señaló que no podía compartir lo expuesto por la defensa al referir que la sanción impuesta resultaba desproporcionada teniendo en cuenta que no hubo en la conducta de A. causalidad en relación al resultado (v. fs. 198 vta.).

Además, consideró innecesaria la inclusión de una cláusula legal en la parte general del Código Penal que habilite la conversión de una omisión en una acción pues "...la interpretación de los tipos permite la inclusión de las omisiones, siempre que el sujeto, ya sea por función de protección de un bien jurídico o por la función de control de una fuente de peligro, no evite que



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

el riesgo se realice en el resultado" (fs. 199 vta.).

En cuanto a los inconvenientes en la limitación de la punibilidad denunciados por la defensa, el revisor destacó que "...si se argumentó y explicó respecto a la identidad estructural entre las figuras de comisión y de comisión por omisión no es coherente esperar otra punibilidad (reproche). De allí, que la sanción que fuera impuesta a la encartada guarda correspondencia [con] la estipulada en la parte especial del código de fondo establecida en el caso por el art. 80 inc. 1 del C.P." (fs. 199 vta.).

Seguidamente, agregó que G. A. A. "...se encontraba en el momento en que M. P. le otorgó a R. M. A. la golpiza que determinó su deceso como así también abusó sexualmente del menor"; "...durante esa fatídica madrugada la acusada -garante de la integridad de su hijo- estuvo allí y se mantuvo inerte sin intervenir para evitar el resultado fatal", es decir "...desobedeció su mandato de acción, obvió la asistencia derivada de su rol de madre en el contexto de violencia doméstica que padeció no solo R., sino también su otro hijo I. quien también fue víctima de las agresiones que se suscitaron". En conclusión, señaló que "...la madre quien era garante del menor debió actuar a modo de barrera de contención del riesgo que creó M. P. con su accionar" (fs. 200).

Con relación a la posición de garante, se refirió nuevamente al precedente P. 120.176 de esta Corte; destacó que "...la acusada debió actuar -pudiendo hacerlo, y no lo hizo- en auxilio de su propio hijo ante la golpiza mortal y el abuso que cometió su pareja en la

residencia que compartía junto a él", y consideró que la gravedad manifiesta de la omisión ponía en evidencia la imposibilidad de aplicar el art. 47 del Código Penal tal y como lo había solicitado el defensor oficial en su memorial (v. fs. 200 y vta.).

Agregó que el aspecto subjetivo de las figuras contra los bienes jurídicos vida e integridad sexual resultó cabalmente cumplido, en tanto la decisión de permanecer absolutamente inerte y pasiva en el hecho en el que estuvo presente aquella madrugada -golpiza que causó la muerte y abuso sexual con acceso carnal- configura una omisión inequívocamente dolosa, a lo que sumó la figura de garante de la acusada respecto a la posición de sus dos hijos (v. fs. 200 vta.).

Por otro lado, descartó la pretensión de la defensa de recalificar el hecho en las previsiones del art. 81 inc. 1 apartado "b" del Código Penal (v. fs. 201), como también en los términos del art. 106 de esa misma norma, al considerar que "...el riesgo que se puso de resalto aquella madrugada resultó un peligro indubitable concreto, dejando de lado cualquier vacilación al respecto sobre la clase de riesgo que imperaba en esa secuencia" (fs. 201/202).

Asimismo, refrendó que la imputada pudo intervenir en el hecho, y no lo hizo. Para ello, recordó los argumentos brindados por el tribunal de grado para desechar que A. haya sido víctima de violencia de género. En primer lugar, que se comprobó que ella también maltrataba a sus hijos, que se negó a la intervención estatal que podría haberlos asistido y que "su pasividad



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

resultó indubitable"; en segundo lugar, que los médicos psiquiatras que la examinaron, doctores Fortes y Capurro, no detectaron ningún síntoma de mujer maltratada (v. fs. 202).

Por todo lo expuesto, casación concluyó en que las observaciones efectuadas por la defensa respecto a la figura de la comisión por omisión resultaban improcedentes, y mantuvo incólume lo resuelto por el tribunal de origen (v. fs. 202 vta.).

VI. Preliminarmente, cabe señalar que esta Corte sostuvo, en el precedente P. 120.176, que la problemática inmersa en los delitos de comisión por omisión y su eventual confronte con el principio de legalidad (v. planteo desarrollado en el punto I.2) está dado, básicamente y a modo de resumen, en que no es lo mismo "matar" que "dejar morir", a lo cual algunos, no pocos, agregan que no existe en nuestro ordenamiento jurídico cláusula legal alguna que determine que no evitar un resultado típico resulte simétrico a causarlo. Sin perjuicio de ello, en dicho precedente se concluyó que esta clase de delitos no transgrede el principio de legalidad y que tampoco es necesaria una cláusula de equivalencia en la parte general.

VI.1. Superada la cuestión anterior, es decir que no existe transgresión al principio de legalidad ni se advierten impedimentos para que un delito de resultado pueda ser llevado a cabo bajo la forma de comisión por omisión, cabe ahora determinar por qué la condena impuesta a G. A. A. por los delitos de homicidio agravado por el vínculo y cooperación en el abuso sexual con

acceso carnal perpetrado por el coimputado en perjuicio de su hijo R., decisión avalada por el Tribunal de Casación Penal, debe ser confirmada.

VI.2. De acuerdo con la reseña efectuada en el apartado V, a G. A. A. se le atribuye haber presenciado los brutales golpes propinados por su conviviente a su hijo R., como también el ataque sexual perpetrado contra él, coadyuvando pasivamente a la luz de las reducidas dimensiones de la precaria vivienda en la que todos vivían y sin llevar adelante maniobra de salvataje alguna, además de que en horas de la mañana del día 3 de noviembre de 2015 y con total desprecio por su integridad, optó por llevarlo junto a su hermano hacia la parada de colectivos para tres horas más tarde, y luego de haber fallecido, decidir finalmente trasladarlo al hospital (v. fs. 47, sent. de condena).

Cabe señalar que la imputada es madre del niño víctima, y de allí, la propia ley es la que fija su posición de garante de conformidad con el Código Civil y Comercial.

Sobre el particular y sin perjuicio de otro tipo de consideraciones que podrían efectuarse, pero que excederían el marco de la materia que nos convoca, entiendo prudente destacar la incorporación hecha por el Código Civil y Comercial cuando en su art. 647 establece en cuanto a los derechos y deberes de los progenitores la "prohibición de malos tratos". Allí "Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes". Esta



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

incorporación erradica de manera expresa toda clase o tipo de maltrato contra niñas, niños y adolescentes.

De conformidad con lo actuado, se tuvo por probado que la imputada se encontraba presente en el momento en que M. P. -su pareja- sometió a R. M. A. a una brutal golpiza que determinó finalmente su deceso, así como también cuando abusó sexualmente del niño, y que frente a ese cuadro de situación, la nombrada se mantuvo inerte sin acudir -pudiendo hacerlo, y no lo hizo- en auxilio de su hijo, todo ello en un contexto de violencia doméstica que el niño venía padeciendo desde tiempo atrás.

Es decir que G. A. A. optó por no intervenir obviando la asistencia debida que por su rol de madre del niño R. debió haber ejercido, y su pasividad fue determinante para el desenlace fatal.

Al derrotero señalado, cabe agregar que en horas de la mañana del día 3 de noviembre de 2015 la imputada -como en otras ocasiones- hizo de cuenta que nada había pasado e intentó llevar a R. y a su hermano I. al colegio, lo que no ocurrió porque R. se descompensó; y que tres horas más tarde, y luego de haber fallecido el niño, lo trasladó junto a su pareja al Hospital de Niños de La Plata.

Por otro lado, en la propia sentencia de condena, convalidada por casación, se descartó de manera fundada una posible inacción de G. A. A. con motivo de una situación de violencia o maltrato hacia ella por parte de M. P..

El sentenciante dijo al respecto: "El relato

efectuado por A. G. A. tendiente a mejorar su comprometida situación procesal no es creíble en aquellos aspectos en los cuales manifiesta ser víctima de violencia por parte de M. P., lo que ocasionaba que no pudiera defender por dicha circunstancia a sus hijos. Tampoco es creíble cuando afirma que el único que los golpeaba era su pareja [...] A. claramente maltrataba a sus hijos, pues los dichos de los vecinos en este sentido son contundentes. También se negaba a toda intervención que desde el Estado pudiese asistir semejante maltrato..." (fs. 50 y vta.; v. también fs. 193 y vta. y 202). Sumó a ello las conclusiones del examen pericial realizado por los doctores Capurro y Fortes, del que no surgieron síntomas compatibles con la situación de violencia de género narrada por A. (v. fs. 50 vta. y 51; también fs. 202).

En definitiva, descartado entonces que la inacción de A. hubiese sido consecuencia de una eventual violencia ejercida por M. P. que hubiese significado una disminución en su capacidad de autodeterminación, se puede afirmar que la imputada -pudiendo hacerlo- no actuó en defensa de su hijo ante la mortal golpiza y el abuso sexual que su pareja llevó a cabo sobre R., con un riesgo cierto de muerte, coadyuvando a ello su actitud posterior al intentar llevarlo junto a su hermano hasta la parada de colectivos para que concurriera al colegio, desobedeciendo un mandato de acción; sumado todo ello a que -según se tuvo por acreditado- la imputada estaba al tanto de los castigos físicos que sufría el niño al punto que ella misma también ejercía violencia sobre aquel, y



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

que incluso obstaculizó la asistencia de parte del Estado ante tal situación.

VI.3. Los fundamentos expuestos precedentemente constituyen respuesta suficiente a los planteos de la defensa reseñados en el apartado I.2, por lo que cabe su rechazo.

VII. Los agravios subsidiarios tampoco son de recibo.

VII.1.a. En lo concerniente a la aplicación de la figura contenida en el art. 106 del Código Penal -en cualquiera de sus párrafos- con relación al art. 107 del Código de fondo, el Tribunal de Casación Penal descartó análogo planteo llevado por el defensor oficial en el memorial de fs. 147/163 vta.; para ello se valió del precedente P. 120.176 de esta Suprema Corte, y destacó las consideraciones vertidas por el autor Marcelo Sancinetti: "...con frecuencia se confunden los casos de omisión de socorrer a quien uno está obligado a cuidar, resultando la muerte (art. 79 del C.P.), con el delito de abandono de personas (art. 106 del C.P.). Es un error pensar lo siguiente: toda omisión en posición de garante en perjuicio de persona determinada es siempre abandono de persona. Y es correcto pensar lo siguiente: en ciertas condiciones, las omisiones en posición de garante pueden significar un delito de homicidio por omisión (art. 79 del C.P.) o bien lesiones por omisión (arts. 89 y ss. del C.P.). Lo determinante para distinguir entre delitos de resultado directo de lesión contra la persona (homicidio-lesiones) y el delito de abandono de personas es la clase de riesgo creado o desatado al momento de cada hecho.

Para el delito de abandono de persona, el riesgo existente al momento de exposición tiene que ser aún un riesgo 'abierto' o 'general', en el que los cursos que pueden llegar a afectar al abandonado son diversos. En cambio, si el 'abandono' se produce cuando la víctima puede morir de un riesgo definido que ya está declarado como peligro concreto por medio de un curso determinado, el hecho encuadra en el homicidio por omisión..." (fs. 201/202).

Para el tribunal revisor, no quedaron dudas de que el riesgo que se puso de resalto en la madrugada de los hechos fue un peligro "indubitadamente concreto", dejando de lado cualquier vacilación al respecto sobre la clase de riesgo que imperaba en esa secuencia; por tal motivo, descartó la posibilidad de aplicar al caso la figura contemplada en el art. 106 del Código Penal (v. fs. 202)

VII.1.b. El recurrente se desentiende de todo lo expuesto, e insiste con la pretensión de recalificar el hecho como abandono de persona en los mismos términos que lo llevado en el memorial ante la instancia revisora (art. 495, CPP).

Por otro lado, comparto lo manifestado por el señor Procurador General en su dictamen (v. fs. 280 y vta.), en cuanto a que el tribunal casatorio abordó similar planteo sin discriminar en la contestación sobre los diferentes párrafos de la norma aludidos por la defensa, por lo que la respuesta resultó abarcativa de todos los supuestos del art. 106 citado (art. 495, CPP).

VII.2.a. Tampoco prospera la solicitud de



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

aplicar lo dispuesto por el art. 47 del Código Penal; el planteo es insuficiente (art. 495, CPP).

El tribunal de casación sostuvo al respecto que "La gravedad de la omisión resulta elocuente. Y esa gravedad exhibe identidad estructural y valorativa con los hechos comisivos, lo que permite que el resultado lesivo trascendente -no evitado- se impute a A. G. A. en idéntica medida que a la creación activa del riesgo. En ese sentido, la gravedad manifiesta pone en evidencia la imposibilidad de dar aplicación a los preceptos del art. 47 del C.P. tal como lo encomienda el Dr. Sureda en su memorial" (fs. 200 vta.).

VII.2.b. La defensa se limitó a insistir de modo dogmático con que G. A. A. no debió responder por el exceso en el obrar del autor -sea en el resultado muerte o en el abuso sexual- desatendiendo los particulares argumentos del tribunal de casación en torno a que la gravedad de la omisión resultó "elocuente" y que exhibió "identidad estructural" y "valorativa" con los hechos comisivos. Media, pues, insuficiencia (art. 495, CPP).

VII.3. En el mismo sentido, coincido con el señor Procurador General por cuanto al haberse acreditado la omisión dolosa de parte de G. A. A., la petición de la defensa de recalificar el suceso desde la perspectiva preterintencional de conformidad con lo dispuesto por los arts. 81 inc. 1 apartado "b" y 82 del Código Penal no puede prosperar (art. 495, CPP).

El tribunal revisor también descartó esa posibilidad al mencionar que "El dolo claramente abarca las figuras penales escogidas por el órgano juzgador sin

que hagan mella particularmente las alegaciones del Defensor Adjunto ante [la] Alzada (Dr. Sureda) en su memorial" (fs. 200 vta.).

Recordemos que casación había sostenido que el aspecto subjetivo de las figuras contra los bienes jurídicos vida e integridad sexual resultó cabalmente cumplido, pues "...la decisión de permanecer absolutamente inerte y pasiva en el hecho en el que estuviera presente aquella madrugada -golpiza que causó la muerte y abuso sexual con acceso carnal-, configur[ó] una omisión inequívocamente dolosa, a lo que se aduna la figura de garante de la encartada respecto a la posición de sus dos hijos" (fs. cit.).

El recurrente insiste con la pretensión que, como se vio, ya había sido descartada por el tribunal revisor. Media insuficiencia (art. 495, cit.).

VII.4. El pedido subsidiario vinculado con la aplicación del art. 90 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1, todos del Código Penal, y a todo evento del art. 106, párrafos segundo y tercero, con relación al art. 107, también del Código de fondo -sin perjuicio de lo expuesto en el apartado VII.1-, tampoco ha de prosperar.

Respecto a dichos planteos llevados por el señor defensor oficial en el memorial respectivo (v. fs. 147/163 vta.), el tribunal de casación sostuvo eran extemporáneos (v. fs. 204 vta./208 vta.).

En tal sentido, este Tribunal tiene dicho que la última parte del apartado cuarto del art. 451 del ritual (conf. ley 14.295) marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

del recurso. Una vez vencido ese término el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos.

Las posteriores ocasiones procesales -en especial, la audiencia prevista en el art. 458 del Código Procesal Penal- están contempladas para que se complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el tribunal de casación debe ejercer su control de legalidad (doctr. art. 451, tercer párrafo, CPP; causas P. 78.901, sent. de 7-XI-2001; P. 75.534, sent. de 21-XI-2001; P. 77.329, sent. de 10-IX-2003; P. 81.725, sent. de 16-IX-2003; P. 83.841, sent. de 9-X-2003; P. 89.368, sent. de 22-XII-2004; P. 98.419, sent. de 16-IV-2008; P. 123.704, sent. de 17-X-2018; y más recientemente, P. 133.529, sent. de 12-VII-2021; e.o.).

VII.5.a. Tampoco ha de correr mejor suerte el agravio contra lo dispuesto en el art. 133 del Código Penal.

Al respecto, el tribunal de casación sostuvo que dicha norma tiene como fin un incremento de la escala penal, equiparando la participación secundaria a la punibilidad prevista por el art. 45 del Código Penal; luego, aclaró que no compartía la aplicación del art. 133 al caso por considerar que "...no hubo una participación secundaria de la encartada en el abuso, sino una intervención más gravosa", pero que por el alcance del art. 435 del Código Procesal Penal estaba obligado a dejarla inalterable (v. fs. 202 vta.).

Seguidamente, abordó la petición de declarar la inconstitucionalidad del art. 133 y la rechazó debido a

que la parte no logró demostrar en el caso concreto que su aplicación le hubiese ocasionado algún menoscabo a derecho o garantía prevista en la Constitución nacional (v. fs. 203 y vta.).

A su vez, sostuvo que "El agravamiento de la pena previsto por el art. 133 del C.P. ostenta un fundamento válido. En efecto, los aportes realizados son más reprochables precisamente por la confianza o temor que inspiran a la víctima, y por ello merece[n] un reproche mayor. El fundamento de mayor culpabilidad puede explicarse desde que el partícipe realiza otros males, más allá del que provoca con el hecho de la cooperación en el propio abuso, extendiendo la lesividad material de la conducta a partir de la confianza que impera en la relación parental. Es decir, resulta justificada la agravación de la pena, en la medida que implica un mayor contenido de injusto que el sujeto haya intervenido valiéndose de esa mayor confianza o relación [de] preeminencia que pueda ostentar con la presunta víctima. Es que esa relación de parentesco puede contribuir a la anulación del libre consentimiento de la víctima. Así las cosas, el fundamento de un mayor reproche tiene sus argumentos atendibles para establecer una pena mayor a los partícipes secundarios". En razón de ello, no detectó violación alguna al principio de culpabilidad, "...pues en rigor se castiga al sujeto por un vínculo subjetivo íntimamente ligado a la imputación del resultado lesivo que implica un plus respecto de la mera causación del daño" (fs. 203 vta. y 204).

No encontró reparos para fundar la severidad



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

del reproche estipulado en el art. 133 del Código Penal remitiéndose a los argumentos del inc. "b" cuarto párrafo del art. 119, debido a que en ambos casos el fundamento legal de la mayor culpabilidad es simétrico. Citó doctrina que establece, con sustento en la experiencia y la psicología, que no es lo mismo un abuso sexual por parte de un desconocido que el llevado a cabo por un pariente cercano (v. fs. 204).

VII.5.b. Comparto lo dictaminado por la Procuración General. En el caso, la defensa de A. no consideró los particulares fundamentos brindados por el tribunal de casación, quien entendió que los aportes realizados resultaban aún más reprochables por la especial cualidad de parentesco entre la acusada y su hijo, basado en la confianza o relación de preeminencia que ostentaba con el niño, y que ello contribuyó a la anulación del libre consentimiento, a lo que sumó el plus o la huella que el resultado deja en la psiquis de la víctima, lo cual permite el aumento punitivo para los que cooperen en la perpetración de los delitos, igualando la pena con la que correspondería aplicar a los autores. La defensa solo expone su criterio personal contrario al del órgano revisor con sustento en la vulneración a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas (art. 495, CPP).

Cabe agregar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del ordenamiento

jurídico (conf. CSJN Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920; e.o.), y no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados (conf. CSJN Fallos: 315:923; 321:441 y cons. 21° del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Boggiano y Maqueda, *in re* "Provincia de San Luis v. Estado Nacional s/ acción de amparo", sent. de 5-III-2003).

En tales términos, su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, al extremo de proponer un análisis inequívoco y exhaustivo del problema, de modo tal que si el recurrente no demuestra cuál es el alcance de sus derechos y por qué razones cree que lo actuado por quienes legislan es incorrecto, no cabe atenderlo (conf. CSJN Fallos: 306:1597 y, en especial, 325:1201, *in re* "T.V. Resistencia S.A.I.F. v. L.S. 88 T.V. Canal 11 Formosa s/ daños y perjuicios", sent. de 28-V-2002, disidencia del doctor Adolfo R. Vázquez, cons. 8°; SCBA causa P. 100.629, sent. de 6-V-2009; e.o.).

En este orden de ideas, los cuestionamientos traídos por la defensa para atacar lo resuelto por el tribunal intermedio -como se dijo- no pasan de una interpretación distinta de la norma en trato, que no demuestran de modo inequívoco su contrariedad con la Constitución nacional (art. 495, CPP).

VII.6.a. Por último, el tribunal de casación



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

abordó conjuntamente los agravios de las defensas de A. y de M. P. sobre la vigencia y constitucionalidad de la pena de reclusión (v. fs. 208 vta./210 vta.).

En ese sentido, expuso que la pena de reclusión sigue vigente en el Código Penal, desde que el art. 5 la prevé sin que hubiese sido derogada, mientras que el art. 57 del citado cuerpo de normas considera a dicha pena como la más grave contenida en el derecho penal argentino.

Agregó que pese a la sanción de la ley nacional de ejecución n° 24.660 subsisten dos especies de pena privativa de la libertad (prisión y reclusión), que se encuentran plasmadas en los arts. 13, 26, 44 y 46 del Código de fondo, en donde se establecen diferencias entre los alcances de uno y otro instituto, brindando claros ejemplos del tratamiento diferenciado entre ellos, más allá de que en la práctica la ejecución diaria de ambas penas resulte idéntica.

Señaló que la interpretación de la parte resulta desacertada, porque lo que declaró inconstitucional la Corte nacional fue el cómputo diferenciado que se hacía por medio de las disposiciones del art. 24 del Código Penal en cuanto a una forma más gravosa de considerar la prisión preventiva.

Concluyó en que al estar vigentes los criterios diferenciadores entre ambas especies de pena, nada impide que se otorguen a unos -las personas condenadas a prisión- ciertas concesiones que no se confieren a quienes no están en análoga situación -las personas condenadas a reclusión-, y que ello no violenta el

principio de igualdad (art. 16, Const. nac.); en apoyo de su postura, citó diferentes fallos de esta Suprema Corte (causas P. 68.706; P. 102.332; P. 106.416; e.o.; v. fs. 208 vta./209 vta.).

VII.6.b. Tal criterio resulta concordante con la doctrina de esta Suprema Corte (causas P. 102.332, sent. de 22-IV-2009; P. 103.198, sent. de 28-X-2009; e.o.) según la cual la tácita derogación de los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal, como consecuencia de la sanción de la ley 24.660, y por ende de las diferencias en la forma de ejecutar las penas de reclusión y prisión, en modo alguno pone en jaque el distinto tratamiento que las disposiciones de fondo dan a determinados institutos de la parte general del Código Penal.

El mantenimiento de la vigencia de los arts. 5 y 57 del mismo ordenamiento, la existencia de normas que dan cuenta de las diferencias entre dichas clases de pena a los fines de acceder a diferentes institutos (por ejemplo, los arts. 26, 44 y 46, Cód. Penal) y las múltiples reformas operadas en el Código Penal con posterioridad a la sanción de la ley de ejecución penal mediante las cuales se conminó con pena de reclusión a diversos tipos penales (leyes 25.061, 25.087, 25.188, 25.601, 25.742, 25.816, 25.882, 25.886, 25.890, 25.892, 25.893, 25.928, 26.394, 26.524, 26.791, 26.842, 27.352 y 27.401) demuestran que, pese a la identidad en su ejecución, siguen existiendo pautas sustantivas que denotan que la pena de reclusión es más onerosa que la de prisión (conf. causas P. 126.413, sent. de 23-V-2017; P. 132.969, sent. de 25-VIII-2020; e.o.).



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

Esta Corte, en el reciente fallo P. 133.869 (sent. de 5-VII-2021), afirmó que la reclusión es la pena más grave de las que componen el catálogo del Código Penal (art. 5), pues otros aspectos que no se relacionan directamente con las condiciones materiales en las que debe cumplirse, permiten distinguirla de la de prisión y acentúan ese cariz diferencial y más severo.

Corresponde añadir que en el precedente "Méndez" (CSJN Fallos: 328:137), se resolvió únicamente - luego de aclararse en el considerando 6° que no se abordaba la cuestión de la validez constitucional de la reclusión- la improcedencia de computarla en los términos del art. 24 del Código Penal ya que en lo que atañe al modo de ejecución -y no más que en este aspecto- dicha pena sí había sido virtualmente derogada por la ley 24.660 (cons. 8° de ese fallo y CSJN causa G.1711.XLI.RHE, "Gorosito Ibáñez", sent. de 11-IX-2007).

En consecuencia, los argumentos de la parte con sustento en la virtual derogación de la pena de reclusión quedan sin sustento y con ello el agravio decae.

Por otro lado, la pretensión de que la pena perpetua no supere los veinticinco años de prisión no posee agravio actual en tanto el asunto concierne a la etapa de ejecución de la condena y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cabe inferir que aun para el caso de las penas perpetuas deberá fijarse, eventual y oportunamente, el momento de su agotamiento (CSJN Fallos: 329:2440; SCBA, causas P. 84.479, sent. de 27-XII-2006; P. 94.377, sent. de 18-IV-2007; P. 126.330, sent. de 29-III-2017; e.o.); de modo

que no se advierte el interés actual que motiva el agravio (art. 421, CPP).

VIII. Nada de lo dicho hasta aquí implica desconocer las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato. El art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone claramente que: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo" y que "Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

A la luz de estos compromisos, el suceso analizado visibiliza graves falencias de los mecanismos de detección y actuación ante un caso grave de maltrato en la infancia por parte de distintos agentes estatales (escuela, sistema de protección de niñez, justicia penal



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

y de familia) que no pudieron proteger a R. ni tampoco a su hermano I..

Por ejemplo, de la sentencia de condena surge que ya en el año 2014 comenzaron a aparecer en el ámbito escolar señales de alerta e indicadores de maltrato de ambos niños, incluso lesiones en el cuerpo de R.. En algún momento entre el 2014 y el 2015, a instancias de la escuela, tomó intervención el Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia; pero ninguno de los profesionales del servicio local que trabajó el caso pudo siquiera ser ubicado para declarar en el juicio.

Los maltratos continuaron ocurriendo: en julio de 2015 R. apareció en el colegio con un brazo fracturado y hematomas en el cuello. Ello motivó a la directora del establecimiento educativo a formular una denuncia penal en el Destacamento Barrio Aeropuerto, que se efectivizó recién el 6 de octubre y que demoró, sin motivo que lo justifique, diecisiete días en ser enviada a la Unidad Fiscal de Investigación (UFI) interviniente, mientras que el fiscal se tomó seis días más para ordenar, como única medida investigativa, la "identificación de la progenitora y su pareja", pese a que -como consignó el tribunal de juicio- la documentación acompañada daba cuenta del maltrato crónico al que estaba expuesto R.. La medida dispuesta por el fiscal no solo no se cumplió, sino que cuatro días después se produjo el homicidio.

A su vez, también surge de la sentencia de grado que el destacamento policial que recibió la denuncia penal dio aviso al órgano zonal de protección y promoción de niñez de Villa Elvira y al juzgado de

familia en turno. Pese a ello, no se relevó actuación significativa de ninguno de los dos organismos.

En definitiva, estas fallas en la intervención judicial y asistencial, frente a sujetos vulnerables especialmente tutelados por el sistema internacional de derechos humanos y a las obligaciones asumidas por nuestro país, imponen la adopción de medidas por parte de esta Suprema Corte a los fines de cumplir con la garantía de no repetición. Por ello, corresponde: a) librar comunicación al poder administrador (Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, Dirección General de Cultura y Educación) con copia de las partes pertinentes del legajo y con la exhortación de evaluar si se aplicaron las guías y protocolos vigentes para que, en su caso, se adopten las medidas que resulten necesarias (por ej., modificación, adaptación de las existentes, capacitación y supervisión de los/as operadores/as, etc.); b) comunicar lo resuelto al señor Procurador General y a la Subsecretaría de Control Disciplinario, a los fines que puedan corresponder.

Voto por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan** y los señores Jueces doctores **Soria** y **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Torres, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador



*Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires*

General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en beneficio de G. A. A., con costas (conf. arts. 495, 496 y concs., CPP).

En virtud de lo dispuesto en el punto VIII del juez de primer voto, corresponde librar comunicación al poder administrador (Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, Dirección General de Cultura y Educación) con copia de las partes pertinentes de este legajo y con la exhortación de evaluar si en la presente se aplicaron las guías y protocolos vigentes para que, en su caso, se adopten las medidas que resulten necesarias (por ej., modificación, adaptación de las existentes, capacitación y supervisión de los/as operadores/as, etc.) y efectuar comunicación de lo resuelto al señor Procurador General y a la Subsecretaría de Control Disciplinario de esta Suprema Corte, a los fines que puedan corresponder.

Regístrese, notifíquese y devuélvase (conf. resol. Presidencia 10/20, art. 1 acápite 3 "c"; resol. SCBA 921/21).

Suscripto por el Actuario interviniente, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 29/11/2021 15:19:25 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 29/11/2021 17:11:36 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 30/11/2021 08:05:14 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 01/12/2021 09:21:37 - TORRES Sergio Gabriel -
JUEZ

Funcionario Firmante: 01/12/2021 09:54:13 - MARTÍNEZ ASTORINO
Roberto Daniel - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
253500288003655687

SECRETARIA PENAL - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS DE SUPREMA CORTE el
01/12/2021 13:51:34 hs. bajo el número RS-162-2021 por SP-ARCHUBY
PAULA VALERIA.