



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

### **ACUERDO**

La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los señores jueces doctores Ricardo Maidana, Daniel Carral y Víctor Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, de conformidad con lo establecido en la Ac. 3975/2020 de la SCBA, procede al dictado de sentencia en el marco de la Causa N° 129668 caratulada "FERNANDEZ BRENDA NAHIR S/RECURSO DE CASACIÓN", conforme al siguiente orden de votación: MAIDANA - CARRAL - VIOLINI.

### **ANTECEDENTES**

1. El 29 de agosto de 2022, el Tribunal en lo Criminal n° 9 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, en la causa n° 15693-18, condenó a **Brandon Damián González** a la pena de **prisión perpetua**, accesorias legales y costas, como autor responsable del delito de homicidio agravado por alevosía; y a **Brenda Nahir Fernández** a la pena de **dieciocho (18) años de prisión**, accesorias legales y costas, como autora responsable del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo, cometido el 28 de septiembre de 2018 en Monte Grande Partido de Esteban Echeverría en perjuicio de su hija menor Z.D. (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 80 inc. 2° , 106, primer y tercer párrafo, y 107 del C.P.).

2. Impugnada la decisión mediante recurso de casación por las Defensoras Oficiales Dras. Vanina Palermo, en representación de Brandon González, y Patricia Babio, en favor de Brenda Fernández, esta Sala dictó sentencia el 6 de junio de 2023. Rechazó el recurso interpuesto en favor de Brandon González -por unanimidad- e hizo lugar parcialmente al recurso a favor de Brenda Fernández -por mayoría. En el segmento de la pena se casó la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 9 de Lomas de Zamora, por falta de fundamentación, y se dispuso el reenvío para que otro tribunal, previa audiencia de cesura, determine la pena a imponer a la nombrada como autora de abandono de



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

persona seguido de muerte agravado por el vínculo.

3. El 23 de octubre de 2023, el Tribunal en lo Criminal n° 8 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, mediante integración de los Jueces Nicolás Amoroso, Alejandro Claudio Sgarlata y Gustavo César Ramilo (primer voto), resolvió luego de la audiencia de cesura condenar a **Brenda Nahir Fernández** a la pena de **diecisiete (17) años y seis (6) meses de prisión**, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 106 tercer párrafo y 107 del C.P.).

4. Contra esta última decisión, la Defensora Oficial Dra. Patricia Babio, dedujo recurso de casación (presentación electrónica del 01/11/23).

La causa ingresó a la Sala I de este Tribunal con fecha 1° de febrero de 2024, se encuentra en estado de dictar sentencia, por lo que se dispone plantear y resolver las siguientes

**CUESTIONES:**

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

A la **primera** cuestión planteada el señor juez, doctor **MAIDANA**, dijo:

El recurso fue interpuesto por quien se encuentra legitimada, en debido tiempo y contra un pronunciamiento definitivo de juicio oral en materia criminal, por lo que se encuentran reunidos los recaudos formales y satisfechos los requisitos de admisibilidad previstos legalmente (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP; 20 inc. 1, 450, primer párrafo, 451, y 454 CPP). **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

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

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la **primera** cuestión planteada el señor Juez,



PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

doctor **VIOLINI**, dijo:

Adhiero al voto del doctor Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la **segunda** cuestión planteada el señor juez, doctor **MAIDANA**, dijo:

La Defensa plantea como único motivo de agravio la inobservancia de los arts. 40 y 41 del CP en la determinación de la pena. Critica las pautas agravantes valoradas por el Tribunal -que acogió la pretensión fiscal- y el rechazo de las atenuantes requeridas por la Defensa. Sobre lo primero señala que la consideración como agravante del “sufrimiento extraordinario e innecesario de la menor víctima” fue erróneamente tenido en cuenta, ya que al declarar el Dr. Frías (médico autopsiante) respecto de la sintomatología que presentaba, mencionó que el sangrado del mesenterio no produce dolor, sino que se presenta como una indigestión y sólo un médico puede determinar la diferencia entre ambas patologías. Agrega que no hay pruebas que acrediten que su defendida Fernandez hubiera podido saber que su hija había sido agredida por su pareja, ni que la dolencia de la niña podría ser algo más que una indigestión. También critica la segunda agravante valorada por entender que la desatención a la hipoacusia de Z. y la falta de aseo no aportaron nada al desenlace fatal, ni se ha acreditado en qué forma incrementa la gravedad del hecho más allá del contenido del tipo penal aplicado. En torno a las atenuantes rechazadas por el tribunal señala que la juventud, entendida como inexperiencia de vida e inmadurez, refleja un menor grado de injusto. Fernandez era una madre inexperta que necesitaba impulso de la familia paterna de las menores y del personal docente de la escuela. Por último, agrega que la estrategia del Defensor de Casación que dejó firme el pronunciamiento anterior de esta Sala a pesar de que tenía agravio, perjudica a Fernández y resulta un dato a considerar pues el texto del art. 41 CP no es taxativo sino sólo enunciativo.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

Requiere se haga lugar al recurso, se case la sentencia impugnada y se imponga el mínimo de la escala correspondiente al tipo penal aplicado.

El Defensor Oficial Adjunto, Dr. Ignacio Juan Domingo Nolfi, mantiene el recurso y solicita se haga lugar a la pretensión de la Defensa (presentación electrónica del 26/12/2023).

El Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Fernando Galán, propicia el rechazo del recurso en base a los argumentos de su dictamen del 04/02/2024.

Con independencia de la garantía procesal que establece la exigencia de la doble conformidad judicial para ejecutar la pena si el condenado lo requiere, la circunstancia de ponerse en juego otra garantía como la del juicio público, única base de la condena, determina que, en el caso de no haberse observado el debate, no es posible controlar la valoración de la prueba practicada en el transcurso de la audiencia si el Tribunal diera cuenta circunstanciada de su empleo, para tener por acreditado cualquiera de los extremos de la imputación.

Los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad (arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto), sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento, se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso, con lo que, no existe una incompatibilidad entre el debate y la revisión amplia en casación, ambos son conciliables en la medida en que no se exagere el resultado de la inmediación.

Limitados de tal modo los motivos de agravio consignados por la Defensa, el conocimiento del proceso se circunscribirá a



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

los que fueran expuestos (art. 434 y ccs. del CPP; v. TCPBA, Sala I, c. 77.456 "Silva, Sergio Daniel s/ Recurso de Casación," sent. del 8 de noviembre de 2016, reg. 949/16, entre otras).

El Tribunal en lo Criminal n° 8 de Lomas de Zamora, en la sustanciación de la audiencia de cesura, luego del reenvío de esta Sala, partió de la consideración de los hechos que acreditados por el Tribunal en lo Criminal n° 9 y confirmados por esta Sala, a saber:

*"1. Que el día 28 de septiembre de 2018, aproximadamente a las 12.30 horas, Brenda Nahir Fernández se retiró de su domicilio, sito en la calle Luis Vernet 2825, de Monte Grande, partido de Esteban Echeverría, y dejó a sus hijas mellizas, de cinco años de edad –Z. y H. D.- al cuidado de su pareja.*

*Así fue que en horario no determinado pero comprendido entre las 12.30 y 15.00 horas, en el interior del domicilio precedentemente mencionado, este sujeto de sexo masculino, mayor de edad, pareja de Brenda Nahir Fernández, al ver que se encontraba solo, al cuidado de niñas pequeñas; que Z. era hipoacúsica y no sabía darse a entender por el lenguaje de señas convencional, y que, por tanto podía actuar sobre seguro y sin riesgo para su persona, tomó a esta última -quien se encontraba viendo televisión con su hermana H.- la apartó del lado de la otra niña y la llevó en forma artera a otra dependencia de la casa y cuando se encontraba a solas con ésta, con el fin de ultimarla, la agredió ferozmente propinándole golpes en la cabeza y el cuerpo que le provocaron múltiples lesiones -excoriaciones puntiformes a nivel de hipogastrio, cercano al Monte de Venus, y a nivel del codo izquierdo; hematoma con infiltrado hemorrágico en región posterior y externa del tercio inferior del muslo izquierdo, hematomas a nivel frontal derecho, medio e izquierdo de aponeurosis epicraneana, con cerebro congestivo-, y también mediante el aplastamiento severo de la región tóraco abdominal producido por una pisada con fuerza que lesionó órganos internos allí alojados -equimosis en hígado, infiltrado*



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

*hemorrágico en ambos riñones, hemoperitoneo, importante infiltrado hemorrágico en mesenterio, hematoma retroperitoneal y vías aéreas con contenido mucoso- causándole la muerte, ocurrida ese mismo día, aproximadamente a las 23.25 horas.*

*2. Que el día 28 de septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 15.00 horas, arribó al domicilio de la calle Luis Vernet 2825 en el que residía, una persona de sexo femenino, mayor de edad, progenitora de la niña Z.D. quien, no obstante haber sido informada de que su hija había sido golpeada por su pareja; ser notorio el mal estado en el que se encontraba la pequeña, toda vez que no sólo presentaba marcas en el cuerpo compatibles con una agresión física sino que también tenía síntomas que así lo delataban -vómitos de color oscuro y dolor abdominal-; y haber sido instruida e intimada por el abuelo de las niñas, Julio Fernández, a que llevara al médico a la niña, la nombrada puso en peligro la vida de su hija, pues omitió procurarle oportuna asistencia médica, abandonando a su suerte a su hija pequeña, incapaz de valerse por sí misma, y a la que tenía el deber legal de cuidar en razón del vínculo de parentesco que las unía, siendo que, a consecuencia de dicho abandono, ocurrió la muerte de la niña".*

La Defensa critica por excesivo el monto de pena impuesto.

El recurso no es procedente.

Cabe destacar que la motivación o expresión de agravios es el razonamiento de censura que el impugnante formula contra la resolución cuestionada, sea para destruir las premisas y conclusiones o para demostrar su ilegalidad, por lo que debe ser clara, precisa y específica (cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. V: La Actividad Procesal, Bs. As., EDIAR, 1966, ps. 468/469); de este modo, si prescindió de formular una crítica concreta y eficaz contra los argumentos desarrollados, el recurso deviene inidóneo para alterar la decisión.

El sistema general de determinación de la pena



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

adoptado por el Derecho Penal Argentino -de penas relativas-, en el que se mencionan pautas de orientación ejemplificadoras, sin determinar no sólo el sentido sino tampoco el valor de cada una de las circunstancias, sólo permite evaluar si las reglas seguidas cumplen con el deber de fundamentación explícita que posibilite el control crítico-racional del proceso de decisión (Conf. Sala I TCPBA, causa "Valant" del 14/8/2018; "Carleo" del 21/2/2018; "Manzo" 5/5/20).

No existe norma que establezca determinado método de dosificación de la pena.

En tal sentido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que: *"...Si lo que la defensa pretendía era que además de ello, la decisión hubiera asignado un valor numérico a cada pauta, sumando y restando cada una de ellas sobre algún punto de ingreso a la escala penal, corresponde señalar que esta Corte ha declarado invariablemente que ese método no resulta impuesto por norma alguna..."* (SCBA P. 125.464, del 22/12/15, entre otras).

La evaluación conjunta del ilícito, el grado de culpabilidad de la imputada con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, no permiten arribar a un monto con exactitud matemática.

Además, cabe mencionar que el principio de proporcionalidad es un elemento distintivo de todo ordenamiento jurídico sometido a los principios del Estado de derecho, compuesto por criterios de idoneidad (para la consecución de su objetivo), necesidad (atendiendo al derecho penal como ultima ratio o in dubio pro libertate) y exigibilidad, que se establece con el fin último de lograr un trato justo y de gravamen adecuado para el ciudadano (HASSEMER, Winfried, "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales", en El principio de proporcionalidad penal, Editorial Ad-Hoc, 2014).

Encuentro razonable y ajustada a las exigencias



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

legales la valoración como agravantes del sufrimiento de la víctima previo al deceso y de la conducta precedente de la imputada en la desatención de su hija menor con problema de hipoacusia. Asimismo el rechazo de las atenuantes pretendidas (la juventud de la imputada y la estrategia de la Defensa en esta sede) deriva de una racional y lógica valoración de las pruebas de la causa y su aplicación acorde a derecho.

En primer lugar, el sufrimiento de la niña en las horas previas al deceso, al menos ocho entre las 15 y las 23 hs. del 28/9/18 -lapso en que estuvo al cuidado de su madre- fue correctamente estimado, en tanto las lesiones externas que presentaba (según el testigo Julio Fernández -su abuelo- tenía “picaduras en la cara y en el brazo”, chorreaba mocos y presentaba una mancha roja en el pecho como si fuera una pisada de una zapatilla, además de las constataciones de la autopsia) y los síntomas como vómitos de color oscuro y decaimiento, observados por la imputada pero ignorados, resultan indicadores múltiples y concordantes en un mismo sentido: que la niña estaba atravesando un dolor físico considerable. Esta situación, sumada a la condición de hipoacusia que dificultaba la comunicación con el entorno, reflejan una defectuosa e insuficiente evaluación de la situación de riesgo y la omisión de la acción debida -llevar a su hija al médico- prolongada en el tiempo permitió la intensificación de ese padecimiento, en un claro incumplimiento de su posición de garante. En definitiva, el estado de la niña fue deteriorándose lentamente con claros signos de esa desmejoría que fueron desatendidos por la imputada.

Por otra parte, en el caso la omisión de brindar los cuidados que su hija menor requería, integra la conducta precedente según el art. 41 CP. La falta de cobertura de las necesidades básicas, como el aseo y la atención de su discapacidad auditiva, así también el dejarla expuesta a la violencia de su pareja, en un estado prácticamente de indefensión -dada su corta edad y las referidas dificultades para



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

comunicarse con el entorno en función de la debilidad auditiva, así lo reflejan.

Las atenuantes pretendidas no son viables.

En igual sentido al indicado en la sentencia, la juventud de la imputada (21 años al momento de los hechos) no importa un menor grado de injusto en sí mismo y, en este caso, la Defensa no demuestra cómo esa sola circunstancia se conecta con la conducta imputada. La alegada inexperiencia e inmadurez de Fernández sólo reflejan un rasgo personal y una interpretación -más benévola- de su contexto, más no comprueba una incidencia para atenuar la gravedad e intensidad de su omisión. En particular, cabe destacar que Julio Fernández (su padre) le recomendó, de manera explícita, que emprenda un curso de acción: que lleve al médico a Z., lo que fue ignorado por la aquí imputada.

Por último, la estrategia asumida por la Defensa en esta sede es un dato totalmente desvinculado de la decisión sobre la determinación de la pena. De ninguna manera se ha probado una situación de indefensión en el trámite procesal y la interpretación de la recurrente sobre las posibilidades recursivas sólo refleja una opinión subjetiva y personal sobre el caso.

Por todo ello, partiendo de la gravedad del hecho y su calificación legal, la calidad de autor (art. 45, CP), la atenuante contemplada (falta de antecedentes penales, p. 3) y las agravantes valoradas (el sufrimiento de la víctima previo al deceso y la conducta precedente en el cuidado de su hija menor con discapacidad, p. 5/6), el monto de diecisiete años y seis meses de prisión fijado, se encuentra dentro del marco penal correspondiente (de seis años y ocho meses a veinte de prisión, conf. arts. 45, 54, 106 tercer párrafo y 107 del CP), ajustándose así, a la necesidad, idoneidad y exigibilidad como criterios propios del principio de proporcionalidad y constituyendo la medida de la culpabilidad de los actos atribuidos (arts. 40 y 41, CP). No compruebo motivos fundados, ni han sido



PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

alegados, para imponer el mínimo de la escala, como pretende la Defensa.

Por todo ello, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto en favor de Brenda Nahir Fernández, con costas (arts. 40, 41, 45, 54, 106 tercer párrafo y 107 del CP; 20 inc. 1, 106, 209, 210, 373, 448, 454 inc. 1°, 530, 531, cits. y ccs., CPP). **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la **segunda** cuestión planteada el señor juez, doctor **CARRAL**, dijo:

1. Abro respetuosa disidencia respecto del sufragio del colega que lidera el acuerdo, Dr. Ricardo Maidana, en tanto considero que el tribunal no justificó razonablemente los motivos que lo llevaron a determinar la pena de la acusada.

2. A fin de lograr un correcto abordaje de los agravios de la defensa, corresponde repasar cuáles fueron las agravantes y atenuantes que se discutieron en la audiencia de cesura.

En ese sentido, constato que la fiscal solicitó como agravantes:

(i) “se tenga en cuenta el extraordinario e innecesario sufrimiento que la imputada permitió que su hija padeciera, por alrededor de 8 horas”. En opinión de la fiscal, esa situación excedió al tipo penal y evidenció “la falta de amor o desamor de la imputada hacia su hija, [pues] más allá de conocer o no el cuadro de gravedad, lo cierto es que la dejó sin atención mientras la niña sufría” (pág. 2/3 del registro informático del acta de la audiencia de cesura).

(ii) también solicitó “se tenga en cuenta el incumplimiento de los deberes de madre durante toda la vida de la menor, ya que se constató que la misma estaba sucia, desprolija, con piojos, y no por falta de dinero, y sin intención de mejorar la vida de la hija, ya que era hipoacúsica y nunca le reguló los audífonos que le habían conseguido, permitiendo que la menor viva en un contexto de violencia con su pareja,



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

circunstancias que aumentan el disvalor de acción” (pág. 3, acta audiencia cesura).

**2.1.** La defensa controvertió las agravantes requeridas:

(i) En cuanto al “extraordinario e innecesario sufrimiento” invocado por la contraparte, alegó que de la declaración del Dr. Farías, valorada en el veredicto de condena, surgía que la “lesión en el mesenterio que padeció la niña a lo largo de las horas y la hemorragia interna provocada no puede ser observada por cualquier persona, ya que lo único que produce es entumecimiento del abdomen, y solo puede ser determinado por un facultativo y no por una madre” (pág. 3, acta audiencia cesura).

Agregó “que el grado de afecto” que Brenda Fernández “tenía hacia su hija” no era un elemento que pudiera agravar la pena, pues “no llev[ó] al resultado muerte”.

(ii) En cuanto a “los deberes de asistencia que [Brenda Fernandez] no habría cumplido”, enumerados por la fiscal, observó que “no se relaciona[ban] con el hecho”, ni fueron “desencadenantes de aquel”. Recordó que la niña fue agredida por Brandon Gonzalez, entonces pareja de su asistida, y que las lesiones que le causó ese sujeto fueron el factor determinante de la muerte de la niña.

Agregó que Brenda Fernández también vivió en el contexto de violencia que la fiscalía señaló en el marco de la misma agravante (pág. 4, audiencia cesura).

(iii) En lo que importa destacar, la defensa utilizó ese dato para contextualizar la situación de la acusada al momento del hecho y solicitó se valore como atenuante la juventud de Brenda Fernández, entendida como “inexperiencia de vida”, explicando que la joven “estaba sola con una pareja abusiva, que también era violenta con ella”.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

**2.2.** Finalmente, las partes coincidieron en valorar como atenuante la ausencia de antecedentes penales de la acusada y la defensa solicitó se valore en igual sentido la conducta procesal del defensor adjunto de Casación, que frente a un voto minoritario del tribunal de casación que sostuvo la absolución de Brenda Fernández, dejó que su condena adquiriera firmeza sin interponer recurso extraordinario ante la SCBA.

**3.** Considero importante realizar ciertas aclaraciones sobre las circunstancias que discutieron las partes en la audiencia de cesura, especialmente sobre los argumentos en que la fiscalía sustentó las agravantes, pues -en mi opinión- debieron llevar al tribunal a extremar el análisis sobre su capacidad de rendimiento para agravar la pena.

Primero, porque la fiscalía invocó un hecho controvertido por la defensa en su comprobación fáctica (que la niña sufrió un dolor extraordinario, durante ocho horas) y en especial porque inmediatamente luego de afirmar ese dato la fiscal aclaró que correspondía su ponderación “más allá de conocer o no el cuadro de gravedad”, en alusión a la acusada, pues dejó a la niña sin atención.

Cabe recordar que la valoración de una agravante exige, además de su comprobación fáctica, el conocimiento de ese dato por parte del sujeto, pues solo así se podrá traducir en un mayor contenido de injusto de la conducta desvalorada. En otras palabras, debe existir -respecto de la agravante que se atribuye a una persona- el elemento subjetivo exigible respecto de cualquier circunstancia que integra el tipo objetivo en los delitos dolosos.

Por otro lado, porque la línea argumentativa que siguió la fiscalía debió alertar a los jueces sobre la posible reproducción de estereotipos asociados al papel de buena/mala madre que, incluidos en el razonamiento judicial, llevan a un trato discriminatorio de la mujer: ya no se



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

la sanciona solo por la comisión del delito, sino por el quebrantamiento de las expectativas del rol que debió cumplir como buena madre.

Cabe recordar que la fiscalía pidió agravar la pena de la acusada por el “incumplimiento de los deberes como madre durante toda la vida de la menor” y, entre otras consideraciones, alegó que la niña estaba sucia, desprolija y con piojos. Este tipo de interpretaciones, en definitiva, premian o castigan conductas que entran en conflicto con el ideal de la maternidad.

El principio de igualdad y no discriminación impone a los operadores judiciales y especialmente a los jueces y juezas adoptar decisiones libres de preconceptos basados en prejuicios. Sobre esto volveré.

4. Los magistrados coincidieron con la fiscalía y dijeron que *“tanto el sufrimiento padecido por su hija, las horas que no fue atendida, extremo positivamente anoticiado a ella por sus familiares, allende las aseveraciones del Dr. FRIAS en cuanto a las manifestaciones extrínsecas de la sintomatología, la permanente inasistencia como progenitora a atender a las necesidades de la criatura, en el marco de la violencia hogareña que se suscitaba –extremo por ella conocido y también soportado- aumenta ostensiblemente el disvalor de la conducta...”* (pág. 5/6, sentencia).

5. Ahora bien, la técnica globalizadora que siguen los magistrados al valorar las agravantes impone extremar aun más el control sobre la justificación de la decisión, pues a esa valoración conjunta se suman los reparos que ya se hicieron sobre la propia argumentación que hizo la fiscalía.

Constato que, en rigor, el tribunal no se expidió sobre el aspecto central que discutieron las partes en la audiencia de cesura, pues si la fiscalía edificó la severizante sobre una premisa (el “sufrimiento extraordinario” de la víctima) para concluir que la acusada dejó que lo



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

padeciera de manera innecesaria por varias horas, el tribunal debió establecer -en primer lugar- la fiabilidad del enunciado a partir del cual se construyó la premisa del razonamiento. Solo a partir de la corroboración de ese enunciado fáctico, sumado al conocimiento que la acusada tuviera de él, podría demostrarse el mayor contenido de injusto de la omisión que se atribuyó a Brenda Fernández.

Recuerdo que uno de los criterios elementales que se exige para que una inferencia probatoria esté justificada es que los datos a partir de los cuales se infiere la conclusión sean fiables y precisos (es decir, que el hecho base esté corroborado empíricamente).

También recuerdo que el examen de las pautas mensurativas corresponde a la cesura (incluyendo, claro está, su comprobación), que es un juicio posterior e independiente donde se discuten ampliamente todas las cuestiones sobre atenuantes y agravantes para que el juez o jueza esté en condiciones de individualizar la pena.

6. Entonces, en lo que importa destacar, los jueces valoraron “el sufrimiento padecido por su hija” y observaron que fue anoticiado a la acusada por sus familiares, “allende las aseveraciones del Dr. FRIAS en cuanto a las manifestaciones extrínsecas de la sintomatología”, razonamiento que (i) no da cuenta si -como alegó la fiscal- hubo un sufrimiento extraordinario, además de (ii) reflejar que sí existieron aseveraciones del Dr. Frías que refutarían lo sostenido por la acusación, pues la utilización de la expresión “allende” (o más allá de/sin perjuicio de), introduce la idea de oposición entre los dos enunciados que contiene la redacción.

En mi opinión, el recorte que hicieron los jueces sobre la formulación de la agravante no refleja una mera divergencia de estilo en la expresión o comunicación escrita de ella, sino una modificación del verdadero sentido de la pauta propuesta por la fiscalía, que no invocó cualquier sufrimiento, sino uno extraordinario, es decir, fuera de lo común, y



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

sobre ese dato justificó el mayor reproche a la acusada, al vincularlo con la inacción de su madre por varias horas.

Ciertamente, una hipótesis como la expuesta por la fiscalía, de probarse, habilitaría incrementar la respuesta penal de la acusada y ello no es difícil de comprender.

Sin embargo, insisto, la proposición fáctica consistente en que Brenda Fernández mantuvo, de manera deliberada e innecesaria, el “sufrimiento extraordinario” de su hija durante varias horas, no fue justificado por los jueces en su decisión.

En efecto, mencionar en la sentencia que se valora un dato (en este caso el sufrimiento de la niña), más allá de lo que dijo el perito, no configura justificación racional alguna. Los jueces deberían haber explicado cuál fue la información que incorporó Frías y expresar por qué sus conclusiones no eran atendibles frente a lo que “anoticiaron” los familiares.

Recuerdo que la propia fiscalía, al postular la agravante, mencionó que correspondía su valoración “más allá de conocer o no [Brenda Fernandez] el cuadro de gravedad” (pág. 2/3, acta audiencia de cesura), mostrando que la contra-argumentación de la defensa, desde una primera aproximación, era atendible.

Por lo demás, advierto que la inclusión que hacen los jueces relativa a que los familiares “anoticiaron” a la acusada sobre la condición de la niña tampoco supera el déficit en la motivación de la agravante, pues omiten -de todos modos- examinar si el sufrimiento que dan por probado fue extraordinario, circunstancia que daba sentido a la pauta solicitada por la fiscalía.

7. Dicho esto, constato que los jueces también agravaron la sanción de Brenda Fernández por “la permanente inasistencia como progenitora a atender a las necesidades de la criatura, en el marco de



PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

la violencia hogareña que se suscitaba -extremo por ella conocido y también soportado” (pág. 6, sentencia).

Dando respuesta a la parte, establecieron que esas “conductas precedentes” (como la “desatención de la hipoacusia padecida, por falta de mantenimiento de los audífonos, desapego a la higiene de la menor, entre tantos”), eran “pautas que el art. 41 en su inciso 2° del C.P. prevé expresa y taxativamente en la justipreciación mensurativa, mal que le pese a la acuciosa Defensora, pues si bien no se vinculan directamente con el resultado letal producido, no por ello dejan de ser condimentos de necesaria evaluación, junto con las costumbres, que hacen a la calidad de la persona y que por cierto, denotan su mayor grado de peligrosidad”.

Seguidamente los jueces agregaron “*por ende, las aserciones dogmáticas vinculadas con que el afecto no suma al resultado, no dejan por fuera los vínculos personales, que efectivamente deben ser atendidos a la hora de proporcionar la sanción*” (pág. 6, sentencia, el subrayado me pertenece para facilitar la revisión).

A un lado, de momento, los argumentos que invocó la fiscalía para demostrar “la falta de amor o desamor” de la acusada hacia su hija, constato que la defensa confrontó argumentos concretos en contra de la agravante: dijo el “incumplimiento de los deberes de madre” no se relacionaban con el hecho y que el “grado de afecto” entre víctima y acusada no podía constituirse en agravante.

8. Ciertamente, como lo afirma el tribunal, “los vínculos personales” podrían ser atendidos al momento de determinar la pena, pero no a partir del mayor o menor grado de afecto de las personas involucradas, como lo postuló y argumentó la fiscalía. La agravante se constituye sobre el vínculo particular entre el autor y la víctima, a veces tan estrecho que funda por sí mismo una forma excepcional de imputación mediante la denominada posición de garante y otras cuando, sin alcanzar



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

ese nivel, configuran una relación de confianza entre el autor y víctima que posibilita la comisión del delito, por la escasa capacidad de reacción de la víctima, quien por la propia característica del vínculo no adopta precauciones, ni advierte la necesidad de hacerlo (Ziffer, Patricia S.; *Lineamientos de la determinación de la pena*; 2da. ed., 1era reimp.; Buenos Aires; Editorial Ad-Hoc, 2005, pág. 129-130).

Es decir, el “vínculo personal” permite graduar el contenido de injusto de la conducta desvalorada por la disminución en la capacidad de defensa de la víctima que conlleva la estrechez propia de ese vínculo.

De todos modos cabe reparar en dos cuestiones. Primero, que la fiscalía no invocó como agravante las características del “vínculo personal” entre la acusada y víctima, sino la “falta de amor o desamor” que le atribuyó a Brenda Fernández (recordemos, sobre la premisa de que habría permitido que la niña sufra un dolor extraordinario durante horas) y, en ese sentido, constato nuevamente una reformulación de la agravante por parte de los jueces, que les hace sugerir algo distinto a lo verdaderamente requerido.

Bajo esas condiciones, los magistrados terminan valorando una agravante que la acusación no requirió, en mi opinión, para estar en condiciones de responder a la defensa cuando alegó que el “grado de afecto” entre víctima y acusada no podía constituirse en agravante. Esta modalidad de abordar una decisión importa asumir un rol de parte (en este caso de la acusación) a punto de redefinir aquello que plantea, para que -en definitiva- se adecúe a sus propios sesgos, violando la congruencia de lo discutido entre las partes.

En segundo lugar, porque aun si diéramos por válido que la fiscal quiso que se valore el “vínculo personal” entre víctima y acusada, de todos modos, no podría computarse como agravante en el caso concreto, porque ese dato ya fue valorado al momento de atribuir a Brenda



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

Fernandez un delito agravado por el vínculo (art. 107, Cód. Penal) e implicaría una doble valoración prohibida en materia penal.

9. Vimos que los jueces valoran como agravante “la permanente inasistencia como progenitora a atender a las necesidades de la criatura” pues observan que las “conductas precedentes” son pautas que el art. 41 inc. 2 del Código Penal prevé “expresa y taxativamente en la justipreciación mensurativa”, aun cuando no se vinculen con el resultado típico, junto con “las costumbres, que hacen a la calidad de las personas” (pág. 6, sentencia).

Ahora bien, afirmar que los incumplimientos de los deberes como madre son “conductas precedentes” previstas en el art. 41 no es justificación alguna, frente a los concretos argumentos de la defensa que alegó que eran ajenos al reproche penal, pues no se vincularon con el resultado. La conducta precedente, para ser considerada relevante en este extremo, debe significar una injerencia casi equivalente a la que sitúa en posición de garante y, por tanto, de indisoluble relación con el hecho atribuido.

En ese sentido, no cualquier conducta precedente queda incluida en el art. 41 del Código Penal y los jueces no explican por qué (como razón que pueda comprenderse intersubjetivamente) las circunstancias que invocó la fiscalía, que no se vinculan con el hecho, inciden y pueden incrementar la sanción de la acusada.

El tribunal desconoce (en este tramo de la decisión) la ambigüedad que caracteriza a las pautas que para la determinación de la pena establecen los arts. 40 y 41, en tanto esas normas mencionan una serie de factores sin especificar cuánto inciden, ni cómo deben gravitar, ya que ni siquiera se clasifican de modo que permitan distinguir una circunstancia agravante de una atenuante.

Así, las condiciones personales que prevé aquella norma (art. 41, inc. 2, Cód. Penal), como “la edad, la educación, las



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

costumbre y la conducta precedente del sujeto” pueden ser considerados en sentido inverso al que valoró el tribunal e indicar si el sujeto tuvo un mayor o menor ámbito de autodeterminación que incide en el reproche.

En ese sentido, constato que la defensa también requirió que se valoraran las condiciones personales de la acusada, en particular la juventud de Brenda Fernandez al momento del hecho, entendida como “inexperiencia de vida”, explicando que “estaba sola con una pareja abusiva, que también era violenta con ella” y “no tenía quien colaborara con ella en la educación de la niña”.

En mi opinión, esos datos no fueron examinados seriamente por los jueces del tribunal, aun cuando las circunstancias que señalaron una y otra parte estaban estrechamente relacionados, pues se remitieron a aspectos de la maternidad de la acusada.

Ya vimos que el tribunal coincidió con la fiscalía en que debía agravarse la sanción de Brenda Fernandez por “el incumplimiento de los deberes de madre durante la vida de la menor” (así lo requirió la acusación). Sin embargo, no examinó cómo incidieron las circunstancias que individualizó la defensa en el ejercicio de aquella maternidad.

**9.1.** En efecto, frente al contexto que describió la defensa los jueces establecieron, primero, que si bien la edad podía ser un factor a considerar en la determinación de la pena, era ambivalente, pues también podía operar como agravante cuando, por ejemplo, reflejaba “indicadores de precocidad en el camino ilícito” (pág. 4, sentencia).

Seguidamente señalaron que “en el caso que nos ocupa, la Defensa Oficial no alcanzó a demostrar las razones por las cuáles estos jueces deberíamos sentarnos a aplaudir la mediana edad que poseía FERNANDEZ a la hora de ejercer la maternidad para con su descendiente Z.” (pág. 4, sentencia).



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

Otra vez, el tribunal incurre en una fundamentación aparente pues, por si hiciera falta explicarlo, la defensa no requirió que se aplauda o festeje la denominada “mediana edad” de Brenda Fernández al ejercer su maternidad, sino las dificultades que afrontó en su ejercicio, principalmente por la corta edad en la que fue madre y la consecuente inexperiencia de vida con la que asumió ese rol; datos que podrían demostrar una menor culpabilidad, considerando el delito omisivo que se le atribuyó frente a la agresión cometida por un tercero.

De los datos que surgen de la sentencia y la descripción del hecho que hizo mi colega preopinante se desprende que Brenda Fernández tuvo a sus dos hijas a los dieciséis años, es decir, fue una madre adolescente y al momento del hecho ambas niñas, una de ellas hipoacúsica, estaban a su exclusivo cargo.

Como dije, los jueces no examinaron esas circunstancias, bajo las pautas que postuló la defensa, sino que se limitaron a contraponer una pregunta retórica (¿por qué tenemos que sentarnos aplaudirla por ser madre?, se interrogaron, en definitiva), lo que no supone una decisión fundada en criterios racionales. Al contrario, detrás de ese interrogante solo hay una afirmación carente de justificación y algunos prejuicios que a futuro debieran dejarse de lado.

En otras palabras y siguiendo el sentido figurado que se utiliza en la sentencia, si los jueces consideran que no deben “sentarse a aplaudir” a la acusada por ser madre es irrelevante, pues debieron examinar si el criterio que invocó la defensa era atendible, de acuerdo a los datos disponibles.

Recuerdo que las formas en que se ejerce el cuidado de niños y niñas que generen afectaciones a sus derechos pueden ser objeto de intervención estatal mediante el sistema de protección de derechos pero no revelan la necesidad de intervención penal, dados los principios de legalidad, subsidiariedad y de mínima intervención penal.



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

Por lo demás, frente al déficit señalado, las referencias jurisprudenciales que se citan en la resolución nada agregan, pues informan sobre la ambigüedad del criterio de la corta edad (ya sea como inexperiencia de vida o como precocidad delictiva) y sobre la necesidad de fijar, en cada caso concreto, la dirección de la valoración como atenuante o agravante.

Una concepción estricta del principio de la culpabilidad debería dejar fuera de análisis toda valoración relativa a la conducta anterior del sujeto, salvo que se refleje en forma inmediata en el hecho y sea entonces relevante para su graduación (por ejemplo, si el delito hubiera sido cuidadosamente planeado en todos sus detalles, revelará un ilícito y culpabilidad mayores que el cometido irreflexivamente).

Como ya señalé, en general, se acepta que los antecedentes y condiciones personales (la edad, educación, conducta precedente) permite reconocer si el autor tuvo una mayor o menor autodeterminación (Ziffer, ob. cit, pág. 153).

En definitiva, lo resuelto por los magistrados denota -en línea con los argumentos de la fiscalía- que no solo valoraron la omisión de la acusada como una infracción a la norma penal (art. 107, Cód. Penal), sino como una forma de desobediencia a las normas morales asociadas al rol de madre-cuidadora, pues aun cuando reconocieron que las “desatenciones” no se vinculaban con el caso penal, las estimaron para agravar la pena. En consecuencia, el juicio que contiene este tramo de la sentencia se dirigió a cuestionar a Brenda Fernández en función del quebrantamiento de las expectativas que se esperaban de una “buena” madre o, en otras palabras, agravaron su pena por ser una “mala madre”.

**10.** Finalmente, tampoco puede validarse el razonamiento que siguen los jueces al valorar como agravante el “marco de violencia hogareña” en el que vivían la acusada y su hija, pues de la afirmación de que ese contexto era “por ella conocido y también soportado”



PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

(pág. 6, sentencia), deriva la idea de que Brenda Fernández se sometió libremente a la violencia, demostrando el inadecuado abordaje del caso.

**11.** En definitiva, constato que en el razonamiento de los jueces se filtraron valoraciones estereotipadas asociados al papel de buena/mala madre y ello configura un trato discriminatorio en el juzgamiento que no se debe tolerar.

Recuerdo que la SCJBA ha establecido "El juzgar con perspectiva de género propende a garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una tutela judicial efectiva, **evitando la reproducción de estereotipos que dan por supuesto el modo en que deben comportarse las personas en función de su sexo o género** (conf. causa P. 125.687, cit.), sin perder de vista que el principio de amplia libertad probatoria -arts. 16.1 y 31 de la ley 26.485- no implica una flexibilización de los estándares probatorios sino que "...está destinado, en primer lugar, a **desalentar el sesgo discriminatorio que tradicionalmente ha regido la valoración probatoria a través de visiones estereotipadas o prejuiciosas sobre la víctima o la persona acusada**" (Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres - femicidios- de la Procuración General de la Nación, año 2018, pto. 4.2.2.), (SCJBA, P. 132.936, rta. 18.08.20).

Por consiguiente, y sin que el desarrollo anterior importe un adelanto de opinión acerca del fondo de litigio, propongo al acuerdo: **hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa**, sin costas; **anular la sentencia** dictada por el Tribunal en lo Criminal nro. 8 de Lomas de Zamora y **reenviar** las actuaciones a la instancia de origen para que a través de un tribunal habilitado se reediten los actos necesarios para la realización de un nuevo juicio de cesura, ajustado al enfoque que el caso demanda. Por ello, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A la **segunda** cuestión planteada el señor juez doctor **VIOLINI** dijo:



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

A los fines de alcanzar la mayoría exigida por el art. 168 de la Constitución Provincial, adhiero por sus fundamentos a lo expresado por el doctor Maidana.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

**SENTENCIA**

I. Declarar admisible la impugnación deducida por la Defensa Oficial.

II. Por mayoría, rechazar por improcedente el recurso de casación articulado en favor de Brenda Nahir Fernandez, con costas.

Rigen los artículos 18 y 75, inc. 22, CN; 14, n° 5, PIDCP; 8.2.h, CADH; 40, 41, 45, 54, 106 tercer párrafo y 107 del CP; 20 inc. 1, 106, 209, 210, 373, 448, 454 inc. 1°, 530, 531, cits. y ccs., CPP.

Regístrese electrónicamente, notifíquese a las partes y oportunamente radíquese en el órgano de origen.

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 07/05/2024 09:17:35 - CARRAL Daniel Alfredo - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/05/2024 10:40:33 - MAIDANA Ricardo Ramon - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/05/2024 12:05:16 - VIOLINI Víctor Horacio - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/05/2024 12:30:53 - GONZALEZ Pablo Gaston - AUXILIAR LETRADO RELATOR DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL



236201115003494920



**PROVINCIA DE BUENOS  
AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
SALA I



Causa n° 129668  
IPP 0703-15693-18  
FERNANDEZ, BRENDA NAHIR S/ RECURSO DE  
CASACION (4)

**TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA I - LA PLATA**

**NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS**

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 07/05/2024 12:31:11 hs.  
bajo el número RS-409-2024 por GONZALEZ PABLO GASTON.