

"ALVAREZ, Víctor J. - ZAPATA, Andrea S. s/Homic. Calif. S/ RECURSO DE CASACIÓN"

Exptes. Nº 4413 y Nº 4414, Año 2013–Jurisd.: Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia)

/// C U E R D O:

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunidos los señores miembros de la **Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia**, a saber: Presidente, **Dr. CARLOS A. CHIARA DIAZ y Vocales, Dres. DANIEL O. CARUBIA y CLAUDIA M. MIZAWAK**, asistidos por la Secretaria autorizante, **Dra. Noelia V. Ríos**, fue traída para resolver la causa caratulada: "**ALVAREZ, Víctor J. - ZAPATA, Andrea S. s/Homic. Calif. S/ RECURSO DE CASACIÓN**".-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **Dres. CARUBIA, CHIARA DIAZ y MIZAWAK.**-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION:

¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos contra la sentencia Nº 30 dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia?

SEGUNDA CUESTIÓN:

¿Cómo corresponde resolver las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

I.- Mediante sentencia número TREINTA, dictada en fecha 12/6/13, por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concordia, se **declaró a Víctor Javier ALVAREZ, autor material y responsable** (Pto. I) de los delitos de **Homicidio calificado (dos hechos) en concurso real** (arts. 80 inc. 1º en función del art. 48, 80 inc. 2º y 55 del C.P.) y se **ABSOLVIO de culpa y cargo** (Pto. II) a **Andrea Soledad ZAPATA**, por la comisión de los **delitos de Homicidio Calificado (dos hechos) en concurso real** (arts. 80 inc. 1º, 80 inc. 2º y 55 del C.P.), disponiendo su inmediata libertad (fs. 1/100, Expte. Nº 4414) y por sentencia de fecha 2/7/13 (fs. 105/108vltos.) se **condenó a Víctor Javier ALVAREZ** a cumplir la pena de **prisión perpetua y accesorias legales**, art. 12 del C. Penal, por aquellos delitos.-

II.-Contra esa decisión interponen sendos recursos de casación los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Gustavo Pablo Castillo -Agente Fiscal suplente- y Germán Darío César Dri -Fiscal Auxiliar suplente- (fs. 57 y 58/81, Expte. Nº 4413), impugnando la absolución de la coimputada Andrea Soledad Zapata por los delitos enrostrados, y el señor Defensor Adjunto de la ciudad de Concordia, Dr. Pablo J. Garrera Allende, en ejercicio de la defensa técnica del imputado Víctor Javier Álvarez (fs. 110 y 112/127vltos., Expte. Nº 4414), atacando la resolución que condenó a su pupilo, los cuales sintetizaré en los párrafos subsiguientes.-

II.1- El recurso del Ministerio Público Fiscal se explaya sobre los recaudos de admisibilidad y expresa los motivos de la interposición del mismo, considerando que la sentencia de grado cae en una errónea interpretación del derecho en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la causal de inculpabilidad "miedo insuperable" y su encuadre en el art. 34, inc. 2º, del C.P. (vicio *in iudicando*) y, asimismo, adolece de vicios *in procedendo* (art. 511 del C.P.P.) al incurrir en falta de motivación, fundamentación aparente, contradictoria y arbitraria; observando en particular que, en las categorías de la teoría del delito, el fallo se encuentra descubierto de

conclusiones derivadas de razonamiento lógico y desatiende pruebas existentes.-

Sus presentantes adujeron, en primer término, que la errónea interpretación del derecho estriba en que el "miedo insuperable", tratado en la doctrina nacional como un "estado de necesidad exculpante", deriva de un planteo arbitrario y contradictorio, confundiendo posición de garante dentro de la acción de omisión imputada a Zapata, con un presupuesto de excusa o inculpabilidad.-

En ese sentido, argumentaron que el análisis sentencial de la imputación objetiva de Zapata no ofrece reparos, afirma la existencia del tipo objetivo y el subjetivo y, cuando está concluyendo su análisis, se expresa que Andrea Soledad Zapata no debió tolerar ni consentir desde el inicio de la convivencia de sus hijos con Álvarez, la situación de violencia que tuvieron que soportar los menores víctimas, introduciendo de esa manera el elemento de exigibilidad dirigido a demostrar la existencia de una posición de garante, elemento típico de la comisión por omisión, pero lo define claramente en el sentido de la categoría de culpabilidad, evidenciando con ello el vicio *in iudicando* manifiesto, violando el principio lógico de no contradicción.-

Agregaron que con base a la tesis de Donna, el mismo Tribunal que había sostenido que la conducta de Zapata era típica, antijurídica y finalmente culpable, pues teniendo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídica penal de su omisión en la posición de garante, igualmente omitió la conducta debida, pasó luego a sostener inexplicablemente que Zapata cometió un injusto típico, amparado en la emergencia de una causa de exculpación, encuadrable en el art. 34, inc. 2º, del C.P.-

Sostuvieron que la culpabilidad es considerada por el *a quo* a partir de criterios psicologistas, en sentido contrario al tratamiento que hizo del injusto mediante criterios normativos, y demostrativo de ello es la cita de un texto de la revista "Actualidad psicológica".-

Indicaron que la aplicación analógica de la eximente "miedo insuperable" es en realidad una aplicación de derecho comparado a nuestra legislación nacional y se hace sin explicar en base a qué elementos o circunstancias, se introduce una eximente no prevista en el ordenamiento jurídico positivo, sólo efectuando una cita doctrinaria (v.gr. Varona Gómez) y, a renglón seguido, citan a Terragni quien afirma que nuestro código penal no contiene una mención expresa al respecto, como sí lo hace la legislación española.-

Entendieron, en esa línea, que de la mera cita doctrinaria, la sentenciante no explica -en base a un análisis crítico de la prueba-, cómo acreditan los presupuestos para la procedencia de la eximente invocada y tampoco indican una colisión de intereses o bienes de similar jerarquía, en tanto la doctrina española considera el miedo insuperable como un estado de necesidad exculpante.-

Postularon, en consecuencia, que el Tribunal debió en primer lugar, *ex ante*, determinar la existencia de peligro y fundarlo y en segundo término, debió esgrimir en base a qué prueba existente en la causa se consideraba vigente el peligro, explicando mediante un análisis crítico de la prueba cómo -en primer lugar- la omisión de Zapata era necesaria para evitar el peligro supuestamente existente y finalmente, se debió hacer referencia, en el caso concreto, por qué se consideraba con la violencia descrita, amenazada la vida de Zapata o de sus otros hijos, a punto tal de considerar justificada la muerte de éstos.-

Concluyeron, a manera de síntesis, en lo que respecta a este agravio, que los errores *in iudicando* son claros, que el Tribunal confunde exigibilidad física real de realizar la conducta omitida como presupuesto para la realización de un tipo por acción por omisión y la interpretación de la posición de garante y, en base a los elementos de la causa, la interpreta

como la posibilidad de realizar la conducta debida y el deber de tolerar un riesgo propio de la categoría de la culpabilidad arribando a la conclusión de que Zapata no debió tolerar el riesgo respecto de sus hijos, tachando su omisión incluso de inexcusable; en segundo término, funda la aplicación de la causa de exculpación aplicada en criterios generales de justicia, los que se limita a reproducir, sin argumento alguno, mediante una cita doctrinaria y, en tercer lugar, aplica en forma contraria a lo que establece la doctrina mayoritaria y la interpretación jurisprudencial, la eximente de miedo insuperable, entendiéndola sin más en el art. 34, inc. 2º, del C.P., pero sin fundar la procedencia de cada uno de los presupuestos necesarios para su aplicación, desconociendo la exigibilidad que el mismo tribunal consideró acreditada respecto de la conducta omisiva.-

Seguidamente, pasaron a la fundamentación del segundo agravio, referido al vicio *in procedendo* y apuntaron, en primer lugar, que la reproducción íntegra de los informes y testimonios profesionales de la investigación y el plenario no constituye en sí un fundamento válido de la sentencia, debiendo explicar cómo las conclusiones de cada profesional acredita la procedencia de inculpabilidad.-

Manifestaron que, sin explicación alguna y con deficiente análisis probatorio, la sentencia otorga un valor supino a los informes del psiquiatra Stola, diciendo que se complementan con su declaración en el plenario meramente transcripta y sin tener en cuenta que su intervención fue interesada, parcial y no objetiva, al mismo tiempo que descalifican arbitrariamente los informes y testimonios de los psiquiatras oficiales Dres. Carmelé y Villalba- y las conclusiones del psiquiatra Putallaz, ofrecido por el MPF.-

Reiteran que el Tribunal de grado realizó un análisis particularizado, aislado y relativo de la prueba producida durante el plenario, apartándose de las reglas de la sana crítica racional para arribar a una conclusión válida; desmenuzan y desguazan la opinión de la Lic. Stable en aquello que resulta útil para la errónea conclusión.-

Postularon que la opinión de la Lic. Stable debió analizarse íntimamente con las cámaras Gesell de los menores que dieron una cabal descripción de la violencia vivida en el seno familiar.-

Subrayaron en relación al testimonio de Vanesa Corrado que, el Tribunal una vez más transcribió sus dichos sin analizarlos críticamente en relación a la causal de exculpación que consideró procedente, a fin de que la conclusión provenga de un conjunto de razonamientos integrados por deducciones e inducciones y que como juicio, refleje el trabajo intelectual del sentenciante, el estudio crítico de las cuestiones planteadas por los justiciables, sus pruebas y alegatos, limitándose el *a quo* a reflejar una fuerte analogía fáctica entre lo vivido antes por Corrado con Álvarez y lo que vivió Zapata con Álvarez.-

Explicaron que el Tribunal no demostró realmente la inexistencia de un ámbito de autodeterminación y, por ello, la inexigibilidad respecto de Zapata y que sin perjuicio de que la causal invocada por el Tribunal es inaplicable por motivos normativos, existen innumerables cuestiones surgidas en el plenario, de las cámaras Gesell y los informes reproducidos en la misma sentencia, injustificadamente desconocidos por el Tribunal y que demuestran que la situación de Zapata no era la misma que la de Corrado, surgiendo del relato de los menores que Zapata, a diferencia de Corrado, también ejercía violencia contra sus hijos.-

Precisaron, en esa línea, que el Tribunal trató de relativizar el testimonio de los menores infundadamente, sin considerar la forma en que deben ser valorados conforme a la jurisprudencia y pactos internacionales que el fallo cita -pero hace lo contrario-, exigiendo logicidad y rigurosidad a los dichos de los menores como si fueran declaraciones de adultos y que,

sin perjuicio de ello, destacan que los testimonios de los hijos de Álvarez son prueba dirimente por la contundencia de los mismos y el Tribunal contrarresta dicho peso probatorio, deslizado falazmente que los niños no querían cargar todas las culpas sobre su padre.-

Opinaron que también es arbitraria la consideración de los dichos de otros testigos como Maximiliano Roda, al no cotejarse con los de su hermana Vanesa Jesica Soledad Roda, reforzando con ello el análisis parcial e insuficiente efectuado por el Tribunal quien toma sólo una parte de la declaración para acreditar toda una situación de violencia familiar general cuyo alcance puede dimensionarse, desde el prisma de los testigos referidos, solamente si se hace un análisis integrado y global de la totalidad de sus declaraciones y los elementos que aportan a partir de ellas. Ese mismo proceder parcial, se repite, a juicio de los impugnantes, con los dichos de la testigo Jenifer Sabrina Romero y Vanesa Rosa, concluyendo en definitiva, que el Juzgador si hubiese analizado en forma integral y en todo su contexto, no podría haber concluido de la manera en la que lo hizo.-

Reforzaron la arbitrariedad de la sentencia en cuanto expresa en uno de sus párrafos: *"Traigo esto a colación, porque se ha dicho en pasaje de algún testigo, que era ella la cara social de Álvarez..."*, sin mencionar qué testigo, siendo tal omisión no casual o azarosa, pues ese testigo es la Lic. Stable, cuyo informe el Tribunal consideró de suma importancia para la dar por probado la existencia de un miedo insuperable en los términos del art. 34, inc. 2, del C.P.-

Argumentaron, como otra prueba más de la manipulación de los dichos de Stable, que en una parte del fallo se introducen palabras que aparentemente la Lic. Stable pronunció pero que no se encuentran en los informes escritos ni en su declaración oral, evidenciando con ello, que se cambia el sentido de las conclusiones de la Licenciada y la erige, arbitraria e infundadamente, en uno de los fundamentos de la errónea conclusión exculpante.-

Destacaron que la explicación hecha por el Tribunal de por qué Zapata le contó a los hijos de Álvarez que el menor Hugo estaba enterrado, a los fines de que aquellos pudieran contarle, no es sino otra consideración derivada de su íntima convicción, no fundada ni apoyada en ninguno de los elementos o pruebas producidos durante el debate.-

Se explayaron, a renglón siguiente, sobre el análisis de los relatos de los operadores del Copnaf y, en especial, el de Alicia Yohni, aduciendo que tampoco satisface los requerimientos de una crítica a esa prueba, toda vez que vuelven a transcribir las declaraciones de los testigos y expresar genéricamente que son demostrativas del miedo insuperable en la imputada Zapata sin explicar por qué tales dichos acreditarían los extremos del estado de necesidad exculpante, para luego detenerse, mínimamente a analizar los dichos de la Dra. Piana y descalificarlos por la sola referencia a la impresión que ocasionó al Tribunal, sin comparación o contraposición alguna entre sus dichos y el de los otros, actuando nuevamente en forma selectiva.-

Criticaron asimismo la forma en que se valoraron la declaración de la imputada Zapata, los testigos Glenda Mariela Valeria González y Maximiliano Daniel Palazzotti, dado que se utilizaron -a su entender- parcialmente las reglas de la psicología para encontrar un motivo en el miedo respecto de otro de sus hijos, Alan, sin dar -dijeron- satisfactorios argumentos.-

Resumieron finalmente que las conclusiones centrales del Tribunal, además de carecer de fundamento argumentativo, tampoco tienen fundamento doctrinario e incluso es contradicho por autores que el sentenciante citó, quedando asimismo demostradas las falencias en la exposición del cuadro fáctico, sosteniendo que Zapata, tenía el "deber

incrementado" de soportar el peligro sobre sí, en garantía de sus hijos en los términos de Stratenwerth o "deber intensificado" como lo conceptualiza Roxin, resaltando la grave contradicción en la que cae el Tribunal cuando dedujo que Zapata tuvo la posibilidad de poner fin a la situación y no lo hizo -omisión inexcusable-, para luego afirmar que la conducta no era exigible y por ello es excusable: la conducta no puede ser excusable e inexcusable al mismo tiempo.-

Solicitaron, por todo lo expuesto, se case la sentencia en cuanto dispuso absolver de culpa y cargo a Andrea Soledad Zapata, anulando la resolución y disponiendo el reenvío para dictar nueva sentencia ajustada a derecho.-

II.2.- Por su parte, el Dr. Pablo J. Garrera Allende expresó en su libelo recursivo que la sentencia en cuanto condena a Álvarez, resulta arbitraria, caprichosa e infundada o de una motivación aparente cuando rechaza el planteo de inimputabilidad de su defendido y por otra parte también adolece de motivación aparente en la agravación de la figura básica del art. 80 del C.P. y por último, se queja de la pena de prisión perpetua, tachándola de inhumana, violatoria de los principios básicos del Derecho Penal y vulnera la condición humana, pidiendo se declare su inconstitucionalidad.-

Seguidamente, argumentó sobre la admisibilidad del recurso incoado y expresó, en primer término, que considera arbitraria la sentencia al rechazar el planteo de inimputabilidad de Álvarez, omitiendo el mismo sin ningún tipo de fundamento. En ese sentido, afirmó que la sentencia se limita a transcribir un trabajo publicado en una revista de divulgación científico-jurídica, donde se describen dos posturas, a favor y en contra de la imputabilidad del psicópata, quedándose con la postura a favor, sin dar motivos por los cuales se haya decantado por un trabajo y no, en cambio, por el que impulsó la defensa, por tanto no hay motivación suficiente.-

Consideró de igual modo que es arbitraria porque contradice constancias del debate, puntualmente de los dos psiquiatras que realizaron pericias sobre su defendido (Dr. Coll y el Dr. Putallaz) quienes remarcaron categóricamente que Álvarez *no posee frenos inhibitorios y actúa en respuesta al estímulo* y pese a ello, la sentencia concluye que *puede dirigir sus acciones*, dejando de lado el aporte de la ciencia en relación a la declaración del Dr. Putallaz, por una apreciación volitiva basada pura y exclusivamente en un sentir personal, un estado emocional alejado de la sana crítica.-

Se quejó de que el Tribunal apoyara su postura acerca de la imputabilidad del psicópata en dos fallos antiguos del año 1948 y 1952 y al mismo tiempo, volvió a defender su tesis por ser -adujo- coherente, apoyarse en doctrina, y constituir un planteo sólido, rico y claro, remarcando que Álvarez es inimputable porque reúne tanto el aspecto biológico como el aspecto jurídico, solicitando se acoja este planteo, se absuelva a Álvarez y se ordene la aplicación de una medida de seguridad acorde a su situación.-

En subsidio de dicho agravio sobre la inimputabilidad de su pupilo y en orden a fundamentar el planteo dogmático señalado *supra*, manifestó que la agravante por el vínculo (art. 80 inc. 1 en función del art. 48 del C.P.) ha sido impuesta sin motivación, por cuanto, entiende que, al ser acusado Álvarez como autor y no como partícipe del delito, en ningún momento entra en juego el art. 48 del C.P. o, en todo caso, se lo debió acusar como partícipe del inc. 1º del art. 80 del C.P., por requerir esta agravante una calidad especial y a Zapata como autora. Adujo, además que la sentencia, por el contrario, se apoyó en una cita de Donna que no es aplicable en el *sub lite*, por cuanto refiere al caso de un "*autor material es intraneus* y

concorre un extraneus como partícipe...”, cuando aquí el autor material (Álvarez) es extraneus.-

Refirió en relación a la agravante por alevosía (art. 80, inc. 2, C.P.), que el pronunciamiento es arbitrario al respaldar esta subsunción en el fallo “Silgueira” del mismo Tribunal, por cuanto allí la víctima tenía *15 meses de edad* y el presente tiene como víctimas a menores de *7 y 5 años de edad*; por ello, argumentó que es falso que los menores estuviesen indefensos, en todo momento la madre se encontraba presente, convivía con ellos y Álvarez y pudo responder en su resguardo.

Cuestionó que se valorara como condición de alevosía la utilización de un elemento contundente, aplicado con violencia, preguntándose retóricamente si acaso el uso de un arma de fuego o de una puñalada no son también elementos contundentes, poniendo asimismo en tela de juicio el fallo sentencial en cuanto no trató el plus extra de dolo o elemento especial del ánimo que se necesita para aplicar la figura de la alevosía (D’Alessio), como si la configuración fuera automática, sin necesidad de prueba y/o fundamentación, con lo cual, peticiona que de no hacerse lugar al primer agravio desarrollado, se case la sentencia atacada modificándose la calificación de los hechos por los cuales fue condenado Álvarez y se le aplique la figura básica del art. 79 del C.P. (Homicidio simple en ambos casos).-

Por último, en tercer término, realizó subsidiariamente planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua contenida en el art. 80, incs. 1º y 2º, del C.P., puntualizando que se trata de una pena inhumana y de muerte encubierta, vulnerativa del Estado de Derecho, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los principios fundacionales del Derecho Penal.-

Sostuvo, en concreto, que el fallo respecto al planteo de inconstitucionalidad hecho por la defensa, no infiere un razonamiento lógico basado en la sana crítica, limitándose a concluir que en el caso de marras no se encuentran vulnerados los principios constitucionales, sin fundamento alguno.-

Tildó de insólito, absurdo y falaz el argumento del Tribunal de grado por el que justifica que la pena de prisión perpetua termina siendo beneficiosa en orden a las reglas de la ejecución de la pena, dado que la adjudicación de dos penas divisibles en razón de la gravedad del hecho rondaría entre los 40 y 50 años de prisión, con lo cual el régimen de salidas transitorias y semilibertad se habilitaría recién a los 20 años, mientras que con la imposición de pena de prisión perpetua se encuentra establecido en los 15 años de prisión. En esa línea, refirió que el acceso a la libertad condicional en una pena de 40 o 50 años recién se haría en el primer caso a los 26 años y 8 meses y en el segundo a los 33 años y 4 meses, mientras que en la prisión perpetua recién lo hará a los 35 años.-

Argumentó que la pena de prisión perpetua representa para Álvarez una pena de muerte encubierta, en la medida de que sufre enfermedades terminales (HIV Sida y cáncer de Hodgkins) y la pena lo condena a morir en prisión.-

Transcribió su planteo concreto formulado en el juicio, remarcó que no ignora los antecedentes de esta Sala en relación a la prisión perpetua y sin embargo, consideró que es tiempo oportuno para acompañar el ordenamiento internacional de Derechos Humanos; citó doctrina y jurisprudencia y finalizó la alegación, peticionando se case la sentencia por las razones esgrimidas, haciendo reserva del caso federal.-

III.-Concedidos sendos recursos y llegadas las actuaciones a esta Casación, el señor Procurador de la Provincia, formalizó la mantención del recurso del Ministerio Público Fiscal (fs. 84/87vlt., Expte. N° 4413), ratificando *in totum* los argumentos vertidos en el escrito de impugnación

en el sentido de los agravios "in iudicando" e "in procedendo", remitiéndose al mismo.-

Destacó que en la persona de Álvarez se sitúa lo que Kant enfatizaba como "mal absoluto" en cuanto entidad de ilícito y de reprochabilidad, muy pocas veces visto, compartiendo la muy fundada sentencia condenatoria a su respecto como abrumador cuadro cargoso y correcta subsunción típica, desechando a la vez cualquier perturbación de la capacidad psíquica de culpabilidad que lo tornase como no asequible a la motivación conforme la norma.-

Compartió la afirmación del injusto doloso en competencia omisiva de Zapata, en la posición de garante institucional que poseía y que la hace responsable por la no evitación de la muerte de sus hijos pequeños y de todo el proceso de violencia enorme que culminó con sus óbitos, equivalentes a su causación activa, es decir la autoría institucional aunque respecto del parentesco Álvarez no tuviese la calidad de *intraneus*-, no afectando dicha cuestión normativa el principio de legalidad.-

Disintió sin embargo con la conclusión de exculpación por inexigibilidad por coacción que generó en la madre de los infantes miedo insuperable para evitar la violencia y el resultado letal.-

Adujo que hubiera aceptado la acusación fiscal que el fallo considerase la disminución de culpabilidad de las "circunstancias extraordinarias de atenuación" de la parte final del art. 80 para los homicidios agravados por el vínculo, citando el precedente "Rojas, Andrea", del 23/8/10, pero no puede consentir que lo que puede significar una reprochabilidad disminuida se convierta en una exculpación cuando se haya demostrado que la acusada Zapata, garante institucional de sus pequeños hijos, tuvo plena oportunidad -mas allá de la violencia de su concubino- de hacer cesar sin grandes riesgos para sí toda consecuencia lesiva del amedrentamiento, evitando la agresión en curso que culminó con la muerte sucesiva pero no inmediata de sus hijos, explayándose al respecto.-

Manifestó que nuestro texto no contempla al miedo insuperable como exculpante, sí el CP Español, lo que no impide que se trate como elemento negativo de la culpabilidad, ya sea cuando muy grave en el ámbito de la incapacidad psíquica o de manera más frecuente, en el supuesto de estado de necesidad exculpante (Zaffaroni, Mir Puig).-

Señaló que no cualquier riesgo o peligro exculpa la posición de salvamento que integra el deber positivo institucional de la madre -obvio también en el caso el guardador-. A su entender, no basta con que se dé una colisión subjetiva de motivos, es decir una intensidad -presunta- de la coacción psíquica que produzca un proceso anormal de motivación y que lo bienes en juego sean de igual jerarquía, sino que además debe existir una valoración normativa de esa situación, ya que no se trata solo de relevar situaciones de compasión o no exigencia de héroes o santos, sino de relevar criterios imputativos sobre situaciones en que la persona puede ser relevada de la lealtad comunicativa, vgr. disculpada. Por ello no pueden alegar esta exculpante quienes poseen especiales deberes de salvamento, citándolo a Roxin.-

Culminó peticionando se haga lugar a la impugnación anulando el punto II del fallo por vicios "in iudicando" e "in procedendo" y reenviando para que un nuevo tribunal de tratamiento a la tercer cuestión del juicio, cfme. arts. 517, 522 sig. CPP..-

IV.-Celebrada la audiencia prevista en el art. 519 del Cód. Proc. Penal Ley Nº 9754-, intervinieron en ella el señor Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge A. L. García, el señor Defensor General de la Provincia, Dr. Maximiliano F. Benítez, en ejercicio de la defensa de la imputada absuelta -Andrea Soledad Zapata-, y el señor Defensor Adjunto

de Concordia, Dr. Pablo J. Garrera Allende, en ejercicio de la defensa técnica de Víctor Javier Álvarez.-

IV.1.- A su turno, el señor Procurador General manifestó que, sin perjuicio de ponderar la calidad de la sentencia puesta en crisis y la seriedad de la labor de la señora Vocal de Cámara que le correspondió el primer voto Dra. Patricia Pérez-, adelanta que argumentará en pro de la confirmación parcial del fallo respecto de Álvarez. Señaló que el hecho es uno de los más espantosos que puede recordar. La madre de los niños muertos, que es también víctima y, no obstante eso, también es responsable por haber quebrantado su deber de cuidado y de obrar. Esta es una de las circunstancias regladas ya que el legislador que es el soberano toma el criterio de que los mínimos pueden ser rebasados, es un caso de pena natural o de deconstrucción de la culpabilidad, dado que las consecuencias lesivas del hecho aún para la madre son tremendas pero destaca también que fueron hechos que pudiendo, no evitó.-

Expresó que la Dra. Pérez ha honrado al tribunal, el fallo es impecable, siendo el mismo fundado en doctrina y jurisprudencia, remitiéndose a los fundamentos del recurso realizado por los Dres. Castillo y Dri y a su mantenimiento al arribar el expediente a la Alzada.-

Manifestó que se trata de un esquema terrorífico de violencia familiar, dentro del cual Álvarez y Zapata han dado un trato violento a los chicos y es bueno señalar que convivían hijos propios de Álvarez y Corrado conjuntamente con los dos hijitos de Zapata muertos por Álvarez que son los dos nenes que motivan este juicio y, quien los introdujo a vivir con ellos era su madre, porque esos chicos estaban hasta un año antes bajo la guarda de su abuela. Los hijos pasaron muy poco tiempo antes a su esfera de custodia. Este cúmulo de violencia en donde se producen estos hechos es terrible dentro del esquema de golpeadores y abusadores, se produce la cuestión de que la madre se mete debajo de la violencia y se guarda de la violencia de Álvarez, acompaña la violencia de él, tratando de salvaguardarse ella.

Adujo que la defensa solamente plantea dos argumentos, sin discutir la plataforma fáctica y sólo discute la calificación jurídica solo en lo atinente a la culpabilidad. Lo cierto es que la defensa no cuestiona el *factum* ni la posición de garante de la madre. La sentencia es correcta en decir que los hechos existieron, que hubo dos golpizas espantosas. La desnutrición severa que tenían los situaban a los menores en una edad de mucho más fragilidad.-

Los ataques de Álvarez con un nunchaku, con solo ver la sentencia, los informes médicos -que dan cuenta del destrozo de la cara y el cráneo- y los testimonios, dejan horrorizado a quien lo hace. No hay dudas en la facticidad y del aprovechamiento de la situación de indefensión, citando los antecedentes de "Ávalos", "Medrano" y "Larrosa". Los elementos son fierros rellenos de cemento que incrementan su nivel de dañosidad por la física que hace que, con el movimiento, adquiera más fuerza inercial, con alto poder letal. No hay ninguna duda de la existencia de un elemento subjetivo distinto del dolo cual es la alevosía. Hay un juicio de reprochabilidad que adelanta el injusto. El homicidio por alevosía no es a traición y sobre seguro, sino también como aprovechamiento de la situación de indefensión lo que no requiere un ataque de espalda. El fallo es impecable al tratar la alevosía. Álvarez es autor del delito de dominio con alevosía pero además de eso hay una concurrencia en el parricidio en el homicidio de los hijos de su concubina sin ser necesario referir al art. 48 C.P..

Refirió que hay una posición de garante institucional que lleva a la madre a tener ese deber especial, tiene un rol de delito propio y especial que solo le atañe y el ordenamiento le impone a quien tiene el deber de

evitación, se lo impone tanto en el art. 106 en el riesgo, como en el art. 80 en comisión por omisión en el homicidio.

Sostuvo que no hay duda que la madre es autora ya sea que ella misma golpee a los niños, quebrantando su deber positivo, o que no evite que Álvarez les pegue, hay un quebranto institucional equivalente. Álvarez no tiene ese rol es un *extraneus*, no puede ser autor porque carece del rol pero puede ser partícipe necesario. La única manera de considerar a quien domina el hecho como partícipe necesario, es porque ha dado un aporte esencial y ese aporte se da en la etapa ejecutiva. Solo en esas circunstancias el extraneus o es partícipe necesario o es coautor. Es indudable que no se puede plantear la atipicidad del *extraneus* y esta cuestión es tratada en la sentencia perfectamente bien.

Indicó seguidamente a la aplicación del art. 48 del C.P. que viene de Fauerbach, el dolo estaba en la culpabilidad y era *dolus malus*. Todas las circunstancias que están en la culpabilidad serán trasladadas a que el sujeto conozca, siendo hoy tratadas en las circunstancias del ilícito y por ello son alcanzadas por el art. 47 C.P.. El dolo del agravante del parricidio exige certeza obviamente, el dolo alcanza al sujeto y a quien interviene sabiendo que está interviniendo en el homicidio de un hijo y esto Álvarez lo sabía, todo lo cual es desarrollado correctamente en la sentencia y puede considerarse desde cualquiera de las teorías.-

Con referencia a los dos argumentos que trae la defensa, señala que se insiste en la inexistencia de capacidad de culpabilidad de Álvarez y que el mismo es inimputable por su psicopatía y, en cuestionar el monto de la pena, recordando respecto de la psicopatía los precedentes "Avalos" y "Medrano".

Narró la discusión muy fuerte de las neurociencias con el derecho penal, concluyendo que hoy se sabe que lo mejor es el derecho penal de culpabilidad donde se le reconoce al otro la calidad de persona donde hay una pertenencia a la sociedad. Álvarez es persona y puede discernir entre el bien y el mal, es una personalidad psicopática. Álvarez tiene una personalidad psicopática e irascible, pero no es naturaleza, es persona. Es un manipulador de las características de las personas inmersas en los casos de violencia familiar y de género y, lo que es demostrativo de lo manipulador que es, se patentiza en que agredió a los hijos de ella y no a sus propios hijos. Álvarez es un psicópata, sabe lo que hace y por eso quería hacer desaparecer a las criaturas y los golpeaba y quemaba con cigarrillos. Con los demás chicos es violento pero no los golpea de la misma manera, por dicha circunstancia, de ninguna manera se puede hablar de un cuadro de inimputabilidad.-

En cuanto al último argumento, la inhumanidad de la pena perpetua, destacó que este tribunal ha rechazado la inconstitucionalidad de la misma, y que, ello es un argumento para la etapa ejecutiva no correspondiendo aquí, en esta etapa. Agregó que tampoco habría de recurrirse a la declaración de inconstitucionalidad por cuanto de una interpretación de la Ley Nº 26200 que positiviza el Tratado de Roma, puede extraerse que la pena mayor es la pena mayor en la vieja escala del homicidio, en 25 años, esto para abonar la tesis tradicional del tribunal y que se condice con los fallos de los Tribunales Europeos.

Brevemente y más allá de remitirse a la cuestión ya desarrollada, trata el problema del quebranto de la madre, sosteniendo que este es un caso de pena natural, pero que se habría evitado sin duda si durante el año que vivieron con Álvarez hubiera denunciado. Adujo que tuvo muchísimas oportunidades de ir y denunciar, más allá de los quebrantos de reglas del art. 248 del C.P., de parte de los miembros del Copnaf que no la acompañaron y que, tal vez, se habría evitado la muerte del segundo de los chicos.

Planteó que Zapata estaba en clara posibilidad de evitar y no lo hizo pudiéndolo hacer, porque aún en el momento en que va al Copnaf Hugo ya había muerto, ella había ayudado a enterrar a su hijo y no dijo nada, por lo cual sostuvo que ella se acopló a la violencia y olvidó sus deberes, siendo a la vez víctima. Ella ayudó a enterrar al hijo después que lo molieran a golpes, convalidó la desnutrición y el maltrato severo constante.

Reseñó que ella ocultó la muerte del primero, que se conoce no por la denuncia de su mamá sino por el quiebre de uno de los hijos de Corrado que cuenta que lo habían matado a Hugo. En la cámara Gesell, los chicos cuentan que no evitaba los maltratos sino que se acoplaba a éstos. En la opción eligió la de acoplarse, seguir a su pareja. Es por eso que la Procuración señala que se puede aceptar una circunstancia extraordinaria de atenuación como en el caso Rojas, ya citado, imponiéndose una pena más baja, perforando los mínimos. Destacó que no comparte la absolucón y precisamente es allí donde se hace por parte de la Dra. Pérez un uso erróneo del estado de necesidad exculpante, porque no existe el "miedo insuperable" como causal de inculpabilidad.

Manifestó que entre el estado de necesidad exculpante y disculpante hay una situación de graduabilidad. La diferencia está en el deber de tolerancia y esto es lo que divide. El estado de necesidad disculpante desaparece con la existencia de "deberes" y de roles especiales, como en el caso de los bomberos o militares, hay roles especiales que conllevan deberes, cláusula de adecuación y, en el caso marcaban la posibilidad de que la madre obrara conforme a derecho. No hay una situación de exculpación y, por ello es que, si bien puede haber una circunstancia extraordinaria de atenuación, cree que no es posible sostener la absolucón más allá de su situación de víctima.

Finalizó manteniendo el recurso de casación, solicitando el rechazo del recurso de la defensa y la confirmación parcial del fallo.

IV.2.- Por su parte, el señor Defensor General contestó el recurso del MPF, aclaró que su rol va a ser el de sostener la confirmación de la sentencia en cuanto a la absolucón de Zapata.

Consideró que el fallo de la Dra. Pérez es fundado e impecable, de ningún modo la sentencia es arbitraria sino que es el producto de los hechos probados e, incluso, el señor Procurador ha defendido la sentencia, entendiendo que es fundada y trae justicia al caso.-

Relató que no se puede olvidar que Zapata fue una verdadera víctima del hecho, estando probado en la causa, las cicatrices y quemaduras que la misma tenía, incluso, se refirió a la anterior pareja de Álvarez -Corrado- que habló del terror que ella misma tenía de Álvarez, terror que se vio reflejado en la audiencia realizada en la Defensoría Civil donde, pese a encontrarse en ámbitos tribunalicios, no se animó a contradecir a Álvarez y consintió que sus hijos fueran a vivir con éste.

Detalló la sumisión que se genera en las mujeres sometidas al violento, en los casos de violencia de género esto es normal, por ello la ley de protección integral de la mujer entiende esto y prevé la realización de audiencias en forma separada porque se sobreentiende la sumisión y subordinación que padece.

En cuanto a la muerte de Hugo, se refiere al contexto que estaba viviendo Zapata, cursando los últimos días de un embarazo, Álvarez le pegó a Hugo y también a ella con un nunchaku, ambos tendidos en el piso, evidentemente en esa situación no pudo defender a su hijo. Debe tenerse en cuenta que el arma utilizada se desplaza a gran velocidad y no se puede reaccionar, se produjo con tanta rapidez que no da lugar a que lo defienda.

Relató que Rodrigo, el otro niño salió en defensa de su mamá, a quien Álvarez le estaba pegando cuando apenas había sido madre de un niño

discapacitado. Allí, cuando sale en su defensa, le pega en la nuca y le da dos golpes en la cabeza con los que le ocasiona la muerte. A diferencia de lo que sostuvo el Procurador entendió que está probado que Zapata no pudo evitar el resultado. Pero además reitera, que en los hechos la velocidad con la que se dio muerte a los hijos y, en su estado de gravidez y sumisión, no pudo hacer nada.

Es importante dijo, ver y escuchar cuando Zapata cuenta cual fue su vida. Primero fue abandonada, desde niña, es totalmente analfabeta, a los 8 años fue abusada, luego se juntó con el padre de Hugo, quien nació cuando ella tenía tan solo 13 años, a los 15 años se separa. Areguati, su segunda pareja también la golpeaba y de allí se fue a vivir con Álvarez, quien había sido pareja de su madre.

El Estado la abandonó siempre, no la protegió, fue abandonada, golpeada y abusada sistemáticamente. Sin ningún tipo de instrucción, analfabeta, sometida desde niña, en este contexto esta mujer no pudo hacer otra cosa, no pudo tener una conducta alternativa.-

Concluyó que la sentencia es justa y solicitó se la confirme en cuanto absuelve a Zapata.-

IV.3.- Finalmente, el Dr. Garrera Allende refirió que el hecho es aberrante, pero entiende que la sentencia casada adolece de serias irregularidades y vicios.-

Respecto del primer punto, su planteo de inimputabilidad, consideró que basándose en el trabajo publicado en la Revista de Rubinzal Culzoni, año 2007, T. I de Mariana Salduna, la Dra. Pérez desechó la postura de la defensa. Dio lectura al fragmento respectivo de la sentencia indicando que no se dio motivación ni fundamentación sobre el por qué no se tuvo en cuenta el argumento de la defensa, por lo cual la sentencia aparece infundada y con total falta de motivación, no hay coherencia sobre por qué opta por uno y no por otro, concluyendo además la Camarista de forma distinta a los informes que realizaran los psiquiatras de la causa. Manifestó que ambos psiquiatras indicaron que Álvarez no tenía frenos inhibitorios, si bien podía conocer la bondad o maldad de un acto. Da lectura a los informes y declaraciones de los médicos que depusieron en el debate. Señalan que Álvarez comprende la criminalidad de los actos pero no puede actuar en consecuencia. La Dra. Pérez intenta contradecir estas pericias, razón por la cual la sentencia no sólo es inmotivada sino que es allí donde se torna, además, auto contradictoria y como si esto fuera poco, adolece de una fundamentación aparente por cuanto cita jurisprudencia antiquísima, citando fallos de los años 1948 y 1952.

Expresó que la defensa realizó un trabajo pormenorizado agregando a la causa elementos que no fueron considerados por la Vocal que tuvo el primer voto y de donde se indicaba a la psicopatía como una verdadera enfermedad mental, sin observar los argumentos y calificación de la OMS, Ziffer y Cerezo Mir.-

Por estos motivos, respecto del planteo de inimputabilidad de su defendido solicita se case a la sentencia, se lo declare inimputable y se adopten las medidas que los profesionales de la salud estimen pertinentes.-

El segundo agravio en el cual se explayó es el de la calificación legal por la cual terminó condenado su defendido, los incisos 1 y 2 del art. 80 C.P., sosteniendo que la sentencia posee una fundamentación aparente por cuanto se cita dos casos que nada tienen que ver con el presente, dado que refieren a bebés totalmente indefensos.

Señaló que aquí, es la misma madre quien dice que los hijos querían defenderla a ella y saltaron en su defensa, enfrentándose a Álvarez. Por otra parte, adujo que no es propio de la alevosía referir a la contundencia del arma empleada. La fiscalía no tuvo una actividad tendiente a probar

la existencia de la alevosía y la Dra. Pérez trató de subsanar esa falta de pruebas con fundamentos aparentes.

Con relación a la calificación del inciso 1º, acudió a citar a Genaro Carrió quien menciona como causal de arbitrariedad de la sentencia, su objeto y tema, porque omite considerar fundamentos sobre su alegación, dando lectura a la bibliografía.

Insistió que al analizar la agravante por el vínculo, Álvarez nunca fue acusado como partícipe a pesar de que en la sentencia se lo consideró dentro de lo normado en el art. 48 C.P. y, como no atendió a su planteo, se violó el derecho de defensa en juicio por cuanto Álvarez se estaba defendiendo de una acusación en calidad de autor y no como partícipe. Álvarez no puede nunca ser autor de un parricidio porque no es padre de esos niños. Cita a Roxin e indica que la madre fue la autora y Álvarez debió ser acusado como partícipe necesario. Sostuvo por ello que la sentencia es nula por ser arbitraria y hacer una aplicación errónea del art. 48 C.P..

Agregó que en la sentencia se cita en un pasaje a Donna pero que esta cita es inaplicable al caso. Aquí el *intraneus* es quien va como autor y no como partícipe, pero Álvarez no posee la calidad propia que requiere el tipo imputado. Reiteró que el fallo se limita a citar jurisprudencia que no se ajusta al caso y con ello la sentencia es fundada solo aparentemente. Por último se refirió al pedido de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en los incisos 1º y 2º, por los cuales se condenó a su defendido, y planteó que la Dra. Pérez estimó que no se violentan ninguno de los principios constitucionales, sin explicar las razones del porque de ello, no dio fundamento a esas consideraciones.

Explicó que no desconoce la doctrina de este Tribunal pero consideró que atento a la pronta reforma del Código Penal en cuanto a la modificación de la prisión perpetua se debería cambiar esa doctrina. Es un buen momento -dijo- para respetar los principios de culpabilidad y limitar las penas en 30 años.

Puntualizó que en el caso que nos ocupa, y sin dejar de mencionar que es un hecho aberrante, Álvarez tiene hoy 35 años y una pena de prisión perpetua le permitiría salir a los 70 años, pero además señaló que su defendido tiene HIV y cáncer, por lo que una condena como ésta es una pena de muerte encubierta.

Manifestó que este caso amerita tener en cuenta estas circunstancias para referirse a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y que, de no prosperar sus anteriores planteos, subsidiariamente se le aplique a Álvarez la pena que corresponda conforme los art. 40 y 41 C.P.. Culminó solicitando se case la sentencia, se declare la nulidad total de la misma y, subsidiariamente, la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

V.-Reseñados de este modo los antecedentes del caso, corresponde ingresar al examen de la controversia abierta por los recursos articulados que analizaré en el orden en que fueron presentados.-

V.1. Con relación al planteo del Ministerio Público Fiscal, es necesario destacar liminarmente que el originario cuestionamiento impugnativo por supuestos vicios *in procedendo* -arbitrariedad, autocontradicción, carencia de fundamentos- atribuidos a la sentencia en crisis no han sido objeto de expreso mantenimiento por parte del señor Procurador General en la audiencia celebrada para informar oralmente (cfme.: art. 517, 2do. párr., C.P.P.) quien, por el contrario, ponderó la factura sentencial y su fundamentación en doctrina y jurisprudencia, calificándolo -en ese aspecto- como impecable, desarrollando su alegato en torno los vicios *in iudicando* denunciados tanto por el órgano de la acusación pública como por la defensa y, al respecto, resulta importante señalar inicialmente que del conjunto de obligaciones que pesan sobre el Estado, contenidas en el art. 7, incs. **c** y **e**, de la Convención de Belem do Pará, surge la necesidad

de adoptar “todas las medidas apropiadas, ... para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.-

No cabe ninguna duda que los sucesos aquí investigados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer por lo que, el caso en examen, se conecta directamente con los bienes tutelados por la Convención de Belem Do Pará, ratificada por Ley Nº 24.632.

Es por estos motivos que la visión del Derecho Penal en esta puntual causa no debe ser desplegada bajo la fría mirada de la dogmática penal tradicional sino bajo los nuevos paradigmas supra nacionales de los Tratados que nuestro país ha ratificado y, por tanto, se ha obligado a cumplir y hacer cumplir, lo cual trae ínsito que el examen de los sucesos se realice bajo esa óptica, conforme lo efectúa y analiza prolijamente la Dra. Patricia Pérez en el exhaustivo y fundado voto que comanda el acuerdo sentencial impugnado, al cual adhieren sin reparos los restantes integrantes del tribunal de mérito.-

En efecto, las particulares circunstancias que rodearon la producción del trágico resultado de la muerte de dos niños de apenas cinco y siete años de edad, así como el procesamiento de su madre y posterior requerimiento de condena por parte del Ministerio Público Fiscal, fuerzan a formular especiales consideraciones acerca de elementos que no fueron tenidos en cuenta a lo largo del proceso y que determinaron una seria desprotección en el tratamiento que recibiera Andrea Soledad Zapata por parte del Poder Judicial.-

El primer informe profesional respecto de ésta refiere a su historia de vida. Allí se informa que sufrió malos tratos en el ámbito familiar durante su infancia, que no ha recibido ningún tipo de instrucción escolar y es absolutamente analfabeta -surge de su declaración que ni siquiera puede precisar el año de su nacimiento-, que durante aquel período su abuelo la violó, contando ella con aproximadamente apenas ocho años de edad. Luego quedó embarazada a los trece años de edad, derivando de ello una personalidad retraída y sumisa al rigor de su pareja por comprensible temor por su integridad física y la de sus hijos, dando acabada cuenta la imputada de que la relación era muy violenta, que recibía golpizas de parte de su compañero y que aquellas agresiones llegaron a ser de tal magnitud que golpeaba a ella y a sus hijos con un “nunchaku”, les derramaba agua hirviendo sobre sus genitales, los rociaba con alcohol y les prendía fuego, los quemaba con cigarrillos, etc. y de los informes médicos obrantes en el legajo se pudo constatar la existencia de diversas lesiones en la imputada, revelando la autopsia del niño Rodrigo huellas de severas golpizas y callos óseos en casi todas sus costillas, producto de fracturas anteriores no tratadas y ya consolidadas, como también fracturas óseas traumáticas en los cráneos de ambos niños muertos.- El Ministerio Público Fiscal parece haber tomado como elemento cargoso la actitud de Zapata, que no evidenció momentos antes y después de la muerte de su hijo una actitud protectora ni el dramatismo que amerita para una madre la pérdida de su pequeño. Se consideró aquella actitud como un indicio del abandono y de la inexplicable omisión del deber de cuidado y protección que le competía.

Tal como se ha relevado, aquello que la acusación considera “inexplicable”, se encuentra claramente explicado en la sentencia por los dichos de testigos que valora el sentenciante y por las circunstancias que afectaban a la razonable percepción de la encartada, conforme lo precisa el fallo atacado, resultando en ese aspecto elocuente el informe y testimonio -extensamente desarrollados en la sentencia- del psiquiatra Dr. Enrique O. Stola cuya lectura revela -sólidamente fundamentada- la situación de desamparo y sometimiento por el terror de la que era víctima Andrea S. Zapara. El único reproche que permite, en definitiva,

comprender la postura condenatoria en su contra se vincula con el hecho de que ella no se separó a tiempo de Álvarez y se llevó los niños, a pesar de que él maltrataba sistemática y perversamente a sus hijos y a ella.- Al respecto, corresponde consignar que -así como se desprende de los antecedentes- nunca en su vida la imputada ha podido contar un modelo de familia que le permita considerar la violencia como algo inaceptable, a poco de ver que jamás vivió un vínculo exento de agresiones. Sabemos que sufrió reiteradamente violaciones en el ámbito intrafamiliar y por parte de las personas que debían protegerla, que también sufrió en su primera infancia agresiones físicas y que durante varios años fue cambiando de hogar y familia, sin que su situación se adecuara al derecho que tiene todo niño a crecer en un ámbito de contención y amor.-

Repárese que su primera experiencia de convivencia con una pareja fue similar a la del modelo de familia que ella había podido construir y evidentemente naturalizar: su concubino la golpeaba y abusaba constantemente. Nótese que, según Zapata, aún después de gravísimos episodios, no se separó de su pareja y que incluso estaba nuevamente embarazada. La "normalidad" que revestía la violencia en su historia, como bien lo determina el tribunal de mérito, no le permitió, dentro de este vínculo, percibir los enormes niveles de peligro a los que se encontraba expuesta ella y sus hijos, ni la forma de salir de esta relación, lo cual extrae el sentenciante del examen de la prueba producida y valorada con la inmediatez propia del juicio.-

Otro elemento que acentuaba su dependencia respecto de su pareja se vinculaba con el hecho que, al momento de la muerte de su hijo Hugo, se encontraba cursando los últimos días de un embarazo, recibiendo violentos golpes y, a su regreso al "hogar" -por llamar de algún modo al lugar donde residía- luego del parto, su bebé -hijo de Álvarez- quedó internado producto de haber nacido padeciendo una especial patología severamente discapacitante.-

De la simple lectura de las piezas que conforman los antecedentes de las presentes actuaciones emerge de manera evidente que Zapata se encontraba inmersa en una nueva relación violenta -que ella naturalizaba- y que, otra vez, no concebía posibilidad alguna de sustraerse a la misma. Frente a esta situación, que no pudo y no debió ser ignorada por los funcionarios del COPNAF a quienes ella logró anotar -del precario modo que pudo- y no trataron la situación de la familia, no se le proporcionó a Zapata el apoyo necesario para poner fin al vínculo dañino y peligroso que sostenía con Álvarez, no se abordó debidamente su condición de mujer golpeada ni se logró que ella pudiera deconstruir los terribles modelos familiares que sufrió y reiteraba en su vida adulta al momento de formar su propio hogar.-

El Estado tuvo oportunidad concreta de ayudarla a cortar los lazos de sometimiento que determinaban su dependencia emocional y económica y le impedían ponerse a salvo -ella misma y sus hijos- de la violencia de su compañero. Por ello, cuando Zapata logró trabajosamente abrirse, en medio de su pavor y recelo, expresando su desesperado pedido de auxilio, como única manifestación posible -en su limitado entendimiento- de su clara voluntad de poner fin a esa inhumana situación, en lugar de obtener el resultado razonablemente esperable -cuanto menos para profesionales expertos en el tratamiento de casos de violencia intrafamiliar-, solo consiguió más abandono y desprotección, pareciendo entonces impropio apuntar intransigentemente la censura en su contra sin la necesaria valoración de todos los antecedentes que vinculan a los protagonistas con el devenir del suceso, tal como prudentemente lo ha llevado a cabo el razonamiento sentencial bajo examen.-

Resulta importante volver sobre la argumentación impugnativa, como dato negativo, del hecho de que Zapata no reaccionara con una denuncia,

huída de su casa o con mayor dramatismo frente a la muerte de su hijo Hugo -primero en morir brutalmente golpeado por Álvarez-, porque de la lectura de los testimonios considerados por el tribunal de mérito puede cabalmente advertirse algún grado de "anestesia emocional" en la imputada; un cierto distanciamiento respecto del dolor que le causaban las vivencias que debía afrontar, lo que constituye un típico síntoma que aparece en las mujeres que se encuentran sometidas a relaciones íntimas violentas (cfme.: Bodelón, E. - Naredo Moledo, M. - Casas Vila, G.; *"La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España"*, en *"Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales"*, Encarna Bodelón (dir.), pág. 37, Ed. Didot, Bs. As., 2012).-

En efecto, existe una condición psicológica que se denomina "síndrome de la mujer golpeada", sobre el que se ha dicho que: "es considerado una subcategoría del trastorno por stress post traumático y se ha sostenido que se evidencia a través de tres grupos de síntomas: a) disturbios cognitivos -consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y *flashbacks*, que hacen que la mujer reexperimente episodios agresivos anteriores y que se incrementa y afecta su percepción del peligro-, b) altos niveles de ansiedad -que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño-, y c) **síntomas evitativos o de evitación consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento** y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar-" (cftr.: Di Corleto, J. B., *"Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas"*, en *"Rev. de Der. Penal y Proc. Penal"*, Lexis Nexis, Nº 5/2006, p. 867 -el destacado en negrita me pertenece-), sobre lo cual se exploya el fallo haciendo mérito de lo expresado por el Dr. Stola.-

A pesar de que no se evaluó oportunamente la presencia de este síndrome, razón por la cual no se puede afirmar con certeza la presencia de todos sus síntomas, parece evidente que Zapata ha negado y subestimado el peligro y que su imposibilidad de cortar el vínculo violento, la ha llevado a alejarse y aislarse respecto de cualquier contacto con otras personas que no fueran su pareja, reforzando de esta manera su incapacidad para neutralizar las agresiones y de recibir ayuda para salir del círculo de violencia en la relación de pareja. Otro de los síntomas que frecuentemente aparece en las mujeres golpeadas se vincula con lo que se ha denominado **"impotencia aprendida", consistente en la dificultad o incapacidad que tiene la víctima de maltrato para percibir las posibilidades de salir de la relación violenta** (Schopp, Robert F., *"Justification defences and just convictions"*, Cambridge University Press, 1998, págs. 93-94).-

Corresponde señalar, asimismo, que opiniones especializadas han constatado la existencia una conexión frecuente entre el abuso sexual, físico y emocional durante la infancia y el hecho de formar parejas violentas, las mujeres que de niñas han sufrido este tipo de agresiones tienen además mayor dificultad para poder cortar los vínculos violentos (cfme.: Walker, Lenore, *"The battered woman Syndrome"*, 3ra. edic., págs. 10-12, Springer Publishing Company, Nueva York, 2009).-

Como en tantos otros casos, una dificultad que se advierte frecuentemente para la intervención en las situaciones de violencia íntima, se vincula con la concepción según la cual las relaciones de pareja pertenecen al ámbito de lo privado y que cualquier intervención estatal en aquella relación es ilegítima o contraproducente. Pues bien, la falta de intervención oportuna del Estado en favor de la protección de Andrea Soledad Zapata y de sus hijos, el "desentenderse" sobre de qué forma o con qué medios ella precariamente podía pedir ayuda, ha abandonado a

su suerte a los más débiles dentro de las relaciones de poder y sometimiento existentes en aquel grupo conviviente incapaz de conformar una verdadera "familia". De esa omisión y fracaso estatal es que deriva en el *sub lite* la muerte de ambos menores de edad.-

"El concepto de maltrato masculino hacia las mujeres como algo privado tiene una fuerza ideológica potente en nuestra conciencia. Al ser considerado como una cuestión privada, lo reafirmamos como un problema individual que involucra solo a una relación íntima y particular, lo cual impide la generación de la responsabilidad social para encontrar una solución legal ... **en lugar de concentrarnos en quien maltrata, analizamos a la mujer maltratada, investigamos su conducta, examinamos su patología y la culpamos por seguir en la relación**, a fin de mantener nuestra negación y nuestra incapacidad para enfrentar las cuestiones más básicas y problemáticas referidas al poder y el control en las relaciones íntimas" (cftr.: Schneider, Elisabeth, "*La violencia de lo privado*", en "Justicia, género y violencia", Di Corleto, Julieta (comp.), p. 47, Ed. Librería - Red Alas, Bs.As., 2010).-

De todo ello es dable concluir que, más allá de lo consignado en la sentencia, el razonamiento atinente a la causal exculpatoria sólidamente explicada por la Magistrada que comandó el acuerdo que absuelve a Zapata sobre la base de que no pudo librarse del "miedo insuperable" por la relación violenta que padecía, con el fin de proteger a sus hijos conociendo el "temperamento violento" de su pareja-, es el correcto de consuno con el plexo probatorio analizado, lo contrario -impulsado por el Ministerio Público Fiscal-, supone culpabilizar de manera inadmisibles a la mujer por una situación de violencia de la que ella misma es víctima y revictimizarla, descargando la responsabilidad de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b de la Convención de Belém do Pará), que el Estado no asumió, a pesar de conocer la situación que originaba el deber de ponerle fin y a asistir a la mujer a superar aquella situación.-

Puntualizo en este aspecto que, tal como precisó y desarrolló prolijamente el pronunciamiento recurrido, se puede colegir que ese "miedo insuperable" es perfectamente asequible dentro del concepto de "amenazas de sufrir un mal grave e inminente", porque, aquí me pregunto: ¿qué sentimientos sino el **miedo insuperable** provoca la amenaza de padecer un mal grave e inminente? Máxime cuando esa amenaza se ve reforzada con hechos cotidianos concretos que evidencian inequívocamente la verosimilitud de ella. Así, el estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2º, C.P.) presupone una situación de extrema coacción donde el mal causado y el que se procura evitar guardan cierta correlación, sacrificando o lesionando el sujeto un bien jurídico de igual o mayor entidad al suyo propio amenazado, encontrando fundamento en la anulación del ámbito de autodeterminación de dicho sujeto, lo cual impide exigirle una conducta distinta a la adoptada. De esta manera, la conducta es penalmente inculpable cuando la situación precedente torna **inexigible** la posibilidad de adoptar un curso de acción distinto, por haber quedado eliminada la posibilidad del sujeto activo de decidir libremente; emerge claro de la sentencia que Zapata no solo omitió una defensa eficaz de sus hijos o la evitación del maltrato homicida de Álvarez sino que participaba en el castigo corporal de sus hijos, mas todo ello bajo concretas amenazas de muerte de aquél respecto de ella y de los niños, existiendo constatables muestras en sus respectivos cuerpos de la posibilidad de su concreción; es evidente que, frente a semejante coacción, desde el punto de vista de su "capacidad" la encartada se encontraba en condiciones de realizar una conducta diferente, pero a riesgo de su propia vida y de la de sus hijos y es por ello que el Estado no puede exigirle que realice esa conducta, porque esta persona tiene

absolutamente disminuida su libertad de decisión (cfme.: Donna, E. A.; "Der. Penal – Parte General", T. IV, pág. 374, Ed. Rubinzal-Colzoni, Sta. Fe, 2009) y en la especie Zapata actuaba de ese modo creyendo que, con ello, protegería la integridad física y la vida misma de sus hijos; pretender de ella -tal como lo planteó el Ministerio Público Fiscal- una oposición a ultranza a las amenazas de violencia de Álvarez, importa exigirle la realización de una conducta heroica de verdadera inmolación que en modo alguno coadyuvaría a la salvaguarda de la vida de su prole, habida cuenta que, más allá que el Derecho Penal no exige ese tipo de resistencia épica, la única posibilidad de preservación de la integridad de los niños era la presencia física y limitadísima defensa que pudiera ejercer la madre en favor de ellos.-

A raíz de la palmaria omisión de asistencia efectiva a Zapata y a sus hijos por parte de los órganos competentes del Estado con los que pudo tener contacto y expresar sus padecimientos y siendo ella una mujer que al menos impresionaba ser una víctima de violencia de género, considero oportuno traer a colación un conocido caso en el que el Estado de Brasil omitió todo tipo de intervención para hacer cesar la violencia intrafamiliar, a pesar de las denuncias policiales de la mujer que la sufría, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que ello importa la omisión de cumplir con las obligaciones de prevención, y detectó una violación concreta al deber de investigación y sanción oportuna de estos hechos, derivada de los compromisos internacionales asumidos en virtud de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará- (caso: "Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil", informe 54/01, 16/4/01, párrs. 46-46, 51, 55-56) y recomendó que Brasil debería realizar lo conducente en orden a concientizar a sus agentes para que puedan brindar la atención oportuna y adecuada en casos de violencia e impartir la formación necesaria para deconstruir los patrones culturales que llevan a la policía y a los órganos judiciales a desoír las denuncias (ap. VIII, párr. 4. a, c, d y e).-

Cabe consignar que con el fin de implementar el cumplimiento las obligaciones internacionales vinculadas con la protección del derecho de las mujeres a una vida sin violencia, la Ley Nº 26.485 dispone que "los tres poderes del Estado, ... adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: ... c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia" (art. 7). Pretender condenar a Zapata, no solamente resulta incorrecto desde un punto de vista puramente jurídico-penal -correctamente resuelto en la sentencia-, sino que también podría constituir un hecho susceptible de generar responsabilidad internacional para el Estado Argentino siendo todo lo hasta aquí expuesto, sumado a los fundamentos esgrimidos en su voto por la señora Vocal ponente en el acuerdo sentencial bajo examen Dra. Patricia L. Pérez-, congruente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino con relación a los casos de violencia dirigidos a la mujer (Convención de Belém Do Pará y Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ambitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, Nº 26.485).-

V.2.- Sin perjuicio de lo expresado por el señor Procurador General en la audiencia respectiva, estimo necesario sin embargo señalar, respecto del supuesto *vitio in procedendo* invocado por el Ministerio Público Fiscal en

la interposición de su embate casatorio, relativo a la forma de transcripción de los testimonios y a la valoración que efectúa el tribunal sentenciante de los dichos de Stola, Putallaz y los médicos forenses, como asimismo de las testimoniales brindadas en la cámara Gessell por los menores Víctor Andrés Álvarez, Milagros Ayelén Álvarez y Ezequiel Maximiliano Álvarez, hijos del imputado Víctor Javier Álvarez y de Vanesa Andrea Corrado que contaban -a la fecha de los hechos- con 12, 9 y 10 años de edad, respectivamente, y la declaración de la ex-pareja de Álvarez, Vanesa Corrado, se puede colegir fácilmente, tanto de las testimoniales reunidas en la causa y meritadas en el fallo como del resto de las probanzas evaluadas, que los hechos acontecieron de la manera que reseña el tribunal sentenciante en un relato del evento sin fisuras, no advirtiéndose en el presente control revisorio del prolijo, extenso y meduloso análisis que efectúa la sentencia, la existencia de irregularidades motivacionales, dado que, amén de la señalada transcripción de los testimonios, los mismos son valorados acabadamente, concatenándolos con todas y cada una de las evidencias producidas y ponderadas como de índole cargosa, revelándose suficientes dentro de una unidad inescindible, lógica y ajustada a derecho para derivar fundadamente en las conclusiones a las que arriba; parafraseando a la Procuración General, en una habitual expresión en sus dictámenes (v.g.: *in rebus*: "TORTUL – VIOLA", dictamen 062, 21/2/13; "RODRIGUEZ – RODRIGUEZ", dictamen 124, 21/3/13, entre otros), es dable aseverar que es evidente que la cuestionada conclusión sentencial del *a quo* se fundamenta en un sólido contexto probatorio, que no deja resquicio a otra variante explicativa, luciendo la impugnación, aún bajo el ropaje de arbitrariedad, como una mera divergencia con dicha solución sobre la base de la reiteración de planteos ya debatidos y desechados certeramente por el tribunal de mérito.-

Emerge incontestable que, en realidad, con lo que discrepa la Fiscalía casante, es con la valoración y merituación que se realiza de la prueba para arribar al resultado cuestionado, empero del fallo se desprende una fundada y exhaustiva argumentación -reitero- global e integralmente relacionada con todo el material probatorio acopiado y legítimamente introducido al contradictorio -con los alcances apreciativos de los respectivos elementos que únicamente confiere la inmediatez del juicio-, lo que le permite razonablemente concluir del modo en que lo hace el tribunal recurrido.-

Reiteradamente ha sostenido esta Casación que no es necesario que todos los elementos de ponderación sean analizados meticulosamente, mientras algunos de ellos permitan arribar a la certeza con la vinculación lógica de las piezas reputadas principales en tanto no resulten desvirtuadas o neutralizadas por las probanzas defensivas arrimadas, situación que no ha acontecido en el *sub lite*.-

Además, en modo alguno se requiere que los fallos ofrezcan respuesta a todos y cada uno de los planteos esgrimidos por los litigantes, habiendo señalado repetidamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos utilizados por las partes, sino sólo aquellos que estimen decisivos para la solución del caso (cftr.: Fallos: 301:970; 303:275, entre otros), exigencia que se verifica observada en el pronunciamiento atacado.-

De tal modo, no se alcanza a vislumbrar la esencia eventualmente determinante de esta tesis impugnativa como medio apto para controvertir o descalificar el razonamiento del *a quo*; debiendo recordarse que aquello que no puede estar ausente en el acto judicial es la motivación y fundamentación del criterio que llevó al judicante a resolver de la manera que lo hizo, circunstancia ésta que cumple acabadamente el

sentenciante en la especie, deviniendo también inaudible este extremo de la impugnación del Ministerio Público Fiscal.-

V.3.- Ingresando ahora al examen del agravio esgrimido por la defensa técnica de Álvarez -Dr. Garrera Allende- en torno a la inimputabilidad de Álvarez, debo puntualizar que el celoso defensor, reitera en clave casatoria, idénticos argumentos que ya fueron tratados y desechados correctamente por el tribunal *a quo*, sin verificarse una crítica fundada susceptible de descalificar las conclusiones sentenciales al respecto.- En puridad y en consonancia a lo que sostiene Donna *"...la culpabilidad tiene un elemento intelectual que consiste en la posibilidad de la comprensión del injusto; esto lleva a que la capacidad de culpabilidad, como posibilidad de comprensión de esa antijuridicidad, sea un requisito básico para constituir ese elemento intelectual y esté directamente ligado a la posibilidad de motivación del sujeto. De modo que es éste el elemento normativo de la fórmula del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal y sobre el cual gira todo el problema de la capacidad de culpabilidad"* (cftr.: Donna, Edgardo Alberto; "Der. Penal – Parte General", Teoría general del delito-III, T. IV, págs. 207-208, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2009).-

La psicopatía no es un supuesto de incapacidad psíquica de culpabilidad, es un juicio normativo, el freno inhibitorio, es competencia de cada uno y, para verificar este juicio normativo, se debe tener en cuenta lo que el sujeto hizo en todo el episodio. Como bien lo ilustró el señor Procurador General en su informe, las circunstancias que rodearon los aberrantes sucesos que nos ocupan -informes médicos autopsicos de Hugo y de Rodrigo e, incluso, de Andrea S. Zapata- son demostrativas que, Álvarez a sus hijos Andrés, Ezequiel y Milagros no les inflingía ningún castigo, siendo selectivo en cuanto a quién, cómo y de qué naturaleza aplicarlos, situación que aleja sin lugar a hesitación la existencia de una inimputabilidad y carencia de frenos inhibitorios, habida cuenta que era plenamente consciente imputado en cuanto a quién y como dirigía los castigos, circunstancias eminentemente fácticas de la causa que se verifican firme y certeramente determinadas por la sentencia con base en los concretos elementos de juicio evaluados por el tribunal.-

Muestra claramente lo antes reseñado, que el encartado, al momento de cometer los ilícitos no se encontraba en una situación de incapacidad psíquica de culpabilidad, sin que sea óbice el diagnóstico dado por los profesionales que efectuaron las pericias psiquiátricas obrantes a fs. 183/184 -Dr. Sebastian Coll- y a fs. 229/230 -Dr. Héctor D. Putallaz-, quienes si bien concluyeron que el imputado posee una personalidad psicópata o psicopática, especificaron que tiene capacidad para comprender y dirigir sus acciones, resultando correctamente interpretados por el sentenciante tales informes, correlacionándolos con los restantes elementos de convicción y con la concreta actitud del propio imputado.-

Los jueces, como soberanos en la determinación de la apreciación de la capacidad de culpabilidad, no pueden atarse a la determinación de la existencia o no de una determinada categoría nosológica -como la psicosis o la psicopatía- y su deber es determinar en concreto si el imputado pudo o no comprender al momento del hecho la criminalidad del acto.- Tal como sostuve al comandar el Acuerdo en el precedente "Medrano" (6/11/11, Causa Nº 3964), "la determinación de la inimputabilidad de un sujeto es una cuestión reservada exclusivamente a la decisión de los jueces y se basa en **criterios normativos** y no médicos, sin que sea determinante la normalidad o anormalidad psiquiátrica a tales fines (cftr.: Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", pág. 447 y ss., Ed. Hammurabi, año 2007)".-

Ergo, se verificó en el *sub lite* el requisito exigido para reprochar la conducta típica y antijurídica; es decir, que el autor haya tenido "cierto grado de capacidad psíquica, que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación", la que es explicada como "la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza antijurídica de lo que hacía y que le hubiese permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad ... Para la imputabilidad lo que interesa es sólo el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuridicidad de su conducta, sin importar si ésta es normal o patológica ..."

(cfrt. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A.; "Derecho Penal, Parte General", págs. 540/541, 552 y 566, Ed. Ediar, Bs. As., 2006).-

Asimismo, se ha sostenido que: "la mera circunstancia de que la procesada presente una personalidad psicopática no la torna inimputable. La comprensión de la criminalidad del acto no está referida exclusivamente a la vivencia emotiva, esto es, a la posibilidad o imposibilidad de captar los valores en juego en la esfera afectiva. La persona no se define por el sentir, sino por el querer" (CNCCorr., sala VI; 7/6/90, *in re*: "Sobrero, C."; jueces: Argibay, Navarro, Elbert, [pjn.gov.ar], WebRubinzal pypenal5.1.5.r10).-

Por demás, y debido a que lo argumenta expresamente la defensa casante en su recurso, es preciso recordar y reiterar que la doctrina de la arbitrariedad, no tiene por objeto corregir en tercera instancia sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que sólo encuadra en aquellos casos excepcionales en que media absoluta carencia de fundamentación o un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, situación que a toda luces, no acontece en el *sub examine*.-

V. 4.- Con respecto a la crítica impugnativa formulada por la defensa recurrente en relación a la subsunción de la conducta homicida de Álvarez en las figuras agravadas del art. 80, incs. 1 y 2, del Cód. Penal resulta necesario precisar liminarmente que, en ambos supuestos, incurre en una confusa argumentación que entremezcla agravios referidos a la motivación del fallo -arbitrariedad- con cuestionamientos relacionados con la interpretación y aplicación del derecho sustantivo a los concretos hechos de la causa; ello importa una evidente inobservancia de la regla prevista en el art. 512, 3er. párr., del Cód. Proc. Penal, toda vez que el recurrente no indica por separado cada motivo de sus embates casatorios, argumentando conjuntamente, en cambio, sobre eventuales vicios *in procedendo* e *in iudicando* respecto de ambas calificaciones jurídicas incumpliendo el requisito formal allí establecido, no obstante lo cual he de examinarlos igualmente.-

V.4.1.- En ese orden, el planteo esgrimido en contra de la calificación legal de homicidio agravado por el vínculo -art. 80, inc. 1º, en función del art. 48 del Cód. Penal- en la que el tribunal de grado subsumió la conducta imputada a Álvarez, atribuye una vaga y genérica arbitrariedad a la decisión cuestionada aunque, en realidad, pretende rebatir dogmáticamente el acierto de semejante determinación sentencial que, por otra parte, luce abundante fundamento absolutamente idóneo para aventar todo viso de arbitrariedad en tal decisión.-

Si bien es cierto que el argumento impugnativo de una supuesta contradicción deviene atractivo, es preciso señalar que ello no es así; no existe en la especie la confusión o contradicción sugerida en el recurso habida cuenta que, de acuerdo a las concretas circunstancias fácticas comprobadas de la causa, conforme cómo ha determinado el sentenciante que se desarrollaron los hechos *sub examine*, en articulación a la precitada normativa en juego, Álvarez conocía sin lugar a dudas el vínculo filiatorio existente entres los dos niños a quienes materialmente produjo la muerte y su madre, Andrea Soledad Zapata, que también, en posición

de garante, ha sido imputada en calidad de coautora del doble homicidio -comisión por omisión- por quebrantamiento de su deber de salvaguardar la vida de sus hijos, de manera tal que la cláusula del art. 48 del Cód. Penal, resulta perfectamente aplicable en cuanto establece la comunicabilidad de un partícipe a otro de las circunstancias personales agravantes, en la medida que el partícipe carente de la precisa circunstancia personal conozca, sin embargo, la existencia de tal circunstancia especial calificante en el otro que participa del mismo plan delictivo. A mayor abundamiento y en esa línea, el referido dispositivo del art. 48 funciona de manera recíproca entre los partícipes del delito, entendiendo este término "*partícipe*" en su acepción amplia, conglobante de quienes intervienen -participan- en un *iter* criminal, ya sea en calidad de autor material, sea como instigador, partícipe necesario o partícipe secundario, sin necesidad alguna de acudir a la disquisición dogmática hábilmente explotada por el recurrente- entre autor "*intraneus*" o autor "*extraneus*" a la que, de modo poco feliz, se refiere tangencialmente la sentencia en una cita.-

Precisado lo anterior y practicado un prudente examen de este punto del acto jurisdiccional cuestionado (ver: sent., 3ra. cuestión, pto. III), es posible constatar que se ha hecho una fundamentación correcta en todos sus términos de lo antedicho, con la salvedad de la superflua cita expresa de Donna que estrictamente -en eso parece asistirle razón a la defensa- no resulta aplicable al *sub lite* y genera de hecho cierta perplejidad en tanto baraja de manera confusa, la mentada disquisición entre "*intraneus*" e "*extraneus*" que, en puridad, no guarda relación con el caso a los fines de sostener la subsunción jurídico-penal finalmente elegida.-

Prueba incontrovertible de la ostensible innecesariedad de aquella distinción reside justamente en que el impugnante se vale en su crítica casatoria de ese yerro particular del tribunal *a quo*, poniendo en evidencia la improcedencia de la cita de marras, sin mencionar ni cuestionar empero, el resto de los fundamentos que explican de manera coherente y convincente por qué resulta subsumible la conducta de Álvarez en la figura agravada del homicidio prevista en el art. 80, inc. 1º, en función del art. 48 del Cód. Penal y, en ese sentido, el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, citado en la sentencia, ilustra con agudeza la interpretación correcta en cuanto a la procedencia o improcedencia de la comunicabilidad de los agravantes personales, perdiendo todo sustento el esfuerzo casacionista así aventurado, el cual, por otra parte, está dirigido a provocar un simple juego académico sin trascendencia relevante respecto del resultado sentencial, toda vez que quedando alcanzada la conducta del imputado en una de las agravantes del homicidio del art. 80 del Cód. Penal -en la especie se aplica también la de alevosía del inc. 2- la punición de la misma no puede reconocer alternativa, careciendo el planteo casatorio del presupuesto de un vicio esencial vinculado a la interpretación del derecho que expresamente requiere la norma del art. 511, 1er. párr., del Cód. Proc. Penal para la procedencia de la impugnación intentada.-

V.4.2.- También al agravarse por la aplicación de la agravante del art. 80, inc. 2, del Cód. Penal a Álvarez, la defensa atribuye arbitrariedad al pronunciamiento, mas concluye contradictoriamente pretendiendo una solución propia de una casación por violación de la ley sustantiva (cfme.: art. 521, C.P.P.), cuando lo que correspondería, en caso de ser procedente su impugnación, sería la nulificación del extremo sentencial viciado y el reenvío al tribunal de mérito para el dictado de un pronunciamiento ajustado a derecho respecto del fallo -o tramo del mismo- que fuera objeto de nulificación (cfme.: art. 522, C.P.P.).-

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que una escrupulosa lectura del prolijo y completo acto sentencial puesto en crisis permite aseverar que puede

el intérprete disentir con la decisión adoptada, considerar que debió fundamentarse de diferente manera o seguir una distinta postura doctrinaria e, inclusive, estimarla equivocada, pero lo que bajo ningún punto de vista es dable siquiera insinuar es que este extremo de la sentencia pueda carecer de motivación, toda vez que explica acabadamente las razones por las cuales el tribunal decidió subsumir los hechos en la figura calificada del homicidio por alevosía (cftr.: sent., 3ra. cuestión, pto. IV), dando cuenta del aprovechamiento del imputado de la indefensión de las víctimas y su actuar sobre seguro, sin riesgos, generando un escenario que aseguró que ni la madre de los niños pudiera acudir en defensa de ellos y éstos, encerrados, desnutridos, duramente castigados y de muy corta edad, no se encontraban aptos para ejercer una mínima defensa frente al modo y medios empleados por Álvarez para castigarlos violentamente aprovechándose de esa situación de desvalimiento, ingeniándose también para impedir que los vecinos percibieran las golpizas y pudieran auxiliar a las víctimas, todo lo cual conduce al sentenciante al convencimiento fundado sobre la presencia de ese plus de culpabilidad que requiere la calificante escogida y que puntualmente determina el fallo, descalificando la crítica casatoria formulada en ese sentido, que se revela como una queja que sólo encubre una mera discrepancia con el resultado al que arriba el pronunciamiento, sin lograr demostrar la verdadera existencia del vicio invalidante que le atribuye.-

V.5.- Por último, con base en el ataque impugnativo de la defensa de Álvarez sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, esta Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia, aún a través de diferentes integraciones, ha mantenido el inveterado criterio de la no procedencia de la declaración de inconstitucionalidad en este estadio, habida cuenta que no se da la hipótesis de conculcación real y concreta de afectación a los principios constitucionales, resultando correcto lo expuesto y resuelto en tal sentido por el tribunal de mérito en orden a la prisión perpetua, tal lo desarrollado in extenso por esta Casación *in re*: "CUEVAS, Juan Carlos – Homicidio Calificado por el Vínculo – Recurso de Casación" (5/11/98), señalando que *"...es menester precisar que la organización moderna de la sociedad bajo el denominado Estado de Derecho presupone la sanción y vigencia por los Poderes Legislativo y Ejecutivo de un ordenamiento jurídico de mínima intervención que regule en lo indispensable las conductas intersubjetivas y rija previsiblemente las relaciones de los individuos y grupos, satisfaciendo las expectativas de estos últimos de no tener interferencias en los ámbitos privados mientras sus acciones no infrinjan normas específicas. Dentro de ese esquema, el Derecho Penal tiene como misión trascendente e indelegable la protección efectiva de los bienes jurídicos más importantes para la comunidad organizada a través de la descripción exhaustiva de las conductas que los afecten, previendo en calidad de consecuencia retributiva la imposición de penas y medidas de seguridad, lo cual sirve a los fines de prevención especial y general, limitándose en la magnitud de la sanción por la medida de la culpabilidad exhibida (cfme. Roxin, Claus, Derecho Penal, parte general, t. I, trad. de la 2da. edición alemana, págs. 78/110, especialmente p. 103, edic. Civitas, Madrid, España, año 1997).*

A su vez, el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad se completa y relegitima en los tiempos actuales de la República democrática en la medida que brinde una eficaz protección a la sociedad y a los individuos que la componen, con respeto de su dignidad humana, de la igualdad real de los hombres y de su participación en la vida social, bajo los principios de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y

resocialización (ver Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, parte general, 4ta. edición, Nº 59 y sgtes., págs. 93 y sgtes., edic.1996, Barcelona, España). Hay que tratar de armonizar entonces la culpabilidad de los autores y partícipes con esos fines de la pena estatal, en calidad de presupuestos indispensables de su legitimación, sin importar cual es la motivación por la que cada uno decide respetar las normas, siendo en cambio importante establecer porqué se incurre en un déficit de fidelidad al ordenamiento penal para dosificar adecuada y personalmente la consecuencia sancionatoria (ver Jakobs, Gunther, Fundamentos del Derecho Penal, edic.Ad-Hoc, Bs.Aires, 1996, págs.15 y sgtes.).

Tal cometido le corresponde al legislador, quien a través de la pena a cargo de los organismos judiciales predispuestos pretende también ratificar la vigencia de los bienes jurídicos y normas protegidas penalmente, reafirmando los como paradigmas de la regulación de las relaciones sociales, obrando entonces aquélla en el carácter de réplica hacia la conducta del delincuente y con la pretensión de evitar futuras lesiones similares a los bienes jurídicos tutelados (cfr. Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, págs.13 y sgtes., edic. de Marcial Pons, Madrid, España, 1995).-

En síntesis, nadie podrá ser sancionado penalmente sin que los presupuestos de punibilidad de la conducta y de la sanción aplicable estén cabalmente descriptos en una ley vigente con anterioridad a la comisión del delito atribuido, debiendo la pena responder por lo menos a los principios de reprochabilidad y proporcionalidad, con el objeto de lograr la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir, siendo la aplicación de la sanción competencia exclusiva de los jueces competentes.

Dentro de ese esquema institucional está asimismo inserto el art. 5 del Código Penal, donde se consagran como penas las de: reclusión, prisión, multa e inhabilitación, estando prevista la reclusión o prisión perpetua, con la posibilidad de aplicación accesorias del art. 52 del C.P., en los supuestos de Homicidio agravado del art. 80 C.P., además de la accesorias de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena cuando se trate de delitos con más de tres años de reclusión o prisión (art. 12 del C.P.), lo cual es motivo de los agravios expuestos en el presente embate casatorio por estimarse que ello impide alcanzar los fines de readaptación o resocialización del condenado.

Dejando a salvo que en lo personal no soy partidario de incluir en un Código Penal moderno las penas de reclusión y las privativas de libertad perpetuas porque las estimo inadecuadas para los tiempos que vivimos y contradictorias con los límites asignados al ius puniendi en un Estado social y democrático de derecho, como en la Argentina actual las mismas son parte del derecho positivo vigente, cuadra en principio aplicarlas como lo ha hecho el Tribunal sentenciante en este proceso, salvo que en concreto se demuestre acabadamente su contradicción con normas constitucionales específicas, lo cual no ha ocurrido de parte de la impugnante en sus agravios, donde se restringió a efectuar consideraciones genéricas e inexactas respecto de la limitación de su derecho de defensa en juicio y a la imposibilidad de obtener la resocialización de su asistido, lo que no se ajusta a la realidad legal y fáctica puesta en consideración de esta Sala Penal.

Es que además de ser sólo formalmente perpetuas la prisión y la inhabilitación aplicadas porque normas sustantivas específicas permiten su conversión y determinación si se cumplen ciertas condiciones (por ej., arts. 13 y 20 ter, del C. Penal), contándose con la posibilidad cierta de obtener también a través de institutos políticos como el indulto o la

conmutación reducciones de similar índole, el régimen penitenciario de la Ley N° 24.660 previsto para los condenados en base a la progresividad y abarcando los períodos de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional, es aplicable 'cualquiera fuere la pena impuesta' (art. 12), teniendo como objetivo de la ejecución de la sanción privativa de la libertad, 'en todas sus modalidades', lograr que aquél adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, debiendo utilizarse todos los medios de tratamiento para esa finalidad (art. 1º), estando sometida al permanente control judicial (art. 3º) y con la perspectiva de limitar el alojamiento del condenado en establecimientos cerrados, promoviéndose en lo posible y en la medida de su evolución favorable la incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina (ver arts. 6º, 7º, 8º, 9º y concordantes), con lo cual el objetivo de readaptación y resocialización está asegurado, al menos potencialmente, para Cuevas en el trámite de ejecución de su condena a prisión perpetua, no habiéndose aportado ningún elemento de parte de la recurrente que lo ponga en duda o lo comprometa en esos alcances, dependiendo fundamentalmente a partir de ahora para lograrlo de sus propias respuestas positivas y de la adaptación a pautas de comportamiento que lo alejen de la posibilidad de delinquir..."

(cftr.: fallo cit., voto del Dr. Carlos A. Chiara Díaz, al que adherí sin reservas).-

Tales conceptos resultan de plena aplicación al *sub examine* y, por lo tanto, justifican también aquí la inviabilidad de la pretensión casacionista enarbolada en torno de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.-

VI.-En virtud de todo lo expuesto y desarrollado en los apartados que anteceden, debo necesariamente concluir que los recursos de casación intentados, tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la defensa técnica de Víctor Javier Álvarez, resultan improcedentes y deben ser rechazados, confirmándose íntegramente, en consecuencia, la sentencia puesta en crisis.- **Así voto.**-

El señor Vocal, **Dr. CHIARA DIAZ**, adhiere al voto que antecede por análogas consideraciones, que no expone brevitatis causae.-

La señora Vocal, Dra. MIZAWAK, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los Señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -texto según Ley N° 9234-.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

Atento al resultado al que se arriba luego del tratamiento de la cuestión primera, corresponde imponer las costas al encartado recurrente en un cincuenta por ciento, eximiéndoselo de su efectivo pago atento a su notoria insolvencia y de oficio el cincuenta por ciento restante (art. 584, sgtes. y ccdtes., C.P.P.).-

La lectura íntegra de la sentencia, según lo dispuesto en los arts. 520, con remisión al 141, del Cód. Proc. Penal y el organigrama de tareas de la Sala N° 1 del S.T.J.E.R., cabe concretarla el próximo día **19 de marzo de 2014 a las 13:00 horas.**- **Así voto.**-

El señor Vocal, **Dr. CHIARA DIAZ**, adhiere al voto que antecede por análogas consideraciones, que no expone brevitatis causae.-

La señora Vocal, Dra. MIZAWAK, a la cuestión propuesta, dijo:

Que, existiendo coincidencia de los Señores Vocales que me preceden en

la votación, hago uso de la facultad de abstención que me confiere el art. 33, última parte, de la L.O.P.J. -texto según Ley N° 9234-.

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente **sentencia**: **CARLOS CHIARA DIAZ**

DANIEL O. CARUBIA CLAUDIA M. MIZAWAK SENTENCIA:

PARANA, 5 de marzo de 2014.- **Y**

VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, **SE**

RESUELVE:

1º) RECHAZAR los **recursos de casación** deducidos a fs. 57 y 58/81 del Expte. N° 4413 por los Dres. **Gustavo Pablo Castillo** y **Germán Darío Cesar Dri**, Agentes Fiscales de la jurisdicción Concordia, y a fs. 110 y 112/127vlto. del Expte. N° 4414 por el **Dr. Pablo Garrera Allende**, Defensor Técnico del encartado **Víctor Javier Álvarez**, contra la sentencia número treinta de fecha doce de junio de dos mil trece, dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Concordia, cuyo testimonio obra a fs. 1/100 y 105/108vlto. del Expte. N° 4414, la que, en consecuencia, **se confirma**.-

2º) ESTABLECER las costas, al encartado recurrente en un cincuenta por ciento, eximiéndoselo de su efectivo pago atento a su notoria insolvencia y de oficio el cincuenta por ciento restante (art. 584, sgtes. y ccdtes., C.P.P.).

3º) FIJAR la audiencia del día **19 de marzo de 2014 a las 12:30 horas**, para la lectura de la sentencia.- Protocolícese, notifíquese.-

CARLOS CHIARA DIAZ

DANIEL O. CARUBIA CLAUDIA M. MIZAWAK Ante mí:

Noelia Rios -Secretaria-

**** ES COPIA **. CONSTE.-**

Noelia Rios

-Secretaria-