

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-03602521-7/1((010501-178875))
FC/FERRETTO MOLINA ELENA REGINA Y SORIA JOEL JESUS
P/HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VINCULO P/ RECURSO EXT.DE
CASACIÓN
103626695

En Mendoza, a los veintiún días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03602521-7-1 caratulada “FISCAL C/ FERRETO MOLINA, ELENA REGINA Y SORIA, JOEL JESÚS P/ HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado a fs. 1639 quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **DR. JORGE H. NANCLARES**, y tercero **DR. MARIO DANIEL ADARO**.

La defensa de Elena Regina Ferreto Molina impugna la Sentencia N° 7353 (fs. 1325/1326) y sus fundamentos (fs. 1328/1444), en tanto condenó a la nombrada a la pena de prisión perpetua con más la de inhabilitación perpetua como partícipe necesaria penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1° y 45 del C.P.) en la causa N° P-178.875/12.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

DIJO:

1. La resolución impugnada

La primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, actuando como tribunal colegiado -con la integración de los Dres. Comeglio, Vila y Salvini-, condenó «a Joel Jesús Soria [...] a la pena de prisión perpetua con más la de inhabilitación absoluta por igual término [...] como autor culpable y responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo [...]» y a Elena Regina Ferreto a igual pena «como partícipe necesaria del delito de homicidio agravado por el vínculo» (fs. 1325 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el tribunal tuvo por acreditado que *«fue Soria, el que llega borracho y drogado y tal vez molesto con la presencia del menor en el lecho conyugal, da paso a su personalidad violenta y lo golpea salvajemente, buscando luego aprovecharse de la complicidad de la madre que sabía que su nueva pareja golpeaba sistemática y desalmadamente a su hijo, aún en su presencia,... y no obstante ese conocimiento nunca hizo nada para poner fin a las agresiones... omitiendo cumplir en todo momento adecuadamente, su posición de garante ante la ley, posición que la obligaba esa noche, ni bien despertó y advirtió que su hijo había sido golpeado nuevamente por Soria, buscara de inmediato asistencia médica, lo que hubiese permitido, como lo explicó el forense, que el niño, operado por profesionales idóneos, hubiese salvado su vida. No lo hizo, nace ahí su responsabilidad en la muerte de su hijo»* (fs. 1413).

Al comenzar el desarrollo de la segunda cuestión, el magistrado preopinante describió con mayor precisión dicha plataforma fáctica, afirmando que *«quedó acreditado [...] que Joel Jesús Soria, sabiendo que el menor Lionel Valentín Gaspar era hijo de su concubina Elena Regina Ferretto, lo golpea primero con los puños a la altura del abdomen, golpes que le provocaron una*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

seria lesión en el hilio hepático y en el páncreas que se tradujeron en una profusa pérdida de sangre que se alojó en la cavidad peritoneal; para luego golpearlo con un objeto contundente de borde romo en la cabeza, golpes que le provocaron la fractura del parietal izquierdo y otra fractura fronto parieto occipital izquierdo, lesiones que le produjeron su muerte en un espacio de tiempo estimado entre 3 y 5 horas por ´traumatismo encéfalo craneano con fractura de cráneo politraumatismo´ (sic), mientras que la madre del menor Elena Regina Ferreto concubina de Soria desde hacía nueve meses y que conocía el carácter agresivo del mismo para su hijo, al que había visto golpearlo en diversas oportunidades anteriores, una vez que se despierta y advierte lo sucedido, lejos de buscar asistencia médica que podría haberle salvado la vida, trata primero de reanimarlo por su cuenta y cuando advierten que el niño había fallecido, acuerdan con Soria una estrategia común, buscando hacer aparecer que es muerte fue por causa natural. Hechos que desde mi punto de vista encuentran el marco legal adecuado en la figura de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1 del C. Penal), delito por el cual debe responder Joel Jesús Soria a título de autor (art. 45) al haber conocido el vínculo parental que unía al menor con su nueva pareja (art. 48 del C. Penal); y Elena Regina Ferreto debe responder a título de cómplice primaria por complicidad omisiva (art. 45 del C. Penal)” (fs. 1427).

Asimismo, aseguró que «...la colaboración prestada por Ferreto a Soria fue una reedición de un acuerdo tácito que ya venía desde mucho tiempo antes cuando ella permitía y callaba los maltratos físicos y emocionales que Soria le causaba a su hijo y se repite la noche de los hechos cuando se despierta y ve a su hijo herido y en vez de socorrerlo y tratar de buscarle asistencia médica, trata por su cuenta de reanimarlo y cuando advierte que todo esfuerzo era inútil porque el niño había fallecido, reedita una vez más ese pacto de silencio y hace suya la coartada de Soria... transformándose en virtud de esa actuación omisiva en una cómplice necesaria» (v. fs. 1432 vta. y ss.).

2. Recurso de casación

Por esgrimir ambos recursos idénticos agravios, se tratarán de forma conjunta los remedios procesales defensivos intentando hacer referencia a la totalidad de los reclamos introducidos por ambos defensores.

De su lectura se desprende que los cuestionamientos a la sentencia impugnada tienen razón de ser en las previsiones de los arts. 474 incs. 1) y 2) del C.P.P., esto es, la supuesta presencia en la resolución atacada tanto de vicios *in procedendo* como de vicios *in iudicando*.

i. Vicios *in procedendo*

Desde el punto de vista formal, la defensa se agravia en la existencia de vicios de arbitrariedad en la valoración de la prueba que han derivado en una errónea fijación de la plataforma fáctica y, lógicamente, en una incorrecta aplicación del derecho sustantivo.

Existen en la sentencia, a su juicio, contradicciones de razonamiento en cuanto a los hechos que tiene por acreditados. Al respecto, señalan que el Tribunal *a quo* ha tenido por cierto que la víctima arribó el día 30 de diciembre -en compañía de su madre- a la casa de su abuelo materno cerca de las 19:00 hs., que luego fue trasladado aproximadamente a las 21:30 hs. a la casa de sus abuelos paternos, retirándolo finalmente la encausada de ese domicilio y en perfectas condiciones a las 23:00hs. Los recurrentes consideran que esa afirmación se contradice con la expresada precedentemente por el propio Tribunal cuando tiene por acreditado que la pareja conformada por Molina y Soria constituía un círculo cerrado que no permitía la injerencia de terceros en la crianza del niño a los efectos de ocultar los maltratos aplicados sobre el menor.

Del mismo modo, señala que el *a quo* no explicita las razones por las cuales concluye que el niño había sido objeto de malos tratos durante nueve meses, como así tampoco expresa las razones por las cuales decidió no dar credibilidad a las declaraciones testimoniales que indican la inexistencia de esos

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

maltratos.

Por otro lado, todavía respecto a la plataforma fáctica, entienden que no se ha acreditado con el nivel de certeza exigible respecto de una sentencia condenatoria que la noche del hecho sólo se encontraran en la bodega el Sr. Soria, la Sra. Ferreto Molina y el niño, siendo altamente probable que allí pernoctaran otras personas. Según la defensa técnica, la plataforma fáctica a partir de la cual el Tribunal deriva la calificación legal resulta “producto de su propia imaginación” y no se encuentra debidamente acreditada. En consonancia, se pregunta la defensa de dónde extraer el juzgador que Soria le pegó primero en el abdomen y luego en la cabeza, por qué alude a un caño como arma impropia para ejercer las lesiones del cráneo y por qué afirma que Ferreto Molina no hizo lo que dice que hizo cuando despertó, sino que realizó un pacto de silencio con el Sr. Soria.

Finalmente, considera el recurrente que no se ha logrado acreditar la conducta omisiva de Elena Ferreto que le atribuye el *a quo*. En relación a ello, expresa que su pupila ha sido condenada por el delito de homicidio agravado por el vínculo en grado de partícipe necesaria y en la modalidad de comisión por omisión. Sin embargo, recuerda que Ferreto Molina, ni bien despertó y advirtió que su hijo había sido golpeado, trató de asistirlo mediante respiración boca a boca y luego lo trasladó al Hospital Notti a fin de proporcionarle asistencia médica.

Sobre esto último, agrega que no habiéndose determinado con precisión el horario de fallecimiento del niño, y siendo tan extenso el rango en que podría haber acontecido, no es posible afirmar que en el momento en el cual despertó la acusada aquel todavía estaba vivo. Si la encausada Ferreto Molina despertó luego de que el niño fuese golpeado, encontrándolo ya un poco frío y notando que no respiraba, posiblemente ya fallecido, no existió posibilidad alguna de efectuar una conducta que permitiera evitar el resultado o disminuir el riesgo de su producción. La duda, en este caso, debe jugar en favor de la encartada.

ii. Vicios *in iudicando*

Los recurrentes sostienen que el Tribunal no se expidió en ningún momento sobre el pedido de aplicación de pena natural formulado por esa parte durante el debate. Sobre el particular, pone énfasis en que lo que se cuestiona no es que no se haya acogido lo solicitado, sino que ni siquiera lo haya considerado al resolver.

Formula reserva del caso federal.

3. Dictamen del Señor Procurador General

El Señor Procurador General estima que ambos recursos de casación deben ser rechazados, confirmando la sentencia impugnada en todas sus partes. Para sostener su posición, estima que el razonamiento plasmado en la sentencia de grado y mediante el cual se ha fijado la plataforma fáctica y asignado a cada uno de los imputados un rol en la realización del hecho, ha sido derivado de un conjunto de indicios y probanzas objetivas que permiten fundar cabalmente la existencia de una responsabilidad penal en comisión por omisión respecto de la encausada.

En cuanto a las valoraciones discrepantes que la Defensa efectúa sobre las declaraciones testimoniales señaladas, las mismas constituyen una expresión aislada de la causa que no se corresponde con el principio de valoración conjunta y sistemática de la totalidad de la prueba incorporada en autos.

4. La solución

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el recurrente, entiendo que corresponde acoger parcialmente el recurso articulado, en tanto la resolución recurrida adolece de vicios *in iudicando* que necesitan ser corregidos en esta instancia. Por el contrario, entiendo que los vicios *in procedendo* alegados no pueden prosperar.

Por cuestiones de orden en la exposición, brindaré en primer lugar los motivos por los cuales -a mi juicio- corresponde desestimar los agravios formales. Luego, y esto es importante, me avocaré al análisis dogmático del caso

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

con la plataforma fáctica tenida por acreditada por el tribunal.

I. Vicios *in procedendo*

I.a. Sobre las pretendidas contradicciones en el razonamiento judicial cuestionado

La defensa sostiene que el Tribunal incurre en una contradicción al afirmar, por un lado, que durante el último día que estuvo vivo Lionel Gaspar, éste estuvo en casa de sus abuelos maternos y paternos; y por el otro, que Elena Ferreto no permitía el contacto del niño con familiares y que éstos no podían contribuir a la crianza del mismo.

Sin necesidad de ingresar con profundidad al tratamiento del agravio, entiendo que dicha circunstancia no resulta relevante en la solución del caso y, en consecuencia, de existir tal contradicción, no ha resultado de ella un perjuicio material a la encausada. En efecto, el hecho de que Elena Ferreto llevara a sus hijos o no a la casa de sus abuelos paternos por la tarde no influye en la determinación de la plataforma fáctica que se toma como base para la imputación del ilícito. Razonando a la inversa, demostrar que ella era una madre que impedía el acceso de sus familiares a la educación de su hijo tampoco resulta determinante para individualizar la omisión típica, de modo tal que, independientemente de la contradicción señalada, no se advierte la existencia de un agravio material efectivo a la encausada consecuencia de ello.

De tal manera, al no especificar el recurrente de qué forma ello le genera a la acusada un perjuicio de envergadura tal que amerite anular la resolución, la existencia de mayor o menor intervención de terceros en la crianza del niño no impacta en un mayor o menor deber de garante de Ferreto Molina respecto de la víctima al momento del hecho, el agravio no puede prosperar.

I. b. Acerca de la arbitrariedad en la valoración de la prueba y la falta de acreditación con certeza de las circunstancias fácticas

Sobre este aspecto, el recurrente señala, por un lado, que el *a quo*

afirmó que el niño había recibido malos tratos prodigados por su madre y su nueva pareja durante nueve meses (fs. 1407 vta.), sin sostener en prueba objetiva esa conclusión, ni haber brindado razones para apartarse de las declaraciones testimoniales que negaban esa circunstancia.

A mi entender, el Tribunal interviniente ha ponderado las pruebas rendidas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, basándose principalmente en las manifestaciones vertidas por los testigos, sea en la etapa plenaria o mediante su incorporación por lectura de aquellas efectuadas en la etapa investigativa, y las pericias realizadas durante ese mismo período, así como los posteriores testimonios correlativos ofrecidos por los peritos durante el debate.

Vale recordar que la existencia de los maltratos intrafamiliares ha sido afirmada por diversos testigos entre los cuales se encuentran Antonella Ferreto (hermana de la imputada y testigo privilegiada por el hecho de haber convivido con los condenados durante más de un mes), el Sr. Ramón Gaspar (abuelo paterno de la víctima), la Sra. Verónica Beatriz Molina y la Sra. Agustina Cristina Sayavedra. Asimismo, no puede aceptarse la argumentación de la Defensa que pretende desacreditar los testimonios referidos por el sólo hecho de que otras personas no los hayan presenciado y refieran desconocer su existencia. En otras palabras, los testigos citados por la defensa no han asegurado la inexistencia de maltratos, sino que refirieron desconocer ese hecho, por lo que no encuentro omisión de valoración alguna en la circunstancia de que el Tribunal, para tener por acreditada la existencia o inexistencia de actos violentos contra Lionel Gaspar, no haya tenido en cuenta los testimonios que refieren un desconocimiento de ellos por no haberlos presenciado.

Por otro lado, y todavía respecto a la plataforma fáctica, denuncia el recurrente que no se ha acreditado con el nivel de certeza exigible respecto de una sentencia condenatoria que la noche del hecho sólo se encontraban en la bodega el Sr. Soria, la Sra. Ferreto y el niño víctima, siendo «*altamente probable*» que allí pernoctaran otras personas.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

A mi entender, también aquí el Tribunal ha valorado la prueba incorporada al debate conforme las reglas de la sana crítica racional, con el mérito de todos los elementos probatorios incorporados a la causa para asegurar que, al momento del hecho, sólo se encontraban en las inmediaciones la Sra. Ferreto, el Sr. Soria y Lionel Gaspar.

Al respecto, el *a quo* tuvo en consideración las manifestaciones vertidas por el testigo Juan Marcelo Flores para tener por acreditado que Soria llegó a la bodega, donde ya se encontraban la acusada Ferreto y Lionel, cerca de la 1:00/1:30 horas del día 31 de diciembre de 2012 -hora aproximada del deceso-, no habiendo referido ninguno de los imputados la presencia de otras personas en ese período de tiempo, así como tampoco existir en el expediente indicio alguno de esta circunstancia.

El argumento del recurrente llevaría a la idea de sostener que el Ministerio Público pruebe -y el Tribunal tenga por acreditado- un hecho negativo -la circunstancia de no haber estado presente otra persona, además de los encausados, en el lugar de los hechos y al momento de su acontecimiento-, sin haber propuesto tampoco la parte recurrente ningún elemento de prueba que respalde la afirmación efectuada. En este sentido, sólo afirma que «*era altamente probable que en el lugar hubiera otras personas*». Sin embargo, más allá de los dichos de Elena Ferreto, no existen elementos o indicios probatorios que permitan fundar esa versión alternativa, por lo que considero que ella constituye un mero intento de desvinculación de los hechos basado en alegaciones genéricas sin sustento fáctico alguno.

Por último, la defensa concluye que la plataforma fáctica a partir de la cual el Tribunal deriva la calificación legal es un “*producto de su propia imaginación*”, preguntándose incluso de dónde extrae el Tribunal que Soria le pegó al niño primero en el abdomen y luego en la cabeza, y que para esto último utilizó un caño como arma impropia. Pues bien, los datos que permiten realizar esa inferencia surgen tanto de las pericias realizadas por el personal forense como

de las declaraciones testimoniales vertidas en el debate por personal médico que, sin dejar dudas, aseveró que las lesiones abdominales –en razón de la acumulación de sangre- debieron producirse en vida y, por tanto, en forma previa a las lesiones craneales que determinaron la muerte de Lionel, así como que para realizar aquellas debió utilizarse un elemento romo (v. fs. 1352 y ss.), posiblemente el caño superior del cochecito que se encontraba en el lugar.

Por lo tanto, y más allá que luego se volverá sobre este tema al momento de tratar los cuestionamientos sustanciales, estimo que el agravio debe rechazarse.

I.c. Conclusión en punto a los vicios formales aludidos

Por las razones expuestas, entiendo que el *a quo* ha motivado en forma suficiente su conclusión, ponderando acabadamente los elementos de prueba acercados al debate por las partes. En particular, fueron considerados: a) las declaraciones testimoniales prestadas en la etapa plenaria y las efectuadas en la etapa investigativa -e incorporadas debidamente al debate-; b) los informes periciales incorporados al debate y las explicaciones prestadas en el juicio por los respectivos peritos; c) la prueba instrumental y d) las declaraciones de los imputados –tanto las que fueron incorporadas por lectura como aquellas vertidas al final del periodo probatorio del debate-. En consecuencia, debe confirmarse la validez de la sentencia como acto procesal.

II. Vicios *in iudicando*

Siguiendo el orden de análisis expuesto al comenzar el desarrollo de la solución, corresponde analizar ahora los cuestionamientos sustanciales del caso realizados por el recurrente. Si bien la defensa lo identifica como vicio *in procedendo*, lo cierto es que, del modo en que plantea la cuestión, ese aspecto de la queja configura un supuesto de vicio *in iudicando*. En efecto, si el agravio sostiene que aun teniendo por cierta la hipótesis fáctica fijada por el tribunal, de todas formas no se advierte la existencia de una omisión punible de parte de Ferreto en el homicidio de su hijo Lionel Gaspar, ello implica que el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

cuestionamiento es acerca de la interpretación jurídica que se brinda a un supuesto de hecho.

Antes de ingresar en el planteo concreto de la defensa, esto es, la existencia o inexistencia de omisión impropia en la conducta de Ferreto, corresponde formular algunas aclaraciones previas en relación con la calificación legal en la que el *a quo* encuadró los hechos.

II.a. Apartamiento de las reglas de autoría y participación en los delitos de comisión por omisión. Consideraciones generales acerca de la calificación legal.

El Tribunal *a quo* ha expresado que la conducta de Soria encuadra en el tipo previsto en el art. 80, inc. 1° del C.P., esto es, homicidio agravado por el vínculo en calidad de autor. A su vez, y en relación a Ferreto, ha encuadrado su comportamiento como partícipe primaria, en comisión por omisión, en el mismo hecho. Para así decidir, ha tenido por probado que fue Soria quien golpeó a Lionel aproximadamente a la 1:00 hs. del día 31 de diciembre de dos mil doce y que su madre –Elena Ferreto Molina– habría escuchado la agonía de su hijo (extendida por aproximadamente durante dos o tres horas) y recién a las 5:45 horas decidió llevarlo al hospital, cuando éste ya había fallecido. Asimismo la concurrencia de la circunstancia agravante para Soria habría quedado acreditada por la partida de nacimiento del niño, que da cuenta del vínculo entre Lionel y Ferreto Molina, y por el hecho de que éste conocía esta circunstancia, lo que habilitó la traslación del agravante mediante el instituto previsto en el art. 48 del C.P.

A mi entender, ese razonamiento del tribunal de la instancia anterior no ha tenido en cuenta el específicos caracteres de la los delitos de omisión impropia, lo que lo ha llevado a caer en una evidente aplicación errónea de la ley sustancial. Paso a explicarlo detalladamente.

Son discutidos en doctrina los casos de participación omisiva de un garante en el hecho comisivo de un tercero. El tribunal *a quo* ha calificado la conducta del garante -Elena Ferreto- como un supuesto de participación en un

delito comisivo ajeno -de Soria-, pero no brinda suficientes razones para explicar por qué arriba a esa solución.

En principio -y sólo en principio, como se verá- debe descartarse la posibilidad de que Elena Ferreto Molina pueda ser condenada como partícipe del delito de Soria en comisión por omisión, en tanto sólo puede responder por la infracción a su deber de garante fundado en una posición institucional a título de autora.

En este sentido, y como regla general, en los delitos de infracción de deber el sujeto obligado por el deber institucional sólo puede actuar a título de autor, y no en calidad de partícipe. De esta manera, sea cual sea la entidad del aporte efectuado, *el obligado institucional responde siempre como autor*, sin perjuicio de que las diferencias cuantitativas del aporte específico del interviniente en el caso concreto permitan justificar una mayor o menor fijación de *quantum* de pena.

Sin embargo, la doctrina dominante reconoce tres supuestos en los cuales el garante puede intervenir a título de partícipe omisivo en el hecho comisivo de un tercero: a) supuestos en que el delito sólo puede ser cometido por el autor de propia mano; b) casos en que no evita un hecho de aquel a quien garantiza; y c) casos de favorecimiento del hecho delictivo del garantido.

Analizada la plataforma fáctica acreditada por el *a quo*, queda claro que no concurre ninguno de los tres supuestos mencionado, en tanto el delito de homicidio agravado por el vínculo no puede considerarse “de propia mano”, ni tampoco puede ser atribuida la conducta al sujeto protegido por la posición de garante, dado que justamente ha resultado víctima del delito del autor.

En consecuencia, no verificándose ninguna de esas alternativas, no queda más que afirmar que el Tribunal de juicio ha violentado los principios que rigen los institutos de la autoría y la participación en los delitos de infracción de deber, calificando la intervención Ferreto Molina como partícipe en comisión por omisión, cuando la única intervención posible de ella sería, en su caso, en calidad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de autora.

II.b. Ausencia de omisión típica

Hasta aquí se ha llegado a la conclusión de que, conforme las reglas de la participación punible, Elena Ferreto no puede ser considerada partícipe del delito de Soria dado que, aún en el caso de verificarse la existencia de una omisión típica atribuible a la nombrada, su comportamiento sólo podría reprochársele a título de autoría.

Aclarada esa cuestión, debemos avocarnos a determinar en esta instancia si la omisión atribuida a la nombrada configura una conducta típica susceptible de atribuirle la muerte de su hijo Lionel, adelantando desde ya que comparto parcialmente los argumentos expuestos por el recurrente sobre este punto particular.

La defensa ha esquematizado, en este aspecto, su recurso, en base a los siguientes argumentos: a su juicio, no existiría omisión alguna por parte de la imputada que la haga responsable del delito de homicidio agravado dado que ella, ni bien despertó y advirtió que su hijo había sido golpeado, trató de asistirlo mediante respiración boca a boca, trasladándolo luego al Hospital Notti a fin de proporcionarle asistencia médica. Asimismo asegura que el extenso rango horario en cuanto a la determinación del momento del fallecimiento del niño genera una duda que, en este caso, debe jugar en favor de la encartada.

A modo de aclaración conceptual, debe destacarse que una característica común a los delitos de omisión -sea propia o impropia- es la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico -usualmente llamada *situación típica*- (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión*, Ed. B de F, Montevideo, 2003, p. 353), frente a cuya presencia corresponde actuar de un determinado modo. Dicho en otras palabras, en los delitos de omisión la norma impone un mandato de actuación frente a la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico que el autor -en mayor o menor intensidad- debe proteger.

Desde la perspectiva que asumo, esa situación de peligro sólo puede entenderse en un sentido de apariencia *ex ante* y no con la concurrencia real de un peligro efectivo. En otras palabras, el mandato de actuación surge conforme al enjuiciamiento objetivo que de una situación el hombre medio con los conocimientos especiales del sujeto. A modo de ejemplo, quien transita por una avenida y observa un accidente de tránsito, se encuentra *ex ante* frente a una situación de peligro del bien jurídico *vida* de los protagonistas, lo cual genera el mandato de actuar. Si luego, desde una perspectiva *ex post* se demuestra que ambos sujetos no sufrieron daños y que, por ende no había peligro de afectación al bien jurídico, dicha circunstancia no afecta la existencia de un mandato de actuar (Silva Sánchez, ob cit., p. 355/356). Ello no implica restar relevancia a la dimensión *ex post*, sino afirmar sólo que el mandato de actuar nace de una situación de peligro *ex ante*, y que ese es el criterio para delimitar el contenido y extensión de la conducta positiva que impone el deber institucional.

Por ello, para analizar el caso debemos formularnos tres interrogantes. Por un lado, si la imputada -Elena Ferreto- tenía una posición de garante respecto del bien jurídico amenazado -la vida de su hijo-. La segunda, si dicho peligro generó un mandato de actuar conforme las reglas antes aludidas. Por último, si lo anterior fuese afirmativo, cuál es la extensión de ese mandato de actuación.

Sobre lo primero, resulta claro y fuera de duda que la imputación que recayó sobre Elena Ferreto se fundamenta en la violación de deberes positivos de garante derivados de una posición institucional, en este caso de una relación materno-filial. Dicho vínculo origina deberes de máxima entidad en cabeza del autor; es decir, implica la obligación -por parte del ascendiente- de garantizar la indemnidad del bien jurídico bajo su tutela contra cualquier amenaza de lesión externa. Por tanto, debe responderse afirmativamente el primer interrogante.

La segunda cuestión planteada también debe ser contestada afirmativamente, es decir, que en el caso concreto puede advertirse la existencia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de una situación de peligro *ex ante* que obligaba a Elena Ferreto a actuar. Ello es así en tanto desde el momento en que ella se despertó producto de los llantos de su bebé se activaron sus deberes de máxima intensidad de custodia de los bienes fundamentales de la persona a su cargo, en este caso, la vida. Así es que, desde ese momento, puede afirmarse que nació el deber de ejecutar una prestación positiva de salvaguarda del bien *integridad física o vida* de su hijo.

En cuanto al tercer aspecto de relevancia, esto es, el contenido y extensión del mandato de actuación -o dicho de otro modo, la *acción indicada*-, entiendo que la única conducta que resultaba apropiada y necesaria para evitar la situación de peligro contra la vida de Lionel Gaspar consistía en poner al niño a disposición de un especialista médico en el menor tiempo posible. A su vez, y atendiendo a las particularidades de su situación, esa conducta se satisfacía trasladándolo al hospital Humberto Notti, en tanto era el más cercano a su domicilio y el que contaba con especialistas en mejores condiciones para atender al niño.

Esta última afirmación es producto de un análisis desde una perspectiva *ex ante* -como se mencionó en los párrafos anteriores-, conforme al cual el mandato de actuación es aquella conducta que, desde la perspectiva de los conocimientos que tiene un hombre medio acerca de la situación típica -añadiéndose los conocimientos especiales que el sujeto pudiera disponer por encima de aquel baremo- resulta apropiada e idónea para proteger el bien jurídico en cuestión.

Según entiendo, el *a quo* ha abordado adecuadamente la discusión acerca de la *acción indicada*, circunscribiéndola en términos similares a los aquí desarrollados aunque con otros fundamentos. Sin embargo, ha omitido tratar el segundo tramo del delito de comisión por omisión, esto es, la imputación del resultado al incumplimiento de deber de la imputada. En efecto, la discusión del caso ha girado en torno a si, efectivamente, Elena Ferreto se condujo conforme al mandato de actuación impuesto por la situación de peligro generada por el ataque

de Soria a su hijo, omitiéndose tratamiento acerca de la perspectiva *ex post* de aquella conducta. Ciertamente es que el hecho de brindar respiración boca a boca al niño una vez que lo vio sin respiración no resulta una conducta apropiada para evitar el resultado, con lo cual ese agravio de la defensa no puede prosperar.

Sin embargo, no puede afirmarse que el resultado «muerte de Lionel Gaspar» obedece a la omisión de Elena Ferreto de cumplimiento de su mandato de actuación. Destaca Silva Sánchez que, en los delitos de comisión por omisión, la atribución del resultado no puede asimilarse a la estructura del delito comisivo. Dicho de otro modo, no corresponde en esta instancia determinar si la omisión de Ferreto es la *causa* de la muerte de Lionel Gaspar, pues el delito ejecutado en comisión por omisión no constituye una violación a la «prohibición de causar», sino al «deber de evitar». En consecuencia, desde una perspectiva *ex post* deberá determinarse si el autor evitó el resultado pudiendo hacerlo, es decir, es una atribución normativa del resultado.

Ahora bien, si los delitos de comisión por omisión han de ser castigados de modo igual que los de comisión activa, entonces ellos deben mostrar la misma estructura. Por ello, el criterio para atribuir *normativamente* el resultado de muerte a una conducta omisiva es el de la “identidad estructural”, esto es, aquellos casos en que la omisión es normativamente idéntica a la acción. Ello ocurre cuando -a diferencia del delito comisivo activo- no existe un movimiento corporal que ponga en marcha un curso causal lesivo, pero el autor ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan bienes jurídicos determinados.

En otras palabras, un aspecto relevante en la determinación de la “identidad estructural” surge del concreto compromiso del garante, es decir, de la naturaleza de la relación del garante con la fuente del peligro o del bien afectado. La posición de garante producto de una relación materno-filial como la que vinculaba a Ferreto con Lionel Gaspar generó deberes de máxima intensidad frente a una situación de peligro. Por ello, si Ferreto permitió que el riesgo tuviera

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

lugar y se representara en el resultado, este último debe serle atribuido a título de autora.

A mi entender, el *a quo* no aplica adecuadamente esos parámetros al caso en análisis sino que, por el contrario, extiende excesivamente el ámbito de punición al considerar a Soria como fuente de peligro para Lionel Gaspar, y al introducir un estilo de vida como conducta punible. Lo primero, en tanto el magistrado reprocha a la imputada el haber permitido el ingreso de Joel Soria a la vida de su hijo, lo cual implica por demás un exceso en la valoración de la conducta que se le atribuye a la imputada. Lo segundo, , debido a que tiene en cuenta como factor determinante para la atribución de responsabilidad cuestiones vinculadas a la organización de la vida privada de Elena Ferreto, lo cual -como se verá en el punto siguiente- tiene relevancia jurídico penal, mas no como factor de atribución del resultado de muerte de su hijo.

Así, al tratar la segunda cuestión, y luego de analizar la tipicidad de la conducta de Soria (fs. 200/208 de la sentencia), se avoca a la de Ferreto y sostiene que *“a partir del momento en que la Ferreto logra despertarse y se interioriza de cual había sido el comportamiento inmediato anterior de su concubino, apelando nuevamente a la conducta omisiva que había adoptado como sistema para ocultar los maltratos físicos que Soria le prodiga a su hijo, obviando conscientemente los deberes inherentes a su cargo de garante de la integridad física de su hijo, no solo no buscó asistencia médica para que lo auxiliaran y le pudieran salvar la vida, sino que además acordó con el autor de esos golpes un pacto de silencio que incluyó callar la golpiza y tratar de presentar la muerte de su hijo ante los médicos como un hecho natural”*. A renglón seguido afirma que *“eso la transforma a la luz de las reglas de la participación criminal en una cooperadora necesaria en las acciones de Soria...”*. Asimismo, explica que *“quedó en claro que la colaboración prestada por Ferreto a Soria fue una reedición de un acuerdo tácito que ya venía desde mucho tiempo antes cuando ella permitía y callaba los maltratos físicos y*

emocionales que Soria le causaba a su hijo y se repite la noche de los hechos cuando se despierta y ve a su hijo herido y en vez de socorrerlo y tratar de buscarle asistencia médica, trata por su cuenta de reanimarlo y cuando advierte que todo esfuerzo era inútil porque el niño había fallecido, reedita una vez más ese pacto de silencio y hace suya la coartada de Soria” (v. fs. 210/211 de la sentencia).

De ese extracto de la sentencia se desprende que, para fundar su intervención criminal, el *a quo* se apoya, por un lado, en el comportamiento previo al hecho de la imputada, es decir, a su estilo de vida; y por el otro, a su actitud con el delito ya consumado, esto es, cuando ya se había ejecutado la tentativa acabada del delito de Soria.

Ambas circunstancias no tienen la entidad suficiente para instituirse en riesgos jurídicamente determinantes de la causación del resultado, sino que el mismo obedece exclusivamente a los golpes propinados al niño por Joel Soria. En efecto, el propio magistrado sentenciante sostiene que *“fue Soria el que actuó activamente en la producción del resultado, mientras que la Ferreto una vez despierta omitió toda actuación conducente a auxiliar y proteger a su hijo, como hubiese sido la de buscar la inmediata asistencia médica tratando de recuperarlo (fs. 214 de la sentencia). Igualmente, explicó que “la prueba muestra a los dos imputados ocupando posiciones diferentes en el tramo de la acción, pero equivalentes en punto al reproche penal que merecen” (fs. 159 de la sentencia).*

A mi entender, si bien es importante destacar que los defectos de cuidado de Elena Ferreto respecto de su hijo no son ajenos a la intervención del derecho penal, cierto es que esa circunstancia no puede hacer responsable a su madre por una muerte que claramente -como lo ha destacado el juez de la causa- obedeció a un factor externo a ella, esto es, los golpes de Soria mientras ella dormía.

Por otro lado, tampoco resulta relevante al caso la existencia de un supuesto *acuerdo tácito* entre ambos para encubrir la muerte. En otras palabras, el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

magistrado le asigna especial importancia al hecho de que Elena Ferreto habría intentado encubrir la muerte alegando que el niño cayó de la cama. Ahora bien, el *a quo* no explica cómo es que esa circunstancia ha sido un factor determinante de la muerte. Es decir, podría tratarse de una conducta reprochable desde otra figura jurídico penal, pero no puede decirse que es la causa de la muerte. No es posible, de ese modo, tomar como aporte de peso a la ejecución del hecho una conducta asumida por la imputada luego de que el delito estuviera consumado. El juez, por el contrario, toma como intervención punible la actitud de la imputada de ir a hacer atender a su bebé al hospital sabiendo que éste ya había fallecido, lo cual, a lo sumo, podría configurar un supuesto de encubrimiento pero nunca una colaboración con un homicidio.

Dicho ello, entiendo que resulta determinante para dirimir la responsabilidad penal de Elena Ferreto la circunstancia de que ella se encontraba durmiendo al momento en que Soria le aplicó los golpes a la víctima. Ese dato, tenido por acreditado por el *a quo* en la sentencia, indica que la capacidad de evitabilidad de la conducta de Soria no constituyó nunca una alternativa para la imputada, sino que sólo puede tenerse en consideración aquello que Elena Ferreto tenía a su alcance, esto es, poner a su hijo a disposición de un especialista médico. En otras palabras, no puede formularse un reproche sobre la no evitación de un suceso que ocurrió mientras ella dormía, más allá de que luego despertara producto del llanto de su bebé. Para ese entonces, el coimputado Soria ya había ejecutado una tentativa acabada de homicidio, por lo que el resultado muerte era a esa altura inevitable.

Esta afirmación tiene respaldo probatorio en la declaración del Dr. Martín Edgardo Barrera (fs. 49/58 de los fundamentos de sentencia), quien consultado por la expectativa de vida del niño, sostuvo que podría haber sobrevivido a las lesiones en el abdomen si se hubiesen atendido a tiempo (fs. 52 de la sentencia). Sin embargo, ampliada su declaración al golpe con el instrumento de superficie roma en la cabeza del bebé, explicó que “*con estas*

lesiones un menor de dos años tiene como tiempo máximo de vida de tres a cinco horas” (fs. 56 de la sentencia). Ello lleva a afirmar que la conducta de Soria, por sí sola, configuró una tentativa acabada de homicidio, en tanto su conducta ya generó en sí un altísimo riesgo de producción del resultado, de modo que se desprendió del dominio del riesgo sobre el mismo.

Así las cosas, si mientras Elena Ferreto estaba durmiendo no tenía conocimiento de los elementos del tipo omisivo, su deber de actuar nació cuando se despertó producto de los llantos de su bebé. En este sentido, destaco que el estado de inexigibilidad en que se encontraba la imputada mientras dormía no puede ser reconducido mediante la *omissio libera in causa*, en tanto no es posible atribuirle subjetivamente el conocimiento de la conducta que llevaría a cabo Soria mientras ella dormía. Esto es así debido a que, a ese momento, su concubino se encontraba fuera de su casa, de modo que al dormirse no existía ninguna expectativa razonable de ataque a su hijo.

El debate, entonces, debería enfocarse en la posibilidad que tenía Elena Ferreto de evitar el resultado al despertar. En otras palabras: la no realización de una conducta *ex ante* apropiada, como lo es la salvaguarda de la vida de un hijo, fundamenta el injusto; sin embargo, la imputación del resultado lesivo exige un juicio *ex post*, según el cual la conducta *ex ante* indicada habría evitado efectivamente el resultado.

Ingresando entonces a valorar cómo actuó Elena Ferreto en base a la situación de peligro que padecía Lionel Gaspar y que ella debía evitar conforme su deber institucional de máxima entidad, considero que efectivamente ella operó tardíamente en cumplimiento del mismo, en tanto, según la plataforma fáctica tenida por acreditada por el tribunal, optó en primera instancia por brindar respiración boca a boca a Lionel Gaspar, para luego llevarlo al hospital.

En este punto se torna igualmente relevante el diagnóstico efectuado por el Dr. Barrera, médico forense que analizó el cuerpo sin vida de la víctima, y según el cual el cadáver tenía una temperatura rectal de 32°C al

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

momento del examen, con características que indicarían que la muerte ocurrió alrededor de las 05:30 horas -y que por la edad del niño hay un rango de variabilidad de 4 horas-. Además, destacó que el tipo de lesión en el abdomen -un hematoma peri pancreático que produjo una rotura de vasos provocando una hemorragia interna- indefectiblemente causan en un bebé un llanto intenso. Agregó que el proceso de acumulación de sangre es lento, y que se acumularon 500cc de esa sustancia. Explicó que este tipo de lesión puede provocar la muerte por sí sola, pero atendida a tiempo podría haberse evitado. Así, señaló que la causa de la muerte fueron los golpes en la cabeza del niño. Por último, afirmó que con ese tipo de agresión, el máximo de vida del niño es de entre tres y cinco horas, mientras que la muerte no fue instantánea porque de lo contrario no se habría acumulado sangre en el abdomen (v. fs. 49/58 de la sentencia impugnada).

Del análisis de esa declaración se concluye que lo que ocurrió en primer lugar fueron los golpes en el abdomen del niño, y que luego de ello se produjo el traumatismo encéfalo craneano producto de un impacto en la cabeza de Lionel, lo cual fue la causa directa de la muerte. Ésta, a su vez, ocurrió alrededor de las 5:30 de la madrugada, y los golpes fueron provocados entre tres y cinco horas antes. Asimismo, se tiene por cierto que Ferreto dormía al momento de los golpes.

Conectando dichos puntos, resulta claro que si Ferreto estaba dormida al momento de los golpes, y que luego de haberse producido el traumatismo encéfalo craneano la muerte era inevitable, la consecuencia lógica es que, al momento en que ella despertó, la muerte de Lionel Gaspar era un resultado inevitable, con lo cual no es posible atribuirle normativamente el resultado letal producto de algún tipo de omisión.

De este modo, existe una duda razonable que impide condenarla como autora de la muerte de su hijo en comisión por omisión desde el momento en que no se ha acreditado en qué momento despertó producto de los llantos, y si a ese momento ella podría haber evitado el resultado brindando a su hijo

asistencia médica con rapidez.

Sólo se tiene que no actuó con inmediatez, y que antes de dirigirse al hospital intentó darle respiración boca a boca. Pero de ningún modo puede concluirse que ella estaba en posición de evitar el resultado muerte al momento de despertarse, con lo cual no puede ser considerada autora del homicidio doloso de su hijo. Ello es así en tanto no puede acreditarse que la ejecución en término de la acción de salvamento hubiera aumentado la posibilidad de vida del niño, pues no se tiene con certeza el horario en que ella se despertó, y si a ese momento el daño era o no irreversible.

II. c. Calificación legal adecuada

De lo expuesto en el punto II.b queda claro lo siguiente. En primer lugar, que Elena Ferreto no cumplió adecuadamente su deber de actuar al advertir el peligro para la vida de su hijo. En segundo, que esa omisión en nada ha influido en la muerte del niño, quien fue golpeado por Soria mientras Ferreto dormía, golpes que causaron un daño irreversible en la víctima, con lo cual no es posible reconducir el resultado de muerte a una omisión de ella.

Ambas consideraciones nos llevan, en consecuencia, a determinar si esa omisión tiene consecuencias jurídico-penales. A mi modo de ver las cosas, esa pregunta debe contestarse afirmativamente. En efecto, considero que la conducta de Elena Ferreto descrita en la acusación debe ser enmarcada bajo la figura de abandono de persona agravado por el vínculo, previsto y penado por el art. 107 en función del art. 106 primer párrafo, ambos del Código Penal.

Dicha norma reprime a quien, de alguna manera, ponga en peligro la vida o la salud de un sujeto al cual se encuentra vinculado por un especial deber de cuidado. Ya se ha hecho referencia en el punto anterior a la posición de garante que ostentaba Elena Ferreto respecto de su hijo Lionel Gaspar, la cual derivaba de la relación institucional materno-filial que los unía. Dicha relación, como también fue dicho, ponía en cabeza de la imputada el cumplimiento de deberes «de máxima entidad» para el cuidado de su hijo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Al analizar la actuación de la imputada en el delito por el cual fue condenada en la sentencia, mencioné que, frente a la existencia de un peligro evidente para la vida de su hijo, Elena Ferreto no dirigió su conducta conforme lo indicaba el mandato de actuar, esto es, asegurando la intervención de un profesional de la salud sobre Lionel Gaspar. Por el contrario, optó en primer término por darle respiración boca a boca y recién lo dirigió al hospital cuando aquel ya había fallecido (ver p. 18 de esta sentencia).

Dicho incumplimiento del mandato de actuación, aunque no haya repercutido en la muerte debido a que el daño causado por Soria era ya irreversible, configuró *ex ante* una puesta en peligro de la salud de su hijo, por lo cual su omisión impone que la conducta sea encuadrada en la figura señalada.

El abandono de persona, en el caso concreto, está dado por el hecho de que, frente a la *situación típica* descripta en el punto anterior, la imputada no ejecutó *la acción indicada* conforme al rol que le competía. Así, el hecho de que la imputada haya optado por una alternativa evidentemente ineficaz para brindar un adecuado cuidado a su hijo, ante una situación de peligro para su salud como fue encontrarlo con golpes advertibles a simple vista al momento en que ella despertó, configuró una omisión punible en los términos del art. 107 en función del art. 106 primer párrafo del Código Penal.

La circunstancia de que la muerte fuera un destino inevitable impide atribuirle normativamente el deceso de Lionel Gaspar, igualmente que impide agravar el abandono por el resultado. Sin embargo, ese *desvalor de omisión* determina su condena como autora del delito de abandono de persona agravado por el vínculo.

II. d. Conclusión acerca del vicio *in iudicando*

A modo de síntesis de lo expuesto, puede decirse que, teniendo por válida la plataforma fáctica tenida por acreditada por el *a quo*, Elena Ferreto se encontraba en una posición de garante respecto de su hijo Lionel Gaspar, y que dicha posición generaba deberes positivos de máxima entidad derivados de la

relación materno-filial que la vinculada con el sujeto garantido.

En ese contexto fáctico y normativo, la nombrada cumplió tardíamente su deber de actuar, dado que al despertar no llevó inmediatamente a su hijo al hospital, sino que, por el contrario, primero intentó brindarle respiración boca a boca y luego de ello lo puso a disposición de un profesional de la salud, cuando ya había fallecido.

Ahora bien, independientemente de su posición de garante y del mandato de actuar derivado de una situación típica -ver a su hijo en peligro de vida-, esa ejecución tardía no resulta suficiente para atribuirle normativamente el homicidio doloso de su hijo, dado que no se ha demostrado acabadamente -desde una perspectiva *ex post*- la capacidad de evitación del resultado, ni el aporte esencial a la muerte de Lionel Gaspar, especialmente teniendo en cuenta que ella despertó cuando el coimputado Soria ya había ejecutado la tentativa acabada de homicidio. Por todo ello, entiendo que no puede redireccionarse normativamente el resultado «muerte de Lionel Gaspar» al cumplimiento inidóneo del deber positivo de madre que debía cumplir Elena Ferreto.

Sin embargo, el cumplimiento defectuoso de su deber de actuar sí configuró, *ex ante*, una puesta en peligro de la vida o de la salud de su hijo, producto de no haber puesto a disposición de un profesional de la salud a la persona a su cargo. Esa conducta debe encuadrarse bajo la figura de abandono de persona agravado por el vínculo (artículos 106 primer párrafo y 107 del Código Penal).

Por ello, y oído el Señor Procurador General, corresponde contestar afirmativamente la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el doctor Mario Adaro adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. NANCLARES, EN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

DISIDENCIA, DIJO:

Respetuosamente debo discrepar parcialmente con la solución a la que arriban mis colegas de Sala.

Si bien coincido en el sentido que el recurso debe ser acogido, y en que no es posible atribuir a Elena Ferreto la participación necesaria en el delito ejecutado por su pareja, Joel Soria, no comparto la nueva calificación legal en que se ha encuadrado la situación procesal de la imputada, comprendiendo que su conducta resulta atípica en términos de la ley penal. Paso a explicarlo.

Ante todo, aclaro que no debo formular mayores consideraciones a lo expuesto por mis colegas en los puntos I.a, I.b, I.c, II.a y II.b, en tanto comparto *in totum* las consideraciones allí desarrolladas en el sentido que Elena Ferreto debe ser absuelta del delito de homicidio agravado por el vínculo en comisión por omisión en calidad de partícipe necesaria. En ese aspecto, me remito a lo expuesto en esos puntos por el voto preopinante.

Mi discrepancia se circunscribe exclusivamente a los puntos II.c y II.d del apartado anterior, a partir de los cuales se llega a la conclusión de que Elena Ferreto ha incurrido en un supuesto de abandono de persona agravado por el vínculo respecto de su hijo Lionel Gaspar (art. 106 segundo párrafo del Código Penal).

Según surge del art. 106 del Código Penal, el abandono de persona puede asumir dos modalidades: comisiva, mediante la puesta en peligro de la vida o salud de una persona colocándola en una situación de desamparo; u omisiva, generando el mismo peligro pero mediante el abandono a su suerte de una persona a quien se deba mantener o cuidar o a quien se haya incapacitado.

El supuesto en el que encuadran mis colegas la solución del caso es este último. A mi entender, no se verifican en la instancia los presupuestos típicos que deben concurrir para imputar la figura. Para ello debe desmenuzarse adecuadamente el tipo penal en cuestión.

Como todo delito especial, la calidad de autor del delito de abandono de persona depende de que el sujeto activo reúna determinadas condiciones particulares, sea en sí mismo, o en relación con otro. En el caso concreto, sólo puede ser autor quien se ubica en una posición de garante respecto del sujeto pasivo, calidad que puede derivar de la ley, de un contrato o de una conducta precedente. No caben dudas de que Elena Ferreto era garante del cuidado de su hijo Lionel Gaspar, sobre quien tenía el deber de criar y alimentar en razón de su relación materno-filial, y especialmente por su temprana edad (art. 265 y 267 del Código Civil vigente al momento de los hechos).

Ahora bien, esa sola circunstancia no implica que todo garante de la integridad del garantido sea responsable por cualquier daño que este sufra, sino que es necesario acreditar una acción u omisión imputable al primero que haya repercutido sobre el segundo, sea causando un perjuicio concreto, sea generando un peligro relevante. El abandono de persona, en la modalidad atribuida, se configura cuando el incumplimiento -o cumplimiento defectuoso- de las obligaciones derivadas de la patria potestad genera un *grave daño en el cuerpo o en la salud* del garantido.

Ese resultado lesivo, al constituirse como elemento preterintencional, es imputable al garante a título de culpa. De lo contrario, no estaríamos ya ante un abandono de persona sino ante un homicidio o lesión dolosa agravado por el vínculo.

En el caso concreto, creo que si no es posible reconducir el resultado mortal a título doloso a la omisión de la autora, tampoco lo es posible hacerlo a título imprudente. Ello es así en tanto al momento de los golpes ejecutados por Soria al bebé, ella se encontraba durmiendo, sin posibilidad alguna de impedir la conducta lesiva. Esto ha sido reconocido por el propio tribunal de juicio, que además ha considerado su estado de influencia bajo los efectos de estupefacientes, lo que muestra las claras que en ningún momento tuvo una capacidad de actuar que le permitiera ofrecer resistencia al ataque padecido por su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

hijo.

Responsabilizar a una madre por las consecuencias que sufre su pequeño bebé mientras ella duerme implicaría extender casi de manera ilimitada la responsabilidad del garante, pues no podría desentenderse en ningún momento -ni siquiera para descansar- de sus deberes de cuidado.

A ello cabe agregar que el momento en que ella decidió dormir no aparecía como probable o al menos posible un ataque hacia su hijo, pues ambos se encontraban solos en la bodega abandonada en la que residían. De este modo, tampoco aparece como razonable hacerle prever a ella los posibles riesgos que pudiesen concurrir mientras dormía.

Lo dicho hace referencia a lo acontecido antes de los golpes. Luego de ello, cuando la imputada despierta y recobra su conciencia, el peligro que corría la vida de su hijo ya existía, con lo cual no puede constituir su «despertar» una omisión típicamente punible.

En rigor, la arbitrariedad de la sentencia de Cámara reside en que no efectúa un reproche sobre un hecho concreto sino sobre una conducción de vida. Ello se refleja en el hecho de que el debate oral ha estado dirigido no sólo a probar las circunstancias en que se produjo la muerte del niño Lionel Gaspar, sino además a determinar cómo era Elena Ferreto como madre. Ello ha sido tomado directamente por el *a quo* al momento de sentenciar, y ha oscurecido el análisis del hecho concreto que se le reprocha. Esto se verifica en la propia descripción de los hechos que tiene por acreditada el juzgador, quien indica que *“la colaboración prestada por Ferreto a Soria fue una reedición de un acuerdo tácito que ya venía desde mucho tiempo antes cuando ella permitía y callaba los maltratos físicos y emocionales que Soria le causaba a su hijo y se repite la noche de los hechos cuando se despierta y ve a su hijo herido y en vez de socorrerlo y tratar de buscarle asistencia médica, trata por su cuenta de reanimarlo y cuando advierte que todo esfuerzo era inútil porque el niño había fallecido, reedita una vez más ese pacto de silencio y hace suya la coartada de Soria... transformándose en*

virtud de esa actuación omisiva en una cómplice necesaria» (v. fs. 1432 vta. y ss.).

La conducción de vida de Elena Ferreto antes del suceso que se le atribuye no puede ser en ningún caso el fundamento de un ilícito penal, independientemente del reproche moral que se le pueda formular al respecto.

En definitiva, considero que corresponde hacer lugar al recurso articulado por la defensa, y casar la sentencia y absolver a Elena Ferreto del delito que se le imputa.

ASI VOTO.

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

Atento el resultado positivo del tratamiento de la cuestión anterior, corresponde determinar la penalidad aplicable al delito atribuido a la imputada, conforme la nueva calificación legal a la que se ha llegado.

La escala penal del delito de abandono de persona oscila entre los dos y los seis años de prisión (art. 106 del Código Penal), y bajo la agravante del vínculo prevista por el art. 107 del Código Penal aumenta en un tercio el mínimo y el máximo, lo cual sitúa a la pena aplicable entre los dos años y ocho meses de prisión de mínimo, y ocho años de máximo.

Sobre la individualización de la pena, ya he dicho en otra oportunidad que ella constituye una compleja tarea a través de la cual los criterios dogmáticos que permitieron inicialmente la aplicación –el sí o no- de la pena se transforman en criterios de medición cuanti-cualitativos que permiten determinar un *quantum* de pena dentro de la escala legal. Dicho de otro modo, si en la individualización judicial de la pena se quiere lograr una mayor racionalidad, se deben conjugar las categorías dogmáticas de manera tal que la cantidad y modalidad de cumplimiento de la sanción aplicable sea una consecuencia refleja del injusto culpable.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Adoptar un paradigma como el señalado permite delinear y construir en forma progresiva un sistema más o menos estable de criterios de aplicación uniforme que se refleja, directamente, en una mayor seguridad jurídica.

Debe tenerse en cuenta que aquellos elementos que forman parte del tipo objetivo -tanto simple como agravado- no pueden incidir en una mayor o menor imposición de pena, en tanto ya están contenidos en la penalidad abstracta prevista en la norma. Lo contrario constituiría un supuesto de doble juzgamiento. Ahora bien, el tipo penal en abstracto puede ejecutarse bajo distintas variables fácticas, cada una de ellas con un distinto contenido de injusto en el caso concreto, lo que permite dar lugar a un sistema comparativo de casos más y menos graves. La tarea de individualizar la pena consiste en meritar ese contenido de injusto y ubicarlo dentro de la escala penal correspondiente.

En el caso concreto, entiendo que concurren buenos motivos para alejarse del mínimo penal y situarse en una posición intermedia entre aquel y el máximo.

En este sentido debo valorar que el peligro que generó la *situación típica*, por la entidad que el mismo -a simple vista- implicaba para la vida del garantido -su hijo, Lionel Gaspar-, tiene una especial gravedad que aumenta sensiblemente el nivel de injusto por la omisión del deber de protección, ello debido a que el deber de actuación se vuelve más intenso a medida que aumenta el peligro para los bienes jurídicos del garantido.

Por otro lado, repercute igualmente en el nivel de injusto la edad de la víctima, quien contaba al momento de los hechos con tan solo dos años de edad. Esa circunstancia contribuye en la magnitud del injusto debido a que se trata de una persona absolutamente incapaz de valerse por sí mismo, con lo cual depende en mayor medida del cumplimiento de los deberes de protección por parte de su madre.

De ahí que, en consecuencia, nos encontramos ante un injusto grave, que justifica el alejamiento en buena medida del piso de la escala penal

prevista para el ilícito en cuestión.

Ahora bien, en el plano de la culpabilidad, existen circunstancias que inciden en una disminución de la pena en favor de la imputada. Principalmente, debe destacarse el medio social en que residía al momento de los hechos, que muestra a las claras una menor posibilidad de autoadministración como sujeto en derecho. Así, de las constancias de la causa surge que Elena Ferreto vivía desde hacía varios años en condiciones de precariedad económica y familiar. Esto no ha sido desconocido por el tribunal de sentencia, que meritó que Elena Ferreto fue víctima de “*padres abandonicos*” (fs. 131 de la sentencia), que en el marco de esa “*disfuncionalidad*” no resultaba extraño que fuera madre adolescente (fs. 132 y 135 de la sentencia) y que esa circunstancia la hizo adicta a las drogas, al alcohol y al poxirán (fs. 135, 137), lo que es tenido por acreditado a partir de diversas declaraciones testimoniales.

Sobre las circunstancias aludidas por el *a quo* corresponde señalar que si bien ellas han quedado acreditadas en el expediente, cierto es que no pueden repercutir negativamente en la situación procesal de la imputada, en tanto se trata de factores que no son competencia absoluta de ella sino, en buena medida, determinados por el medio en que vivía.

De hecho, creo que el efecto que deben tener esos extremos son diametralmente opuestos. A mi entender, el desamparo familiar al que se vio sometida Elena Ferreto desde su adolescencia, sumado a la especial situación de vulnerabilidad en que desarrollaba su plan de vida al momento de los hechos, no pueden influir como factor de imputación de responsabilidad más que en su favor, pues se trata de circunstancias que disminuyen su nivel de autoadministración. Al respecto, ha dicho la doctrina que la marginalidad y la pobreza en que se encuentran algunos ciudadanos, «*en función del delito que se cometa [...] podría comportar desde la impunidad en unos casos, pasando por la atenuación de la responsabilidad en otros, hasta la plena sanción en los restantes (más graves), si bien siempre acompañada de una oferta de resocialización*» (Silva Sánchez,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Jesús, «Los presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p.10).

Si ello es así, la legitimidad estatal para reprochar a un ciudadano un incumplimiento de la norma disminuye cuando es el propio Estado el que no ha satisfecho para con la persona el compromiso de bienestar mínimo al que se ha comprometido a través de su Constitución y numerosos tratados y normas. En este caso, una perspectiva material del concepto de ciudadanía no puede desentenderse de la circunstancia de que Elena Ferreto vivía en una bodega abandonada al momento de los hechos, en condiciones de precariedad absoluta, que no alcanzaban para satisfacer las condiciones mínimas de vida digna de una persona.

Del mismo modo, de la lectura de la sentencia se desprende que el *a quo* formula inaceptables consideraciones propias de un derecho penal de autor, al referirse a los imputados como “*vagos consuetudinarios, cuyo único norte era deambular por la calle emborrachándose y drogándose y que su única fuente de ingreso real era la rapiña y el engaño*” (fs. 146 de la sentencia). En un sentido similar, se hace referencia luego al “*perfil de holgazanes, marginales y embaucadores que para mí tienen los acusados de autos*” (fs. 148 de la sentencia).

Dichas consideraciones resultan no sólo injuriantes respecto de ambos imputados, sino que incluso permiten poner en tela de juicio la propia imparcialidad del juzgador, que extiende su valoración por fuera del principio de culpabilidad por el hecho y profesa descalificaciones morales por el estilo de vida llevado por los enjuiciados.

Independientemente de ello, la combinación de la magnitud del injusto con el bajo nivel de culpabilidad de la autora me llevan a concluir que una pena adecuada a la culpabilidad de Elena Ferreto se sitúa en el tramo intermedio de la escala penal prevista para el delito, esto es, en los cinco años de prisión.

En consecuencia, corresponde casar el punto IV de la sentencia

impugnada, el cual deberá quedar redactado de la siguiente manera: “*IV. Condenando a Elena Regina Ferreto a la pena de cinco años de prisión y pago de costas, como autora penalmente responsable del delito de abandono de persona agravado por el vínculo (artículos 106 primer párrafo y 107, ambos del Código Penal, y artículos 474 inc. 1 y 485 del Código Procesal Penal)*”.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los doctores Mario Adaro y Jorge Nanclares adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios profesionales del Dr. Leopoldo Martín Ríos en la suma de pesos tres mil (\$ 3.000.-) (Cfm. Arts. 557 y cc. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los doctores Mario Adaro y Jorge Nanclares adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 21 de Noviembre de 2.017

Y VISTO:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1º) Acoger parcialmente la impugnación deducida en favor de Elena Regina Ferreto Molina.

2º) Casar el punto IV de la sentencia impugnada, el cual deberá quedar redactado de la siguiente manera: *“IV. Condenando a Elena Regina Ferreto a la pena de cinco años de prisión y pago de costas, como autora penalmente responsable del delito de abandono de persona agravado por el vínculo (artículos 106 primer párrafo y 107, ambos del Código Penal, y artículos 474 inc. 1 y 485 del Código Procesal Penal)”*.

3º) Imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios profesionales del Dr. Leopoldo Martín Ríos en la suma de pesos tres mil (\$ 3.000.-) (Cfm. Arts. 557 y cc. del C.P.P.; art. 10 de la ley 3641, modificada por el decreto ley 1304/75).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro

DR. JORGE HORACIO NANCLARES
Ministro

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro