

STJSL-S.J. – S.D. Nº 234/19.-

--En la Provincia de San Luis, a **veinte días del mes de diciembre de dos mil diecinueve**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: **“RECURSO DE CASACIÓN - //// – ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO POR SER GUARDADOR Y POR EL APROVECHAMIENTO DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN CALIDAD DE PARTÍCIPE NECESARIO”** – IURIX PEX INC Nº 208313/1.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente admisible el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Carina Valeria Di Marco?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) ¿En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. **CARLOS ALBERTO COBO**, dijo: 1) Que en fecha 13/05/19 por ESCEXT Nº 11572259 en los autos principales “DI MARCO CARINA VALERIA (IMP) – D. M. F. A. (F) (DAM) - ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO POR SER GUARDADOR Y POR EL APROVECHAMIENTO DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN CALIDAD DE PARTICIPE NECESARIO" Expte. Nº PEX 208313/17, la abogada defensora de la condenada en autos CARINA VALERIA

DI MARCO interpone Recurso de Casación en contra de la Sentencia dictada por la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, integrada por Veredicto de fecha 22/04/19 (actuación N° 11423107) y fundamentos de fecha 09/05/19 (actuación N° 11538076), que resolvió declarar culpable a su pupila del delito del art. 119, primer párrafo en relación al cuarto párrafo, inc. f) y 45 del Código Penal - (ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL APROVECHAMIENTO DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN CALIDAD DE PARTICIPE NECESARIA”, en perjuicio de su hija FADM, y en consecuencia, condenarla a cumplir la pena de dieciocho años de prisión, accesorias de ley y costas procesales, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial.

El recurso es fundado en el presente incidente, en fecha 10/06/19 por ESCEXT N° 11807997.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad de los recursos en cuestión.

Analizadas las constancias del sistema IURIX de los autos principales, y considerando que en fecha 23/05/19 se dicta el Auto Interlocutorio (actuación N° 11661132) que aclara la cuestión segunda de los fundamentos de la sentencia, el que es notificado a la defensa en fecha 23/05/19, se observa que el Recurso de Casación ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose la recurrente exenta del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado devienen formalmente procedentes.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO,

dijo: 1) Agravios: La recurrente, luego de realizar una serie de consideraciones sobre la evolución histórica del recurso de casación hasta llegar a los fallos de la CSJN Casal y Giroldi, manifiesta que la errónea calificación del delito que se le imputa viene arrastrada desde la etapa de instrucción y está inmersa en todos los actos procesales de envergadura y también en la sentencia que se discute.

Relata que el 6 de abril de 2017 (actuación N° 7021424) se dicta el procesamiento y prisión preventiva con la misma diferencia entre el considerando y el resuelvo, que tenía el resolutorio de fecha 04/04/17, motivo por el cual se planteó la nulidad en la preliminares del debate oral, que no fue resuelta en el acto, sino al momento de dictar sentencia.

Expresa que con fecha 29 de diciembre de 2017 se le notificó la acusación fiscal y ésta luce con idénticas falencias que los dos actos procesales anteriores, todos ellos nulos para la defensa.

Bajo el título *IV.- Normativa no aplicada y error en la interpretación*, sostiene que, dada la calificación establecida en los considerandos de la sentencia, de allí se desprende el primer error a criterio de la defensa, ya que si CARINA DI MARCO fue partícipe necesaria del delito de abuso, donde se encuentran los parámetros para encuadrarlo, así las cosas parecería que la aquí sentenciada hubiese asistido en la perpetración de los abusos.

Destaca que es necesario hacer un análisis y una distinción entre ambas figuras: delito perpetrado y encuadrado en el delito como partícipe necesario, y perpetrado como partícipe necesario por omisión, ya que allí radica el error de interpretación de las normas.

Expone que el fundamento de la defensa es preciso y se basa en el artículo 45 del Código Penal: un aporte esencial debe ser tal que sin él, NO HUBIERA PODIDO COMETERSE EL DELITO.

Destaca que todo aporte a la configuración del tipo penal es causa natural del resultado lesivo, pero si este aporte no es esencial, a saber: “se pudo haber consumado el delito sin él”, no será condición equivalente (respecto a la imputación) a la perpetración del delito por el autor; por ello sostiene que en este tipo de casos, habría un “elemento negativo” en la causalidad, en donde el aporte será causa natural del delito, aunque bien, y para encuadrar totalmente su postura en el marco conceptual hipotético del art. 45, se podría suprimir y el resultado cometerse igual. Será necesario en la consolidación de la relación causal, pero no conformaría un aporte esencial, por el simple hecho de que el delito se habría podido cometer sin él. *La conducta no se subsumiría en la norma;* norma cuya redacción es causa de toda controversia, y que introduce indebidamente un paradigma hipotético de aporte y de consecuencia.

Expone que de las probanzas de autos no surgen a criterio de la defensa, aportes esenciales, indispensables para la configuración del tipo penal de CARINA DI MARCO para perpetrar los abusos, nótese que el único y último abuso cuya autoría se atribuye a LUCAS GÓMEZ se perpetra en ausencia de la misma, ya que se encontraba dando a luz a su hija, todo según consta en autos.

Alega que todos los actos procesales, a saber, auto de instrucción de sumario, llamado a indagatoria, auto de procesamiento, acusación fiscal y sentencia catalogan a la conducta de CARINA DI MARCO como partícipe necesaria del delito de abuso sexual con acceso carnal, pero se pregunta de donde se extrae la esencial participación de CARINA DI MARCO en los abusos sufridos por su hija FADM.

Agrega que de todos los resolutorios mencionados, surge que su pupila es partícipe necesaria por omisión, incluida la sentencia, es decir, la encartada eligió actuar cuando no podía, pero en todos los considerandos en

la segunda cuestión de la sentencia ponen a CARINA DI MARCO en una situación distinta, es decir, como si hubiera dejado que el curso causal hubiera proseguido.

Como corolario y haciendo un análisis de la sentencia, la defensa detecta el mismo error de interpretación de las normas citadas, es decir se condena a CARINA DI MARCO por el delito de abuso sexual agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente en calidad de partícipe necesaria, como si hubiese dominado la causalidad o prestado colaboración o su carácter de partícipe hubiese sido irremplazable; que por eso es necesario hacer un análisis de la SEGUNDA CUESTIÓN de la SENTENCIA.

Manifiesta que no queda claro si CARINA DI MARCO eligió actuar como reza la sentencia o CARINA DI MARCO no actuó cuando debía hacerlo como reza la segunda cuestión. Que participación necesaria y participación necesaria por omisión no son lo mismo, no indican la misma conducta desplegada, por ende, la prueba no es la misma.

Destaca que no es lo mismo la calificación de abuso como partícipe necesario (aquí la persona presta una colaboración tal sin la cual el delito no se hubiese cometido) que la omisión impropia en el abuso (aquí la persona en su posición de garante omite un deber de cuidado), es decir que según la sentencia su defendida ha colaborado de manera activa en la comisión de los abusos, pero según los fundamentos ha omitido un deber de cuidado.

Por último, se agravia sobre la pena impuesta, manifestando que al momento de fijar la misma no se ha considerado que CARINA DI MARCO no solo ha sido condenada con la privación inmediata de la libertad sino que ha soportado la penosa muerte de su hija de tan solo 12 años , de la manera más espantosa y en manos de quien era su pareja y padre de sus otros hijos, por lo que FADM ha sido ultrajada hasta morir y la madre debe cargar con la muerte de su hija y el encierro desde el año 2017. Expone también que su pupila ha sido víctima de violencia de género por parte de su concubino y eso quedó plasmado en muchas de las actuaciones de la causa.

Además de haber soportado la pérdida de su hija recién nacida, que fue entregada al Programa Familia Solidaria con apenas 20 días de nacida. Tampoco hay que dejar de lado que se la ha privado de ver a sus hijos de tan solo cinco y nueve años desde el año 2017. Formula reserva de cuestión constitucional.

2) Traslado a la contraparte: Corrido el traslado de ley, en fecha 19/06/19 contesta el mismo el Dr. FERNANDO A. RODRÍGUEZ, Fiscal de Cámara Nº 2, en actuación Nº 11880157, quien solicita el rechazo del recurso, atento que su fundamento se sostiene en la divergencia probatoria existente entre el planteamiento por esa parte realizado, las constancias de las pruebas arrimadas a la causa -y citadas en el recurso- como también la efectiva valorización efectuada por la Excma. Cámara al momento de su merituación.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: En fecha 29/07/19 opina el Sr. Procurador General de la Provincia (actuación Nº 12087102) quien propicia el rechazo del Recurso de Casación, atento que pretende fundarse en la discrepancia con la calificación legal que ha realizado la Cámara, al momento de condenar a su defendida, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia.

4) Consideraciones previas sobre el Recurso de Casación. El fallo "Casal": *"El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de merito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio"*. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, ahora con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en "Casal Matías

Eugenio”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), “...*todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real*”.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, y 428/429 entre nosotros), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo sino que había sido interpretada restrictivamente –y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Resolución: Sentado lo anterior, adelanto que comparto y hago mío el dictamen del Sr. Procurador General de fecha 29/07/19 (actuación N° 12087102) que propicia el rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la abogada defensora de CARINA DI MARCO. Estimo que no se advierten en la sentencia violación alguna a normas legales, ni maliciosa interpretación de la prueba aportada al proceso, sino que, por el contrario, se observa una marcada coherencia de los actos del proceso, y ninguna afectación al principio de congruencia.

En efecto, en el expediente principal vemos como en fecha 04/04/17 (actuación N° 7005307) obra Auto Interlocutorio dictado por la Sra. Jueza de Instrucción que dispone la inmediata detención de la Sra. CARINA DI MARCO, por su participación por omisión en los abusos sexuales de los que hubiere sido víctima su hija menor FADM. En la audiencia de declaración indagatoria, se le hacen conocer los hechos que se le imputan y las pruebas reunidas en su contra, oportunidad en la que la prevenida hizo uso de su derecho constitucional de abstenerse a declarar.

En fecha 06/04/17 se dicta el Auto de Procesamiento y Prisión Preventiva (actuación N° 7021424) en el que se consideró que “también

se encuentra acreditado con el grado de provisoriedad requerido en esta etapa preliminar, **que la imputada conocía de los ultrajes de que era víctima su hija a manos de su pareja conviviente, y pese a ello no llevó a cabo ninguna conducta para hacerlos cesar.** La calificación legal es la de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO, LA CALIDAD DE GUARDADOR Y EL APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN TÉRMINOS DE PARTICIPACIÓN NECESARIA POR OMISIÓN. El resolvente del interlocutorio hace constar que se la procesa en calidad de partícipe necesario. Este acto procesal no fue recurrido por la defensa.

En fecha 14/12/17 (actuación N° 8393292), se deduce Acusación Fiscal contra CARINA DI MARCO por encontrarla incurso en lo previsto en el tipo penal del artículo 119, tercer y cuarto párrafo, inc. b) y f) del Código Penal (Partícipe Necesario materialmente responsable de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, por calidad de guardador y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente (un hecho) en perjuicio de FADM. En fecha 01/02/2018 (actuación N° 8548928) la defensa planteó la recusación con causa del Agente Fiscal Dr. ESTEBAN ROCHE como así también la nulidad de la acusación, lo que fue rechazado por Auto Interlocutorio de fecha 19/03/18 (actuación N° 8846171).

La sentencia que aquí se ataca, al desarrollar la Segunda Cuestión, ha considerado que: *“La omisión impropia o comisión por omisión es una modalidad de comisión de algunos delitos de resultado donde el rasgo más característico es que los mismos existe una posición de garante por la que el sujeto debe proteger un determinado bien jurídico”.*

“Ha quedado demostrado y así lo he expuesto en los fundamentos de la primera cuestión, que mientras GOMEZ acometía sexualmente y de manera continuada sobre FADM, los parámetros de la conducta de DI MARCO eran claramente transgrediendo a su deber de cuidado y evitación. Ella en su posición de garante respecto a la pequeña, se mantuvo inerte y sin interferir para evitar el resultado letal, y sin que durante ese largo y

prolongado tiempo le haya proporcionado la asistencia adecuada derivada de su deber legal de velar por la supervivencia de la menor, máxime si tenemos en cuenta el desenlace fatal”.

“...La posición de garante es necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarlo según lo establecido por las normas. Tal posición surge fundamentalmente, como en el caso, de ser el sujeto garante de la indemnidad del bien jurídico protegido”.

“DI MARCO colaboró activamente en la comisión delictual en términos de prestar una cooperación de tipo necesaria, dado que al tomar conocimiento de los hechos se limitó al silenciamiento, no realizando ningún acto de defensa de su hija, y por el contrario permitió que los abusos siguieran ocurriendo. En los delitos de comisión por omisión el sujeto debe tener la posibilidad de realizar la acción debida, en cuanto al conocimiento de la situación típica, la posibilidad de conocer los medios de evitación del resultado y la posibilidad material y real de evitar el resultado. La posibilidad de realizar la acción que con certeza y seguridad real hubiera evitado el resultado”.

Sentado lo anterior, lo que quiero destacar es que en el fallo, y en los resolutorios anteriores dictados en la causa, no existe una errónea aplicación e interpretación de la norma del art. 45 C.P., ya que la complicidad primaria o participación necesaria en el delito de otro, puede darse a través de una acción positiva o de una omisión. Así, se ha dicho que la complicidad puede ser prestada mediante consejo o hecho, por tanto, también psíquicamente; lo mismo que mediante omisión, en el caso de que exista un deber de intervenir. La aportación, en consecuencia, no debe ser de manera necesaria materialmente causal. “*Autoría y participación criminal: ¿Queda un largo camino por recorrer?*”, por Marcelo Nieto Di Biase, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34314>, acceso 04/12/19).

Es decir, que la participación necesaria de la imputada DI MARCO consistió en omitir intencionalmente (pudiendo hacerlo) tomar los recaudos necesarios para interrumpir el accionar delictivo de su pareja, de los

que tenía efectivo conocimiento, y de esta manera le facilitó la comisión de los abusos sexuales de su hija FADM: no escuchó a su hija, y no escuchó a su maestra cuando ésta le advirtió sobre los hechos.

La colaboración necesaria para que los mismos pudieran perpetrarse se materializó a través de los incumplimientos reiterados a su deber de protección respecto de su hija, que tuvieron como consecuencia que se mantenga la situación de vulnerabilidad de la niña, y que se pudieran reiterar los hechos de abuso sexual.

Surge acreditado en autos la omisión de actuar de la madre en las distintas ocasiones en que se puso en peligro el bien jurídico (la integridad sexual de su hija).

Debe destacarse que, en el caso concreto, el Tribunal de grado ha explicitado en forma clara y precisa las razones por las cuales considera procedente la aplicación de la figura de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO POR SER GUARDADOR Y POR EL APROVECHAMIENTO DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN CALIDAD DE PARTÍCIPE NECESARIO POR OMISIÓN. En efecto, en oportunidad de dar los fundamentos afirmó el Magistrado preopinante que las figuras penales por las que CARINA DI MARCO era acusada, como partícipe necesaria, fueron cometidas por comisión por omisión, y que se verificaron en autos los supuestos específicos para su concurrencia, esto es, existencia de posición de garante por parte del sujeto activo, la situación generadora del deber de actuar, la omisión de la conducta debida, la posibilidad fáctica de realización de la conducta debida y la producción del resultado. Asimismo, el análisis sobre la concurrencia de cada uno de estos presupuestos fue abordado en forma individual por el Tribunal.

Por otro lado, también debe destacarse que el planteo defensorista constituye una reedición de planteos jurídicos ya considerados por la judicatura; por lo que, en virtud de la naturaleza del recurso extraordinario de casación, no corresponde acoger en esta instancia. Ello en tanto la nulidad de los actos procesales (declaración indagatoria, auto de procesamiento y prisión

preventiva, y de la acusación fiscal) fue oportunamente solicitada al momento de las cuestiones preliminares, y debidamente considerada y rechazada por el Tribunal de grado interviniente.

Respecto del argumento de la defensa acerca de que no surge de las pruebas rendidas los aportes esenciales indispensables de CARINA DI MARCO para la perpetración del hecho, diremos que el mismo se fundamenta en una mera disconformidad con la valoración probatoria que efectuara el Tribunal de juicio, sobre la prueba producida en el debate y la documental incorporada por su lectura, con acuerdo de las partes.

Sostengo que el Tribunal no ha incurrido en una valoración arbitraria de los medios de prueba, ni ha vulnerado las reglas de la sana crítica (reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común) al fundamentar el veredicto condenatorio.

Así, destaco junto con el sentenciante, las siguientes probanzas arrimadas a la causa: Prueba documental: 1) La partida de nacimiento de la menor FADM, que acredita su vínculo filial con la imputada.

2) Acta de Procedimiento de fs. 72/73 de fecha 24/03/17, en la que consta el informe de necropsia de la menor FADM, efectuada por el Dr. RICARDO TORRES, en presencia de la Sra. Jueza de Instrucción, en el lugar donde encontraron el cuerpo (paredón del dique Saladillo). En la misma se constata su muerte por ahorcamiento, las lesiones que presentaba en las muñecas a consecuencia de las ataduras, y también se observa que: *“el orificio vaginal presenta desgarró inmenial de antigua data, es de hora 10 y 12, y un desgarró resiente en hora 6 en decúbito ventral y de hora 12 decúbito dorsal, lesión de tipo ungiat en introito vaginal este desgarró llega hasta la zona perinieal a un centímetro de la apertura anal, el ano presenta desgarró en hora 6 en decúbito ventral, y en hora 12 en decúbito dorsal, es de 1.5 mm de longitud y su profundidad llega hasta la pared muscular sangrante, el anillo esfiteriano anal se observa en forma mamelonada lo que haría pensar en una habitualidad del coito por esta vía”*.

3) Partida de defunción de fs. 239, ratificada por el Dr. TORRES en el debate.

4) Informe de ADN de fs. 939/952, efectuado por la Lic. MARÍA VIRGINIA DIVIZIA, correspondiente a la Pericia Química SQL 082/17. (31/05/17) El mismo concluye en que: *“En las muestras remitidas “Hisopado vaginal” (Muestra 26, 28 y 30) se obtuvo material biológico correspondiente a un perfil genético mezcla, de al menos dos personas, cuyo componente MAYORITARIO coincide con el perfil genético de “DM, FA” (Muestra 2), mientras que el perfil MINORITARIO coincide con el de “Gómez, Lucas Martín” (muestra 1) con una probabilidad de coincidencia Superior al 99,99%”* .

5) Informe de Necropsia de fs. 331/335 practicada por los Sres. Médicos Forenses Dres. RICARDO TORRES y LUIS LUCERO ARIENTE.

6) Pericia Química N° 082/17 de fs. 394/405 correspondiente a los hisopados en el cuerpo de la víctima.

7) Pericia N° 127/17 de fs. 406/424 de la División Criminalística de la Policía de la Provincia concerniente a relevamiento planimétrico y vistas fotográficas en Ruta Provincial 41 Km 1 Puente Rio Saladillo, Localidad de Saladillo.

8) Pericia N° 130/17 de fs. 425/485 de la División Criminalística de la Policía de la Provincia concerniente a vistas fotográficas con motivo del allanamiento efectuado en la vivienda sita en B° Lucas Rodríguez Mzna. T Casa 13 de esta ciudad.

9) Informe socio ambiental efectuado por la Lic. GLADIS AMIEVA de fs. 382/385vta., del que surge, entre otras conclusiones, que la relación entre el padre-afín y FADM era conflictiva y desafiante por parte de la niña hacia la pareja de la madre, y que “a veces F no se levantaba a comer y pasaba toda la noche con el celular con los compañeros...con una amiga de Mendoza, C...ella quería volverse a Mendoza, y no se había adaptado...” La madre restaba importancia a los reclamos de la niña y los cambios que ésta sufría, desarraigo y desapego de las figuras que indudablemente cumplían una función de sostén en lo socio-afectivo y emocional. La niña fue también testigo

directa de la violencia entre LUCAS GÓMEZ y su madre, las situaciones de violencia física y verbal eran minimizadas por la pareja, lo que no permitía atender otros indicadores que manifestaba, por ej., F. La madre tenía una subordinación emocional y económica respecto de su pareja.

10) Informes psicológicos de 647 y vta. de la Sra. Carina Di Marco, efectuado por la Mgter. GRACIELA RAQUEL RICKARD, en el que concluye que la examinada es una mujer con un elevado nivel de introversión, centrada en sí misma, con escasa resonancia afectiva, marcada disociación, destacándose la proyección, como mecanismo de defensa utilizado. Todo ello la ubica en un estado de empobrecimiento y debilitamiento de sus recursos personales internos, actuando en detrimento de su capacidad para hacer frente a las demandas externas actuales.

11) Pericia psicológica psiquiátrica de la Sra. CARINA DI MARCO, efectuada por el Cuerpo Profesional Forense (actuación N° 8303760 de fecha 28/11/17), de la que se concluye que: *“No presenta trastornos globales o parciales ni déficits que le afecten o interfieran la capacidad de comprender la criminalidad de los actos o de dirigir voluntariamente su conducta”*.

También debo merituar las declaraciones testimoniales rendidas en la audiencia oral, valoradoras por el Tribunal en el marco de aquellas facultades que le son propias, como directa consecuencia de los principios de inmediación y oralidad, sin haber incurrido en vicio o defecto alguno. Las mismas pueden ser reproducidas en esta instancia gracias al sistema Cicero. Debo destacar los siguientes testimonios, a saber:

1) Las profesionales que estuvieron presentes cuando CARINA DI MARCO estuvo internada en la Maternidad Provincial Teresita Baigorria, al dar a luz a su cuarta hija. Coincidieron en que la Sra. DI MARCO una vez nacida su hija, no quería retirarse de la Maternidad, anoticiada sobre el hecho de que su hija F había desaparecido: *“Estaba angustiada, me dijo que su pareja se estaba ocupando del tema...”* Le dijeron que podía retirarse a

acompañar a su pareja a hacer la denuncia, pero ella prefirió quedarse internada. (Testimonio de la Lic. en Trabajo Social Verónica Caivano).

2) La Lic. en Trabajo Social Mónica Inés Pretel, declaró que frente a CARINA DI MARCO se encontró con una persona sin reacción, que se traduce en un desinterés por lo que le estaba pasando. Que le sorprendió que al día siguiente de que los médicos le dijeron a CARINA DI MARCO que se podía retirar a buscar a su hija, ella seguía internada. Recordó que la encontró durmiendo, la despertó y le preguntó si tenía noticias de su hija, y ella le respondió que no. Que le hablaba en tiempo pasado de su hija, le dijo que F no tenía amigas. Le repitió que se podía retirar, que en la Maternidad iban a cuidar de su bebé, pero no quiso porque la niña *“ya iba a aparecer”*. Destacó que le llamó mucho la atención a la Lic. Pretel esa falta de interés y reacción, muy diferente a las reacciones de otras madres internadas.

3) El Dr. Ricardo Torres, al explicar los informes de necropsia de fs. 72/73 y 331/335, declaró que al examinar los órganos genitales del cadáver de la niña, observó en el ano una dilatación con mamelonamiento, que significa habitualidad en el coito por esa vía. También presentaba un desgarro reciente. Explicó que por esa habitualidad, el ano se desflora y se mamelona la mucosa, y las cicatrices por desgarros que presentan en esta zona tienen un antigüedad de más de 8 meses o un año. A nivel vaginal, observó en la niña la vagina semejante a la de una mujer adulta, con escoriación de 2 cm de longitud, himen desflorado con dos desgarros de vieja data y un desgarro más reciente, además de una lesión ungueal.

2) La maestra de la niña en la prov. de Mendoza, en la escuela Florentino Ameghino, Adriana Yolanda Ramírez, declaró que la niña en una oportunidad la abrazó y le contó que el padre la acariciaba; que cuando CARINA DI MARCO fue a la escuela a buscar la libreta y el pase de F porque se venían a vivir a la prov. de San Luis, la docente le comentó en el patio lo que la niña le había dicho, a lo que la madre le respondió: *“Ay esta F, siempre mintiendo...! Cómo no la va a abrazar, si es la reina de la casa!”* sin darle importancia al comentario. Destacó que solo vio tres veces a la mamá, que la

na faltaba mucho al colegio, y que luego de hablar con DI MARCO, ella le transmitió lo ocurrido a la vice directora a cargo de la escuela en ese momento, la Sra. ANA MARÍA DÍAZ. **Le consultó si frente a lo declarado por la nena, debía realizar un Acta o tomar alguna medida, a lo que la Vice Directora le dijo que no, que si la madre le había dicho eso, no hacía falta.** Que luego se enteró por los medios de la desaparición de F. Que había un grupo de whatsapp de docentes y directivos de la escuela Florentino Ameghino, en el que ella grabó un audio destacando lo que le había dicho la nena, y que esperaba que *“no fuera el padrastro...”*.

3) La Vice Directora Ana María Díaz, a cargo de la Vice Dirección por licencia de la titular, declaró que no tuvo conocimiento de ninguna situación particular respecto de la nena, y que la docente Ramírez le consultó sobre un acta.

4) La docente Miriam Pérez del Río depuso en el debate y dijo que F era una nena vergonzosa, muy afectiva, y que conoció a la madre, que concurría algunas veces. Reconoció que existió una reunión de docentes y directivos en la que se trató el tema de F, y que hubo un altercado verbal entre la maestra de F, Alejandra Ramírez, y la celadora, Alicia Fabiana Rizzo, en la que ésta última le recriminó que si sabía lo que pasaba con la niña, no hizo nada.

5) Sonia Poblete Baigorria, quien era la Directora Titular de la escuela a la que concurría F, manifestó que tuvo varias licencias ese año, que al momento de los hechos no estaba. Que recién se entera del caso cuando los medios periodísticos hablaron de la desaparición de F. Rememoró el audio del grupo de whatsapp de la docente Adriana Ramírez, en el que ésta sospechaba del padrastro. También recuerda que la docente le comentó lo que le había transmitido la niña, y que su padrastro la miraba cuando ella se bañaba.

De los dichos de la celadora Alicia Fabiana Rizzo, surge que efectivamente existió un **pacto de silencio** entre docentes y directivos de la escuela N° 1-162 Florentino Ameghino de la localidad de Palmira (prov. de

Mendoza) a la que concurría FADM, sobre los hechos que la nena le contó a su maestra, de lo que todos sabían, y que no se tomó ninguna medida ni se puso en marcha ningún protocolo.

En efecto, la preceptora declaró en la audiencia que todos los docentes sabían, que hubo una reunión en la que ella estuvo presente, con docentes, y la Directora y Vice, antes de la llegada de la comisión investigativa del Juzgado de Instrucción N° 1 de San Luis a la escuela, en la que la Directora Sonia Poblete Baigorria les aconsejó que no dijeran nada de lo que había pasado con FADM. Ella le contestó diciendo que si iba a hablar, que no iba a mentir.

Las madres de los compañeros de grado de F, vecinas de la familia, fueron contestes en señalar que la nena iba a sus casas a hacer las tareas escolares, que era una nena tímida, que la llevaba el padrastro a su casa y la retiraba él (testigo Lara Daniela Pessi). La testigo Emilce Jáuregui, cocinera del colegio y madre de un compañerito de F, relató que su hijo le dijo que la nena estaba muy triste y que lloraba mucho, y también confirmó la realización de la reunión entre docentes y directivos el día en que llegó la comisión del Juzgado de Instrucción N° 1 de San Luis a la escuela, reunión a la que ella no asistió, pero estaba anoticiada.

La testigo Grecia Romero, amiga y vecina de CARINA DE MARCO, y madre de la mejor amiga de F, Carla, relató que las nenas compartían muchos momentos juntas, que F siempre fue cariñosa con ella, pero después se puso muy distante y fría. Que se encerraban en la pieza de su hija a conversar, que su hija nunca le contó nada sobre F. También rememoró un episodio que le contó CARINA DI MARCO, de que una noche ella se despertó sobresaltada porque F gritaba y que a su lado estaba su pareja LUCAS GÓMEZ, diciéndole que la nena estaba bien, y él tenía un rasguño en la cara. También contó que CARINA sospechaba que LUCAS de que les ponía somníferos a ella y a los chicos en la comida.

Cuando la familia Di Marco se mudó a San Luis, ellas seguían conversando por el chat de Messenger, y en una oportunidad Carina le

contó que Lucas estaba muy agresivo, que le arrojaba cosas, y que quería volverse con los chicos a Mendoza, porque además F no se adaptaba.

Señala Bacigalupo que todo delito de omisión (propio o, como en el caso, impropio), en la tipicidad objetiva requiere tres elementos comunes: la situación generadora del deber de actuar, la omisión de la realización y la capacidad de hecho para realizarla. Pero en teoría, a estos elementos se agrega, específicamente en los delitos impropios de omisión, una estrecha vinculación del agente con el bien jurídicamente protegido, lo que: a) *“Limita considerablemente el número potencial de autores clasificándose en consecuencia como delitos especiales”*; y b) *“Coloca al agente en posición de garante”*. (Bacigalupo, Enrique, *“Lineamientos de la teoría del delito”*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, págs. 123/124, citado en *“La omisión impropia en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires”*, por Jorge Arile Bettini Sansoni, en REVISTA DE DERECHO PENAL, 2016-I, Responsabilidad Penal por omisión, Director Edgardo Alberto Donna. Rubinzal Culzoni, 1º ed. Revisada, Santa Fe, 2016, p. 294).

Sabido es también que muchas pueden ser las fuentes por las cuales se constituye a una persona en posición de garante: la ley, el contrato, la asunción, la creación de peligro, la estrecha vinculación y/o las especiales relaciones. Pero más allá de los supuestos, las dos premisas fundamentales para dicho rol, son: a) El cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos, y b) El cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que pueden amenazarlo.

La responsabilidad de la Sra. DI MARCO se fundamenta en las probanzas rendidas en la audiencia de las que surge acreditado que ella conocía el abuso sexual al que era sometida su hija por parte de su pareja, o progenitor afín. Se le ha atribuido que ella permitió o facilitó la ocurrencia de los hechos, asumiendo una actitud omisiva, sin perjuicio del deber de garantía que debería haber ejercido respecto de su hija.

Ese conocimiento surge acreditado de los testimonios reseñados supra, por ej., al comunicarle la docente los hechos que la niña le

había contado, y la situación en que se encontraba F, hechos que su madre desmintió ante la docente, calificando a su hija como *mentirosa*. La madre de F era ama de casa, no trabajaba fuera del hogar, ya que se dedicaba al cuidado de los niños y a las tareas domésticas, mientras que su pareja era el proveedor económico de la familia. No podía entonces desconocer, ya que siempre estaba en la casa, los abusos que perpetraba su pareja respecto de su hija F, frente a los cuales adoptó una actitud pasiva y al mismo tiempo, de colaboración, omitiendo los deberes de cuidado y protección a su cargo.

Se ha sostenido que: *“Conforme la evolución doctrinaria y jurisprudencial respecto de la responsabilidad de quienes aparecen como cómplices en este tipo de delitos, la participación criminal puede asumir dos formas: por comisión o por omisión, siempre que exista un deber jurídico de actuar. En el primer caso, es decir, en la participación punible por comisión, se requiere por parte del sujeto la realización de actos positivos destinados a prestar colaboración a la conducta del autor; en el segundo, la conducta punible se trataría de la inacción o pasividad de quien tiene la obligación jurídica de actuar para poner fin a una situación ilícita existente o para evitarla. Lo cierto es que aun en los casos en que la responsabilidad viene dada por la obligación jurídica de actuar (posición de garante), resulta ineludible que la persona conozca la situación ilícita generadora, justamente, del deber de intervenir para ponerle fin, o para evitarla. Sin ese conocimiento no es posible hablar de una participación punible por omisión.”* (CNCCorr., sala V, 01/12/2014, “E., S.M.” c. N° 48.794/13, en www.cij.gov.ar., acceso 06/12/19.

También se ha dicho que: *“La interpretación de la prueba no debe limitarse a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa sino que deben ser integrados y armonizados debidamente en su conjunto, ya que, de lo contrario, se desvirtúa la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios. En razón de ello, los jueces de mérito son libres en la valoración y selección de las pruebas en las que fundan su convicción y en la determinación de los hechos que con éstas se demuestran, pudiendo admitir toda la que*

estimen útil para el esclarecimiento de la verdad, apartándose de las que consideren intrascendentes o inconducentes. Por lo tanto, resulta inadmisibile intentar criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio.” (H., S. J. s. Homicidio calificado por el vínculo - Recurso de casación-Superior Tribunal de Justicia, Chaco; 26-02-2014; Rubinzal Online; RC J 7917/14, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 06/12/19).

Al respecto, cabe agregar: *"Por esto es improcedente el recurso de casación cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal de juicio y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia, o se discute la simple eficiencia probatoria de los elementos de convicción utilizados por la Cámara, o se intenta una consideración crítica relativa a la falta de correspondencia entre los elementos probatorios utilizados por la sentencia y la conclusión que ellos motivan, o un disentimiento con la valoración de la prueba efectuada en el mérito"* (DE LA RUA, Fernando. La Casación Penal. Ed. Depalma, 1994: Págs. 150/151).

Debo ahora señalar que la participación necesaria de CARINA VALERIA DI MARCO ha encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo que a tales efectos fue relevado por el Tribunal sentenciante, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno que importe una vulneración a las reglas de la sana crítica racional, conforme lo establecido en los artículos 290, 294 y cc. del Código Procesal Penal, ni su presencia por cierto es demostrada a través de la argumentación vertida en el recurso que es objeto de análisis.

Respecto del agravio referido a la pena impuesta, la impugnación tampoco resulta a mi criterio, procedente. La Cámara del Crimen ha considerado como atenuante, la falta de antecedentes de CARINA DI MARCO, y como agravantes: *“que defraudó su rol de madre, en el caso del vínculo madre-hija, en desmedro del halo natural que debe existir. Ella era la persona más importante para F, y defraudó ese rol”*. Asimismo, consideró las

circunstancias de tiempo, modo y lugar, la antigüedad de los abusos sexuales sufridos por F (según surge del informe de necropsia), y la entidad y gravedad del daño producido, que determinaron el resultado fatal. La defensa critica el monto de pena impuesto, al que considera injusto y desproporcionado.

Al respecto, debo decir que la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial. Así lo ha sostenido este Alto Cuerpo en los autos: “INCIDENTE DE RECURSO DE CASACIÓN RODRÍGUEZ LUCAS ARIEL (IMP) - ENCUBRIMIENTO AGRAVADO (ART. 277 INC. 3 A) y ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA EN PERJUICIO DE PINTO SOFÍA GUADALUPE (DAM) y MENDEZ MARTINA IARA - RECURSO DE CASACIÓN” Expte. Nº INC 176646/2, por Sentencia STJSL-SJ-S.D. Nº 077/18, de fecha 23/04/18).

En consecuencia, estimo ajustada a derecho la imposición de la pena atribuida, puesto que la misma ha sido fijada respetando los límites impuestos por la escala. Adviértase además que las expresiones utilizadas por el Tribunal de grado para sustentar la cuantificación de la condena al imputado, satisfacen el requisito de motivación que exige la decisión atacada, fundando los motivos que se tuvieron en cuenta para graduar la pena, evaluándose correctamente las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. Por lo expuesto, considero que no corresponde hacer lugar a los planteos efectuados por la defensa.

Ello sin dejar de recordar que, tal como lo ha sostenido reiterada jurisprudencia, “*Corresponde a los jueces de grado evaluar y valorar las pautas mensurativas de la pena contempladas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, ya que son quienes se encuentran en mejores condiciones de determinar los alcances del injusto imputado, pues no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, que permitirá*

arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal...Su revisión extraordinaria deviene excepcional, pues si bien el monto de la pena debe estar motivado en el fallo -vinculado jurídicamente y limitado por la culpabilidad-, su revocación sólo deviene procedente frente a una arbitrariedad manifiesta.” (Lezcano, Fernando Nicolás s. Hurto en concurso real con homicidio - Recurso de queja /// Tribunal Superior de Justicia, Santa Cruz; 26-07-2006; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Santa Cruz; RC J 1517/15, <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 23/03/18).

“La facultad discrecional de fijar la pena es motivo de casación, en casos de arbitrariedad y dentro de ese margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. Asimismo, configura una variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa irracional de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el tribunal de juicio para la determinación del monto de la pena. En tales supuestos, el a quo utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación....Corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, pues dicho monto no luce irracional en orden a la naturaleza de los hechos, teniendo presente que se encuentra muy próximo al mínimo. Así, la pena impuesta no es arbitraria sino razonable y ajustada a la prueba reunida en el proceso.” (V. J. P. s. Desobediencia a la autoridad, etc. s. Recurso de casación /// Tribunal Superior de Justicia, Córdoba; 07-10-2014; Rubinzal Online; RC J 8798/14. <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 23/03/18).

En definitiva, los cuestionamientos de la defensa no logran conmover los fundamentos de la sentencia, cuyo marco convictivo surge de las pruebas rendidas en la causa.

El razonamiento del fallo aparece reflejado de manera clara, tanto respecto al hecho mismo como a su desarrollo, valoración de la prueba, autoría y encuadre legal.

En consecuencia, debo destacar que en el texto del fallo no aparecen los vicios de falta de fundamentación sobre los hechos ocurridos, por el contrario, se han consignado suficientes las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a esta SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la defensa de CARINA VALERIA DI MARCO, con costas. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo: Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres.

Ministros la Sentencia que va a continuación:

San Luis, veinte de diciembre de dos mil diecinueve.-

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de CARINA VALERIA DI MARCO.

II) Costas a la recurrente vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-