



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

SALA PENAL - TRIBUNAL SUPERIOR

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 69

Año: 2021 Tomo: 3 Folio: 634-670

EXPEDIENTE: 2735491 -  - MALICHO, NOEMI SUSANA - MOYANO, LUIS ALBERTO - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NUMERO: SESENTA Y NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los diez días del mes de marzo de dos mil veintiuno, se constituyó la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a fin de dictar sentencia en los autos **“MALICHO, Noemí Susana y otro p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-”** (SAC 2735491), con motivo de los recursos de casación interpuestos por la asesora letrada de 29º turno, doctora Alfonsina Muñiz, a favor de la imputada Noemí Susana Malicho y el asesor letrado de 18º turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, a favor de Luis Alberto Moyano, en contra de la Sentencia número cuarenta y seis, de fecha veinticinco de agosto de dos mil diecisiete, dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de esta ciudad.

La señora Presidente informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1º) ¿Ha sido vulnerado el principio de congruencia entre acusación y sentencia?
- 2º) ¿Se ha violado el derecho de defensa del imputado Moyano?
- 3º) ¿Resulta indebidamente fundada la justificación fáctica del hecho por el que se condenó a Malicho?
- 4º) ¿Es infundada la justificación fáctica del hecho por el que se condenó a Moyano?

5º) ¿Es procedente la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia planteada por el imputado Moyano?

6º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Por Sentencia n° 46, del 25 de agosto de 2017, la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad, resolvió –en lo que aquí interesa–: “...II) *Declarar a Noemí Susana Malicho, ya filiada, coautora responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 80 inc. 1º segundo supuesto del C. Penal) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de prisión perpetua, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 12, 29 inc.3º, 40 y 41 del C. Penal; 550 y 551 del CPP)...*” (f. 892 vta.).

II. Contra el decisorio aludido, la asesora letrada de 29º turno, doctora Alfonsina Muñiz presentó un recurso de casación a favor de la imputada Noemí Susana Malicho. Entre otros aspectos, con invocación del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2º), cuestionó que no se hayan respetado las formas procesales que protegen el derecho de defensa, en referencia al principio de congruencia entre acusación y sentencia (ff. 913/916 vta.).

Entiende que la plataforma fáctica objeto del juicio, y que luego de desarrollado el debate derivó en la condena de su defendida, fue modificada por el *a quo* “en ciertos extremos sustanciales”.

En ese sentido reproduce cuál era el hecho por el cual el auto interlocutorio del juez de control elevó la causa a juicio, y resalta que la sentencia en crisis estimó acreditada con certeza la conducta atribuida a Malicho descripta en términos diferentes. Así,

recalca que la sentencia de condena varió arbitrariamente la plataforma fáctica, atribuyéndole a su defendida, además de un comportamiento omisivo, un comportamiento activo. Indica que ello se verifica en agregados realizados por el tribunal tales como “ambos ejercieron sobre el menor J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos”.

Considera que estas variaciones en el hecho no son menores, toda vez que la imputada llegó al debate acusada esencialmente de la comisión por omisión del homicidio calificado de su hijo. Sin embargo, llamativamente –dice–, y sin que Malicho se haya podido defender de esos agregados, al responder a la segunda cuestión, los jueces técnicos señalaron que *“Conforme al factum de la imputación y al resultado obtenido al responder la primera cuestión, debemos ahora encuadrar jurídicamente la conducta desplegada por cada uno de los traídos a juicio. Este Tribunal -por mayoría integrada por seis de los jurados populares y los dos jueces técnicos- arribó a la conclusión de que **quien con su actuar ocasionó el hecho que derivó en la muerte del menor J.S.M. fue MOYANO; mientras MALICHO omitió maliciosamente actuar en protección de su hijo, permitiendo deliberadamente el accionar de su pareja**”* (las negritas pertenecen al escrito de la defensora).

Refiere, asimismo, que el tribunal rechazó la acusación por lesiones graves calificadas que proponía la fiscalía “por no haber sido objeto de acusación ni de investigación en la etapa penal preparatoria, con lo cual se afectaría el principio de congruencia”, pero, sin embargo, ponderó las fracturas de las que da cuenta la autopsia valorándolas “como indicio de los malos tratos padecidos por la víctima durante la convivencia de su madre con Moyano”.

Señala que a los fines de resguardar correctamente el derecho de defensa de la persona perseguida penalmente, y en virtud del denominado principio de congruencia

entendido como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, la ley de rito prevé dos institutos, por un lado de la “ampliación de la acusación” -en caso de que del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal (art. 388 del CPP)- y, por otro lado, el “hecho diverso” (art. 389 del CPP). Cita jurisprudencia de esta Sala a ese respecto.

Razona que la norma que impone la correlación entre acusación y sentencia (artículo 410 CPP), constituye una de tantas reglas que tutelan el principio procesal de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, por cuanto de nada valdría afirmar que no hay juicio sin acusación y que esta debe ser correctamente intimada, si no se suma la exigencia que el juez únicamente pueda condenar al acusado como culpable del hecho sobre el que versó la actividad defensiva.

Cita jurisprudencia de la CSJN relativa a que se viola el principio de congruencia cuando “se produce una mutación esencial del hecho intimado, esto es, cuando la base fáctica contenida en el documento acusatorio al fijarse el hecho que el tribunal estima acreditado ha sido trasladada con alteraciones fundamentales en la sentencia”.

Insiste en que Malicho no tuvo oportunidad de defenderse de la atribución de un comportamiento activo, ya que tanto durante la IPP como en el debate, el hecho intimado y la estrategia defensiva consistió en alegar siempre frente a la conducta omisiva que se le achacó. Señala que no es lo mismo el ejercicio de la defensa material con respecto a un comportamiento omisivo consistente en evitar pudiendo hacerlo –que es lo que hizo Malicho al declarar como imputada en las sucesivas instancias- y otra cosa muy distinta es defenderse de una acusación que le sindicaba una conducta activa: “ambos ejercieron sobre el menor J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos...”.

Cita doctrina sobre este punto y que considera favorable a su pretensión. Asimismo

refiere que la estrategia de la sentenciante de atribuir participación activa a Malicho tiene consecuencias a los fines de que no puedan invocarse a su favor circunstancias extraordinarias de atenuación. En efecto ello es así, argumenta, cuando de la prueba surgió de manera evidente que también ella era víctima de violencia en diversas modalidades por parte de Moyano.

II. El núcleo del reclamo de la impugnante finca en reprochar que no se ha brindado a la imputada la oportunidad de defenderse respecto de “ciertos extremos sustanciales” que habrían surgido en el debate y que condujeron al tribunal a tener por acreditado un hecho distinto del fijado en la requisitoria fiscal de citación de la causa a juicio.

1. La institución del *hecho diverso tiene razón de ser en el debido resguardo del derecho de defensa*, tomado este en uno de sus corolarios fundamentales: la posibilidad de contradecir la atribución de la totalidad de los hechos delictivos y de sus circunstancias con valor penal que, en su conjunto, constituyen el objeto del juicio (TSJ, Sala Penal, “Ateca”, S. n° 125, del 26/10/1999; “Canepa”, S. n° 40, 11/5/2001; “Sanchez”, S. n° 179, del 8/8/2007).

Para hacer efectiva la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio reconocida constitucionalmente (CN, arts. 18, 75 inc. 22; “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, arts. XVIII y XXVI; Declaración Universal de los Derechos Humanos”, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9 inc. 3°; Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 8; Const. Pcial. art. 39 y CPP art. 1°), se hace necesario que *entre la acusación intimada (originaria o ampliada) y la sentencia medie una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada (ne est iudex ultra petita partium)* (Vélez Mariconde, Alfredo “Derecho Procesal Penal”, T. II, p. 233, 3ª

edición, primera reimpresión, actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Ed. Lerner, Córdoba 1982; cfr. Clariá Olmedo, Jorge Andrés, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. I, p. 507, Ediar, Bs. As. 1960).

La norma que impone la correlación entre acusación y sentencia (artículo 410 CPP), constituye una de tantas reglas que tutelan el principio procesal de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, por cuanto de nada valdría afirmar que no hay juicio sin acusación y que esta debe ser correctamente intimada, si no se suma la exigencia que el juez únicamente pueda condenar al acusado como culpable del hecho sobre el que versó la actividad defensiva (TSJ, Sala Penal, “Bosio”, S. n° 18, 4/4/2000; “Díaz”, S. n° 40, 15/5/2003).

2. Conforme los parámetros jurisprudenciales precedentemente señalados, se analizarán a continuación las cuestiones fundamentales que –a criterio de la defensora– se han alterado en la plataforma fáctica, entre el hecho contenido en la requisitoria fiscal de citación a juicio y el tenido por acreditado en el debate. Según la requisitoria de elevación a juicio *“en reiteradas oportunidades el imputado Luis Alberto Moyano ejerció sobre el menor J.S.M. malos tratos físicos”*, mientras que la madre del niño Susana Noemí Malicho posibilitó *“con su accionar que los castigos y malos tratos se consumaran y prolongaran en el tiempo”*. En este contexto *“con fecha 31/1/2016 siendo las 13.00 hs. aproximadamente, el menor J.S.M. ingresó inconsciente y en estado grave (presentando traumatismo de cráneo) al Hospital Infantil de esta ciudad de Córdoba, falleciendo posteriormente en dicho nosocomio a causa de las lesiones que presentaba, constatándose el óbito con fecha 1/2/2016 a las 9.20 hs, siendo la causa eficiente de su muerte el traumatismo encéfalo craneano que presentaba”* (ff. 859/860).

En la descripción del hecho que estimó acreditado, -en lo que aquí interesa-, consignó que *“ambos ejercieron sobre el menor J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos*

tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos, habiendo el imputado Moyano provocado con su accionar el traumatismo que derivó en la muerte del niño; mientras que la encartada Malicho consentía -además- el proceder de Moyano por razones disciplinarias, omitiendo de tal modo ejercer las obligaciones de protección y cuidado derivadas de la responsabilidad parental, posibilitando con su omisión que los actos supuestamente ‘correctivos’ se consumaran y prolongaran en el tiempo”. En ese contexto insertó aquello que la acusación describió y que se ha transcripto (f. 888 y vta.).

3. Confrontando ambas plataformas fácticas, se advierte que, efectivamente, existió la variación que marca la impugnante: en la segunda aparece aquello de que “ambos ejercieron sobre el menor J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos...”.

Dicha inclusión es inadmisibile, porque no existió una modificación de la acusación por la fiscalía, ya que es este el titular de la acción penal a quien el sistema legal le confiere estas atribuciones.

En efecto, según la acusación, mientras Moyano maltrataba al menor, Malicho lo “consintió tácitamente (...) omitiendo ejercer las obligaciones de protección y cuidado que le son propias derivadas de la patria potestad, posibilitando con su accionar que los castigos y malos tratos se consumaran y prolongaran en el tiempo”. Las conductas activas insertadas oficiosamente por el tribunal, esto es que previo al episodio que culminó con la muerte del niño “ambos ejercieron sobre J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos”, son inatendibles porque sorpresivamente y sin que respondiera a una modificación solicitada por el Ministerio Público, implican lisa y llanamente vulnerar la defensa en juicio (arg. arts. 18, 75 inc. 22° CN, 39 Const. Pcial, 1° CPP, XVIII y XXVI DADD, 10 DUDH, 14 PIDCP, 8 CADH).

Esta mutación en el contexto previo no se trasladó a la atribución del rol desempeñado por la imputada en el hecho que estimó acreditado en el episodio de la muerte del niño, porque este permaneció idéntico al de la acusación. En este sentido, en la *segunda cuestión* se consignó que el tribunal por la mayoría integrada por seis de los jurados populares y los dos jueces técnicos, “arribó a la conclusión de que quien con su actuar ocasionó el hecho que derivó en la muerte del menor J.S.M. fue Moyano; mientras Malicho omitió maliciosamente actuar en protección de su hijo, permitiendo deliberadamente el accionar de su pareja”. Como consecuencia de este rol, subsumió su obrar en la coautoría en el homicidio calificado por el vínculo por comisión por omisión.

No obstante, la inclusión del comportamiento activo colocado en el contexto previo debe ser extirpada, toda vez que nulifica parcialmente el fallo por los fundamentos que se han proporcionado.

Como no hay nulidad sin algún compromiso para las garantías constitucionales involucradas (defensa en juicio y debido proceso), se considera necesario realizar las siguientes justificaciones.

Si bien ese agregado no incidió en la subsunción del obrar de la imputada en la comisión por omisión, implicó una atribución indebida en el hecho que debe ser considerado tanto para revisar la fundamentación probatoria del fallo, como su adecuada subsunción. Ésta no se agota en la imputación omisiva.

Precisamente, el esquema vertebral de la defensa ha girado en torno a eximentes de responsabilidad o atenuaciones del obrar omisivo achacado por la acusación y basadas en el contexto previo en el que a Malicho no se le atribuyeron malos tratos activos al niño. Sobre ese esquema ha estructurado el recurso de casación de la condena. De tal modo, no puede decirse que sea irrelevante la modificación del obrar precedente solo porque no modificó la subsunción en la comisión por omisión en el episodio final del

continuum del maltrato del niño.

Tampoco puede afirmarse que ese agregado indebido haya sido neutral en la fundamentación del fallo.

En efecto, en algunos tramos de la sentencia se deslizan argumentaciones en el sentido del agregado incluido en la descripción del hecho acreditado.

Por ejemplo: a) acerca de la existencia de episodios anteriores de violencia en contra de la víctima no descarta que Malicho “incluso que haya contribuido a causarlos, dada su personalidad impulsiva”; b) “[solo] los traídos a juicio pudieron ser los causantes de las lesiones progresivas que sufrió J.S.M. y solo ellos saben la secuencia en que la violencia ejercida finalizó con el óbito del niño, pues si bien se culpan mutuamente, ninguno brindó una explicación verosímil del evento traumático que precipitó en la muerte”; c) “En cuanto al episodio que culminó con la muerte de J.S., ambos se acusan mutuamente de actitudes violentas, siendo probable -dada la personalidad de cada uno de ellos- que efectivamente se hayan relacionado de esa manera, expandiéndose la violencia hacía los hijos de la mujer”.

Las mencionadas argumentaciones fueron incongruentes con la acusación que no comprendía estas conductas causantes activamente del maltrato y en relación a las cuales no existió posibilidad de defensa alguna, por lo cual resultan nulas.

4. Conforme a los fundamentos proporcionados, corresponde entonces declarar la nulidad parcial de la sentencia, solo en cuanto incluyó en la descripción del hecho acreditado en el contexto previo al episodio en el que falleció el niño víctima, la atribución a la imputada de malos tratos activos que nunca le fueron imputados y respecto de los cuales no se pudo defender, lo cual vulnera tanto ese derecho como el debido proceso (arg. arts. 18, 75 inc. 22° CN, 39 Const. Pcial, 1° CPP, XVIII y XXVI DADD, 10 DUDH, 14 PIDCP, 8 CADH).

La misma tacha se extiende a los argumentos que incursionan en alusiones a ese rol

activo por los mismos fundamentos.

Dicha nulidad no hace necesario un reenvío (art. 480 CPP), toda vez que esta Sala puede modificar la sentencia dictada, retornando a la descripción del hecho efectuado por la acusación fiscal que fue mantenida durante el debate y cuyo contenido el tribunal tuvo por probado, aunque la amplió indebidamente, exceso que se remedia de este modo.

Las argumentaciones alcanzadas por ese defecto nulificante no serán consideradas a los fines del recurso interpuesto.

En definitiva, por todo lo señalado, voto por la afirmativa a esta cuestión.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto. Por ello adhiero a su voto expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Cáceres de Bollati dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal preopinante, por lo que adhiero a ella en todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. En la citada Sentencia n° 46, del 25 de agosto de 2017, la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad, resolvió –en lo que aquí interesa–: “...I) *Declarar a Luis Alberto Moyano, ya filiado, coautor responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 48 y 80 inc. 1º, segundo supuesto del C. Penal) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de prisión perpetua, con adicionales de ley, costas y declaración de reincidencia (arts. 5, 12, 29 inc.3º, 40, 41 y 50 del C. Penal; 550 y 551 del CPP)...*” (f. 892 vta.).

II. Contra esa decisión, el asesor letrado de 18º turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, presentó un recurso de casación a favor del imputado Luis Alberto Moyano. Entre

otros aspectos, con invocación del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2º), cuestionó la validez de la sentencia por cuanto el tribunal omitió citar a los testigos solicitados por el imputado (ff. 961/962vta.).

Refiere que ha quedado registrada en las actas de debate una flagrante vulneración al derecho material de defensa. Ello porque, señala, su defendido ofreció datos de una serie de personas que tenían conocimiento sobre la existencia de Malicho, la estadía de esta en la vivienda de Moyano y en la condición en que lo hacía y no se logró su comparendo. Asimismo, dice que estas personas podrían haber declarado sobre el trato que recibía por parte de Moyano. Dice incluso que algunas de ellas tenían conocimiento de lo sucedido aquel día. Refiere que todos ellos tenían, al menos por los dichos del imputado, algo por aportar al esclarecimiento de la verdad.

Manifiesta que el imputado Moyano narró cómo fue toda la relación con Malicho, desde sus orígenes, y que la primera persona que fue testigo de ello fue la locutora de radio Mónica Gutiérrez, quien sabía cómo se produjo el encuentro entre ambos. Su declaración, expone, le hubiera arrojado más credibilidad sobre las manifestaciones de Moyano, al corroborarse desde sus orígenes cada palabra que este expresó. También indica que Orlando Avendaño frecuentaba la casa de Moyano y por ende podía atestiguar sobre el trato que recibían Malicho y los niños en dicha vivienda. Relata que el señor Mansilla era dueño de un mono ambiente y que –a través de Moyano, que era conocido suyo– había entrado en tratativas con Malicho a propósito de esa propiedad. Señala que con ello hubiera podido saberse desde cuándo estuvo buscando dicho inmueble, por qué lo quería y que la presencia de ella en casa de Moyano era momentánea. También el hijo de Mansilla, Ariel, hubiera podido corroborar los dichos de su padre y también podría haber aportado alguna otra consideración relevante, pues tuvo contacto con Moyano y Malicho. Refiere que también Darío Ponce sabía de la presencia de Malicho en la morada y podría haber contribuido a responder preguntas

referidas a desde cuándo Malicho se encontraba en la casa de Moyano, en qué calidad, y si presencié o sabe de malos tratos de Moyano hacia ella o sus hijos.

Finalmente, en relación a la petición del testigo “Daniel”, dice que su comparecencia al juicio fue solicitada al tribunal por ese defensor, pero esa petición –como las otras– fue rechazada o en definitiva no se produjo porque no se agotaron todos los mecanismos a su alcance para lograr la presentación. El interés por este testigo sería, dice, especial, ya que por su oficio de remisero es al que primero recurrió para que transportara a Malicho y a sus hijos el mismo día del hecho hacia algún Hospital. Considera que su relato era imprescindible pues podría haber atestiguado acerca de lo dicho por Moyano, sobre cómo lo observó a este –si tranquilo o nervioso–. Además refiere que por su condición de vecino podría haberse enterado de alguna circunstancia relevante del mismo día o días posteriores al hecho. Se queja porque respecto de este testigo el tribunal hizo lugar a su comparecencia pero no agotó todos los recursos con los que cuenta para lograr su presencia en la Sala de Audiencias donde se desarrollaba el debate –vg.: por la fuerza pública–.

Por último, invoca los arts. 18 de la CN y 40 de la Const. Prov. en tanto aseguran al sometido a proceso, dice, poder realizar lo que estime necesario y útil para demostrar su inocencia. Entiende que el tribunal impidió a Moyano el más amplio ejercicio de su derecho a defenderse y que eso lleva a la nulidad absoluta de la sentencia.

III.1. En primer lugar debe decirse que, en efecto, Moyano en la audiencia invocó a las personas mencionadas por el recurrente y dio razones sobre por qué sería importante que se les reciba declaración.

Adelanto, sin embargo, que no se hará lugar a este planteo de la defensa. Cabe tener presente, asimismo, que fue el propio tribunal que, por un lado, rechazó algunas de esas testimoniales aduciendo que eran impertinentes y, por otro, si bien adoptó medidas tendientes a evacuar las restantes citas efectuadas por Moyano, no logró dar

con las personas buscadas.

2. El marco normativo de esa decisión del *a quo* está dado por el artículo 400 del CPP, que autoriza al tribunal de juicio a ordenar “*a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva...*”.

Ya en el precedente “Guayan” (S. n° 19, 23/3/1999), esta Sala tuvo la oportunidad de expedirse acerca de este instituto. Allí se expuso que la facultad de ofrecer prueba encuentra *dos momentos durante la sustanciación del juicio*: el que se otorga en los actos preliminares del mismo (art. 363 CPP) y durante el curso del debate (art. 400 de la ley ritual).

Se dijo allí que la primera importa una facultad amplia, toda vez que el tribunal de juicio podrá rechazar solo la prueba *evidentemente impertinente y superabundante* (art. 364 CPP), potestad que, como tal, precluye en esta etapa. En tanto que la segunda (prueba nueva) es restringida, pues se encuentra condicionada a su *indispensabilidad o manifiesta utilidad* para esclarecer la verdad (art. 400 CPP). La condición de esta última se vincula con la novedad y la relevancia, es decir, con la idoneidad conviccional (calidad epistémica), pues solo así resultará indispensable o manifiestamente útil recepcionarla...” (“Guayan”).

Respecto al requisito de la *novedad* impuesto a la facultad de proponer pruebas no ofrecidas con anterioridad, una vez iniciado el debate, se afirmó que “nuevas pruebas” son, para el debate, no solo las recién conocidas, sino también las que constan en el sumario y no fueron ofrecidas antes de su apertura, interpretación que encuentra sustento en doctrina nacional y extranjera que se pronuncia unánimemente en ese sentido (TSJ, Sala Penal, “Auad”, S. n° 14, del 30/6/1978; “Guayan”, cit.; MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, ed. E.J.E.A., Bs. As., 1953, T. IV,

pág. 409; CLARIA OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VI, pág. 266/267; NUÑEZ, Ricardo C., “Introducción de nuevas pruebas en el curso del debate”, Revista de Derecho Procesal, Año VIII, N° 3-4, 1950, , pág. 181/185; AYAN, Manuel N., “Reapertura del debate”, Cuaderno N° 1 del Departamento de Derecho Procesal, 1996, pág. 47/48; CAFFERATA NORES, José I., “Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”, ed. Lerner, 1992, pág. 80/81; Cuaderno n° 1 del Departamento de Derecho Procesal, “La responsabilidad del Ministerio Público Fiscal en la prueba de la acusación”, 1996, pág. 55/56; MONTERO, Jorge - BERBERO, Guaranía y PIPPI, Sonia, “Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Córdoba”, “Vigencia del principio acusatorio en la actividad probatoria durante el juicio común”, ed. Lerner, Córdoba, 1993, pág. 31).

3. De este modo, lo que queda es someter la presente crítica de la sentencia a trasluz de estos criterios. En otras palabras, debe analizarse si las pruebas nuevas que se reclamaron reúnen los requisitos apuntados y, de ser así, evaluar si de ello deriva la nulidad de la sentencia.

a. En primer lugar, el tribunal rechazó el pedido de que se cite a declarar a Mónica Gutiérrez, Orlando Avendaño, el policía Mansilla y el hijo de este último, Ariel, por considerar que todos esos testimonios no eran relevantes para la averiguación de la verdad de la hipótesis fáctica sometida a juicio.

Si bien el tribunal se limitó a afirmar que dichos testimonios no eran pertinentes, es posible identificar las razones sobre las que se basa ese juicio. Estas, a su vez, deben ser entendidas dentro del marco normativo indicado más arriba.

Conforme el precedente y doctrina citadas, entonces, cuando la potestad de proponer pruebas es ejercida en el curso del debate (art. 400 CPP), se encuentra limitada y circunscripta a su indispensabilidad y pertinencia para esclarecer la verdad. Y resulta unánime la interpretación acerca de la extensión dada al significado de la novedad,

puesto que el concepto capta no solo la prueba que resulta desconocida hasta el momento del debate, sino la que habiendo sido producida con anterioridad no se receptó en el mismo, a condición de que sean requeridas por el Ministerio Público o las partes y reúnan los caracteres ya expresados *supra*: indispensabilidad y pertinencia (“Guayan”, cit.). Vistas así las cosas, dentro de este marco normativo, cabe indicar que:

* El relato de la locutora de radio Mónica Gutiérrez, de quien la defensa de Moyano esperaba que dijera la verdad sobre “cómo se produjo el encuentro entre Moyano y Malicho, con lo cual hubiera arrojado más credibilidad sobre las manifestaciones de [Moyano], al corroborarse desde sus orígenes, cada palabra que este expresó”, no parece ciertamente ni idóneo en términos epistémicos, ni relevante en términos jurídicos.

Sobre la afirmación del recurrente de que la idoneidad de ese testimonio reside en que arroja credibilidad a todo cuanto ha dicho Moyano, la misma resulta una clara exageración. A lo sumo, en el supuesto en que dicha locutora recuerde todos los contactos telefónicos ocurridos en su programa de radio –circunstancia ya, de por sí, extraña– podría declarar sobre qué ocurrió con el contacto entre Malicho y Moyano. Pero ello no es un hecho controvertido pues toda la prueba relevante sobre cómo se conocieron sostiene la única hipótesis al respecto que es que se conocieron en dicho programa a finales de septiembre de 2015. Y en cuanto a que sus dichos podrían corroborar cómo se identificaba Moyano, ello es un dato enteramente incidental en el hecho investigado en la presente causa por lo que está lejano de la “indispensabilidad” y pertinencia a la que está condicionada la recepción de pruebas nuevas en esta etapa.

* Otro testimonio que fue rechazado por el tribunal fue el de Orlando Avendaño. La relevancia de este testigo, según la defensa, radicaba en que, dado que frecuentaba la casa, podría haber aclarado cómo era el trato entre Malicho y Moyano. En este caso, al

igual que en el de Gutiérrez analizado antes, no se verifica el carácter indispensable que requiere el art. 400 CPP. Frecuentar una casa no habilita a una persona a conocer –en el grado de idoneidad (epistémica) requerida por dicha norma– la intimidad de las relaciones de quienes la habitan.

* Por último, también fueron rechazados por el *a quo* los testimonios los Mansilla (padre e hijo). Estos podrían declarar sobre que Moyano buscaba otro domicilio para Malicho, según dijo la defensa. En este caso resulta todavía más patente la falta de relevancia pues aunque fuera cierto que Moyano buscaba lugar para que Malicho estuviera con sus hijos, esa circunstancia no refuta en ningún aspecto el hecho sostenido por la acusación.

* Tampoco resulta nula la sentencia de condena de Moyano por no haberse recibido los testimonios de Ponce, ni del tal “Daniel”. En el caso de ellos, el tribunal sí había considerado a dichos testigos como pertinentes y ordenó su comparendo, aunque ello fue infructuoso pues no se logró localizarlos. Ello incluso a pesar de haber comisionado a la Oficial Subinspectora Anahí Romina Cordero a fin de ubicar a “Daniel”. Ella prestó declaración en el debate ofreciendo detalles sobre las averiguaciones que realizó a efectos de localizarlo y, sin embargo, no logró hacerlo. Sin perjuicio de esto, y de que el tribunal haya considerado a ambos testimonios pertinentes, debe indicarse que ninguno de ellos luce indispensable ni idóneo en los términos del art. 400 CPP conforme al alcance que se ha dado a esos términos y que se ha detallado más arriba.

El tal “Daniel” sería un remisero del barrio a quien acudió Moyano para que lleve al hospital a Malicho y a su hijo el día del hecho. Según los dichos del propio Moyano finalmente no fue ese el remis que tomó Malicho sino el que ella había gestionado. Del testigo “Daniel” se esperaba, en palabras del defensor, que declarara sobre cómo lo observó al imputado en ese momento –si lo vio tranquilo o nervioso– y, además, dada

su condición de vecino, “podría haberse enterado de alguna circunstancia relevante del mismo día o días posteriores al hecho”. Como es fácil observar, esos datos que se pretendían extraer de este testigo tampoco son de una utilidad manifiesta ni imprescindibles para conocer la verdad del presente hecho, por lo que ese testimonio tampoco parecía cumplir con los requisitos establecidos en el art. 400 CPP para recibir prueba nueva una vez iniciado el juicio.

Lo mismo cabe decir de Ponce, quien tampoco compareció al juicio, pero de quien la defensa de Moyano esperaba que dijera desde cuándo Malicho vivía en la casa con Moyano. Otra información que no ha sido controvertida en lo relevante como para mantener la imputación de ambos acusados.

Así, voto.

El señor Vocal doctor Sebastián López Peña dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollatidijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. En contra de la resolución citada en el punto I de la primera cuestión, la asesora letrada de 29° turno, doctora Alfonsina Muñiz, planteó con invocación del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2° CPP) que la sentencia de condena adolece de una serie de vicios en la fundamentación de los hechos que determinan su nulidad.

Refiere que el tribunal realizó una enumeración del contenido sustancial de la prueba incorporada durante el debate y, posteriormente, solo consignó brevemente los

indicios por los que tuvo por acreditada la participación punible de Noemí Susana Malicho.

Dice que un análisis de la prueba que omite las reglas de la sana crítica racional es lo que ha llevado a considerar a Noemí Malicho coautora de la muerte de su hijo. Refiere que no se ha probado suficientemente que Malicho haya intervenido mediante conductas activas previas (malos tratos) y menos aún omisivas, que derivaron en el resultado mencionado.

Considera los fundamentos del fallo no han podido desvirtuar la posición defensiva de Malicho en cuanto a que la misma no solo no realizó conductas activas, sino que, sin lugar a dudas, no pudo evitar el resultado mortal que se le atribuye. Afirma que el único autor del suceso fue quien era su pareja, Moyano. Invoca las pericias psicológicas de Moyano, que no solo indican que él ha podido desplegar esa conducta sino también que manipuló y sometió a Noemí Malicho.

Reitera aquello que se trató en la primera cuestión sobre que la fiscalía solicitó condenar a su defendida no solo por la conducta omisiva a la que se adjudica el fallecimiento de su hijo, sino también por otras lesiones de carácter grave que fueron constatadas. En tal sentido, vuelve a mencionar que el tribunal adujo que no podían achacársele estos resultados a Malicho por no haber sido objeto de acusación durante el debate, pero, sin embargo, los consideró como indicios del hecho por el que sí se la condenó.

Respecto de dichas lesiones, señala que son del tipo que no pueden observarse a simple vista, con lo cual su asistida pudo haber desconocido la existencia de estas fracturas, hasta que fue informada de ello luego de la autopsia. Pide también, a este respecto, que se tengan en cuenta los rasgos de personalidad de Malicho.

También argumenta sobre la supuesta falta de la veracidad en las manifestaciones de la imputada sobre que las fracturas se podrían haber producido por los barrotes de la

cuna. Dice que esos dichos no pueden analizarse en forma aislada. Propone que sean vistos a la luz de las conclusiones de los peritos que dan cuenta de los rasgos de personalidad de Malicho como alguien influenciable e infantil, y de Moyano como quien reviste capacidad de manipularla para que brinde un relato que lo exculpara, llegando incluso a amenazarla sutilmente mediante cartas que le remitió luego de que ambos fueran privados de su libertad. Dice que la posición exculpatoria de Malicho pudo haber estado influida por Moyano, cuando lo escuchó ensayar una explicación de lo ocurrido ante el comisionado Font.

Además menciona a la macroencefalia y el retraso psicomotriz que padecía el niño porque entiende que ello pudo haber influido para que Malicho no advirtiera el cuadro, “o lo asociara con alguna circunstancia particular de su hijo”.

Expone que deben valorarse las pericias y las manifestaciones de los testigos porque en ningún caso puede concluirse que Malicho haya zamarreado y sacudido al niño. Recuerda que la propia imputada Malicho declaró que quien zamarreaba y sacudía a J.S.M. era Moyano. En tal sentido recuerda que esta dijo que era como un juego pero que a ella no le gustaba, “por lo que no estaba de acuerdo con la acción realizada por su pareja”.

Relata que toda la historia de vida del niño demuestra cabalmente que fue cuidado en forma debida por su progenitora y que ella estuvo siempre preocupada por su salud, al igual que la de su otro hijo mayor. Cita en apoyo de dicha afirmación las constancias de la causa de las que surge que el 29/1/2016 llevó a J.S.M. al Hospital Pediátrico con un cuadro de vómitos, sin ninguna anormalidad, y que recibió el alta el mismo día. Además, agrega que las propias historias clínicas dan cuenta de que no era la primera vez que el niño presentaba este diagnóstico, ya que desde siempre su madre lo llevó a los controles y a ser atendido médicamente cada vez que lo necesitó (lo que surge, dice, de la Historia Clínica del niño en el Hospital Pediátrico, donde se encuentran

asentados los controles periódicos de J.S.M. desde su nacimiento). Refiere que a estos controles fue siempre llevado por su progenitora, y cita el informe obrante a ff. 44 y ss. Concluye de ello que Malicho era una madre que cuidaba a sus hijos, y que nada demuestra que haya sido impulsiva. Agrega que en ningún momento desatendió su rol de protección, y que no se ha tomado en cuenta la situación de extrema vulnerabilidad (se había ausentado del hogar familiar y era víctima de violencia de género).

Denuncia que el tribunal viola el principio de no contradicción en la sentencia al describir la conducta de la imputada como en una parte como imprudente y en otra como de dolo eventual. En tal sentido relata que el tribunal calificó el accionar de Malicho como doloso (dolo eventual) y luego, tras cartón, tipificó su conducta como imprudente al indicar que existía de su parte “*falta de cuidado y atención (...) a su hijo J.S. (...) esa negligencia...*”.

Expone que las pruebas no permiten sostener, como lo hace el tribunal, que Malicho haya sido desaprensiva o descuidada. La cronología de los hechos, indica, de ninguna manera puede llevar a afirmar que la imputada se demoró, no asistió o fue descuidada con su hijo, mucho menos pudo haber “consentido” su fallecimiento. Si así fuera, razona, le hubiera sido mucho más sencillo no llevar al niño a ningún nosocomio, evitando que sea atendido médicamente.

En ese sentido también llama la atención sobre que los forenses aclararon, en relación a la causa de la muerte del menor, que el golpe que recibió tuvo que haber sido realizado sobre una superficie blanda –como un colchón o almohada- ya que de haber sido en contra de un elemento duro, habría dejado como secuela alguna excoriación o lesiones externas. Por lo tanto, argumenta, no resulta absolutamente incompatible con el relato de la imputada sobre que en los momentos previos al hecho vio cómo Moyano se llevó a J.S.M. hasta un lugar apartado, alejado de su vista, más precisamente al pasillo, y escuchó un ruido como de un golpe. Seguidamente,

continúa, Moyano le llevó el niño. Es decir que, concluye la recurrente, Malicho no vio ni dónde ni cómo se produjo la maniobra de Moyano sobre el niño. Además manifiesta que el golpe y el zamarreo pueden no ser acciones incompatibles.

Seguidamente refiere que está acreditado de manera suficiente que la imputada se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desamparo. Señala que Malicho estaba aislada de su familia por Moyano, quien le impedía tener contacto con sus miembros. A ello se suma, dice, que luego de haberse ido del hogar materno, su familia se mudó de casa y no conocía el nuevo domicilio y por eso no tenía a donde ir, más que permanecer en aquel lugar junto a sus hijos. Subraya aquellos testimonios que, además, dan cuenta de que en su vida Malicho pese a iniciar relaciones afectivas siempre permanecía conectada con el grupo familiar, salvo en esta ocasión, que se distanció ella y los niños con sus tíos y abuela. Refiere que ello también coincide cronológicamente con que en el mes de octubre 2015, dejó de llevar a sus hijos a control médico, al Centro de Salud de Barrio General Bustos. Este alejamiento de su familia, dice, también trajo evidentes problemas económicos para la imputada.

Continúa su impugnación alegando que la imputada sufría el control y dominación de Moyano, quien ejercía sobre ella violencia de género. Entiende que esta afirmación se apoya en datos tales como que no tenía teléfono y para cualquier comunicación debía utilizar el de Moyano. Asimismo relata que la familia de la imputada refiere que este no le transmitía todos los mensajes ni las llamadas a Malicho, o incluso que él respondía mensajes haciéndose pasar por ella.

Ello respalda, dice la recurrente, aquello declarado por la propia imputada sobre que Moyano “lo controlaba todo, todo pasaba por él... él no quería que la dicente tuviese teléfono, o que se comunicara con amistades, familia, o por Facebook... le refería que si ella salía los vecinos le iban a contar...”. También menciona aquello sobre que este le hizo dejar el curso de monitor deportivo que estaba haciendo y que la sumisión y

obediencia de Malicho para con su pareja respondía a la personalidad fácil de influenciar y a la manipulación que él ejercía.

La recurrente encuentra otras pruebas de esta relación de dominio de Moyano sobre Malicho en la correspondencia que mantuvieron cuando estaban detenidos, donde este le decía lo que debía declarar (que no eran pareja, que no tenía ninguna relación con él, que la dicente debía decir que ella al levantarlo de la cama para hacerlo caminar, se desvaneció para atrás y se le fueron los ojos).

Agrega que la madre de la imputada declaró sobre cómo el hijo de esta le contó que Moyano le pegaba a la imputada, que ella lloraba, que a su al bebé J.S.M. (la víctima), no le daba de comer y lo vivía zamarreando porque molestaba con su llanto; que le había sacado los celulares y que no la dejaba salir de la casa sin él. Destaca que Manchego también declaró que Moyano la amenazó.

La recurrente subraya, asimismo, que en la relación de pareja de los imputados existía una situación de descrédito y menosprecio por parte de Moyano hacia Malicho. En ese sentido refiere que durante la instrucción la trató con desprecio, negando la existencia de un vínculo de pareja entre ellos. Eso también quedó reflejado en las cartas que le mandaba a su asistida, en las cuales le obligaba a decir que no eran pareja.

Señala que también ha resultado acreditado que su defendida era una víctima de hostigamiento y violencia en sus distintas modalidades por el hecho de ser mujer (violencia de género) por parte de Moyano. En tal sentido entiende que el componente misógino que caracteriza a la violencia contra la mujer surge de las propias manifestaciones del imputado, como cuando al momento de brindar sus datos personales y preguntársele por sus alias, dijo: "...las femeninas me llaman 'Maestro'...".

Indica que su defendida también fue víctima de violencia física en reiteradas oportunidades, y que su hijo M.T. fue testigo de alguno de estos episodios. Dice que

tanto su madre ha atestiguado esto cuanto la progenitora de una compañera de escuela de M. También se supo, agrega, que existió un episodio de violencia la noche anterior antes a que ambos fueran detenidos. Esto consta, relata, en el informe médico practicado sobre la persona de Noemí Malicho, confeccionado con fecha 14 de marzo de 2016, en donde constan las lesiones que ella presentaba en ese momento, concretamente “edema difuso en región retroauricular derecho, naturaleza reciente, elemento productor contundente”.

Asimismo hace referencia a que su defendida sufría violencia psicológica de parte de Moyano, que todas las veces que le decía que se fuera de la casa, echándola en reiteradas oportunidades porque siempre estaba apurado para que Malicho dejara el hogar en el que convivían. Ello encuentra basamento en la circunstancia de que no solo su pareja nunca le dio las llaves del hogar sino que además, como quedó demostrado, quería controlarla en forma permanente, al punto de que no le había entregado las llaves de la vivienda. Menciona otro dato del que se extrae el tipo de vínculo asimétrico y de dominación cuando trae nuevamente a colación el intercambio de correspondencia que mantuvieron durante la detención. Allí pueden observarse comunicaciones de Moyano a Malicho en las que quedan demostrados sus rasgos psicópatas, pues hacía hincapié en sus debilidades profesándole falsamente su amor. Dice, en efecto, que mientras le juraba amor “de modo poético, rústico y grosero, hurgaba en las debilidades de Noemí al decirle que se case con él y buscando tener hijos con ella, lo cual era justamente el ingrediente clave de sus necesidades, que él conocía, y de lo que se valió para decirle qué debía hacer y no hacer (estando detenida)”. Incluso, continúa, le advertía de las consecuencias de si desobedecía, así puede leerse: “...los chabones están embroyando con las minas donde tú estás y si eso te pasa te puede costar la vida, te quedó?...”; “...no embrolles con nadie porque el Servicio Penitenciario todo lo ve por las cámaras y tiene todos los teléfonos

intervenidos, es por tu bien amor ...”; “...vida por favor cuando vos declares no vayas a decir que tuvimos relaciones... la única relación es que yo te prestaba... Por fa! Hací lo que te digo es por el bien de los dos...rompe el sobre de la carta y no te dejes que los del servicio penitenciario te secuestren las cartas...”.

Enuncia luego las “innumerables mentiras que Moyano ha sembrado en el derrotero de la causa”, no solo tendientes a desvincularse del fallecimiento del hijo de Malicho, sino que también dirigidas a controlar y manipularla. Así, alude a las mentiras sobre su propia identidad, toda vez que faltó a la verdad al presentarse ante Malicho con un nombre falso, le dijo que se llamaba Marcos Rotemberg; o cuando el Comisionado Matías Font lo entrevistó y aclaró que en el programa de radio había dado el nombre de Marcos Rotemberg; o también cuando al momento de su detención, Moyano brindó un DNI distinto al suyo. Menciona que también mentía respecto de sus actividades laborales, profesionales y oficios: tallerista (chapa y pintura), músico, expolicía de investigación que sabía hacer interrogatorios, vidente, parapsicólogo, a lo que durante el debate se le sumó ciclista. Asimismo falseaba sus dichos acerca de la cantidad de hijos que decía tener, o la edad estos. Asimismo expresa que estas mentiras, según la pericia psicológica, no tienen un sentido patológico sino que lo hace en forma consciente, para agradar al otro.

Pide que las consideraciones realizadas por la licenciada Calvo se circunscriban a la solicitud de prisión domiciliaria pues ella no intervino en las pericias, por lo tanto, sus manifestaciones solo pueden valorarse con relación a la modalidad bajo la cual se cumplimentaba la prisión preventiva, no así con relación a otros aspectos que no pueden incluirse a los fines del dictado de una sentencia con relación al hecho por el que fue juzgada Malicho.

Señala que el resto de los informes periciales dan cuenta de que su defendida padecía un trastorno dependiente de la personalidad, y que eso hizo que le creyera todo a

Moyano, no cuestionaba su pensamiento y lo hacía propio; era una persona carente de reflexión que se fue anulando como sujeto.

Pide que todo ello sea desde una perspectiva de género, ya que Malicho estaba a disposición de él, vivía sometida y con miedo; tenía miedo a perderlo en ese afán de apegarse al otro. A esto agrega que él tenía una personalidad fuerte y ella era infantil. Dice que Moyano se entrometía en sus pensamientos y la obligaba a contarle intimidades, le hacía escenas de celos y le impidió que tuviera relaciones sociales. Dice que Moyano es manipulador y desvalorizaba a Malicho.

Por otra parte argumenta la recurrente que Malicho no pudo haber evitado el hecho, ya que se dio una combinación de personalidades que la llevó a ella a un estado de indefensión y dependencia, ya que no tenía pensamiento crítico ni capacidad de reflexión y no se podía despegar de Moyano, debido a su anulación como persona y la relación patológica que habían formado.

Continúa criticando la sentencia señalando que el tribunal realizó afirmaciones carentes de fundamento respecto de los dichos de la licenciada Cuenca. En tal sentido pone de resalto que esta nunca dijo que “los dichos de la perito de parte... están direccionados a desvirtuar que la conducta de Malicho pueda ser reprochable penalmente, ya que según ella la misma carecía de conciencia”. Dice la impugnante que Cuenca en ningún momento refirió que Malicho tuviera la conciencia anulada; aclara que lo que Cuenca dijo fue que, analizado bajo la perspectiva de género, Moyano anulaba a Malicho como persona, tuvo afectada su capacidad crítica, y no que la conciencia de esta última se encontraba anulada. Manifiesta que también la pericia interdisciplinaria de Malicho da cuenta de su personalidad del tipo dependiente.

Por otro lado trae a colación las pericias psicológicas practicadas con Moyano. Refiere que de allí se extraen sus mentiras, como cuando negó haber estado manteniendo “una relación emocional” con Malicho, puesto que durante el debate reconoció tener

relaciones sexuales con ella.

Cierra este punto de su recurso reflexionando que del cotejo de las pericias practicadas en la persona de los imputados se observa que Malicho no estaba en condiciones de haber advertido, querido o evitado la muerte de su hijo, no pudo advertir el peligro. Considera que ella fue más consciente cuando fue tomando distancia, a medida que se fue despegando de él hasta que recién se percató del riesgo cuando se lo hicieron notar; claramente no pudo evitar el desenlace fatal. Agrega que no tiene una característica de personalidad perversa o psicópata por lo que de ninguna manera pudo querer o prever el resultado mortal, y mucho menos lo pudo impedir.

Expone que las pruebas obrantes en la causa tienen incidencia en la prueba del dolo de homicidio, y que en el caso de Malicho brilla por su ausencia, pues ninguno de los elementos tenidos en cuenta por el tribunal permita fundamentar la existencia de dolo homicida en el accionar de la imputada, sino más bien todo lo contrario. Relata que el tribunal concibió, en relación al dolo, la presencia de dolo eventual. Sin embargo, este aspecto subjetivo resulta incompatible, dice, con la colaboración de la imputada para esclarecer el hecho, aun cuando eso implicaba colocarse en el lugar del suceso, o con la acción inmediata de auxilio que brindó a su hijo.

Seguidamente se enfoca en los argumentos empleados por el tribunal orientados a achacar a la imputada también responsabilidad por un comportamiento activo. Refiere que estos argumentos tuvieron como propósito impedir que pueda esgrimirse la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación. Evalúa por separado los tres indicios que el tribunal valoró en contra de la imputada: a) su personalidad; b) la oportunidad y; c) la presencia.

En cuanto a la personalidad, objeta que no se hayan expresado cuáles son sus razones para apartarse del informe en disidencia de los peritos de control, la licenciada Gabriela Cuenca y la doctora Franca Beraldi. Refiere que ellas negaron expresamente

que haya indicadores de impulsividad desbordada. Reitera aquello de que la intervención de la licenciada Calvo debe circunscribirse al incidente de la prisión domiciliaria solicitada por Malicho. Recalca que en ninguna de las instancias anteriores (pericia interdisciplinaria y psicológica), los profesionales intervinientes, incluso los oficiales, relevaron una personalidad impulsiva por parte de la imputada. Expone que, por lo tanto, lo declarado por Calvo en el debate y su informe se encuentran sin sustento; solo coincide con el resto de los peritos, agrega, que Malicho es ingenua e inmadura, fácilmente influenciable por el coimputado Moyano.

En lo que se refiere al indicio de oportunidad, dice que aquello que el tribunal pretende probar a través de ese indicio no es un hecho controvertido. Expone, en efecto, que la imputada declaró en todo momento que al tiempo de producirse el hecho vivía en pareja con Moyano. Aclara que lo que negó su defendida es que haya sido responsable del fallecimiento de su hijo, por cuanto fue Moyano quien efectivamente ejerció comportamientos activos consistentes zamarreos, sacudones, y el golpe que derivó en el traumatismo craneano que resultó causa eficiente de la muerte de J.S.M.

Finalmente, sobre el indicio de presencia esgrimido por el *a quo*, la recurrente señala que este solo representa una prueba de cargo respecto de Moyano. Asimismo, respecto de este, agrega otra evidencia en su contra cuando el tribunal valoró el testimonio del comisionado Font, quien manifestó que de acuerdo a los datos que pudo recabar de los vecinos una de las mujeres que supo convivir con Moyano lo denunció por malos tratos. A ello se agrega que en autos existen constancias de dos denuncias por violencia familiar en su contra. Ello confirma, dice la recurrente, que Malicho fue una víctima más del accionar misógino de Moyano, con sendos antecedentes de violencia ejercida en contra de las mujeres, incluyendo además una condena por abuso sexual. Sobre la victimización de Malicho por parte del imputado, menciona las declaraciones de las docentes Esquef y Mele. Señala que dichas manifestaciones deben leerse desde

una perspectiva de género y en conjunto con el resto del material probatorio de la causa, lo que demuestra cabalmente la situación de manipulación y victimización de la que era objeto la imputada. Refiere que ella empezó a entablar comunicación con las encargadas de la educación de su hijo M.T.M.Z., una situación que no era frecuente en ella. Equef señaló que M.T.M.Z. comenzó a faltar en reiteradas oportunidades al centro educativo, exhibiendo marcas de golpes, aproximadamente en los meses de agosto o septiembre, después de que el niño relatara que convivían con Moyano. Más cerca en el tiempo, añade, se hizo presente su progenitora en el establecimiento educativo y en ese momento conversó tanto con ella como con la otra docente Mele. Agrega que allí Malicho les reveló que se llevaba muy bien con Moyano, además les indicó que este era vidente, parapsicólogo, músico, cocinaba en el hogar; además era muy pulcro, y contó además que le molestaba mucho el olor de los pies de M.T.Z.M.; finalmente les señaló a las maestras que Moyano era quien le ponía orden a M.T.Z.M., le marcaba los límites.

Por su parte, refiere que los dichos de la docente Mele también prueban el estado de sumisión que la imputada tenía. En tal sentido la recurrente destaca aquello declarado por Mele sobre que Malicho les decía que su nueva pareja era músico, tallerista, y en otro momento le mencionó que era policía; también le refirió que era vidente y que sabía todo lo que ella hacía por eso tenía que andar con cuidado porque se enteraba de todo; y que él la retaba porque no sabía cocinar y no sabía hacer las cosas de la casa. Concluye su crítica a la fundamentación fáctica de la sentencia señalando que no resulta posible admitir que Malicho haya ejercido violencia en contra de su hijo mediante sacudones y zamarreos junto a Moyano; tampoco resulta una derivación razonada de las constancias de la causa, sostener que haya podido consentir la muerte de su hijo. Manifiesta que Malicho no es ni fue una persona violenta con ellos, sino más bien todo lo contrario, los cuidaba y asistía. Dice que ello está respaldado por la

doctora Ascar, pediatra de cabecera de sus hijos, quien dijo conocer a la imputada desde que atendía a su hijo mayor M.T.Z.M., que era una mamá responsable y que cumplía en llevar a los niños a los turnos fijados, que nunca advirtió que J.S.M. o M.T.Z.M. estuvieran lesionados o descuidados; cumplía con el programa de vacunación y concurría con normalidad a los turnos.

Al último dice que los dichos de M.T.Z.M. en cámara Gesell fueron mal valorados por el tribunal por cuanto no cumplió con la obligación de valorar el testimonio de los niños, niñas y adolescentes del mismo modo que lo harían con un adulto. Cita jurisprudencia de la Sala a ese respecto. Indica que no existen elementos para dudar de la palabra del niño M.T.M.Z. en cuanto a la naturaleza accidental de las lesiones que presentó, acuerdo al resto del material probatorio incorporado a la causa, y el mismo no señaló haber sido víctima (ni él ni su hermano) de maltrato por parte de su madre, “por lo que no se le puede hacer decir cosas que no dijo”.

Finaliza diciendo que la posición exculpatoria no ha podido ser desvirtuada y se incurrió en el error de no mirar la cuestión bajo el cristal de la perspectiva de género en el sentido de que el tribunal solamente ha analizado que no se verifican en Malicho los requisitos del art. 34 inc. 1° del CP, es decir que no haya podido comprender sus actos ni dirigir sus acciones, algo que ni siquiera fue alegado. Agrega que desde ninguna prueba de la causa, ni de su análisis integral, puede concluirse que la imputada quiso o previó el trágico fallecimiento de su pequeño hijo. Cierra esta parte del recurso invocando la presunción de inocencia.

En un punto distinto de su recurso, y de forma subsidiaria a los anteriores, cuestiona que se haya aplicado erróneamente la ley sustantiva en lo que concierne a la calificación legal. Particularmente entiende que la conducta de Malicho debió subsumirse en la figura de homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación. Más allá de los argumentos jurídicos que consisten en una descripción de

esta figura atenuada del homicidio calificado, introduce aquí otras críticas formales a la sentencia. En concreto, denuncia la omisión de valorar prueba relevante, sobre todo aquella que conducía a considerar el caso desde una perspectiva de género (ff. 937 vta./938).

Refiere que si bien el tiempo en que estuvieron juntos fue escaso, debe considerarse el ensamble de personalidades del que dieron cuenta las pericias practicadas, tanto en la persona de su defendida como en la de Moyano. Señala que todo ello debe verse desde la perspectiva de género. Insiste con que su situación de vulnerabilidad y humillación quedó debidamente probada en autos. Invoca la jurisprudencia de esta Sala sobre la credibilidad de la víctima de violencia familiar.

Alega que la duda debe jugar a favor de la imputada en este caso y que no es posible descartar razonablemente la concurrencia de estas circunstancias atenuantes. Finalmente enumera todas las pruebas que, si el tribunal las hubiera considerado, dice, habría concluido positivamente acerca del contexto de violencia de género en el que se encontraba Malicho (ff. 939 vta./944).

II. El tribunal, una vez que tuvo por probado que el deceso del menor obedeció al maltrato infantil que padecía y, concretamente, haber sido víctima de lo que se conoce como síndrome del niño sacudido (f. 877), fundó la responsabilidad penal de Malicho en estos argumentos:

- a) “la víctima era un niño sumamente vulnerable e indefenso que quedó a merced de una madre descuidada e impulsiva que desatendió su rol de protección, y de su conviviente --un hombre autoritario e intolerante que asumió el papel dominante porque ella se lo permitió--”;
- b) “esa negligencia [de Malicho] se vislumbra en sus explicaciones inverosímiles e inconsistentes que la hicieron incurrir en contradicciones cada vez que prestó declaración”;

c) las fracturas en la pierna y en un brazo de las que da cuenta la autopsia, y que datan de más de un mes de antigüedad al tiempo de la realización de esa prueba, y que el cayo hipertrófico generado da cuenta de que no fueron tratadas “se erige en un indicio sumamente relevante en orden a la responsabilidad penal de Noemí Malicho, pues no cabe duda que hacía caso omiso y silenciaba los malos tratos que recibía su pequeño hijo, no pudiendo descartarse incluso que haya contribuido a causarlos, dada su personalidad impulsiva”;

d) “[solo] los traídos a juicio pudieron ser los causantes de las lesiones progresivas que sufrió J.S.M. y solo ellos saben la secuencia en que la violencia ejercida finalizó con el óbito del niño, pues si bien se culpan mutuamente, ninguno brindó una explicación verosímil del evento traumático que precipitó en la muerte”;

e) “continuaron juntos en esa vivienda hasta ser detenidos en el mes de marzo de 2016 (...) y luego –ya privados ambos de su libertad– intercambiaron cartas ‘de amor’, en las que incluso se vislumbra la intención de tener visitas privadas entre ellos”;

f) “las docentes del Colegio Alejo Carmen Guzmán al que concurría el hijo mayor de Malicho (...) relatan episodios que revelan la existencia de violencia y que ella procuraba justificar a Moyano, al tiempo que afirman que Noemí también tenía un carácter impulsivo (tal como surge de las pericias y de la declaración de su propia madre)”.

Las docentes también narraron que “luego de haberse enterado que M. tenía un padrastro, apareció la mamá en la escuela a buscar el boletín, contándoles (...) muchas cosas, lo que les llamó la atención porque Noemí nunca hablaba con ellas. Les dijo que se llevaba muy bien con este hombre, que era vidente, parapsicólogo, músico, que cocinaba, que era muy pulcro y ponía orden, que era el que marcaba los límites. En un momento les contó que el bebé lloraba mucho de noche por lo que él le pegaba, lo que fue cuestionado por la testigo que le dijo ‘cómo dejaba que le pegase, si ni siquiera era

el padre', pero ella no respondió”;

-”Estas manifestaciones revelan el contexto de violencia en que estaban insertos los hijos de la imputada, quien había asumido la disciplina que imponía su nueva pareja como algo positivo, tanto que cambió la actitud retraída que antes tenía, mostrándose comunicativa con las maestras y relatándoles –sin asomo de culpa– que su concubino le pegaba al bebé cuando se portaba mal. Estos datos resultan totalmente verosímiles, pues las manifestaciones de Noemí -en ese momento- eran espontáneas y carentes de reproches respecto al carácter fuerte y controlador de Moyano que dejó vislumbrar en la entrevista con las docentes. Así pues, estos dichos confirman el relato de la acusación en cuanto a que Moyano fue el autor directo de la violencia ejercida sobre el menor víctima y que la imputada, lejos de reprochársela, lo consentía”;

g) de la pericia psicológica de M.T.M.Z. surgen “indicadores de haber atravesado vivencias traumáticas de tipo agresivo a lo largo de todo su desarrollo”, de lo que “se infiere claramente que el entorno familiar del niño era violento, remontándose esa conflictiva a tiempos anteriores a que Moyano apareciera en la vida de Malicho, lo cual constituye un indicio más en contra de esta, pues permite conjeturar que no supo brindar a sus hijos la contención y protección necesaria para su desarrollo adecuado”;

h) los testimonios de los hermanos y de la madre “describen un perfil de Malicho compatible con la actitud que penalmente se le reprocha y permiten afirmar que incurre en constantes contradicciones [además] los relatos de la madre y hermanos de Malicho aparecen desprovistos de emotividad y permiten arribar a la conclusión de que Noemí se había distanciado de ellos, no porque Moyano se lo impidiera, sino como consecuencia de los conflictos existentes, habiendo mantenido contacto con su padre quien incluso fue a la casa que compartía con el imputado”;

i) “en orden a la personalidad de la imputada Malicho (...) la Pericia Psicológica efectuada por la Lic. Rocío Calvo Pesini, realizada en julio del presente año con

motivo de la solicitud de prisión domiciliaria, en presencia de la Perito de Control Lic. Cuenca (...), surge que tiene un discurso exculpatorio proyectivo, ya que tiende a desvincularse de responsabilidad y culpar a terceros. Da cuenta de una modalidad altamente impulsiva para establecer y disolver vínculos, observando un escaso compromiso con las personas con las que se vincula. Indica que tiene un pensamiento adecuado a la realidad, que no le sirve en la práctica. Distingue en su personalidad componentes de tipo narcisista y egocéntricos, priorizando sus propios deseos y necesidades frente a los de otros. Dice que es ingenua e inmadura, siendo fácilmente influenciable. También sostiene que es muy impulsiva, por lo que no evalúa las situaciones en las que se involucra”. Por su parte trae a colación que en el debate la psicóloga indicó que Malicho “tiene un trastorno limitado de la personalidad”.

j) Al valorar las conclusiones de la perita de parte de la imputada Malicho, señaló que “los mismos están direccionados a desvirtuar que la conducta de Malicho pueda ser reprochable penalmente, ya que según ella la misma carecía de conciencia ya que había sido completamente anulada por Moyano. Sin embargo, esta hipótesis no encuentra respaldo en los profusos indicios analizados, menos aún en las conclusiones de los psicólogos y psiquiatras que determinaron que podía comprender la significación de sus actos y dirigir sus acciones, con lo cual se debe descartar totalmente que sea de aplicación alguna causal de inimputabilidad del art. 34 del Código Penal. No se menosprecia la posibilidad de que Moyano haya ejercido una fuerte influencia en Malicho, pues ha quedado claro que tiene una personalidad manipuladora y es poseedor de cualidades que ella idealizaba, pero tal influencia no tuvo la enorme significación que le atribuye la perito de control de anularla hasta el punto de eliminar su conciencia “.

k) En el tratamiento de la calificación legal, los jueces técnicos sostuvieron que “no hay ningún indicio que permita sospechar que se encontrara sometida física o

moralmente por Moyano, al punto tal de no poder abandonarlo lo que en modo alguno la coloca en una situación exculpatoria, pues era capaz de comprender el peligro”.

III. El tratamiento del recurso impone elucidar el contenido central que trae la defensa de la imputada para obtener la absolución o una atenuación de la condena, las particularidades que acarrea la doble posición de acusada y víctima de violencia de género que se alega y los estándares aplicables para analizar tal situación, el examen del fallo en relación a la violencia de género invocada, y, en caso que así correspondiese, el análisis de esa situación respecto a la falta de tipicidad en el obrar de la imputada o la disminución de la culpabilidad pretendida.

1. El núcleo central del recurso.

La pretensión de la defensa se ha basado centralmente en que la imputada era víctima de violencia de género y que el tribunal realizó una valoración de las pruebas sin perspectiva de género.

El presente caso es un claro ejemplo de violencia familiar, donde se acusa a ambos miembros de una pareja haber matado a uno de sus hijos. Una parte considerable de los esfuerzos defensivos de la defensora de Noemí Malicho reside en mostrar a la imputada como víctima de violencia de género ejercida por la pareja, el coimputado Moyano, y al homicidio del hijo dentro del aludido contexto.

Según la impugnante, los yerros en la valoración de las pruebas sin perspectiva de género condujeron a la condena de la acusada que buscar revertir, principalmente por falta de tipo debido a la ausencia de dolo o, subsidiariamente, por una disminución de la culpabilidad (circunstancias extraordinarias de atenuación).

2. La situación de la imputada del delito que a su vez padece violencia de género.

Cuando la mujer acusada alega en su defensa material (o técnica) haber sido víctima de violencia de género por su pareja que también fue quien realizó el maltrato en contra de su hijo a quien dio muerte, y se argumenta en su favor que ella actuó

respecto de este homicidio sin dolo o sin capacidad suficiente de evitar semejante daño, no debe ser tratada en el proceso penal en su contra exclusivamente como acusada.

La posición de víctima en la que se coloca y la alegación de haber actuado en forma atípica o con culpabilidad disminuida, sea cual sea la subsunción de este conflicto no queda eliminada por la imputación en el proceso penal que se sigue en su contra. Por lo menos hasta que en una sentencia se descarte su condición de víctima, reúne la doble condición.

La violencia de género ha sido definida de manera multifacética (el art. 5 de la Ley n° 26.485 menciona los siguientes tipos de violencia contra la mujer: física, psicológica, sexual, económica y simbólica). Si bien sería incorrecto afirmar que, de manera categorial, siempre opera como una eximente de responsabilidad para quien la padece, tampoco puede soslayarse su consideración. Este tipo de hechos de victimización de la mujer puede ser así entendido por una diversidad de aristas y requiere que, en todo caso, el juzgador analice si alguna de ellas resulta relevante en la atribución de responsabilidad penal de que se trata.

En tal situación, se tiene que tratar la cuestión de la existencia de la violencia de género conforme a los estándares convencionales que requieren la actuación con debida diligencia, la amplitud probatoria, la valoración de la prueba con perspectiva de género y, en forma común con cualquier acusado/a, el principio *in dubio*. Una breve referencia a ellos se hará a continuación, y serán considerados al revisar la fundamentación probatoria de la sentencia.

2.1. El deber de actuar con debida diligencia.

En un proceso en el que la mujer acusada alegue haber sido víctima de violencia de su pareja también acusada por la muerte de su hijo como defensa central para eximir o atenuar su responsabilidad, como sucedió en el caso, existe una obligación estatal

conforme al art. 7, b), de la Convención de Belém do Pará de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer».

Se trata de una obligación de “iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer” (Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, Cuadernillos de jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 4: Género, p. 65, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf>). La falta de investigación ya denota una discriminación en contra de una categoría sospechosa de discriminación, como lo son las mujeres víctimas de violencia de género.

Al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de género alegada (con excepción de las meras alegaciones *ad hoc* –véase sobre este tipo de estrategias defensivas lo señalado en López”, S. n° 119, 3/4/2019, “Gosteli”, S. n° 147, 15/4/2019, “Garbarro”, S. n° 5, 14/2/2020–), pero en todo caso el tribunal debe examinar las pruebas y si esa investigación del fiscal fuese inexistente, deberá considerar el principio *in dubio*.

2.2. Principio de la amplitud probatoria en materia de violencia de género.

La Ley nacional n° 26.485 de adecuación de la legislación interna a la Convención de Belém do Pará, incluyó el principio de la amplitud probatoria en materia de violencia de género en consideración a las características propias de la violencia de género. Este principio, se fundamenta en que en la generalidad de los casos la violencia no transita a la luz de testigos, ni es sencilla la recolección de cierta clase de evidencias, y muchas víctimas tampoco han realizado denuncias previas.

El principio de amplitud probatoria incorpora la perspectiva de género, porque visibiliza las específicas dificultades para probar la violencia, si se requieren determinadas clase de evidencias –por ejemplo, testigos, denuncia previa-.

Ha sido aplicado por la Sala Penal en precedentes en contra de imputados varones por violencia contra la mujer (Agüero”, S. n° 266, 15/10/2010; “Sosa”, S. n° 28, 11/3/2014; “Campos”, S. n° 344, 24/7/19; S. n° 358, 31/7/19, “Salas”, entre muchos otros), y, desde luego, es extensible a los casos de mujeres acusadas, en la medida que hayan alegado esa situación sobre la cual la defensa articuló la exención o atenuación de la responsabilidad por no haber evitado la muerte de su hijo a manos de su pareja y también agresor en su contra.

2.3. La valoración de la prueba con perspectiva de género.

Una vez se tiene por probada –siquiera por duda– la existencia de violencia de género resta preguntarse cómo ello puede incidir en la concreta evaluación de las pruebas. Se ha sostenido, en tal sentido, que la perspectiva de género desempeña muchas veces un rol heurístico (de gran importancia en la investigación de esta clase de hechos). Este consistiría en facilitar “una apreciación sin prejuicios de género de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante” (Ramírez Ortiz, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n° 1, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 230). De este modo, la perspectiva de género suministra ciertas generalizaciones que se asumen fundadas y que, sobre todo, tienen reconocimiento institucional (sobre la estructura de la inferencia probatoria y la función que desempeñan las inferencias probatorias con respaldo institucional, véase el reciente fallo “Gabarro”, S. n° 5, 14/2/2020). Las prestaciones epistemológicas de la perspectiva de género se verifican, entonces, cuando prohíbe generalizaciones infundadas y cuando ordena la utilización de una determinada generalización que se asume fundada.

En cuanto a las generalizaciones infundadas, deben evitarse estereotipos de género, que es un modo de discriminación que viciará la legitimidad de la fundamentación. Tal como el de la “buena madre” que descontextualiza el rol de la garante con expectativas que desconsideran su victimización por el mismo agresor en el ámbito intrafamiliar (Hopp, Cecilia -“Buena madre”, -“buena esposa”, “buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal, en Género y justicia penal, Compiladora Julieta Di Corleto, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, p. 17).

Entre las generalizaciones fundadas, puede mencionarse el ciclo de violencia (Walker, Lenore, Mujeres agredidas: la teoría del ciclo de la violencia, trad. publicada en Victimología 20, Hilda Marchiori Directora, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2017, p. 47 a 56), que permite valorar los comportamientos paradójales de la víctima de violencia según el ciclo que transite.

2.4. El principio *in dubio* y el ámbito de aplicación.

En cuanto al grado de corroboración que debe tener la hipótesis acusatoria para que la condena esté justificada, esta Sala ha referido que esta debe estar confirmada más allá de toda duda razonable, de lo contrario corresponde la absolución (conforme a la argumentación esbozada en “Benítez”, S. n° 136, 21/5/2010).

En contrapartida, se ha señalado que ese mismo estándar tiene incidencia al momento de evaluar la posición exculpatória del imputado. En tal sentido, como se sostuvo en “López” (S. n° 119, 3/4/2019), *la existencia de una duda razonable a su favor que conforme el principio de inocencia debería haber jugado en su beneficio.*

Precisamente, se dijo, el principio *in dubio pro reo* impone como requisito ineludible para la condena que todos los extremos que sustentan la imputación delictiva contenidos en la hipótesis acusatoria estén suficientemente respaldados por las pruebas obrantes en la causa. Y ello quiere decir, entre otras cosas, *que las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia han sido seriamente tenidas en cuenta*

(CSJN, Fallos: 339:1493) y, no obstante, *deben ser descartadas en base a las pruebas disponibles*.

En otras palabras, la duda acerca del contenido esencial de la acusación conduce a desecharla, mientras que la duda acerca de la eximente o atenuante conduce a aceptarla (en este sentido, Maier, Julio B. J., Derecho procesal Penal, T. I, Fundamentos, 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 500).

3. El análisis de la sentencia.

Se analizará si el fallo ha realizado una valoración de la prueba sin perspectiva de género, esto es si ha desconsiderado el principio de amplitud probatoria y el principio *in dubio* acerca de la existencia de la violencia de género, si incorporó generalizaciones infundadas (estereotipos de género y prejuicios discriminatorios) o si prescindió de las generalizaciones fundadas acerca de la violencia de género para la asignación del mérito convictivo.

3.1. Acerca de la existencia de la violencia de género.

En el presente caso, la hipótesis defensiva de Malicho de que estaba inmersa en un contexto de violencia de género no puede ser descartada, como lo hizo el *a quo*. Es de hacer notar que arribó a esa conclusión, soslayando un conjunto de elementos de prueba que no fue debidamente valorado por el tribunal.

Para la revisión de ese conjunto que ha sido desatendido, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

La violencia de género, es un *concepto normativo* en el que corresponde subsumir las diferentes modalidades de violencia, en este caso en una relación interpersonal de pareja, en el que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia en virtud de la relación vital en que se halla (TSJ, Sala Penal, “Agüero”, S. n° 266, 15/10/2010; “Ferrand”, S. n° 325, 3/11/2011; “Dávila”, S. n° 78, 25/7/2012; “Benítez”, S. n° 25, 26/2/2013, entre otros).

Su rasgo identitario central es que la mujer no es tratada como una igual, por ello configura una manifestación de la discriminación pues es ejercida contra la mujer “*porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada*” (Comité CEDAW, Recomendación General n° 19), “*basada en su género*” (Convención Belém do Pará, art. 1). De allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia. Esta desjerarquización de la mujer como una igual, es cultural porque su trasfondo son “las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer”, por ello “la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre” (Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de fecha 20 de diciembre de 1993).

La *violencia de género* no solo es la violencia física (arg. Art. 2, a), Convención Belém do Pará), por ello la ley nacional incluye múltiples modalidades como ya se ha hecho referencia (art. 5, Ley 26.485) y proporciona diversas manifestaciones incluidas en cada categoría. Desde luego que no se trata de contenidos taxativos, ya que no son tipos penales, pero se encuentran contenidas en la ley que reglamenta la Convención y, por tanto, desde que son una interpretación auténtica del legislador, deben ser consideradas también para la interpretación judicial.

Para arribar a la conclusión de la inexistencia de la violencia de género, el *a quo* prescindió por completo del *contexto* que daba cuenta de las características de la relación de la pareja, demeritó la declaración de la imputada, los testimonios de familiares, fragmentó los otros testimonios en cuanto a los contenidos acerca de la violencia en contra de Malicho y omitió la ponderación de la evidencia de violencia física.

En tal sentido, se expondrán estos defectos.

Para el tribunal la vulnerabilidad de Malicho no provenía de un contexto de violencia de género, sino de su propia personalidad; asimismo ella prefirió a su pareja y permitió el maltrato (supra III, n). Sobre las características de la pareja, según el tribunal, estaba formada por “una madre descuidada e impulsiva que desatendió su rol de protección, y de su conviviente –un hombre autoritario e intolerante que asumió el papel dominante porque ella se lo permitió” (II, a).

Esta conclusión, desatendió la pericia psicológica practicada sobre Moyano que destacó “la *asimetría del vínculo*” entre este y Malicho, a quien ubicó “en un lugar de inferioridad, con connotaciones de menosprecio y desvalorización hacia ella, sin dar cuenta de sentimientos afectivos positivos”.

La conjunción de personalidades en el vínculo asimétrico facilitó el despliegue de diversas manifestaciones de violencia de Moyano hacia Malicho.

La asimetría se apuntala con las condiciones personales que ambos declararon en el juicio. Malicho a la época en que inició la relación era una joven de 35 años, con estudios terciarios, con escasa autonomía económica porque contaba solo con la cuota alimentaria del papá del hijo mayor y de un resto de dinero de una indemnización, tenía dos hijos de diferentes parejas y la víctima era un niño con discapacidad. Moyano tenía 60 años, estudios secundarios incompletos, con hijos de varias parejas y nietos, proveyó la casa y los ingresos para la subsistencia de todo el grupo.

En el corto tiempo de convivencia, Moyano dispensó *tratos violentos a todo* el grupo familiar. Las pruebas de las que emergen estas situaciones en relación a Malicho fueron omitidas de valorar o se valoraron arbitrariamente.

Del relato de Malicho surge que sufrió violencia física, diversas formas de violencia psicológica y violencia económica.

En cuanto a la *violencia física*, ya en su primera declaración indagatoria manifestó que

tuvieron episodios de violencia ya que a Moyano no le gustaba que ella le dijera las cosas y se enojaba cuando defendía a J.S.M.; que cuando discutían le decía que la iba a echar de la casa y asegura que en tres oportunidades le pegó cachetadas y trompadas en la cara, pero no lo denunció. Relata que la noche anterior a la detención habían discutido porque Moyano estaba apurado para que la docente dejara la casa, por lo que le pegó en la cara a la altura del labio y se golpeó el oído al caer contra el capot de un vehículo. Esta situación tiene respaldo en otras pruebas. La maestra Esquef le contó a uno de los comisionados que compañeras del hijo mayor de Malicho M.T.M.Z. le oyeron decir que estaba enojado porque Moyano *le pegaba a la mamá*, al hermanito y le había querido pegar a él (f. 150 vta.). Lo que tuvo una corroboración adicional cuando la madre de una de estas compañeras del niño fue llamada a declarar y se pronunció en ese sentido: “el año pasado en un recreo M.T.Z.M. dijo que su padrastro le pegaba mucho a su mamá” (f. 303 vta.). A través de la investigación también se pudo conocer que esta situación no representaría un hecho aislado, pues Moyano había cometido ya hechos de violencia contra otras parejas (f. 140 vta., 177/182). La última lesión mencionada por Malicho fue acreditada por un informe médico que da cuenta de un “edema difuso en región retroauricular lado derecho” cuyo tiempo de evolución es “reciente” (f. 174).

La *violencia psicológica*, según la ley n° 26.485, incluye no solo la amenaza como interpreta el tribunal, pues también son manifestaciones de ella el aislamiento, la manipulación, la vigilancia constante, la limitación al derecho de circulación. Malicho declaró que Moyano ‘lo controlaba todo’, todo pasaba por él, no quería que ella tuviese teléfono o que se comunicara por Facebook; que el único celular era el de él y el único número que le quedó disponible era el de la pediatra del Dispensario de Gral. Bustos” (ff. 389/392). Refirió que “siempre discutían a la noche y la echaba diciéndole ‘*agarrá tus cosas y andate*’, pero nunca lo hizo porque era media noche y no tenía

dónde ir”. Dijo que “salía a la calle con él y no tenía llaves de la casa, entraba y salía si estaba él; que las pocas veces que salía sola con su hijo más grande o cuando él se iba, le decía que si ella salía los vecinos le iban a contar”.

El aislamiento de Malicho surge de los testimonios de los familiares, cuyo demérito basó en que “aparecen desprovistos de emotividad y permiten arribar a la conclusión de que Noemí se había distanciado de ellos, no porque Moyano se lo impidiera, sino como consecuencia de los conflictos existentes” y porque al padre lo siguió viendo. Esta descalificación es arbitraria. Por un lado, aparece como de difícil comprensión racional que un testimonio merezca credibilidad solo si es emotivo y no a la inversa, opinión muy subjetiva. Los familiares confirmaron el aislamiento. Su hermana Ivana Paula Malicho declaró que durante el tiempo de convivencia con Moyano “perdieron contacto con ella, habiéndola visto una o dos veces en esos meses”, la vio esas veces en la calle con sus hijos ya que el mayor iba a la escuela cerca de su casa. Contó que “a veces le enviaban mensajes al teléfono de Moyano y cuando hablaban no les pasaba con ella, aunque luego dice que las veces en que respondió Noemí dijo que estaba todo bien. No sabe si los mensajes de texto eran respondidos por su hermana o por Moyano (después dedujeron que no era la forma de escribir de ella) y dice que hubo mensajes agresivos hacia su madre cuando preguntaba cómo estaban los chicos, respondiéndole él que dejaran de molestar, habiéndola insultado en otra oportunidad”. La madre Marta Susana Manchego declaró que “su nieto le dijo también que Moyano le había sacado los celulares y que no la dejaba salir de la casa sin él”, “nunca habló con su hija ni con Moyano, pero luego se rectifica y dice que a veces él atendía el teléfono y no quería pasarle con Noemí. Que recibió mensajes con amenazas al celular, aunque no supo decir en qué consistían, pero que le decía que dejara de molestar, que estaba todo bien y palabras obscenas”. Estos familiares y su hermano Martín Federico Malicho, explicaron que luego que ella se fue se mudaron y que no sabían su domicilio. Ergo

Malicho no sabía en dónde vivían ni ellos en dónde ella estaba. Si bien la hermana dice que Malicho no cortó el vínculo con el padre, solo mencionó que le llevó el hijo mayor al lugar en donde trabajaba. No se cuenta con el testimonio del padre, de quien Malicho dijo que el contacto era un “hola y chau”.

Ese reparto inequitativo de la autonomía que había en la pareja se puede notar, además del apuntado control que Moyano ejercía sobre Malicho mientras vivieron juntos, también en las cartas con contenido amenazantes que le enviaba desde la cárcel y donde le indicaba qué declarar: “...vida por favor cuando vos declares no vayas a decir que tuvimos relaciones (...) la única relación es que yo te prestaba (...) Por fa!”. En esa correspondencia también le hace escenas de celos y, con el mismo ánimo controlador que cuando estaban juntos, le dice que aunque esté detenido se podría enterar de si estaba con otros hombres.

En cuanto a la *violencia económica*, también resultan insoslayables sus carencias materiales. Independientemente de cuál hubiera sido su causa, si la abulia para buscar trabajo que le recriminaban su madre y sus hermanos, si las dificultades socioeconómicas generales de nuestra sociedad, si el aislamiento al que la habría confinado Moyano –o todas ellas– lo cierto es que si se iba de esa casa o Moyano la echaba no tenía adónde alojarse con sus hijos. En ese contexto, según Malicho y ninguna prueba la desmiente, Moyano limitaba la comida a la víctima “porque -según él- ella le daba mucha leche y lo iba a empachar y que a la noche le diera una mamadera o un té, pero ella le daba de comer a escondidas”. El hijo mayor M.T, le contó a su abuela Marta Susana Manchego que Moyano a su hermanito “no le daba de comer y lo vivía zamarreando porque molestaba con su llanto”.

En definitiva, el rechazo en la sentencia acerca de que Malicho no era víctima de violencia de género, se encuentra contradicho no solo por su relato, sino por otras pruebas demeritadas arbitrariamente o derechamente omitidas. Todo ello en base a un

concepto restrictivo de violencia de género, soslayando a su vez el principio de amplitud probatoria para la acreditación de su existencia y también el principio *in dubio* porque siquiera por este, al carecer de contrapuebas que descartaran esta defensa, debió tenerla por presente.

3.2. Acerca de la incorporación de generalizaciones infundadas y de la omisión de generalizaciones fundadas en la valoración de las pruebas.

En la sentencia, se define a Malicho como “una madre descuidada e impulsiva que desatendió su rol de protección”, se afirmó que “el niño estaba protegido mientras la imputada vivía con su madre y hermanos”. En otras palabras, alguien que dista de ser una “buena madre”.

En lo que sigue se analizarán los cambios de Malicho en relación a sus hijos antes de la convivencia con Moyano y durante ese tiempo. Luego se examinará si se utilizaron estereotipos para catalogar a la acusada y si se empleó la perspectiva de género para interpretar ciertos comportamientos paradójales.

3.2.1. Acerca de los cambios de Malicho respecto a sus hijos.

La invisibilización de la violencia de Moyano a Malicho, la demeritación de los testimonios de los familiares y la fragmentación de otras pruebas, privó al tribunal de advertir la diferencia entre el comportamiento de la acusada respecto a sus hijos *antes* de la convivencia con Moyano y *durante* esta relación.

Antes de la convivencia con Moyano, según el tribunal los familiares “describen un perfil de Malicho compatible con la actitud que penalmente se le reprocha...”. Sin embargo, esta afirmación como la atinente a que el niño estaba protegido durante su convivencia con la familia solo por ellos, no coincide con el contenido de esas declaraciones. Su hermana Ivana Paula Malicho, declaró que “Noemí cuidaba de sus hijos con dedicación”, “era buena madre, tenía una relación normal con sus hijos, pegándole al más grande cuando se portaba mal”. Su madre Marta Susana Manchego

sostuvo en el juicio que su hija no le pegaba a los hijos “admitiendo que sí les levantaba la voz y ponía en penitencia al más grande”, en la declaración durante la investigación admitió que le daba chirlos con la “mano abierta” al más grande, pero reafirmó que “Noemí habría dado la vida por sus hijos”. Su hermano Martín Federico Malicho declaró que “Noemí era buena madre, que los llevaba al médico y nunca les pegó”.

Estos relatos de los familiares, son coincidentes con el testimonio de la pediatra que atendió al niño víctima. La doctora Laura Diana Ascar que controlaba al niño J.S.M. dijo que “Malicho era una madre cumplidora y no advirtió ningún tipo de lesión y/o maltrato visible, manifestando que la última vez que lo vio fue el primero de julio de 2015, citándolo para nuevo control el 7/9/2015 al que no concurrí”. Esta fecha coincide con el comienzo de la relación con Moyano.

La maestra del hijo mayor M., dijo que citó a la madre porque era buen alumno pero muy violento, quien se presentaba aunque no era receptiva y describiéndola como una persona tímida.

En base a este contenido, aunque Malicho no fuese una “madre modelo”, dista bastante de la descalificación efectuada en la sentencia y de la adjudicación de todo lo positivo a la ayuda familiar. Ni siquiera los familiares se lo arrogan. Al fin de cuentas era una mujer que criaba a sus dos hijos cuyos padres se desentendieron, con ayuda de familiares, pero a cargo de ellos y según las pruebas hasta aquí mencionadas de las que no surge que les propinara malos tratos. A lo sumo una corrección física al mayor no permitida desde tiempo reciente (art. 647 CCyC) y posterior a los relatos.

Esto no varía por la pericia psicológica practicada a M., que da cuenta de “indicadores de haber atravesado vivencias traumáticas de tipo agresivo a lo largo de todo su desarrollo”, y de lo cual infirió el tribunal que “claramente...el entorno familiar del niño era violento, remontándose esa conflictiva a tiempos anteriores a que Moyano

apareciera en la vida de Malicho, lo cual constituye un indicio más en contra de esta, pues permite conjeturar que no supo brindar a sus hijos la contención y protección necesaria para su desarrollo adecuado”. Esta inferencia no está relacionada en la pericia con el supuesto comportamiento violento de Malicho, ya que respecto de ella se consigna que el niño “*proyecta en la figura materna cualidades negativas* (invasión, dominancia, agresividad) las cuales vive como atemorizantes y con mucha angustia, con permanente deseo de que esto se revierta”. Si se piensa en su historia vital: abandono paterno, convivencia con su madre y sus familiares que no aparece con connotaciones negativas según las constancias de la causa y la convivencia posterior con Moyano, que dispensó a todos los integrantes del grupo familiar un trato violento, no es tan certera la inferencia que hizo el tribunal personalizando en Malicho un trato violento. Máxime que el niño contó en la escuela y a su abuela que era Moyano quien le pegaba a su madre, al hermano y a él.

En cambio, *durante la convivencia con Moyano*, los niños y la propia Malicho fueron víctimas de violencia, porque las pruebas sustentan sólidamente la afirmación de que en el domicilio de Moyano se respiraba un ambiente de violencia. Esto no solo fue referido por la imputada (desde las primeras declaraciones), sino que también surge de los dichos de las maestras (Esquef –f. 122– y Mele –ff. 128/130–) cuando declararon que el otro hijo, M.T.Z.M., les relató que Moyano le pegaba a su hermanito. Algo que también les dijo la propia Malicho cuando en medio de halagos a su nueva pareja (Moyano) les contó que este le pega a J.S.M. También refirieron que desde septiembre de 2015, cuando se conocieron Malicho y Moyano y comenzaron a convivir, M.T.M.Z. apareció algunas veces en el colegio con moretones. Ya se han referenciado el testimonio de la madre de Malicho y de las docentes en tal sentido. Este período coincide también con el aislamiento de la imputada y sus hijos con su familia. Aislamiento que no obedeció como aseveró la cámara, a una decisión de alejamiento

de la propia imputada sino a las limitaciones impuestas por Moyano como una modalidad de violencia psicológica.

3.2.2. Acerca de las generalizaciones (utilizada y omitida).

En cuanto a la *generalización utilizada*, la sentencia abundó en descalificaciones de Malicho, en tanto se la consideró “una madre descuidada e impulsiva que desatendió su rol de protección”, que ante las docentes les relató “-sin asomo de culpa- que su concubino le pegaba al bebé cuando se portaba mal”, que consintió ese trato, ante el que fracasaron las alarmas familiares y sociales, “a causa del silencio de la madre que no solicitó ayuda, combinado con una familia de origen un tanto indiferente que se desatendió de la imputada y sus hijos, al irse esta de la casa materna”.

Aunque no lo haya escrito, es un implícito de esta argumentación, que la sentencia se basó en el estereotipo de la “buena madre”, que debe activar el rol de protección ante el maltrato, impidiéndolo o pidiendo ayuda.

Al desatender el contexto de violencia en el que también la imputada se encontraba inserta, junto a sus hijos, el comportamiento de Malicho fue etiquetado como el de alguien muy distante de la “buena madre”.

Este estereotipo implica una generalización de los atributos que se adscriben a una madre, que aplicado a las mujeres víctimas de violencia, conduce a una exigencia de comportamientos protectorios que no siempre son posibles de satisfacer por cualquiera que se encuentre en esa situación.

Como se ha señalado, la falta de consideración del contexto de violencia en alguna de las categorías de la teoría del delito, conduce a ignorar para la imputación penal que las exigencias del rol de “buena madre”, no podrán ser satisfechas por algunas víctimas de violencia de género. Esto en razón que al igual que su hijo víctima, como sucedió en el caso, la mujer se encuentra simultáneamente bajo circunstancias que “les impiden ponerse a salvo a sí mismas, de manera tal que tampoco resulta realista la

expectativa de que puedan resguardar a sus hijos” (Hopp, Cecilia, ob. y pub. cit., p. 26).

Respecto de la generalización omitida, al soslayar el contexto de violencia de género en que la imputada se encontraba, muchos de sus comportamientos paradójales no fueron correctamente interpretados.

Comportamientos tales como “no pedir ayuda”, “permitir” que Moyano golpee al niño, dar explicaciones inconsistentes, continuar la relación con él en la cárcel, son sin duda comportamientos paradójales que el tribunal interpretó como prueba del dolo omisivo y de la culpabilidad.

Esta apreciación obedece a que se han soslayado generalizaciones típicas de casos de violencia de género y, no se ha apreciado debidamente la vulnerabilidad en que se hallaba la imputada.

Con respecto a la omisión de máximas de valoración de la prueba proporcionada por la perspectiva de género, viene al caso considerar lo que, desde la perspectiva victimológica, se sostiene sobre las situaciones de maltrato. Ellas se van estructurando en el llamado ‘ciclo de violencia’ que presenta tres estadios: la acumulación de tensiones en la relación y comunicación de la pareja, eclosión aguda del agresor y la ‘luna de miel’, que recomienza en tiempos cada vez más cortos a los que se agrega la indefensión aprendida de la mujer. Se considera que la mujer debe haber pasado al menos dos veces por el ciclo, salvo que la gravedad del ataque sea relevante, porque numerosas mujeres que no han sido amenazadas, golpeadas, han sido víctimas de lesiones gravísimas y en otros casos han perdido la vida en el primer comportamiento violento-físico de la pareja (TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Carrizo”, S. n° 337, 9/8/2018, entre otros).

El tribunal le atribuyó a Malicho que haya permitido el papel dominante que ejercía con sus hijos, al punto que cuando les describió a las maestras el rigor al que los

sometía les contó que le pegaba a J.S.M. Episodios como este, deben ser ponderados dentro del contexto de violencia en el que estaba inmersa, que incluyó violencia física, psicológica y económica, la vulnerabilidad material en la que se encontraba ya que dependía del techo y comida para ella y sus hijos que le proporcionaba Moyano quien la había aislado de su familia y de las pruebas psicológicas que muestran un ensamble de personalidades –utilizando el término de la recurrente– que propicia las condiciones para que un hecho de estas características pueda ocurrir. Es decir, revelan una personalidad dependiente de Malicho y, por el contrario, una decidida y dominante de Moyano. En efecto, de la pericia interdisciplinaria se desprende que Malicho presenta *rasgos de personalidad del tipo dependiente*, caracterizados por falta de confianza en sí misma y dificultad para tomar decisiones sin consejo y reafirmación por parte de los demás. Sostiene que sus relaciones están distorsionadas *por la necesidad de estar unida a otra persona*, afirmando que *prefiere la sumisión*. En cambio, la pericia psicológica de Moyano da cuenta de ciertos rasgos de personalidad que llevaron a los profesionales a afirmar que se trata de una persona autoritaria y manipuladora. Así, la pericia interdisciplinaria encontró *relaciones de dominio*, señalando que busca una *cercanía emocional o personal* para, desde ese lugar, influir emocionalmente en el otro. Los peritos también observaron que los modos relacionales de influencia y control habrían primado en la relación con Malicho, de lo que derivan la *asimetría del vínculo*.

En este contexto, en casos de violencia de género y familiar, la doctrina se refiere a la “indefensión aprendida de la mujer” como al comportamiento que está regido por la creencia de que la situación de violencia no podrá modificarse. La mujer ya no vislumbra la posibilidad de que se produzcan cambios, renuncia a tratar de producirlos pues aprendió a vivir asustada. Esta violencia constante genera sentimientos de miedo, indefensión y vulnerabilidad, convirtiéndose en los predominantes en la víctima

(Marchiori, Hilda. *Los comportamientos paradójales de la violencia conyugal-familiar*. Serie Victimología, no 8, Violencia familiar/conyugal, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2010, P. 209). Ello, de haber sido considerado por el tribunal, lo habría llevado a tener en cuenta que las posibilidades de reaccionar de Malicho estaban reducidas por su contexto.

3.3. En definitiva, lo hasta aquí señalado, permite evidenciar que en el fallo se han cometido errores en la fundamentación porque se han ponderado las pruebas sin perspectiva de género, lo que ha conducido a negar la existencia de la violencia de género, se han utilizado generalizaciones no aplicables al caso individual y se han soslayado otras generalizaciones propias de los aportes epistemológicos que proporciona aquélla.

En lo siguiente, se analizarán las postulaciones de la defensa y lo resuelto por la sentencia en lo atinente a la falta de responsabilidad penal o a la disminución de ella. Siempre en consideración a la imputación por omisión impropia, ya que las conductas activas que en algunas argumentaciones desliza la sentencia son inatendibles. Como se sostuvo en la Primera Cuestión, a Malicho se la acusó de que mientras Moyano maltrataba al menor ella lo “consintió tácitamente... omitiendo ejercer las obligaciones de protección y cuidado que le son propias derivadas de la patria potestad, posibilitando con su accionar que los castigos y malos tratos se consumaran y prolongaran en el tiempo”. Debe aclararse que esa fue la acusación de la que se defendió Malicho tanto en la investigación como en el juicio, sin embargo el tribunal en la sentencia añadió conductas activas de maltrato en el hecho endilgado a la imputada. En efecto, agregó que, previo a los maltratos que según las pruebas causaron la muerte del menor, “ambos ejercieron sobre J.S.M., en reiteradas oportunidades, malos tratos físicos consistentes principalmente en fuertes sacudones o zarandeos”. Estas conductas activas de maltrato, al no haberse introducido en la

intimación de Malicho, no pueden ser tenidas en cuenta para atribuir una determinada figura penal o dejar de aplicar una figura atenuada (arg. arts. 18, 75 inc. 22° CN, 39 Const. Pcial, 1° CPP, XVIII y XXVI DADD, 10 DUDH, 14 PIDCP, 8 CADH).

4. Sobre la falta de dolo.

En cuanto al agravio de la defensa acerca de que no se probó el dolo, es importante recordar que en el tipo subjetivo por omisión impropia “el dolo requiere conocimiento de la situación generadora del deber de actuar (lo que aquí significa básicamente conocimiento de la amenaza de producción del resultado), conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar (Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2da. Edición, Hammurabi, 1999 p. 562).

El cuestionamiento de la recurrente gira en torno a si, dado el contexto de violencia y vulnerabilidad en el que estaba, podía conocer el riesgo de muerte que entrañaba el accionar de Moyano para su hijo menor.

Dado que Malicho convivía con Moyano y, puesto que según las pruebas pasaba sus días junto a él y sus niños –no lo dejaba solo con los hijos–, presenció las veces que Moyano lo golpeaba. Incluso llegó a referirles a las docentes de la escuela donde concurría su otro hijo, M.T.Z.M., que ella sabía que Moyano les pegaba a ambos hijos, les imprimía disciplina, y en el caso de la víctima J.S.M. dijo específicamente que le pegaba cuando este lloraba a la noche y no lo dejaba dormir. En su propia declaración, la imputada hizo referencia a los episodios de violencia anteriores de Moyano en contra de S., e incluso dijo que no le permitía llevarlo al dispensario porque allí lo conocían.

Entonces, tratándose de un maltrato activo propinado por la pareja con varios episodios, uno de los cuales -el final- acabó con la vida del niño, en consideración a que ella misma dijo que Moyano era “bruto” y el niño era pequeño, Malicho conocía

el riesgo y la posibilidad de la afectación de la vida del niño, aunque no haya tenido intención alguna de este resultado, es decir estaba en conocimiento de los presupuestos que activan la posición de garante en función de protección.

No se trató de una situación de error (de tipo), ni tampoco de una “normalización” de una situación de violencia que hubiese conducido a la falta de dolo por la habituación no imputable al riesgo no permitido (arg. PITLEVNIK, Leonardo-ZALAZAR, Pablo, “Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia”, en Género y justicia penal, Compiladora Julieta Di Corleto, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, p. 89). Malicho se daba cuenta del riesgo, aunque “nunca pensó que iba a tener ese fin”, precisamente, porque lo advertía declaró que “se aguantó varias palizas de él para que no tocara a su bebé”.

Por tanto, la conclusión de la sentencia en torno al dolo eventual ha de compartirse, conforme a los fundamentos proporcionados.

5. Sobre la culpabilidad.

Si bien la impugnante no ha discutido la conclusión de la sentencia acerca de la imputabilidad de Malicho, para la capacidad individual de evitación debe confirmarse que contaba con aquélla.

En este sentido, si bien Malicho sufría violencia de género y una evidente vulnerabilidad material y psíquica, en la presente causa se han recogido pruebas específicas sobre su capacidad básica para ser penalmente responsable. En efecto, esta ha recibido confirmación suficiente a través de la prueba pericial practicada a este fin. La pericia psiquiátrica (ff. 368/370) afirma que esta no padece alteraciones psicopatológicas de gravedad manifiesta y no se observan elementos psicopatológicos compatibles con insuficiencia, alteración morbosa o estado de inconciencia, por lo que pudo comprender sus actos y dirigir sus acciones. En este contexto no caben dudas razonables, entonces, sobre que la salud mental de la imputada y su conciencia no

estaban afectadas en los términos en los que el CP en su art. 34 inc. 1º considera relevantes.

Tampoco obró bajo coacción (CP, art. 34, 2º), porque aún entre las modalidades de violencia se encontraba la psicológica, y esta influyó en Malicho ya que cuando discutía por el trato a S. y “no le permitía llevarlo al dispensario; que discutían mucho por eso, él se enojaba y la amenazaba con echarla a la calle, pero ella no tenía a dónde ir porque no tenía contacto con su familia”, no llegó a una magnitud impeditiva que eliminara por completo su autonomía. Aún en el episodio final, Malicho pudo llevarlo a un centro médico.

Una revisión integral de la fundamentación fáctica de la condena demuestra, en cambio, la hipótesis subsidiaria planteada por la defensa, de que Malicho se encontraba bajo circunstancias extraordinarias de atenuación.

Esta parte de los cuestionamientos de la recurrente se monta sobre criterios jurisprudenciales de la Sala que, entendemos, han sido correctamente identificados por ella. En tal sentido, la impugnante ha pretendido mostrar que las pruebas omitidas impidieron identificar un caso donde el contexto de violencia de género, que no ha sido correctamente sopesado por el tribunal, debería inclinar la calificación legal del hecho hacia el tipo del homicidio contenido en el art. 80, último párrafo CP, esto es: homicidio bajo circunstancias extraordinarias de atenuación, como ocurrió en el mencionado precedente “Casas”.

Como se ha explicado en diversos fallos, las circunstancias extraordinarias de atenuación del art. 80 último párrafo CP tienen como propósito librar al juez del estrechísimo marco constituido por las dos penas perpetuas, las que para determinados casos se podrían tornar injustas. El legislador optó por valerse de una fórmula genérica en su redacción, sin precisar cuáles son exactamente las causas capaces de producir la atenuación de la pena que prevé.

También se indicó que el fundamento de la disminución de la pena se encuentra, pues, en la menor culpabilidad del agente.

En el precedente “Casas” (TSJ, Sala Penal, S. n° 231, 9/6/2017) –traído también a colación en el recurso y ya citado–, se aplicó esta atenuante a un homicidio cometido por omisión. Allí se sostuvo, además, que esa menor culpabilidad de la imputada reconocía su origen en el contexto de violencia de género en que se encontraba. Este, en definitiva, es otro factor a considerar para evaluar la posición exculpatoria de Malicho y contemplar la posibilidad de que haya obrado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación.

Malicho obró con una magnitud de culpabilidad disminuida, ya que no podía desempeñar su rol de protección más intensamente por estar sumergida en un contexto de violencia de género y de violencia intrafamiliar en contra de sus hijos. Este contexto de violencia recortó su autonomía. Ella vivenció una disminución de la capacidad individual de evitación de los riesgos que corría su hijo debido al maltrato intencional de su pareja. Este contexto externo y no imputable, porque todo el grupo familiar fue victimizado y aislado de las ayudas familiares que le permitieron sostener a sus hijos, se ensambló con una personalidad particularmente lábil para la dominación, que estrechó más aún sus posibilidades del afrontamiento de la pareja y de encontrar alternativas existenciales.

La justificación fáctica de la condena de Malicho, en fin, no ha descartado suficientemente su posición exculpatoria, razón por la cual debe ser anulada. De esta manera, voto de manera afirmativa en relación con esta cuestión.

El señor Vocal doctor Sebastián López Peña dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollatidijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. En contra de la resolución citada en el punto I de la segunda cuestión, el asesor letrado de 18° turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, planteó con invocación del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2° CPP) que la sentencia de condena adolece de una serie de vicios en la fundamentación de los hechos que determinan su nulidad (ff. 946 vta./960).

El recurrente cuestiona los argumentos empleados por el tribunal para tener por probada la culpabilidad de Moyano en el hecho reproduciendo las razones que condujeron a la condena de Malicho (ff. 952 y vta.). A esas razones del tribunal añade otras contra Malicho que no habrían sido tenidas en cuenta en la sentencia (ff. 952 vta./954). En este sentido alude a que es un rasgo de la personalidad mentir para desvincularse y echarles la culpa a otros, algo de lo que las pericias psicológicas, dice, habrían dado cuenta. También refiere que el tribunal realizó una mera mención a los familiares de Malicho, y estos sí son importantes porque presentan de cuerpo entero a Noemí. Destaca los dichos de su madre, sobre que Malicho siempre estaba a los gritos y a los sopapos. También que era corpulenta y tenía mano grande, y que por eso tenía miedo cuando le daba chirlos a su hijo M.T.Z.M.. Asimismo analiza los dichos del resto de la familia los que dan cuenta, dice, de que Noemí permanentemente ejercía actos de violencia sobre los niños. Otro aspecto de la declaración de la madre que no habría sido debidamente valorado es cuando contó que en una anterior relación Noemí sufrió violencia y su acción inmediata fue acudir a su madre pidiéndole auxilio. Dice, por último, que otro rasgo de la personalidad de Malicho que no fue valorado por el

tribunal es que siempre recurre a la mentira (ff. 953 y vta.).

En cuanto a las concretas pruebas valoradas en contra de Moyano, objeta que el tribunal lo haya caracterizado como un hombre autoritario e intolerante. Dice que ello lo mal infiere de la pericia psicológica de ff. 570/572. Dice que si así hubiera sido el menor M.T.Z.M. no lo habría calificado de “bueno” en la Cámara Gesell (f. 954).

Dice que es una acusación vacua sin fundamento sostener con certeza, como lo hace el tribunal, que los maltratos progresivos a la víctima están probados por el chichón que tenía el niño y las fracturas mal curadas que se detectaron en la autopsia (ff. 954 y vta.).

Señala que al tener en cuenta los dichos del menor M.T.Z.M. en el colegio referidos a que Moyano golpeaba a su hermano menor importa valorar parcializadamente las pruebas pues en la Cámara Gesell expresamente mencionó que nunca Moyano le pegó a él ni a su hermanito (f. 954 vta.).

Manifiesta que tampoco es posible tener en consideración lo que Malicho le dijo a la maestra Mele respecto de que Moyano le pegaba para corregirlo puesto que fue ese el momento en que ella les contó a las maestras “una sarta de sandeces”. Seguidamente expresa que se ha comprobado que Malicho es una embustera y que no puede darse crédito a lo que le dijo a las maestras (f. 954 vta./955).

Seguidamente manifiesta que la valoración del testimonio de la médica Ascar puede ser otra. Señala que el hecho de que ella no haya identificado signos de maltrato en los niños antes de que Moyano apareciera en sus vidas puede deberse a: que no fueran llevados cuando estaban golpeados, que la profesional no los haya revisado adecuadamente, que haya errado el diagnóstico, que afirme no haber advertido malos tratos para evitar alguna responsabilidad profesional al respecto por no dar intervención a las autoridades del nosocomio ante un posible maltrato infantil (f. 956). Entiende que el tribunal ha analizado la situación de Moyano desde la periferia,

valiéndose de la personalidad que se le endilga, de un indicio de oportunidad y otros datos fútiles que se han mencionado.

En otra sección de su recurso, el impugnante titula “valoración conforme a la recta razón” a una serie de consideraciones sobre cómo debió haber sido ponderada la prueba. En ese sentido refiere que analizar la personalidad de su asistido constituye un indicio sumamente débil para achacarle el suceso criminoso. Dice que ha quedado sumamente desvirtuada la hipótesis presentada por Malicho de que se escuchó un fuerte ruido contra la pared y luego Moyano trajo el bebé desmayado. Señala que la hipótesis de que Moyano estuvo en la casa con el bebé luego de que volvieron de hacer las compras solo surge del testimonio de Malicho, quien se ha probado que falsea los hechos, y del menor M.T.Z.M. quien en Cámara Gesell declaró que Moyano no les pegaba y la pericia realizada por la licenciada Calvo Pesini señaló que este no presenta elementos de fabulación, confabulación, ni tendencia a la mitomanía (ff. 956 vta./958).

También argumenta que resulta inverosímil que Moyano le haya dicho a Malicho que debía decir respecto de lo sucedido con el menor cuando estaba este internado. Señala que Moyano no habría tenido tiempo de armar esa coartada y, además, que la médica Peynado expresó que llamó la atención de todos los residentes su demora en contestar qué le había pasado al niño (f. 959).

Retoma, seguidamente, la argumentación sobre que Malicho era violenta con los niños. A tal efecto transcribe la parte de las declaraciones de las maestras Esquef y Mele en la que refieren que la madre de la imputada les dijo que estaba preocupada por los niños porque no veía a sus nietos y porque Noemí era muy violenta con ellos, les pegaba y les gritaba mucho. Sobre este punto también destacan los dichos de las maestras sobre que M.T.Z.M. era un niño violento (ff. 959 y vta.).

Al último también subraya la parte de la carta que Malicho le envió a Moyano en

momentos en que ambos ya estaban detenidos por el presente hecho en el que le dice “disculpame por esto que estás pasando”. Entiende que es “prácticamente una confesión lo que realiza Malicho” (f. 959 vta.).

Considera que de las dos posiciones exculpatorias asumidas, la de Malicho es probadamente falaz toda vez que la existencia de un golpe fue descartada por los forenses, y la de Moyano se corresponde con la prueba y es la que siempre mantuvo a lo largo del proceso. Dice, en tal sentido, que escuchó que “el niño lloriqueaba y después un llanto fuerte tras lo cual Malicho salió con él en brazos, totalmente desvanecido, quedándose parada a la altura de la cama que se encuentra al ingreso de la vivienda, diciéndole “no sé qué le pasa a este, está descompuesto...” (ff. 959 vta./960).

En otra parte del recurso agrupa una serie de agravios en los que cuestiona que la sentencia se haya referido al vínculo entre Malicho y Moyano como una relación de pareja (ff. 946/950 vta.). Dice que el *a quo* mantiene que ellos convivían, compartían vivencias y tenían sexo, habiéndose Malicho instalado en el domicilio de Moyano con sus hijos. Argumenta que eso no vuelve a ambos una pareja y tampoco que tengan sexo ocasional. Mantiene que una pareja es aquella unión que comparte un proyecto de vida en común sin contraer matrimonio, algo que no puede ser predicado de lo que tenían Malicho y Moyano (ff. 948 vta./949 vta.).

II. En primer lugar caben las mismas consideraciones realizadas en la cuestión anterior (punto III.1.) sobre el control amplio que ejerce este tribunal sobre la justificación fáctica de la sentencia de condena y las condiciones bajo las cuales es plausible una crítica a la fundamentación basada en prueba indiciaria.

Básicamente, los cuestionamientos del recurrente contra este aspecto de la sentencia se vinculan a: *a.* la prueba muestra que Malicho no es creíble; *b.* ella es quien golpeaba a sus hijos desde antes de conocer a Moyano; *c.* carece de fundamento la hipótesis de los

maltratos progresivos; *d.* más allá de lo que dijo M.T.Z.M. en el colegio, en Cámara Gesell dijo que Moyano nunca lo golpeó y la pericia psicológica concluyó que el menor no tiene tendencia a la mitomanía; *e.* Malicho dice a las maestras lo de los golpes al menor propinados por Moyano pero en la misma entrevista pronuncia una serie de sandeces sobre este; *f.* Malicho es una embustera; *g.* que en el dispensario no le hayan detectado golpes a los niños puede obedecer a diversos factores; *g.* a Moyano se lo condena por pruebas periféricas como su personalidad; *h.* fue descartada la hipótesis presentada por Malicho de que se escuchó un fuerte golpe contra la pared; *i.* es inverosímil que Moyano le haya dicho qué decir en esas circunstancias a Malicho; *j.* una de las maestras dijo que Manchego les contó que Malicho les pegaba a los niños; *k.* en una carta enviada desde la cárcel, Malicho le dijo a Moyano “disculpame por esto que estás pasando”; *l.* la posición exculpatoria de Moyano está apoyada en las pruebas y la de Malicho no lo está; *m.* el *a quo* consideró indebidamente acreditado que entre ellos haya existido una relación de pareja.

III. Una serie de cuestionamientos, como se verá, parten de una lectura parcializada de los indicios que llevaron al tribunal a tener por probada la hipótesis de que Moyano mató a J.S.M.

Los elementos de prueba sobre los que se apoya la condena de Moyano son, fundamentalmente:

* el informe médico-forense obrante a f. 157 da cuenta de que el niño presentaba una hemorragia cerebral y cerebelosa, una hemorragia retiniana, las que revelan un traumatismo cráneo-encefálico que constituyó la causa eficiente del fallecimiento de la víctima. Se destacó que este último traumatismo se vincula altamente con el síndrome del niño sacudido.

* Hay indicios de que los malos tratos de que era víctima el menor eran sistemáticos. Se detectaron en su cuerpo callos hipertróficos en región distal de radio derecho y

proximal de tibia derecha estimando una evolución de estas últimas lesiones de más de un mes. Es decir: fueron producidas con más de un mes de antigüedad. Ese maltrato fue evolucionando hasta derivar en el traumatismo cráneo encefálico que provocó la muerte del niño.

* La correspondencia entre la pericia psicológica de ff. 123/124, practicada al hermano de la víctima, el niño M. Malicho, las declaraciones de las docentes de la escuela donde concurre este último –Zulma Janteh Esquef y Mara Itatí Mele de ff. 120 y 128 respectivamente-, y las propias expresiones de la coimputada Malicho (ff. 461/464), demuestran que el autor material de tales lesiones y golpes fue el coimputado Moyano.

* Las citadas docentes manifestaron que la coimputada Malicho en una oportunidad (con anterioridad a la muerte del niño) se acercó a la escuela para hablar con ellas y realizó un llamativo relato de la dinámica del hogar: “...*que se llevaba muy bien con este hombre...que le molestaba mucho [en alusión al encartado Moyano] el olor de los pies de M.T.Z.M., y era quien le ponía orden a M.T.Z.M., era el que marcaba los límites e incluso contó que el bebé (J.S.M.) lloraba mucho de noche, no dejaba dormir, entonces él [en referencia a su pareja] le pegaba, a lo que la dicente le cuestionó cómo dejaba que le pegase si ni siquiera era el padre pero ella no decía nada (...) que varias veces le preguntó a M.T.Z.M. cómo estaba su hermano (...) y M.T.Z.M. le decía que su hermano lloraba y lloraba todas las noches y no dejaba dormir entonces la pareja de su mamá le pegaba, pero no dijo cómo...*”.

* La maestra Mara Itatí Mele también recibió el relato de Malicho (ff. 128/130): “...*que al bebé más chico su pareja le pegaba para corregirlo porque se portaba mal, lloraba mucho...*”.

* Otro indicio de la conducta violenta de Moyano son los trastornos de conducta en el colegio y las marcas de golpes evidenciados por el menor M.T.Z.M., que tal como lo refieren las docentes “...*fue notable el cambio a partir del segundo trimestre en*

cuanto a los golpes que se le notaban, los vómitos y que faltaba mucho (testimonial de Zulma Janeth Esquef). Por su parte, la otra docente, Mara Itatí Mele señaló: “...por septiembre empezaron a notar otros cambios en M.T.Z.M., dos veces recuerda que lo vio con moretones en la cara...”. Fechas que coinciden con el comienzo de la convivencia entre Moyano y Malicho.

* Incluso se ha identificado como un indicio de la autoría de Moyano su sistemática actitud de negar la existencia de una relación sentimental con la coimputada Malicho –tal como se desprende de lo declarado a ff. 387, 464 y 556 de autos–. Ello fue interpretado como un intento de crear una imagen falsa de falta de vínculos personales con Malicho y sus hijos menores que lo desligue de toda responsabilidad penal. En el mismo sentido se valoró su actitud de no acompañar al hospital a la encartada para trasladar al niño cuando este ya se encontraba en grave estado. Además, la misma derivación se realizó de las misivas que Moyano le enviaba a Malicho una vez ambos fueron detenidos. En ellas se leen claras intenciones de ocultar su vínculo: “...*vida por favor cuando vos declares no vayas a decir que tuvimos relaciones...la única relación es que yo te prestaba* [en alusión al supuesto préstamo de una habitación dentro de su vivienda] *Por fa! Hacé lo que te digo es por el bien de los dos (...) rompé el sobre de la carta y no te dejes que los del servicio penitenciario te secuestren las cartas...*”.

IV. Así las cosas corresponde ahora analizar las críticas del recurrente. Como se adelantó, en la mayor parte de estas subyace una lectura parcializada de la prueba y, por ello, no pueden tener éxito en la crítica a la fundamentación de la condena.

En cuanto a que carece de sustento la idea de que hubo maltratos progresivos o que estos se extendieron en el tiempo hasta que terminó con la vida del niño (punto c.), la misma soslaya convenientemente una serie de datos de suma relevancia. En primer lugar todas aquellas pruebas que evidencian lesiones anteriores a la que causó la muerte del niño. En tal sentido se destacan un chichón en la frente (hematoma frontal

derecho de 1,5 por 1 cm. según la historia clínica del Hospital Infantil), que fue advertido por los médicos que lo atendieron pero se descartó que esté vinculado con el traumatismo de cráneo que le ocasionó la muerte. En la audiencia los forenses también mencionaron la posibilidad de que tuviera fracturas intercostales, lo que no se pudo determinar fehacientemente por falta de tecnología adecuada. Y, finalmente, las fracturas en la pierna y el brazo que según el protocolo de autopsia habían formado callos hipertróficos propios de la falta de asistencia médica y que poseen una antigüedad superior a un mes (contado desde la fecha de la autopsia).

Estas pruebas dan cuenta de que J.S.M. era un niño que sufría maltrato desde antes del ataque que le causó la muerte. Si a ello se suma que su muerte fue causada por un fuerte zamarreo, una explicación razonable de las pruebas referidas es que dichas lesiones también obedecieron a hechos de maltrato. Esta última hipótesis cobra todavía más fuerza con la prueba testimonial, que además de verificar que J.S.M. era víctima de maltrato infantil permiten identificar con un grado de suficiencia acorde con el de la condena quién era su perpetrador.

En este sentido los dichos del hermano mayor de J.S.M., M.T.Z.M., proferidos en el colegio a distintas personas son lo bastante elocuentes como para afirmar que era Moyano quien le causaba esas lesiones. En ese sentido, recuérdese que el niño contó a sus compañeras que “su papá” le pegaba a su mamá y le había querido pegar a él (ff. 150/152, 303).

Los relatos recogidos en esa institución educativa también apoyan la hipótesis de que Moyano maltrataba a M.T.Z.M.. Refirieron que desde septiembre de 2015 (mes en que Malicho y sus dos hijos comenzaron a vivir en lo de Moyano) empezó a ir a la escuela con golpes y moretones, tenía dolor de estómago y hasta su conducta cambió notablemente. También les decía a las maestras que Moyano le pegaba a su hermanito (ff. 120 vta., 128/130).

Así las cosas, que el menor M.T.Z.M. en Cámara Gesell no se haya animado a contar todo aquello no permite la derivación de que Moyano es acusado falsamente, como pretende el recurrente (punto *d.*). La pluralidad e independencia del acervo probatorio que sustenta la hipótesis del maltrato infantil ejercido por él a ambos niños descarta esa lectura. Tampoco desacredita a Malicho que en esa entrevista que tuvo con las maestras también se haya pronunciado en términos absurdamente elogiosos respecto de Moyano, (–“sandeces”– en palabras del recurrente– punto *e.*), o que ella en general no sea una persona creíble (puntos *a.*, *f.* y *l.*). Caben a este respecto las consideraciones realizadas en la cuestión anterior sobre el relato de la mujer víctima de violencia de género y la personalidad de la imputada. Asimismo, aquellas expresiones de Malicho tienen respaldo en el resto de las pruebas analizadas, incluidos los informes periciales que detectaron lesiones en el menor.

Sobre esto último, tampoco tiene lugar la crítica que pretende instalar una duda razonable de la responsabilidad de Moyano a partir del contenido de la carta que Malicho le envió desde la cárcel diciéndole “discúlpame por esto que estás pasando” (punto *k.*).

En la cuestión anterior ya se ha hecho referencia a las contradicciones de la imputada Malicho y a la posibilidad cierta de que ello obedezca a su dependencia emocional de Moyano (vulnerabilidad psicológica) y a los ciclos de violencia por los que transcurre una mujer maltratada. Como se analizó, existe un considerable caudal de evidencia sobre cómo Moyano la manipulaba y acaso la más clara de todas ellas es, justamente, el intercambio de cartas que mantuvieron en la cárcel.

Por otra parte debe rechazarse la pretensión de que quien maltrataba a los niños era Malicho (*b.* y *j.*).

La afirmación de que Malicho golpeaba a sus hijos se basa en los dichos de Manchego, cuando refirió le pegaba chirlos a M.T.Z.M., y le decía que tuviera cuidado

porque tenía mano grande y era corpulenta. No hizo ninguna referencia a que le diera chirlos o maltratara de otra manera a J.S.M. En otras declaraciones, además –y también los hermanos de la imputada que convivían con ella en el tiempo al que Manchego se refirió–, no hubo referencias a maltrato físico ejercido por ella. Existen, por el contrario, otros elementos de prueba sobre que ella cuidaba a sus hijos, como los dichos de la médica del dispensario. En efecto, la pediatra del dispensario de Barrio General Busto, Laura Ascar, dijo haber controlado al pequeño J.S.M. a partir de los siete meses de edad. Esta médica sostuvo que Malicho era una madre cumplidora y no advirtió ningún tipo de lesión o maltrato visible. Manifestó que la última vez que lo vio fue el primero de julio de 2015, y lo citó para un nuevo control el 7/9/2015, al que no concurrió. Para ese momento ya había conocido a Moyano. Antes, según las constancias obtenidas de la Dirección de Atención Primaria de la Salud de la Municipalidad de Córdoba J.S.M. había sido llevado al dispensario en cinco oportunidades. Por último vale reiterar que ante el suceso que terminó con la vida del menor quien lo llevó al hospital fue Malicho.

En cuanto a la hipótesis alternativa que plantea el recurrente de que en el dispensario pudieron no haber detectado los golpes pero aunque de hecho pudo estar golpeado (punto *g.*), la misma no tiene lugar. Esa es una mera conjetura *ad hoc*, sin respaldo en alguna prueba. Al contrario, son plurales los indicios de que Moyano influyó negativamente en la vida de esa familia, como ya se analizó más arriba.

Por último, carece de sustento la afirmación de que fue descartada la hipótesis presentada por Malicho de que se escuchó un fuerte golpe contra la pared (punto *f.*). En todo caso lo que pudo haber sido descartado fue que el traumatismo de cráneo con desprendimiento de retina, etc., se debió a un golpe contra un objeto. En efecto, se sostiene en la sentencia que fue el sacudón lo que provocó esos daños en el cerebro de J.S.M. Pero lo cierto es que esa hipótesis del sacudón y que Malicho haya escuchado

un golpe pueden ser compatibles, pues ese golpe pudo deberse a cualquier otro impacto que no haya sido la cabeza del niño, el mismo Moyano pudo haber golpeado la pared en medio del zamarreo o luego de este, cuando el niño no reaccionaba. En definitiva, en lo que coincidieron los forenses fue en afirmar que lo más probable es que haya habido una *sacudida con impacto*, y que si bien no había fractura craneal ni signos externos de golpe, ello puede deberse a que el impacto fue contra algo blando (almohada o colchón), en cuyo caso no queda lesión externa, descartando que este cuadro pueda producirse por accidente, clasificándolo como “*trauma no accidental*”. Por último carecen de relevancia las críticas de que resulta inverosímil que Moyano le haya indicado a Malicho qué decir (punto *i.*), y que el *a quo* consideró indebidamente acreditado que entre ambos hubiera existido una relación de pareja (punto *m.*).

En cuanto a lo primero, tanto no es inverosímil que Moyano le señalara a Malicho qué declarar que hay pruebas específicas que así lo muestran, como la carta en la que le indica qué decir acerca del vínculo que los unía. Con respecto a si lo que tenían era una relación de pareja, como se adelantó, el agravio carece por completo de relevancia. En todo caso, lo importante es que convivían desde septiembre de 2015. En cuanto al concepto de ‘relación de pareja’, esta Sala se ha pronunciado en un fallo reciente y lo ha hecho en un sentido diferente a como lo entiende el recurrente (véase, Sala Penal, “Sosa”, S. n° 415 del 10/9/2019).

De esta manera, voto de manera negativa en relación con esta cuestión.

El señor Vocal doctor Sebastián López Peña dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal, doctora Aída Tarditti, por lo que

adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA QUINTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. En contra de la resolución descripta en la segunda cuestión, el asesor letrado de 18° turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, presentó en su recurso de casación a favor del imputado Luis Alberto Moyano un agravio constitucional.

Sostiene que al condenar a Moyano a la pena de prisión perpetua con declaración de reincidencia, el tribunal impuso una pena que representa un tormento intolerable, contrario a la intangibilidad de la persona humana, a su dignidad, y a las bases de nuestro sistema normativo en cuanto al fin que debe tener la sanción penal.

Afirmar que el Código Penal Argentino fija límites temporales a la pena de prisión perpetua, ya que contempla la posibilidad a que pueda accederse al beneficio de la libertad condicional –a partir de los 35 años del transcurso de la pena–. Pero, en cambio, señala que no es así si se aplica el instituto de la reincidencia pues dicha gravosa pena lo transforma en un encierro hasta su fallecimiento y sabido es, agrega, que las penas perpetuas *propiamente dichas* son constitucionalmente inaceptables.

Trae a colación lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Gimenez Ibañez, Antonio Fidel” (fallo 329:2440, voto de la mayoría integrada por los jueces Petracchi, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti), donde se dijo que en el caso de una persona condenada a una pena perpetua de privación de libertad que, además, fue declarada reincidente, que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana en razón de que genera graves trastornos de la personalidad, por lo que resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Argumenta que en base a esta declaración del Máximo Tribunal Nacional resulta imperioso cargar contra el actuar del *a quo*, en cuanto a la imposición de una pena

asimilable a un tormento vedado por el art. 18 de la CN. Dice que lo considerado por el Máximo Tribunal de la Nación se corresponde con una lectura armónica de nuestro derecho constitucional y sus derivaciones en la Ley 24.660 y los mismos fines del derecho penal.

Manifiesta que nuestra constitución, en cuanto a la orientación en la ejecución de la pena privativa de la libertad, en su art. 18 dispone que las cárceles de la Nación sean sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y que toda medida que a pretexto de precaución conduzca a *mortificarlos* más allá de lo que aquella exija hace responsable al juez que la autorice. De esto surge palmario, dice, que una pena de prisión que sea contraria a la dignidad humana, implica necesariamente una *pena inconstitucional*. Y, completa su argumento, una pena perpetua propiamente dicha, que se traduce en una muerte civil, encuadra en ese supuesto de contrariedad a lo mandado por la constitución.

Seguidamente cita los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a la constitución en la reforma de 1994 (*art. 75, inc. 22 C.N.*), donde el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto aluden a que la pena de prisión obedece a la reinserción social del condenado y al principio de humanidad de la pena.

Mantiene que en casos como el de marras se genera normativamente una categoría de personas condenadas a prisión perpetua con imposibilidad absoluta de reintegro al medio libre. Para estas, dice, la pena impuesta carecería de un sentido resocializador, asimilándose a la antigua pena de muerte civil.

Considera que una situación tal amerita utilizar el remedio extremo de declaración de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, y la reconstrucción técnica o dogmática por vía jurisdiccional de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía de valores que impone la Constitución, en cuyo vértice

superior se hallan la integridad y la dignidad de la persona.

Concluye entonces solicitando se decida la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia impuesta a Luis Alberto Moyano por ser contrario a la CN, Tratados Internacionales y demás leyes y principios mencionados al respecto; al constituir un plus inaceptable que lleva a la muerte civil del condenado.

III. Con fecha veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete se corrió vista al Sr. Fiscal General, quien a través del Dictamen “P” n° 637 concluyó que el recurso de inconstitucionalidad planteado no debía prosperar (f. 968/974).

El Representante del Ministerio Público Fiscal entendió que el planteo era extemporáneo puesto que la cuestión constitucional no había sido oportunamente introducida. En consecuencia, refiere que falta uno de los requisitos básicos para la procedencia de este recurso: la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el conflicto constitucional de manera contraria a los intereses de la parte. Ello ya basta, dice, para considerarlo formalmente improcedente.

Asimismo, y para satisfacer las expectativas del recurrente, reitera su criterio sustentado en anteriores dictámenes sobre la aplicación conjunta de los arts. 14, 1° supuesto, y 50 CP con la pena de prisión perpetua.

Reconoce que el principio de resocialización del condenado es una manda constitucional y que no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad. Sobre el instituto de la reincidencia y la imposibilidad de cumplir con la finalidad de la pena –por cuanto el artículo 14 del CP impide el condenado reincidente acceder al beneficio de libertad condicional– señala que ello también ha sido rebatido jurisprudencialmente. Destaca que ello ha sido así por cuanto no se excluye a los reincidentes de otras modalidades de libertad anticipada que prevé la ley de ejecución penitenciaria. Ejemplifica que los reincidentes no están excluidos de la flexibilización del encierro durante el período de prueba, por medio de salidas transitorias o por su

incorporación al régimen de semilibertad, e incluso con la posibilidad de otorgarles la libertad asistida. Entiende, en conclusión, que el análisis escindido de las normas cuestionadas no permitiría evidenciar una marcada contradicción con el principio constitucional de reinserción social que debe regir en nuestro sistema punitivo.

En cuanto a la aplicación concomitante de la de la pena de prisión perpetua con la declaración de reincidencia, reconoce que por aplicación del art. 14 CP la prisión perpetua parecería no tener límite alguno. Sin embargo, considera que los reclamos constitucionales por parte de la defensa de Moyano deberán ser realizados, eventualmente, cuando el imputado se encuentre en condiciones de solicitar la libertad condicional.

IV. El dictamen del Fiscal General de la Provincia tiene sólidos fundamentos para concluir por la no procedencia del recurso de inconstitucionalidad deducido en autos. Ello, al ser compartido por esta Sala, conduce a la declaración de inadmisibilidad de la vía impugnativa intentada por el recurrente.

Aquí solamente cabe resaltar que el recurso de inconstitucionalidad es la vía impugnativa establecida para que este Tribunal Superior de Justicia conozca y resuelva en pleno la pretensión de inconstitucionalidad planteada en sedes inferiores. Pero para su admisibilidad formal, la resolución judicial recurrida debe haberse pronunciado en forma contraria a la pretensión del recurrente.

Es a esos efectos que la oportunidad del planteo es uno de los puntos que hace a la admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la procedencia del medio impugnativo requiere que la cuestión constitucional haya sido introducida tempestivamente, esto es, en la primera oportunidad en que la cuestión se suscitó o podía preverse que se suscitaría. La presentación en esta instancia resulta claramente extemporánea.

La circunstancia destacada, claramente condiciona la admisibilidad del recurso

incoado por el defensor desde que falta el requisito de pronunciamiento previo exigido por el art. 483 del CPP, debiendo declararse su improcedencia formal.

Con arreglo a lo expuesto, corresponde declarar que el recurso de inconstitucionalidad deducido en autos es formalmente inadmisibile.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollatidijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal, doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEXTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aida Tarditti dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde:

I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por el asesor letrado del 18° turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, a favor de Luis Alberto Moyano, con costas (arts. 550 y 551 CPP).

II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la asesora letrada de 29° turno, doctora Alfonsina Muñiz, a favor de la imputada Noemí Susana Malicho y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia impugnada, sin costas.

La solución a la que se ha arribado en la Tercera Cuestión, torna innecesario un juicio de reenvío. Ello así porque el fundamento de esa decisión se asentó en la aplicación del principio *in dubio* (art. 18 CN, art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), acerca de la existencia de la violencia de género y el estrechamiento de la culpabilidad por circunstancias extraordinarias de atenuación, por lo cual el juicio de

reenvío se presenta como parcialmente innecesario ya que solo podría tener como consecuencia la aplicación de este tipo.

En consecuencia, corresponde así declararlo y modificar la calificación legal, condenando a la imputada como autora de homicidio agravado por el vínculo bajo circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 81 inc. 1° e *in fine* CP), manteniendo la imposición de costas.

III. Remítanse los presentes al tribunal de origen para que individualice la pena que le corresponde a Noemí Susana Malicho, conforme a la calificación legal que aquí se ha adoptado (arts. 550 y 551 CPP).

Así, voto.

El señor Vocal doctor Sebastián López Peña dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollatidijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal,

RESUELVE:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el asesor letrado del 18° turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, a favor de Luis Alberto Moyano, con costas (arts. 550 y 551 CPP).

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la asesora letrada de 29° turno, doctora Alfonsina Muñiz, a favor de la imputada Noemí Susana Malicho y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia número cuarenta y seis, de fecha veinticinco de agosto de dos mil diecisiete, dictada por la Cámara Criminal y

Correccional de Sexta Nominación de esta ciudad. Sin costas atento el éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP).

En su lugar debe declararse a Noemí Susana Malicho coautora por omisión impropia de homicidio calificado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación (arts. 45, 80, 1º e in fine CP), con costas (arts. 550 y 551 CPP).

III. Reenviar los presentes al tribunal de origen para que individualice la pena que le corresponde a Noemí Susana Malicho, conforme a la calificación legal que aquí se ha adoptado (arts. 550 y 551 CPP).

Protocolícese, hágase saber y bajen oportunamente.

Texto Firmado digitalmente por:

TARDITTI Aida Lucia Teresa

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2021.03.10

LOPEZ PEÑA Sebastian Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2021.03.10

CACERES Maria Marta

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Fecha: 2021.03.10

SOSA LANZA CASTELLI Luis Maria

SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J

Fecha: 2021.03.10