

REGISTRO N°50/2013

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 21 días del mes de febrero del año dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de fs. 818/vta., cuyos fundamentos obran a fs. 820/838vta. de la presente causa n° 9125 del registro de esta Sala, caratulada: "Kalyna, Silvia N. y otro s/recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, la defensa de Silvia N. K. por el señor Defensor Público Oficial doctor Guillermo Lozano y la defensa de Juan Adolfo Camnasio por la señora Defensora Pública Oficial Ad Hoc doctora Mercedes García Fages.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Angela E. Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17, en la causa 2313 de su registro, resolvió -en lo que aquí interesa- mediante sentencia de fecha 15 de noviembre de 2007 "**I. CONDENAR a SILVIA N. K.** [...] a la pena de **SEIS AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES** y al pago de las costas procesales, por ser autora penalmente responsable del delito de **ABANDONO DE PERSONA SEGUIDO DE MUERTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO** (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 45 y 107 en función del último párrafo del artículo 106 del Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación) y "**II. CONDENAR a JUAN ADOLFO CAMNASIO,** [...] a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN ACCESORIAS LEGALES** y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de **LESIONES LEVES EN CONCURSO REAL CON ABANDONO DE PERSONA SEGUIDO DE MUERTE** (arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 45, 55, 89, y 106 del Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)".

Contra dicha decisión, los defensores de los

imputados interpusieron sendos recursos de casación (fs. 839/862 y 881/887), que fueron concedidos (fs. 889/vta.) y mantenidos en esta instancia (fs. 902 y 904).

2°) a.- La defensa de Juan Adolfo Camnasio sostuvo que su defendido "actuó en la emergencia del modo que a su entender era el apropiado, llamando a su madre, quien le anotició que iba en camino y lo llevaría al hospital".

Señaló que tampoco resulta claro que la conducta de Camnasio haya sido determinante de la muerte del niño, ya que la madre del menor podría haber llegado más rápidamente a su casa para llevar a su hijo al hospital, o podría no haber ido a trabajar, o bien la encargada del hotel en el que recidían Kalyna, Camnasio y la víctima, podría haber llamado a una ambulancia.

Sostuvo que su pupilo no se representó una mayor responsabilidad de cuidado, dado que la madre de la víctima le había dicho que lo llevaría al hospital y Camnasio no sabía que K. tardaría tanto en llegar.

Por todo ello, consideró que la condena en orden al delito de abandono de personas resulta arbitraria y fundó su pretensión en lo previsto en el art. 456 inc. 2° CPPN.

b.- Por su parte, la defensa de Silvia N. K. consideró que la condena a su asistida resultó infundada y producto de la errónea aplicación del art. 106 CP. Refirió que su pupila no abandonó a su hijo a su suerte, sino que lo dejó a cargo de su concubino. Destacó que la sentencia no explica cuál es la conducta esperada de parte de K. y que, por tanto, no se observa en qué consistió su omisión.

Agregó que en el cuadro sintomático que presentaba el niño no resultaba del todo claro al momento en que K. decidió concurrir a su puesto de trabajo y dejar a su hijo al cuidado de quien fuera su pareja. Refirió también que se encuentra probado que la encartada tenía planeado llevar a su hijo al médico luego de su jornada laboral.

En cuanto al reproche que se le hiciera en orden de la demora en regresar a su domicilio luego de ser avisada respecto de la emergencia médica de su hijo, sindicó que ello se debió a que la imputada creía que solamente se trataba de un malestar hepático, ya que ella no había presenciado el franco empeoramiento de la salud del menor. Agregó que todo incumplimiento laboral repercutía en la percepción de su salario y que tal es la razón por la que no quiso descuidar sus deberes en el trabajo, ya que necesitaba el dinero para sustentar a su familia. Consideró, en definitiva, que la conducta de K. se ajustó a la información que ella tenía respecto de las circunstancias y que sólo se enteró de la verdadera gravedad de la situación cuando llegó a su casa.

Señaló también que fue arbitraria la valoración del *a quo* en cuanto a la inexistencia de la visita a la salita médica que invocó la defensa, correspondiente al día

anterior al deceso de M.K. Refirió que se debe considerar que el niño sí fue atendido por el médico de aquel lugar, cuanto menos en virtud de la duda beneficiante. Así, sostuvo la defensa que lejos de omitir llevar al niño al médico, K. lo hizo examinar por un profesional que le diagnosticó una dolencia hepática y le suministró medicación. Criticó también el reproche que efectuara el tribunal, en orden a que, aún si fuera cierto que el niño fue atendido por el médico referido, K. debió realizar una segunda consulta, en atención a que ella dijo haber percibido desaprensión en el examen médico. Sobre ello, sostuvo la defensa que una segunda consulta médica resulta inexigible, ya que su pupila confió en el conocimiento del profesional de la salud y cumplió con su deber de procurar a su hijo atención médica.

Concluyó que no se individualiza la conducta que debió realizar su defendida, y que el reproche se redujo a que ella había dejado al niño a cargo de su pareja, a sabiendas de su temperamento poco tolerante y del cansancio que tenía. Se agravió respecto de la consideración de Camnasio como un peligro para el niño, ya que no es admisible una presuposición tal en un estado de derecho y porque la conducta de las personas nunca resulta previsible de antemano.

Por fin, sostuvo también que existe una contradicción en el razonamiento de los jueces, ya que la afirmación en orden a que Camnasio cometió abandono de persona, implica que la conducta de K. previa no pudo causar la muerte de la víctima.

3°) En la oportunidad contemplada en el art. 465, primer párrafo, y 466 del CPPN, el señor Fiscal que actúa ante esta Cámara solicitó el rechazo de ambos recursos (fs. 923/925). La defensa de Camnasio se presentó a fs. 926/929vta. y cuestionó la consideración del *a quo* en orden a la inexistencia de la consulta médica en la sala de emergencias. Sostuvo que el médico que se encontraba de guardia el 29 de diciembre se limitó a decir que no recordaba a K. y que ello no implica que él no hubiera atendido a la víctima casi dos años antes. Sindicó que es irracional pensar que un médico recordará a cada uno de sus pacientes y de quienes los acompañan y refirió que la ausencia del registro en el libro de consultas se debe a que la visita fue efímera. Agregó que el médico de la salita tenía motivos para negar su actuación, ya que otro profesional de la salud sostuvo que la medicación que se suministró al niño era contraindicada, puesto que cubría el dolor mientras la enfermedad evolucionaba. Aquella versión es compatible con el hecho de

que K. y Camnasio no percibieran la gravedad de la situación y consideraran que se trataba de una indigestión, ya que los síntomas de la peritonitis pueden ser confundidos con problemas gastrointestinales. Asimismo destacó que varios testigos declararon que K. había mencionado que su hijo padecía malestar estomacal, y que consideraba que no se trataba de una dolencia particularmente peligrosa. Refirió que su asistido realizó conductas conducentes a ayudar al niño, como intentos de reanimación, y llamar a la madre para que lo llevara al hospital. Sostuvo que su ahijado procesal se paralizó y no pudo hacer más que lo que hizo. Concluyó que su asistido no tuvo el dolo requerido por el tipo penal para fundar una condena.

En cuanto a la cuantificación punitiva, sostuvo que el criterio utilizado por el tribunal referido a la reiteración de conductas como circunstancia agravante resulta una doble valoración, contraria al principio *ne bis in idem*.

La defensa de K. reforzó los argumentos del recurso en lo referido a la falta del dolo y sostuvo que su pupila no se representó un deber de actuar que trascendiera lo que ella efectivamente hizo. Destacó que el día en que el niño falleció, K. lo dejó al cuidado de su concubino y que tras recibir los mensajes de Camnasio no pudo tomar debida conciencia respecto de la gravedad de la situación ya que no fue ella la que habló con él, sino que los dichos de su pareja le fueron transmitidos por sus compañeras de trabajo. Señaló que no puede reprocharse a la encartada dejar a su hijo al cuidado de su compañero, ya que el juez civil había permitido días antes que el niño se reintegrara a la vivienda familiar y retomara la convivencia con su madre y con Camnasio. Refirió que tanto el juez como los profesionales expertos en violencia familiar habían depositado confianza en la aptitud de su pareja para ejercer el rol paterno y que, por tal motivo, su ahijada procesal confió en que el mismo pudiera cuidar adecuadamente del menor. Destacó que su defendida tiene una personalidad *borderline* o limítrofe, tal como lo diagnosticaron los profesionales y que ello denota una limitada capacidad para evaluar el riesgo de la situación que culminó en la muerte de su hijo. Concluyó que la difícil historia de vida de su asistida, que involucró maltrato, abusos sexuales, carencia de una familia y de cuidados y su personalidad *borderline* han determinado que ella no llegara a tener un grado de conocimiento suficiente para tener por acreditado el dolo requerido por el tipo penal de abandono de persona.

4°) A fs. 1044 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista por el art. 468 del CPPN. En aquella oportunidad la defensa de Camnasio presentó breves notas y planteó la prescripción de la acción penal en orden al delito de lesiones leves, puesto que transcurrió el plazo

de dos años desde el pronunciamiento de la sentencia condenatoria no firme, por lo que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que los recursos interpuestos son formalmente admisibles, pues satisfacen las exigencias de interposición y de admisibilidad, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 del CPPN), las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla (art. 459), y se invocaron los incs. 1° y 2° del art. 456 del mismo ordenamiento legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que, liminamente, cabe evocar que la prescripción es de orden público y se produce de pleno derecho, de tal suerte que debe ser declarada de oficio, por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa y en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Vid. Fallos: 207: 86; 275:241; 297:215; 301:339; 310: 2246; 311:1029,2205; 312:1351; 313:1224; 322: 300; 323:1785; 333:1987, entre otros).

En ese orden, asiste razón a la defensa del encartado Camnasio en cuanto a que ha operado el plazo de dos años correspondiente a la prescripción de la acción del delito de lesiones leves (art. 89). Sin embargo, ello ocurrió aún antes del pronunciamiento de la sentencia condenatoria no firme, pronunciada el 15 de noviembre de 2007. En efecto, el hecho calificado como lesiones ocurrió antes del 18 de diciembre de 2004, esto es, previo a la vigencia de la ley n° 25.990, por lo que devienen aplicables los fundamentos expuestos en la causa n° 12.932 caratulada: "Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación" (reg. n° 19.641, rta. 30/12/11) y sus precedentes -a los que cabe remitirse en lo pertinente

en razón de brevedad- siendo que en la especie ha transcurrido el lapso del tiempo de prescripción de la acción penal de no mediar la comisión de otro delito (arts. 59, 62 y 67 del Código Penal), extremo que deberá verificarse en la instancia de grado para que se haga efectiva su formal declaración.

-IV-

Que el tribunal a quo tuvo por probado que: "...el 30 de diciembre de 2005 Silvia N. K. y Juan Adolfo Camnasio, con conocimiento de que M[...] R[...] K[...] de apenas tres años de edad hijo de aquélla, al que ambos debían cuidar en virtud de la relación de concubinato que los unía, padecía un serio problema de salud que le ocasionaba vómitos y fuertes dolores abdominales lo privaron en tiempo oportuno de asistencia médica imprescindible que su estado requería, representándose el riesgo que ello implicaba para la salud y/o vida del menor, que de tal forma no recibió un tratamiento que pudo evitar su deceso, ocurrido a las 16.30 horas de ese día, el que fue causado por una peritonitis aguda que tuvo su origen en la ruptura traumática de las asas intestinales de la zona yeyunal.".

Asimismo señaló que: "...Kalyna, quien pernoctó con el pequeño, en lugar de hacerlo atender por un profesional esa mañana, lo llevó al hotel en que vivía con el encartado y lo dejó a su cuidado dirigiéndose normalmente a su trabajo, con la única consigna de que éste le avisara si hiciera falta, siendo que, cuando cerca de una hora después, Camnasio le efectuó sendos llamados al supermercado requiriendo su urgente presencia, demoró aproximadamente una hora en regresar, pese a haber sido avisada en forma inmediata por sus compañeras quienes le insistían que se retirara enseguida y, por último, ya en su domicilio tardó un rato en llevar al niño al hospital.".

Por último se refirió que: "...el encartado que quedó en ese lapso al cuidado del pequeño, en vez de estar alerta dada la dolencia que lo aquejaba se durmió y al despertarse pese al estado desesperante del nene, que se hallaba casi sin respiración y cianótico, sólo trató de reanimarlo al tiempo que reclamaba insistentemente la presencia de la madre, sin llevarlo a un nosocomio o pedir una ambulancia como le habían sugerido las personas a las que anotició del grave cuadro que presentaba.".

Con base en ello, anticipo que las invocaciones de la defensa del referido Camnasio en orden a la arbitrariedad de la sentencia no encuentran arraigo. En efecto, la casacionista fundamenta su pretensión desincriminante en dos motivos principales: en primer lugar, sostiene que su pupilo cumplió con su deber de asistencia, puesto que intentó reanimar al niño de la manera que consideró apropiada y que no era consciente de un deber

mayor. En segundo lugar, sostuvo que su pupilo confió en que la madre del niño M.K. llegaría rápidamente y lo llevaría al hospital.

Como puede advertirse, ambos argumentos resultan abiertamente contradictorios y además son refutados por las pruebas producidas durante el debate. Así es, por una parte se sostiene que se cumplió con el deber de asistencia, se reconoce que existía aquel deber, y se señala que el encartado le dio reanimación al niño y llamó a la madre. Por el otro lado, intenta desincriminarse invocando que la que tenía el deber de llevar al menor al hospital era la madre del niño y que la falta de asistencia le es imputable solo a ella, negando de esta manera el deber de proteger y asistir a M.K., que se encontraba a su cargo.

Pues bien, resulta absolutamente indudable que Camnasio tenía el deber de cuidar la salud de M.K., pero la defensa invoca que el imputado no sabía que tenía que llevar al niño al hospital. No obstante, se ha comprobado que él tuvo plena conciencia de que el niño se encontraba en gravísimo estado al menos desde las 14.30 hs. y esperó una hora a que llegara Kalyna, cuando ya era demasiado tarde para evitar la muerte. Esta conducta constituye la omisión penalmente reprochable, de conformidad con el art. 106 CP, ya que en aquel momento él se encontraba a cargo de su cuidado de manera exclusiva, toda vez que la progenitora del niño se hallaba en su trabajo y había dejado a su hijo en su casa, a cargo de su pareja.

Cuando Camnasio advirtió la dificultad respiratoria que padecía M.K. llamó al trabajo de Kalyna, y en ninguna de las tres oportunidades habló con ella, de manera tal que la invocación de lo que la madre del niño "dijo" en orden a que se dirigía rápidamente hacia el hogar resulta absolutamente refutada por los testimonios de las empleadas del supermercado en el que trabajaba Kalyna, siendo que todas fueron contestes en cuanto a que K. nunca atendió el teléfono.

Tampoco tiene sustento lo dicho por la casacionista en orden a que Camnasio no sabía que tenía un deber de llevar al niño al hospital, habida cuenta que él era consciente del grave estado del niño, sabía que era el único adulto a cargo y que M.K. casi no respiraba. Incluso la encargada del hotel le ofreció llamar a una ambulancia, pero Camnasio prefirió intentar la reanimación y esperar a Kalyna, a pesar de haber advertido que sus maniobras fueron infructuosas.

Se debe destacar que Camnasio era la única

persona adulta que conocía de manera acabada la gravedad de la situación, ya que ningún otro adulto podía ver el estado del niño, estando él dentro de la habitación en la que habitaba la familia.

Ahora, asiste razón a la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara en cuanto sostiene que fue errónea la consideración del *a quo* en orden a que la visita a la salita de asistencia médica no habría existido.

En efecto, a partir de la lectura de los fundamentos de la sentencia aparece como irrazonable aquella conclusión, en razón de que se da preeminencia al testimonio del médico que dice no recordar la breve consulta del 29 de diciembre de 2005, ni a la madre de M.K.. Así, si bien es cierto que su negativa se ve corroborada por la falta de registro de la visita y del suministro de medicamentos, no lo es menos que, según los dichos de K. y del tío de Camnasio, el médico que atendió a M.K. tuvo una actitud desaprensiva y poco cuidadosa, y que otro galeno sostuvo que frente a un cuadro de peritonitis resulta contraindicado el suministro de "Buscapina", puesto que cubre el dolor mientras que la enfermedad evoluciona. Parece bastante claro que el médico tenía razones para querer ocultar una atención descuidada y un tratamiento contraindicado, más aún cuando el paciente murió menos de un día más tarde como consecuencia de la misma dolencia que él pudo haber detectado. Nótese al respecto que, si bien resulta apropiado que un médico de adultos no asuma la responsabilidad de examinar a un niño, puesto que puede carecer de conocimientos y experiencia suficiente para ello, el profesional efectuó un examen superficial, recomendó un tratamiento e indicó a K. que lleve a M.K. para que sea atendido por un pediatra, mas no convocó a una ambulancia, tal como corresponde en los casos de emergencia. En ese orden, resulta evidente que el médico parece haber subestimado el cuadro sintomático.

Asimismo, los dichos de K. y del tío de Camnasio referidos al modo en que se desarrolló la consulta resultan concordantes y se condicen con otros elementos probatorios. Así, se observa que las compañeras de trabajo de K. declararon que ella, al llegar a trabajar el 30 de diciembre, mencionó que su hijo tenía una dolencia hepática, que ello había sido comprobado por un médico y que se le había suministrado "Buscapina" y "Novalgina". Estos dichos de la imputada fueron previos al desenlace del caso y no existe elemento alguno que permita pensar en que K. estaba preconstituyendo prueba respecto de una muerte que ella no sabía que se produciría.

Mucho más razonable aparece el relato según el cual los condenados consideraron que el niño estaba indigestado y que frente a la persistencia del cuadro de vómitos, inapetencia, dolor y malestar, la madre de M.K. lo

llevó a ver a un médico, que se le recomendó visitar a un pediatra y que se le suministraron medicamentos que mejoraron los síntomas que involucraban dolor.

Aquella hipótesis se ve ratificada con los dichos de K. en orden a que tenía planeado llevar a M.K. al médico luego de su horario de trabajo, corroborados por las empleadas del supermercado en el que ella laboraba. También brinda respaldo a esta versión el testimonio de la encargada del hotel, quien declaró haber presenciado la llegada de K. con M.K. y dijo que el niño se encontraba decaído y se agarraba la panza, pero que caminaba solo y que subió las escaleras que conducían a su habitación. Todo ello da cuenta de la persistencia de dolor, que evidentemente se encontraba morigerado, ya que -conforme a los dichos del médico Homar- la peritonitis causa un dolor extremo que, de haber estado presente al momento del arribo de K. al hotel, razonablemente hubiera impedido a un niño de tres años de edad subir escaleras.

Todo ello informa que K. no tenía conciencia acerca de la gravedad del estado de salud de su hijo mas, esta circunstancia que la favorece, no resulta suficiente para desgravar a su consorte de causa, puesto que Camnasio permaneció con el niño y no lo condujo al hospital, siquiera cuando vio que estaba morado y no respiraba. En ese orden, ninguna promesa de las compañeras de trabajo de su progenitora referidas a que le transmitirían el mensaje de manera inmediata tanto como que concurriría rápidamente al hogar, podía eximirlo de llevar a M.K. al nosocomio, más aún cuando había intentado reanimarlo sin éxito.

Por tales razones, corresponde rechazar el recurso de la defensa de Camnasio en cuanto postula arbitrariedad de la sentencia.

-V-

Que en razón de la solución que se propicia, deviene inoficioso un pronunciamiento en punto a los agravios referidos a la determinación de la pena impuesta al incuso Camnasio, puesto que la remisión a otro tribunal para que, en ausencia de causal subjetiva de interrupción de la prescripción, declare extinguida la acción penal en orden al delito de lesiones leves, impone la fijación de una nueva pena, luego de la audiencia de visu exigida por el art. 41 CP.

Por tal motivo, corresponde remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule un nuevo tribunal, con el fin de que dicte un pronunciamiento conforme a lo aquí decidido.

-VI-

Que, de otra banda, tal como lo observa la defensa de la encausada K. en su escrito presentado durante el término de oficina, la situación de la imputada resulta sustancialmente diferente de la de su pareja -a la sazón, consorte de causa- ya que ella no se encontraba con la víctima al momento en que se manifestó la gravedad del peligro que corría la vida del pequeño M.K.

Obsérvese que, según se relata en la sentencia condenatoria, K. había advertido el malestar del niño, que fue atribuido en un primer momento a un empacho que se habría producido el 22 de diciembre. Aparentemente ese malestar habría continuado de manera prácticamente ininterrumpida hasta el 30 del mismo mes. No obstante, ello no se condice con las características de la evolución de la peritonitis que, en el caso, se produjo como consecuencia de un fuerte golpe en el estómago del niño, que produjo la ruptura de su intestino y culminó con su muerte, debido a la falta de tratamiento oportuno.

Lo cierto es que en el presente caso no se investigó adecuadamente acerca de quién, cuándo y en qué circunstancias fue golpeado M.K., a pesar de que las lesiones graves que produjeron la peritonitis fueron objeto de acusación contra Camnasio, quien -no obstante- resultó absuelto en orden a ese suceso, ya que no existían pruebas que demostraran con el grado de certeza suficiente que él era quien había golpeado al niño. Esto ocurrió, tal como lo señaló la defensa del imputado durante el juicio, porque se presumió su culpabilidad sobre la base del reconocimiento que efectuara el encartado respecto de los maltratos y golpes que motivaron la separación de M.K. de su madre en el año 2004, debido a una denuncia por violencia familiar.

Ciertamente, los testimonios de las personas que conocían a Camnasio dan cuenta de su temperamento violento, pero la acusación no fundó suficientemente la imputación en orden al golpe que produjo la ruptura del intestino de M.K. y es por ello que no pudo establecerse el momento en que el niño fue lesionado, ni tampoco determinarse si su madre conocía aquella fuerte agresión.

En cambio, lo que sí se pudo acreditarse es que K. llevó al niño al médico y que el profesional aventuró que se trataría de una afección hepática, recomendó una consulta con un pediatra, pero no consideró que la urgencia fuera tal que mereciera el auxilio de una ambulancia. También resulta claro, a partir de los dichos médicos, que la sintomatología de la peritonitis puede ser confundida con otros problemas de salud menos peligrosos -tales como el malestar hepático o una indigestión-, dolencias que no requieren atención médica de urgencia y que, según una razonable representación, podían ser atendidas luego del horario de trabajo de Kalyna.

Es por tal motivo que se presenta infundado el reproche referido a que la mujer hubiera concurrido a su trabajo en lugar de llevar a su hijo de inmediato al hospital. Repárese que, tal como se destacó *supra*, el niño habría recibido medicación ("Buscapina"), que aminoró el dolor padecido, como también que cuando K. llegó al hotel su hijo caminaba y era capaz de subir escaleras.

Asimismo, se le censuró a K. la demora en llegar a su casa para llevar al niño al hospital. Sobre ello, se evocaron los concordantes testimonios de sus compañeras de trabajo, en orden a que ella no se encontraba particularmente apurada y que no quería dejar de cumplir ordenadamente con su tarea de cerrar la caja que tenía a su cargo. A pesar de todos los testimonios de las empleadas del supermercado, referidas a que ella se podía ir, se debe señalar que al parecer aquellas testigos minimizaron las estrictas condiciones de disciplina que las trabajadoras debían cumplir en aquel comercio. Sobre ello, existen sobrados indicios, tales como la retención de los teléfonos celulares de las empleadas durante el horario de trabajo, y la circunstancia de que en ninguna de las oportunidades en que Camnasio llamó al supermercado se le comunicara con Kalyna, sino que se tomaba el mensaje y se lo transmitían. Otro elemento que demuestra de manera casi burda o trágica las estrictas condiciones laborales puede advertirse a partir del testimonio del médico que constató la muerte de M.K., a quien Kalyna, horas después del deceso, solicitó un certificado para su presentación en el trabajo. Esto, que resulta interpretado por el profesional y los jueces como un signo de desamor y de insuficiente conmoción derivada de la muerte de su hijo, demuestra, más evidentemente, la reacción propia de una persona que cumple con condiciones laborales que le impiden llegar tarde para llevar al médico a su hijo y le exigen la comprobación de las causas de impuntualidades e inasistencias, aún en situaciones dramáticas como las que dieron origen al luctuoso hecho de la causa. Pero también demuestra que la mujer necesitaba de la totalidad de los \$900 que percibía por aquel trabajo para poder afrontar, aún en esas condiciones, los gastos de manutención propios y de su familia.

Esta circunstancia favorece la relativización de los testimonios de las compañeras de trabajo y su contundencia en orden a su total libertad de irse sin mayores consecuencias, y a la inmediatez de la transmisión del mensaje de Camnasio. A todo evento, ello no resulta determinante puesto que se tiene por probado que el nombrado

llamó por primera vez al supermercado aproximadamente a las 14.30 hs., y que ella se retiró cercanas las 15:00 hs.. Sobre ello, resulta relevante el hecho de que K. pensaba que su niño tenía una dolencia menor y que no habló directamente con su concubino, de manera tal que desconocía el cuadro de gravedad del niño, que ya estaba morado y que prácticamente no respiraba.

También pudo haber sido informada acerca de la forma en que se expresó Camnasio al hablar con la persona encargada de atender el teléfono, quien declaró que el imputado se encontraba muy ofuscado, exigía la presencia de K. y en una de sus tres comunicaciones expresó: "que se haga cargo esa hija de puta que yo no tengo nada que ver con esto, yo no tengo nada que hacer, está morado" y colgó. Aquella comunicación, de características evidentemente violentas, permite inferir que el referido tenía un trato abusivo y fuertemente agresivo con la encausada.

En efecto, también se desprende de la sentencia que Camnasio golpeaba frecuentemente a su compañera y era una persona muy violenta. De ello dieron cuenta todas las compañeras de trabajo y la encargada del hotel, que declararon haber visto a K. golpeada en varias oportunidades y agregaron al preguntárseles sobre la causa de las lesiones que ella daba respuestas contradictorias y que evidentemente no eran ciertas. Asimismo, K. reconoció que Camnasio le pegó al menos una vez y le confesó a una compañera de trabajo que era golpeada por su pareja. Por lo demás, resulta prístino a partir de los testimonios vertidos durante el juicio que Camnasio era extremadamente controlador e intolerante. Así, razonablemente la encartada pudo considerar que los dichos de su pareja eran una exigencia desmedida más, entre las que padecía a diario. Tal vez fueron esas experiencias las que la llevaron a subestimar la situación y atribuirle a la corriente falta de tolerancia de Camnasio frente a las situaciones que no eran de su agrado o preferencia.

Se advierte que todos los reproches a la conducta de K. se vinculan con la falta de dramatismo que reveló aquella mujer frente a lo que culminó en la muerte de su hijo. No obstante, de la totalidad del material colegido, también es posible concluir que la misma no poseía el grado de conocimiento suficiente sobre la situación de peligro y que su conducta se ajustó a la circunstancia que efectivamente se representaba, vinculada con una enfermedad hepática.

También se le cuestionó a K. su demora desde el momento en que llegó al hotel hasta que salió en un taxi a llevarlo al hospital. Sobre este extremo, existe solamente el registro que establece que arribó con M.K. a las 15.55 hs., pero no se sabe con certeza cuánto tiempo tardó desde que vio a M.K. hasta que salió del hotel. Según la encargada del

establecimiento, se trató de un tiempo considerable.

Al respecto, cobra relevancia el hecho de que se desconoce la hora exacta del deceso del niño, quien ya había fallecido al momento de llegar al nosocomio. En tal sentido, se debe destacar como plausible que el niño estuviera muerto al momento de la llegada de su madre al hotel, circunstancia que haría irrelevante la tardanza en salir, aún si ella consideraba que existía necesidad de buscar asistencia médica, puesto que el bien jurídico se encontraba ya irremediablemente perdido. Y es la regla del *favor rei* la que impone, frente a la duda, considerar que el niño ya no estaba con vida cuando K. arribó y lo vió.

Por otro andarivel, la demora en salir y el hecho de que Camnasio no la acompañara al hospital, dan respaldo a la hipótesis enunciada, puesto que es posible que, al ver que la situación era ya irreversible, hubieran tomado los minutos necesarios para pensar una estrategia para mitigar la responsabilidad de Camnasio por no haber llevado al niño al hospital y por todos los golpes que evidenciaba el cuerpo de M.K., constatados en la autopsia, empeño que la encartada mantuvo a todo trance durante la totalidad del proceso.

Es por estos motivos que corresponde absolver a Silvia N. K. en orden al delito por el que fuera acusada, habida cuenta que no puede establecerse con el grado de certeza apodíctica que demanda un pronunciamiento de condena que haya contado con el conocimiento de los elementos necesarios que permitan configurar el dolo requerido por el tipo penal que fuera objeto de acusación en virtud de la regla *in dubio pro reo*. A su respecto cabe, pues, hacer lugar sin costas al remedio de la defensa.

-VII-

Que, *ad finem*, las particulares circunstancias que rodearon la producción del trágico resultado de la muerte de un niño de apenas tres años, y el procesamiento y posterior condena de su madre, fuerzan a formular especiales consideraciones acerca de elementos que no fueron tenidos en cuenta a lo largo del proceso y que determinaron una seria desprotección en el tratamiento que recibiera K. por parte del Poder Judicial.

Silvia N. K. y Juan Adolfo Camnasio comenzaron a convivir, junto con el hijo de Silvia -quien en aquel momento contaba con apenas un año y once meses de edad- el 1° de diciembre de 2004. Sólo 17 días después Camnasio fue denunciado por la persona que cuidaba a M.K. durante las horas de trabajo de Silvia, debido a que encontró al niño fuertemente golpeado en su cara; según relató, M.K. se

encontraba "desfigurado".

Aquel suceso motivó que se privara a K. de la tenencia de su hijo, cuando por entonces se encontraba embarazada de su segundo hijo, producto de su unión con Camnasio. M.K. quedó a cargo de una familia sustituta, donde convivía con otros niños y el juzgado ordenó exhaustivos informes socioambientales sobre el lugar donde vivía con su pareja y respecto de la historia de vida de ambos. También se les indicó a K. y Camnasio la realización de tratamientos psicológicos individuales y de pareja focalizados en la situación de violencia familiar. Asimismo, la nombrada concurría asiduamente a las visitas para ver a su hijo, y lo hacía sin la compañía de su pareja.

El primer informe profesional respecto de K. refiere a su historia de vida. Allí se informa que sufrió malos tratos en el ámbito familiar durante su infancia, que ello motivó que quedara al cuidado de sus abuelos, que durante aquel periodo su abuelo la violó, contando ella con aproximadamente apenas cinco años de edad. Luego fue entregada junto con sus hermanos a una familia sustituta, donde fue violada nuevamente y finalmente a sus ocho años, fue a vivir con su padre (fs. 29/30 del expte. 297/2005 del Juzgado Nacional en lo Civil N° 102).

La causante manifestó que hacía tiempo que no mantenía contacto con su familia y que consideraba que ellos la habían abandonado y no se preocupaban por ella. También recordó que convivió con el padre biológico de M.K. durante tres años, pero que él la abandonó durante su embarazo. Pero además señaló que la relación era muy violenta, que recibía golpizas de parte de su compañero y que aquellas agresiones llegaron a ser de tal magnitud que, antes de que naciera su primer hijo, una agresión de su pareja le provocó un aborto tras cinco meses de embarazo. También refirió que antes de vivir con Camnasio ella residía en un hogar para madres solteras junto con su hijo.

Durante los primeros días en que se tramitó la protección de M.K. se le preguntó si conocía alguna persona que fuera de su confianza y estuviera dispuesta a cuidar de M.K., a lo que indicó que Raquel Sastre podría hacerlo. Esta señora fue citada por el juzgado con el fin de consultarle si efectivamente aceptaría aquella responsabilidad y ella respondió que consideraba mejor no hacerlo, puesto que tenía temor respecto de que Camnasio pudiera intentar llevarse al niño por la fuerza y agregó que el problema de Silvia "deviene de las parejas que elige" (fs. 34 del expediente civil).

Una de las consideraciones que determinaron la separación de M.K. de su madre, fue que la misma no comprendía verdaderamente la gravedad de lo ocurrido, minimizaba la violencia y justificaba a su pareja (ver el

informe de fs. 29/30 ya citado y 35/vta.). Más adelante, la psicóloga designada informa que Silvia "Entabla vínculos viscosos, poco discriminados, con interacciones violentas, ambivalentes, que implican niveles de riesgo considerable" y "Muestra tendencia a mecanismos de acción y a fabulizaciones que enmascaran vínculos altamente patológicos". Finalmente concluye que padece un trastorno de personalidad *borderline* o limítrofe (fs. 52).

A fines de septiembre de 2005 K. presentó un escrito en el juzgado, solicitando que se le restituya la tenencia de su hijo (fs. 139/142). Con el fin de evaluar aquella solicitud, se tuvo en cuenta un informe referido a Camnasio firmado por dos médicos del Cuerpo médico forense - sin indicación de su especialidad-, donde se hace referencia a su estado de salud físico y psíquico. Sobre el examen psiquiátrico se sostiene que: "se presenta atento, con plena conciencia de su estado, buena memoria tanto próxima como remota. Su palabra es clara y bien articulada. Está bien orientado en tiempo y lugar. No ha presentado en el curso de nuestro examen trastornos de sus percepciones. No se han comprobado alteraciones en el curso y en el contenido del pensamiento. Caudal ideativo fluido, de aceptable nivel. Asocia sus ideas con ritmo normal, es coherente." [...] "Su juicio, raciocinio y espíritu crítico encuadran dentro de lo normal, al igual que su voluntad y afectividad." [...] "Su inteligencia, dado su medio y condición, debe considerarse de aceptable nivel de asimilación". Por último se concluye "No se han ocasionado nuevas situaciones de violencia, y el examinado considera positivo y útil el tratamiento que realiza y que desea continuar [...] **Está en condiciones de ejercer el rol paterno**" (fs. 156/157, el subrayado no es del original). El informe está fechado el 18 de agosto de 2005. Se observa que las valoraciones finales no dan cuenta del conocimiento del hecho que motivó la separación del niño de su hogar, ni de un examen específico o especializado respecto de la violencia ejercida por Camnasio. Tampoco se sabe a qué se refieren los profesionales cuando indican que los hechos de violencia no se repitieron, teniendo en cuenta que Camnasio no volvió a ver a M.K. desde el día en que fue denunciado por las lesiones que le había causado, ni se hace referencia alguna a un seguimiento respecto de la integridad física de Kalyna, la única que seguía expuesta a la violencia del imputado.

Posteriormente, con fecha 24 de noviembre de 2005 se agrega un nuevo informe sobre Camnasio realizado sobre la base de entrevistas con el imputado, la lectura del

expediente de protección de persona y demás técnicas de psicodiagnóstico y que lleva la firma de un psicólogo del Cuerpo Médico Forense. Allí se advierte que "Presenta una personalidad de tipo caracteropática, que presenta una coraza defensiva que le permite disociar en demasía su pensamiento de sus afectos e impulsos, fracasando por momentos sus defensas básicas adaptativas, emergiendo un caudal de ansiedad e impulsividad con escasa mediación simbólica." [...] "Es escasa su capacidad de pensar su conflictiva interna, como así también **es escaso su nivel de autocrítica y su tolerancia a la frustración.**" [...] "**Presenta escasa conciencia respecto de la gravedad de la situación sucedida, teniendo tendencia a depositar en el afuera la responsabilidad de los problemas familiares**" "El examinado **presenta indicadores de perturbación emocional**, que por el momento **lo comprometen para asumir el rol paterno sustituto**" [...] "Tiene cierta conciencia de situación y escasa conciencia de patología individual" y concluyó que: "Atento a las características de personalidad del señor Camnasio y al tratamiento psicoterapéutico individual [...] entiendo que **debemos esperar la evolución de dicho tratamiento, en relación a la posibilidad del examinado de un mayor reconocimiento respecto de su responsabilidad subjetivo en relación a su sucedido al menor**" (fs. 158/159 el énfasis es agregado).

El 16 de diciembre de 2005 K. reitera su solicitud de restitución de la convivencia con el niño (fs. 160/161) y el 19 de diciembre la Jueza Martha B. Gómez Alsina decide restituir la guarda de M.K. a su madre "para su incorporación al grupo familiar", con invocación del informe médico de fs. 158/159, correspondiente al mes de agosto, donde se concluye que Camnasio es "capaz de ejercer el rol paterno" (fs. 165/vta.).

Se observa que la jueza permitió que M.K. regresara a la convivencia con Camnasio, invocando un informe médico que se pronunció de manera abstracta sobre el caso y de cuatro meses de antigüedad, a pesar de la existencia de un informe negativo respecto de la conveniencia de asignar el rol paterno a la persona que un año antes había golpeado al niño y que indicaba un estudio más profundo y actualizado de la personalidad del imputado. Tampoco se tuvo en cuenta el informe de la licenciada en Trabajo Social, remitido al juzgado el 19 de diciembre y glosado a fs. 194, donde se concluía que: "se está a la espera del resultado del informe médico forense del Sr. Camnasio. Se considera, **en caso de resultar éste positivo** y no mediar situación judicial en contrario, comenzar a ampliar la vinculación del niño con su madre, incluyendo que pernocte en el domicilio materno" (énfasis agregado). A pesar de que la recomendación de la profesional, en orden a que debiera supeditarse el egreso del niño del programa de Amas Externas, la Jueza restituyó al

niño aquel mismo día con la sola invocación del informe médico *supra* transcripto y sin consideración alguna respecto de las dos opiniones profesionales especializadas en orden a la importancia de evaluar cuidadosamente a la pareja de la madre del niño sujeto a protección.

El 21 de diciembre de 2005 M.K. regresó a la casa de su madre y Camnasio, el 30 de diciembre, sólo 9 días después, falleció producto de una peritonitis causada por un golpe en el estómago que le produjo la ruptura del intestino delgado. La autopsia da cuenta de la presencia en el cuerpo del niño de varias lesiones de distinto grado de evolución producidas por choque o roce con presión, golpes con objetos duros, provocadas por terceras personas (fs. 21/27 del expediente de la instrucción). La falta de tratamiento oportuno de aquella dolencia ocasionó la muerte del niño.

A partir de la lectura del expediente de "protección de persona" en favor de M.K. se observa que el proceso judicial abordó una situación de enorme riesgo para la integridad física no sólo del niño, sino también de Silvia Kalyna, de una manera absolutamente burocrática y distanciada de las partes involucradas. En efecto, no surge de las constancias del expediente que la magistrada haya tenido contacto siquiera una sola vez con el niño ni con el agresor. Puede concluirse, sin riesgo de exageración, que la "protección judicial" no respondió evidentemente a un objetivo de ayudar a la familia a poder resolver el grave problema de violencia que se evidenció a partir de las lesiones de M.K., sino a una penalización a la madre por haber elegido a una pareja incorrecta. Sólo así puede explicarse que la jueza no haya siquiera leído los informes profesionales antes de decidir la restitución de un niño al que jamás conoció para que conviva con su madre y su agresor tras un año desde la resolución que decidió separarlos. El fatal desenlace da cuenta del rotundo fracaso del Estado en proteger a M.K. aún cuando haya intervenido oportunamente en la situación de peligro.

Frente a estos antecedentes, los jueces y fiscales que intervinieron en la causa han tenido una mirada incompleta sobre el caso. Resulta sorprendente que la descuidada intervención del juzgado civil no haya merecido valoración alguna. A mi ver, este tribunal no puede dejar de expresar la profunda consternación que causa saber que el poder judicial ha intervenido en esta familia, de características indudablemente muy violentas, y ha restituido a M.K. un año después de su separación de la madre tras una rutina que no involucró un verdadero compromiso siquiera en

leer las constancias del expediente.

Más aún: sorprende también que en ningún momento los profesionales y funcionarios que intervinieron en el expediente civil hayan dado cuenta de la violencia que sufría K. de parte de su pareja. Los golpes que ella recibía se encuentran absolutamente acreditados durante el juicio, donde las compañeras de trabajo y la encargada del hotel donde ella residió junto con Camnasio durante todo el año que duró la intervención del juzgado en el ámbito familiar de la pareja dieron cuenta de manera consistente e indudable de haberla visto golpeada. Incluso Camnasio reconoció que a Silvia le había pegado una vez (vid. fs. 823vta.).

En ese orden, resulta conveniente relevar detalladamente cada uno de los testimonios recibidos, a efectos de reafirmar las conclusiones en orden al dolo de abandono (y su ausencia) por parte de Kalyna, con el fin de dar a esa circunstancia la relevancia que corresponde asignarle en el presente caso.

Durante el juicio se recibió el testimonio de Blanca Azucena Gonzalez, encargada del hotel en el que residía la pareja, quien afirmó que vio a Silvia con un ojo morado y le preguntó a qué se debía, obteniendo como respuesta que se había caído por la escalera o se había peleado en el trabajo, circunstancia que la gerenta del supermercado en el que K. laboraba negó absolutamente, dado que una pelea de tales características habría motivado el despido de los participantes.

Mercedes Inés Di Darío, delegada del supermercado en el que la encausada trabajaba, refirió que el 30 de diciembre de 2005 no la vio muy angustiada, que ella no era una persona muy expresiva, "no hablaba mucho", y había comentado que su hijo se encontraba enfermo, con vómitos por algo que había comido. Agregó que varias veces vio a Silvia con marcas en la cara (fs. 825vta/826).

Gregoria De Jesus Torres, trabajadora del sector de recursos humanos del supermercado, refirió que K. había avisado que probablemente debería retirarse antes de su horario de salida, debido a la dolencia de M.K., que le comentó también que ya había llevado a su hijo al médico, donde le recetaron "Buscapina" inyectable (fs. 826), y que pensaba llevarlo nuevamente esa tarde. Fue esta empleada la que recibió los mensajes de Camnasio referidos al grave estado del niño, dijo que en primer lugar solamente pidió que fuera a la casa a hacerse cargo del niño, ella le indicó a Camnasio que llamara en 10 minutos y transmitió el mensaje a la jefa, a línea de cajas y a la delegada. Luego de diez minutos recibió el segundo llamado, donde Camnasio le dijo que M.K. estaba grave. Ella recomendó que tomara un taxi al hospital o llamara a una ambulancia. La respuesta que recibió fue la alocución grosera y agresiva: "que se haga cargo esa

hija de puta que yo no tengo nada que ver con esto, yo no tengo nada que hacer, está morado". La testigo sostuvo que le comentó a K. sobre la agresividad de Camnasio y le dijo que le había faltado el respeto. También refirió haberla visto tranquila aún luego de recibir los mensajes de su pareja (fs. 826/vta.)

El médico Sebastián Ismael Homar, quien comprobó el óbito, señaló que la madre de M.K. le solicitó un certificado para el trabajo y le comentó sobre una dolencia gastrointestinal que tenía el niño hacía algunos días. Fue él quien sindicó que la "Buscapina" es contraindicada para un cuadro de peritonitis y sostuvo que M.K. ya estaba muerto al llegar al hospital (fs. 827/vta.).

La testigo Verónica Beatriz González, gerenta de la sucursal en la que trabajaba Kalyna, fue la que más enfatizó en la demora en retirarse y la insistencia por parte del personal del supermercado en que ella se fuera a toda prisa. Refirió que a Silvia la vio tranquila y que muchas veces la había visto golpeada, recibiendo como explicación que ella se habría golpeado con la punta de la mesa, la silla u otro mueble. Sostuvo que Silvia le contó que Juan le había pegado "solamente una vez". También supo el 30 de diciembre que M.K. estaba con vómitos y que Silvia dijo que lo había llevado a una salita para que lo atendiera un profesional y se le suministró "Buscapina". Asimismo afirmó que luego de la muerte de M.K. ella le preguntó a K. por qué no llevó al niño a una segunda consulta en lugar de ir a trabajar y Silvia respondió que pensaba hacerlo luego del horario de trabajo y que se fue tranquila porque pensó que su hijo solamente se encontraba descompuesto (cfr. su declaración de fs. 125/128, incorporada por lectura).

En aquella misma declaración, la testigo refirió que conversó a solas con Silvia luego de la muerte de M.K., que Camnasio no quería dejarla ir sola, pero no lo dejaron pasar a la oficina. Sostuvo que le llamó la atención que ella no llorara mientras hablaba sobre el tema. Indicó que conversaron durante una hora y que en el transcurso de ese lapso, ella recibió muchos mensajes de texto de Camnasio, quien se comportó de manera nerviosa y agresiva, hasta que se retiró del lugar.

También surge de la declaración indagatoria de Camnasio al referirse a los efectos de la terapia que: "me hizo hacerme mucho más tolerante. Antes me hacía mala sangre por nada, cuando me contestaban mal en mi trabajo. Temas puntuales: cuando Silvia estaba embarazada le molestaba absolutamente todo por su estado. Nunca me molestó eso, si no

hubiese existido el tratamiento, me enganchara enseguida en cualquier discusión, **la dejaba que ladre hasta que se canse.**" (fs. 77vta.)

Resulta llamativo que el *a quo* no haya podido dar relevancia alguna a la gran cantidad de testimonios que daban cuenta de que Silvia era una mujer golpeada, que vivía con un hombre muy agresivo y que ella encubría constantemente a su pareja. En efecto, en la declaración indagatoria de Kalyna, incorporada por lectura al debate, se evidencia una total negación respecto de los hechos de violencia intrafamiliar, con sólo observar que ella considera que solamente tiene el apoyo de su marido y no cuenta con nadie más (fs. 61/70vta.).

Los testimonios también indican de manera indudable que K. no creía que la vida de su hijo estuviera en peligro y su convicción no se modificó luego de los llamados ofuscados de Camnasio. Parece claro que ella antepuso en todo momento la defensa de su pareja frente a la acusación, ya que se trataba de una persona solitaria y aislada de todo otro vínculo que no fuera aquél. Varios testigos refirieron que era muy reservada y quedó probado también que no tenía contacto alguno con su familia.

El tribunal parece haber tomado como elemento cargoso la actitud de Silvia, que no evidenció momentos antes y después de la muerte de su hijo el dramatismo que amerita para una madre la pérdida de su hijo. Se consideró aquella actitud como un indicio del abandono.

En definitiva, el reproche del *a quo* hacia Silvia se fundamentó en que: "la madre dejó al niño al cuidado de su consorte de causa sin importarle que atento a que había trabajado toda la noche estaba cansado y podría dormirse, **concedora de su temperamento poco tolerante y sin ignorar, dado las diversas lesiones de escasos días de evolución que presentaba el niño señaladas en la autopsia, que al menos su pareja no era un diligente protector del menor...**", luego también se menciona su "inexplicable demora" en salir del trabajo, se descrea de los dichos de Silvia en orden a haber llevado a M.K. al médico y se dice que aún si lo hubiera hecho "ello tampoco eximía a la madre del niño de hacerlo examinar presurosamente al día siguiente".

Tal como se ha relevado, aquello que el tribunal considera "inexplicable" se encuentra claramente explicado por los testigos y por las circunstancias que afectaban a la razonable percepción de la encartada. El único reproche que permite, en definitiva, comprender la sentencia condenatoria contra Silvia se vincula con el hecho de que ella no se separó de Camnasio a pesar de que él maltrataba a su hijo.

Al respecto, corresponde consignar que -así como se desprende de los antecedentes- nunca en su vida ha podido contar un modelo de familia que le permita considerar la violencia como algo inaceptable, a poco de ver que jamás

vivió un vínculo exento de agresiones. Sabemos que sufrió reiteradamente violaciones en el ámbito intrafamiliar y por parte de las personas que debían protegerla, que también sufrió en su primera infancia agresiones físicas y que durante varios años fue cambiando de hogar y familia, sin que su situación se adecuara al derecho que tiene todo niño a crecer en un ámbito de contención y amor.

Repárese que su primera experiencia de convivencia con una pareja fue similar a la del modelo de familia que ella había podido construir y evidentemente naturalizar: su concubino la golpeaba constantemente y llegó a causarle el aborto de un embarazo avanzado, y luego la abandonó. Nótese que, según Kalyna, aún después de este gravísimo episodio, ella no se separó de su pareja y que finalmente él la abandonó mientras estaba embarazada. La normalidad que revestía la violencia no le permitió, dentro de este vínculo, percibir los enormes niveles de peligro a los que se encontraba expuesta, ni la forma de salir de esta relación.

La unión con Camnasio representó la posibilidad de tener una vida aparentemente más independiente. No se puede soslayar que antes de vivir con él en un hotel, residía en un hogar para madres solteras, seguramente porque sus ingresos no le permitían alquilar un lugar donde pudiera criar a su hijo. Otro elemento que acentuaba su dependencia respecto de su pareja se vinculaba con que al momento de ser privada de la tenencia de M.K. Silvia se encontraba embarazada y, al tiempo en que el niño regresó a su hogar, su segundo hijo -de ella y Camnasio- era apenas un lactante.

Surge de manera evidente, por la sola lectura de las piezas que conforman los antecedentes de las presentes actuaciones, que K. se encontraba inmersa en una nueva relación violenta -que ella naturalizaba- y que otra vez no concebía posibilidad alguna de separación. Frente a esta situación, que no pudo y no debió ser ignorada por los profesionales que trataron la situación de la familia, no se proporcionó a K. el apoyo necesario para cortar con el vínculo dañino y peligroso que sostenía con Camnasio. No se abordó su condición de mujer golpeada, ni se logró que ella pudiera deconstruir los terribles modelos familiares que sufrió y reiteraba en su vida adulta al momento de formar su propio hogar.

El Estado tuvo la oportunidad concreta de ayudarla a cortar los lazos de sometimiento que determinaban su dependencia emocional y económica, que le impedían ponerse a salvo a ella misma y a sus hijos de la violencia de su

compañero. Por ello, cuando se produjo un resultado razonablemente esperable -cuanto menos para los profesionales expertos en el tratamiento de casos de violencia intrafamiliar- parece impropio apuntar la censura sin la necesaria valoración de todos los antecedentes que vinculan a los protagonistas con el devenir del suceso.

Por último, resulta importante volver sobre la consideración como dato negativo del hecho de que K. no reaccionara con dramatismo frente a la dolencia de su hijo. De la lectura de los testimonios, más allá de resultar su desconocimiento de la verdadera dimensión del peligro para la vida de su hijo, puede advertirse algún grado de "anestesia emocional", un cierto distanciamiento respecto del dolor que le causaban las vivencias que debía afrontar, lo que constituye un típico síntoma que aparece en las mujeres que se encuentran sometidas a relaciones íntimas violentas (Cfr. Bodelón, Encarna- Naredo Moledo, María- Casas Vila, Glòria, *La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España*, en Encarna Bodelón (dir.), "Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales", Didot, Buenos Aires, 2012, p. 37).

En efecto, existe una condición psicológica que se denomina "síndrome de la mujer golpeada", sobre el que se ha dicho que: "es considerado una subcategoría del trastorno por stress post traumático y se ha sostenido que se evidencia a través de tres grupos de síntomas: a) disturbios cognitivos - consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y flashbacks, que hacen que la mujer reexperimente episodios agresivos anteriores y que se incrementa y afecta su percepción del peligro, b) altos niveles de ansiedad - que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) **síntomas evitativos o de evitación - consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento** y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar" (Di Corleto, Julieta B., *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas*, "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", Lexis Nexis, N° 5/2006, p. 867, énfasis agregado).

A pesar de que no se evaluó oportunamente la presencia de este síndrome, razón por la cual no se puede afirmar con certeza la presencia de todos sus síntomas, parece evidente que K. ha negado y subestimado el peligro y que su imposibilidad de cortar el vínculo violento, la ha llevado a alejarse y aislarse respecto de cualquier contacto con otras personas que no fueran su pareja, reforzando de esta manera su incapacidad de desnaturalizar las agresiones y de recibir ayuda para salir del círculo de violencia en la relación amorosa. Otro de los síntomas que frecuentemente

aparece en las mujeres golpeadas se vincula con lo que se ha denominado "impotencia aprendida", consistente en la dificultad o incapacidad que tiene la víctima de maltrato para percibir las posibilidades de salir de la relación violenta (Schopp, Robert F., "Justification defences and just convictions", Cambridge University Press, 1998, pp. 93-94) Corresponde señalar, asimismo, que opiniones especializadas han constatado la existencia una conexión frecuente entre el abuso sexual, físico y emocional durante la infancia y el hecho de formar parejas violentas, las mujeres que de niñas han sufrido este tipo de agresiones tienen además mayor dificultad para poder cortar los vínculos violentos (Cfr. Walker, Lenore, "The battered woman Syndrome", 3ra ed., Springer Publishing Company, Nueva York, 2009, pp. 10-12).

Estos datos no pueden haber sido desconocidos por los profesionales que se entrevistaron con K. durante el proceso que concluyó en la restitución de su hijo al hogar que compartía con el agresor. Lo que parece haber ocurrido en la especie, es que no se ha advertido la necesidad de promover la separación de aquella pareja con el fin de proteger los derechos de la mujer y de sus hijos.

Como en tantos otros casos, una dificultad que se advierte frecuentemente para la intervención en las situaciones de violencia íntima, se vincula con la concepción según la cual las relaciones de pareja pertenecen al ámbito de lo privado y que cualquier intervención estatal en aquella relación es ilegítima o contraproducente. Pues bien, la falta de intervención oportuna del Estado en favor de la protección de Silvia, el "respeto" por la intimidad conyugal, ha abandonado a su suerte a los más débiles dentro de las relaciones de poder y sometimiento existentes en aquella familia. Fue de aquella omisión y fracaso estatal que derivó esta vez la muerte de M.K. de solo tres años de edad.

Sobre lo inadecuada que resulta la consideración de la violencia contra las mujeres en las relaciones íntimas como una cuestión privada, se ha reflexionado que: "El concepto de maltrato masculino hacia las mujeres como algo privado tiene una fuerza ideológica potente en nuestra conciencia. Al ser considerado como una cuestión privada, lo reafirmamos como un problema individual que involucra solo a una relación íntima y particular, lo cual impide la generación de la responsabilidad social para encontrar una solución legal [...] en lugar de concentrarnos en quien maltrata, analizamos a la mujer maltratada, investigamos su conducta, examinamos su patología y la culpamos por seguir en la relación, a fin de mantener nuestra negación y nuestra

incapacidad para enfrentar las cuestiones más básicas y problemáticas referidas al poder y el control en las relaciones íntimas" (Schneider, Elisabeth, *La violencia de lo privado*, en Di Corleto, Julieta (comp.), "Justicia, género y violencia", Librería- Red Alas, Buenos Aires, 2010, p. 47).

En el presente caso, los funcionarios estatales han omitido toda asistencia a una mujer que era víctima de violencia de género. Al respecto, no puedo dejar de memorar que en un caso en el que el Estado de Brasil omitió todo tipo de intervención para hacer cesar la violencia intrafamiliar, a pesar de las denuncias policiales de la mujer que la sufría, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que ello importa la omisión de cumplir con las obligaciones de prevención, y detectó una violación concreta al deber de investigación y sanción oportuna de estos hechos, derivada de los compromisos internacionales asumidos en virtud de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Convención *Belém do Pará*- (Caso "Maria da Penha Fernandez Maia vs. Brasil", informe 54/01 del 16 de abril de 2001, párr. 46-46, 51, 55-56) y recomendó que Brasil debería realizar lo conducente en orden a concientizar a sus agentes para que puedan brindar la atención oportuna y adecuada en casos de violencia e impartir la formación necesaria para deconstruir los patrones culturales que llevan a la policía y a los órganos judiciales a desoír las denuncias (ap. VIII, párr. 4.a, c, d y e).

De todo ello es dable concluir que mas allá de lo consignado en lo atingente al dolo y la ausencia de su prueba, la condena a Silvia K. sobre la base de un reproche fundado en que no pudo librarse de la relación violenta que padecía, con el fin de proteger a su hijo -conociendo el "temperamento poco tolerante" de su pareja- supone culpabilizar de manera inadmisibles a la mujer por una situación de violencia de la que ella misma es víctima y revictimizarla, descargando la responsabilidad de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b de la Convención *Belém do Pará*), que el Estado no asumió, a pesar de conocer la situación que originaba el deber de ponerle fin y a asistir a la mujer a superar aquella situación.

Desde siempre "...se destaca la importancia de la identificación de los factores de riesgo y la respuesta inmediata ante ellos..." [ya que] "...las autoridades reconocieron en alguna instancia el riesgo que representaba el agresor (por ejemplo, dictando órdenes de protección o restricción, arrestando y deteniendo al individuo violento, asistiendo a la víctima en la presentación de denuncias o acciones legales), pero luego no continuaron con el caso en forma diligente para garantizar la protección adecuada. Una buena estrategia de prevención también debe mitigar los

factores de riesgo y consolidar las instituciones que pueden suministrar una respuesta efectiva." (cfr. Chinkin Christine "Acceso a la justicia, género y derechos humanos", con cita Corte IDH, *Caso Jessica Lenahan (Gonzalez) vs. Estados Unidos*, Informe N° 80/11, Caso 2.626, 21 de julio de 2001, § 134, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. 16 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), § 292, en "Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres", Ministerio Público de la Defensa, Bs. As., 2012, pág. 35).

Cabe consignar que con el fin de implementar el cumplimiento las obligaciones internacionales vinculadas con la protección del derecho de las mujeres a una vida sin violencia, la ley n° 26.485 dispone que "Los tres poderes del Estado, [...] adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: [...] c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia" (art. 7).

La condena que postulo dejar sin efecto y la separación de Silvia N. K. de sus otros dos hijos -uno nacido meses antes de la muerte de M.K. y la otra concebida, gestada y parida en la cárcel, durante su privación preventiva de la libertad en el marco de este proceso- no solamente fue incorrecta desde un punto de vista puramente jurídico, sino que también podría constituir un hecho susceptible de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

-VIII-

Por estas razones, propongo al acuerdo rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto a favor de Juan Adolfo Camnasio en punto a los agravios dirigidos contra la condena del nombrado por el delito de abandono de persona seguido de muerte y hacer lugar parcialmente a la impugnación en relación al delito de lesiones leves, debiéndose apartar al Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad y remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal con el fin de que dicte una sentencia de conformidad con lo dispuesto en el punto V, sin costas (arts. 41, 59, 62, 67 y 89 CP; 173, 470, 471 a *contrario sensu*, 530 y cc. CPPN), y hacer lugar al recurso de

casación interpuesto a favor de Silvia N. Kalyna, sin costas, y absolverla en orden al delito por el que fuera acusada (arts. 107 en función del último párrafo del 106 CP; 3, 402, 470, 471, 530 y cc. CPPN).

Asimismo, postulo dar intervención al Consejo Nacional de la Mujer, órgano de aplicación de la ley n° 26.485 (arts. 8 y 9), para asegurar la asistencia médica, psicológica, económica y de cualquier otra índole que sea necesaria para Silvia N. Kalyna, con el fin de preservarla de nuevos hechos de violencia y dar adecuado cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en virtud de la Convención *Belém do Pará*.

Así doy mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la voz que lidera este acuerdo por compartir sus fundamentos y sólo habré efectuar reserva de argumentos en lo que se refiere a la prescripción del delito de lesiones leves, desarrollado en el considerado III, pues si bien coincido en lo sustancial las consideraciones del doctor Slokar en virtud de la doctrina sentada al votar las causas 6349 "*Mattera, Miguel Angel s/ recurso de casación*", resuelta el 3 de mayo de 2005, registro 386 de la Sala III y 12.932 "*Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación*", resuelta el 30 de diciembre de 2011, registro 19.641 de este Tribunal, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, a mi modo de ver corresponde resolver la situación del imputado en esta instancia.

Sin perjuicio de lo cual comparto con el juez Slokar que cabe apartar al tribunal *a quo* y desinsacular un nuevo órgano para que proceda a fijar la nueva pena que corresponda respecto del imputado Camnasio.

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

Sellada la suerte del recurso por el voto coincidente de los jueces que me preceden, solamente habré de limitarme a realizar algunas consideraciones sobre las cuestiones ventiladas en estas actuaciones.

1°) Que adhiero en lo sustancial a la solución propiciada por el juez que inaugura este Acuerdo en los puntos III y IV por compartir sus fundamentos, referidos a la prescripción de la acción penal del delito de lesiones leves por el que Juan Adolfo Camnasio fuera condenado.

Si bien la prescripción opera de pleno derecho por el solo "*transcurso del plazo pertinente*", no es éste el único requisito legal para que la acción prescriba. Ello sólo sucederá efectivamente cuando el "*plazo pertinente*" no esté suspendido o interrumpido por, entre otras causales, la comisión de un nuevo delito -artículo 67 Código Penal- (cfr. voto del Dr. Petracchi *in re* C. 359. XXXII. RECURSO DE HECHO Corach, Carlos Wladimiro c/Verbitsky, Horacio" rta. el

27/8/98).

Entonces, habida cuenta que la determinación de este requisito, bajo ciertas condiciones, por las características de su trámite, puede resultar por demás compleja y requerir sustanciación, deviene adecuado tratarlo en el tribunal de origen.

Ahora bien, tengo dicho que debe ser el Tribunal de origen el que analice la vigencia de la acción penal, y consecuentemente fije la pena que corresponda por haber tomado conocimiento de visu del condenado antes de cuantificar la pena (según lo establece el artículo 41, inciso 2° *in fine*, del Código Penal), en razón de lo resuelto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Maldonado" (Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19) y "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación" rta. el 15/6/2010 (N.132. XLV.), a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por lo demás, entiendo que los elementos de prueba producidos e incorporados al debate permiten dar por acreditada la materialidad del hecho y la responsabilidad penal de Juan Adolfo Camnasio en calidad de autor, por el delito de abandono de persona seguido de muerte, respecto del hijo de tres años de su concubina, M., fallecido el 30 de diciembre de 2005.

2°) Sin perjuicio de ello, habré de disentir respecto a la solución arribada sobre la autoría y responsabilidad penal de Silvia N. Kalya.

Al respecto, vale señalar que si bien concuerdo en cuanto a la absolución de la nombrada en orden al delito de abandono de personas seguido de muerte agravado por el vínculo (artículo 107, en función del artículo 106, último párrafo del Código Penal), ello no impide analizar si la misma pudo incurrir en algún otro delito previsto en la legislación criminal. Considero que la absolución postulada por el voto concurrente de los jueces preopinantes en orden al mentado delito, no es óbice para juzgar y sancionar el accionar de K. en los términos del artículo 84 del mismo cuerpo legal.

Ello por cuanto estimo que no se encuentra debidamente acreditado en autos, con la certeza que exige un pronunciamiento condenatorio, el aspecto subjetivo del tipo omisivo por el cual aquella fuera condenada. En efecto, coincido en lo sustancial con la solución propuesta en lo que a este delito respecta, atento que de acuerdo a las constancias de autos, no se probó durante la audiencia de debate, que K. se haya representado fehacientemente el

resultado muerte exigido por el tipo omisivo.

Al respecto, cabe precisar que pueden claramente diferenciarse dos momentos en el accionar de la encartada y que deben considerarse para analizar si ello ha constituido una omisión típica. Uno, es el referido al momento que ella lleva al niño M. R. K. el 30/12/2005 al hotel donde vivían, antes de concurrir a su lugar de trabajo. El otro, cuando esa tarde, la imputada regresa a dicho lugar, a raíz de los llamados recibidos por su consorte en estas actuaciones.

En el primero, considero que no se encuentra plenamente acreditado que en dicha oportunidad Kalyna, a la luz del curso causal de ese momento, se representó el resultado muerte o su alta probabilidad. Así, atento la inexistencia del aspecto subjetivo del delito por el que fuera condenada, al faltar uno de los requisitos típicos exigidos para el tipo omisivo en estudio, no cabe más que declarar su atipicidad. En efecto, cuando ella deja al niño al cuidado de Camniaso, si bien aquel tenía fuertes dolores en su abdomen, no puede afirmarse que ello bastó para exigirle que se represente, de seguir el curso causal su normal desarrollo, el deceso de la víctima. Se encuentra acreditado por los testimonios de K. y la recepcionista del hotel, que el niño llegó dolorido, descompuesto, pero logró subir por sí mismo las escaleras hasta la habitación. Siendo que fueron éstas las últimas circunstancias que rodearon al hecho antes de dejar al niño al cuidado de su entonces pareja, no puede concluirse que K. se representó el inminente deceso de su hijo. Debe recordarse que la apreciación de la situación de necesidad respecto a otro, requerida en el tipo omisivo, que de continuar el curso causal su normal devenir desembocaría en el resultado típico, debe poder ser apreciado por el autor. Por el contrario, quien no se representa la situación típica que genera el mandato de obrar para interceder en el curso causal, no incurre en el tipo aludido. Cabe encuadrar precisamente esta situación en el momento en que ella deja al niño M. R. en el hotel para acudir al lugar de trabajo. A ello cabe agregar, como se ha reseñado, que la misma de hecho volvió al hotel, siendo esto, por lo tanto incompatible con "abandonar a su suerte", tal como lo estipula el artículo 106 del Código Penal.

Por su parte, para un correcto análisis del segundo momento aludido (cuando decide regresar de su lugar de trabajo al hotel, por los llamados recibidos y puesta en conocimiento del grave estado de salud del niño), cabe señalar que tampoco incurre K. en el tipo omisivo, por las siguientes consideraciones.

Se encuentra probado que el primer llamado telefónico de Camnasio desde el hotel a Kalyna, a su trabajo, solicitándole que vaya urgente a buscar a M. porque estaba muy descompuesto, se produjo a las 14.30 horas del día

30/12/2005. A los diez minutos vuelve a llamar a los gritos diciéndole a la recepcionista del supermercado donde trabajaba K. *"decile a esa hija de puta que venga, que el nene se está muriendo"* (testimonial de Gregoria de Jesús Torres de fojas 130 vta.), anoticiamientos que sumados a la insistencia de sus compañeros de trabajo, finalmente K. decide abandonar el supermercado a las 15 horas para dirigirse al hotel donde estaba el niño. Por su parte, se logró probar por los testimonios de los encartados y la recepcionista del hotel, que la misma llega estimativamente a las 15.15 horas, subiendo de inmediato a la habitación. Que por la situación con la que se encontró -de los cuales los únicos que estaban presentes en la habitación del hotel fueron los encartados y la víctima, a excepción del bebé- K. salió con M. envuelto y tapada la cara con una sábana en busca de un taxi para llevarlo a la asistencia médica. También está acreditado que subió a un remis, que su conductor erró el camino indicado al hospital -por ello el trayecto se demoró- y llegó a destino con el niño ya fallecido a las 15.55 horas, según constancias del médico del Hospital Español y del informe de la autopsia del médico forense

De lo reseñado surge, que luego de arribar al hotel y al advertir la grave situación en la que se encontraba su hijo, K. decidió salir en busca de auxilio médico. Vemos así -pese al tiempo que aquella se tomó para abandonar su puesto laboral, según los testimonios concordantes de las distintas compañeras de trabajo-, que habiéndose aquí sí representado la gravedad del estado de salud de su hijo y el consecuente riesgo para su vida, la encartada obró conforme a derecho. Así, prestó el auxilio que tuvo a su alcance para interferir -aunque infortunadamente- el curso causal que culminó con el fallecimiento de su hijo. No advirtiendo ninguna omisión típicamente relevante desde el momento que llega al hotel y hasta que buscó auxilio médico, cabe concluir que tampoco puede responder en estas circunstancias por el delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo, por el que fuera condenada.

En síntesis, estimo que en uno u otro caso, el obrar de K. no puede subsumirse en el tipo omisivo del delito previsto en el artículo 107, en función del 106, último párrafo del Código Penal.

3°) Sin embargo, lo resuelto en el punto anterior, no impide encuadrar la conducta de la madre del niño dentro de un accionar culposo, en los términos del artículo 84 del Código Penal. La vinculación entre la culpa y la omisión, ha

sido puesta de manifiesto por la doctrina tradicional desde los tiempos de Feuerbach, habiéndose llegado incluso a sostener que en toda culpa existe "algo" que se omite. Así, ello puede fácilmente advertirse en el frecuente caso de quien con su automotor embiste a un peatón, donde evidentemente el conductor omitió frenar, ocasionando ello el resultado típico. Sin embargo, este evidente obrar culposo no puede dogmáticamente ser considerado dentro de la estructura de un tipo omisivo; consideraciones semejantes implicarían volver a la superada concepción naturalista de la acción.

Cabe recordar que la estructura típica del homicidio culposo requiere una violación al deber de cuidado, el resultado muerte y el nexo causal entre ellos.

Puede colegirse que se encuentra sobradamente acreditado que K. violó el deber de cuidado (guarda) que debía a su hijo en su condición de madre. Frente a un comprometido estado de salud del niño, aquella obró negligentemente al pretender resolver su cuadro a través de medios a todas luces inapropiados.

En efecto, a fojas 61/70 (indagatoria de Kalyna) ella reconoce que al niño se lo reintegraron judicialmente el 21/12/2005; asimismo que dos días después el 23/12 el niño a la noche vomitó y lloraba, se quejó ese día porque le dolía la panza; que el 24/12/2005 lo lleva con el hermano Ian a Banfield a casa de los tíos, ella regresa a trabajar a Buenos Aires y cuando se reencuentra con sus hijos en Banfield, "M[...] seguía descompuesto y le hizo curar el empacho dos veces con la cinta"; el 25/12 M. "siguió todo ese día descompuesto"; el 26/12/2005 K. vuelve a Buenos Aires a trabajar y por la noche regresa a Banfield con su concubido, buscaron a los niños para volver los cuatro al hotel; el 27/12 la madre se fue a trabajar a la mañana y luego de su jornada laboral que regresa al hotel "M[...] seguía con vómitos, sin fiebre, no llevándolo la dicente al médico porque pensaba que algo que había comido le cayó mal. M[...] se quejaba de que le dolía la panza. Esto fue el día 28... A la tarde del día 29, notó un poco caliente a M[...] y lo llevó a la salita en el mismo Banfield que se llama algo así como Forniu... el tío de Adolfo, Miguel Cardozo la llevó en el auto a la salita... allí atendió a M[...] un médico hombre. Le dijo que no era pediatra y no tocaría al niño... lo llevaron a M[...] a otra habitación con una camilla, le tomó la temperatura y M[...] 38,5 grados. M[...] vomitó medio verde y el médico le dijo que tenía un ataque al hígado tremendo". La imputada reconoció que no lo llevó al niño a un pediatra de la zona, y que según sus dichos, "M[...] durmió pero se quejó un poco del dolor de panza". Manifestó que al otro día 30/12/2005, regresó a Capital en colectivo, para llevarlo al policonsultorio del Congreso y como había mucha gente en la guardia, se volvió al hotel con sus dos hijos, pensando en ir

a trabajar y regresar a la tarde para la consulta; que a pesar de los dolores que seguía manifestando el niño, corroborado por las declaraciones testimoniales de la encargada del hotel, Blanca Azucena González a fojas 81/83, la misma se fue a trabajar y lo dejó al cuidado del consorte procesal.

Por su parte, el testigo Richard Poma Acevedo, quien depuso durante la audiencia de debate y era quien se desempeñó como médico de guardia en la Unidad Sanitaria "Doctor Alberto Fonrouge" en diciembre de 2005, aseguró que: *"la guardia es normalmente de adultos, porque hay un pediatra de 8 a 16 horas. Que si no es leve la dolencia se llama a lo ambulancia y se lo deriva al Hospital Gandulfo. Se le exhibieron las fotocopias glosadas a fs. 630/638 vta. Y las reconoce como las pertenecientes al libro que se lleva en la sala. En las del día 29 (fs. 630) dio lectura a las personas que atendió, aclarando que se registran todos los pacientes atendidos y que no se suministra medicación alguna sin registrarla. Explicó que el hospital Gandulfo estaba a diez minutos de la sala donde se desempeñaba, que no atendió a nadie sin asentarlo en el libro, que no recuerda a la señora"* (fojas 826/827).

En consonancia con el criterio sostenido por el *quo*, estimo que no se encuentra acreditada la -dudosa-consulta en la "salita" que esgrimen K. y un tío de su coimputado. No se encuentra probada la veracidad del relato. A ello puede colegirse, que la pericia psicológica de Kalyna, del Cuerpo Médico Forense de fecha 10/04/2006, obrante a fojas 404/407, informa sobre los aportes fabulados en su relato y que el vínculo materno filial se encuadra dentro de niveles de alto riesgo.

En síntesis, ante un deteriorado cuadro de salud de su hijo, de las circunstancias de la causa, del tremendo dolor físico de un niño de tres años, únicamente surge que K. se limitó a pretender asistir a su hijo llevándolo a una curandera, porque el relato acerca que solicitó un turno para un médico siete días después del inicio de la dolencia, tampoco se encuentra probado.

Por lo expuesto, corresponde arribar a la conclusión que K. incumplió su deber de cuidado respecto a su hijo de 3 años, que culminó con su muerte.

Respecto a la vinculación de esta violación al deber de cuidado y el resultado muerte, no cabe más que afirmar el nexo causal entre ambos. De hecho, como consecuencia directa y necesaria de un paulatino deterioro en la salud del niño, por padecer un fuerte dolor en la zona

abdominal durante ocho días (desde el 22/12/2005, o sea desde un día posterior a su restitución, hasta su deceso), situación en la que su madre obró sin tomar los recaudos necesarios al caso, se produjo el fallecimiento de M. R. K.

Más allá de la negligencia generalizada del trato de la madre durante los pocos días de la lamentable restitución por parte de la Justicia Civil y su muerte, comprobado en sendas constancias en esta causa, existe una vinculación directa e ineludible entre el obrar de la encartada y el desenlace final. Si la misma hubiera tomado los recaudos debidos frente al cada vez más grave estado de salud de su hijo -atento los dolores insoportables que el pequeño padecía, sin haber probado en ningún momento atención médica en la "salida de Banfield", siendo la única prueba de su asistencia profesional la recibida en el Hospital Español, el 30/12/2005 cuando llega con M. a las 15.55 horas a la guardia y que a pesar de los intentos de reanimarlo, ingresa con un cuadro de paro cardio respiratorio y sin pulso, que fue irreversible y finaliza con su certificado de defunción a la hora 16.30-, si éste hubiera recibido atención médica a tiempo, se podría haber impedido su deceso, según informe de la autopsia de fojas 21/27 de autos.

Entre los deberes de los padres a sus hijos se encuentra principalmente el deber de guarda, sobre todo cuando pueda verse comprometidos su vida o salud. El accionar negligente de K. en las circunstancias concretas, al no proporcionarle al niño los medios necesarios que su salud requería, ha traído como consecuencia el resultado típico. Ello así atento que la autopsia de fojas 21/27 de autos, reveló que la lesión que ocasionó finalmente la muerte, se habría producido por lo menos, seis horas antes del deceso. Siendo que el mismo ha ocurrido a las 15.55 horas del día 30/12/2005 aproximadamente, y que K. dejó al niño en el hotel a las 12.30 horas aproximadamente, la mismo violó el deber de cuidado que a la postre, ocasionó el fallecimiento de aquel. Por ello, considero que no caben dudas, que de haber recibido el niño la asistencia médica necesaria, debida por su madre en razón de las obligaciones a su cargo, éste habría tenido posibilidades de salvar su vida, tal como surge de la autopsia suscripta por el médico forense actuante.

Por lo expuesto, habiéndose constatado el obrar culposo de K. y su directa vinculación con el resultado típico, cabe postular la responsabilidad de la nombrada en orden al delito de homicidio culposo en los términos del artículo 84 del Código Penal; aunque de no mediar causas interruptivas de la acción penal, el delito se encontraría prescripto -artículo 67 e) del C.P.- conforme redacción Ley 25.990).

4°) Se torna necesario recordar los estándares convencionales y lo preceptuado por la "**Convención de los**

Derechos del Niño" -CDN-, con jerarquía constitucional a partir del año 1994 según el artículo 75 inciso 22.

La **"Convención sobre los Derechos del Niño"** establece en su artículo 1 "... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...", por lo que siendo sujetos especiales de protección, el Estado se ha comprometido al ratificar dicho instrumento convencional: al respeto de sus derechos; a asegurarle protección y cuidado necesario para su bienestar; a que se dicten medidas legislativas, judiciales, administrativas, políticas y de toda índole para ello; debiendo observarse por parte de los tribunales de justicia uno de los principios esenciales de este sector vulnerable cual es el **"interés superior del niño"** -regulado expresamente en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 CDN-, todo ello según los artículos 2, 3 y 4 de la referida norma convencional.

Dentro del mismo cuerpo legal, en su artículo 19 establece "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de ...abuso físico o mental. Descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Estas medidas de protección deberían comprender, ... procedimientos eficaces para ... proporcionar la asistencia necesaria al niño... y, según corresponda, la intervención judicial".

En el caso, se observa con alarma que el Poder Judicial tuvo intervención en la problemática de violencia particular de la familia de Camnasio y Kalyna, que el menor M. estuvo un año a resguardo de esa situación y que sin perjuicio de ello, fue restituido al seno sin que se adoptaran todos los recaudos para acreditar la desaparición completa de riesgos para el niño y la investigación profunda de todos los rasgos del vínculo violento entre la madre del menor y su concubino. Ello además, en contra de un último dictamen pericial que aconsejaba esperar a la evolución del tratamiento psicológico a que estaba sometido Camnasio y el pedido de informes al profesional tratante (fs. 158/159 del expediente nro. 297/2005 del Juzgado Civil N°102).

Esta circunstancia no puede pasar desapercibida ante la vista del propio Estado, máxime cuando el fracaso de la intervención estatal se traduce en la omisión de protección de quienes son más vulnerables en las situaciones de violencia intrafamiliar y ha culminado en la muerte del

menor. Por tal motivo, considero que debe ordenarse la remisión de copias de estas actuaciones al Consejo de la Magistratura, a fin de que la Comisión de Disciplina y Acusación de ese órgano tome intervención de acuerdo a la órbita de sus funciones, con el fin de revisar el desempeño de la jueza Martha B. Gómez Alsina –quien ordenó en fecha 16 de diciembre de 2005 la restitución del menor para su reincorporación al grupo familiar– (art. 14 ley 24.937), a pesar de informes especializados que no lo recomendaban.

5°) Que no comparto el criterio que propugna la defensa de abordar como causal de inculpabilidad la supuesta violencia de género de Kalyna, porque en el caso ella es imputada, tuvo responsabilidades penales y la víctima ha sido su pequeño hijo, por el accionar típico de ella y su concubino.

Corresponde agregar que la pretendida argumentación defensiva de K. sobre el síndrome del maltrato, fue desbaratado con dos pericias psicológicas contundentes y que no han sido cuestionadas: El informe del médico forense de fecha 18/04/2006 de fojas 400/403, donde es categórico el dictamen estableciendo que *"No posee el síndrome que refiere el Defensor"* y el informe glosado a fojas 404/407 de fecha 10/04/2006 de la pericia psicológica del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional al indicar *"aportes fabulados en su relato. El vínculo materno filial encuadró dentro de niveles de alto riesgo. No se observan elementos fehacientes que avalen el síndrome referido por la Defensa"*.

Por las pruebas de autos, no corresponde en el caso sometido a control jurisdiccional la aplicación de la **"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer"** -CBDP-, atento que la misma imputada en todo momento asegura mantener una relación sin violencia con su concubino, reconociendo sólo el maltrato físico de éste a la víctima, su hijo M. y conforme las pericias psicológicas señaladas. Tampoco entiendo aplicable, por no guardar similitud el caso internacional presentado ante la Comisión IDH, Caso 12.051 de *"María da Penha Maia Fernández Vs. Brasil"*; conforme el Informe 54/01 de fecha 16/04/2001 donde se debatió el derecho de una mujer a vivir sin violencia y el incumplimiento de los artículos 3, 4, 5, 7 de la Convención de Belem do Pará cuando frente al delito de tentativa de homicidio por parte del cónyuge que culmina con una paraplegia irreversible de la víctima, se determinó la responsabilidad del Estado de Brasil por la ineficacia en los procedimientos y acciones judiciales con una demora de más de 15 años para sancionar al agresor. La condena correspondió por la falta de asistencia del Estado y de todos los operadores estatales, no considerando en el presente supuesto, la responsabilidad internacional del Estado Argentino por el enjuiciamiento de Kalyna.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

I.- RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Adolfo Camnasio en relación a la condena del nombrado por el delito de abandono de persona seguido de muerte y **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso en cuanto refiere a la condena del imputado Camnasio en orden al delito de lesiones leves.

En consecuencia, **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad y **REMITIR** la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal para que proceda a verificar la vigencia de la acción penal en orden al delito de lesiones leves a resultas de lo que deberá fijar una nueva sanción. **SIN COSTAS** (arts. 41, 59, 62, 67 y 89 CP; 173, 470, 471 a contrario sensu, 530 y cc. CPPN).

II.- Por mayoría, **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Silvia N. Kalyna, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia en su punto dispositivo I y, en consecuencia, **ABSOLVER** a la nombrada en orden al delito por el que fuera acusada. **SIN COSTAS** (arts. 107 en función del último párrafo del art. 106 CP; 3, 402, 470, 471, 530 y cc. CPPN).

III.- DAR INTERVENCIÓN al Consejo Nacional de la Mujer, de conformidad con lo dispuesto en el punto VIII *in fine*.

Regístrese, hágase saber, comuníquese lo decidido al tribunal de origen y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.