



Alumna: María Fernanda Pereyra Jamenson

DNI: 27376232

Legajo: VABG37732 - Abogacía

Tutor: VITTAR, Romina

Modelo de Caso – Nota a Fallo

**Partícipe Necesario: Factores judiciales, sociales y culturales para la
determinación de la pena.**

Fallo Comentado: - –“Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente en calidad de partícipe necesario” Recurso de Casación del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San

Luis, Sala Penal - 2017

Sumario: I. Introducción – II. Análisis fáctico, Historia Procesal y Descripción de la decisión del Tribunal – III. Identificación y Reconstrucción de la Ratio Decidendi – IV. Análisis crítico de los argumentos del Tribunal: a) Partícipe Necesario. b) Pruebas. c) Agravantes – V. Conclusiones – VI. Bibliografía

I. Introducción

El fallo analizado pertenece al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, dictado en autos caratulados–“Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente en calidad de partícipe necesario”- IURIX PEX INC N° 208313/17. Carina Di Marco es condenada a cumplir la pena de dieciocho años de prisión, accesorias de ley y costas procesales, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial – Cuando se individualizó la pena, se tomaron como agravantes una serie de cuestiones de distintas naturaleza. El análisis de este (1) fallo se concentrará en la arbitraria aplicación de la pena en el caso concreto y se realizará un análisis crítico de los argumentos brindados por el tribunal.

II. Análisis Fáctico

El 13 de mayo del año 2019 Di Marco Carina Valeria es sentenciada por “Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente en calidad de partícipe necesario” (Expte. N° PEX 208313/17.)

La Cámara del Crimen consideró para realizar la sentencia como atenuante, la falta de antecedentes de Carina Di Marco, y como agravante: (2) “que defraudó su rol de madre, en el caso del vínculo madre-hija, en desmedro del halo natural que debe existir. Ella era la persona más importante para F, y defraudó ese rol”. Asimismo, consideró las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la antigüedad de los abusos sexuales sufridos por F (según surge del informe de necropsia), y la entidad y gravedad del daño producido, que determinaron el resultado fatal. La defensa critica el monto de pena impuesto, al que considera injusto y desproporcionado.

La abogada defensora de la condenada en autos interpuso Recurso de Casación en contra de la Sentencia dictada por la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

El Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal resuelve hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa.

En el Recurso de Casación la defensora recurre la errónea interpretación de la norma aplicada para la imputación de su pupila y por otro lado también esgrime que las probanzas no son suficientes para la imputación que se le realiza a Di Marco.

(2) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis, sala penal (2017), Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente necesario - recurso de casación.

En conformidad se procede al rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la defensa.

III. Identificación y Reconstrucción de la Ratio Decidendi

Las razones por la cual el Superior Tribunal de Justicia decide rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa se debe a que creen que la acusada es partícipe necesario según el (3) Art 45 de nuestro Código Penal. Además aseveran que la defensora nunca hizo ningún recurso antes, exponiendo que existía un error en la interpretación de las normas, y manifiestan que la supuesta errónea calificación del delito que se le imputa viene arrastrada desde la etapa de instrucción y está inmersa en todos los actos procesales de envergadura y también en la sentencia que se discute. Estiman que no se advierten en la sentencia violación alguna a normas legales, ni maliciosa interpretación de las pruebas aportadas al proceso.

(4)La interpretación de la prueba no debe limitarse a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa sino que deben ser integrados y armonizados debidamente en su conjunto, ya que, de lo contrario, se desvirtúa la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios.

(3) Código Penal de la Ley 11179 (T.O. 1984 actualizado) -Titulo VII-Participación Criminal Artículo 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

(4) .(H., S. J. s. Homicidio calificado por el vínculo – Recurso de casación-Superior Tribunal de Justicia, Chaco; 26-02-2014; Rubinzal Online; RC J 7917/14, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 06/06/21).

En razón de ello, los jueces de mérito son libres en la valoración y selección de las pruebas en las que fundan su convicción y en la determinación de los hechos que con éstas se demuestran, pudiendo admitir toda la que estimen útil para el esclarecimiento de la verdad, apartándose de las que consideren intrascendentes o inconducentes.

Por lo tanto, resulta inadmisibles intentar criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio.

Entonces el Tribunal basándose en eso catalogaron de (5) “improcedente el recurso de casación cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal de juicio y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia, o se discute la simple eficiencia probatoria de los elementos de convicción utilizados por la Cámara, o se intenta una consideración crítica relativa a la falta de correspondencia entre los elementos probatorios utilizados por la sentencia y la conclusión que ellos motivan, o un disenso con la valoración de la prueba efectuada en el mérito”

También los jueces observan una marcada coherencia de los actos del proceso, y ninguna afectación al principio de congruencia.

(5) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis, sala penal (2017), Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente necesario - recurso de casación.

IV. Análisis Crítico de los argumentos del Tribunal

Realizaré un análisis crítico de los tres puntos del (6) fallo, que creo importantes, que sostuvo el Tribunal para poder realizar la sentencia:

a) **Partícipe Necesaria:** “... *dado que al tomar conocimiento de los hechos se limitó al silenciamiento...*”

El fallo hace principal mención al art. 45 de CP cuando se la imputa a la acusada como partícipe necesaria del delito y el mismo dice lo siguiente:

ARTICULO 45. - Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

El Tribunal remarcando al artículo 45 del Código Penal, dijo que debe existir un aporte esencial tal que sin él no hubiera podido cometerse el delito.

Es preciso señalar que recalcan que (7) “*DI MARCO colaboró activamente en la comisión delictual en términos de prestar una cooperación de tipo necesaria, **dado que al tomar conocimiento de los hechos se limitó al silenciamiento, no realizando ningún***

(6 y 7) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis, sala penal (2017), Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente necesario - recurso de casación.

acto de defensa de su hija, y por el contrario permitió que los abusos siguieran ocurriendo.”

Además, cabe destacar que (8) *“En los delitos de comisión por omisión el sujeto debe tener la posibilidad de realizar la acción debida, en cuanto al conocimiento de la situación típica, la posibilidad de conocer los medios de evitación del resultado y la posibilidad material y real de evitar el resultado. La posibilidad de realizar la acción que con certeza y seguridad real hubiera evitado el resultado”*.

Pues bien, en todas las pruebas reunidas no se ha podido extraer la esencial participación de Carina Di Marco en los abusos sufridos por su hija F. Tan es así que la noche en la que Lucas Gómez, pareja de Carina Di Marco abusó de la niña y le da fin a su vida, Carina Di Marco se encontraba internada dando a luz a su cuarta hija.

Es decir se condena a Carina Di Marco por el delito de abuso sexual agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente en calidad de participe necesaria, como si hubiese dominado la causalidad o prestado colaboración o su carácter de participe hubiese sido irremplazable y en las probanzas de autos no existen aportes esenciales, indispensables para la configuración del tipo penal de Carina Di Marco para perpetrar los abusos.

b) Pruebas: “...No podía desconocer lo que pasaba en su casa ya que era ama de casa y estaba todo el día en el hogar...”

El Tribunal hace hincapié y decide tomar como pruebas que; Carina Di Marco era ama de casa, no trabajaba fuera del hogar, ya que se dedicaba al cuidado de los niños y a

(8) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis, sala penal (2017), Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente necesario - recurso de casación.

las tareas domésticas, mientras que su pareja era el proveedor económico de la familia, por lo tanto **“no podía desconocer lo que pasaba en su casa ya que era ama de casa y estaba todo el día en el hogar”**.

Sin embargo no tiene en cuenta que la acusada era víctima de violencia de género por parte de su concubino (Lucas Gómez) y eso quedó plasmado en muchas de las actuaciones de la causa.

Tampoco se tuvo en cuenta pruebas testimoniales de las vecinas donde la imputada había contado en reiteradas veces que quería volverse a Mendoza, su ciudad natal, pero que estaba atemorizada de hacerlo. Sentía miedo de su pareja, Lucas Gómez.

Se conoció a lo largo del proceso que ella sospechaba que Lucas Gómez le colocaba somníferos por las noches en la comida, que estaba agresivo, que le arrojaba cosas, según el relato de algunas vecinas y allegados. Pero el Tribunal también hizo caso omiso de todas estas pruebas.

Pero se valieron de pericias oficiales psicológicas donde dicen por ejemplo que Carina Di Marco (9) “...posee un estado de empobrecimiento y debilitamiento de sus recursos personales internos, actuando en detrimento de su capacidad para hacer frente a las demandas externas actuales...” La psicóloga dijo que se encontró con una persona sin reacción, que se traduce en un desinterés por lo que le estaba pasando. También en el informe de su pericia dijo que (10) “La madre tenía una subordinación emocional y económica respecto de su pareja.”, pero no fue tenido en cuenta esto para establecer que Carina Di Marco sufría violencia de género y que junto a varias pruebas testimoniales, ella se encontraba imposibilitada de reaccionar.

(9 y 10) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis, sala penal (2017), Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente necesario - recurso de casación.

También tomaron como prueba el testimonio de una médica que la noche en la que su hija F desaparece, ella estaba dando a luz, le dan el alta y sin embargo Carina Di Marco prefirió no retirarse del hospital. La médica hace un juicio de valor diciendo que “la madre mostró desinterés al no querer retirarse en semejante situación”.

Fue importante para la sentencia que las maestras de la escuela a la que asistía F, dijeran que habían hablado con Carina Di Marco y que ella había tratado a su hija de mentirosa. Sin embargo no existe ningún acta de esta acusación en la escuela y Carina Di Marco negó este tipo de conversación.

Por otro lado la necropsia arrojó datos de violaciones de vieja data en el cuerpo de la niña.

Por último me interesa destacar que cuando a Carina Di Marco en un Auto Interlocutorio dictado por la Sra. Jueza de Instrucción donde se dispone su inmediata detención, por su participación por omisión en los abusos sexuales de los que hubiere sido víctima su hija F, en la audiencia de declaración indagatoria, se le hacen conocer los hechos que se le imputan y las pruebas reunidas en su contra, y Di Marco hace uso de su derecho constitucional y se abstiene de declarar. Este suceso es tomado por el Tribunal como un reconocimiento de lo que se le acusaba, sin detenerse a pensar que Di Marco, no sólo estaba siendo aconsejada por su abogada defensora de hacer uso de este derecho, sino que acababa de perder a una hija que fue abusada en manos de su pareja, había dado a luz a otra niña que se le fue retirada y entregada a familias solidarias y sus otros dos hijos menores llevados con sus familiares a otra provincia.

c) Agravante: “... Defraudó su rol de madre...”

Los artículos que regulan la mensuración de la pena en el Código Penal son los siguientes (11):

ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; (circunstancias “objetivas”) 2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.”

(Circunstancias “subjetivas”)

Los autores Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro coinciden en decir que la individualización judicial de la pena es el proceso mediante el

cual el juez decide qué calidad y qué cantidad de punición se va a ejercer sobre una persona que ha cometido uno o más delitos determinados.

Zaffaroni en el Tratado de Derecho Penal, Parte General hace una referencia que creo sumamente interesante en este trabajo: “la determinación de la pena es la coronación del esfuerzo del derecho penal por contener el poder punitivo del Estado, en razón de que es la cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en cada caso de condena”

No existe a mi criterio una regulación determinada de la pena, dejando un gran margen como se puede observar, de discrecionalidad para que los jueces de modo subjetivo puedan disponer de cuándo es agravante y cuándo es atenuante, ya que los artículos en sí no son ni específicos ni claros al respecto.

Entonces, nos encontramos con el artículo 41 del Código Penal establece una extensa gama de circunstancias agravantes y/o atenuantes, sin hacer una distinción en qué es lo que agrava y qué es lo que atenúa, sin embargo la Cámara del Crimen en este fallo decidió lo siguiente:

“..Como atenuante, la falta de antecedentes de Carina Di Marco, y como agravantes ***que defraudó su rol de madre***, en el caso del vínculo madre-hija, en desmedro del halo natural que debe existir. Ella era la persona más importante para F, y defraudó ese rol.”

V. Conclusiones

Luego de haber analizado el fallo “Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por ser guardador y por el aprovechamiento de convivencia preexistente en calidad de partícipe necesario”- IURIX PEX INC N° 208313/17 y considerar sus principales argumentos; llego a la conclusión de que estamos frente a un caso de arbitrariedad para agravar la pena de la imputada.

El tribunal en su sentencia vierte juicios de valor, prejuicios y estándares convencionales, culturales y sociales de cómo debería haber sido el accionar de una madre. De este modo, decide qué pruebas tomar y cómo realizar la individualización de la pena.

Es importante aquí establecer la relación entre el poder punitivo y la criminalización de un sector reducido, de la sociedad. Eugenio Raúl Zaffaroni habla de él cuando indica “El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente, primaria y secundaria. Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas...” y por otro lado el autor nos señala que “criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es

privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización).”

Esta secuencias de hechos, (que ya son establecidos por un funcionamiento judicial que para seleccionar y criminalizar tiene en cuenta el poder de la comunicación social, la política, los factores de poder, etc.) fue lo que vivió Carina Di Marco; una criminalización para luego su prisionización y posterior sentencia.

Por último es evidente la falta de perspectiva de género de los jueces ya que en ningún momento se tiene en cuenta la violencia de género por la que transitaba la acusada, siendo que en el proceso quedó demostrado de que esto fue así.

En mi criterio entonces, ha quedado manifestado que los jueces no poseen la suficiente razonabilidad para la individualización de la pena.

VI. Bibliografías

Doctrinas:

- Argenti, Natalia y Blanco, Nicolás; “La Sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión y prisión perpetua”
- ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomos I y V, ed. Ediar, Bs. As., 1998
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "*Derecho Penal. Parte General*", 1era. ed., Ediar, Buenos Aires, 2000

Legislación

- Código Penal de la Ley 11179 (T.O. 1984 actualizado) -Titulo VII-Participación Criminal.

- <https://www.erreius.com/Legislacion/documento/20100922063329383/ley-11179-texto-completo-codigo-penal-de-la-republica-argentina>.
- CNCCorr., sala V, 01/12/2014, “E., S.M.” c. N° 48.794/13, en www.cij.gov.ar, acceso 06/06/21

