

Comentario al fallo “K., S. N. y otro”: el delito de abandono de personas vs. el homicidio en comisión por omisión

*Lucila Chiminelli**

I. Introducción

a) El caso

Tribunal: Cámara Federal de Casación Penal, sala II

Fecha: 21/02/2013

Causa: K., S.N. y otro

El 15 de noviembre de 2007, el Tribunal Oral en lo Criminal N°17, condenó a S. N. K. (en adelante, S.) a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias legales y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo (arts. 107, en función del párr. final del art. 106, CP.) y a J. A. C. (en adelante, J.) 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. 89 y 106, CP.).

Contra dicha decisión, los defensores de los imputados interpusieron sendos recursos de casación.

Al tomar intervención, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por un lado, rechazar el recurso de J. en relación con la condena por el delito de abandono de persona seguido de muerte y, por el otro,

* Abogada (UBA), orientación penal; ayudante de segunda de la cátedra del Dr. Fernando J. Córdoba, materia “Elementos del derecho penal y procesal penal”; escribiente en Procuración General de la Nación; lucilachiminelli@hotmail.com.ar.

hacer lugar al recurso en cuanto a la condena por el delito de lesiones leves. En este último punto, la Cámara de Casación consideró que asistía razón a la defensa en que había operado el plazo de dos años correspondiente a la prescripción de la acción del delito de lesiones leves (art. 89).

Respecto de la condena de S., la Cámara de Casación resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso, casar parcialmente la sentencia y absolver a la acusada.

b) Hechos que tuvo por acreditados el Tribunal

El 30 de diciembre de 2005, en el hotel en el cual convivían J. y S. de esta ciudad, se produjo la muerte de M. R. K. (en adelante, M.) de apenas 3 años de edad, hijo de S. El fallecimiento fue causado por una peritonitis aguda que tuvo su origen en la ruptura traumática de las asas intestinales de la zona yeyunal.

S. advirtió los primeros signos de malestar en el niño el 22 de diciembre de ese año, creyendo erróneamente que se trataba de un simple empacho. Aparentemente, esa afección habría continuado de manera ininterrumpida hasta el 30 del mismo mes.

La mañana del 30 de diciembre, S. dejó a su hijo al cuidado de su pareja, a quien le solicitó que, si el cuadro empeoraba, la llamara de inmediato por teléfono. En el transcurso del día, J. observó que el pequeño desmejoraba y que comenzaba a tener dificultades para respirar, decidió comunicarse –en dos oportunidades, aproximadamente a las 14:30 h– con el supermercado donde se encontraba su pareja cumpliendo funciones laborales. Ambos llamados telefónicos fueron atendidos por las recepcionistas del supermercado, quienes refirieron que J. en un tono violento les dijo “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.

Mientras tanto, frente al cuadro que presentaba el niño, J. solo reclamaba la presencia de la madre, sin llevarlo a un médico y negándose a llamar a una ambulancia, tal como los vecinos del hotel desde afuera de la habitación le aconsejaban. Aproximadamente a las 15 hs., S. se retiró del trabajo camino a su hogar. Al llegar al hotel subió de inmediato a la habitación y salió algunos minutos más tarde con M. envuelto, tapándole la cara con una sábana, en busca de un taxi, a fin de trasladarlo al Hospital Español de esta ciudad. Se tuvo por probado que tomó un remis y que su conductor

erró el camino hacia el nosocomio. Finalmente, el menor ingresó al hospital a las 15:55 hs., sin signos vitales.

c) Circunstancias previas que permiten contextualizar los hechos imputados

S. y J. comenzaron a convivir, junto con el hijo de S. –quien en aquel momento contaba con apenas un año y once meses de edad– el 1/12/2004. Solo diecisiete días después J. fue denunciado por la persona que cuidaba a M. durante las horas de trabajo de S., debido a que encontró al niño fuertemente golpeado en su cara; según relató, se encontraba “desfigurado”.

Aquel suceso motivó que se privara a S. de la tenencia de su hijo. También se les indicó a S. y J. la realización de tratamientos psicológicos individuales y de pareja focalizados en la situación de violencia familiar. Durante ese tiempo, S. concurría asiduamente a las visitas para ver a su hijo, sin la compañía de su pareja.

Una de las consideraciones que determinaron la separación de M. de su madre, en el juzgado de familia en el cual tramitó el expediente, fue que ella no comprendía verdaderamente la gravedad de lo ocurrido, minimizaba la violencia y justificaba a su pareja. Más adelante, la psicóloga designada informa que S. “[e]ntabla vínculos viscosos, poco discriminados, con interacciones violentas, ambivalentes, que implican niveles de riesgo considerable” y “[m]uestra tendencia a mecanismos de acción y a fabulizaciones que enmascaran vínculos altamente patológicos”. Finalmente, concluye que padece un trastorno de personalidad *borderline* o limítrofe.

A fines de septiembre de 2005 S. presentó un escrito en el juzgado, solicitando que se le restituya la tenencia de su hijo. Con el fin de evaluar aquella solicitud, se tuvo en cuenta un informe referido a J. firmado por dos médicos del Cuerpo Médico Forense en el que se concluye “[n]o 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”. 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 J. Tampoco se sabe a qué se refieren los profesionales cuando indican que los hechos de violencia no se repitieron, teniendo en cuenta que J. no volvió a ver a M.

desde el día en que fue denunciado por las lesiones que le habría causado, ni se hace referencia alguna a un seguimiento respecto de la integridad física de S., la única que seguía expuesta a la violencia del imputado.

Posteriormente, con fecha 24/11/2005 se agregó un nuevo informe del Cuerpo Médico Forense sobre J. Allí se advirtió que “[p]resenta una personalidad de tipo carácter opática, 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”. Asimismo, se informó que “[e]l examinado presenta indicadores de perturbación emocional, que por el momento lo comprometen para asumir el rol paterno sustituto” y se concluyó que “[a]tento a las características de personalidad del señor J. 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 lo sucedido al menor”.

El 16/12/2005 S. reiteró su solicitud de restitución de la convivencia con el niño y el 19 de diciembre la jueza decidió restituir la guarda de M. a su madre “[p]ara su incorporación al grupo familiar”, con invocación del informe médico correspondiente al mes de agosto, donde se concluyó que J. es “capaz de ejercer el rol paterno”, pero omitiendo por completo el informe posterior.

El 21/12/2005 M. regresó a la casa de su madre y J., y el 30 de diciembre, solo nueve días después, falleció de una peritonitis causada por un golpe en el estómago que le produjo la ruptura del intestino delgado.

Si bien el Tribunal Oral no lo tuvo por probado, el juez Slokar entendió como acreditado que, el día anterior al fallecimiento, S. llevó a su hijo al médico, quien habría aventurado, frente a los síntomas de vómitos, inapetencia y dolor, una dolencia hepática y el tratamiento con Buscapina y Novalgina, sin perjuicio de recomendarle visitar un pediatra.

La autopsia dio 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. La falta de tratamiento oportuno de aquella dolencia ocasionó la muerte del niño.

II. Doctrina del caso

a) Respecto de la conducta atribuida a J. (concubino)

El Dr. Slokar, juez que lidera el voto al que adhiere la Dra. Ledesma, dijo:

- Resulta absolutamente indudable que J. tenía el deber de cuidar la salud de M., 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 consciencia de que el niño se encontraba en gravísimo estado al menos desde las 14:30 hs. y esperó una hora a que llegara S., 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.
- J. no pudo hablar directamente con la madre, de manera tal que la invocación de que la madre del niño dijo que se dirigía al hogar resulta absolutamente refutada.
- J. era la única persona adulta que conocía de manera acabada la gravedad de la situación, ya que ningún otro adulto podía ver al niño.

b) Respecto de la conducta atribuida a S. (madre del niño fallecido)

El Dr. Slokar dijo:

- S. no tenía consciencia acerca de la gravedad del estado de salud de su hijo.
- La situación de la imputada resulta sustancialmente diferente a la de su pareja 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.
- Si bien el tribunal no lo tuvo por acreditado, el Dr. Slokar entendió que sí pudo probarse mediante los dichos concordantes de S. y del tío de J., referidos al modo en que se desarrolló la consulta y sumado a otros elementos probatorios, que S. 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. 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 el niño habría recibido medicación (“Buscapina”), que aminoró el dolor padecido, como también que cuando S. llegó al hotel su hijo caminaba y era capaz de subir escaleras.

- Asimismo, se le censuró a S. la demora en llegar a su casa para llevar al niño al hospital. 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 J. llamó al supermercado se le comunicara con S., sino que se tomaba el mensaje y se lo transmitían.
- Resulta relevante el hecho de que S. pensaba que su hijo 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 se desprende de la sentencia que J. golpeaba frecuentemente a su compañera y era una persona muy violenta. Así, razonablemente 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 J. frente a las situaciones que no eran de su agrado o preferencia.
- También se le cuestionó a S. su demora desde el momento en que llegó al hotel hasta que salió en un taxi a llevarlo al hospital. 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, aun 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 S. arribó y lo vio.

- Es por estos motivos que corresponde absolver a S. 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*.

La Dra. Figueroa dijo:

- 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 (art. 107, en función del art. 106, párr. final, CP.), ello no impide analizar si 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 S. en los términos del art. 84 del mismo cuerpo legal.
- En efecto, coincido en lo sustancial con la solución propuesta en lo que a este delito respecta, atento que de acuerdo con las constancias de autos, no se probó durante la audiencia de debate que S. se haya representado fehacientemente el resultado de muerte exigido por el tipo omisivo. Así las cosas, al arribar al hotel y advertir la grave situación en la que se encontraba su hijo, S. decidió salir en busca de auxilio médico. Vemos así que habiéndose aquí representado la gravedad del estado de salud de su hijo y el consecuente riesgo para su vida, S. 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.
- 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 art. 84, CP.

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 S. 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.

Ante un deteriorado cuadro de salud de su hijo, del tremendo dolor físico de un niño de tres años, únicamente surge que S. se limitó a pretender asistir a su hijo curándole el empacho con una cinta, porque el relato de que solicitó un turno para un médico siete días después del inicio de la dolencia no se encuentra probado.

- Existe una vinculación directa e ineludible entre el obrar de S. y el desenlace final. Si ella 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) buscando atención médica a tiempo, se podría haber impedido su deceso, según el informe de la autopsia.
- Entre los deberes de los padres a sus hijos se encuentra principalmente el deber de guarda, sobre todo cuando puedan verse comprometidos su vida o salud. El accionar negligente de S. 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 puesto que la autopsia reveló que la lesión, que ocasionó finalmente la muerte, se habría producido por lo menos seis horas antes del deceso. Toda vez que éste se produjo a las 15:55 hs. del día 30/12/2005 aproximadamente, y que S. dejó al niño en el hotel a las 12.30 horas, también aproximadamente, ella violó el deber de cuidado y esa infracción condujo al fallecimiento de aquél. Por ello, considero que no caben dudas en cuanto a 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, corresponde arribar a la conclusión de que S. incumplió su deber de cuidado respecto a su hijo de tres años, lo 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, se produjo el fallecimiento de M. 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 del caso.

Como anticipé (I), en el fallo de referencia la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió absolver a S. por el delito de abandono de personas, seguido de muerte, y agravado por el vínculo (arts. 107, en función del párr. final del art. 106, CP.) y confirmar la condena de J. por el delito de abandono, seguido de muerte (art. 106, párr. final, CP.).

III. El delito de abandono de personas

Como punto de partida para abordar el comentario a este artículo, deviene necesario presentar un breve análisis del delito en cuestión y sus puntos de discusión doctrinaria.

La conducta típica del abandono de personas (art. 106, CP.) no consiste en simplemente abandonar, pues la norma reclama “poner en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo mediante el abandono o la colocación en situación de desamparo”. Concretamente comprende dos posibles situaciones:

1. Poner en peligro la vida o la salud de otro *colocándolo en situación de desamparo*.
2. Poner en peligro la vida o la salud de otro, *abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a una persona a la que el autor haya incapacitado*.

Conforme el segundo y tercer párrafo de la figura penal, estos supuestos se agravarán en su pena si a causa del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, y más gravosa la pena será si deviene la muerte.

Las hipótesis se diferencian, en primer lugar, en cuanto al sujeto activo, pues si bien el primer supuesto no reclama determinada calidad para ser autor, los restantes exigen un determinado rol, es decir, el autor se encuentra inmerso en una posición de garante respecto de la víctima. En segundo lugar, el verbo típico también marca una distinción, de modo tal que “colocar en situación de desamparo” no es lo mismo que “abandonar a su suerte”.

En efecto, se “expone/coloca” a una persona en situación de desamparo cuando se la pone en un escenario en la que queda sin posibilidades de auxilio por las circunstancias propias del lugar o modo. En cambio, “abandonar” remite a la omisión del cuidado o ayuda debida, frente al contexto de desamparo que era preexistente.

El “exponer” sobreviene generalmente cuando el autor del delito trasladada a la víctima a otro lugar, pero esa acción será entendida como tal recién cuando se alcancen los otros dos requisitos, que son la sustracción de cualquier forma de ayuda ajena y, de esta forma, la materialización de la situación de desamparo. Es decir, a través de la modificación fáctica del lugar, surge la situación real de desamparo.¹

El “abandonar”, por su parte, consiste en que el autor –que tiene que ser garante al ejecutar la acción del hecho– deja a la víctima en situación de desamparo, ya sea por el mero alejamiento físico o por la omisión de ayuda.²

Ambas formas de conducta poseen un denominador común que es la necesidad de que se produzca un peligro concreto, ya sea para la salud o la vida del sujeto pasivo. La mera exposición o abandono no se consumaría si no se produjese finalmente, como consecuencia de la acción típica, un peligro concreto para la salud o la vida de la víctima.

Sancinetti postula que la formulación del tipo legal no se refiere a una omisión, sino a dos formas de acción: o bien se lleva a la persona desde una situación de protección hacia una de desprotección –exponer–, o bien el garante se aleja de la persona a la que le debe protección –abandonar–. Para ambas situaciones haría falta una acción, un desplazamiento físico, un movimiento corporal.³

Y es aquí donde nace la confrontación doctrinal sobre si el abandono exige un verdadero alejamiento físico del sujeto activo como presupuesto necesario del accionar típico. Es decir, lo que se discute es si el delito de

1. Struensee, Eberhard, “Exposición y abandono de personas”, en Jakobs, Günther - Struensee, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pp. 84-85.

2. Struensee, Eberhard, op. cit., p. 86.

3. Sancinetti, Marcelo A., “La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión”, en Ziffer, Patricia, *Jurisprudencia de Casación Penal*, 1era. ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 318.

abandono pone su acento en el hecho del alejamiento entre la víctima y el autor –acción–, o si también la mera pasividad de dar ese auxilio –omisión– queda comprendido en la figura.

Una de las posturas (tesis restrictiva) esboza como requisito necesario la separación espacial como materialización de la situación de desamparo de la víctima, de modo tal que esa distancia convertiría en imposible la acción de salvamento. Cuando el autor debería prestar asistencia, no está presente y, por ello, carece de la capacidad de cumplimiento y, estrictamente, ya no omite; pero en el momento previo se ha puesto en esa situación, de manera que esa acción previa sería la que se conmina con pena.⁴

En la vereda contraria (tesis amplia), se sostiene que la acción típica de “abandonar” queda configurada desde el momento mismo en que el sujeto activo deja de brindarle a la víctima la ayuda o el cuidado que le era debido, sin necesidad de que se vaya de su lado. Es decir que el abandono comienza en el momento en que se quebranta el deber de protección, se omite el auxilio debido.

Entre los representantes de esta posición se encuentra Creus, que sostiene que se abandona a la víctima cuando se la deja privada de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles para mantener su vida o integridad actual de su salud, y este abandono puede perpetrarlo el agente tanto apartándose del sujeto pasivo o quedándose con ella, pero sin prestarle los auxilios o cuidados necesarios.⁵

No obstante, Soler advierte que es preciso no llevar la tesis a términos muy extremos, pues se corre el riesgo de llamar abandono a cualquier omisión de deberes, identificando el abandono de un deber con el abandono de una persona. La ley exige que se abandone a una persona, y si se refiere luego al deber de mantener o cuidar, lo hace para que queden individualizadas las personas que antes ha mencionado. En consecuencia, es posible el abandono sin desplazamiento, pero a condición de que el sujeto, en forma positiva, aisle del medio a la persona a la cual, por su parte, él no ayuda, debiendo hacerlo. Sintetiza el autor, que si bien no es expresa la necesidad de separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto

4. Sancinetti, Marcelo A., op. cit., 2009, pp. 319-320.

5. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, 6ta. edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 114.

activo equivalga a la de esa separación, y ello se da cuando se produzca la privación de los auxilios debidos y el aislamiento de los inmediatos auxilios posibles, de modo que se genere la situación de peligro.⁶

Sancinetti remarca que tomar una postura definida entre cada uno de los criterios interpretativos no es tarea sencilla. En favor de la primera interpretación (restrictiva), se podría alegar que esa fue la concepción que Soler tomó de la doctrina alemana que comentaba el viejo texto del § 221, StGB, ya cuando Soler trató nuestro texto originario de 1921. La otra posición (amplia) puede alegar que el verbo “abandonar” es suficientemente vago como para admitir otra interpretación. En el sentido psicológico al uso, también una persona que se halla de cuerpo presente (un padre, una esposa, un hijo) puede tener actitudes “abandonantes”. Pero llegar a esta interpretación, continúa el autor, conduce a considerar una figura general de “puesta en peligro”, como mero delito de resultado sin ninguna acción definida. Habría así, con la interpretación amplia, un delito de mero resultado de puesta en peligro de personas, sea que para esto baste con el desamparo, es decir, con el abandono a la causalidad como mero “peligro abstracto”, sea que se exija que la víctima entre en situación de “peligro concreto”.⁷

Ahora bien, a mi modo de ver, la situación fáctica de desprotección resulta indiferente a la cercanía o lejanía del autor. El acto de abandonar no puede entenderse por el mero hecho de dejar en soledad a la víctima, sino que lo decisivo debe estar en que el autor, más cerca o más lejos, omita el deber de cuidado al que se encuentra obligado *ex ante*, en condiciones reales de hacerlo, no obstante, la situación de desamparo, sin que exista asimismo otro curso causal de salvamento.

En lo demás, el delito de abandono de personas es un delito de resultado de peligro, que no ha de ser otro que la circunstancia de que el bien jurídico ha sufrido un peligro real, que podrá agravarse en su pena, si resultare una lesión/muerte o simplemente, quedar satisfecho por la mera existencia de ese peligro concreto.

Se trata de una obligación de hacer –cuidar, mantener– que se omite y por ello se abandona. El sujeto activo no realiza las acciones tendientes a

6. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires, 1987, pp. 189-190.

7. Sancinetti, Marcelo A., op. cit., pp. 328-329.

salvar el bien jurídico que se encuentra bajo su protección y dentro de la esfera de influencia de una fuente de peligro cierta. La dificultad que en el caso se puede presentar es acerca de cómo determinar el concepto de “peligro concreto”, es decir, interpretar cuándo y bajo qué elementos estamos frente a un peligro cierto para la salud o la vida del sujeto pasivo.

IV. Análisis de la conducta atribuida a J. (concubino)

La lectura de la sentencia de casación da cuenta de que la conducta que se le reprocha a J. es haber abandonado al pequeño M., respecto del cual tenía el deber de cuidar, omitiendo el auxilio necesario, como lo era la asistencia médica que requería el cuadro, así como negándose a llamar a una ambulancia, a sabiendas de que el menor se encontraba en gravísimo estado; prueba de ello, es el llamado telefónico que detallan las empleadas del supermercado, en el que J. refiere que el pequeño se encontraba morado con dificultades para respirar, así como también sus maniobras de reanimación.

Propongo, como primer paso, someter al fino tamiz de la teoría del delito el accionar de J. bajo el art. 106 CP., con el agravante del resultado muerte (párr. final), conforme el criterio del Tribunal Oral y la posterior confirmación de la condena por la Cámara de Casación:

1) Tipo objetivo

- a) Situación generadora del deber de actuar: el menor de 3 años en evidente desmejoramiento de su cuadro de salud se encontraba bajo el cuidado de su padrastro, quien era la única persona que estaba a su lado en la habitación en la que vivían.
- b) Posición de garante: el sujeto activo solo puede ser quien, con anterioridad al hecho típico, ya se encontraba obligado jurídicamente a mantener o cuidar al abandonado. El padrastro revestía una clara posición de garante y tenía el deber de cuidar o mantener a la víctima. Esa mañana la madre decide ir a trabajar y deja al menor en custodia de su pareja, quien asume su responsabilidad, aceptando ese deber de custodia. Frente a esta situación fáctica, podríamos afirmar que la conducta precedente de asunción es la generadora de esa obligación asistencial.
- c) Omisión de auxilio: la acción típica de “abandonar”, necesaria para la configuración del tipo, se materializa en el momento mismo en que

J. se niega a llamar a la emergencia médica frente al grave cuadro que presentaba el menor y del que él era consciente. Resulta claro que tanto el Tribunal Oral como la Cámara de Casación se inclinaron por el uso de la interpretación amplia, dado que se le imputa el abandono sin la exigencia de alejamiento del sujeto pasivo, circunstancia que no se presentó en el caso.

- d) Capacidad física real de realizar la acción mandada: J. tenía la capacidad física real de llamar a la ambulancia, no solo por sus propios medios –ya que de igual manera puedo llamar por teléfono a la madre–, sino también con la ayuda de sus vecinos, quienes le ofrecieron y le recomendaron hacerlo, a lo que él se negó.
- e) Resultando de su accionar omisivo: el peligro concreto para la vida de M. existió y se materializó en su muerte.
- f) Relación de causalidad hipotética objetivamente imputable: el cuadro comienza agravarse y J. alega que solo intenta maniobras de reanimación, exponiendo a M. a una situación de total desamparo toda vez que no llama a la emergencia médica y se limita a esperar a que llegue la madre. No solo elude su deber de actuar a fin de darle auxilio al menor, situación que le era exigible por su posición de garante frente a ese bien jurídico, sino que además impide otros cursos de salvamento al negarles a los vecinos la posibilidad de que llamasen a la ambulancia, tal como se lo aconsejaron desde afuera de la habitación. Si bien no se sabe con exactitud la hora de muerte del niño, lo que sí se acreditó es que llegó fallecido al hospital y que desde que él llamó por teléfono al supermercado, describiendo la situación de peligro real en la que se encontraba M., hasta que la madre llegó a la vivienda, transcurrió al menos una hora. Esta omisión exterioriza una conducta distinta a la obligación de hacer. Según el informe de la autopsia, si el menor hubiera recibido atención médica a tiempo, se podría haber impedido su deceso.

2) Tipo subjetivo

a) Dolo: El dolo que exige el delito de abandono de personas debe abarcar el conocimiento de las circunstancias fácticas de la situación de desamparo y del peligro concreto, ello es, un peligro para la vida o la salud, sumado a la voluntad de realización. La discusión doctrinaria recae, entonces, sobre las agravantes de lesión o muerte.

Para Creus, el dolo de este delito está constituido por el conocimiento del carácter de las acciones que se realizan y por la repercusión causal de ellas en orden a la creación del peligro, pero el dolo de obtener, mediante las conductas típicas, determinados resultados dañosos, puede llevar la acción del agente a otras figuras distintas. Por ello, la muerte y los daños deben ser consecuencia del accionar típico, deben proceder causalmente, pero además deben ser preterintencionales.⁸

Donna por su parte entiende que estamos ante un delito doloso de puesta en peligro, que requiere en su faz intelectual la representación de la posibilidad de que se producirá un peligro de lesión al bien jurídico. Y de acuerdo con la redacción de la norma, continúa el autor, no queda otra alternativa que aceptar que el resultado muerte lo sea a título eventual. Será el caso del sujeto que abandona, se representa la posible muerte del sujeto pasivo y no hace nada para evitarlo.⁹

En mi opinión, el resultado muerte no puede estar abarcado por el dolo del art. 106, CP., toda vez que la sola representación formal de que ese resultado pueda sobrevenir como consecuencia de la situación de peligro concreto nos obliga a dejar de lado esta figura penal. Si bien el delito de abandono de personas en su aspecto subjetivo se satisface con el dolo eventual, en el caso de la agravación del resultado por muerte o lesión, el dolo no puede extenderse a esas consecuencias, sin que nos topemos con la obligación de cambiar la calificación legal del hecho. Es evidente que los resultados de lesión o muerte deben responder causalmente al abandono; pero es preciso que la conducta del autor no haya sido cumplida con la previsión seria de tales resultados, porque esa actitud subjetiva sitúa el hecho en las figuras comunes de lesiones y homicidio.¹⁰

El fundamento reside en que el autor no puede exteriorizar una intención directa o al menos eventual de que la lesión a la salud o a la vida podrían acontecer, ya que estamos frente a una figura penal de peligro concreto, y eso significa que su conocimiento no puede ir más allá de esa situación de

8. Creus, Carlos, op. cit. pp. 117-118.

9. Donna, Alberto Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 280 y ss.

10. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal: parte especial*, 17ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 143.

peligro real e inminente. El mero hecho de que el autor se represente seriamente el devenir de los resultados lesivos y, aun así, omite actuar para evitar la producción de esos resultados, teniendo la capacidad física para hacerlo, excluye ya la posibilidad de encuadrar el hecho bajo el delito de abandono de personas.

Es el tipo subjetivo el que expone las verdaderas intenciones del autor y el marco para el correcto encuadre legal de la conducta. En el caso, J. conocía las circunstancias de su deber de vigilar: conocía que estaba a cargo de M., conocía que M. estaba enfermo, que el cuadro se había agravado al ver al pequeño con dificultades para respirar y con tono morado y, pese a todo ello, decidió no llamar a la emergencia médica, optando efectivamente por la pasividad y esperando a que la madre regresara y se hiciera cargo de la situación. Así las cosas, J. se desentendió del pequeño M., privándolo de la protección que requería, y ello se infiere claramente no solo de su decisión de no hacer, sino del propio mensaje telefónico “que se haga cargo, yo no tengo nada que ver con esto, no tengo nada que hacer”.

Es aquí donde el análisis dogmático entra en crisis bajo los presupuestos del delito imputado y, por ello, entiendo desacertada la calificación legal atribuida a J., pues en mi opinión su conducta excede el contenido del ilícito de la acción típica de abandonar. En efecto, el tipo subjetivo deja al descubierto que J. no solo no evitó la producción del resultado, teniendo las posibilidades para hacerlo, sino que además se representó el sobrevenir de la afectación del bien jurídico vida o salud de M. y, aun así, demostró con su comportamiento indiferencia y menosprecio frente a la situación de emergencia. Los síntomas visibles de desmejoramiento del menor, que él mismo describió, exigían al menos la asistencia médica inmediata. Pero también el haber mantenido aislado al pequeño M., impidiendo el contacto con el resto de los vecinos hasta la llegada de S., imposibilitó otros cursos de salvamento.

Además, si adoptáramos la postura de la tesis original o restringida, en cuanto a la interpretación del verbo “abandonar”, el caso bajo análisis nos impediría también reprocharle a J. el ilícito del art. 106, CP., y esto se debe a que ni siquiera podríamos superar el filtro de la exigencia del alejamiento necesario para la configuración de la acción típica de abandonar, puesto que el sujeto activo en ningún momento se separó de la víctima; por el contrario, estuvo a su lado hasta la llegada de la madre.

3) *Entonces: ¿cuál sería el encuadre correcto de la conducta atribuible a J.?*

Mi posición es que la conducta de J. realiza el tipo penal del delito de homicidio del art. 79, CP., por omisión.

La teoría del delito de infracción de deber de Roxin¹¹ es determinante para arribar a una correcta explicación de la postura, a la cual adhiero, respecto de la imputación de delitos omisivos impropios y que, adelantando mi solución, resulta aplicable al caso bajo estudio.

En esta línea, se diferencian principalmente dos tipos de delitos: por un lado, aquellos en los que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma precisa, siendo autor aquel que domina el hecho determinado en el tipo penal, llamados *delitos de dominio del hecho*. Por el otro, los tipos penales, en los cuales el legislador no hace hincapié en la exteriorización del comportamiento humano del autor, sino que el fundamento es el incumplimiento de las obligaciones ligadas a un determinado rol social. Esta última clase de delitos Roxin los denomina *delitos de infracción de deber*. Esta categoría dogmática se construye a partir del deber especial al que la persona está sometida. Autor, entonces, no es necesariamente aquel que tiene el dominio del hecho, sino que lo será quien estando obligado por su posición de garante a cumplir determinado deber, no lo hace e infringe ese mandato extrapenal.

La principal diferencia consiste en que, en las omisiones, todas las lesiones a bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber.¹²

La teoría del delito por infracción de deber construye también la justificación de la responsabilidad sobre la base a la lesión al bien jurídico y, por ello, esa lesión puede ser producida por vía de acción y de omisión. Pero el omitente no llega a ser autor por su dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado.

En el caso que estamos analizando, J. era el garante del cuidado de los bienes jurídicos vida e integridad física del menor M. de tan solo tres años,

11. Roxin, Claus, *Derecho penal: parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Ed. Civitas, España, 2014, p. 179 y ss.

12. Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, 7ma. edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 499.

incapaz de valerse por sus propios medios. J. asume esa calidad desde el instante mismo en que acepta quedar al cuidado del niño –asume la guarda de hecho del menor– en pos de que su pareja y madre de M. se retire del hogar a cumplir con su jornada laboral. A él le compete entonces el completo cuidado de este y es quien debe procurarle protección evitando cualquier situación de peligro y conjurando aquellos que puedan presentarse durante el lapso que demandara esa responsabilidad.

El título de “posición de garante” determina que si la ley extrapenal impone el deber de evitar ciertos acontecimientos, el incumplimiento de este mandato se transforma en una acción típica delictiva, siempre y cuando sea exigible a esa persona la evitación de ese resultado típico y haya tenido la absoluta posibilidad de interferir en el curso causal.

De acuerdo con lo que se entendió por acreditado en el caso, la madre dejó a su hijo enfermo al cuidado exclusivo de su pareja, con la indicación de que si el cuadro se agravaba le avisara por teléfono. En el transcurso de la mañana J. pudo observar que el pequeño M. estaba empeorando al punto tal de tomar un color morado y manifestar claras dificultades para respirar. J. ante tal situación de peligro se limitó a llamar en dos oportunidades a su pareja sin poder hablar directamente con ella; solo transmitió un mensaje de tono agresivo a las compañeras de trabajo. El propio J. fue quien describió el contexto de extrema puesta en peligro de la vida del niño y, a pesar de tomar consciencia de aquella situación generadora del deber de actuar, omitió el auxilio necesario e impidió a su vez otros cursos de salvamento, como proponían los vecinos que, desde afuera de la habitación, indicaban llamar a una emergencia médica, específicamente a una ambulancia, a lo que él también se negó.

La muerte sobreviene como consecuencia de esa situación de peligro de la que J. es consciente y ante la cual decide la no intervención para impedir o, al menos, minimizar el resultado típico. Su no hacer eleva el riesgo no permitido y posibilita el curso causal.

El punto débil es determinar si existe realmente posibilidad de que la infracción de un deber por medio de un acto omisivo sea encuadrada bajo un tipo comisivo. Pero entonces, ¿podríamos afirmar que se da la situación típica del art. 79, CP.?

La diferencia sustancial que habilita la aplicación del delito de homicidio (art. 79, CP.) desplazando al delito de abandono de personas (art. 106, CP.) se construye a partir del análisis del tipo subjetivo. Gran parte de la

doctrina explica el delito de abandono con base en la consciencia y la voluntad de apartarse de la víctima, dejándola desamparada a su suerte y violando el deber que pesa sobre la cabeza del sujeto activo de manutención o cuidado. Pero si –como en el caso– J. presencia el peligro concreto para la vida o al menos la integridad física del menor, sin alejarse y siendo totalmente consciente del peligro real e inminente que amenazaba al niño incapaz de protegerse, ya no podemos encuadrar el hecho en el simple delito de abandono de persona agravado por el resultado muerte.

Ahora bien, de igual manera, si dejamos de lado el elemento normativo de “alejamiento”, y si el conocimiento del autor alcanza la posibilidad de producción de los resultados, y aun así omite su deber de protección frente al bien jurídico del que es garante, estaremos en condiciones de afirmar al menos el dolo eventual de lesión de esos bienes y, con ello, el encuadre bajo la figura de homicidio. Como he dicho ya, si bien es correcto afirmar que el delito de abandono de personas es doloso y con el simple dolo eventual ya quedaría configurado, el resultado muerte, que se encuentra por fuera de la situación típica, no puede ser alcanzado por el dolo ni siquiera de manera eventual, pues entonces no se trataría ya de un abandono sino de un homicidio doloso. Ello solo nos conduce al desplazamiento de la figura en cuestión.

La acción típica del art. 79, CP., que reza “el que matare a otro”, no determina de qué forma se puede dar muerte a otro. Ese curso causal puede sobrevenir entonces por vía de la acción y también por omisión. Asumiendo la postura de que J. no causó el resultado muerte, no impedir que se produjera el resultado típico teniendo el deber y la posibilidad fáctica de hacerlo, ¿no significa dar muerte?

4) Entonces ¿podríamos imputarle a J. el delito de homicidio en comisión por omisión?

Sin lugar a dudas, los delitos de omisión impropia dieron nacimiento a otro de los grandes debates en el ámbito del Derecho Penal, que significó la división de la doctrina en dos posturas bien diferenciadas.

La discusión gira en torno de si determinadas conductas omisivas pueden ser sancionadas cuando no se encuentren expresamente escritas y, en caso de que así sea, bajo qué condiciones puede equipararse una omisión a un hacer positivo.

Los detractores de este paralelismo sientan sus críticas sobre la base de la estricta legalidad y su posible puesta en crisis. En esta línea, sostienen que la eventualidad de habilitar la punición de este tipo de delitos choca inevitablemente con lo que promulga este principio constitucional, como es la exigencia de una ley cierta, previa, escrita y estricta.

Bajo estos presupuestos, argumentan que, ante la falta de previsiones legales expresas, los delitos impropios de omisión son consecuencia de una creación teórica y de decisiones jurisprudenciales que deducen su existencia de mandatos contenidos en los tipos de acción, lo que supone la conversión de normas prohibitivas en imperativas.¹³

Así, afirman que la doctrina ha sostenido una construcción analógica, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisibles o escandalosas la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.¹⁴ En este sentido, alegan que el hecho de que ciertos comportamientos considerados como merecedores de pena tuvieran que permanecer impunes no justifica ninguna lesión del principio fundamental del Estado de Derecho.¹⁵ Incluso sostiene Zaffaroni que en el hipotético caso de que existan estas situaciones escandalosas de impunidad, se trataría de omisiones del legislador que solo podrían resolverse con legisladores responsables, y que, por ello, la irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación a la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina.¹⁶

Proclaman categóricamente que se produce una suerte de creación libre del Derecho, dejando en manos de los jueces la tarea de definir los presupuestos que fundamenten la equivalencia entre la omisión y la acción, con el peligro que eso conlleva.¹⁷ En efecto, sintetizan que la construcción del tipo

13. Righi, Esteban, “Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2001- A- Editores del Puerto, Argentina, 2001, p. 97.

14. CSJN, “Rosas, Romina Mariela y otros s- p.ss.aa. homicidio calificado”, sentencia del 20 de agosto de 2014, en disidencia Dr. Zaffaroni.

15. Terragni, Marco Antonio, *Delitos de omisión y posición de garante en el Derecho Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 208.

16. Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal: parte general*, 2da. ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 582.

17. Terragni, Marco Antonio, op. cit., 2011, p. 211.

omisivo se efectúa partiendo de la figura activa y este suceso no puede darse sin echar mano a la analogía que automáticamente vulneraría los principios de legalidad y culpabilidad.¹⁸ Finalmente, entienden que existiendo un riesgo tan considerable de que quede anulado uno de los principios cardinales que resguardan la libertad individual, la interpretación de la letra de la norma debe ser, no solo cuidadosa, sino decididamente restrictiva.¹⁹

Ahora bien, la imputación de un hecho que consiste en no realizar cierta acción corresponde a los delitos de omisión. El punto de partida a fin de presentar mi opinión es identificar principalmente la clasificación entre los delitos propios de omisión y los impropios de omisión. Los primeros no generan mayor inconveniente, toda vez que son aquellos tipos penales en los que se pena el puro “no hacer”, específicamente establecido en la ley como delito de inactividad. Sin embargo, los segundos se aplican a casos en los que la conducta es tan omisiva como lo es en los delitos de omisión propios. Se llama impropio al delito, en el sentido de que la omisión es tratada conforme a un tipo penal en apariencia referido solo a un comportamiento activo, pero la no evitación de determinada situación de hecho podría ser analizada como equiparación a la producción activa de esa situación, por la sola circunstancia de que el sujeto estuviera particularmente obligado a evitar esa situación y no actuara conforme a ese deber.²⁰

Sobre este concepto de los delitos impropios de omisión, podríamos adelantar que el elemento común entre acción y omisión es la evitabilidad del suceso, respecto de quien sea competente para evitarlo. Este punto compartido nos habilitaría a asimilar la no evitación del resultado típico de quien tiene el deber legal de evitar que el bien jurídico sea lesionado con la producción activa de esa situación.

Aceptar esta equivalencia no supone hacer uso de la analogía *in malam partem* como tilda negativamente la voz opuesta de la doctrina, sino que, tal como lo explica Sancinetti, se trata de la interpretación de la letra de la nor-

18. Silvestroni, Mariano H., “Homicidio por omisión, el artículo 106 del Código Penal y la reforma de la ley 24.410”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, Número 1-2, Editorial Ad Hoc, Argentina, 1996, p. 268.

19. Terragni, Marco Antonio, op. cit., p. 209.

20. Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 308.

ma, de hasta qué punto un texto que describe una acción no está abarcando también la no evitación de ese resultado en cabeza de quien sí debía evitar y no lo hizo.²¹

Con esta línea de análisis, podemos afirmar entonces que los delitos impropios de omisión no significan tipos no escritos, sino que por el contrario se encuentran inmersos en la letra de la norma que debemos interpretar, y a través del análisis de la propia ley veremos que la omisión está contenida y forma parte de ella.

A pesar de lo expuesto, hay quienes entienden que para evitar objeciones con base en el principio de legalidad sería necesario introducir en la ley una cláusula legal de equiparación entre la acción y la omisión. Esta exigencia se desprende del debate doctrinario en Alemania en punto a la comisión por omisión, que llevó a su regulación legislativa a través del §13 del Código Penal, sancionado en ese país en el año 1975, siendo a la postre seguida esta modalidad por España, Portugal, Austria, Brasil, entre otros. De tal manera, se creó el sistema de equivalencia entre la acción y la omisión, sosteniéndose la segunda a partir de un tipo prohibitivo, en tanto se cumplan los requisitos de deber de garantía y la correspondencia de la omisión respecto de la modalidad de comisión activa.²²

Pensar la cláusula de equivalencia como una solución a todos los males de los tipos impropios de omisión resulta una utopía; así Sancinetti afirma que las dificultades seguirán siendo las mismas, porque en todo caso los límites del deber de garante siguen siendo difusos y es allí donde deberíamos hacer hincapié.²³

De cualquier manera, en mi opinión, los tipos penales de causación pueden ser aplicados a las omisiones de aquel que se encontraba en posición de garante respecto al bien jurídico que resultó lesionado.

Sobre estas consideraciones, J. tenía esa posición respecto del bien jurídico con la posibilidad física real de evitar el resultado. El autor creó un peligro adicional al permitido en perjuicio del bien que el mismo debía cus-

21. Sancinetti, Marcelo, op. cit., p. 309.

22. Soria, Juan Manuel, *La omisión en el sistema penal*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, pp. 54-55.

23. Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal: parte general*, 3ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 313.

todiar, habilitando la producción del resultado fatal. Es por todo lo expuesto que entiendo que el accionar de J. debería haber sido calificado como delito de homicidio en comisión por omisión.

V. Análisis de la conducta atribuida a S. (madre del menor)

Los jueces de manera unánime entendieron que la madre del menor no podía ser responsabilizada por el delito de abandono de personas agravado, seguido de muerte, y resolvieron su absolución. El fundamento radicó en que el día de la muerte del niño, S. no tenía consciencia acerca de la gravedad del estado de salud de su hijo por dos motivos: primero, por entender los jueces de casación como probado que S. llevó al médico a M. y, con base en esa prueba, que S. confió en el diagnóstico realizado por el experto, quien habría aventurado una simple dolencia hepática. Por otro lado, por no estar ella presente en el momento en que se agravó el estado de salud de su hijo y no poder tomar conocimiento de la situación de peligro concreto existente. Sin embargo, la Dra. Figueroa, quien adhiere en lo sustancial al voto del Dr. Slokar, entendió que nada obstaría para imputarle el delito de homicidio culposo.

Ahora bien, ¿es correcta la decisión? ¿La madre no carga con ningún tipo de responsabilidad penal por la muerte de su hijo? ¿Es la pareja de la madre el único culpable del desenlace? ¿Qué tipo de reproche cabría hacerle a S., si es que debiera hacerse alguno?

En primer término, entiendo acertada la decisión de la Cámara de Casación respecto de la absolución por el delito de abandono de personas. Reprocharle esta figura penal a la madre, no encuentra sustento fáctico ni jurídico. El art. 106, CP., como ya lo he dicho (III), exige colocar o abandonar dolosamente al sujeto pasivo en una situación de desamparo y, a partir de allí, que se genere un peligro concreto. Es decir, que comprende el conocimiento de esa situación y del peligro que correrá su vida o su salud, circunstancias que no se presentan en la conducta de la madre, quien decide dejar al cuidado de su pareja a M., en la creencia de que el niño sufría una simple dolencia hepática. En esta línea, cuando S. es notificada de que el cuadro se había agravado, ella decide ir en busca de su hijo a fin de brindarle el auxilio necesario.

Descartado entonces el delito de abandono de personas, adhiero al análisis que esgrime la Dra. Figueroa en su voto, respecto de la posibilidad

de imputarle el delito de homicidio culposo. Y entiendo correcto ese encuadre legal ante la clara infracción al deber de cuidado que cabe reprochar a S. Sintéticamente y remitiéndome a lo explicado sobre los roles en una sociedad (IV, punto 3), la conducta desplegada por S. es perturbadora de su rol de madre y representa una clara desviación de las responsabilidades que conlleva el cuidado que deben asegurar los padres hacia sus hijos, propios de la institución familia. De esta manera, S. administró de modo deficiente su rol, aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, al incrementar el peligro de la vida de su hijo M. que se materializó en su posterior muerte.

La responsabilidad de S. en cuanto a la infracción al deber de cuidado se puede dividir en dos momentos:

a) El primero, al haber omitido la consulta médica luego de 7 días de malestar generalizado de M. Si partimos de los hechos que tuvo por acreditados el tribunal, S. no le brindó la asistencia médica necesaria que requería el cuadro de salud del pequeño, optando por creer que se trataba de una dolencia digestiva.

Si adoptamos el criterio de la Cámara de Casación, que juzgó como probado la consulta a la salita médica, S. recién después de 6 días habría llevado a cabo esa consulta. Es decir, desde cualquiera de las dos apreciaciones, se evidencia un claro quebrantamiento al deber de cuidado de una madre que es garante de la salud de su hijo de tres años de edad. Su accionar imprudente, consistente en no llevarlo al médico, o de hacerlo varios días después de iniciada la dolencia, evidencia una clara negligencia que incrementa el riesgo al bien jurídico vida que se encontraba previamente amenazado por la enfermedad preexistente. Tan es así, que de haber existido la consulta a la salita, conforme las declaraciones testimoniales, la indicación del médico fue que de todas formas debía visitar a un pediatra, ya que la guardia era solo para la atención de adultos.

b) En un segundo momento, S. decide dejar al pequeño M. al cuidado de una persona no apta, con marcados antecedentes de violencia e intolerancia; prueba de ello es la privación de la tenencia a S. de su hijo, debido al contexto de violencia familiar en el que el menor vivía y los informes psicológicos que indicaban una personalidad conflictiva. Recordemos (I c.) que S. fue privada de la tenencia de su hijo a raíz de la denuncia que realizó la persona que cuidaba en aquel entonces a M. tras encontrarlo fuertemente golpeado, al punto de describir su estado como “desfigurado”. Las evaluaciones psicológicas posteriores dan crédito a esta situación al establecer

perturbación emocional de J., que lo comprometían para asumir el rol paterno sustituto. Al mismo tiempo que determinaron que S. entablaba vínculos patológicos, violentos, que implicaban niveles de riesgo, y consideraron que todo ello se hallaba relacionado con su historia de vida.

Así las cosas, S. actúa de forma imprudente al elegir a su pareja para asumir la responsabilidad de cuidar al niño durante su ausencia. En ambos momentos S. incrementa el riesgo jurídicamente desaprobado teniendo las posibilidades de evitarlo: según la primera situación, si hubiese llevado, a tiempo, al pequeño al médico; según la segunda situación, si hubiese dejado al menor al cuidado de alguien competente que no fuera una fuente más de amenaza para la vida de M.

En síntesis, el resultado muerte de M. es una consecuencia del accionar peligroso que la madre ha creado mediante su conducta riesgosa. Su obrar culposo tiene estrecha vinculación con el resultado típico y por esta razón entiendo acertado el reproche en orden al delito de homicidio culposo (art. 84, CP.).