

Violencia De Genero Lesiones Leves Agravadas Por El Vinculo In Dubio Pro Reo Adolescente Interes Superior Del Nino

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, a los 05 días

del mes de febrero de 2020, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 71.380/2015/TO1/CNC1, caratulada "Rodríguez, José Alexis s/recurso de casación", de la que RESULTA: I. El 12 de abril de 2018, la jueza del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 rechazó la nulidad interpuesta por la defensa y condenó a J. A. R. a la pena de diez meses de prisión y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo (arts. 29 inc. 3°, 45, 89 en función del art. 92 y 80, inc. 1°, CP; arts. 530 y 531, CPPN; puntos I y II, veredicto fs. 241/242; fundamentos del 17 de abril de 2018, fs. 244/261). II. Contra esa sentencia, el defensor público oficial Ricardo Antonio Richiello interpuso recurso de casación (fs. 266/281 vta.), concedido a fs. 284/285 vta., y al que la Sala de Turno le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 292). III. La defensa fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN, los que serán resumidos a continuación y desarrollados en profundidad al momento de su tratamiento. a. Como planteo principal, solicitó la nulidad del dictamen fiscal de fs. 41/42 -por el que se dispuso habilitar la instancia de oficio, en los términos del art. 72, inc. 2°, último párrafo, CP-, y de todo lo actuado en consecuencia, por no encontrarse corroborados ni fundamentados los supuestos de excepción que la norma exige para su procedencia ni haberse dado intervención a la Defensoría de Menores. En consecuencia, pidió su sobreseimiento. b. En subsidio, pidió la absolución de su asistido por aplicación del principio in dubio pro reo, receptado en el art. 3, CPPN, al entender que la valoración probatoria efectuada por el tribunal de mérito fue arbitraria. c. También en subsidio, consideró que tanto la mensuración de la pena como su modalidad de cumplimiento eran arbitrarias y excesivas. Entonces pidió su reemplazo por una igual al mínimo de la escala aplicable y de ejecución condicional. IV. Ya sorteada esta Sala II, en el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, la parte presentó un escrito en el que reeditó y amplió sus argumentos (fs. 296/306). V. Transitada la etapa prevista en el art. 468, CPPN, la causa quedó en estado de ser resuelta (ver acta de fs. 309). Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

CONSIDERANDO: El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo: 1. Cuestiones a resolver De conformidad con lo previsto en los arts. 398 y 469, CPPN, propongo al acuerdo resolver las siguientes cuestiones: 1) si se encuentra correctamente habilitada la instancia en los términos del art. 72, CP; 2) si la respuesta es afirmativa, debe examinarse si la valoración probatoria del tribunal a quo fue arbitraria; 3) finalmente, si la respuesta al anterior interrogante es negativa, corresponde analizar si la mensuración de la pena fue arbitraria y si su modalidad ejecutiva es correcta. 2. La nulidad del dictamen fiscal de fs. 41/42 a. Como se resumió en el inicio, la jueza de mérito rechazó el planteo de nulidad formulado por la defensa contra el dictamen fiscal de fs. 41/42 y de todo lo actuado en consecuencia. Argumentó que el art. 72, inc. 2°, CP, no exige la anuencia de la Asesoría de Menores para que el fiscal pueda proceder de oficio en caso de que existan intereses contrapuestos entre la víctima menor de edad y su representante legal, corroborados en este caso mediante la comparación entre la declaración de Rojas de fs. 31/vta. y la de su madre, de fs. 40/vta. En la primera audiencia mencionada, Rojas, en la fiscalía del barrio de la Boca, indicó: "...Soy damnificada, R. es mi ex pareja y tengo interés en el avance de la causa...". Por su parte, su madre indicó: "...mi hija me dijo que no quiere hacer más nada con la causa y yo tampoco, ya está, no tuvimos más problemas con su ex pareja, por eso no voy a instar la acción penal, tendrán que citar a mi hija para ver qué es lo que quiere hacer...?" (cfr. fs. 31, 40 y 247 vta./248 de la sentencia). Asimismo, la jueza entendió que el fiscal había motivado su decisión en que se trataba de un caso de violencia de género, en los términos de los arts. 4, 6 y 16 inc. i de la ley 26.485, en consonancia con la Convención de Belem do Para, en el que, por lo tanto, el Estado tiene el deber de cumplir con la obligación de tutela real y efectiva según las pautas establecidas en el art. 16 de la ley citada, que incluye el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (cfr. fs. 246 vta./247). Argumentó que el art. 120, CN, establece como función del Ministerio Público Fiscal el promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad cuando lo establezca la ley en forma expresa, en conjunción con los artículos 27 y 75 inc. 22, CN. Destacó que el interés público es aquello que promueve la búsqueda y el logro del bien común, bajo un sistema que evite la arbitrariedad y la falta de tutela de los derechos, de conformidad con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Sobre los Derechos del Niño (cfr. fs. 247/vta.). b. La defensa sostuvo su planteo en la falta de intervención de la Defensoría de Menores, pese a que se citaron disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya línea directriz es velar por el interés superior del niño y proteger

su derecho a ser oído, omitido en el caso luego de las manifestaciones precisas de la madre de R. al respecto. En este sentido, citó el caso "Scopa" (1) de esta Cámara y la causa 22.071/15, "C.R.; J.C. s/ nulidad", de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el que se anuló la decisión de archivar el sumario por falta de impulso de la acción de la damnificada, por ausencia de intervención previa de la Defensoría de Menores. Agregó que las reglas citadas (ley 26.485 y Convención de Belém Do Para), no exigen la promoción de la acción como un mandato inexorable y por sobre el interés potencial del damnificado y el interés superior del niño, de manera tal que, en todo caso, corresponde al tribunal fundamentar cómo se vinculan esas normas con la decisión de impulsar la acción, argumentación ausente en el caso. Criticó que no se haya citado nuevamente a la menor como lo propuso su madre a fs. 40/vta., después de señalar que ninguna de las dos tenía interés en la prosecución de la causa, de manera tal que no se habían zanjado las dudas existentes al respecto. En este sentido, no se había explicado la razón por la cual, necesariamente, el interés de la niña debía coincidir con el del Ministerio Público Fiscal, quien de ese modo parece haberse apropiado del conflicto penal. Agregó que el fiscal no brindó los motivos por los que en el caso se presentaba alguna de las excepciones previstas en la última parte del inciso 2º del art. 72, CP; esto es, razones de seguridad o de interés público. Además, consideró que ninguna de esas excepciones estaba presente en el caso, puesto que era un hecho entre particulares, sin trascendencia para terceros, y sin reiteración en los meses posteriores al inicio de la causa. Agregó que si se considerara que la potencial comisión de un delito encuadra dentro de los intereses generales de la sociedad, perdería sentido la regla del art. 72, CP. c. Para establecer la naturaleza y el alcance de las nulidades, conviene remitirse a lo dicho, entre muchos otros, en las causas "Cantos" (2) y "Medina Cantero" (3). Allí también se dijo que una de las características del proceso inquisitivo reformado, y que lo ha llevado a su crisis actual, es el planteo continuo de nulidades con la intención de impedir que la causa avance. En este aspecto, se dijo que el tribunal debe evitar que el proceso se transforme en una verdadera competencia para anularlo, pues como bien señala Maier "...la nulidad y su sistema dan origen a un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia, pero cuya meta intermedia consiste en, cada tanto, intentar que el procedimiento regrese hacia atrás para comenzar de nuevo. Incluso los jueces, de oficio, intervienen en este torneo y evitan con este mecanismo la necesidad de dirimir el caso..." (4). Si bien la solución de la jueza de mérito es correcta, otros son los argumentos que la justifican. Es que, bien analizado, el caso no es un supuesto que encuadra en el último párrafo del art. 72, CP, sino que, por el contrario, de lo que aquí se trata es de una manifestación de la voluntad válida expresada por una menor de edad cuyo grado de madurez así se lo permitía, de conformidad con la legislación tanto nacional como internacional vigente. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 3, establece que los tribunales deben prestar una consideración especial al interés superior del niño, en tanto su art. 12 dispone su derecho a ser oído y a que se tengan en cuenta sus opiniones, en función de su edad y su madurez. En la misma línea, en el derecho interno, el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que toda persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, como así también a participar en las decisiones sobre su persona. Asimismo, si bien estipula que ejercerá sus derechos a través de sus representantes legales, establece algunas salvedades. En este sentido, dispone que en aquellos casos en los que cuente con edad y grado de madurez suficiente, podrá ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y, en una dirección similar, que en los casos de menores de entre trece y dieciséis años se presume que el adolescente tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Finalmente, establece que, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Sobre esta base legal y teniendo en cuenta que la menor P.E.R. contaba con diecisiete años de edad al momento del hecho y del inicio de las actuaciones (cfr. fs. 1/vta., incorporada por lectura a fs. 232 vta.), sumado a las características del suceso debe entenderse válida su voluntad expresada a fs. 31/vta. -en cuanto instó la acción penal-, por sí misma, es decir, sin necesidad de acudir a la instancia de oficio prevista en el art. 72 in fine del CP, ante la negativa expresada por su madre a fs. 40/vta. Es que si bien se trata de un supuesto diferente al previsto en la normativa civil citada, lo cierto es que la interpretación propuesta es la que más se ajusta a los principios básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto persigue preservar, en todos los casos, su interés superior. Estas mismas razones tornan innecesaria la intervención de un defensor de menores, puesto que el art. 54 de la ley 24.946 prevé la actuación de la Defensoría de Menores en aquellos casos en los que fuere necesario suplir la inacción de los representantes legales del menor; es decir, se trata de proteger su interés superior en aquellos casos en los cuales no alcancen la madurez suficiente como para decidir por sí mismos. Sobre este punto vale destacar que la recurrente tampoco explicó por qué razón su intervención sería necesaria o qué agravio puntual le ocasionó a su asistido que esa parte no haya sido convocada. En efecto, la jurisprudencia citada por la defensa tampoco avala su posición, puesto que en el primero de los casos citados (ver punto 2, b) se analiza una situación completamente diferente a la presente (la procedencia del arresto domiciliario de una mujer con hijos menores de edad), mientras que en el segundo, se analiza la situación justamente

contraria a la de este caso, según la propia cita efectuada por la defensa: anulación del archivo de las actuaciones por falta de impulso de la víctima menor, sin intervención de la defensoría de menores, invocando el interés superior de aquélla (cfr. fs. 271). Tampoco puede perderse de vista que esta solución armoniza con la Convención Belém do Para, con jerarquía constitucional, referida al deber de cumplir con la tutela real y efectiva de los derechos allí previstos, entre los que se incluye el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, tal como lo señaló el tribunal a quo al reeditar los argumentos brindados por la fiscalía. Por lo demás, no es razonable interpretar que la ley reconoce facultades autónomas para formar pareja o tener hijos, pero exigir la intervención de la madre y de la defensoría de menores para instar la acción penal respectiva. Por último, también es importante señalar que su presencia en el juicio oral, ya mayor de edad (cfr. condiciones personales volcadas a fs. 232 del acta de debate), confirmó su voluntad de instar la acción, de conformidad con lo dicho en el precedente ?Peralta? (5). Los motivos expuestos son suficientes para rechazar los agravios de la defensa con respecto a la primera cuestión planteada. 3. El razonamiento probatorio Tal como se resumió en el inicio, la jueza a quo condenó a J. A. R. a la pena de diez meses de prisión y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por el vínculo (arts. 29 inc. 3º, 45, 89 en función del art. 92 y 80, inc. 1º, CP; arts. 530 y 531, CPPN). Tuvo por probado que ?...el día 25 de noviembre se 2015, alrededor de las 20:00 hs., en el interior de la vivienda sita en la calle Hernandarias ..., planta baja fondo de esta ciudad, el procesado J. A. R. asestó un empujón a quien fuera su ex pareja la menor {P.E.R.}, provocando que la nombrada al caer al piso sufriera lesiones en la rodilla y brazo derecho? (cfr. fs. 258). 4. La decisión se basó en las pruebas que a continuación se detallan: a. Los testimonios de Leticia Raquel Saravia Ferdinand y P.E.R. b. La declaración del Subinspector Pablo Anriquez, incorporada por lectura al debate (fs. 1/vta.). c. Las restantes pruebas incorporadas por lectura: el acta de detención de fs. 3/vta.; los informes practicados por los médicos legistas a fs. 12 y 17; el informe aportado por el 911 de la P.F.A., de fs. 23/vta.; la constancia médica de fs. 35/36 y el informe labrado por el Cuerpo Médico Forense a fs. 38. 5. Para arribar a la decisión cuestionada, el tribunal de mérito valoró que, pese a las críticas de la defensa en torno a ciertas deficiencias en el relato de la denunciante -dijo que fue impreciso en cuanto al horario y al lugar de comisión del hecho-, lo cierto era que el propio imputado, al prestar declaración indagatoria, reconoció que la secuencia se produjo en el interior del domicilio, además de que el horario que brindó en el juicio se ajusta a la constancia del llamado al 911 (cfr. fs. 255 vta./256). También tuvo en cuenta que en esa misma oportunidad R. reconoció que en el contexto referido había empujado a la damnificada, pese a la disímil explicación brindada al respecto, en la que negó que se haya lesionado como consecuencia. Consideró que su versión sólo era un intento por mejorar su situación procesal ya que dentro de su relato había corroborado algunas contradicciones, como por ejemplo que en primer término dijo que fue a la seccional para denunciar que su pareja no lo dejaba ver a su hijo, mientras que más adelante argumentó que lo habían llevado en un patrullero (cfr. fs. 256/vta.). Además, la declaración de R. se encuentra corroborada por los estudios médicos -el informe legista de fs. 17 y el médico forense de fs. 38, en los que se precisaron los politraumatismos descriptos en la constancia policial de fs. 16, mediante la cual se asentó su derivación al Hospital Argerich- (cfr. fs. 257). Por último, el tribunal de mérito señaló que la problemática constatada entre R. y R. en torno al contacto entre el primero y su hijo, es insuficiente para probar que exista animosidad de su parte (cfr. fs. 257/vta.). En consecuencia, entendió que la hipótesis acusatoria había quedado suficientemente acreditada. 6. La defensa consideró arbitraria la valoración de la prueba efectuada por las razones siguientes. Criticó que la condena descansaba únicamente sobre la declaración de la víctima, imprecisa e inconsistente. Puntualizó las siguientes: 1) el hecho había ocurrido hacia la tarde, mientras que las actuaciones preventivas se iniciaron luego de las 22 horas; 2) el conflicto ocurrió cuando fue a llevarle a su hijo a R. para que lo viera, mientras que éste apuntó que el motivo de la discusión fue que ella no se presentó en tiempo oportuno para retirarlo; 3) mientras que en el debate explicó que el hecho ocurrió dentro de la vivienda, el policía Anriquez (cuyo testimonio se incorporó por lectura), señaló que ocurrió cuando el imputado la arrastró por el suelo de la vía pública, y omitió mencionar la lesión en el brazo; 4) mientras que en su declaración de fs. 31 Rojas manifestó que antes de ir a la comisaría R. la escupió y le tiró piedras en la espalda mientras se encontraba parada en la esquina y que luego fue a denunciar con su madre, en el debate refirió que el imputado la empujó hacia el patio, que al caer se golpeó la rodilla y el codo derechos, que fue a su casa y su madre le recomendó ir a la comisaría; además, resaltó que esta última declaró que ese día su hija no fue a su casa, y que tampoco la había acompañado al hospital, pese a que el Subinspector Anriquez dijo que sí. Agregó que, además, la propia Rojas reconoció que había mantenido conflictos con el imputado debido a que no lo dejaba ver a su hijo -a tal punto que desde hacía casi tres años desconocía dónde vivía-, lo que podía incidir en su credibilidad. Criticó que la sentencia tuvo al imputado prácticamente como confeso, porque si bien reconoció que hubo un empujón, aclaró que Rojas no se cayó ni se lesionó. Con respecto a las lesiones, la defensa alegó que no estaba clara su fecha de producción porque el informe médico legal de fs. 17, se basó en lo dicho por P.E.R. Además, tampoco existía una conclusión categórica sobre su mecanismo de producción, por la multiplicidad de causas que pudieron generarlas. En este sentido, destacó que si R. y P.E.R. estaban parados frente a frente y el primero la empujó, la caída debió ser de espaldas y no hacia

adelante; por lo demás, el dictamen no indicaba la zona del brazo derecho en donde se produjo el hematoma, sumado a que la reacción instintiva en un caso de esas características es apoyar la mano, los dedos, el antebrazo o el codo -lugar en el que se habría producido una de las lesiones según indicó P.E.R. en el debate-, y sin embargo nada de esto aparece reflejado en los informes médicos. Por tales motivos, solicitó la absolución de su asistido por aplicación del art. 3, CPPN. 7. Para examinar los agravios resumidos en el punto anterior, corresponde nuevamente recordar lo dicho en distintos precedentes con respecto a la valoración de la prueba en general, el principio del in dubio pro reo, el significado del estándar de la duda razonable y el testimonio único. Así, en el precedente ?Escobar? (6) se establecieron los criterios generales que gobiernan la valoración de la prueba, vinculados con la inmediación y la necesidad de que aquélla constituya un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir los pasos que dio el juez para llegar a la decisión del caso. Asimismo, en cuanto al alcance del principio in dubio pro reo y el estándar de la duda razonable, en los precedentes ?Taborda? (7), ?Marchetti? (8), ?Castañeda Chávez? (9), ?Guapi? (10), ?Fernández y otros? (11) y ?Díaz?12, entre muchos otros, se estableció que duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde ?razonable? equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria. Por último, con respecto al testimonio único, en los casos ?Juncos Posetti? (13), ?Cabrera? (14), ?La Giglia? (15), ?Díaz? (16) y ?Bertolino? (17), entre muchos otros, se dijo que en nuestro sistema, es posible condenar, bajo ciertas prescripciones, con la declaración de un testigo, tal como también lo estableció en Alemania el Tribunal Supremo Federal (BGH). 8. Del recurso y de la sentencia surge que no está discutido que R. empujó a R. El punto a dilucidar es si la sentencia atribuyó correctamente las lesiones que presentaba la denunciante a ese empujón.

En este punto, tal como razonó la jueza de mérito, resulta relevante que las lesiones están constatadas y concuerdan con el mecanismo descrito por la víctima, de conformidad con lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense (fs. 38), incorporado por lectura y valorado en la sentencia. Esto también demuestra que no se trata de un caso de testimonio único como alegó la defensa, sin perjuicio de las aclaraciones efectuadas al respecto en el punto anterior. Por lo demás, las variaciones que la parte señaló con relación a su declaración durante la instrucción, no resultan dirimentes. En efecto, es irrelevante determinar si después de empujar a P.E.R., R. le arrojó o no piedras en la espalda, porque el objeto procesal está conformado únicamente por el empujón y las lesiones producidas en consecuencia. Además, más allá de las diferencias apuntadas por la recurrente entre la versión que aquélla dio en el debate y lo que le dijo al policía Anriquez (cfr. fs. 1/vta., incorporada por lectura), lo que resulta determinante para resolver el caso es que se dejó constancia de que en el momento arribó el SAME y la trasladó al Hospital Argerich con politraumatismos. Esto despeja cualquier duda con relación a la fecha de las lesiones consignada en el informe médico legal. También se desprende de esa declaración, que al momento del traslado, Rojas se encontraba acompañada por su madre, lo que le resta fuerza a la crítica en este punto. Por último, también es razonable el análisis realizado por el tribunal de mérito al descartar que Rojas haya denunciado a su ex pareja movilizadora por algún tipo de animosidad. Es que si bien ambos coincidieron en haber mantenido conflictos relacionados a su hijo en común, como se dijo más arriba, el imputado reconoció la discusión y el empujón, a lo que se suma la constatación de las lesiones en los lugares indicados por Rojas y el arribo inmediato del SAME que dispuso su traslado al Hospital Argerich por politraumatismos, tal como se desprende de la declaración del preventor, valorada en la sentencia. 9. De este modo, el análisis efectuado revela que no hubo error o quiebre lógico en la valoración efectuada y en las inferencias realizadas por el tribunal de mérito. Ello lleva a descartar la aplicación del principio in dubio pro reo reclamado por la defensa. También, queda demostrado que en el caso no se trató de un testimonio único, pues la declaración de Rojas está corroborada por otras pruebas, como los informes médicos, la intervención casi inmediata de la policía y el SAME. Tal como se anticipó, la contundencia de la hipótesis acusatoria no se mide en sí misma sino en su relación con la propuesta de absolución, lo planteado por el propio imputado y el respeto de la presunción de inocencia. Se trata de establecer cuál de las hipótesis en pugna reúne los requisitos de no refutación y mayor confirmación que sus concurrentes. En definitiva, la valoración de la prueba desarrollada por el a quo luce coherente, lógica y razonable, carece de arbitrariedad y no es contradictoria. Todo lo dicho conduce a rechazar la totalidad de los agravios planteados con relación a la segunda cuestión, dado que las razones expuestas en la sentencia cuestionada resultan suficientes para tener por probada, más allá de toda duda razonable, la participación atribuida a R. en el hecho que se consideró probado. 10. La mensuración de la pena a. Para graduar la pena impuesta al imputado, la jueza de la instancia anterior valoró las siguientes circunstancias agravantes (cfr. fs. 259/260): * la damnificada es la madre del hijo del imputado, situación que no solo conlleva el debido comportamiento hacia una mujer, sino también la obligación de respetarla y cuidarla ya que está a cargo de su crianza; * el hecho se cometió en la intimidad, por lo que la víctima corrió un peligro mayor; * los episodios violentos no eran extraños en el trato de la pareja. * el hecho se llevó a cabo delante del hijo que tenían en común, lo cual quedó acreditado porque el encuentro entre ambos fue en el marco de una visita del menor a la casa del padre. * a excepción del problema de salud que tuvo R. y que

acreditó mediante certificado médico, las actitudes renuentes del imputado demuestran la escasa importancia que le dio tanto al hecho como al proceso en sí. Asimismo, como atenuantes, valoró: * la entidad de las lesiones; * su carencia de antecedentes condenatorios; * su edad; * sus medios socio-económicos. b. La defensa cuestionó la mensuración del monto de pena escogido, por considerarlo arbitrario y desajustado a los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41, CP. Con relación al monto, efectuó las siguientes críticas: i. El tribunal fundó la pena en agravantes no pedidas por el fiscal y por lo tanto no sometidas a contradictorio; ii. pese a que la sanción impuesta fue menor a la que solicitó el acusador, ello no salva la objeción anterior ya que el juicio de cesura no solo comprende aspectos cuantitativos sino también cualitativos; iii. ni en la alegación fiscal ni en la resolución de la jueza se explica cómo se conectan los argumentos empleados con la pena determinada. iv. se consideró el vínculo entre las partes cuando ello ya formó parte de la calificación, puesto que se aplicó la agravante del art. 80, inc. 1º, CP; v. si bien la cuestión de género puede influir en un mayor reproche, ello no exime al tribunal de fundamentar, en el caso concreto, por qué se trata de un agravante; esto es, si es debido a la diferencia corporal o a una especial relación de sometimiento que en el caso no parece darse, ya que el vínculo estaba disuelto al momento del hecho y no existía dependencia material o emocional, sino que Rojas tenía una vida independiente; vi. no se acreditó que el hijo de ambos haya presenciado la escena ya que Rojas no fue preguntada específicamente al respecto; vii. considerar que existieron otros episodios de violencia contraría el principio de inocencia, pues el imputado no fue interpelado por ellos ni tuvo posibilidad de defenderse; viii. es inadecuado considerar la conducta procesal del imputado ya que comprende actos posteriores al hecho, sumado a que en todas las oportunidades en las que fue convocado estuvo a derecho y justificó su ausencia en una jornada con un certificado médico. ix. se debió considerar como atenuantes que se trató de un suceso puntual, que no se reiteró, y que el imputado está privado del contacto con su hijo. Por los motivos expuestos solicitó que la pena impuesta se reemplace por el mínimo legal previsto para el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo. c. En los autos ?Medina? (18), ?Solplán? (19) y ?Habiaga? (20), entre muchos otros (21), se señaló que la discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Pese a algunos trabajos pioneros en nuestro país, hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Este aspecto de la sentencia asumió particular relevancia a partir del momento histórico en el que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación. De allí la necesidad de establecer la cesura de juicio como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado (22). Ahora bien, con respecto a los agravios sintetizados en los puntos i y ii, se debe recordar lo dicho en los precedentes ?Santos Leguizamón y Coronel? (23), ?La Giglia?, ya citado, y ?Rojas? (24). En este sentido, los elementos considerados por la jueza de mérito para fijar la pena surgen de las circunstancias del hecho que fueron discutidas en el juicio. De esta manera, no se afectó el derecho de defensa en juicio, ni se violó el principio acusatorio ni la imparcialidad del tribunal. Por lo demás, la valoración de la calidad de la víctima (agravio expuesto en el punto v) es adecuada en los términos de los fallos ?Verde Alba? (25) y ?Rojas?-ya citado- entre otros, pues es una de las pautas previstas en el art. 41, CP, para medir la pena, en tanto señala ?...la calidad de las personas...?. Por ende, su consideración resulta acertada, como apuntó la jueza del tribunal. En este sentido, la cuestión de género no implica, como propone la defensa, solamente una diferencia corporal o una especial relación de sometimiento; se trata de un concepto más amplio, que abarca la misma estructura social, reflejada en las características del caso en estudio. En cuanto al vínculo que unía a las partes (punto iv), y el carácter de madre del hijo en común de Rojas, asiste parcialmente razón a la defensa, pero por motivos diferentes. Si bien no se trata estrictamente de un caso de doble valoración de la agravante pareja (art. 80, inc. 1º, CP), la afirmación de que Rojas ?...es la {pro}genitora del hijo del procesado, situación que conlleva no solo el debido comportamiento hacia una mujer, ya previsto en el encuadramiento jurídico dado a la conducta de Rodríguez, sino que se aúna la obligación de conservar respeto y cuidado para con quien siendo la madre de su vástago se encuentra a cargo de su cuidado y crianza...? (fs. 259/vta.), constituye un estereotipo que agrava la medición de la pena por asignar un determinado papel social a la mujer. Tal como ha sido argumentado en la sentencia, sin otra razón adicional vinculada con las pruebas del caso, la agravante parece trasuntar que el cuidado y la crianza de los hijos es exclusiva de las mujeres. De tal modo que, así presentada, la agravante en cuestión resulta impertinente. Por el contrario, es adecuado considerar como agravante la circunstancia de que el suceso ocurrió en presencia del hijo menor de edad (ver agravio sintetizado en el punto vi), pues está fuera de discusión que él estaba en la vivienda (el episodio ocurrió justamente por las visitas al niño, tal como lo valoró la jueza, cfr. fs. 259 vta.). Asimismo, la consideración del marco de violencia de género en el que se desarrollaba la pareja según quedó demostrado con el testimonio de la madre de P.E.R. (agravio sintetizado en el punto vii), es correcto, pues se enmarca dentro de la naturaleza de la acción prevista dentro del art. 41, CP, de acuerdo con lo dicho en los precedentes ?Medina?, ya citado, ?Gyacone? (26), ?Trigo y Baltazar? (27) y ?Zárate y Capón? (28), entre muchos otros. En ellos, se señaló que la naturaleza de la acción no es un concepto abstracto sino que se trata de la manera concreta en que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal. En las escalas

correspondientes a los delitos conminados con penas divisibles están previstos, en principio, todos los modos posibles en que una conducta humana puede satisfacer el supuesto de hecho objetivo. En el caso particular, la jueza no solo consideró el testimonio de la madre de Rojas, sino también de la propia declaración de ésta, en cuanto no le fue sencillo "...despojarse..." de esa forma de maltrato, por su juventud y por haber sido madre a corta edad (ver fs. 260 de la sentencia). En cuanto al cuestionamiento sintetizado en el punto ix, lo cierto es que la defensa no expuso la razón por la cual la falta de reiteración de un hecho similar al aquí juzgado debería ser una atenuante. Asimismo, con relación a la falta de contacto de R. con su hijo, lo cierto es que esta circunstancia no está probada ni surge con claridad de la prueba producida en el debate. Si bien R. mencionó que le impedía a R. ver al niño, también señaló que éste no se hacía cargo de su manutención (cfr. fs. 250 vta.). Por lo tanto, el reclamo así presentado es insuficiente para fundar una atenuante. Por último, asiste razón a la defensa con respecto al agravio formulado en el punto viii, en tanto el tribunal de grado no explicó en cuál de las pautas establecidas en el art. 41, CP, podría encuadrar la conducta procesal del imputado. Sin embargo, la eliminación de esta circunstancia agravante y la vinculada con el papel de madre de P.E.R. no se traducen, necesariamente, en la disminución de la pena, tal como se dijo, entre otros, en el precedente "Grudina" (29). En este caso en particular, las demás pautas que han sido correctamente valoradas como agravantes por el a quo, como así también, su análisis conjunto con las atenuantes, en los términos de lo dicho en los precedentes "Trigo y Baltazar", "Zárate y Capón" -ya citados-, "Valdez Cardozo" (30), "Serrano" (31) y "Lupiañez y Rodríguez" (32) (entre otros), demuestran que el monto determinado no es desproporcional ni arbitrario.

11. Modalidad de cumplimiento de la pena

a. Con respecto al modo de cumplimiento de la condena, el tribunal de grado no expuso motivo alguno para descartar la aplicación al caso del art. 26, CP, pese a que R. carece de antecedentes condenatorios. De este modo, luego de evaluar las mencionadas circunstancias atenuantes y agravantes, concluyó que "...lo expresado torna razonable a mi criterio, imponer a J. A. R. la pena de diez meses de prisión..." (cfr. fs. 260 vta.).

b. La defensa criticó este aspecto de la sentencia por considerarlo arbitrario, puesto que no mereció la más mínima reflexión por parte del tribunal de mérito, en contraposición con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Squilario" (33) (y reiterada en "Delfino" (34) y "Oyarse" (35)), en cuanto a que la ejecución de la pena de encierro efectivo debe ser fundada. Destacó que R. es una persona joven, sin antecedentes, sin vínculo actual con la presunta damnificada, con trabajo y limitados ingresos para su subsistencia, a los que se suman sus dificultades de salud; de manera tal que la imposición de una pena de efectivo cumplimiento sólo respondería a la mera retribución y no a la finalidad prevista en el art. 1 de la ley 24.660, ya que la corta duración de la sanción impuesta es ineficaz para desarrollar el tratamiento penitenciario buscado por la pena de prisión. En consecuencia, solicitó su reemplazo por una de ejecución condicional (art. 26, CP).

c. La cuestión relativa al modo de cumplimiento de la pena de prisión, fue abordada en el precedente "Guanca" (36), y, más recientemente, en "Martínez Rasguido" (37), "González y López" (38) y "Lencina" (39). Concretamente, en este caso se advierte que el tribunal de grado no expuso motivo alguno para justificar la aplicación de una condena de efectivo cumplimiento, de acuerdo con los criterios de las sentencias mencionadas. Si a ello se suma la inconveniencia de las penas privativas de la libertad de corta duración, por sus efectos desocializadores, tal como dije, entre otros, en el precedente "Minoli" (40), y la situación carcelaria actual (cfr. Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del 25 de marzo de 2019, por el que se declaró la emergencia penitenciaria por el término de tres años desde su entrada en vigencia), corresponde que esta Sala resuelva directamente la cuestión, en tanto significó una errónea interpretación del art. 26, CP, y un vicio de fundamentación de la sentencia (arts. 456, incs. 1º y 2º, CPPN). Por lo tanto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar el punto II de la sentencia de fs. 244 / 261, disponer la ejecución condicional de la pena de diez meses de prisión impuesta a J. A. R. y, dadas las características del hecho, establecer las siguientes reglas de conducta por el plazo de dos años: 1) fijar residencia; 2) someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DCAEP); 3) realizar el tratamiento de asistencia para hombres violentos que dicta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; 4) abstenerse de tomar contacto con la víctima y toda otra medida que la jueza de grado estime pertinente vinculada exclusivamente con esta última regla. A tal fin, debe reenviarse el caso para que se labre el acta correspondiente y se notifique al condenado. Sin costas (arts. 26, 27 bis, 40, 41, CP; 456, incs. 1º y 2º, 457, 459, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 CPPN). El juez Daniel Morin dijo: 1. Con relación a la nulidad planteada por la defensa, vinculada a la validez del dictamen fiscal de fs. 41/42, adhiero al voto del juez Sarrabayrouse (punto "2.c?") por compartir, en lo sustancial, sus argumentos. 2. En lo que respecta al razonamiento probatorio seguido en la sentencia, adhiero también al voto del juez preopinante, por compartir el examen realizado y la solución propuesta (puntos "3?", "4?", "5?", "6?", "8?" y "9?"). Sucintamente, se advierte que se lograron reunir indicios suficientes y categóricos para tener por acreditados los hechos atribuidos a Javier Alexis Rodríguez. En efecto, tal como puso de relieve el juez Sarrabayrouse, en el caso no está discutido que el acusado empujó a P.E.R., ya que éste lo reconoció en su declaración indagatoria. Y en lo que hace a la verificación de si las lesiones fueron correctamente atribuidas a ese "empujón", cobra especial relevancia que éstas fueron constatadas medicamente y que, tal como expresó el informe del Cuerpo Médico Forense, reconocen un mecanismo de producción acorde al

hecho investigado (cfr. fs. 38). Así, sin que se adviertan razones para poner en crisis el razonamiento seguido por a quo para determinar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de R. en él, corresponde confirmar, en este punto, la sentencia atacada. 3. A propósito de la forma en que el a quo mensuró la pena impuesta a J. A. R., adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse, por compartir las consideraciones volcadas en el punto ?10? de su voto, respecto de los parámetros tenidos en cuenta por el tribunal a quo para fijar la pena en función de lo establecido en los arts. 40 y 41, CP. 4. Por último, en lo referido a la modalidad de ejecución de la pena de diez meses de prisión impuesta por el tribunal oral, adhiero, también, a la propuesta del juez Sarrabayrouse. Tal como resaltó en su voto, tras la enumeración de las agravantes y atenuantes que concurrían en el caso, la sentencia únicamente se limitó a escoger el monto de pena aplicable a Rodríguez, la que estimó de efectivo cumplimiento. Así las cosas, asiste razón a la defensa en cuanto se agravia de que dicha decisión no mereció reflexión alguna por parte de la sentenciante, cuando según las condiciones personales del acusado, cabía la posibilidad de escoger una sanción de ejecución condicional. En lo que a este asunto se refiere me expedí en el precedente ?Guanca? (41) y, posteriormente, en ?Maltez y Engler? (42), donde sostuve, a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ?si bien el texto de la ley parece ajustarse a un criterio conforme al cual sólo se requiere una fundamentación específica cuando lo que se decide es dejar en suspenso el cumplimiento de la pena (art. 26, CP), el máximo tribunal ha establecido que también la imposición de una pena de efectivo cumplimiento -en casos en los que, en principio, procedería una de ejecución condicional- debe ser fundada. Tal doctrina tiene por sustento el derecho de defensa en juicio?. Asimismo, afirmé que ?la necesidad de fundamentación no ha sido (...) el único lineamiento fijado por la Corte? pues ?también ha delimitado los parámetros a los que ésta debe ajustarse. Concretamente, se deberá atender a los criterios derivados del fin de prevención especial positiva al que la Corte ha asignado rango constitucional?. En el caso, quedó claro que el a quo de ningún modo se ha hecho cargo de cumplir con esta carga de fundamentación impuesta por el máximo tribunal, pues ha soslayado palmariamente tal obligación. Al respecto, en el citado precedente ?Guanca?, expresé que si bien no hay regla hermenéutica alguna que impida valorar el grado de culpabilidad para ajustar no sólo el monto de pena sino también el modo de ejecución, sí se encuentra vedada la ausencia de valoración conjunta con las condiciones personales del autor que justifiquen, en el caso concreto, que es necesario un tratamiento que, con sustento en el fin de prevención especial positiva, ineludiblemente deberá ser cumplido en prisión (43). Así, la ausencia de análisis con relación a este aspecto que la norma reclama implica, correlativamente, una errónea aplicación de la ley penal en los términos previstos por los arts. 456 y 470, CPPN. En tales términos, adhiero, como dije, a la solución propiciada por el juez Sarrabayrouse en su voto, de hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar el punto II de la sentencia de fs. 244/261 y disponer la ejecución condicional de la pena de diez meses de prisión impuesta a Javier Alexis Rodríguez, con las reglas de conducta allí especificadas (ver punto ?11.c?). Sin costas. En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE: HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, CASAR el punto II de la sentencia de fs. 244 / 261, DISPONER la ejecución condicional de la pena de diez meses de prisión impuesta a Javier Alexis Rodríguez, ESTABLECER las siguientes reglas de conducta por el plazo de dos años: 1) fijar residencia; 2) someterse al cuidado de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DCAEP); 3) realizar el tratamiento de asistencia para hombres violentos que dicta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; 4) abstenerse de tomar contacto con la víctima y toda otra medida que la jueza de grado estime pertinente vinculada exclusivamente con esta última regla; y REENVIAR el caso para que se labre el acta correspondiente, Sin costas (arts. 26, 27 bis, 40, 41, CP; 456, incs. 1º y 2º, 457, 459, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 CPPN). Se deja constancia de que conforme surgió de la deliberación y en razón de la solución propuesta por la mayoría, el juez Horacio Días no emite su voto por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017). Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13, CJNN y Lex-100) y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 19, quien deberá notificar personalmente al imputado; sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE DANIEL MORIN Ante mí: PAULA GORSO SECRETARIA DE CÁMARA

Notas: 1 Sentencia del 20.03.18, Sala I, jueces Bruzzone, Niño y Garrigós de Rébora, registro nº 256/18. 2 Sentencia del 17.12.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro nº 790/15. 3 Sentencia del 7.9.16, Sala III, jueces Mahiques, Jantus y Sarrabayrouse, registro nº 701/16. 4 Cfr. autor citado, Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia del Chubut. Exposición de Motivos, CDJP 10 ?A?, p. 589. 5 Sentencia del 24.5.19, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro nº 642/19. 6 Sentencia del 18.06.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin; registro nº 168/15. 7 Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro nº 400/15. 8 Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro nº 396/15. 9 Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro nº 670/15. 10 Sentencia del 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro nº 947/16. 11 Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro nº 1136/17. 12 Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin

y Días, registro n° 132/18. 13 Sentencia del 1.04.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse, y Morin, registro n° 235/15. 14 Sentencia del 12.09.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 835/17. 15 Sentencia del 14.08.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 686/17. 16 Sentencia del 27.02.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 132/18. 17 Sentencia del 3.5.18, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Días, registro n° 461/18. 18 Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15. 19 Sentencia del 17.10.16, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 820/16. 20 Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 934/16. 21 Ver ?Ceballos?, sentencia del 3.9.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 407/15 y ?Verde Alva?, sentencia del 22.5.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 399/17. 22 Cfr. Julio B. J. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382. 23 Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 573/17. 24 Sentencia del 26.4.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 430/18. 25 Sentencia del 22.5.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 399/17. 26 Sentencia del 22.4.2016, Sala III, jueces Jantus, Sarrabayrouse y Garrigós de Rébora, registro n° 312/16. 27 Sentencia del 12.6.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 631/18. 28 Sentencia del 7.8.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 917/18. 29 Sentencia del 14.3.19, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 252/19. 30 Sentencia del 11.9.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1094/18. 31 Sentencia del 19.9.18, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1157/18. 32 Sentencia del 28.12.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1693/18. 33 Fallos 329:3006. 34 Fallos 331:477. 35 Fallos 330:2836. 36 Sentencia del 20.2.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 87/17. 37 Sentencia del 29.8.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1032/18. 38 Sentencia del 20.3.19, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 265/19. 39 Sentencia del 09.05.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 535/19. 40 Sentencia del 15.11.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 1692/19. 41 Sentencia del 20.02.2017, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, reg. n° 87/2017. 42 Sentencia del 23.08.2017, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Días, reg. n° 706/2017. 43 En similar sentido, cabe citar el § 47 del Código Penal alemán, que bajo el rótulo de ?Penas cortas de privación de la libertad solo para casos excepcionales? establece que ?(1) El Tribunal sólo impone una pena privativa de la libertad inferior a seis meses cuando circunstancias especiales que concurren en el hecho o en la personalidad del autor, hacen indispensable la imposición de una pena privativa de la libertad para influir sobre el autor o para defender el ordenamiento jurídico? (sin bastardilla el original). Ver también ?Culpabilidad y prevención en derecho penal?, donde Roxin afirma que, por debajo del límite máximo que establece la culpabilidad, las consideraciones preventivas especiales deben tenerse en cuenta no solo al determinar la magnitud exacta de la pena a imponer, sino también al definir la concesión de determinados beneficios, como la suspensión condicional de la pena; y que ?en los casos de los §§ 47 y sigs., StGB, la limitación del juez a consideraciones preventivas no es una simple exigencia político-criminal, sino que se puede fundamentar en los respectivos preceptos legales? (Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Ed. Reus S.A., Madrid, 1981, p. 132, 142/145).

Correlaciones: Vallejos, Marcelo Ángel s/lesiones, amenazas con el uso de arma blanca y privación ilegítima de la libertad - Juzg. Inst. y Correc. N°6 - Formosa - 16/02/2018 003127F