"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ O. C. J."
(Carp. OFIJU Esquel NIC N° 3515- Leg.Fiscal NUF N°33397).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de noviembre de dos mil dieciocho, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por la señora Jueza de Cámara Dra. Carina Paola ESTEFANIA, en su carácter de Presidenta, y los Jueces de Cámara Dres. Guillermo Muller y M. Montenovo, en el carácter de vocales, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHÜBÜT c/ O. C. J." (NIC N° 3515 - NUF N° 33397)** , en la que tuvieron debida participación la Abogada Particular Dra. S. T., en su carácter de defensor del imputado J. C. O., la Dra. María Bottini, en su carácter de Fiscal General.

----------y RESULTANDO ----------

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 24 de octubre de 2018 en la que la Dra.S. T. en su calidad de defensora de J. C. O. sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente, contra la sentencias dictadas por el Tribunal de Juicio integrado por el Dr. M. O'Connor, de fecha 29 de junio de 2018, registrada bajo el N° 1078/2018 y de fecha 31 de julio de 2018, registrada bajo el N°1219-18.

El Dr. H. H. en su escrito impugnatorio, hizo la reseña del caso y luego afirmó que son tres los agravios que deduce contra la sentencia en crisis.

En primer lugar sostiene que no se probó la materialidad del hecho ni la responsabilidad de C. J. O.. Refiere que solo existió un testimonio por video conferencia de la víctima, con las limitaciones que ello significa, en la que dice que su defendido le pegó un golpe de puño y él dice que se chocó con su hombro cuando discutían si tendrían o no la nena en gestación.

Refiere que el hecho fue cometido en la vía pública y que la víctima se encontraba con sus amigas, sin embargo ninguna de ellas presenció el momento exacto en que se produjo el corte del labio.

Agregó que el Juez no consideró que a esta altura del juicio la víctima tenga otros intereses como por ejemplo no ver más a O. o que este no vea más a su hija.

El segundo agravio es la calificación de lesiones leves agravadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género.

Señala que se define violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público, basado en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas por el Estado o sus agentes.

En este caso tratándose de dos adolescentes que cursaban la escuela secundario, que tuvieron una relación de novios y que la señora M. tiene mayores medios económicos, siendo el joven O. de escasos recursos.

Se pregunta el defensor de qué manera podía O. ejercer una relación de poder sobre la víctima. En este caso el hombre no ejerce poder, ya que la víctima no dependía económicamente de O., no convivían, se veían en ocasiones en la escuela que precisamente no es un lugar en la que el imputado ejercía este poder.

Sostiene que en este caso no se da ninguno de los supuestos para que se configure violencia de género.

El tercer agravio es la posibilidad de acumulación de la suspensión de juicio a prueba.

En este punto refiere que el art. 76 ter del Código Penal establece que en caso de revocarse una suspensión de juicio a prueba y de recaer condena, la pena no podrá ser dejada en suspenso.

Afirma que esta norma se enfrenta al criterio y principios que establecen los artículos 55 y 58 del Código Penal.

Cita el fallo "Provincia del Chubut c/S., R. O."

Hace reserva del Caso Federal.

La Fiscal General María Bottini respondió el emplazamiento y en su escrito señaló que la existencia o no de un embarazo o de un aborto anterior no tiene importancia alguna, pues la supuesta protección de la vida que alega la defensa no podrá conseguirse ejerciendo violencia contra la madre, por entonces pareja del imputado ni puede erigirse en un medio válido para lograr el fin supuestamente buscado, más aún cuando para ese momento, el embarazo no era conocido ni por D. M. ni por el imputado, más allá de los calculados realizados por el Juez de grado.

En cuanto a que la víctima, luego de que ocurrieran los hechos

denunciados, haya retomado la relación de pareja con O., no es indicativo de que no hayan existido, sino que confirman la situación de violencia de género en la que D. estaba en un estado de sumisión frente a O..

Respecto al contexto de violencia de género, discrepa con el defensor y sostiene que se han acreditado tales extremos, tal cual fueron indicados por el Juez de Juicio.

Luego de referir que la violencia de género es una manifestación de las relaciones históricamente desiguales entre hombres y mujeres, señala que en el caso se acreditó que C. O. y D. M. eran pareja; que el imputado: ejercía violencia contra D. de tipo física y psicológica, aislaba a D. de sus amistades, humillaba a D. frente a terceras personas; controlaba y celaba a D.; tenía un rol de autoridad frente a D. que se daba una jerarquía en la relación.

Sostiene que no se afectó la garantía del *non bis in ídem*, toda vez que la sentencia del 27 de junio de 2017, fue con relación a los hechos ocurridos entre los días 29 de junio de 2016 y 6 de julio de 2016 y el 7 de julio de 2016, los que dieran lugar a los legajos fiscales Nro. 36704/16 y 36739/16, acumulados en la Carpeta Judicial Nro. 3823.

Aclara que no son dos hechos idénticos. La circunstancia que se advierta en aquellos y en estos hechos la misma problemática de violencia de género en la modalidad de violencia doméstica, no implica que se trate del mismo hecho.

Respecto de la materialidad delictiva, afirma que existe certeza positiva de lo sucedido, como fue expuesto en la acusación y luego en la sentencia, fuera de toda duda razonable.

Agrega que D. M. relató que iba con sus amigas L. Y., A. B., D. O. y su hermana menor E. a la revisación en el natatorio. Allí C. le pidió hablar con ella y que en ese momento le hizo saber que no quería saber más nada con él y entonces se enojó y le pegó con el puño en el labio. Hizo la denuncia, acompañada por su papá quien también declaró sobre el punto.

Las amigas dijeron que se adelantaron despacio, apenas unos metros, para no dejar sola a D. y que escucharon un grito y D. les dijo "me pegó!" y tenía el labio lastimado. Que C. les dijo que D. se había golpeado contra el hombro pero que no le creyeron, por el lugar de la lesión, no podía ser. C. estaba nervioso y se quedaba con ellas. Incluso D. O. contó que ella abrazaba a D. para protegerla pero que C. le sacaba la mano y las acompañó a pileta y después D. y A. acompañaron a C. al colectivo para asegurarse que no volviera a molestarla.

También mencionó que las lesiones fueron certificadas por el Dr. F. y por la médica forense Silvana Cardinalli. Ambos profesionales coincidieron en que eran compatibles con el relato de D..

Además se demostró que D. sufrió stress post traumático por lo ocurrido. Citó a la Lic. M., a las amigas y docentes, quienes declararon de cómo se sentía y como veían a D. después de estos hechos.

En cuanto a la calificación legal, la Fiscal General se remite a lo dicho con respecto a la relación de pareja y al contexto de violencia de género.

Luego, se expide en punto a la aplicación de la cláusula prevista en el art. 76 ter del Código Penal.

Afirma que la ley es clara en el sentido que cuando se revocare una suspensión de juicio a prueba por la comisión de un nuevo delito, de recaer condena en el primero, no podrá dejar da en suspenso y que ello tiene que ver con la progresividad que marca nuestro Código Penal y con las oportunidades que se le otorgan a las personas para lograr su reinserción social, en principio con menor severidad.

Asimismo, señala que la regla prevista en el art. 76 ter. Del Código Penal opera como una ley especial que deroga la regla general de concurso de delitos.

Por último afirma que no es un caso de delito continuado, y que existen fallos de la Cámara Penal de Esquel (Pcia del Chubut c/M. y Pcia. Del Chubut c/ D. O.) en los que se han dado varios hechos de violencia de género y se aplicó correctamente el art 55 del Código Penal.

Cita la CEDAW, la convención de Belem do Para y la Ley N°26485. Solicita se confirme la sentencia en todos sus términos.

En la audiencia las partes ratificaron sus escritos, no introdujeron nuevos argumentos y el imputado dijo que no tenía nada para agregar. La víctima no asistió por vivir en la ciudad de Buenos Aires.

----------Y CONSIDERANDO ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones, ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo {art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), estableciéndose el siguiente orden de votación: **Estefanía — Montenovo - Muller.**

La Jueza Carina Paola Estefanía dijo:

En primer término, conforme los agravios del recurrente, corresponde revisar la sentencia en punto a la materialidad delictiva, toda vez que es en este aspecto en el que existen dos versiones antagónicas.

Por un lado la Fiscalía ha sostenido que C. J. O., le pegó un golpe de puño en la boca a D. M., que le produjo una lesión sangrante en la parte interna del labio, en oportunidad en que la nombrada se dirigía con su hermana y amigas al natatorio municipal. La victima sostuvo que dicho golpe fue la consecuencia del enojo que le produjo al imputado que le reiterara que no quería continuar la relación de noviazgo, que los unía desde comienzo del año escolar.

La defensa, reconoció el encuentro entre el imputado y víctima, pero negó que su pupilo le haya pegado a D. M. y dijo que la víctima se golpeó con el hombro de C. O., en el medio de una discusión relacionada con la intención de D. M. de poner fin al embarazo.

El Juez de grado cuenta que la materialidad no fue cuestionada y que además fue corroborada por la constatación médica del Dr. F., quien extendió el correspondiente certificado, incorporado al debate con su testimonio y el de la Dra. Silvana Cardinalli, médica forense de la circunscripción judicial quien explicó sobre las características de la lesión, que además, fue ilustrada con fotografías que fueron obtenidas en la Comisaría de la Mujer y que se exhibieron en el transcurso del testimonio de la empleada policial R. B..

Tal cual lo ha desarrollado el magistrado, las amigas que declararon como testigo, reconocieron no haber visto el momento que O. le pegó a D. M., toda vez que cuando este se les acercó para hablar con la víctima, ella les pidió que se alejen para hablar a solas con el imputado.

Reconocieron que efectivamente, se adelantaron pero que fueron escasos metros, porque conocían personalmente las agresiones físicas y verbales que O. había tenido para con la víctima, con anterioridad al hecho investigado y temían que en esta oportunidad nuevamente le hiciera algo, tal como finalmente ocurrió.

Ellas confirmaron en un todo la versión de D. O., pues recordaron que la víctima al recibir el golpe pegó un grito y acto seguido les dijo "me pegó, me pegó" y observaron la sangre en la boca y el "labio partido".

Ya en ese momento el imputado, nervioso por lo ocurrido, dijo que no era cierto y que se había pegado en su hombro. Sin embargo

las amigas de D. no le creyeron y ello fue advertido por el imputado, que continuó con ellas y cuando D. ingresó a la sala de revisación médica del natatorio pretendió mostrarle a L. Y. como habla sido que la víctima se había golpeado con su hombro. Recordó la testigo citada: "Él me dice nervioso, que no le había pegado, que la quiso abrazar... Me mostró, me pegó fuerte con el hombre... me empuja y me dice que no me haga la viva".

Comparto lo sostenido por el Juez al señalar que "estas valoraciones -las de las testigos O., Y. y B.- tiene especial valor porque conocían el contexto previo, vieron la secuencia, las actitudes y los gestos de ambos segundos después de la lesión y sacaron la conclusión - indubitadamente- que C. había golpeado a D. y que la lesión no había sido producto de un choque accidental".

El imputado refiere que D. se golpeó en el medio de una discusión que mantenían por la supuesta decisión e D. de interrumpir el embarazo y que fue en ese contexto en el que D. se golpeó con su hombro.

Me pregunto, como lo hizo el Juez O'Connor, y porque además no surgió de la declaración el imputado, ¿qué movimientos del cuerpo tan bruscos pudieron acompañar esa discusión, para que se produzca el choque entre ambos, con una fuerza tal, que le produjo a la víctima una lesión cortante en la parte interior del labio?.

Lo cierto es que del contexto global y particular, la secuencia más lógica es la que brindara la víctima. Nótese además que el imputado refiere que la discusión tenía relación con la decisión de la victima de practicarse un aborto y sin embargo, se acreditó, que para ese momento, ni siquiera D. M. sabía que estaba embarazada.

El Dr. O'Connor, realizó una cuenta muy elemental, que utilizan los médicos para determinar la fecha probable de parto. Para ello cuentan cuarenta semanas a partir del primer día de la última menstruación o treinta y ocho semanas a partir de la ovulación que se produce -aproximadamente- a las dos semanas. En el caso, el juez tomando la fecha de nacimiento de la niña que se produjo el 22 de abril de 2016, concluyó que la fecha gestación de D. M. fue el 31 de julio de 2015 y la fecha de la ultima menstruación habría sido el 17 de julio de 2015.

De allí que para el 15 de agosto de 2015, D. todavía no tenía un atraso menstrual que siquiera le hiciera sospechar que estaba embarazada.

Por lo expuesto, he de rechazar el primer agravio de la defensa, pues la materialidad y autoría se acreditó con la certeza requerida en la etapa procesal de juicio.

En cuanto a la agravante de violencia de género, prevista en

la figura penal aplicada, el defensor sostiene que en el caso el imputado y víctima eran adolescentes, estudiantes secundarios, que fueron novios, pero que no existía entre ellos una relación desigual de poder que afectara a D. M.. Incluso sostuvo que la situación económica de la víctima era mejor que la de su defendido.

El Juez reseñó la prueba testimonial producida en el debate, que incluye el relato de la víctima, sus amigas, la profesora S., la vicedirectora F. y la Lic. En psicología V. M., perteneciente al SAVD. De dichos testimonios se desprende que C. O. aisló a D. de su círculo social y familiar. Le controlaba su teléfono móvil personal de manera constante. La maltrataba en privado y en público. La menospreciaba con adjetivos y frases descalificativos, como fea, que se afeitaba la panza porque tenía pelos, que se vestía mal, que era tonta, que no entendía y que era "fácil", aludiendo a su comportamiento sexual.

Todos los testigos recordaron situaciones concretas de violencia verbal y física, y dieron cuenta del miedo que la víctima le tenía al imputado, a punto de desmayarse en la vía pública.

La violencia de género no se limita a la agresión física, sino que se compone de una multiplicidad de conductas dirigidas por el agresor, que tienen por finalidad de ejercer el poder y controlar a la víctima. En este caso se acreditó que antes y durante la agresión física D. M. sufrió una cantidad de conductas violentas, que provocaron su aislamiento y dependencia emocional, que dificultaban cortar ese vinculo.

Esa violencia -habitual- generó severos efectos psicológicos. La relación de D. M. para con el imputado estaba atrapada por el "circulo de la violencia". Surge de su relato que trataba de satisfacer al agresor para evitar episodios de agresión. Cuando el hecho violento se producía, aparecía la "fase del arrepentimiento" y la "luna de miel", en la que el imputado se disculpaba y se mostraba afectuoso, y prometía que no la volverla agredir.

El ciclo se repitió durante el noviazgo y luego durante la convivencia, mientras atravesaba el embarazo y con posterioridad al nacimiento de la niña, que también fue utilizada por el imputado para lograr el sometimiento de D., amenazándola con quitársela.

No es casual que el hecho en juzgamiento se produzca cuando D. intentaba poner fin a la relación con el imputado. Esa negativa de continuar con el noviazgo fue la que motivó que C. O. la golpeara en su cara. Entonces, D. se animó y le contó a su padre y decidió realizar la denuncia que ameritó el dictado de una resolución judicial que disponía la prohibición de acercamiento.

La defensa pretendió probar que al momento de la agresión D.

sabía del embarazo y que sus amigas también. Sin embargo, todas lo negaron. Tomaron conocimiento del embarazo, después de este hecho, y esta circunstancia la hizo más vulnerable e incidió directamente en la posibilidad real de que D. M. lograra ponerle fin a la relación que la unía con el imputado.

Ella dijo que siempre tuvo la esperanza de que el agresor cambiara y que la relación mejorara, tal cual enseñan los expertos cuando explican porque la mujer no logra cortar la relación violenta.

En cuanto a la situación económica, que el defensor refiere que era mejor la de D., que la de C. O., cabe señalar que ambos dependían de sus familias de orígenes y que no se acreditó que esa diferencia -aclaro que tampoco era de la entidad que le asigna el recurrente- haya incidido en algún modo en el comportamiento de la victima.

Por el contrario, si ha de sospesarse a la hora de analizar la vulnerabilidad de D., que sus padres estaban separados. La madre vivía en Buenos Aires y ella vivía en Esquel con su padre, quien rechazó el embarazo de su hija, lo cual incidió directamente en D. a la hora de aceptar la propuesta de C. O. de ir a vivir a la casa de su familia biológica.

Finalmente considero que la forma en la que D. M. pudo poner fin a la relación indica que estaba fuertemente condicionada por la violencia de la relación, pues tuvo que pergeñar como hacerlo, asegurándose que tendría acogida por su familia biológica, toda vez que temía que si no lo lograba, al regreso podía producirse una escalada de la violencia.

Se ha demostrado, que la expectativa de que la mujer sometida a violencia pueda separarse del agresor sin ayuda, no es realista.

Sobre este punto, he de reiterar que la relevancia de las dinámicas de la violencia de género, signadas por relaciones desiguales de poder, donde las agresiones son una forma - tal vez la más idónea- para dominar a la víctima, de demostrar y mantener la disciplina, el control y el poder. Quien ejerce violencia en las relaciones familiares lo hace con la finalidad de afirmar y reforzar su autoridad.

Existe un estereotipo que presenta a las relaciones de noviazgo de adolescentes como vínculos regidos por el amor y la igualdad, que no puede verse reforzado por el derecho penal, porque si bien esto puede ser cierto en muchos casos, cuando existe violencia, no hay amor ni hay igualdad. La decisión judicial que se base en este tipo de estereotipos estará equivocada.

Es evidente que entre la víctima y el imputado, había una

relación desigual de poder que afectó la vida de D., su libertad, dignidad, integridad física y psicológica.

Y cuando hablamos de relación desigual de poder, debemos hacerlo desde la definición que la propia Ley Nro. 26.485, en cuanto señala en el artículo 4^{0} que la misma se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

En consecuencia, debe rechazarse el agravio de la defensa, y confirmarse la calificación legal.

Por último, con relación a la pena, que fue fijada en el mínimo de la escala penal, de cumplimiento efectivo, la defensa pretende que no se aplique lo dispuesto en el art. 76 ter. del Código Penal en cuanto dispone "Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas. Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso".

En el caso, al imputado se le concedió la suspensión del juicio a prueba por este hecho el 20 de abril de 2016 -dos días antes del parto de D.-, por un año y tres meses. Los hechos que motivaron la revocación de la *probation* ocurrieron "en la Ciudad de Esquel, un día ubicado en la semana anterior al 6 de julio de 2016, es decir, entre el 29 de junio de 2016 y el 6 de julio de 2016, en el domicilio de la calle Pudu Pudu del Barrio Estación, que compartía la damnificada, D. M., con quién era su pareja, C. J. O., y padre de su hija de tres meses de edad, N. V.. En dichas circunstancias, y en el marco de una relación en la que el señor O., ejercía violencia de manera crónica contra D., M., por su condición de mujer, en medio de una discusión que se fue tornando cada vez más violenta; y ante el intento de D. de retirarse del domicilio, el nombrado C. J. O., le propinó un golpe en el rostro con la mano abierta a D., el que le impactó en la nariz y en la frente, ocasionándole una fractura en la zona de la nariz, lesión ésta de carácter leve, por generar inhabilidad para el trabajo, y para las tareas habituales, por un lapso de tiempo inferior al mes. Luego de ello, el señor C. O. impidió que la damnificada saliera del domicilio para ocultar las

lesiones visibles que D. tenia en el rostro, hasta que, finalmente, el padre de D., señor J. M., pudo retirarla del lugar, produciéndose desde ese momento la separación de la pareja y en la ciudad de Esquel el 7 de julio de 2016, oportunidad en la cual el señor C. J. O., desobedeció una prohibición de acercamiento y de contacto por cualquier via, dictada con fecha 6 de julio de 2016 por el Juez Penal, Dr. José Oscar Colabelli, en el marco del legajo Fiscal 36.704/16, por el término de 30 dias, que le fuera notificada el mismo 6 de julio de 2016, a las 17:40 hs., en tanto envió mensajes de texto via whatsapp desde su abonado celular N° X al abonado celular de D. M., N° X, intentando convencerla para retomar la convivencia."

El hecho aqui investigado fue cometido a solo dos meses y medio del otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba y fue declarado responsable por el Juez Hernán Dal Verme, el 27 de junio de 2017, antes de que finalice el periodo de prueba. Luego, la sentencia de pena se dictó el 2 de agosto de 2017.

La revocación de la *probation,* en virtud de ello, fue realizada por el juez M. Zacchino, el 26 de diciembre de 2017. Esta decisión judicial se encuentra firme y no fue recurrida por la defensa. Más allá de la obviedad que representa la respuesta al planteo de la defensa, voy a sostener que no hay posibilidad alguna de revertir esa decisión judicial, conforme los principios procesales de preclusion y cosa juzgada.

Nuestro Código Penal contiene un régimen de progresividad en cuanto a las penas aplicables a las personas que cometen delitos, de menor a mayor severidad. En dicho régimen, al margen de los criterios de oportunidad previstos en el Código de Procedimiento Penal de nuestra provincia, las personas pueden obtener la suspensión de juicio a prueba si no tienen antecedentes penales y, luego de un periodo de tiempo, si cumplen ciertas reglas, obtienen el sobreseimiento.

El sistema también prevé que la primera condena puede ser dejada en suspenso y por aplicación de las reglas de concurso, cuando varios hechos sean juzgados en forma separada, como ha ocurrido en el caso, es posible que se unifiquen las condenas y que la pena siga siendo condicional.

Ese régimen general tiene excepciones. Una de ellas, es la que aplicó correctamente el Juez de grado, pues existe una norma que refiere que aún cuando fuera primera condena, la misma será efectiva si es la consecuencia de un hecho, por el cual el imputado habla sido beneficiado con el instituto de la *probation,* pero incumplió con la prohibición de no cometer nuevos delitos en el periodo de

prueba.

Se trata de aplicar el principio de especialidad, que significa que una norma especifica prevalece sobre una ley general y ello, en los presentes actuados significa, que la pena de seis meses de prisión, necesariamente deberá ser de cumplimiento efectivo, sin perjuicio de las diferentes opciones que prevé la Ley Nro. 24660 para las penas menores.

En definitiva, conforme lo expuesto, también debe rechazarse el último de los agravios esgrimidos por la Defensa del imputado y confirmarse la sentencia en todos sus términos.

Merece una reflexión de mi parte, el otorgamiento en este caso de la suspensión de juicio a prueba en contra del fallo "Góngora" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido que la *probation* no procede en casos de violencia de género. Es cierto que parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que dicho fallo admite excepciones y ello obedece especialmente a los casos en los que la propia victima manifiesta su acuerdo para el otorgamiento del instituto.

Aquí se ha verificado, que el supuesto consentimiento de la víctima -prestado a dos días de que naciera su hija- para que le otorgaran *la probation* a su pareja estaba absolutamente condicionado por el contexto de violencia en el que lo prestó, sin embargo ello no fue advertido por los funcionarios públicos, que apoyaron su postura a favor de la suspensión del juicio, en el acuerdo de D. M..

No podemos soslayar, que la problemática de la violencia contra la mujer, tal como lo disponen los tratados internacionales impone a los funcionarios una diligencia reforzada, pues cuando ello no ocurre, además de los graves daños que pueden producirse en los derechos fundamentales de la mujer, como lo es la vida, la integridad física, la libertad, etc., se genera responsabilidad por omisión del Estado, de cara a la falta de acciones de las autoridades públicas.

Por último, corresponde regular en forma conjunta los honorarios del Dr. H. A. H. y de la Dra. S. T., abogados particulares, por la labor ejercida por ambos en esta instancia como defensores del imputado C. J. O. en el 25% de lo regulado en el punto 3) de la Sentencia Nro. 1219-18 de primera instancia. (Arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4 (antes ley 2200), modificada por ley XIII-N° 15; Art. 59, Ley V n° 90 (antes Ley 4920) y arts. 239, sstes. y cctes. del CPPCH. Así voto.

El Juez M. Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso en análisis,

remitiendo a tal fin, excepto en lo estrictamente necesario a los efectos de esta exposición, a la completa reseña que principia el voto de quién ha liderado este Acuerdo.

II. - Por remisión del art. 92 del CP., habiendo sido materia de agravio la aplicación de la agravante del art. 80 ínc. 11 del CP., aunque no la del inc. 1), se impone comenzar sobre la interpretación que corresponde asignar a dichos supuestos, sobre lo cual he vertido opinión en la Sentencia nro. 16/018, caso ventilado ante la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, más allá que reitero, la existencia de "pareja" entre los protagonistas del evento no ha sido enervada por la Defensa, y sí decidida por el Juez de grado.

El principio constitucional de legalidad impone a la ley penal ostentar cuatro caracteres: ser previa al hecho, escrita, estricta en tanto elaborada por el procedimiento establecido en la Constitución Nacional precisamente para la sanción de las leyes, y cierta.

Tal mandato de certeza involucra un aspecto particularmente relevante, pues exige la definición concreta de la conducta prohibida, sobre lo que se edifica, entre otros paradigmas, la operatividad del principio constitucional de culpabilidad, pues no puede ser culpable quién no sabe que es lo que se encuentra permitido o no. Desde ya que la ecuación alcanza tanto a los tipos penales básico os como a los agravados.

En dichas circunstancia,, resulta imprescindible no solo hallar un hilo conductor interpretativo del art. 80 del CP., que agrupa las hipótesis en las que matar o lesionar representan una evidencia aún mayor de la reprochabilidad propia de acabar, o menoscaba,, la vida o integridad física ajena queriendo hacerlo, al punto tal que el Legislador evita la individualización judicial de la pena contemplando una temporal y fija, la prisión o reclusión perpetuas o intensifica la sanción respecto de las lesiones, sino también, en lo que aquí concierne, asignar al término "relación de pareja, mediare o no convivencia" del inc. 1) un alcance determinad,, compatible con el mandato de certeza aludido.

Todo el precepto resulta pródigo en elementos subjetivos distintos del dolo, en la modalidad de tendencias internas trascendentes o ultra finalidades. Así se agrava la consecuencia de dar muerte o lesionar por diversos motivos, a quién se lo hace, por cómo se lo hace, la razón por la que se lo hace, por determinado carácter que ostenta el sujeto activo o pasivo, la circunstancia de la acción, la instrumentalización de dicha conducta para lograr ciertos objetivos.

Dentro del universo del "a quién se mata o lesiona", se

encuentra el inc. 1) del art. 80. Históricamente, contemplaba vínculos parentales definidos normativamente, pues la ascendencia o descendencia lo eran de corte sanguíneo, y el cónyuge remitía claramente al concepto de matrimonio, ambos extremos especificados en la ley civil. Quedaban por fuera de la agravante tanto la adopción plena como el concubinato, de algún modo de manera inexplicable, pues el fundamento de calificar la conducta de dar muerte queriendo y sabiendo que se lo hace hacia un familiar directo, supone superar un compromiso afectivo intenso, y debe residir en transponer el mayor freno inhibitorio que ello implica.

Aunque, parecía que el precepto en su redacción original pretendía proteger más a las instituciones de familia y matrimonio, entendidas tradicionalmente, que identificar una hipótesis en donde matar o lesionar resulta más reprochable.

Los estándares sociales claramente influyen en la confección de la ley penal, y sin dudas dicha ecuación respondía a la trascendencia que hasta el siglo pasado se le daba a las aludidas instituciones, de importancia medular en la concepción religiosa que incidió en la conformación de nuestro país, y el diagrama de su Sociedad.

Sin embargo, las sociedades cambian, y con tal cambio se modifica el Derecho. Hoy buscamos una definición precisa de persona, familia, género, paternidad, pareja, temas en derredor de los que se producen acalorados debates.

Lo que en todo caso, no es posible soslayar, es que el principio constitucional de culpabilidad exige que penalmente la sanción se agrave si la reprochabilidad de la conducta es mayor, y lo es sí se da muerte o lesiona a otra persona con la que se mantuvo o mantiene un vínculo afectivo intenso, ya sea en el plano parental en línea recta o de pareja. De hecho, el Legislador histórico fue sabio en prever circunstancias extraordinarias de atenuación de tales conductas (art. 80 último párrafo del CP.), pues si la razón de la calificante remite al aspecto emocional, ello deriva usualmente en la disminución de la culpabilidad, pues todo el sistema penal argentino se basa en castigar más severamente las decisiones racionales en contra del derecho, y como sabemos, la emoción enturbia la razón.

Aqui no se cuestiona la existencia de "pareja" entre O. y M., se aplicó la referida agravante, en términos discutibles.

El inc. 1) el art. 80 del CP. alude a relación de pareja presente o pasada, mediare o no convivencia, por lo cual atribuir carácter determinante a la cohabitación no parece contemplar que el Legislador no le asignó tal carácter relevante en la construcción

de la agravante. Y nuevamente, entonces, resurge la necesidad de cumplir con el deber de dar certeza a la prohibición.

Preliminarmente, el mentado art. 80 del CP. contiene elementos normativos del tipo objetivo, pero también descriptivos. Ensañamiento, alevosía, un medio para generar un peligro común o el concurso de más de dos personas lo son, pues no hace falta recurrir al derecho para saber su significado, ya que se obtiene por el uso simple de los sentidos. No desconocemos que tendencialmente, lo normativo avance en desmedro de lo descriptivo, y que dichos conceptos a su vez al estar abarcados por el conocimiento y el ánimo del sujeto activo, constituyen aquellos elementos subjetivos distintos del dolo.

Desde allí, una relación de pareja presente o pasada en la que hubiere mediado convivencia o no se adecua mejor al carácter descriptivo que al normativo pues asi formulada la prohibición, el Derecho no le asigna definición y se vincula más con usos sociales que con definiciones jurídicas.

Considero que, si bien a partir de una técnica de redacción sumamente objetable,

El Legislador, a tono con la evolución de la sociedad en el tema, pretendió abarcar situaciones de vínculos afectivos, relativamente prolongados, con contenido sexual, por fuera del matrimonio, no así, reitero inexplicablemente, sus similares de afecto por fuera de la ascendencia o descendencia biológicas. Y que ello puede integrar el catálogo de elementos descriptivos de los tipos objetivos del precepto.

La cuestión se traslada a cómo definir una relación afectiva relativamente prolongada, de contenido sexual, mediare o no convivencia. Si debe primar lo descriptivo, el nombre, el trato y la fama, tres caracteres que incluso se utilizan en el derecho comparado para asignar el carácter de matrimonio a tales vínculos afectivos, y que se perciben por los sentidos, proporcionan el mínimo de certeza que requiere el principio de legalidad, y alejan de la prohibición a las relaciones ocasionales, múltiples, de contenido exclusivamente sexual, pues lo que aquí agrava la conducta de matar es superar el obstáculo del afecto por aquella persona con la que, transitoria aunque con aspiraciones definitivas, se pretende construir un proyecto de vida común con o sin convivencia, siendo ello conocido por el entorno, incorporado al trato de los protagonistas, y así denominado por propios y terceros sin importar el término que se use, noviazgo, pareja etc.

Nótese que, a todo evento, el inconveniente se trasladaría a la casuística concreta, como ocurre con la alevosía, el ensañamiento

y el medio de matar idóneo para generar un peligro común, lo que sucede desde hace años, y queda reservado a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, sin que ello haya provocado o provoque serias objeciones de colisión con el mandato de certeza requerido a la ley penal.

En definitiva, la interpretación que propongo desiste de hallar un concepto normativo de pareja que no cohabita, que por otro lado no existe, y remite a la consideración propia y ajena sobre los vínculos afectivos munidos de dichos caracteres, en los que la cohabitación puede ser un elemento demostrativo de su existencia, aunque no exclusivo ni excluyente.

Volviendo al caso que nos ocupa, quedó demostrado que entre O. y M. existió un vínculo afectivo que por la edad de ambos, reunía los caracteres de un noviazgo adolescente, con todo lo inestable que ello podía ser desde la inmadurez propia de la franja etaria, que culminó con un embarazo no proyectado, conflicto y desvinculación ulterior,
en cuyo transcurso hubo episodios de violencia posteriores al hecho que nos encontramos evaluando que merecieron sendos pronunciamientos judiciales.

En tales condiciones, no resultaba posible hablar de pareja, en los términos de duración, denominación y seriedad que, aún en carácter de elemento descriptivo del tipo, requería la norma a efectos de su operatividad.

III.- Va de suyo que matar o lesionar por odio al género no resulta tan común, al algo menos que hacerlo por odio a la identidad de género, orientación sexual o sus expresiones. Tanto como que los sujetos activo o pasivo pueden ser hombres o mujeres, y el tipo aplicable el inc. 4) del art. 80 del CP., ejemplo clásico de tendencia interna trascendente.

No fue el precepto cuya aplicación aquí se aplicó, sino el inc. 11), por remisión también del art. 92 del CP., en el cual se contempla el Femicidio, en el que el sujeto activo debe ser un hombre, el pasivo una mujer, sin perjuicio de las dificultades actuales de definición de tales caracteres, hombre y mujer, siempre mediando violencia de género.

Descartado el odio a los géneros opuestos como integrativo de los motivos del inciso, que corresponde a otro apartado, subsisten en él las conductas asociadas a la "cosificación" de la mujer, a modo de asimilarla a una de las pertenencias materiales del hombre, por ende sin igualdad ante el Derecho, a través del cual el Legislador pretendió consagrar una prohibición que las disuada, haciéndose eco de las posturas que identifican en siglos, el período

de dominación del hombre sobre la mujer, edificando el mandato también a partir del concepto de prevención general como fin de la pena.

Sin perjuicio de lo opinable de partir desde tal fin de la pena, y que como hemos ya expresado, tratándose de vínculos afectivos lo emocional suele gobernar a lo racional, constituyendo ello para el Derecho Penal un factor atenuante más que agravante, para que el inc. 11 se torne operativo es necesario que un hombre no solo mate o eventualmente lesione a una mujer, sino que lo haga en un contexto de cosificación, es decir, de un trato en el que a la víctima se le asigna un
carácter de inferioridad, y como tal, inferior, de subordinación, siendo factible por ello el control de su mundo, espacios, posesiones, relaciones humanas, en definitiva, de su libertad.

La licenciada S., la Vicedirectora del Establecimiento educativo al que concurrían O. y M., y las amigas de esta última, han brindado datos concretos en cuanto a los requerimientos violentos, continuos y degradantes del primero hacia la segunda, lo que le generaba temor a la victima, comportamiento propio de la cosificación a la que venimos haciendo referencia, y antecedente de la desvinculación entre ambos aludida, dato comprobado y materia de aquellos otros pronunciamientos jurisdiccionales respecto de sucesos posteriores al de autos.

Por ende, la aplicación de la agravante de mención devenia ineludible.

IV. - A todo evento, lo ocurrido en la via pública la jornada del 20/8/015 no fue más que un primer acontecimiento demostrativo el fenómeno, y anticipatorio de los posteriores.

D. caminaba con sus amigas, O. le solicitó que se atrasara para hablar, a poco de ello, las jóvenes Y., B. y O. escucharon su grito, y manifestación consistente en que el acusado le habla aplicado un golpe de puño. No lo observaron, aunque lo probado y ya referido respecto de los sucesos posteriores, la versión coherente interna y externamente de la damnificada en tal sentido, compatible con su situación, conocida por sus amigas, constituían un conjunto de testimonio avalado en un plexo indiciarlo, serio plural y concordante que, en términos de sana critica racional, permitía superar el estado de inocencia, y descartar una hipótesis de descargo que propuso un golpe accidental como causa de la lesión.

Asi decidió el A-quo correctamente, por lo cual el agravio respectivo no debe prosperar.

V. - Debo decir que no culmino de comprender el planteo en cuanto a la sanción impuesta.

Es claro que al hecho que estamos analizando se le aplicó una solución alternativa del conflicto, la suspensión del juicio a prueba, y que en el transcurso del período precisamente de prueba, el imputado cometió otros delitos por los que fue condenado, por lo cual tal beneficio fue revocado, continuó el trámite hasta el Juicio oral, y allí se le impuso una pena de cumplimiento efectivo, tal como prevé el art. 76 ter. 5to párrafo Del CP. para supuestos como el de autos.

Posiblemente sean materia de unificación de condenas (art. 58 CP.), aquellos pronunciamientos y el que nos encontramos revisando, pero el carácter de pena de cumplimiento efectivo atribuida por el A.quo en la Sentencia en crisis no es más que la aplicación lisa y llana de la ley, y por ende debe confirmarse.

Respecto de costas y honorarios, me pronuncio e tal sentido que la colega que lideró este acuerdo.

En suma, y más allá de la opinión vertía en cuanto a la inexistencia de pareja entre los protagonistas del suceso, la Sentencia debe ser confirmada íntegramente. Así voto.-

El Juez Guillermo Muller dijo:

A la **PRIMERA** cuestión:

i- No he de reiterar los antecedentes del caso, ni la postura de las partes y tampoco los términos de la sentencia, excepto en aquellos aspectos centrales que se imponen para dar respuesta a las cuestiones planteadas, remitiéndome en lo demás a la completa reseña efectuada por la Dra. Estefanía que lidera el acuerdo.-

Son tres los agravios esgrimidos por la defensa, el primero refiere a la valoración de la prueba tendiente a acreditar la materialidad del hecho, el segundo a la calificación legal en cuanto aplica la agravante del art. 80 inc. 11 del del C.P. -violencia de género-, y por último a la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión, y en tal orden serán tratados.-

1.- El aquo ha tenido por acreditado que el día 20 de agosto de 2015, en circunstancias que la joven D. M. se dirigía junto a unas amigas a realizarse una revisación médica fue interceptada en la vía pública por el imputado, quien previo solicitarle mantener una charla, le propinó un golpe de puno en el rostro provocándole una herida cortante en el labio inferior.-

La defensa no cuestiona que efectivamente en tales circunstancias la joven resultó con una lesión menor en la boca, daño en el cuerpo que se encuentra debidamente acreditado, pero aduce, siguiendo los dichos de su asistido en ejercicio de su defensa material, que fue casual al golpearse

D. la boca con el hombro de su asistido, y a ello suman que no obstante estar acampanada por amigas estas no apreciaron si efectivamente O. aplicó un golpe de puño como lo afirma la victima, intentando ilustrar un episodio de poca trascendencia, un incidente menor que no merece reproche penal.-

Al margen que poco explica la defensa y su asistido como una acción tal pudo derivar en la lesión que presentaba la joven al examen médico y que fue apreciada por sus campaneras, el aquo procedió a valorar correctamente el contexto en que se produjo el encuentro, los motivos y los concordantes testimonio de L. Y., A. B. y D. O. que dieron cuenta que D. ante la aparición y solicitud de O. les dijo que se adelantaran porque iba a hablar con él y que al hacerlo -continuar la marcha- inmediatamente escuchan un grito de D. y que exclama que le habia dado un golpe de puño en la boca, sin dejar de atender que conocian la problemática, por ende no encuentro que el Juez haya interpretado la prueba de manera ilógica, irracional, menos que estemos ante un pronunciamiento arbitrario.-

El a *quo* ha asignado valor a cada una de las pruebas aportadas por el Ministerio Público Fiscal, resultando más que claro el razonamiento seguido, descartando con sólidos argumentos la débil hipótesis que trajo la defensa, sin alcanzar a demostrar el error que alega y por ello en este punto corresponde rechazar el agravio y así voto.-

2.- Como ya detallara la defensa se agravia porque el aquo receptó en su totalidad los términos del reproche y entiende que erróneamente consideró de aplicación la agravante del art. 80 inc. 11 del C.P.; ahora bien no es la única circunstancia agravante seleccionada puesto que también aplicó la del inc. 1° de la norma, por la relación de pareja, y ello por si solo eleva la escala penal de seis meses a dos años en función de lo previsto en el art. 92 del mismo cuerpo legal y en definitiva impuso el mínimo -seis meses de prisión-, por lo que aún en el supuesto de excluir dicha agravante igualmente la pena no podría reducirse.-

De acuerdo a la prueba producida resultaba más cuestionable la aplicación al caso de la agravante del inciso primero, dado que a ese entonces la relación entre los protagonistas difícilmente se la podía definir como relación de pareja en los términos que exige la norma, pues se trataba de un conflictivo noviazgo del que dio cuenta la víctima, corroborado por prueba independiente e incluso reconocido en parte por el propio imputado, pero no ha sido motivo de agravio.-

Para iniciar el tratamiento de la cuestión resulta útil traer una definición de Buompadre acerca del contexto de género como "un ámbito específico en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón basada en una relación desigual de poder" (Buompadre J. "Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal, Ed. Alveroni 2013, pag. 156), y así estuvo signada esta relación desde su inicio en la que la intención de dominar y someter a D. aparece clara ante las conductas que desplegaba el imputado.-

La respuesta del Magistrado sobre el particular resultan acertadas y aquella moción de la defensa en cuanto su asistido recién había cumplido 18 años y que por ende todo lo anterior no se le podía reprochar en tales términos, resulta inaceptable desde que para poder evaluar un contexto debemos recurrir a comportamientos y circunstancias tanto anteriores como posteriores.-

En este caso ya los comportamientos del imputado el día anterior, que si bien no alcanzaron para el reproche de un injusto penal, sobradamente ilustran un contexto de violencia de género que luego se transformó en algo crónico, pues no podemos obviar los motivos por los cuales este proceso llegó a juicio.-

Más allá de los justificativos que intentó la defensa en oportunidad de la audiencia de debate a modo de explicación de lo acontecido, existía un trato si se quiere hasta humillante, desmedido con intención de mantener un pleno control sobre su persona, lo que fue correctamente valorado por el aquo y no advierto fisura en el análisis que efectuó para arribar a la conclusión.-

No solo ha considerado lo expuesto por la Dra. Bottini, la profesora S., y la vicedirectora del establecimiento educativo al que concurrían, sino también los dichos de las amigas de D. quienes coincidentemente resaltaron que le tenía miedo a C., por todo ello la decisión merece ser confirmada.-

3.- Por último la Defensa se agravia por cuanto la pena de prisión fue impuesta de efectivo cumplimiento y que ello es contrario al criterio y principios que establecen los arts. 55 y 58 del C.P.-

Conforme las constancias obrantes en la Carpeta el día 20 de abril de 2016 se concedió la suspensión de juicio a prueba al imputado por el término de un año y tres meses y se verificó la comisión de dos ilícitos mientras se encontraba probado por hechos ocurridos entre el 29 de junio y el 7 de julio de 2016,

declarados por sentencia N° 1233 de fecha 27 de junio de 2017, los que fueron calificados como constitutivos de los delitos de lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con desobediencia (art. 89, 80 inc. 1° y 11, 92, 55 y 239 del C.P.P.) y que se vinculan a la misma problemática que comprende este caso.-

Queda claro que a poco más de dos meses de haber obtenido el beneficio comete los ilícitos y ello desde luego habilitó la revocación del mismo y la realización del juicio con el resultado que acabamos de revisar, por ende era inexorable que ante el supuesto de condena la pena no podía ser dejada en suspenso como claramente dispone el art. 76 ter, 5° párrafo del C.P. y así procedió el *aquo*.-

Sinceramente no se alcanza a comprender el planteo de la defensa en cuanto aplicar la solución que ofrece el Código en los casos de unificación de penas del art. 58 de C.P. y asi compone una pena única y en suspenso, desde que no estamos ante un supuesto que lo habilite, a todo evento solo podría analizarse una eventual unificación pero de condenas, sin dejar de atender que priman en el caso los principio de progresividad de la pena y de especialidad de la norma resultando incuestionable la imposición efectiva de la pena de prisión y por ello esta decisión también debe ser confirmada, lo que asi voto. -

Por último adhiero a lo propuesto por quien lidera la votación en aquello vinculado a los honorarios profesionales de los letrados intervinientes.-

Por todo ello la Excma. Cámara en lo Penal de Esquel, por unanimidad,

RESUELVE:

1) RECHAZAR el recurso ordinario interpuesto por la Defensa del imputado.

2) CONFIRMAR en todos sus términos las Sentencias registradas bajo el N° 1078/2018 y 1219/18, dictadas por el Dr. M. O'Connor, de fecha 29 de junio de 2018 y 31 de julio de 2018, con costas.

3) DISPONER que firme se encuentre la presente, deberá remitirse al Juez de Ejecución.

4) REGULAR en forma conjunta los honorarios del Dr. H. A. H. y de la Dra. S. T., abogados particulares, por la labor ejercida por ambos en esta instancia como defensores del imputado J. C. O. en el 25% de lo regulado en el punto 3) de la Sentencia Nro. 1219-18 de primera instancia. (Arts. 5, 6 bis,

7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4 (antes ley 2200), modificada por ley XIII-N° 15; Art. 59, Ley V n° 90 (antes Ley 4920) y arts. 239, sstes. y cctes. del CPPCH

5) DEJAR constancia que los señores Jueces de Cámara Dres. M. Montenovo y Guillermo Müller, han remitido su voto por correo electrónico con firma digital, por ser de ambos de la jurisdicción de Comodoro Rivadavia.

6) REGISTRESE, digitalícese, comuníquese y téngase por notificadas las partes con la lectura de la presente (Art. 331, párrafo 5° del CPPCH).

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº 1501
del AÑO 2018
Conste.-

Dario Martín Zalazar
Prosecretario
Unidad Gestión de Casos
Oficina Judicial Penal Esquel