"PROVINCIA DEI CHUBUT o/ O. F. D."
(Carp. OFIJU Esquel NIC N° 4422- Leg. Fiscal NUF N° 41894).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de agosto de dos mil diecinueve, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Señor Juez de Cámara Dr. Hernán DAL VERME, en su carácter de Presidente, la Jueza de Cámara Dra. Carina Paola ESTEFANIA y el señor Juez de Cámara Dr. Alejandro Gustavo DEFRANCO, en el carácter de vocales, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P., en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ O. F. D." (NIC N° 4422 que se corresponde al Legajo Fiscal N° 41.894)**, en la que tuvieron debida participación el señor F. D. O., el Dr. D. S., en su carácter de Defensor de confianza del imputado, y 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 29 de julio de 2019 en la que el Dr. D. S., en su calidad de defensor de confianza de F. D. O., sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente contra la sentencia dictada por el Tribunal Unipersonal de juicio integrado por el Dr. Martin Zacchino, de fecha 28 de Marzo de 2019, registrada bajo el N° 551/2019, por la que fuera condenado el acusado a la pena de un año de prisión y costas, al considerárselo autor penalmente responsable del delito de Lesiones Leves agravadas por el vínculo y por haberse cometido mediando violencia de género, respecto de los hechos ocurridos en Esquel, provincia del Chubut, el día 22 de octubre de 2017 en perjuicio de J. D. D..

El hecho sometido a juzgamiento, por el que fuera declarado autor penalmente responsable O., es el siguiente:

"El ocurrido en la *Ciudad de Esquel el 22 de octubre de 2017, a las 17:50 horas aproximadamente. En* dichas circunstancias J. D. volvía del lago justo con su ex pareja y padre de su hija de tres años, F. D. O., y su

amiga P. C., en un vehículo que manejaba un amigo de O., y J. le solicita al amigo de F. que detenga el vehículo porque F. la venía insultando por lo que el amigo detiene el vehículo sobre la Avda. Irigoyen, frente a la rural. En ese momento, J. se baja del vehículo, y por detrás O., quién la agrede físicamente a J. pegándole patadas en la espalda, luego la tira al piso y la levanta de los pelos, intercede su amiga P., y O. la empuja para luego agarrar de la cara y del cuello a J. y tirarla contra el auto, para finalmente retirarse con el amigo del lugar, quedando allí J., junto con su hija de tres años que presenció toda la situación, y su amiga P., quienes fueron auxiliadas por unas personas que se hallaban accidentalmente en el lugar.

A raíz de la agresión física recibiría J. D., sufrió lesiones en su cuerpo de carácter leve, a saber: escoriación en cara dorsal del hombro izquierdo, escoriación en región dorsal izquierda de la cintura, tumoración en mejilla izquierda y eritema en cara antero lateral externa del brazo derecho.

La secuencia descripta forma parte de una situación de violencia doméstica de larga data, en la que J. D. es agredida física y psicológicamente por su condición de mujer, habiendo sido incluso F. D. O. condenado anteriormente por hechos de violencia de género contra la nombrada *D.* (legajo 37.780 **y acumulados)."**

Dichos hechos fueron calificados como constitutivos del delito de Lesiones Leves agravadas por el vínculo y por haber sido cometido mediando violencia de género, en carácter de autor. Luego del debate de cesura, se individualicé la pena en un año de prisión de efectivo cumplimiento.

El pronunciamiento condenatorio es impugnado por el defensor, sustentándose en tres motivos de impugnación. Primero, sostiene el Dr. S. que la sentencia recurrida es arbitraria ya que al reconstruir los hechos ilícitos de modo concordante con la postura del MPF, el Juez del debate incurre en una deficiente valoración de la prueba testimonial, soslayando, a su criterio, contradicciones entre las versiones de lo ocurrido brindadas por la víctima, P. C., y la filmación aportada, conjuntamente con lo señalado por los P.. En esa línea, relativiza la

prueba producida tendiente a determinar la existencia misma de las lesiones leves imputadas. También considera erróneamente aplicados al asunto los lineamientos jurisprudenciales utilizados en los casos de abuso sexual en cuanto al modo en que debe valorarse la prueba.

En un segundo motivo de agravio, considera el impugnante que no se probó el dolo de lesionar por parte de su asistido. Luego afirma que no mediaron las agravantes del delito de lesiones leves imputado, porque no se probó que los hechos ocurrieran en un contexto compatible con la violencia de género, y que, por el otro lado, la naturaleza del vínculo existente entre D. y O. no abastece lo dispuesto por el art. 509 del Cód. C.C.C. El discurso discurre entre la falta de prueba sobre los elementos típicos del delito enrostrado y aspectos jurídicos sobre la tipicidad de la conducta objeto de acusación, concluyendo en un requerimiento de absolución.

Finalmente, en un tercer motivo de agravio sostiene el Dr. S. que el Juez sentenciante ha individualizado la pena aplicando erróneamente las pautas mensurativas reguladas en los art. 40 y 41 del Cód. Penal. Pide que se aplique el mínimo legal previsto en abstracto para el delito atribuido, haciendo referencia a que dicha sanción resulta suficiente para lograr la readaptación social de su asistido. Asegura el defensor que el Magistrado a cargo de la cesura, ha valorado en perjuicio del acusado, circunstancias agravantes no ponderadas por el MPF, y basándose en prueba no producida en el debate. A su vez, sostiene que no se valoró el testimonio prestado por la señorita E. S..

Finalmente, afirma que O. carece de antecedentes condenatorios, y que tal circunstancia no ha merecido una valoración atenuante por parte del sentenciante.

A su turno la Fiscal General Dra. Maria Bottini, contestó la vista. En su escrito inició su responde remarcando que las críticas dirigidas por su contraparte a la sentencia, no acreditan la existencia de un pronunciamiento arbitrario. Funda su punto de vista en los precedentes del Superior Tribunal de la Provincia, que ha delineado las características que debe presentar un fallo para merecer tal vicio invalidante. A su criterio, estos rasgos no se encuentran presentes en el caso en estudio, y explica su conclusión.

Luego, recorrió las distintas críticas dirigidas por la defensa a la sentencia, y las respondió detalladamente.

Explicó la razón por la que se debían considerar los hechos atravesados por la violencia de género, enumerando los ítems que caracterizaron la relación entre D. y O., para luego subsumirlos en la norma específica, con citas doctrinarias. Luego explicó el modo en que cada uno de los preceptos fácticos, sobre los que construyó su teoría del caso, quedó acreditado, individualizando la prueba producida sobre cada uno de ellos. Una vez rechazados los argumentos por los cuales la defensa consideró que los hechos no fueron acreditados -recreación histórica- la Fiscal sostuvo la existencia de los elementos típicos del delito verificado por el Juez del debate, argumentando sobre el correcto encuadre jurídico allí realizado.

Respecto del tercer motivo de agravio, el MPF repasa las circunstancias propuestas en sentido agravante, sosteniendo que la pena seleccionada por el Dr. Zacchino resulta acorde a dichos parámetros. En definitiva, solicita que la sentencia condenatoria sea confirmada.

En la audiencia la Fiscal ratificó el contenido del escrito y solicitó que se confirme la sentencia puesta en crisis por el Defensor del imputado.

Antes de finalizar se le dio la palabra a la víctima, J. D., quién expuso sucintamente sus expectativas respecto del resultado del proceso; y luego al señor F. D. O., quién se limitó a decir que la condena que registra es el fruto de un mal asesoramiento brindado por su defensa en aquel proceso previo.

---------- 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), se estableció el siguiente orden de votación: **Dal Verme - Estefanía - Defranco.**

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

Que el veinte de marzo de 2019 el Tribunal Unipersonal integrado por el señor Juez en lo Penal de Esquel, Dr. Martin Zacchino, condenó a F. D. O., de las demás circunstancias personales obrantes en autos, a la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento al hallarlo autor penalmente responsable del delito de Lesiones Leves agravadas por el vínculo y por haberse

cometido mediando violencia de género, conforme lo prevén los arts. 45 y 89, éste último, en función de los arts. 92 y 80 ines. 1° y 11° del Código Penal, en relación al hecho ocurrido en Esquel el 22 de octubre de 2017, en perjuicio de J. D. D., pronunciamiento registrado bajo el N° 551/19. Los hechos juzgados han sido ya individualizados, por lo que no he de transcribirlos nuevamente.

El Dr. D. S., en su carácter de Defensor de confianza del acusado, dedujo la impugnación ordinaria que habilitó la intervención de esta Cámara en lo Penal de Esquel.

Como quedó plasmado al describirse los antecedentes del caso, la impugnación expresa tres motivos de agravio. Habré de abordarlos en el orden propuesto para mayor claridad expositiva.

1) En el primer motivo de agravio plantea la defensa que el Dr. Martin Zacchino, Juez Penal a cargo del debate, ha valorado arbitrariamente la prueba producida, arribando a un pronunciamiento condenatorio sin que se presente un cuadro de certeza sobre el modo en que ocurrieron los hechos.

Sostiene la defensa que el sentenciante meritó la prueba en base a sus convicciones, no a partir de la valoración objetiva de las probanzas, ni siguiendo los lineamientos establecidos por el art. 25 del rito. Que debió absolver por duda a su pupilo procesal.

En un primer abordaje, critica la decisión del Magistrado de valorar una condena anterior que registra su asistido, para considerar aplicables los parámetros propios de la perspectiva de género regulados por la Ley 111 N° 36. En esa misma línea, desdeña una de las citas jurisprudenciales efectuadas por el A- quo, al considerar que aquella resulta aplicarle a casos de abuso sexual, cuando la hipótesis de marras hace referencia a Lesiones Leves. Esta línea argumental apunta a obstar la perspectiva de género que en materia de valoración de la prueba regula el art. 16 de la citada norma.

De lo que hasta aquí se trae, he de adelantar que las argumentaciones vertidas no permiten establecer algún yerro en el criterio adoptado por el sentenciante. El MPF ha explicado en su conteste aquellos elementos que, acreditados en el debate, posibilitaron determinar que la relación entre la víctima y el acusado, se caracterizó

por la existencia de varios factores que permiten afirmar la existencia de violencia de género. La Fiscal resalta que los involucrados fueron pareja, que O. la controlaba y la celaba, buscando su aislamiento social, la diferencia de edad y el embarazo que cursó D. a los 14 años, episodios previos de violencia física y psicológica doméstica, y una relación asimétrica, en la que se advierte un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la mujer para prevalecer en el vínculo imponiendo la propia voluntad. Sobre esto último, resalta la diferencia de edad al comienzo de la relación -14 años ella y 21 él- la dependencia económica, y el escaso contacto que la joven mantiene con su familia de origen. Todos estos factores, claramente abastecen la definición normada en el art. 4º de la Ley 111 N° 36. De allí que la valoración de la prueba "deba" regirse por los lineamientos del art. 16 inc. i de la citada ley. Remarco, "debe", porque resulta un imperativo legal derivado del compromiso asumido por el Estado Argentino al suscribir la Convención de Belén Do Pará.

En ese tren, el Magistrado ponderó la condena previa que registra O., porque, justamente, da cuenta de la existencia de hechos anteriores, en los que D. fue víctima, y en los que ya la violencia de género había sido judicialmente determinada. Dicho sea de paso, el pronunciamiento condenatorio aludido recayó menos de un mes antes del hecho que aquí se juzga. Por otro lado, la jurisprudencia citada resulta plenamente aplicable por la sencilla razón de que el abuso sexual -cuando el sujeto activo es un hombre y el pasivo una mujer- resulta igualmente alcanzado por la normativa citada en su art. 5° inc. 3°, es decir, violencia de género de tipo sexual.

Siguiendo con el análisis del motivo de agravio en trato, el señor defensor hace referencia a la existencia de contradicciones entre los testigos del hecho en lo referido a la recreación de la acción típica imputada. Ello lo relaciona con la filmación obtenida cuando los sucesos ocurrían y con la determinación médica de las lesiones sufridas por D..

A poco que se analizan los argumentos expuestos por la defensa para cuestionar la existencia de golpes por parte del acusado hacia la víctima, queda claro, como

punto de partida, que el recurrente acepta las circunstancias de tiempo y lugar. No se trata de un dato menor, porque son aspectos que hacen a la determinación histórica de los hechos. Acepta que existió una discusión, que esta se inició en el trayecto que va desde el Lago Futalaufquen hasta la Av. Irigoyen, a la altura de la rural. Tampoco controvierte que dentro del vehículo venían el imputado, su amigo, el señor M. V., el hijo menor de éste, la víctima, P. C., y la hija de O.- D., todos, testigos de los hechos. No pone en duda además que la secuencia que sirve de objeto fáctico a la acusación fue filmada desde un dron operado por F. P., quién era secundado por sus sobrinos, J. y E. P., a la sazón, testigos de lo ocurrido.

Esto plantea de inicio, que, si la mayor parte de los dichos vertidos por la víctima es aceptado por la propia defensa, para impugnar el razonamiento por el que el Magistrado a cargo del debate le creyó el resto de sus dichos, debe ofrecer argumentos que demuestren la razón de tal conclusión. Lo lógico, es que si se demuestra que un testigo ofrece una versión sobre un hecho determinado, que es parcialmente corroborado por otras fuentes probatorias, aquellos aspectos no corroborados deben ser tenidos por ciertos, a menos que existan motivos para suponer fraccionada la credibilidad del testimonio. Igual lógica alcanza al testimonio de P. C.. El defensor no se hizo cargo en su recurso de explicar la razón por la que J. D. y P. C. mintieron sobre la existencia de los golpes aplicados por O. a la víctima.

Para ello resulta necesario aclarar que si bien el Dr. S. esforzadamente señala contradicciones entre los testimonios, no detalla el contenido de las supuestas incongruencias, ni su incidencia en la reconstrucción de los hechos elaborada por el sentenciante. Si lo que se reclama es la arbitrariedad de la sentencia, ésta explicación resulta ineludible. Por otro lado, si bien la defensa hace apreciaciones sobre la subjetividad que signó los razonamientos del **A-** quo para establecer los hechos, no logra demostrar el modo en que éste valoró la prueba producida de modo contrario a los principios que rigen la materia, art. 25 del C.P.P.

Para mejor comprensión del motivo de agravio en análisis, y con el objeto de evitar posturas ritualistas que relativicen el derecho del imputado a obtener un

pronunciamiento que cumpla con el debido proceso (doble conforme), he escuchado atentamente las declaraciones prestadas por los testigos presenciales convocados al debate, he visto reiteradamente la filmación aportada y he analizado el testimonio de la forense, la Dra. Silvana Cardinalli. Luego de ello, me queda claro que el Juez del debate ha efectuado un análisis integral de las pruebas puestas a su consideración que de ningún modo puede ser considerado arbitrario, ya que las explicaciones brindadas no han hecho más que seguir los principios de la lógica prevalente, echando mano de una valoración conjunta de todos los elementos que percibió, extrayendo conclusiones sin torcer el significado de los relatos ni del resto de la prueba producida. Por el contrario, el Sr. Defensor propone fraccionar cada elemento probatorio para de ese modo establecer contradicciones, desnaturalizando las fuentes probatorias de las que se nutrió el A- quo para decidir.

Haré un breve repaso de las probanzas. D. y C., cuya presencia en el lugar y momento del hecho no están controvertidas, señalan que al detenerse el vehículo, D. y O. descienden, y que éste la comienza golpear, cayendo al piso. Ello concuerda con las excoriaciones mencionadas por la Dra. Cardinalli en su deposición, ya que a partir de las fotos obtenidas en la comisaría de la mujer sobre el cuerpo de D., dichas lesiones se ubican en la espalda, a la altura de la cintura. Casualmente, tal como explicó la galena, las excoriaciones implican un desprendimiento de los niveles superficiales de la piel por roce o fricción. La caída al piso resulta compatible con tal cuadro. La simple experiencia así lo señala, al igual que la bibliografía especializada.

Pero además, E. P., testigo ocasional de los hechos, cuya presencia en el lugar tampoco está en duda, cuenta que fue él quien vio estacionar el auto en que venían los protagonistas del hecho, y que escuchó gritos. Agregó que al principio no entendía lo que estaba pasando -lógico en una secuencia violenta que se presenta para el testigo de modo sorpresivo- y luego advierte que un hombre y una mujer discutían. Corrobora que la mujer en un momento estaba en el piso, pero que por la puerta del auto no pudo ver si el hombre la golpeaba. Aporta dos datos más. Al ver lo que ocurría, le dice a su tío que enfoque el dron que ya tenía en el aire hacia el lugar de los hechos. Esto permite afirmar que la secuencia violenta no fue

filmada en su totalidad, registró solo parte de los eventos. Pero además, su primera reacción fue llamar a la policía. Es decir, a pesar su inexperiencia de vida, dada su corta edad, percibió que los hechos eran graves, no una simple discusión, por eso acudió a las autoridades.

Luego, viendo la filmación, se verifica que todo lo dicho por los testigos se ajusta a las secuencias registradas en video. Se advierte un forcejeo que concuerda con los eritemas mencionados por la Dra. Cardinalli. Se ve a dos mujeres y un hombre en una interacción violenta junto a la puerta delantera -lado acompañante- del auto, en donde todos dicen que estaba sentada la hija de la víctima. Se ve también bajar a M. V. con su hijo en brazos hacia la plazoleta, quién, amigo del acusado, curiosamente no ve nada de lo acontecido.

También se ve cuando J. P. se acerca al lugar de los hechos. Ésta, cuenta que vio un forcejeo entre D. y O. (a quién señaló durante el debate como la misma persona de la que hablaba) y se acercó para ayudar. Aclara que no vio un golpe concreto del imputado hacia la víctima, pero queda claro que vio el forcejeo y la discusión. Luego, tras ser confrontada con la entrevista que se le recibió el día del hecho en la comisaría de la Mujer, quedó claro que en un pasaje del evento, vio a D. en el piso.

Todos los testigos señalan que luego de que el imputado y V. se fueran del lugar, F. P., llevando a cabo una conducta compatible con la naturaleza de los sucesos narrados, llevó a la víctima a la comisaría de la mujer para que haga la denuncia.

Finalmente, es cierto que la Dra. Cardinalli sostuvo que en base a las fotos no podía decir si lo que se apreciaba en la mejilla izquierda de la víctima era una tumoración traumática o una patología de otra índole, pero no puede perderse de vista que la víctima refirió un golpe en el rostro y que la Cabo Primero K. S., especificó que luego de recibirle la denuncia a D., le fotografió las lesiones. Me pregunto para qué extrajo una imagen del rostro a J. D. si no se lo indicó ella misma como uno de los puntos lesionados momentos antes.

Por otro lado, el propio defensor intentó valerse del pedido de la víctima en el sentido de que O. "no vaya preso" (actitud que conforme se estableció en el juicio, no hace más que corroborar la presencia del ciclo de la violencia de género, en el que la naturalización de la violencia lleva, entre otras cosas, a la retractación de

la víctima) para mejorar la situación de su pupilo. Dicho esto, y si J. D. no desea el castigo del encartado, cuál es la razón por la que la nombrada mentiría adjudicándole a O. una conducta que nunca ocurrió? Cuál es su motivo para mentir?

Todos los sucesos se producen en el contexto de un vínculo que la propia defensa reconoce como tóxico, y que el sentenciante, correctamente, conceptualizó como de violencia de género.

Teniendo en cuenta todos éstos factores, las conclusiones a las que arriba el Juez son el fruto de la valoración íntegra del abundante cuadro probatorio arrimado por el MPF al debate. Tal labor responde a los parámetros que, en la materia, ha indicado como adecuando el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia. En esa línea, ha sostenido dicho Tribunal que "... en *la testa de los que sentencian, se traduce en certeza el estado que la Real Academia Española define, primera acepción, como el conocimiento seguro y claro de algo y, segunda acepción, la firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar (ver diccionario RAE, edición en línea). Ese entendimiento es transferible al mundo del derecho. Podemos apelar a él desde el marco de 1o lingüístico y ensayar, seriamente creo, este predicado: el Juez poseerá certeza cuando adquiero un conocimiento seguro y claro sobre 1o que es objeto de análisis, adhiriendo a una noción sin temor a errar, mediante su acción inteligente. Conducirá el intelecto hacia la aceptación (reconstrucción ideológica) de una de las hipótesis en juego que se configurará en su mente, luego de la realización de la labor cuyas características hemos apuntado. Y de allí la sana crítica racional que, como método, como camino, es el modo de conocer, de llegar a la verdad posible, a la certeza, caracterizado, este método, por la aplicación de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial. El método se proyecta hacia el cúmulo de pruebas de las que el Juez se valdrá para efectuar su labor, y allí talla el principio de que cualquier prueba legalmente obtenida es y debe ser materia de análisis (art. 25 párrafo 3° y 329 II del C.P.P.) Por 1o demás, la tarea de apreciación de la evidencia transformada en medio de prueba es una tarea que implica construcción entramado, armónica correlación para*

obtener un resultado sea el que fuere, negativo o positivo acerca de 1o que se pretende definir. Esto se traduce 1o que una añeja jurisprudencia que he citado reiteradamente expresa, a saber; "...Constituye una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros..." (SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/ 07/ 2003 en JPBA t. 123 F. 200, pág. 84) **y** *"... Si los elementos de juicio de los que dispone el sentenciarle para elucidar la participation de los imputados en el hecho son de valor indiciario, ello no constituye "per se" óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza, toda vez que hoy en día ya no se discute que los indicios tengan tal aptitud con la condición de que sean unívocos y no* ***anfibológicos...*** *Sin embargo, la valoración de los indicios exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio, desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de pruebas. . . el análisis separado de cada elemento de juicio constitutivo de prueba indirecta, instaura siempre una alternativa anfibológica que necesita ser contrastada con el resto del marco convictivo para evaluar si aún así se mantiene la duda o si es posible llegar a una certeza positiva o negativa acerca del aspecto discutido..." (TSJCBA PENAL c. Sent 97 Paglione M. A. 29/09/ 2003 en JPBA t. 122. 150, pág. 73/74)..."* **("RODRÍGUEZ, José s/ Homicidio r/ Victima s/ Impugnación"** (Expediente **N°** 22.238 - F° 28 - Año 2011. 1-11-2011).

Finalmente, debo señalar, que la más elemental experiencia, en materia de valoración de la prueba testimonial, indica que cuando se relatan hechos violentos que se presentan sorpresivamente para aquellos que los perciben, no puede esperarse un relato que refleje lo acontecido como si fuera una película. El testigo percibe lo ocurrido de acuerdo a las circunstancias en que los hechos se lepresentan. En este caso, fruto del azar, se contó con una filmación que corroboró la mayor parte de los relatos, demostrando su concordancia con lo expuesto tanto por los testigoscomo por la propia victima. Las imprecisiones sobre detalles como las secuencias temporales y el modo en que aspectos menores de lo ocurrido se producen, no hace más que dar cuenta de un relato veraz.[1]

[1] *"Nadie con experiencia puede exigir un testimonio aséptico, y no por ausencia de pureza extrema éste debe desdeñarse o*

ponerse en tela de juicio cuando no se dice que es falso o que oculta percepciones en todo o parte. El paso del tiempo, la propia capacidad de percepción, dificultades expresivas, el grupo de pertenencia, la formalidad de la audiencia de debate, el hecho de enfrentarse con los imputados, un sentimiento ambiguo por estar vivo o por no haber defendido al muerto, la actuación del Estado, la actitud de la defensa, son todos elementos condicionantes de un testimonio, de alli que debe actuarse con cautela e inteligencia tanto en la interrogación cuanto en la apreciación del órgano de prueba, de suerte tal que la paja sea separada del trigo adecuadamente y lo que se evoca -acerca de lo medular- fluya con la menor interferencia posible. Una actitud segura para paliar

En definitiva, la impugnación no logra mellar el razonamiento seguido por el **A-** qua al valorar la prueba producida, reconstruyendo los hechos de modo acorde al abundante y plural plexo probatorio producido en la instancia oral. Por ello, este motivo de agravio debe ser rechazado de plano.

11) No habré de volver sobre los aspectos fácticos tenidos por probados para dar respuesta al segundo motivo de agravio.

La defensa, sin poner en duda los argumentos del A-qua al verificar los elementos objetivos del delito enrostrado, menciona que no se probó que su asistido obrara dolosamente para lesionar a su ex pareja.

Sobre la cuestión atinente a los requisitos que deben verificarse a la hora de considerar si un obrar es doloso o no, he citado en otros precedentes (el último, NIC N° 4403 "R. J. de la C. **s-** Homicidio") la postura del Profesor Mir Puig, quién ensena que *"El dolo exige conocimiento* de *la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. No importa la sola conciencia* de *la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto* de *lo que puede ocurrir en el caso particular.".* Y agrega, haciendo referencia al dolo eventual, que *correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse* de *un verdadero* ***"querer" como*** *"aceptar". También es acertado señalar que para ese aceptar basta el "conformarse con", que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma* de *querer concurre necesariamente siempre que se*

impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se *prefiere, siempre que* se *decide llevar adelante) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. esas circunstancias perturbadoras* **es** *la comparación con otras evidencias, que permitirán ajustar la apreciación limitando, al máximo, la posibilidad de error en la recepción y decodificación del mensaje..." (STJCH, 11-9-2007, autos caratulados "D, A E - P,* Quién "toma en serio" la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa... La aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria, como se ha dicho, para el dolo eventual, pero sólo a condición de que -como me parece correcto- no se exija la aceptación del resultado delictivo, sino sólo de la conducta capaz de producirlo. El dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa ex ante, que no incluye el resultado.... Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico- penal ni cree posible confiar en que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación. Concurre dolo eventual..." *("Derecho Penal, parte general", Santiago Mir Puig, 7° Edición, "B de F", pág. 269).*

Dicho esto, y no habiendo rebatido el recurrente la afirmación del Juez del Debate, en el sentido que la figura de lesiones leves admite el dolo eventual, ninguna duda cabe que O. conoció en todo momento la alta posibilidad de ocasionar un daño en la salud de su ex pareja a partir de la conducta que desplegó, la que no se limitó a un único episodio. Primero, luego de discutir acaloradamente e insultarla durante el viaje, se bajó del vehículo al igual que la víctima. La arrojó al piso, pateándola. Luego, ya de pie, y como se advierte en la filmación, la tomó de los brazos y la zamarreó. En dicho contexto, también la golpeó en el rostro. Me pregunto, qué podría esperar que ocurra, más que producirle lesiones como las luego verificadas a través de las tomas fotográficas obtenidas en sede policial? Remata el cuadro O., diciéndole a D. "te voy a hacer mierda". Otro indicio que permite, a partir de la conducta concretamente desplegada, determinar la naturaleza dolosa del obrar del acusado ya que en todo 0 A s/Homicidio simple en carácter de coautores-Esquel" (Expte. 20.721- D -2006) momento conoció los peligros que su accionar podía generar.[2]

Respecto de las agravantes verificadas, he de adelantar que el planteo debe ser igualmente rechazado.

Respecto del vínculo, el Magistrado a cargo del debate

rememoró toda la prueba producida que condujo a establecer que O. y D. fueron pareja. Convivieron un año y medio, pero además, mantuvieron periodos de convivencia luego de haberse separado. Tuvieron además una hija. Actualmente, como remanente de la relación de pareja concluida, O. cuida a su hija cuando D. va a estudiar, e incluso efectúa aportes que pueden definirse como alimentarios.

El art. 80 inc. 1° del Cód. Penal, establece la agravación se configura cuando "se *matare a: ... la persona con quién se mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia..."* Teniendo ello en miras, y al margen de que el propio defensor ha admitido que O. y D. mantuvieron un vínculo de pareja durante un año y medio aproximadamente, -vinculo que incluso calificó como ’"tóxico"- y que no ha logrado

2

"... por conducta dolosa debe entenderse aquella protagonizada por guien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de la acción, con referencia al tipo objetivo de la norma que se selecciona. Ese punto de inicio, que es consistente con la opinión de Enrique Bacigalupo resulta el punto de mira a partir del cual se observará el fenómeno de la realidad vital relatada en la sentencia, (ver al respecto al autor citado en su "Derecho Penal" Ed. Hammurabi)... Imposibilitados de horadar en lo que pasa en la interioridad de un sujeto que actúa, no existe otra herramienta analítica que no sea la ponderación de la evidencia para ello. Hay una relación dialéctica entre la interioridad y lo que se exterioriza. Ello brinda las pautas necesarias para determinar, en cada caso, la categoría jurídica adonde encuadrar la conducta... Se ha dicho, y con razón, que nadie "... puede distanciarse volitivamente de aquellas consecuencias que sabe que su comportamiento habrá de ocasionar. Cuando el autor se enfrenta a la decisión de llevar a cabo un determinado comportamiento y conoce que, como consecuencia de tal acción, no resulta improbable que otra persona resulte muerta, actúa con dolo de homicidio, ello sin importar sí la consecuencia prevista le resulta grata, deseable, indiferente o desagradable, pues la norma que subyace al tipo del artículo 79 del Código Penal exige que el autor omita todo comportamiento prohibido a partir del cual él conozca que puede derivarse la muerte de otro; y no se dirige, en cambio, a prescribir con qué actitud anímica debe emprender sus acciones el autor..." (del voto del doctor Magariños en autos Causa n° 3652 - "Roda, J. Ignacio" - TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL N° 23 DE LA CAPITAL FEDERAL - 18/11/2011, en elDial.com- AA7546, publicado el 16 de abril corriente)..."

explicar el modo en que el instituto de la unión convivencial (art. 509 y 510 del CCC) incide en la tipicidad del caso en examen; la cuestión ya ha sido zanjada por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en los casos "R." y "M.", oportunidad en la que puntualmente se trató y subsumió el supuesto de autos en la agravante en trato.

A mayor abundamiento, al examinar esta agravante, Alejandro Tazza luego de reconocer las dificultades de la delimitación del término "pareja" acuñado por el legislador, sostiene que no *"es tarea fácil formular un concreto concepto de esta expresión y por ello sostenemos que debe ser apreciada en cada caso particular por el órgano judicial a fin de que determine su efectiva concreción. No exige la ley que haya existido alguna clase de relación sexual, ni que la consideración social determine a los involucrados como pareja, ni que formalmente sean considerados tales. Pero deben excluirse por un lado aquellas relaciones que no superan la amistad o el trato íntimo, y por el otro, aquellas en las que existiendo mayor intimidad, no dejan o dejaron de ser esporádicas o meramente circunstancíales. En fin, en cada caso particular, el mayor o menor grado de intimidad y las demás circunstancias que conforman la relación, puede ser catalogada por el órgano judicial como una relación de pareja que amerite la imposición de una mayor penalidad que la relativa al homicidio simple"* ("Código Penal de la Nación Argentina comentado, Parte Especial", Ed. Rubinzal- Culzoni, Tomo I, pag. 40) . De acuerdo a los parámetros expuestos, ninguna duda cabe que el vínculo que existió entre O. y D. merece el mote de pareja, por lo que la agravante se encuentra configurada en el caso.

Respecto del inc. 11 del artículo en análisis, ninguna duda cabe que la primera de las exigencias típicas se configura. En el caso, el sujeto activo es. un hombre y el pasivo una mujer.

Tazza, citando a Buompadre, sostiene que el femicidio se configura cuando aquel *"se produce como consecuencia de un contexto ambiental en donde predomina la violencia de género, o sea, en un que coloca a la mujer en una posición de inferioridad y que por tal motivo es objeto de malos tratos y agresiones, y que la expone a múltíples formas* de *violencia* (ob. cit., pag. 92).

En párrafos previos me he referido al acertado criterio seguido por el sentenciante para considerar el vínculo existente entre D. y O. corso inmerso en un contexto de

violencia de género. No reiteraré dichas líneas argumentales, ni tampoco las expuestas en su responde por el MPF. Es más, en algún punto el propio defensor las comparte, ya que las citas jurisprudenciales y doctrinarias que efectuó en el capítulo que denominó "Segundo agravante. Violencia de género", corren en el mismo sentido.

Dicho esto, únicamente he de agregar, que cuando los hechos se produjeron, el contexto de violencia de género al que se refiere 1o ley 111 N° 36 se encontraba plenamente presente. Veamos.

El imputado llevaba a su hija en el asiento de adelante, obviamente de modo antirreglamentario. Cuando la madre del niño advirtió que el conductor circulaba a gran velocidad, le solicitó al encartado que le pasara a la menor al asiento trasero. Este reclamo detona la discusión. Esta actitud irracional de querer mantener su voluntad a pesar de los riesgos implícitos, y llevar esta suerte de decisión arbitraria al extremo de concluir el cuadro a los golpes, se explica cómodamente por entrañar una nueva actitud de pretender imponerse sobre su ex pareja, una mujer. Lo que subyace en esta actitud es que "ella", no le va a decir lo que tiene que hacer, y esto constituyó un motivo suficiente para recurrir primero a la violencia verbal y luego a la física. Esta circunstancia, inserta en un vínculo plagado de antecedentes que claramente se inscriben en los supuestos regulados por la ley 111 N° 36 (ley 26.485) no deja lugar a las dudas sobre la presencia de
un contexto de violencia de género en cuyo marco se produjo la conducta lesiva de la salud de J. D..

En definitiva, el presente criterio resulta concordante con el que he adoptado hace ya varios años, 14 de diciembre de 2015, en el caso "M. O. D. s- Lesiones Leves agravadas", NIC 3228, y luego mantenido en "O. J. C. s/Lesiones Leves agravadas", NIC 3823, ambas confirmadas por esta Cámara en lo Penal.

III) Como tercer motivo de agravio, la defensa ha planteado su discrepancia con la pena impuesta por el órgano juzgador. En un primer eje argumental, remarcó que el Juez del debate no dio tratamiento a los planteos de la defensa tendientes a aminorar la respuesta punitiva de un año de prisión pretendida por el MPF. Debe resaltarse, previo proseguir en el análisis, que el Dr. S. no cuestionó la metodología seguida por el A- para abordar la escala punitiva prevista en abstracto por la ley de fondo.

Volviendo a la cuestión central, el impugnante comienza

su fundamentación haciendo hincapié en que el fallo se desvinculó de los argumentos atinentes a la finalidad resocializadora de la pena para determinar su medida y necesidad, en particular porque se impone una pena de efectivo cumplimiento.

Esta línea argumental, de orden teórico, en modo alguno abastece la posibilidad de considerar infundado, o viciosamente fundada la sentencia a la luz de la doctrina de la arbitrariedad, como pretende la defensa.

De hecho, no pasa de exhibir una discrepancia de corte doctrinario que resulta por demás opinable. Debe tenerse presente que la circunstancia de que la pena en el caso hubiera resultado de efectivo cumplimiento, hace referencia a una consideración que es zanjada por el propio legislador. Ello así, por cuanto, la normativa sustantiva establece con toda claridad que si la segunda condenación se produce en virtud de un hecho ocurrido antes de cumplirse el plazo de 10 años desde la pena dejada en suspenso, no procede una pena de ejecución condicional. En este proceso, no pasó siquiera un mes, por lo que tampoco transcurrió el plazo de cuatro años que posibilitan tener por no pronunciada la condenación en suspenso, lo que ha implicado la revocación de la modalidad suspensiva otorgada en la condena anterior que registra O. (arts. 26 **y** 27 "a contrario sensu" del C.P.).

Sobre la cuestión, nuestro Alto Tribunal provincial, en el caso "C.", ha efectuado un análisis del criterio seguido por la Corte Suprema de la Nación en punto a los argumentos juridicos de deben guiar la revisión de la sentencia de cesura, como asi también aquellos;. que pueden dar sustento válido a la sanción penal. Asi el STHCH recordó que "... *En efecto, en autos "G." el Tribunal, por mayoría, hizo* propio los argumentos del señor Procurador General que había señalado que: "... si bien el ejecicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley *48*, cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa" (FALLOS: 320:1463)...". (véase G., Ángel Bernardo s/causa N°

22.355. G. 1504. XLI; RHE; 06-0322007; T. 330 P. *393)*. En la misma decisión se consideró inaceptable computar como agravante una cuestión que no hubiera estado contenida en la plana fáctica de la sentencia. En el caso "Miara" (M. 303 y 265. XXXII.; 15-07-1907; T. 320 P. 1463) anterior al mencionado- la Corte dejó afirmado, por mayoría, que la determinación de la pena "...no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos del hecho mismo y de las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un *injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar...". Por fin en los folios "Maldonado , D. Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N°1174C" (Fallos 328 T 4343) la Corte Suprema afirmó que ni la reprochabilidad ni la capacidad de autodeterminación de un imputado podían "... ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido...",* y sigue, *"... Luego de reivindicar la condición humana desde una ética que desde Aristóteles, aunque con diferencia, se perpetúa en Santo Tomás, Kant y Hegel, la Corte dictó con elocuencia que ":...la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia..." ya que "...nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor..."... hemos visto al repasar la jurisprudencia de la Corte que ha de partirse, siempre, de que el hombre es libre*

para forjarse su propia conciencia moral y que es la conducta en relación con el concreto hecho la que ha de evaluarse. . . Acepto que el incuso ha tenido una vida difícil. Una niñez plena de dolores físicos y espirituales. Pero convengo también en que ha optado por la encrucijada más perjudicial para su pleno desarrollo, a pesar de la significación que tiene para todo hombre la formación de una familia..." (STJCH, autos caratulados **"C.**, A. **y otro p.s.a. de Homicidio Agravado"**, 16-12-2013, Expediente N° 22.918 - F° 142 - Año 2211).

En el caso, el defensor no rebate las circunstancias agravantes verificadas por el Juez del Debate, ni demuestra de qué modo la circunstancia de que O. resulte trabajador -o hubiera tenido un vínculo con S. libre de violencia- se traducen un una menor intensidad de la pena a la hora de determinar la necesidad y proporcionalidad de la sanción.

Debe señalarse además, que una sanción basada en criterios que atiendan exclusivamente a la resociabilización del condenado, pecaría no tener fin, y tienden a perder de vista la gravedad del hecho cometido para orientarse a un derecho penal de autor. De hecho no debe confundirse la finalidad de la ejecución de la pena, con la tarea mensurativa de la sanción ponderando el hecho y la peligrosidad del agente juzgado.

La metodología argumentativa seguida por el Juez del debate podrá gustar o no, pero en modo alguno puede ser considerada infundada o viciada de arbitrariedad. Resultaría contradictorio de mi parte considerarlo de tal modo, ya que he expuesto mi punto de vista en casos anteriores respecto del modo en que debe graduarse la pena, que en lo sustancial concuerda con la tarea llevada a cabe por el **A-** qua. He considerado que para llevar a cabo *"esta tarea, resulta necesario recodar que el ordenamiento positivo argentino ha consagrado un* sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y en virtud del cual el juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta. Dicho marco, configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada una de las controversias

sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el *segmento correcto* (Ziffer Patricia, Lineamientos de la determinación de la Pena, Ad- hoc, 1999, p. 37). *Si bien esta línea analítica, que impone necesariamente la valoración conjunta del ilícito, -es decir, determinación de la pena teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál el máximo de la escala prevista para el delito en trato, ya que solo en esa relación es posible reflejar la intensidad con que el hecho ha contrariado al derecho-, el grado de culpabilidad del imputado, con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal; no crea un sistema de determinación perfecto o matemático, indudablemente estrecha considerablemente el margen de discrecionalidad del juez a la hora de llevar a cabo la intelección selectiva de la sanción corresponde al caso (en igual sentido, Cas. Prov. de Buenos ñires, Sala VI, causa N° 54.907, "A., R. A. s/Recurso de Casación; "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido D. Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, T.II, p. 59; "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Andrés José D' Alessio, Ed. La Ley, p. 635) . La fundamentación cierra la metodología de análisis, ya que la exposición de las circunstancias valoradas y el sentido atenuante o agravante que se les asigne, asegura la existencia de una decisión adoptada dentro de los estándares constitucionales requeridos para autorizar el ejercicio del poder punitivo del estado respecto de una persona que infraccionó la ley penal..."* {"Provincia del Chubut c/G. D. J. s- Robo agravado", NIC N° 3362, Legajo Fiscal N° 30.768, entre otros).

Zanjada la cuestión atinente a la validez de la sentencia de cesura, habré de señalar que la impugnación proclama mal aplicados los parámetros mensurativos de la pena regulados en los arts. 40 y 41 del ordenamiento sustantivo, pero no explicitan cuáles fueron los yerros del sentenciante.

El A- quo, valoró en sentido agravante la naturaleza de la acción *("El accionar de O., disputando a la fuerza la tenencia de una pequeña niña de tres años, mediante golpes, forcejeo e insultos, en la vía pública, da cuenta de un episodio altamente violento. Máxime si se tiene presente que -aunque parezca redundant-- todo ocurrió delante de los ojos de H...."* , ítem en el que, por otro lado, el Juez rechazó valorar en sentido aumentativo el contexto de género o la circunstancia de que el imputado hubiera sido ex pareja de

la víctima, haciéndose eco del pedido de la defensa, y argumentando que la propuesta fiscal implicaba una doble valoración prohibida, por encontrarse contenida en el tipo penal aplicado.

También valoró en sentido agravante, la circunstancia de haber sido condenado el imputado por delitos de similar naturaleza, en los que resaltó víctima la misma persona, mediando también un contexto de violencia de género. En ese tren remarcó el señor Juez que el imputado se mostró totalmente refractario a la respuesta punitiva del Estado.

También computó en sentido aumentativo las posibilidades que tuvo O. para motivarse en la norma, razonando que cometió el presente hecho pocos días después de haber sido condenado por un ilícito similar, aspecto que vinculó a la mayor edad del nombrado y a la vulnerabilidad de la víctima, que conocía. De allí derivó que se encontraba en una situación en la que motivarse en la norma no le exigió ningún esfuerzo.

La menor entidad de las lesiones, fueron valoradas en sentido disminuyente.

Ahora bien, ninguna de las circunstancias agravantes señaladas por el sentenciante fueron puntualmente criticadas o desvirtuadas por el recurrente. Hizo referencia a la utilización de argumentos y prueba no esgrimidos por el MPF, pero no los individualizó ni demostró su incidencia en la solución del caso.

Sólo concreta dos críticas. La primera, la falta de valoración de la testigo de abono, S., pero no lo relaciona con ninguna de las circunstancias agravantes aludidas. Tampoco con la construcción de alguna atenuación concreta. Únicamente vincula este testimonio con circunstancias relevantes en el ámbito de la prevención especial, cuestión a la que ya me he referido.

Finalmente reclama el Dr. S. que no se ha considerado en sentido atenuante la falta de antecedentes condenatorios de su pupilo procesal. Evidentemente, la mención obedece a un error material, ya que el propio quejoso menciona la existencia de un pronunciamiento condenatorio previo que, por otra parte, obsta la posibilidad de que la pena en este proceso pueda ser dejada en suspenso.

En definitiva, la vía impugnativa intentada, no conmueve lo sólidos argumentos vertidos por el A- quo para imponer a F. O. la pena de un año de prisión de efectivo

cumplimiento.

IV) En consecuencia, teniendo presentes los argumentos vertidos, estimo que corresponde confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

V) Los honorarios profesionales del señor Defensor Particular Dr. D. S. deben justipreciarse en un veinticinco por ciento (25%) de los fijados en el punto III de la sentencia de grado, tal como lo establecen los 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 y arts. 239, sstes. y cctes. del C.P.P.

En lo concerniente a la imposición de las costas del proceso, y teniendo presente el pronunciamiento condenatorio dictado y el resultado de la vía ordinaria intentada, deben serle impuestas al imputado, conforme lo establecen los arts. 239, 240 y 241 del C.P.P.-

Finalmente, tras tomar nota de lo propuesto por la Dra. Estefanía, respecto de la situación futura de J. D., considero que le asiste razón a la colega vocal, y que debe ponerse en conocimiento de los órganos especializados la actual situación de la víctima. El cuadro probatorio escrutado da cuenta de un cuadro que fue definido como de dependencia "económica y emocional" de la víctima respecto del condenado. Ello se condensó en su postura final, en al que por un lado afirmaba la veracidad de sus dichos, pero por el otro pedia que O. "no fuera preso". En definitiva, de cumplirse la pena impuesta, resultará necesario un abordaje institucional que coadyuve menguar los efectos propios del ciclo de violencia doméstica en que se encuentra inmersa J. D.. A tales fines, propongo que se libre oficio al "Servicio de Protección de Derechos" de la Ciudad de Esquel y a la Secretaria de Desarrollo Social de la Municipalidad de Esquel para que de manera conjunta adopten las medidas que permitan que la víctima sea incluida en un plan laboral o de estudios que le permita poner fin a esa dependencia económica con el imputado para lo cual es necesario que tenga sus propios ingresos y pueda continuar sus estudios. Asimismo, estimo que desde el SAVD deberá evaluarse un acompañamiento de la nombrada durante el periodo de la ejecución de la pena, con el mismo norte de actuación.

Así lo voto.

La Jueza Carina Paola Estefanía dijo:

La intervención de este Tribunal de Alzada tiene relación con la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa Particular del imputado F. D. O., mediante la cual

se agravia de la sentencia condenatoria que le impone una pena de un año de prisión efectiva por el delito de Lesiones Leves Agravadas por el Vinculo y por haberse cometido mediando Violencia de Género por el hecho ocurrido el 22 de octubre de 2017, alrededor de las 17.50 horas en esta ciudad de Esquel, sobre la Avenida Irigoyen en inmediaciones del predio de la Sociedad Rural de Esquel en perjuicio de J. D. G. D..

La presentación referida contiene los agravios que luego fueron ratificados y desarrollados en la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del **C.P.P.**, en los que denuncia una errónea valoración de la prueba, un error en la calificación legal -en el agravante por el vinculo como también por el contexto de violencia de género- y finalmente en la fijación del monto de pena impuesta.

Con respecto a la primera queja de la defensa, señalo que el defensor refiere una errónea valoración de la prueba testimonial y digital -filmación tomada por el dron- que el *a-quo* utilizó para reconstruir los hechos. Adelanto, que se trata de una queja superficial y genérica, en la que no se detalla con precisión cual es el error en que habría incurrido el magistrado.

A poco de comenzar a analizar a queja asi planteada, se advierte que contrariamente a lo expuesto por el defensor estamos ante un caso en el que, tal como lo define el Juez de grado, existe exuberancia probatoria, toda vez que los dichos de la victima se robustecieron con la prueba testimonial y digital.

En primer término, destaco que quedó sobradamente acreditado que el 22 de octubre de 2017 la victima J. D.G. D. venia del lago junto a su ex pareja F. D. O. junto a su amiga P. C. y su hija E. H. O. D. en el vehículo de la madre de M. V., -un Gol Trend- que lo conducía, quien también estaba con un hijo de corta edad.

Luego, he de considerar que tampoco está controvertido que durante el viaje se produjo una discusión entre J. y F. sobre el lugar en el. que debía viajar la hija de ambos, que venía sentada a upa del papá en el asiento delantero del acompañante y J. pretendía que la niña viajara con ella en el asiento trasero, porque circulaban a alta velocidad y además tanto el conductor M. V. como F. habían consumido bebidas alcohólicas.

A pesar de las nimias diferencias que pueden apreciarse en los testimonios en cuanto al motivo de la discusión, quedó claro que se vinculaba con H. y además, que dicha disputa no

era menor, tal es así que motivó que el auto se detuviera en la entrada de la ciudad a la altura del edificio de la Sociedad Rural de Esquel, sobre la Avenida Irigoyen.

Sobre lo que ocurrió a partir de ese momento contamos con el testimonio de los cuatro adultos que estaban en el interior del vehículo, los tres integrantes de la familia P. que se encontraban
tomando imágenes con un dron para un trabajo de estudios y la policía que recepcionó la denuncia que J. D. realizara inmediatamente en la Comisaría de la Mujer, lugar al que fue conducida por F. P..

Cómo ocurre generalmente en estos hechos el análisis de la prueba tiene su origen en la versión de la víctima quien relató que cuando el vehículo se detuvo logró bajarse, haciéndolo por la puerta trasera y que fue entonces cuando F. también se bajó con intención de llevarse a la hija de ambos. Entonces, ante su reclamo de que no lo hiciera fue golpeada por O. en distintas partes de su cuerpo, incluyendo patadas, cuando se encontraba caída en el suelo.

Por su parte el imputado negó parcialmente los hechos, señalando que su accionar estuvo dirigido a calmar a la víctima que estaba totalmente alterada.

El testigo M. V., amigo del imputado, evitó dar una versión de lo ocurrido, señalando que no recordaba prácticamente nada de lo que había sucedido, sin aportar datos de interés, más allá de corroborar que hubo un altercado y que bajó a su pequeño hijo para evitar que estuviera presente en esas circunstancias.

Con una actitud totalmente opuesta a la del testigo citado, la amiga de la víctima P. C. dio un extenso testimonio, que en algunos aspectos fue mucho más preciso que el brindado por la propia víctima, que durante su declaración se mostró vacilante al ser interrogada sobre su relación con O. y no tuvo ningún reparo en señalar que no quería que su ex pareja sufriera una pena de prisión efectiva por lo ocurrido, exhibiendo con sus dichos la dependencia económica de ella con el imputado, quien con su madre le proveen "víveres" una vez por semana para su subsistencia y de la niña y cuida a H. cuando ella concurre a la universidad de 18 a 22 a cursar la carrera de abogacía.

El testimonio de P. C., debe ser minuciosamente examinado porque ha sido tachado de parcial y tendencioso por el defensor por su condición de amiga de la víctima y porque supuestamente su
versión no estaría corroborada por los otros testigos ni por

las filmaciones obtenidas por el dron.

En lo sustancial la testigo dijo que cuando su amiga J. bajó del auto comenzó a ser agredida por F. O. y que ella decidió bajar para separarlos. Agregó que al advertir que el nombrado se quería llevar a la niña se introdujo al vehículo y se la sacó de sus brazos. En cuanto a cómo era agredida J., señaló que F. primero la agarró del cuello y cree que le pegó en la cara. Textualmente continuó diciendo "Me cegué... vi que estaba alzándole la mano, salí del auto a defenderla. Estaba tirada en el piso y le pegó patadas".

Los integrantes de la familia P. coincidieron en que escucharon gritos y fue por eso que pusieron su atención en lo que ocurría en el vehículo que acaba de estacionar cerca de donde se encontraban filmando.

F. P. explicó que cuando él se acercó a la chica, no sabía bien lo que había ocurrido, estaba llorando y por eso le ofreció ayuda y la acercó a la Comisaría. Permaneció en el lugar mientras la atendieron y entregó la memoria del dron con las imágenes.

A su turno J. P. recordó que escuchó gritos, miró y vio zamarreos y dos menores, motivo por el cual se acercó y de menos distancia percibió un forcejeo entre las dos chicas y el imputado y le pidió a él que cesara de su actitud, porque la nena es menor y no tenía por qué pasar por esos momentos. Preguntada sí la vio a J. caída en el suelo, en principio no lo recordaba, pero al darle lectura de lo que había declarado ese mismo día en la Comisaría oportunidad en que si lo mencionaba, señaló que si lo dijo en ese momento es porque así habría ocurrido y que ahora no lo recuerda por el tiempo transcurrido.

También trajo de su memoria que O. le decía que la "iba hacer mierda", que estaba muy enojado y que tanto a F. como al otro muchacho -que supone era su amigo- se los notaba alcoholizados.

Por último, E. P. relató que si bien primero pensó que los gritos eran porque se divertian luego se dio cuenta que discutían, que era una pelea tus fuerte y que había una chica que los separaba. Recordó que en ese forcejeo la chica se cayó al suelo y el chico la amenazaba. No recuerda con certeza que es lo que le decía. Por último manifesto que la víctima estaba muy exaltada, lloraba y que la nena también y que recién en la comisaria se tranquilizó porque estaban las policías que la cuidaban.

En la dependencia policial estaba la agente K. A. S. quien recordó haber recepcionado la denuncia a J. D., en

contra de su ex pareja, acompañada de dos personas, una femenina P. C. y el masculino señor F. P.. Relató que la víctima le contó que venían del Lago en un vehículo del amigo de su ex - pareja y su hija pequeña que tienen en común. Agregó que mantuvieron que tuvieron una discusión y que solicitó se detenga el vehículo y que en la rural siguieron discutiendo y allí D. la golpeó, se cayó y le pegó patadas, le presionó el cuello, le tiró el pelo y la golpeó en la cara. Dijo que tenía lesiones visibles, le tomófotografías y además recepcionó la filmación que le aportó F. P. que había obtenido con un dron. Reconoció la Evidencia A (denuncia) y la Evidencia D, que contiene las fotografías que tomara en la comisaría en las que a simple vista se ven las lesiones que presentaba la víctima en su rostro y en otras partes del cuerpo.

Resta valorar las imágenes obtenidas por el dron que es evidente que no toman todo el evento analizadas por la Oficial N. L. quien realizó un informe que expuso en el debate a la vez que se exhibía la filmación, pero si una parte sustancial del mismo.

En este aspecto tal como lo ha señalado el Juez de grado "es perfectamente visible el violento forcejeo entre una mujer y un hombre (este último con un buzo o campera color celeste) lo que corrobora sin hesitación las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidos por la víctima. Aun coincidiendo con la defensa en cuanto o que no es dable advertir allí los golpes denunciados por J. D., es esta una imposibilidad más bien del tipo física, en virtud de hallarse la puerta delantera izquierda del auto abierta (por donde ha bajado O.) entorpeciendo este elemento la observación. A pesar de ello en el forcejeo de marras es palmario el contacto físico extremo señalado por la damnificada; de allí que sea un tanto más nítido colegir desde allí y- por lógica- el daño en el cuerpo denunciado por D.".

Luego de todo lo expuesto, corresponde concluir que aquí no ha existido ningún error en la valoración de la prueba ni surge del cuadro probatorio contradicciones entre los testigos, que han relatado cada uno lo que realmente vio desde su lugar y en el momento en que estuvieron más cerca del evento, todo lo cual se encuentra corroborado, en la parte que lo exhibe, por la filmación casual tomada por F.

P..

No se trató de un simple forcejeo por la niña ni zamarrones del imputado a la víctima como propone el imputado y su defensor, quienes pretenden que los Tribunales -el de grado y el de Alzada- consientan que cuando una mujer, por el motivo que sea, se altera en su ánimo, el hombre esté habilitado a forcejear con ella o zamarrearla para "lograr que se calme". Aún cuando dichos procederes no siempre produzcan un daño en la salud física es evidente que vulneran la salud psicológica de la víctima.

Por otro lado, no se puede soslayar que la violencia física ejercida por el imputado a la víctima venía acompañada de insultos "mala madre" y amenazas "te voy hacer mierda".

¿Qué debe y qué puede hacer una mujer que ante el reclamo de su hija es zamarreada, insultada y amenazada por un hombre que le anuncia que la va hacer "mierda"?

La exaltación de J. tenía relación con evitar que el imputado -alcoholizado- se lleve a la niña en un vehículo conducido por otra persona que también había consumido alcohol y su alteración se desarmaba rápidamente accediendo a entregarle a la menor.

Ningún testigo hizo mención a que J. agrediera ni verbal ni físicamente al imputado, circunstancia que de haber existido podría habilitar a D. a defenderse, pero no es lo que aquí sucedió. El proceder de J. sólo tenía relación con su objetivo, tratar de retener con ella a su hija menor. Se demostró que lo único que J. reclamaba era que su niña se fuera con ella y que la respuesta de D., en lugar de entregar a la menor H., fue la agresión verbal y física hacia la víctima.

Cabe señalar además que la mecánica del hecho denunciado también guarda correspondencia con las lesiones visibles que presentaba J. D. que mencionó haber recibido golpes en la cara, patadas en su cuerpo cuando estaba en el suelo producto de haberse caído al forcejear para defenderse de la agresión de D..

En este aspecto y retomando el planteo defensista, me detendré para dar respuesta en cuanto sostiene que las lesiones leves no están acreditadas, porque la víctima no fue atendida inmediatamente por un médico y que el informe de la médica forense se apoya en las fotografías tomadas por la policía de la guardia de la Comisaría porque nunca revisó a la víctima.

La respuesta debe, además de analizar las fotografías acompañadas en la Evidencia D y el informe oral de la médica

forense, considerar cuál ha sido la razón por la cual no contamos con un informe o certificado de un médico que haya revisado y constatado las lesiones en el propio cuerpo de J..

La Fiscalía demostró con los testimonios de las profesionales integrantes del SAVD y de la policía que J. D. no concurrió a ninguna de las citas programadas para que sea revisada por la médica, aun cuando al realizar la denuncia se comprometió a presentarse al día siguiente a ese efecto. Su negativa a ser revisada y de ese modo colaborar con la investigación es compatible con la postura de la víctima en este juicio expresada en el debate y ante este Tribunal de no querer perjudicar a su ex pareja, quien de resultar condenado debe cumplir pena de cumplimiento efectivo, porque ya había sido condenado en suspenso por otro hecho similar, también contra ella.

La situación descripta se inscribe perfectamente en el proceder de mujeres víctimas de violencia de género, que en el caso ha sido psicológica, verbal, física y económica. La dependencia a la ayuda "con víveres" que le realiza el imputado o la madre de este quedó a la vista y con ello se descubrió la razón por la cual J. D. prefiere no colaborar con la justicia, en el entendimiento, que de ese modo está resguardando su propia subsistencia y la de su pequeña hija.

Volviendo a la prueba, la médica forense analizó las fotografías de la Evidencia D y dijo que observó excoriaciones generadas por roce o fricción, las que se ubican en la zona dorsal y detrás de la cintura; eritemas en sus brazos sin poder asegurar que sean post traumáticas. Sin embargo, señaló que en el caso que lo sean, las mismas son marcas que informan que se produjeron minutos u horas antes de ser fotografiadas. En cuanto a la hinchazón en el rostro no pudo vincularla a qué tipo de lesión se trataba.

Comparto la jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que utiliza el magistrado al argumentar su decisión de tener por acreditado el daño en la salud de la víctima producto de los golpes que denunciara por la compatibilidad de las mismas con su relato y por el informe médico efectuado sobre la base de las fotografías tomadas al momento de ser recepcionada la denuncia, como parte de un protocolo específico de actuación, en el cual se toman una serie de recaudos diferentes a otros tipo de delitos y se pretende reunir la mayor cantidad de elementos de convicción, ante el riesgo real y concreto que la denunciante se retracte, circunstancia que se produce en un

alto porcentaje cuando se denuncia a una persona con quien se mantiene un vínculo y una relación que pueda estar atrapada por el "Círculo de la violencia".

Los elementos reunídos son suficientes y no existe en la causa ninguna prueba que no engarce en la cadena indiciaría analizada, la que permite sostener con certeza que los daños constatados en el cuerpo de J. se corresponden con los golpes relatados por la víctima y confirmados con los testimonies de P. C., J. P. y E. P.. En consecuencia, corresponde concluir que está debidamente acreditado el elemento objetiva del tipo penal de Lesiones Leves. En cuanto al tipo subjetivo, debe considerarse que el imputado a la vez que le pegaba le anunciaba que la haría "mierda", lo cual informa de su voluntad de dañar su integridad física.

En punto a los agravantes del tipo penal aplicados al caso en análisis, en primer lugar **y** con relación al vínculo, corresponde destacar que sobrada prueba se produjo del tiempo en que comenzó la relación entre el imputado y la víctima cuando esta tenía apenas catorce años de edad y que al tiempo tuvieron una hija E. H. O. D.. También se acreditó que convivieron durante un tiempo prolongado, más de un año y medio y que se separaron cuando J. D. tomó conocimiento de que O. tenía una relación sentimental con otra persona. Sin perjuicio de esa separación, desde entonces la relación entre ambos ha tenido vaivenes y el hecho aquí investigado se inscribe en ese contexto.

El art. 80 inc.1^{0} primero del Código Penal, al que remite el art. 92 del mismo cuerpo legal, establece que "a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge o a la persona con quien setene o ha mantenido una relación de pareja mediare o no **convivencia**".

El Juez también ha citado el arto 509 del Código Civil por considerar que la definición de unión convivencial allí establecida puede constituir un parámetro a considerar al momento de interpretar el término pareja cuando es utilizado por el Código Penal.

Si así fuera, en este caso se acreditó que O. y D. tuvieron una relación afectiva, singular, publica, notoria, estable y permanente, con un proyecto de vida en común, que incluyó la concepción y nacimiento una hija.

La circunstancia que la relación ya estuviera terminada al momento de los hechos no es razón para eliminar el

agravante, porque la figura penal incluye los casos de la ex pareja, haya mediado o no convivencia.

Con relación al agravante del inc. 11 del art. 80, en el que es necesario que el autor -sujeto activo- sea un hombre y la victima una mujer -sujeto pasivo- y que mediare "violencia de género", el defensor ensaya un agravio en el que afirma que la figura penal exige se acredite un desdoblamiento de la voluntad que se dirige a dos fines claramente discernidos: el de lesionar y el de hacerlo por la condición de mujer. Acto seguido sostiene que no existen pruebas que demuestren que esa fue la voluntad de su asistido.

En mi opinión no le asiste razón al defensor, fundamentalmente porque la postura que pretende no se ajusta al marco normativo que rige en nuestro país. Por esa razón acudiré en primer lugar a la Ley Nro. 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres" que en su artículo establece como definición de la violencia contra las mujeres "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada 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 desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

En segundo término también corresponde tener presente la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará" que en su articulo 1°establece "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. En el artículo siguiente agrega " Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre

otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".

La violencia de género no exige ese plus en el aspecto subjetivo que menciona el defensor.

¿Por qué el imputado golpeó a J. del modo que lo hizo? ¿Por qué J. tolera esos golpes y no quiere que su ex - pareja sea condenado por esos hechos?

Dos preguntas que encuentran una misma respuesta: porque J. es mujer. La violencia de género ha sido y sigue siendo una de las manifestaciones más claras de la desigualdad, subordinación y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Este tipo de violencia se basa y se ejerce por la diferencia subjetiva entre los sexos. En pocas palabras, las mujeres sufren violencia por el mero hecho de ser mujeres, y las víctimas son mujeres de cualquier estrato social, nivel educativo, cultural o económico.

El objetivo del agresor es producir daño y ejercer el control sobre la mujer, por lo que se produce de manera continuada en el tiempo y sistemática en la forma, como parte de una misma estrategia.

J. D. además de pertenecer a una sociedad culturalmente identificada con el patriarcado que ha facilitado esa subordinación a la que me refiero ut supra, quedó inmersa en una relación atrapada por el círculo de la violencia, de la cual todavía no puede salir.

Como he dicho F. O. y J. D. se vincularon sentimentalmente desde que J. tenía catorce años y el imputado veintiún años, diferencia de edad que no debe ser soslayada, porque más allá de la juventud de ambos, en el caso de J. al momento de iniciar la relación se trataba de una niña mientras que el imputado ya era una persona mayor de edad. Esta relación desde un inicio estuvo signada por la violencia verbal y física de F. hacia J., progresiva en el tiempo, que se inició con escenas de celos enfermizos y que con el tiempo incluyeron conductas controladoras que limitaban de diversos modos la libertad de la víctima. El mecanismo también fue *in crescendo en* otros sentidos, pasando de lo verbal y gestual agresivo (violencia psicológica) a los golpes (violencia física). (Licenciada Masciarelli, D., Rodgers, Antiñanco y la testigo Behar.)

Todas las profesionales que depusieron en el debate y que se vincularon a J. por su situación emocional no dudaron en señalar que la víctima tenía una relación con F. franqueada por la violencia que atraviesa en distintos momentos los estados del círculo de la violencia, al punto de haberse instalado en su vida y de haber naturalizado el fenómeno que la involucra y que a la fecha del juicio se mantiene en virtud de la dependencia económica y emocional para con el imputado.

Es importante señalar que J. carece de una familia contenedora emocional y económicamente, más allá que desde un tiempo a esta parte sus padres le facilitaron una vivienda para que ella y su hija se alojen en la misma y que se hacen cargo del pago de los servicios. Declararon en el juicio ambos padres y no mostraron preocupación por la situación emocional que atraviesa su hija y exhibieron un desconocimiento de su realidad y más aún de la violencia que ha ejercido F. sobre J..

Estas circunstancias que fueron traídas al juicio por la Fiscalía se vieron reforzadas por las respuestas de los padres a las preguntas formuladas por el propio defensor particular en las que se divisaba su interés de cargar culpas en la víctima apelando a que los progenitores hablaran del "mal comportamiento" de su hija durante su adolescencia.

Es cierto que la madre dijo que J. durante su adolescencia era caprichosa y que tuvo algunas discusiones con su papá porque salía y no volvía en el horario pactado, pero esas circunstancias, además de ser comunes y propias de cualquier adolescente, en modo alguno pueden ser utilizadas para explicar la violencia que ejerciera el imputado hacia la misma. El Señor Defensor debe saber que no se puede sugerir tal justificación, hacerlo es dar cuenta de la falta de perspectiva de género en el ejercicio de su ministerio.

Con la declaración de sus padres quedó evidenciado el mayor grado de vulnerabilidad de J.. Por las características propias de la familia, vista objetivamente, no es un espacio contenedor que la pueda sostener emocionalmente ni que pueda advertir la situación sentimental que atraviesa su hija, menos aún que la misma es víctima de violencia de género. Es que el patriarcado aún es parte de nuestra sociedad y la familia de la víctima es un ejemplo de ello. No se la puede juzgar negativamente por ello, pero es necesario que seamos conscientes de esa realidad y del largo camino que resta recorrer para lograr una sociedad en la que los hombres y las mujeres sean efectivamente iguales en el respeto y en el

ejercicio de los derechos y que puedan tener una vida libre de violencia. Para comprender lo expuesto, basta con escuchar a la mamá de J. cuando con total sinceridad manifiesta que las agresiones verbales o discusiones que pudo presenciar de F. con su hija no se inscriben en el término de la violencia y que para ella sólo lo hay cuando aparecen los golpes.

En la misma línea de defensa, el Dr. D. S. intentó desacreditar a J. sosteniendo que ella también era violenta, al punto de preguntarle a la propia víctima cuál era su comportamiento durante las peleas, quien le respondió: "Hemos tenido peleas por mis impulsos. Lo admito. Pero generalmente he actuado en defensa. Es obvio que, si él me golpea, el que termina ganando es él"(textual).

La Licenciada en Psicología Cecilia D., integrante del Cuerpo Médico Forense le realizó una pericia psicológica a la víctima y se expidió sobre el particular. Sostuvo que advirtió rasgos violentos pero que los mismos eran reactivos y que la relación nunca fue simétrica.

Es indiscutible, que el ejercicio del derecho de defensa en juicio no puede verse menoscabado, en ningún caso, por el tipo de delito que se imputa. Pero debemos interrogarnos si puede ejercerse en estos casos una defensa mediante la cual se pretenda culpar a la víctima de ser la generadora de los hechos de violencia que la afectan, cuando, además, ello no ocurre en los demás delitos.

A veces el absurdo nos ayuda a explicar qué es lo que se puede hacer o no. Y en punto al delicado tema que vengo tratando, esto es el ejercicio del derecho de defensa en un juicio penal en que se discute la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de una conducta calificada como inscripta en un contexto de violencia de género, en mi criterio permitir que la Teoría del Caso de la Defensa se apoye en la supuesta culpa de la víctima sería como aprobar que la justicia le pregunte ¿pero vos qué hiciste?. No hay un obstáculo legal que lo inhiba. Sin embargo, queda claro que se trata de una pretensión que no puede ser receptada, pues ni la vestimenta de una mujer justifica un abuso sexual, ni su comportamiento o personalidad justifica una agresión verbal o física por parte de un hombre.

Volviendo al análisis de la prueba y la valoración realizada por el magistrado, de los testimonios que depusieron sobre la relación actual entre ambos -D. y O.-, no surgieron elementos que hagan pensar que después de este hecho J. haya vuelto a sufrir agresiones físicas aunque tanto la víctima como su amiga P. C. han reconocido que si han

existido ataques verbales.

Por otro lado, tomando el propio relato de J., su conducta procesal de no contribuir con la investigación y los informes de los profesionales que la han atendido, que señalan la dependencia afectiva y económica con el imputado y la discontinuidad de la víctima en el uso de los espacios de contención institucional que si le brindaban, si demostró que sigue siendo víctima de una de las clases de la violencia de género: la económica, en tanto parte de sus subsistencia depende de los "víveres" que semanalmente le provee F. O. y su madre para que ella y su hija puedan alimentarse.

Coincido con la síntesis de la Fiscal General en el responde a la impugnación, enumerando las situaciones acreditadas con el cuadro probatorio producido en el debate. F. y J. fueron pareja y tuvieron una hija; F. celaba y controlaba a J.; F. aislaba a J. de sus amigas; F. agredía tanto psicologicamente como físicamente a J.; F. humillaba a J.; F. se aprovecha di la situación de vulnerabilidad de J. y utiliza el aporte económico que está obligado a realizar para su hija para controlarla.

Todo ello es violencia de género.

Por último, entiendo apropiado agregar que difícilmente pueda ocurrir, que alguien que ya fue condenado por el delito de lesiones leves agravadas por violencia de género respecto de un hecho contra una mujer determinada y no habiendo transcurrido un mes de haber sido condenado por ese hecho vuelva a lesionar a esa misma mujer no incluya la agravante cuestionada.

En consecuencia, corresponde concluir que el Juez aplicó correctamente la agravante y debe ser confirmada.

Con relación al quantum de la pena, el defensor se agravia de la sentencia para lo cual, luego de sostener ideas que no se ajustan al caso, refiere que el Juez no valoró el testimonio de la actual pareja de O., la señorita S. S., quien se refirió a las virtudes del imputado con quien se relaciona hace un año y tres meses. Agrega que para bien o para mal, debió valorarlo.

Si bien el juez no mencionó los dichos de la testigo, la defensa tampoco propone como debe ser valorado y como incidiría en la pena. Igualmente he analizado y hemos coincidido los integrantes de este Tribunal que no es posible extraer elementos que puedan ser utilizados para fijar el quantum punitivo o que modifiquen las circunstancias que

correctamente valoró el Juez para sopesar la pena, en tanto consideró como agravantes la condena previa por un hecho similar, la edad y la madurez de O. y como atenuante la levedad del daño. El testimonio que la defensa pretende se valore es totalmente parcial y se evidenció que la testigo no declararía en contra del imputado, que tenía un claro interés en beneficiar a F. O. y de contribuir con la estrategia defensiva de demostrar que la culpable de todo era la víctima y que el imputado, lejos de ejercer algún tipo de violencia, es un ejemplo como padre y como pareja.

Por otro lado, aun cuando se trata de una pena corta a la que le resultan aplicables todas las críticas en punto al escaso aporte que suelen hacer para la resocialización del imputado, la pena impuesta de un año de prisión -de cumplimiento efectivo por ser la segunda condena- debe ser confirmada en tanto responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, partiendo de la naturaleza de la acción y el grado de culpabilidad del autor.

Finalmente, en virtud de la obligación constitucional -convencional de actuar con la debida diligencia reforzada, considero que el Poder Judicial no puede dar por concluida su actuación para con la víctima sin considerar que J. D. es una joven que, a pesar de su difícil historia en estos pocos años de vida, es una mujer madre que ha decidido estudiar una carrera universitaria que le permitirá contar con otras herramientas que le facilitarán obtener su sustento y el de su hija. La ayuda de sus familiares directos consiste en facilitarle el alojamiento y pago de servicios, lo cual -sin restarle valor a tal aporte, por el contrario- no resulta suficiente. Se demostró que la víctima aun viviendo en casa de sus padres tiene un alto grado de vulnerabilidad económica, que facilita la sumisión a la voluntad del imputado.

Por ello y porque -además- de adquirir firmeza la presente sentencia al momento en que el imputado deba cumplir la pena dejará de percibir los víveres que le suministra en concepto de cuota alimentaria, es imprescindible activar todas las posibilidades de las políticas públicas, que puso en marcha la Ley provincial nro. XV -23 de Emergencia por Violencia de Género. A tal efecto se deberá librar oficio para darle intervención al "Servicio de Protección de Derechos" de la Ciudad de Esquel y a la Secretaria de Desarrollo Social de la Municipalidad de Esquel para que de manera conjunta adopten las medidas que permitan que la víctima sea incluida en un plan laboral o de estudios que le

permita poner fin a esa dependencia económica con el imputado para lo cual es necesario que tenga sus propios ingresos y pueda continuar sus estudios.

También cabe señalar los distintos organismos del Poder Judicial que han intervenido en estos actuados deben continuar con el acompañamiento a la víctima hasta tanto se verifique que su vida no corre los riesgos que trae consigo la violencia de género y que los organismos del Poder Ejecutiva provincial y municipal a los que se le ha requerido su intervención den una respuesta efectiva a lo solicitado.

En cuanto a los honorarios del Defensor Particular Dr. D. S., adhiero a la propuesta del colega que lidera el acuerdo. Así voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. - Que reseñados los antecedentes del caso por los colegas que me preceden en el voto, me adentraré sin rodeos a verificar la corrección de la sentencia recaída contra F. D. O., a quién se lo encontró autor material y responsable del delito de Lesiones Leves agravadas por el vínculo y por haberse cometido mediando violencia de género (de los arts. 45, 89, 92 y 80 incisos 1 y 11, del Código Penal),imponiéndosele una pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento.

2.- Solo recordaré que el impugnante manifiesta su disconformidad con la sentencia, en primer lugar, por entender que no es posible llegar a la certeza de la existencia de **los** hechos y que el magistrado ha efectuado una errónea valoración de la prueba; luego ataca la calificación legal entendiendo no solo que no hubo lesiones, sino que no existía vínculo entre víctima y victimario y que no puede subsumirse el caso en uno de violencia de género; por último, se queja de la decisión del magistrado en punto a la mensuración y cumplimiento efectivo de la pena.

3.- A su turno, el representante de la acusación, contesta el traslado remarcando que correctamente el juez analizó el caso con perspectiva de género aplicando sus consecuencias; explica **los** alcances del art. 16 de la ley 26485, en lo relativo a los estándares para evaluar la prueba en estos casos; afirmó que el juez evaluó correctamente los agravantes, los que puntualizó (humillación, conducta precedente y estado de vulnerabilidad de la víctima) y en cuanto al efectivo cumplimiento de la pena, le resulta obvio, atento la necesidad de revocar la anterior que tenia de cumplimiento condicional.

4. - Puesto a resolver, debo decir que, a pesar de

los embates del impugnante, el juez penal del caso ha reconstruido históricamente los hechos por los que condenó a O. en forma correcta, de conformidad con la prueba rendida en el juicio y echando mano a las reglas elementales de la lógica y la experiencia cotidiana.

En efecto, ha dado sobradas razones para explicar de qué modo ha tenido por probado que, efectivamente, el día 22 de octubre de 2017, a las 17.50 horas aproximadamente, en la ciudad de Esquel, sobre la Avenida Irigoyen, frente al edificio de la Sociedad Rural, F. D. O. agredió físicamente a la madre de su hija, J. D., pegándole patadas en la espalda, luego la tiró al piso y levantó de los cabellos, luego la empujó contra el auto en que llegaren hasta allí, para finalmente retirarse con su amigo del lugar.

Que también correctamente, estimó el magistrado que a raíz de las agresiones recibidas D. sufrió una escoriación en cara dorsal de hombro izquierdo, otra en región dorsal izquierda de la cintura, tumoración en mejilla izquierda y eritema en cara antera lateral externa del brazo derecho.

5.- Y a otra conclusión no era posible llegar en el caso, salvo violentando la apreciación de la prueba producidas en el debate.

Efectivamente, el magistrado en forma prolija y atinada, tuvo en crema, en primer lugar, las características propias de esta clase de delitos lo que le impone el deber de *"tener* en *cuenta las circunstancias especiales* en *las que* se *desarrollan los actos de violencia",* conforme el art. 16, inc. i) de la ley 26845.

Con esa vara, para acreditar los momentos previos a los deméritos en la salud, ha tenido en cuenta no solo los dichos de la víctima, sino de su amiga, P. C., presente en todo momento, quien declaró en el debate que O. comenzó a tratarla mal desde que venían en el vehículo, que le dijo *"sos una madre de mierda",* que empezó a agredirla verbalmente *"como siempre"* y que el acusado, quien viajaba en el asiento de adelante, arrojó un helado contra ellas.

Que estacionado el auto, ha reconstruido el Juez en forma contundente, que descendió J. D. y que O. pretendía llevarse a la nena; que ante el reclamo de la madre para que no lo haga, el padre de la niña comienza sus agresiones físicas, todo ello apontocado por los dichos de C. S., quien descendió también e incluso ayudó a separarlos.

Pero no solo resulta acreditado el episodio por los

dichos de la víctima y su amiga. Tres personas, que en nada se relacionan con los protagonistas, apellidadas P., dan crédito a la teoría del caso fiscal y, como si fuera poco, el forcejeo quedó registrado en un corto video captado por un *dron* que manipulaban los testigos indicados.

Que todo ello, impide dudar que los hechos tuvieron lugar tal como fueron postulados por la Fiscalía, debiendo descartarse la versión del acusado en punto a que solo pretendió calmar a la joven.

6.- Y aquí se impone un interrogante: ¿cuál es la valoración arbitraria de la prueba denunciada por el apelante?

¿Cuánta evidencia más debe ser necesaria para acreditar que las improntas sufridas en su cuerpo por la víctima son el producto del accionar del imputado?

Así lo ha relatado J. D.; así lo ha presenciado la testigo C.; J. P. advirtió que al lado de un auto estacionado había una chica a los gritos y que al acercarse vio que el chico la "zamarreaba" con fuerza; E. vio el forcejeo dentro del auto y que la chica cayó al piso; F. afirma haberla vista "mal".

Repito entonces que el magistrado interviniente ha mensurado las constancias probatorias en forma atinada, dando extensos y correctos fundamentos acerca de las razones que lo impulsan a dar por cierto la teoría del caso de la acusación, desterrando, por inverosímil la pretensión justificadora del imputado.

7. - Calificación jurídica:

En este punto también, a pesar de la crítica del quejoso, el a *quo* ha fundado razonadamente su estimación de que la subsunción de los hechos debe realizarse dentro de las mandas del art. 89 del código penal.

Muy por el contrario, a la consideración del impugnante de que en el caso no ha sido acreditado el
dolo en cabeza de su pupilo, el Juez del caso ha efectuado una valoración integral de la prueba recogida para cimentar la calificación legal correcta del caso.

Ha explicado con justeza los alcances probatorios que asignó a las fotografías con que se ilustran las lesiones padecidas; valoró la opinión de la Dra. Cardinalli quien sobre tales fotos realizó su experticia; ha estimado en forma irreprochable los dichos del imputado contra la victima (acreditados por los dichos de tres testigos) en el sentido que "te *voy* a *hacer mierda*", como indicativo de su intención criminal.

8.- Pero no solo ha considerado acreditada le figura básica en forma correcta. Tras una prolija fundamentación, ha estimado la existencia de agravantes, todo ello, también, a partir de la valoración justa de las constancias arrimadas al caso.

En efecto, a pesar de la disconformidad del apelante, quien incluso reconoce que hubo una *relación* terminada, durante un año y medio, con un hijo en común, ha estimado correctamente el Juez la existencia del elemento normativo incluido en el inciso 1 del art. 80, al cual remite el art. 92 para agravar todo tipo de lesión.

Correctamente, remitiendo a la regulación del Código Civil, en su art. 509, que tipifica lo que es una unión convivencial (criterio sostenido por el suscripto en *"Concepto de homicidio calificado por la 'relación de pareja' (art. 80 inc. 1, CP)"*, Jurisprudencia de Casación Penal, Tomo IV, Martin- Nardiello -directores-, Hammurabi, pág 401), acredita la ex relación en no solo los dichos de los protagonistas sino que agrega los informes elaborados por el ETI, introducidos de la mano de la licenciada Raquel Behar, y los dichos de la testigo C..

Además, estima correctamente la subsunción del caso como "violencia de género".

Tal como dije en **"T., N. S. s/Denuncia" (Carpeta 5346 OJ Tw - Legajo 8335 OUMPF Rw)** , debe recordarse *"que es el mismo Artículo 1 de la Convención el que define el alcance de su vigencia. Así expresa:* '(p)ara los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado'".

He dicho en esos folios que "el *género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos (...) así como una forma primaria de relaciones significantes de poder"... el género responde a la lógica de un sistema binario que opone la hembra al macho, lo masculino a lo femenino,* rara *vez sobre bases de igualdad, sino, por lo general, en términos jerárquicos (Conway, 1998, p. 177)..."* (citado en "La convención Belém do Pará. Un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana"; Diana Marcela Bustamante Arango- Paola Andrea Vásquez Henao; Civilizar 11 (20):15-36, enero-junio de 2011)"

Por último, sobre la construcción cultural del concepto, ha sido clara la profesora María Luisa Maqueda

Abreu al explicar que: *"El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género."* ("La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social"; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; ISSN 1695-0194; RECPC 08-02 (2006)).

9.- Bajo ese marco teórico, acredita la existencia de violencia en razón del genero de su víctima, a partir del antecedente condenatorio por un hecho cometido contra la misma damnificada y con ribetes análogos al presente. Analiza la declaración de los integrantes del SAV, quienes describen el contexto en que los hechos se desarrollaron y de la dependencia emocional y económica de la mujer; trae a colación las consecuencias personales descriptas ampliamente por la Psicóloga Forense quien, además, describió la violencia progresiva a partir de los celos de O., las actitudes controladoras por parte de éste y la violencia reactiva de D.; ha valorado el testimonio de la licenciada Masciarelli quien explicó la existencia de un "círculo de violencia".

En síntesis, no puede dudarse que *el aguo* ha comprobado con justeza, dando razones suficientes, de que el caso debe necesariamente enmarcarse en un contexto de violencia de género.

10.- Respecto a la sanción impuesta, entiendo que el juez del caso ha justipreciado en forma adecuada la respuesta punitiva que corresponde.

Dentro de la escala penal aplicable, ha valuado en forma correcta la naturaleza de la acción, la que puede catalogarse de grave.

Debe compartirse con él a *quo* que el episodio de *"disputarse a la fuerza la tenencia de una pequeña niña de tres años, mediante golpes, forcejeo e insultos en la vía pública, da cuenta de un episodio altamente violento"* (ver hoja 37 de la sentencia).

Correctamente, desestima la pretensión de la Fiscalía en punto a considerar agravantes elementos

contenidos en el tipo penal (contexto de género y vinculo), pero estima acertadamente el hecho de haber sido condenado por un hecho de similar factura, siendo refractario a la respuesta punitiva anterior, no siendo entendible para este juez las razones por las cuales el defensor afirma que carece de antecedentes su pupilo (ver hoja 25 de su escrito).

Por último, atinadamente, valoró como atenuante la levedad del daño físico infligido, dado que se ha estimado un tiempo muy rápido de curación.

Respecto de la pretensión de que se valore el testimonio de S. S., actual pareja del encartado, si bien es cierto que no se ha expedido sobre ello el Juez, no menos verdadero es que resulta de toda evidencia su parcialidad en el asunto -o al menos no declararla en su contra-, tampoco se ha referido el defensor sobre de qué manera pretende se tengan en cuentas sus dichos y en cuánto incidiría en el monto punitivo.

Por todo ello, voto también en el sentido de confirmar la sanción impuesta.

11.- En cuanto a la aplicación efectiva de la pena impuesta, el a quo ha explicado acertadamente, tal como lo hizo el fiscal en la audiencia a tenor del art. 385, que habiendo sido acreditado que le fue impuesta una pena de dos años de prisión de ejecución condicional, en fecha 25 de septiembre de 2017, no procede una segunda imposición de pena en suspenso y, a la sazón, es pertinente la declaración de la revocación de aquella.

12.- Por todo ello, voto en el sentido de confirmar en un todo la sentencia de atribución de responsabilidad por el hecho dado por acreditado en el resolutorio en crisis, confirmando la condena impuesta por el delito seleccionado, así como la pena impuesta y en la modalidad de ejecución decidida.

Además, dadas las circunstancias en que transcurre la vida de la víctima y su hija -acreditadas suficientemente en el voto revisado-, la imposibilidad durante el tiempo que deba O. cumplir la pena impuesta de cumplir con su obligación alimentaria y a fin de evitar en lo posible la trascendencia de la sanción, propongo al pleno se libre oficio al "Servicio de Protección de Derechos" de la Ciudad de Esquel y a la Secretaria de Desarrollo Social de la Municipalidad de Esquel para que de manera conjunta tomen intervención para adoptar las medidas necesarias para que le joven D. sea incluida en un plan laboral para obtener sus propios ingresos -suficientes para su subsistencia *y* la de su niña- y continuar

con sus estudios.

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

RESUELVE:

1) RECHAZAR la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del imputado.

2) CONFIRMAR en todos sus términos la Sentencia registrada bajo el N° 551/2019, dictada por el Dr. Martin Zacchino, con fecha 9 de abril de 2019, con costas.

3) Librar oficio al "Servicio de Protección de Derechos" de la Ciudad de Esquel y a la Secretaria de Desarrollo Social de la Municipalidad de Esquel para que de manera conjunta adopten las medidas que permitan que la víctima sea incluida en un plan laboral o de estudios que le permita poner fin a esa dependencia económica con el imputado para lo cual es necesario que tenga sus propios ingresos y pueda continuar sus estudios. Asimismo, librar oficio al SAVD para que evalúe un acompañamiento de la nombrada durante el periodo de la ejecución de la pena, con el mismo objetivo de actuación.

4) REGULAR los honorarios del Dr. D. A. S., abogado particular, ejerciendo la defensa de F. D. O., en el 25% de lo regulado en el punto 3} de la Sentencia 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 de que el señor Juez de Cámara Dr. Alejandro Defranco, ha remitido su voto por correo electrónico con firma digital, por ser de otra jurisdicción.

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

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

HERNAN DAL VERME
Juez de Camara

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el N° 1482
del AÑO 2019
Conste.-

GABRIELA LAURA DUVA
SUBDIRECTORA
OFICINA JUDICIAL PENAL - ESQUEL