

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNC1

Reg. n° 168/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de junio del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Gustavo Bruzzone, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 649/669 vta. por la defensa técnica de D. E.; en la presente causa n° **CCC 38.194/2013/TO1/CNC1**, caratulada **“E., D. s/recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, mediante resolución dictada el 27 de noviembre de 2014, resolvió –en lo que aquí interesa– condenar a D. E., por considerarla autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por la relación de pareja (arts. 12, 29 inc. 3°, 45 y 80 inc. 1°, CP), a la pena de prisión perpetua (cfr. fs. 591/592), y sus fundamentos fueron dados a conocer el 4 de diciembre de 2014 (cfr. fs. 596/646).

II) Contra dicha resolución, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el defensor oficial Daniel E. Parodi (cfr. fs. 649/669 vta.), el que fue concedido (cfr. fs. 673/673 vta.), y debidamente mantenido ante esta instancia (cfr. fs. 678).

El recurrente fundó la vía impugnativa intentada en ambos incisos del art. 456 y en el art. 474, CPPN.

En primer término, solicitó que se declare la nulidad del fallo por falta de motivación de la condena, como consecuencia del razonamiento arbitrario efectuado al valorar la prueba.

En este sentido, alegó que al reconstruir el hecho, los jueces se alejaron de la sana crítica racional, porque lo concluido no se derivaba necesariamente de la prueba producida, y no fundamentaron cómo, dónde ni por qué ocurrió el suceso. Asimismo, sostuvo que los testimonios brindados durante el debate fueron ponderados parcialmente, sin ser evaluados en conjunto ni con una adecuada correlación entre ellos, y que, además, ciertos planteos no fueron siquiera

tratados, transgrediendo así lo previsto en los arts. 123 y 404 inc. 2º, CPPN.

En cuanto al lugar en que ocurrió la agresión mortal, consideró que el tribunal se apartó de lo manifestado por el profesional que realizó la autopsia, pues concluyó, como el fiscal, que fue en el palier del edificio, y no en el interior del ascensor, sin explicar los jueces por qué razonaron de este modo.

Afirmó que se descartó la versión de E. –que sólo fue utilizada para encontrar respuesta a las otras lesiones–, porque la declaración del forense y la falta de lesiones o efectos de estupefacientes en la imputada evidenciaba que se había tratado de un ataque dirigido hacia la víctima.

En este punto, se agravió porque E. había explicado que las tres heridas constatadas fueron el resultado de un ataque dirigido hacia la víctima, y dos de ellas habían sido curadas en un momento previo, destacando que de no haber sido por su testimonio –que dio cuenta de que las agresiones ocurrieron en dos momentos distintos– no se hubiese conocido con certeza cómo habían sucedido los hechos. E insistió con esto, porque a su entender, el galeno al determinar la secuencia de la agresión omitió valorar que había heridas de una secuencia anterior, curadas, y que no sangraban, y fue por esa omisión concluyó que hubo *“un ataque con múltiples intenciones hasta que el victimario logró su cometido”*, *“una lucha”* y *“lesiones de defensa”*.

Por ello, estimó que solo a partir de la explicación de su asistida, las pruebas –la explicación del galeno, los testimonios de los testigos, las vestimentas ensangrentadas de la víctima secuestradas del interior del domicilio de E., las manchas de sangre en el departamento y en el pasillo del ascensor– se presentaban como razonables.

Añadió que las tres heridas –inclusive la mortal– se habían producido en el interior del domicilio, porque sólo así se explicaba el camino de sangre desde el departamento hasta el ascensor. En este punto, sostuvo que el tribunal omitió valorar la declaración de J. C. O.,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

quien dijo que sólo escuchó gente caminar por el pasillo, que parecía que alguien vomitaba, y el ruido del ascensor, pero ninguna pelea; y que desde la puerta del departamento hasta el ascensor había un camino de sangre, no un charco.

Asimismo, aclaró que el informe médico legal que estableció que E. estaba lúcida, orientada y coherente, no desvirtuaba su testimonio, ya que aquélla nunca alegó estar bajo los efectos de drogas. Y que tampoco la referencia a que no presentaba lesiones traumáticas aportaba nada, porque el golpe que sufrió su defendida no dejaba lesiones ostensibles, y requería un examen pormenorizado para advertirlo.

Por otra parte, estimó arbitraria la valoración del *a quo* del informe de la Unidad Criminalística Móvil de la Policía Federal Argentina de fs. 336, que refería que había cabello de la imputada en la mano de la víctima. Al respecto, sostuvo que carecía de razonabilidad la afirmación del tribunal acerca de que era lógico que la víctima la tomara del cabello para protegerse porque era un hombre de carácter pacífico, pues era incongruente decir que por esa razón era capaz de soportar lesiones en su cuerpo con un cuchillo, pero que para protegerse en una pelea desigual había tomado una actitud activa tomándola de los pelos. Y porque además, incluso el más pacífico podría reaccionar, máxime si D. ya había sufrido agresiones por parte E. y terceros.

Se agravió, además, porque los jueces omitieron explicar en qué momento la víctima la habría tomado de los pelos, si para responder a las primeras agresiones, que fueron curadas, o a la segunda, que provocó la muerte. Consideró que no era razonable que E., con su baja estatura y contextura física, pudiera provocar una lesión como la constatada, con una criatura en sus brazos, y menos si se afirmaba que estaba siendo tomada de los pelos. En torno a esto, agregó que ni siquiera el profesional pudo precisar si la herida había sido producida encontrándose víctima y victimario de frente o de atrás.

Asimismo, expuso que nada se dijo respecto de la acreditación de cómo sucedió el hecho, lo que era una cuestión dirimente, pues los jueces se limitaron a afirmar que no había ocurrido como lo dijo su defendida. Manifestó que aunque el tribunal consideró ilógico pensar que luego de la lesión, la víctima permaneciera parada con la herida gravísima, mientras E. tomaba a su nieto en brazos, dejaba los cuchillos en la cocina y abría las puertas del ascensor; igual de difícil era creer que, luego de la herida gravísima, en lugar de permanecer allí hasta recibir ayuda, ingresara al ascensor, descendiera once pisos y saliera caminando hasta la calle, sin que nadie oyera nada. En este punto, alegó que si pudo hacer todo el recorrido mencionado por el tribunal, también pudo haberlo hecho desde el interior del domicilio.

Observó que la sangre en el ascensor era como una “*aspersión*” porque, una vez adentro de aquél, D. quitó su mano de la herida, que había mantenido tapada hasta ese momento, y ello produjo que la sangre emanara con fuerza. Agregó que si bien ello fue planteado en los alegatos, no fue tratado por el *a quo*. Citó doctrina de la Corte Suprema en torno a que la falta de pronunciamiento respecto a una cuestión oportunamente propuesta y conducente para la solución del pleito destituye el fallo en sus fundamentos e impone su invalidación.

También consideró arbitraria la desestimación de la legítima defensa o un posible exceso, pues según expuso, los argumentos utilizados fueron ilógicos e insuficientes para excluirla, al no haberse razonado cuáles fueron los motivos que llevaron a E. a actuar del modo en que lo hizo, afirmando simplemente que no existió defensa porque el ataque provino de ella.

Además, afirmó que no podía pretenderse que en esa situación tan dramática E. explicara a su vecino y a los policías que había sido agredida por D.; ya que es normal que los victimarios traten de minimizar su accionar, al existir una tendencia a la auto-justificación de los propios actos. En esta misma dirección, agregó que también se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

perdió de vista que ambos actores eran adictos, y que estas circunstancias hacían más plausible la secuencia de hechos brindada por E., que la pretendida por el tribunal.

Expuso que claramente el resultado no fue buscado por su asistida, y que ello se deducía de su afirmación de que estaban jugando, de su posterior pedido de ayuda, de su preocupación y del shock que tenía.

Por otra parte, alegó que el peligro que legitima la defensa es el que se representa el atacado, y que en este punto, siempre resultan importantes los antecedentes del hecho. Así, detalló que previo a la agresión fatal, E. ya había sido agredida por la víctima, que la había tirado al suelo y le había puesto la rodilla en su cabeza, delante de los menores; por lo que en respuesta, lo hirió con el cuchillo en la mano y el abdomen. Y luego, ante la nueva agresión, se defendió con el único medio que tenía a su alcance, reaccionando proporcionalmente, en un momento de nervios y temor, frente al peligro concreto para su integridad física, resaltando que no necesariamente debe haber equivalencia en los medios usados por el agresor y atacado.

Por esto, solicitó que se subsumiera la conducta de su asistida en el 34 inc. 6º, CP, y subsidiariamente, en el 35, CP, agraviándose porque esta última opción ni siquiera fue tratada por el *a quo*.

Subsidiariamente, solicitó la nulidad del fallo por errónea aplicación de la ley sustantiva y la consecuente reducción de pena, al haberse impuesto la agravante por el vínculo, ya que a su entender correspondía calificar la conducta de homicidio simple, 79, CP.

En este sentido, sostuvo que la interpretación dada por el tribunal para concluir que existía una relación de pareja, fue contraria al alcance que le brinda la doctrina que los jueces citaron. Expresó que su verdadera significación implica algo “*más allá de simple afecto*”; deben concurrir sentimientos y algún grado de continuidad en el tiempo, un nexo de amor entre dos personas, que transita por distintas etapas:

enamoramiento, noviazgo y matrimonio; y que claramente, ello no existía entre E. y D.

Asimismo, agregó que los jueces dedujeron el vínculo sentimental de las manifestaciones de la imputada en su indagatoria, respecto de la cual se solicitó la nulidad por afectación al debido proceso, derecho de defensa en juicio y autoincriminación, al habérsela interrogado en exceso sobre su identificación personal. En este orden, alegó que fue arbitrario extraer de sus dichos la relación de pareja, que ello, a lo sumo, debía ser valorado al medir la pena.

Añadió que además, para afirmar la relación de pareja, se valoraron arbitrariamente los testimonios de:

a) D. G., yerno de E., a quien luego lo tildaron de mentiroso y ordenaron su extracción de testimonios. Sostuvo que si consideraban que mentía, debieron haber excluido su declaración al valorar la prueba, por ser inidónea para sustentar una agravante, y que lo contrario, vulneraba el principio de razón suficiente, de la lógica, la psicología y la experiencia.

b) J. V., quien dijo que si bien luego de diciembre de 2012 dejó de convivir con E., mantuvieron su relación frecuentándose cada dos o tres días, que se veían fuera de la casa, y que E. no estaba en pareja con otro. Cuestionó que el tribunal, en lugar de entender que la relación continuó aún después de que terminara la convivencia, considerara que tenía una relación con D. porque la experiencia indica que cuando se sale con una mujer casada o que está en pareja, no se la deja en su casa para evitar encontrarse con su actual pareja. Señaló que eso es una mera conjetura, máxime cuando V. aclaró que no la buscaba en su domicilio porque ella quería mantener la relación al margen para no lastimar los sentimientos de su hija.

c) L. D., hermana de la víctima, que no lo veía desde febrero.

d) A. Ch., que dijo que sólo una vez los vio pasar juntos por la calle.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

e) G. M., ex-pareja de la víctima.

En vinculación con los últimos tres, se agravió por el valor probatorio de los testigos de oídas, ya que todos ellos afirmaron que víctima y victimario tenían una relación de noviazgo, pero admitieron no conocer a E. ni tener un trato cotidiano con D., aclarando, que habían tomado conocimiento de los hechos por el primo de la víctima, H. A. M.

Expuso que el único testimonio que aludió a una relación de noviazgo fue H. A. M., quien había dicho que vivía con ella en su domicilio desde hacía seis meses, lo que fue desvirtuado por los demás testimonios –salvo los de oídas–, que dijeron que la víctima no vivía en ese domicilio. En este sentido, citó el testimonio del encargado del edificio, T. G., y el del sereno, B. G. Además, sostuvo que H. A. M. nunca se refirió a una relación sentimental, sino solo a una relación enfermiza, y que la vio varias veces a E. porque ella iba a un gimnasio cerca, destacando así, la defensa, que ello solo demostraba que se frecuentaban, lo que no fue controvertido.

Especificó que además omitieron lo manifestado por la hija de la acusada, C. G., quien dijo que su madre no mantenía una relación de pareja con D., sino con V., y se descartó su testimonio sobre la base de que intentó mejorar la situación de su madre, sin considerar que declaró bajo juramento de decir verdad. Además, sostuvo que todos los restantes testigos evidenciaron que no existía el vínculo que la ley protege, pues si bien tenían relaciones sexuales, ya que el consumo y el sexo son inseparables, de ello no podía derivarse una relación amorosa.

Subsidiariamente, solicitó la subsunción del hecho en el último párrafo del art. 80, CP –circunstancias extraordinarias de atenuación– y consecuentemente, la imposición de una pena menor. Preciso que aunque ley no dice nada, la jurisprudencia y la doctrina entienden que sus requisitos positivos son: a) necesidad de un acontecimiento, b) que ese hecho sea de carácter extraordinario, que la trascendencia llegue también al victimario, y que tenga poder disminuyente de culpabilidad, c) que el

sujeto actúe subjetivamente y sea la causa determinante de la muerte, d) que la entidad de la causa, por su naturaleza, disminuya la culpabilidad del autor; y negativos: a) que no exista emoción violenta excusable por las circunstancias.

Por ello, entendió que del relato de E. surgían circunstancias objetivas y subjetivas que merecían ser consideradas para disminuir la pena, como la agresión previa de D., que la tiró al suelo para ponerle la rodilla en su cabeza porque no le prestaba plata y la nueva agresión, por la que la tomó de los pelos y la insultó.

Finalmente, y también subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua por colisionar con los arts. 5, CADH, 7, PIDCyP, 75.22, CN, al afectar los principios de legalidad, racionalidad, humanidad y personalidad de la pena, citando a Zaffaroni en este punto, ya que, en el caso concreto, ésta resultaría excesiva.

En función de todo lo expuesto, solicitó que se califique el hecho como homicidio simple, conforme el art. 79, CP; subsidiariamente, que se disminuya la pena impuesta según lo establecido en el art. 80 último párrafo, CP; y finalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la pena perpetua prevista en ese precepto penal.

III) En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó Mariano Patricio Maciel, Defensor Público Oficial de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien sostuvo que al inicio del debate se había articulado un planteo de nulidad por las manifestaciones auto-incriminatorias previas a que se le hiciera saber a E. el hecho imputado en su indagatoria. Y agregó que del recurso de casación emergía la denuncia de nuevas nulidades procesales, relacionadas con la valoración asignada a algunos testimonios brindados durante el debate.

Adelantó que, en virtud del fallo “Catrilaf” de la Corte Suprema, introduciría nuevos agravios, destacando que el recurso de casación se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

compone de dos momentos: la vía interpuesta ante el tribunal de origen y la oportunidad de ampliar fundamentos en término de oficina.

En primer término, solicitó la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación, considerando que debía absolverse a E. por aplicación del *in dubio pro reo*, al haber sido valorada arbitrariamente la prueba.

En torno a la reconstrucción del hecho, reiteró, conforme lo hizo su colega de la anterior instancia, que se llegó a una conclusión distinta de la debida, en función de lo expuesto por el forense que realizó la autopsia, y que tampoco se había dado respuesta a cómo aconteció la muerte de la víctima.

En este sentido, refirió que si bien el galeno concluyó que se había agredido a la víctima en un único momento, fue llamativa su cara de sorpresa en el debate, que se siguió de un prolongado silencio, cuando fue interrogado acerca de las lesiones que estaban documentadas en las fotografías, que demostraban la existencia de apósitos colocados previamente en dos de las heridas existentes, y que habían sido consideradas como producto del supuesto único momento de ataque. Destacó que al preguntársele acerca de la posibilidad de que el ataque letal hubiera acontecido fuera del ascensor, a diferencia de lo que venía sosteniendo, manifestó que era "*factible*".

Se agravió también porque no se valoró la declaración de O., ya que si las restantes heridas estaban curadas, no se explicaba el camino de sangre al que aquél aludió en su testimonio.

Asimismo, sostuvo que se valoró erróneamente que la víctima tenía cabellos de la imputada en su mano, y las circunstancias que acreditaban una legítima defensa o en su caso, un exceso en aquella.

Por ello, consideró que en función de la arbitrariedad de la sentencia cuestionada, por la desacertada valoración de las pruebas ofrecidas durante el debate, ella resultaba nula y debía absolverse a su defendida. Agregó que el fallo tampoco se construyó sobre la presunción de inocencia, al no haber existido certeza para condenar.

En otro orden de ideas, alegó que el encuadramiento legal del hecho en “*relación de pareja*” se fundó en una valoración parcializada de los testimonios brindados durante el debate, y que, incluso ponderando sólo los testimonios tenidos en cuenta por el tribunal, no podía concluirse del modo en que se hizo.

Agregó que en relación a M., que fue quien dijo que D. estaba viviendo con E., en la sentencia se dejó sentado que “*el dicente nunca fue al departamento de G.*”, por lo que también era un testigo de oídas.

Sostuvo que si no se aplicaba la duda para afirmar que en el caso no existió una relación de pareja, correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 80.1, CP, por su afectación al principio de legalidad, en virtud de la incertidumbre que genera el concepto.

Por todo lo expuesto, solicitó que se absuelva a su asistida, o se encuadre su situación en una legítima defensa o, en su caso, en un exceso en la legítima defensa. Subsidiariamente, que no se aplique el art. 80.1, CP, por inconstitucional, debiendo condenarse por homicidio simple, conforme el art. 79, CP. Y subsidiariamente, instó la inaplicabilidad de la pena de prisión perpetua por resultar inconstitucional, estimando que debía aplicarse en el caso el mínimo penal del delito de homicidio simple.

IV) El 13 de mayo de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el defensor oficial Mariano Maciel, junto con su asistida, D. E., de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 709.

El defensor sostuvo el recurso interpuesto y planteó la nulidad de la indagatoria prestada en instrucción. Asimismo, remarcó la arbitrariedad del tribunal *a quo*, en tanto no prestó atención a los planteos del defensor Parodi.

En concreto, se agravió de la valoración de la declaración del médico forense, reiterando que las lesiones –incluso la mortal– se habían producido todas en el mismo ámbito. En esta dirección, solicitó la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

aplicación del principio *in dubio pro reo* para establecer dónde fue lesionado D., pues la sentencia había incurrido en un dogmatismo puro.

Agregó que los jueces no contestaron el planteo referido al encuadramiento del caso en una legítima defensa, supletoriamente en un exceso o, en último término, en circunstancias extraordinarias de atenuación.

En cuanto a la relación de pareja atribuida a E. con D., señaló que la valoración de los testimonios había sido errada, y, tras analizar las declaraciones de M. y Ch., refirió que los testigos de oídas no son prueba. Asimismo, examinó los testigos de cargo y los dichos de D. G. y J. V.

En sentido contrario a lo resuelto por el tribunal, alegó que entre la imputada y D. sólo existía un vínculo enfermizo, que duró nueve meses, pero que, para afirmar la existencia de una relación de pareja debía exigirse otros requisitos, como por ejemplo, un carácter amoroso, lo que en el caso no se daba.

Luego hizo mención de los antecedentes legislativos del homicidio agravado impuesto y de la interpretación que le ha dado la doctrina, señalando, incluso, el Anteproyecto de Código Penal de 2014.

Por último, solicitó que, en caso de rechazarse todos los planteos efectuados, se declarara la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, haciendo reserva del caso federal.

Antes de concluir la audiencia, el tribunal interrogó a D. E. en los términos del art. 41, CP.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 468, CPPN, los jueces decidieron emitir sus votos en forma conjunta.

CONSIDERANDO:

1. La motivación de los hechos en la sentencia

Antes de que ingresemos al tratamiento de los agravios planteados por la defensa, conviene que fijemos las pautas que rigen la motivación de los hechos y su control mediante el recurso de casación.

Uno de los problemas clásicos que enfrenta la decisión judicial es la cuestión de los hechos (*quaestio facti*), para cuya determinación el juzgador depende de las pruebas; de allí que este problema haya sido ubicado en el derecho de prueba¹. Durante mucho tiempo se la consideró una cuestión incontrovertible, pues “*los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados*” y, por esta razón, su tarea de reconstrucción se apoyó en ritos y procedimientos cuasi-litúrgicos, como si el juicio de la experiencia no necesitara de mayores justificaciones. Sin embargo, hoy debe adquirir un papel central. En palabras de Perfecto Andrés Ibañez: “*...es...el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario...*”².

Este aspecto de la sentencia cayó en el olvido, pues la tradición jurídica centró sus preocupaciones en la interpretación de las normas y dejó de lado las cuestiones de hecho. Nuevamente recurrimos al auxilio de Perfecto Andrés Ibañez: “*...mientras la amplia reflexión suscitada a lo largo de los años a propósito del tratamiento de la quaestio iuris ha ido poniendo a disposición de los operadores del derecho con sensibilidad crítica un amplio abanico de recursos teóricos y, sobre todo, creando en ellos conciencia de determinadas dificultades, el tratamiento de la quaestio facti aparece objetivamente confiado a la intuición, a la apreciación ingenua del aplicador de aquél, para quien, sintomáticamente, no se prevé ninguna formación específica al respecto...*”³. Como dijimos, esta posición pasa por alto que el juicio de hecho es tanto o más problemático que el juicio de derecho y que allí la discrecionalidad del juez de mérito es aún mayor que en la interpretación de las normas. En este ámbito el ejercicio del

¹ Cfr. KOCH, Hans – Joachim /RÜBMAN, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Múnich, 1982, p. 272.

² Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa 12 (1992), p. 261; también publicado en *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, ps. 177 – 217.

³ Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, Doxa 15-16 (1994), ps. 867-868 citado por IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999. p. 33, nota 52.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

poder judicial es más amplio y soberano y por lo tanto puede ser más arbitrario⁴.

Tanto la fundamentación de los hechos como su control posterior exigen su inclusión dentro de una concepción epistemológica del proceso penal. En muchas ocasiones, la epistemología dominante ejerce una fuerte influencia sobre los modelos de la ciencia del derecho. El ejemplo más claro es la Ilustración, que buscó el desarrollo de todas las áreas del conocimiento bajo un sello unitario que puede resumirse en la idea del *“imperio de los hechos”*. Por eso, ya no fueron objeto del Derecho ni las meras opiniones ni los rasgos del carácter, sino principalmente los hechos externos susceptibles de observación y que produjeran un mal tangible a la sociedad. Ésta es una de las principales herencias iluministas que reconoce el garantismo penal de nuestros días: *“el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas”*⁵.

En general, el conocimiento de los hechos enfrenta los límites derivados de la imposibilidad de establecer un criterio con certeza absoluta, esto es, el denominado problema de la inducción. Superarlo, es decir, cómo conocer los hechos que no pueden ser observados, ya sea porque pertenecen al pasado o al futuro, significa asumir esos límites. No se trata entonces de desconfiar absolutamente de nuestras experiencias, pero sí de estar prevenidos frente a la tendencia de atribuirles un carácter infalible⁶.

De acuerdo con un modelo *“cognoscitivista”*, los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en el caso contrario. En palabras de Marina Gascón Abellán *“...la*

⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 196; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, op. cit., p. 261; también PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 56, nota 127; CAFFERATA NORES, José I., *In dubio pro reo y recurso de casación contra la sentencia condenatoria*, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 23.12.1999, p. 5.

⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 34; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 30.

⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 27.

fijación judicial de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye 'existencia independiente'. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la correspondencia y el principal criterio de verdad es la contrastación empírica... ”⁷.

Si partimos de la división tradicional entre verdad objetiva o material y verdad procesal o formal, consideramos que entre ambas existe una relación en donde la primera constituye un ideal de la segunda, lo cual nos permite resaltar las limitaciones del conocimiento humano, pues aunque sólo la prueba (o verdad procesal) es jurídicamente relevante, no es infalible y puede ser incluso distinta a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las limitaciones propias de un proceso penal rodeado de todas las garantías. En este aspecto, la decisión del tribunal “...es final, en el sentido de que pone fin a la controversia y a la posibilidad de discutir la verdad del enunciado dentro del proceso. (¡Pero poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado!)...”⁸.

Se han planteado varios modelos para la determinación de los hechos, entre los que habitualmente predominan los denominados *deductivista* e *inductivista*. No obstante, es imposible establecer un criterio tajante, “puro”, pues el decisor debe recurrir a diferentes tipos de inferencia para probar los hechos.

Según Mendonca, “...con frecuencia comenzamos con el razonamiento inductivo, usamos las conclusiones inductivas como premisas de razonamientos deductivos, y así sucesivamente. El producto final es, comúnmente, una mezcla de elementos deductivos e inductivos estrechamente ligados. En las controversias jurídicas, por cierto, la solidez de este producto es lo que determina el éxito o el fracaso...”⁹. Maier expresa que el camino seguido por el intelecto en la reconstrucción

⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit. ps. 47-52; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit. p. 540.

⁸ Cfr. C. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 311; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit. ps. 40-41.

⁹ Cfr. MENDONCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 189-195; la cita transcrita corresponde a esta última página.

del material fáctico y normativo utilizado en una decisión judicial es complejo. Como un historiador, quien opera en el procedimiento judicial recurre de manera múltiple a los hechos y al derecho, tal como si recorriera un camino sinuoso cuya meta no se alcanza sin idas y venidas desde los conceptos hacia las realidades y viceversa¹⁰. El propio historiador selecciona los hechos, del mismo modo que el juez ve la figura penal del hurto y luego busca los datos de la realidad que le interesan para ese fin¹¹, de los que excluye, por ejemplo, el color de la cosa hurtada o su tamaño. A su vez, las idas y venidas están condicionadas por el caso a resolver¹². Comúnmente, el razonamiento primario en materia probatoria es inductivo: como en muchos ámbitos del conocimiento se identifica el problema, se proponen hipótesis preliminares, se recogen datos, se formula una hipótesis explicativa, se prueban las consecuencias de esa hipótesis y luego los resultados se aplican en la práctica¹³.

2. El control de la motivación de los hechos

Controlar las decisiones del juez significa fiscalizar la *motivación de los hechos en la sentencia y otorgarle un lugar preponderante a su explicación*, uno de los aspectos olvidados de las decisiones judiciales, según ya hemos dicho.

Más allá de la simplificación que toda reducción supone, afirmamos que la decisión judicial abarca fundamentalmente dos

¹⁰ En el mismo sentido, ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzanwendung* [Estudios lógicos sobre la aplicación de la ley], Heidelberg, 1943, p. 50. Alejandro Nieto, por su parte, señala que la indagación de los hechos y la búsqueda de la norma son operaciones simultáneas; cfr. autor citado, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 86.

¹¹ Esto también lo destaca Volk quien señala que la verdad que se busca es la que corresponde al tipo penal; cfr. VOLK, Klaus, *Verdades diversas*, en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 94-95; en el mismo sentido ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, op. cit., p. 273.

¹² Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 848.

¹³ Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, op. cit. p. 283.

aspectos: la interpretación de la ley (cuestión jurídica) y la motivación de los hechos¹⁴.

En cuanto al primer aspecto, la mayoría de las corrientes jurídicas contemporáneas destacan la imposibilidad de una jurisprudencia mecánica o logicista. En cierta forma, se ha superado el paradigma de la Ilustración, según el cual el juez sólo se limita a expresar lo que la ley establece¹⁵.

Por su parte, la motivación de los hechos cumple dos funciones: una extra-procesal o político-jurídica y otra endo-procesal o técnico-jurídica o burocrática. En cuanto a la primera, la motivación como explicación de la racionalidad de la decisión constituye una garantía de publicidad conectada con la exigencia de un control democrático y de responsabilidad externa de la función judicial¹⁶. La segunda función conforma un complemento de la primera: facilita el control interno de las decisiones judiciales, garantiza que la exigencia de actuación racional del poder se haga efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones. En este contexto adquieren importancia los recursos, dado que, en tanto expresión de las razones que pretenden justificar la decisión, la motivación les permite a los órganos de control conocer más clara y detalladamente el caso a resolver. Con respecto a la parte vencida (y particularmente en el caso del condenado), facilita la eventual impugnación de la condena¹⁷.

¹⁴ IGARTÚA SALAVERRÍA identifica cinco decisiones en la aplicación judicial del derecho: *decisión de validez*, que se refiere a la legalidad de la norma aplicable al caso; *decisión de interpretación*, que gira en torno al significado de la disposición legal aplicable al caso; *decisión de evidencia*, que versa sobre los hechos que se tienen por probados; *decisión de subsunción*, que resuelve si los hechos probados entran o no en los supuestos que la norma legal contempla; y *decisión de consecuencias*, que determina lo que debe seguir a los hechos probados y calificados legalmente; cfr. autor cit., *Teoría analítica del derecho (La interpretación de la ley)*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, ps. 14-15.

¹⁵ Esto abarca, incluso, posiciones antagónicas; ejemplos de lo expuesto son *Kelsen* (“la jurisdicción tiene un carácter netamente constitutivo”), *Ross* (“la administración de justicia no se reduce a una derivación lógica a partir de normas positivas”) o *Kantorowicz* (la interpretación no se inspira en la ley y en la lógica, sino en el Derecho libre y la voluntad”); cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit. ps. 190-191, notas 4, 5 y 6.

¹⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit. p. 200; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 623.

¹⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit., ps. 201-202.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

En síntesis, entendemos que la motivación de la sentencia (y de los hechos en particular) es una *obligación* del juez de mérito y el punto de partida para que el condenado pueda ejercer su derecho de recurrir la condena.

En este sentido, el principio de inmediación no puede entenderse como un obstáculo absoluto e insalvable que impide toda revisión de las pruebas y de los hechos fijados en la sentencia. Si se lo entiende de esa manera infranqueable, la consecuencia será ampliar injustificadamente el área de lo que escapa a una justificación intersubjetiva y, por ende, al control de cualquier tribunal que no haya presenciado de modo directo la producción de las pruebas¹⁸.

En este aspecto, el principio de la libre valoración de la prueba (“*sana crítica racional*”) carece de sentido si no se lo conecta con la exigencia de motivación y control; de lo contrario, no sería “sana crítica” sino “*intima convicción*”.

En el mismo orden de ideas, son claras la doctrina y la jurisprudencia alemanas: “...*ciertamente no puede prescribirse al juez de mérito bajo qué condiciones debe llegar a una determinada conclusión y a determinado convencimiento. La certeza personal del juez de mérito es el resultado de un examen para el que no hay ningún reglamento. Sin embargo, el juez debe explicar todos los puntos de vista esenciales de la sentencia, adecuados para influir sobre los resultados de la prueba...*”¹⁹. Peters sostiene que no basta con que el juez considere algo como cierto, sino que también la generalidad debe poder considerarlo así²⁰.

Adoptar una doctrina “restrictiva” (por llamarla de alguna forma), derivada del principio de inmediación, implica confundir las

¹⁸ Cfr. IGARTÚA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit. por GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 197, nota 37.

¹⁹ Cfr. PFEIFFER, Gerd, *Aus der (vom BGH nichtveröffentlichten) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zum Verfahrensrecht –1980 §§ 1 bis 473 StPO*, NStZ 1982, ps. 188-191; la cita corresponde a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal alemán el 30.1.1980, 2. StR 758/79, p. 190 del artículo citado.

²⁰ Cfr. PETERS, Karl, *Gutachten C für den 52. Juristentag*, [Dictamen C presentado en el 52. Congreso de Juristas], C.H. Beck, Múnich, 1978, p. 49.

diferencias entre descubrimiento y justificación. Esto conlleva el peligro de tergiversar el principio de la inmediación, ideado con fines garantistas, y utilizarlo para evitar el trabajo de la motivación y su control, cuando en realidad no dispensa de ninguna de las dos tareas. Si el proceso moderno introdujo la oralidad y la inmediación, lo hizo con el fin de proporcionar más información que la deducible de documentos escritos. Es indudable que el juez de mérito experimenta a lo largo de la audiencia oral una serie de impresiones e incluso de emociones. La cuestión central es qué conclusiones infiere de ellos y cómo las justifica, dado que “...la única manera de domesticar la indómita subjetividad pasa por someterla a la disciplina de la intersubjetividad; es decir, confrontar para compartir: los datos de partida, los criterios lógico-empíricos intermedios y los resultados finales...”²¹.

De todos modos, el principio de inmediación no rige para las inferencias lógicas, ni para las pruebas documentales, ni para las realizadas sin la presencia física del juez: en estos casos no existe ninguna razón para dar preferencia a las valoraciones del juez de mérito sobre las del juez de casación o el que revisa la sentencia. Por otro lado, siempre se ha entendido que la soberanía valorativa del juez de mérito está limitada por el error²².

En definitiva, el principio de inmediación no puede transformarse en una valla inexpugnable para el control de los hechos y las pruebas. Es innegable que el juez de mérito percibe determinadas situaciones en el juicio oral, pero eso no lo exime de explicar sus sensaciones y mostrar los pasos que lo llevaron a sus conclusiones. Todo este *iter* es perfectamente controlable, pues no requiere ninguna “percepción” especial del tribunal que entienda en el recurso.

3. Sentados estos criterios generales, analizaremos a continuación los planteos efectuados contra la sentencia de condena.

²¹Cfr. IGARTÚA SALAVERRÍA, *El caso Marey*, op. cit., ps. 140-142.

²²Cfr. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, op. cit., ps. 385-387.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

Los agravios de la defensa pueden agruparse de la siguiente forma:

a) los dirigidos a censurar la falta de motivación y errónea valoración de la prueba, referidos a la existencia de una legítima defensa o un exceso de ésta por parte de E.;

b) la errónea aplicación de la ley sustantiva en torno a la aplicación del concepto de pareja (y subsidiariamente, durante el término de oficina, la inconstitucionalidad de esa agravante por infracción al principio de legalidad);

c) en forma subsidiaria, la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación;

d) si fracasan todos los anteriores, la inconstitucionalidad de la prisión perpetua.

Los analizaremos separadamente.

4. El tribunal *a quo* consideró, correctamente, que los siguientes hechos no estaban discutidos por las partes:

a) D. falleció como consecuencia de las heridas que con un cuchillo le produjo D. E.

b) La imputada tenía una personalidad violenta, con múltiples actitudes agresivas.

c) El desenlace fatal se inició en G. XXXX, piso XX, “G” de esta ciudad, y concluyó en la puerta de ese domicilio.

En este aspecto, la discusión planteada entre el recurrente y la sentencia gira en torno al valor de la declaración prestada por E.: para el tribunal ella brindó una versión de los hechos “...*sólo para mejorar su situación procesal...*” mientras que para la defensa, dijo la verdad acerca de lo ocurrido porque era la única que podía hacerlo.

Bien analizado, los planteos de la defensa no se dirigen a demostrar que efectivamente existió un ataque previo de D., sino que, acreditado que las heridas fueron producidas dentro del departamento *eso hacía más creíble el relato de E.* y por lo tanto, existía una legítima

defensa. Vemos así que la sentencia y la defensa discuten, en realidad, la veracidad de aquella declaración.

5. Analicemos entonces qué valoró el tribunal para no dar crédito a E. (fs. 624 vta. y sigs.):

a. D. registraba las típicas heridas de defensa, de acuerdo con lo dicho por el perito médico Konopka.

b. E. fue revisada por los médicos y se constató que no presentaba ninguna lesión. El informe médico legal fue realizado el 26 de julio de 2013 (el homicidio ocurrió el 25 de julio, aproximadamente a las 20.45 horas.).

c. Los peritajes sobre las muestras de sangre y orina de E. determinaron que no había rastros de alcohol etílico o metílico.

d. Los cabellos de E. encontrados en la mano de la víctima no alcanzaban para desvirtuar este razonamiento y afirmar que el occiso había atacado primero a la imputada, porque D. era un hombre tranquilo *“...y que su altura y tamaño le hubiera permitido con un golpe de puño en el rostro reducir a esta mujer. En cambio lo que hizo este hombre ha sido tratar de protegerse, que como se dijo coincide con el carácter pacífico de este hombre...”*

e. Reforzando este último argumento, el tribunal de mérito señaló que no había razón por la cual E. no tuviera ni la más mínima lesión, *“...ni ningún signo en esta pelea tan desigual...”*. D. trató de parar la agresión y en ningún momento intentó lesionar a su atacante. *“...Obsérvese que si realmente la hubiera querido atacar y si los hechos hubieran ocurrido como ella dice, le hubiera bastado teniéndola de los cabellos, darle un golpe en el rostro para desarticularla totalmente...”* (fs. 625).

f. D. fue atacado en dos momentos: uno, donde no fue lesionado en el cuello; otro, en el cual fue herido en esa zona.

g. *“La intención de esta mujer era matar a D.”* (fs. 631).

h. Según el testigo L., cuando E. descendió por el ascensor del edificio, sólo pedía ayuda. En ningún momento dijo que había sido agredida por D.; por el contrario, afirmó que habían estado jugando y

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

que se trataba de un accidente (según las declaraciones en instrucción de L. y M.).

i. Después de haber estado en la calle, E. abandonó al occiso, retornó al departamento y trató “...de una manera absolutamente ineficaz de lavar las manchas de sangre del pasillo y... · tiró “...las ropas ensangrentadas producto de los primeros cortes por ella producidos... · De la misma forma, lavó algunas prendas, cuchillos y trapos (fs. 632).

j. No se encontró el cuchillo con el que se produjeron las heridas a D. pues la propia E. lo lavó.

k. E. tenía un carácter violento, probado por los dichos de la hermana de la víctima, L. D. Tras transcribir sus manifestaciones, el *a quo* afirmó: “...Por eso considero que la inmediación existente entre el tribunal y los testigos, permite a éste observar las reacciones de los mismos en sus respuestas, ante las distintas preguntas, nerviosismo, firmeza, seguridad, duda, turbación, etc., dándole al Tribunal datos suficientes para otorgar o no credibilidad al testigo. No se advierte en esta testigo pese haber sufrido la pérdida de su hermano, ninguna intención especial de querer perjudicar a la inculpa alternando los hechos por ella conocidos con un propósito de rencor o venganza, por el contrario que la misma ha sido veraz en sus reflejos en las circunstancias”. A esta declaración se sumaban los dichos de dos primos del fallecido. El último de ellos, impresionaba por su autenticidad, “...no advirtiéndose un afán revanchista o de rencor contra la imputada...” (fs. 635). Del mismo se contaban a la ex pareja de D., una vecina, el sereno del edificio y el yerno de la imputada. Éste último relató que E. “...le había fracturado el tabique de la nariz a D. y que se jactaba frente a éste de haberlo hecho...” (fs. 635/636 vta.). “...Esto que se analiza debe ser calificado como terrible porque que una mujer, deliberadamente le haya fracturado la nariz a su pareja y se ufane de haberlo hecho frente a la propia víctima demuestra, sin ser necesario ser especialista en psiquiatría, que su personalidad es sumamente peligrosa y que coincide con los hechos que se le imputan a la misma. Por ello, todo esto es una importantísima prueba de cargo que permite reconstruir los hechos sometidos a juzgamiento...” (fs. 636 vta.). Luego, la sentencia se detuvo a analizar el testimonio de D. G., yerno de

la imputada, para establecer el carácter violento de E. Lo mismo hizo con respecto a la hija de la imputada (fs. 638).

6. Por su parte, el recurrente sostuvo:

a. E. confirmó que las tres heridas constatadas fueron producto de su ataque a D.

b. Si no fuera por la declaración de E., en la que explicó que la agresión se produjo en dos momentos distintos, “...resultaría absolutamente imposible arribar a la certeza de cómo realmente ocurrieron...” (fs. 652 vta.).

c. Resaltó las versiones distintas del fiscal general y del médico forense Konopka sobre el lugar dónde habría ocurrido la lesión fatal.

d. Gracias a la explicación de E., encuentra explicación lógica el camino de sangre encontrado entre su domicilio y el ascensor.

e. Todas las heridas fueron producidas en el interior del departamento, incluso la mortal, porque las dos primeras ya habían sido curadas.

f. Destacó el testimonio de O. (de fs. 619 vta./620 vta.) y en cuanto a los cabellos de la imputada hallado en la mano de la víctima, consideró arbitrario que a partir de ellos se descartara en base a la personalidad de ambos, que el hecho sucediera tal como lo narró E.

7. Pese a sus esfuerzos, la defensa no logra demostrar cómo puede afirmarse, incluso aceptando que la herida mortal fue causada dentro del departamento de la calle G., que existió un ataque previo de D. que motivara una reacción legítima por parte de E. En este aspecto, el recurrente sólo tímidamente trata de rebatir el argumento del *a quo* de que si existió una pelea de la entidad que relató la imputada, ella debió presentar alguna marca, hematoma, esguince o torcedura de un dedo (cfr. punto 5, b y fs. 629 de la sentencia). Al respecto, el recurrente sólo señaló que una lesión de ese tipo únicamente podía ser detectada con un examen pormenorizado (fs. 653 vta.), pero no aportó ningún elemento concreto que permitiera dudar de la inspección médica.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

Según el relato de E., D. estaba “re sacado” (sic) la tiró al piso, la agarró de los pelos y le puso la rodilla en su cabeza; la imputada reaccionó “...agarró un cuchillo y lo apuñaló dos veces, una en la mano y otra en el abdomen...”. Si se tienen en cuenta las diferencias físicas entre ambos marcadas por la sentencia y no discutidas, la violencia del ataque narrado por la imputada, es acertado concluir que si efectivamente hubiera existido, necesariamente E. debió presentar alguna lesión (cfr. fs. 628 de la sentencia, donde se transcribe la declaración indagatoria de la imputada). Por lo demás, la alusión del recurrente a la necesidad de un “examen pormenorizado” plantea una exigencia sin ningún sustento fáctico en la causa.

Asimismo, el impugnante tampoco rebate el argumento del tribunal en cuanto a que D. sufrió además de las tres lesiones más importantes (dos en el cuello y otra en el abdomen), varias heridas accesorias descritas en el nivel de las manos que hablan de una actividad defensiva *pero de parte de la víctima*. En este aspecto, el hallazgo de pelos en la mano de D. coincide también con este razonamiento: el descubrimiento obedece a que el occiso fue quien se defendió y no a la inversa.

Por lo demás, el tribunal de mérito tomó en cuenta otros elementos que o bien no han sido rebatidos por la defensa o directamente no han sido cuestionados.

En el primer grupo se encuentran las expresiones de E. luego de producidas las heridas a D. y en el momento que solicitaba auxilio para él; la defensa no cuestiona la forma de acreditarlas, sino el sentido que les otorgó el tribunal, en tanto para el *a quo* era ilógico afirmar que las lesiones eran producto de un juego. Este argumento, si bien por sí mismo no es definitorio, unido con los otros indicios colectados, cobra relevancia y el razonamiento del tribunal en el punto no resulta arbitrario. En este sentido, es irrazonable afirmar que es un juego manipular un cuchillo, delante de niños y dirigirlo a zonas vitales, cuando

ningún obstáculo se le presentaba a E. para contar que había sido víctima de un ataque y se había defendido.

Pero además, esta explicación cobra un sentido incriminatorio si se lo vincula con el otro indicio ponderado por el *a quo* y que la defensa en ningún momento cuestionó en el recurso: la actitud posterior de E., en tanto regresó al inmueble, se desprendió de la ropa ensangrentada, lavó el departamento y todos los cuchillos al extremo que no pudo identificarse cuál había sido utilizado en la agresión (punto 5, i, j).

En cuanto a la queja de la defensa, con respecto a que el *a quo* no consideró ni la legítima defensa ni el exceso en ella, lo que ocurre es que el tribunal de mérito razonó de modo inverso al propuesto por la defensa. Al mismo tiempo que afirmó el ataque de E., descartó cualquier posibilidad de que ella se defendiera. Así, la sentencia dice expresamente: “...La defensa entre sus argumentos ha hablado de legítima defensa, de exceso en la legítima defensa o de circunstancias extraordinarias de atenuación. Conforme la evaluación precedente de toda la prueba considerada no ha existido defensa por parte de la procesada, toda vez que el ataque ha provenido de la misma. Consecuentemente, también debe descartarse el exceso de la legítima defensa por las razones antedichas...”. Entonces, resulta evidente que el tribunal de mérito no fue arbitrario sino que al descartar la existencia de un ataque previo de D., correctamente entendió que necesariamente desechaba una posible legítima defensa o un exceso en ésta.

En definitiva, si bien en algunos pasajes de la sentencia, los jueces recurren a frases altisonantes, el razonamiento y la conclusión arribada en cuanto a que D. fue atacado por E. sin ninguna razón que la justificara se derivan del análisis de la prueba que realizó el *a quo*. Por lo demás, no resulta necesario reconstruir con detalle la forma en que E. mató a D. Frente a las heridas que recibió la víctima, la falta de lesiones de E., su actitud inmediata posterior al hecho, no hay ningún planteo plausible ofrecido por la defensa que demuestre el error de la hipótesis sostenida por el tribunal de mérito.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

Corresponde entonces rechazar los agravios planteados por la defensa en este punto.

8. Corresponde analizar a continuación el agravio referido a la aplicación el concepto de pareja en el caso.

De manera general, el tribunal de mérito comete un error de razonamiento. Trató de buscar en los testigos la expresión de la palabra “pareja” para tener por acreditada su existencia.

En realidad, el razonamiento debió ser inverso. En primer lugar, correspondía establecer qué clase de relación existía entre E. y D. para luego establecer si ella se subsumía en el concepto de “pareja”. En este sentido, remarcamos que la sentencia en ningún momento establece qué denota ese término, tarea que ineludiblemente debió realizar, pues se trataba de un elemento normativo.

Para considerar que entre E. y D. existía una relación de pareja, el tribunal *a quo* consideró los elementos que a continuación se enumeran.

a. La declaración indagatoria prestada ante la jueza de instrucción, donde al ser preguntada sobre sus condiciones personales, E. “...*en presencia del defensor oficial sostuvo espontáneamente: ‘...que alquila, y vive con su hija, C., con D. G. – pareja de C. – y sus dos nietos, de 3 meses y 2 años de edad, **así como también, E. D., a quien lo ayudaba y compartían el mismo domicilio hace unos nueve meses atrás.** Agregó que D. tenía su propio departamento pero no se lo entregaban. **Aclaró que tenía una situación sentimental con quien en vida fuera E. D. desde hacía nueve meses.** Dijo que desde el mes de febrero del año 2012 vive en el domicilio indicado...*” (fs. 635, el destacado es del original).

b. Incluso, si no se tomaba en cuenta la declaración transcrita, cuestionada por la defensa, según el tribunal de mérito podía arribarse a la misma conclusión si se consideraban los dichos de la madre de E., N. V.: “*Con H. salía todo el tiempo y consumían todo el tiempo...los veía que*

salían los fines de semana en muy mal estado...” (fs. 635, el destacado es del original).

c. El testimonio de D. G., yerno de E.

Al respecto, el tribunal hizo varias consideraciones.

En primer lugar, recordó que había ordenado investigar el presunto falso testimonio en que habría incurrido durante la audiencia de debate. Luego, afirmó: *“Debe tenerse en cuenta que las ventajas de la inmediación permiten evaluar a los testigos en su plenitud no sólo a través de lo que dicen sino también de la manera en que se expresan teniendo en cuenta la impresión que causa su declaración...”*. Trascartón, se dijo *“...que para que la prueba testimonial pueda tener fuerza legal y convictiva conforme las reglas de la sana crítica, debe ser veraz, sincera, objetiva, imparcial, concluyente y concordante...”* (fs. 639 vta.). Además: *“La apreciación probatoria de la declaración de los testigos está librada a la sabiduría, experiencia y buen sentido crítico de los jueces quienes no tenemos otra finalidad que averiguar la verdad real de los sucesos y valorarla a la luz del derecho positivo...”* (fs. 640). A continuación, se valora el testimonio: *“...De este testigo surge notoriamente que **ha sido instigado para que viniera a mentir ante el Tribunal únicamente sobre el tema referido a que su suegra mantenía una relación de pareja con el occiso.**”* Se recordó que durante el debate se le había leído toda la declaración prestada en instrucción, y que G. ratificó en su totalidad, con excepción de la frase referida a la relación sentimental que mantenían D. y E., aunque había admitido que ambos mantenían relaciones sexuales y que a veces iban a un hotel cercano para tener mayor intimidad.

Tras estas consideraciones, la sentencia transcribe lo sucedido en el debate, donde G. ratificó su declaración en instrucción, previa lectura por parte del mismo tribunal, salvo en el aspecto referido al vínculo entre D. y E. Al respecto, el testigo había afirmado: *“Que lo que dijo ante el juez de instrucción fue mentira”*. Luego, el tribunal *a quo* indicó que lo sucedido era comprensible desde un punto de vista humano: ocurridos los hechos, G. declaró la verdad ante la jueza de instrucción; llegado el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

debate alguien lo anotició que su suegra recibiría la pena más severa si el occiso era considerado su pareja. *“Entonces, alguien lo instruye y le pide que suprima esa frase cuando declara ante el Tribunal. Así se ve que cuando declara ante este órgano jurisdiccional concurre temeroso, de alguna manera intranquilo, lo que se advierte perfectamente y en resumen ratifica toda su declaración prestada en instrucción sosteniendo que **todo es verdad, menos esa frase que indudablemente aportó el mismo ante la instrucción.**”* (cfr. fs. 641; el destacado es del original).

El tribunal de mérito consideró que G. se encontraba ante una disyuntiva terrible: no mentir y poder ser responsabilizado por su propia esposa de que su madre sufrió una pena severísima por su declaración. *“Esto no es banal pues, como se dijo, desde el punto de vista humano, este sujeto se encuentra en una terrible opción, a través del conocimiento de lo que significa su testimonio. Tiene dos opciones, una mantenerse en la verdad de sus dichos y sufrir las consecuencias familiares o desdecirse tratando de ayudar a la madre de su esposa, logrando de esa manera la armonía familiar. Esto indica la experiencia, la vida es así.”* En definitiva, para el tribunal de mérito, G. optó por preservar la unidad familiar y ante esta situación, el *a quo* se consideró libre para conceder mayor o menor fiabilidad a la declaración prestada en instrucción o a los dichos en el debate.

d. Estaba claro que D. E. y D. tenían una relación sentimental y que se frecuentaban hace meses (subinspector L., L. D., M., M. y G.; cfr. fs. 641 vta.).

e. En el debate, E. dijo que sólo mantenía relaciones sexuales con D. y cuando el fiscal general le preguntó por qué había declarado en instrucción que eran pareja no pudo explicar las razones, pues en aquel momento no estaba en condiciones de decir nada (fs. 642).

Luego, en la misma foja, el tribunal *a quo* volvió a referirse al testigo G. y transcribió sus manifestaciones, donde aclaraba los motivos por los cuales había dicho en instrucción que E. y D. eran pareja (fs. 642). Tras ello, los jueces de mérito reiteran: *“Como se sostuvo el testigo ha*

venido a mentir durante la audiencia de debate, por los motivos antes expuestos. Al sostener que era mentira lo que ha dicho ante la justicia de instrucción queda en evidencia su propósito desincriminante, pues no existe ninguna razón lógica que permita justificar que haya ido a mentir durante la etapa instructoria, exclusivamente sobre este aspecto introduciendo un elemento falso. En cambio, la experiencia indica claramente que **lo declarado durante el debate fue una mentira y lo hizo para ayudar a la abuela de sus hijos...**” (fs. 642 / 642 vta.).

f. Por último, el tribunal valoró los dichos de V., ex pareja de la imputada. Concluyó que como la buscaba o llevaba a su domicilio podía tenerse por acreditada la relación de pareja que mantenía E. con D. En palabras del *a quo*: “...Se dice así porque la **experiencia indica que cuando un hombre sale con una mujer casada o en relación de pareja que para el caso es lo mismo, no la debe ir a buscar a su casa y tampoco debe dejarla en su domicilio, por cuanto existe la posibilidad de encontrarse con su actual pareja. Esto es lo que se trasluce de su propia declaración porque no se entiende cuál puede ser el motivo de no ir a buscar o dejarla en su propio domicilio...**” (cfr. fs. 643, el destacado es del original).

9. La defensa se agravió de este análisis del tribunal de mérito de la siguiente forma:

a. Se había planteado la nulidad de las manifestaciones de la imputada en su declaración indagatoria prestada en instrucción, porque afectaba el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y la autoincriminación.

b. Si se lo consideraba mentiroso, debió excluirse el testimonio de D. G.

c. Cuestionó el análisis realizado con respecto a la declaración de J. V.

d. L. D. no veía a su hermano desde hacía meses.

e. A. Ch. sólo los vio una vez por la calle.

f. G. M., al igual que las dos testigos anteriores, era de oídas, pues habían conocido de la relación a través de H. M., cuyo testimonio a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

su vez estaba contradicho por el encargado del edificio, T. G. y el sereno, B. G.

g. Se había dejado de lado el testimonio de C. G., hija de D. E.

10. En relación con la valoración de la prueba reunida para acreditar la relación de pareja entre E. y D. se observa una clara tendencia del tribunal *a quo* a dar preeminencia a lo actuado en la instrucción por sobre lo efectivamente desarrollado en las audiencias.

Así ocurre con las manifestaciones de E. En este sentido, si se tiene en claro que la instrucción es una pesquisa dirigida a decidir si corresponde realizar un juicio oral y público para determinar allí la eventual responsabilidad de uno o más imputados, no debe hurgarse en la investigación preliminar las razones para fundar una condena. De esta manera, frente a la declaración prestada en el debate por E. (cfr. fs. 605 vta./609) ningún valor puede tener las preguntas que se le hicieron a E. en la etapa anterior para identificarla, pues sus respuestas no fueron rodeadas con las cautelas que brindan las garantías de la publicidad e inmediatez.

Además, debe tenerse en cuenta que las preguntas de identificación, según puede leerse en el acta de fs. 71/72 vta. le fueron formuladas a E. *antes* de describirse el hecho que se le atribuía, con lo cual, ella no sabía las consecuencias que podían tener sus manifestaciones sobre este aspecto. En este sentido, el Estado no puede valerse de triquiñuelas para intentar extraer una presunta confesión de una pregunta que, de acuerdo con la forma en que está redactada el acta, no tenía relación con el ejercicio del derecho de defensa como manera de resistir la imputación que se le dirigía. Debe tenerse en cuenta, además, que el hecho no está calificado en el acta, con lo cual, mal podía saber E. las consecuencias que podían tener las respuestas a un interrogatorio a todas luces desprovisto de cualquier direccionamiento destinado a probar algún elemento de la tipicidad penal del hecho reprochado.

Lo cierto es que E. ejerció su defensa material con respecto a si mantenía una relación de pareja durante el debate, con un conocimiento claro del alcance de la imputación. De allí que sea inválido traer la respuesta a una pregunta de identificación dada en la instrucción para fundar la calificación agravada de un homicidio.

Pero además, incluso cuando se admitiera la valoración de estas respuestas, el tribunal las ponderó sesgadamente: en ningún momento E. dijo que tenía una relación de pareja sino una de tipo sentimental, algo que resulta bien distinto.

Por otra parte, el *a quo* también valoró la declaración de N. V., madre de E., en franca transgresión al art. 242, CPPN, sin brindar ninguna razón al respecto.

También es censurable la forma en que valoró el tribunal de mérito el testimonio de D. G. Nuevamente, aquí se observa la preeminencia que el *a quo* brindó a lo dicho en instrucción, sin analizar lo que efectivamente dijo en el juicio.

Además, la posición del tribunal es auto contradictoria, ya que por un lado afirma la situación límite en la que se encontraría G., pero por el otro le exige que se exprese con la verdad y ordena que se lo investigue por falso testimonio.

Desde otra perspectiva, el *a quo* debió evaluar las explicaciones que brindó G. respecto al cambio de declaración y decidir sobre esa base elegir el camino a tomar; y no afirmar, dogmáticamente, que en un caso dijo la verdad y en otro mintió. El sentido de la regla contenida en el art. 391, inc. 2º, CPPN, de leerle al testigo su declaración anterior es el de brindarle la posibilidad de que explique la contradicción detectada o refrescarle la memoria, *pero no el de otorgar un mayor valor epistemológico a la declaración prestada en instrucción, pues ésta se encuentra mediada por quien escribe el acta e interpreta lo que dijo el testigo*. Además, si se observa bien, decir que en un momento eran “pareja” y, en otro, que tenían relaciones sexuales y a veces iban a un hotel para tener mayor intimidad, se vincula con

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

cuestiones conceptuales más que fácticas. Lo importante era que el testigo narrara en qué consistía la relación entre E. y D. y no empecinarse en que éste dijera si eran o no pareja, pues como dijimos se trata de un concepto normativo.

En este sentido, no puede recurrirse a la imaginación para realizar una afirmación de la cual depende la imposición de la pena más grave que prevé hoy el ordenamiento jurídico argentino. Así, señalar que “alguien” lo instruyó a G. y le pidió que suprimiera esa frase de su declaración no tiene ningún asidero en la causa. Por lo demás, no puede recurrirse a la “experiencia” para encubrir una “íntima convicción”: si se recurre a una regla empírica se la debe enunciar precisamente y someterla al escrutinio de las partes.

Y estos razonamientos que deben realizar los jueces de mérito tampoco pueden suplantarse recurriendo a su “sabiduría”. *“Con abstracción de ciertas calificaciones especiales (conocimientos adquiridos, ejercicio profesional, edad, capacidad para ejercer derechos políticos, etc.), que debe poseer o de las cuales debe carecer quien juzga... esas calificaciones no mellan el juicio básico antes expresado de que juzgadores y juzgados, quienes deciden y quienes soportan esas decisiones, son sólo personas, seres humanos cuyo principio básico de dignidad está representado por la igualdad ante la ley. (CN, 16). Todos, juzgadores y juzgados, viven en una misma época político – cultural y, por ello, están regidos básicamente por una concepción común sobre los valores vigentes... nada los legitima para juzgar a sus semejantes, que no sea el intento de evitar la violencia de unos contra otros frente a la aparición de un conflicto social, poder característico del Estado moderno...”*²³.

En cuanto a la declaración de J. V. (fs. 624/627), el *a quo* volvió a aplicar reglas de la experiencia que no explicitó.

¿De dónde surge que quien sale con una mujer casada no la busca ni la lleva a su casa?

Para formular una regla de este tipo, deberían ofrecerse una serie de casos, en un número apreciable, que muestren tal tipo de conductas.

²³ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. 1, op. cit. ps. 740–741.

A su vez, la fiabilidad de la regla dependerá de varios factores: su designación, es decir que debe estar explícitamente formulada, indicando si tienen naturaleza determinista o probabilística de acuerdo al grado de certeza que brinden (si se aplican en todos los casos o en un porcentaje). Relevante, es decir, que permita resolver el caso investigado; fundamentada, basada en conocimiento científicos generales y que permita descartar las hipótesis que compitan con ella; también debe contar con aceptación jurídica y científica; y su fundamento debe ser controlable por medio del remedio procesal que corresponda.

Ninguno de estos requisitos cumple la regla enunciada por el tribunal de mérito.

Por lo demás, V. brindó una explicación de las razones por las cuales procedía de esa forma con E.; sin embargo, el tribunal no le dedicó una línea para analizar estos dichos y, eventualmente, descartarlos. Nuevamente se escudó en la experiencia para afirmar su hipótesis.

En relación con el resto de los testigos invocados en la sentencia, asiste razón a la defensa en cuanto ellos no observaron directamente qué clase de vínculo unía a E. con D. Sobre el punto, interesa destacar que durante el debate:

a) El Subinspector Larrea manifestó que el día del hecho E. se acercó *“...diciendo en ese momento que el masculino era su pareja...”*.

b) L. D.: expuso que *“...no conoce a la imputada (...) que (su hermano) fue asesinado por una mujer con la cual había esta(do) viviendo en la calle G. De eso se enteró después de sucedido el hecho...”*. Y agregó que *“...sabía que había empezado una relación con alguien pero el nombre de la mujer no se lo dijo...”*, y que le dijeron *“...que la persona que vivía con su hermano fue la que lo asesinó (...). Hugo creía que se lo dijo, (...) una mujer que era su pareja, eso decía el noticiero...”*.

c) A. L. Ch. indicó que *“se fue enterando que tenían una relación violenta, que ella le pegaba, estaba desmejorado, siempre tuvo el pelo corto y se lo veía*

con el pelo largo (...), lo veía se saludaban y nada más”. Que “su primo H. M. le contó eso” y que “lo vio pasar con una chica y le dijo haciéndole un chiste “epa”.

d) G. A. M. declaró que “...por H. se enteró que estaba en pareja y que vivía con una chica, pero ella jamás la conoció, tampoco se lo cruzó nunca”, y que el día del homicidio H. la llamó y le dijo “que lo había matado la chica que vivía con él, su pareja...”.

e) H. A. M. testificó que “*hacía seis meses más o menos que su primo vivía (en el departamento de G.), pero menos de seis meses no. Vivía con esta chica –la imputada– a veces con la hija de D. con una criatura*”, que “*sabía de la relación que tenía su primo con D.*”, que era “*enfermiza*”, pero que “*...nunca fue al departamento de G...*”.

Como puede advertirse, todos estos testigos afirmaron que entre D. y E. existía una relación de pareja, pero reconocieron que habían tomado conocimiento de dicha circunstancia por dichos de terceros. En este sentido, interesa agregar que ninguna duda cabe respecto a que el valor de los testigos de oídas no posee el mismo peso que los testigos directos en cuanto a la verosimilitud de los hechos que se intentan probar mediante este medio.

A partir de lo expuesto, cabe concluir que se comprobó que E. y D. mantuvieron una relación durante aproximadamente nueve (9) meses –aunque se conocían desde hacía varios años–, que tenían relaciones sexuales y que el occiso no tenía un domicilio propio. Sin embargo, ni siquiera está probado que aquél viviera en el departamento de la calle G. junto a la imputada.

La pregunta que surge a continuación, como reclama la defensa, es determinar si esa relación puede ser subsumida en la agravante en cuestión.

11. La agravante “relación de pareja” en la actual redacción del inciso 1º del art. 80 del Código Penal

En 2012, con la sanción de la Ley n° 26.791²⁴, el Congreso de la Nación aprobó la modificación del art. 80 del Código Penal de la Nación, incorporando en su inciso 1° la agravante de *quien matare a la persona con quien mantiene o ha mantenido relación de pareja*.

Cuándo una relación entre dos personas puede ser considerada tal y cuándo no, es una cuestión que compete al intérprete establecer, atento a la indeterminación propia que un concepto de ese tipo tiene en su uso coloquial, sociológico y normativo, que es el que interesa para resolver la cuestión. La diferenciación es trascendente, dado que si se subsume el caso de esa forma, la pena que le correspondería al autor(a) es de prisión perpetua, mientras que si no lo es, el castigo sería el correspondiente al tipo básico del art. 79, CP, que establece una pena de 8 y 25 años de privación de la libertad y, en este caso puntual, lo que se discute, precisamente, es esto.

Como sostuvo el Sr. Defensor Oficial Mariano Maciel en el marco de la audiencia, frente a la agravante en cuestión, surgen varios interrogantes tales como: ¿para que una relación sea considerada “de pareja” es necesario que exista un vínculo de noviazgo?, ¿esa relación debe ser conocida por terceros?, ¿aquellas personas deben mantener periódicamente relaciones sexuales?, ¿deben tener un proyecto de vida en común?, ¿debe tratarse de una relación monógama?

Resulta, pues, una necesidad que se apoya en el mandato de certeza que surge del *nullum crimen sine lege* (art. 18, CN), alcanzar una definición de “relación de pareja” que supere la multiplicidad de vínculos a los que se podría estar haciendo referencia. Hablar de pareja, de manera global e indeterminada, afecta el principio de máxima taxatividad legal, y puede permitir ampliar o reducir la gama de situaciones incluidas en la agravante, de acuerdo a la interpretación que los juzgadores efectúen a partir de su propia valoración cultural.

²⁴ B.O. del 14/12/2012

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

En el lenguaje coloquial y diario de las personas, resulta sencillo entender a qué se refiere el término “relación de pareja”, es decir, “Juan está saliendo con Ana”, “Pablo se puso de novio con María”, etc. Pero de lo que se trata es de establecer límites a esa fórmula legal.

Por ello, lo relevante a los fines de aplicar la agravante no consiste en tener por acreditada una relación afectiva. Son necesarios otros aspectos tales como la convivencia o el proyecto de vida común de la pareja, y cierta permanencia en el tiempo.

Otro aspecto que corresponde analizar es el que parecería surgir de la letra de la ley en la parte final de la redacción del inciso, de la que se podría derivar que, a efectos de considerar de aplicación la agravante, el dato objetivo de “la convivencia” no sería relevante, ya que en la nueva norma se indica que sería de aplicación “mediare o no convivencia”, lo que tornaría irrelevante ese dato.

Como se verá, una interpretación de esta naturaleza constituiría una ampliación indebida del alcance del concepto que se viene analizando.

A ese efecto, conviene recordar en qué contexto se introdujo la reforma. Es importante destacar que en el actual estadio cultural del mundo occidental se ha tomado conciencia de la necesidad de ofrecer un mayor marco de protección a las mujeres frente a la problemática de la violencia sexista de la que, culturalmente, estamos contaminados. Es por ello que nuestro país ha ratificado, entre otros instrumentos internacionales, la CEDAW (Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer) en 1985, a través de la Ley n° 23.179 –cuyo Protocolo Facultativo fue aprobado por la Ley n° 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal del art. 75 inc. 22 de la CN–, y con posterioridad, la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) en 1996, a través de la Ley n° 24.632.

A modo de ejemplo, en el primero de los tratados se ve reflejada la preocupación de los estados parte por la violencia de género y, en su art. 5º, la Convención insta a los países firmantes a *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*. Es por ello que, en la *“exposición de motivos de la ley 26.791”*, se efectuaron consideraciones al respecto.

En el debate parlamentario de la ley en cuestión se señaló:

‘Frente a hechos delictivos que evidencian formas de matar a mujeres eludiendo dejar rastros probatorios, diversas propuestas legislativas intentan enfatizar el ‘feminicidio’ en el Código Penal.

El presente proyecto va en idéntica dirección, es decir, establecer más específicamente la pena de prisión perpetua del homicidio agravado para ese universo de casos y aun otros en los que la víctima no necesariamente sea mujer.

(...) Conforme los datos e índices proporcionados por la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la CSJN, las denuncias en ese ámbito han crecido en forma notoria en los últimos dos años, incrementándose en un 75 por ciento. En el año 2010 aumentó un 12,5 por ciento la cantidad de mujeres asesinadas con respecto al 2009, según un relevamiento publicado por el Observatorio de Femicidios Marisel Zembrano.

Si bien con la ley integral contra la violencia de género (ley 26.485), que hemos sancionado en el año 2009, se han previsto los standards internacionales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y medidas de protección frente a los actos de violencia contra las mujeres, resulta necesario dar una respuesta en el ámbito penal frente a casos de la naturaleza que venimos señalando, pero sin alterar aún más de lo ya hecho la unidad sistemática, dogmática y punitiva de nuestro código (...).’

Como se puede advertir, si bien el contexto es ese, el de la lucha contra la violencia hacia la mujer, fueron introducidas otras cuestiones que también se encontraban pendientes de ser actualizadas; y una de ellas

era la necesidad de equiparar a los supuestos de agravación del inciso 1º del art. 80, CP, los casos de los concubinos o uniones del mismo sexo que por una cuestión normativa no estaban alcanzados por la agravante de “cónyuge” aunque, de hecho, social y culturalmente tuvieran el mismo reconocimiento que los esposos, del mismo modo en que se produjo en el ámbito de la legislación civil. Se puede afirmar que la contracara de la ampliación de derechos que las relaciones de ese tipo obtuvieron con la reforma del Código Civil es el mayor rigor que nace en materia de obligaciones. Un reflejo de ello, es la inclusión en el mencionado inciso primero de esas situaciones.

Por ese motivo, el texto legal no hace diferencia entre los sexos y sólo establece el término “**pareja**”, por lo que el hecho de que el autor o la víctima sean hombre o mujer es indistinto, ya que el tipo de relación de pareja, heterosexual u homosexual, será la que determine la aplicación de la agravante y no el sexo.

Consultada la bibliografía existente al respecto, encontramos que Magdalena Molina y Federico Trotta explican que *“atrás queda la eterna discusión doctrinal de qué pasaba con el asesinato de aquél que se encontraba separado de hecho de su esposa o esposo pero que mantenía intacto el vínculo matrimonial, o en los casos de nulidad de matrimonio. Con esta reforma, dichos esposos o ex esposos quedan comprendidos en el agravante. Sin lugar a dudas, nos encontramos ante un significativo cambio en el fundamento de esta previsión, que antes encontraba apoyo en la “defensa del vínculo”, el “respeto que se debían los cónyuges”, o la “evitación de la disolución ilícita del matrimonio”. La transformación de la vida social argentina ha llegado hasta el derecho penal y como observamos la familia ya no es entendida en la concepción tradicional, sino que ha mutado en diversas formas, exigiéndose nuevas instancias de respeto a quienes mantuvieron o mantienen una vida en común”*²⁵.

Por su parte, Gustavo A. Arocena y José D. Cesano sostienen, de acuerdo a la reforma de la ley civil que, a los fines de la agravante,

²⁵ “Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados”, LL, 2013,A, p. 493.

“una relación de pareja es el hombre o la mujer que -actual o anteriormente- integra junto con aquél una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, compartiendo un proyecto de vida común”²⁶.

La reforma de la Ley n° 26.791 amplió el sujeto pasivo del delito, incluyendo en la agravante al ex cónyuge y a la persona con quien se mantiene, o ha mantenido, una relación de pareja (los que se suman al ascendiente, descendiente y cónyuge).

Entonces, para definir qué debemos entender por “relación de pareja”, de la misma forma que antes de la reforma se utilizaba el concepto normativo matrimonio para definir quién era “cónyuge”, también debemos recurrir al Derecho Civil.

Esta definición surge del art. 509 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso el 7 de junio de 2012. Pero este artículo sobre uniones convivenciales ha quedado redactado, finalmente, luego de la promulgación del Código Civil y Comercial (que entrará en vigencia el próximo 1° de agosto) a través de la Ley n° 26.994 (del 7/10/14) de la siguiente manera:

“(…) la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente **de dos personas que conviven** y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

A través del destacado se intenta señalar que esa definición entraría en contradicción con la modificación del Código Penal analizada, que establece, en principio, la irrelevancia de la convivencia entre “la pareja” a los efectos de la aplicación de la agravante. Y sobre esta cuestión hay que prestar especial atención, para otorgarle una respuesta desde este lugar.

²⁶ El delito de femicidio. Aspectos político criminales y análisis dogmático jurídico, editorial Euros Editors, 2013, p.73.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

La cuestión, sintéticamente, sin perjuicio de lo que luego se dirá, consiste en que para establecer qué se entiende por “una pareja” debemos recurrir al Derecho Civil, que es el ámbito normativo que nos ofrece la pauta de cuáles son aquellas relaciones vinculares entre dos personas que generan derechos entre las partes. Una vez que alcanzaron esa entidad, si el vínculo no se mantiene y se está en vías de disolución, para el Derecho Penal, la circunstancia de que convivan o no, a los efectos de la aplicación de la agravante “relación de pareja”, es secundaria.

Con ello ya podemos adelantar que “relación de pareja”, a los efectos de ser considerada tal, no es cualquier pareja “ocasional” o de características informales, sino aquella que está constituida por la “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

A su vez, ello requiere de mayores precisiones.

Del art. 509 del CCyCN surge claramente que una relación de pareja supone algo mucho más serio que una mera relación afectiva o sexual ocasional.

El legislador (el mismo que sancionó el CCyCN y la reforma del inc. 1º del art. 80, CP), cuando estableció la agravante para el que matare “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia” no tuvo intención de agravar la pena frente a cualquier relación de pareja, sino precisamente aquellos casos en que la pareja importa un vínculo estable y de convivencia.

Ello se encaminaría dentro de la misma lógica que el legislador utilizó antes de la reforma de la Ley n° 26.791, buscando siempre proteger ese vínculo especial entre sujeto activo y pasivo del homicidio. En estos casos el legislador entiende que es más grave matar a la pareja que a alguien que no lo es, pero el término “relación de pareja” debe tener sus contornos delimitados.

Esto no implica que el homicidio del novio/a ocasional quedará impune, porque le corresponderá la pena del homicidio simple, de 8 a 25 años de prisión o, incluso, de darse las características del caso, la agravante introducida por la misma reforma en el inciso 11° del art. 80, CP, pero no se aplicará la agravante por “la condición de pareja” en casos donde ella no llegó a consolidarse en la forma que lo establece el Derecho Civil para generar obligaciones y derechos entre los que la integran.

Sostener lo contrario por otra parte, puede llevarnos, como ocurrió en este caso, a indagaciones sobre la clase de relación que tendrían los miembros de la pareja, que deberían presentarse con claridad por su carácter público, notorio, estable y permanente y no dependientes de una indagación al respecto por su carácter efímero, clandestino u ocasional.

El art. 510 del CCyCN en su inciso E, establece que para el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos a las uniones convivenciales se requiere que “**mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años**”. Ese es el plazo a partir del cual el legislador entiende que se trata de una relación de pareja estable y permanente, lo que nos sirve para interpretar los alcances de la fórmula legal “relación del pareja” en el Código Penal.

Respecto de la última parte de la agravante del inc. 1° del art. 80, CP, la referida a “mediare o no convivencia”, como ya adelantamos, no debe ser interpretada como la posibilidad de quitarle entidad al vínculo, es decir, que permita incluir tanto relaciones estables como ocasionales, en las que jamás haya habido convivencia, sino que debe entenderse en el sentido que la agravante podrá operar incluso en aquellos casos en que la pareja (pública, notoria, estable y permanente) al momento del homicidio haya ya cesado la convivencia; empero, previamente debió tenerla por el tiempo que le reclama la norma del derecho civil.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

Por último, en la exposición de motivos del anteproyecto del Código Penal, específicamente del artículo 77, que recepta los homicidios agravados, se ha sostenido que *“La tradicional figura del parricidio, limitada al cónyuge, ascendientes y descendientes, se amplía considerablemente al incluir al conviviente estable o a quienes lo hayan sido. Es sabido que la convivencia es una forma de familia que se ha extendido en la realidad social. La razón tradicional de la agravación por parentesco –la confianza depositada en el pariente– es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos de vida y costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelve el problema que planteaban los matrimonios nulos”*.

Y ese artículo quedó redactado, en lo pertinente, del siguiente modo *“I. Se impondrá prisión de quince (15) a treinta (30) años, al que matare: a) A su cónyuge o a su conviviente estable, o a quienes lo hayan sido, a su ascendiente o descendiente, a su padre, madre o hijos adoptivos, sabiendo que lo son”*.

De esta forma, volviendo sobre aquello que se ha acreditado en el juicio, la relación de nueve meses que tuvieron E. y D. no puede ser subsumida en la agravante elegida por no reunir las características objetivas a las que se ha hecho referencia y, en consecuencia, la aplicación de la agravante del inciso 1º del art. 80, CP, debe ser casada aplicándose al caso la norma del homicidio simple prevista en el art. 79, CP.

12. Como consecuencia de lo que se resuelve, no corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios que fueron introducidos en el recurso de modo subsidiario, relativos a la aplicación del supuesto de atenuación contemplado en el artículo 80 *in fine*, CP y a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista por dicha norma en el primer párrafo.

A su vez, queda descartado el planteo de inconstitucionalidad por infracción al principio de legalidad (en su derivación de imprecisión o vaguedad de la norma) introducido por la defensa en el término de

oficina. Más allá de la tempestividad del asunto, el desplazamiento se produce como consecuencia de la interpretación que hemos acordado del tipo penal de homicidio agravado, cuando el autor es quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja con la víctima; y ello, sin perjuicio de que en definitiva (en función de la interpretación referida) no resulta de aplicación al caso en examen.

13. Por último, resulta menester establecer un mecanismo adecuado para la determinación de la pena en el caso en particular.

En efecto, como consecuencia de la decisión adoptada, que importa el cambio de subsunción de un tipo penal que contiene una pena indivisible por otro cuya conducta se encuentra sancionada con una pena que debe ser mensurada entre un mínimo y un máximo, se torna necesario generar un espacio que posibilite el adecuado debate acerca de las circunstancias para su determinación. Ello no ha podido tener lugar durante el juicio oral, en tanto la discusión se circunscribió al marco de la pena de prisión perpetua del homicidio agravado solicitada por la fiscalía (cfr. acta del debate, esp. fs. 581/590).

De esta forma, consideramos que corresponde remitir el expediente a la instancia anterior a fin de que se realice una audiencia oral y pública de *cesura de juicio* con el propósito de establecer, puntualmente, la pena que corresponda para D. E. como autora del delito de homicidio simple, conforme la escala penal del art. 79, CP.

Esa tarea debe ser realizada por el tribunal *a quo*, toda vez que no estamos anulando su decisión, sino casándola en cuanto a la subsunción, y no se advierte que su imparcialidad pueda estar comprometida por su intervención hasta el momento.

14. En razón de lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar el punto II de la sentencia impugnada de fs. 591/592 en cuanto condenó a D. E. a la pena de prisión perpetua, como autora de homicidio agravado por la relación de pareja y condenarla como autora de homicidio simple, sin

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38194/2013/TO1/CNCI

costas en la instancia (arts. 45 y 79, CP; 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN), más accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3º, CP).

En consecuencia, debe devolverse la causa al tribunal de la instancia anterior a fin de que realice una audiencia con el propósito de determinar la pena a imponer en el marco de la escala penal del delito de homicidio simple.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

1. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 649/669vta. por la defensa oficial de D. E., **CASAR el punto II** de la sentencia impugnada de fs. 591/592 en cuanto condenó a D. E. a la pena de prisión perpetua, por resultar autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por la relación de pareja con la víctima y **CONDENAR** a la nombrada **D. E.**, de las restantes condiciones personales obrantes en estas actuaciones, por ser autora de homicidio simple, sin costas en esta instancia (arts. 45 y 79, CP; 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

2. DEVOLVER la causa al tribunal de radicación a fin de que realice una audiencia oral y pública *de cesura* con el propósito de determinar la pena a imponer en el marco de la escala penal prevista para el autor de homicidio simple (arts. 45 y 79, CP).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Gustavo A. Bruzzone

Eugenio C. Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara