

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04793281-9/1((018501-152583))

FC/ R.C.M.L. P/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON
PADRE NO CONVIVIENTE (152583) P/ RECURSO EXT.DE
CASACIÓN



En Mendoza, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-04793281-9/1** caratulada “**F. c/ R. C. M. L. p/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (152583) s/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO** y tercero **DR. JOSÉ V. VALERIO**.

El representante de la querrela particular, constituida por Marcelo José Lima, interpone recurso de casación a fs. 255/269 vta. contra la sentencia n° 2396 y sus fundamentos por la que el Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción absolvió a M.L.R.C. de los delitos de impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por mudar su domicilio en concurso real con desobediencia (arts. 1 y 2 de la ley 24.270, 55 y 239 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En fecha 23 de abril de 2019, el Juzgado Penal Colegiado n° 1 absolvió por sentencia n° 2396 a M.L.R.C. por los delitos de impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia, previstos en la ley 24.270, arts. 1 segundo párrafo y 2 primer párrafo, arts. 55 y 239 del CPP.

El hecho descrito en la sentencia atribuido a M.L.R.C. es el siguiente: *«finalizada su relación sentimental con Marcelo Alejandro José Lima, ambos progenitores del menor [V. J. L.], acordaron que el niño estaría alternativamente con ambos. Sin embargo, entre los días 5 al 7 de noviembre de 2017 (y primera corrección que cabe hacer a esta acta de imputación formal, es que no se condice efectivamente con los hechos que son denunciados por el querellante y que surgen de las constancias de autos, porque el día 5 de noviembre el padre había tenido contacto con su hijo. M.L.R.C. se radicó con el menor en la ciudad de Buenos Aires, todavía a esa fecha no estaba radicada), impidiendo desde el martes 7 al viernes 10 [de noviembre de 2017], martes 14 al miércoles 15 [de noviembre de 2017], viernes 17 al domingo 19 [de noviembre de 2017], martes 21 al viernes 24 [de noviembre de 2017] y desde el martes 28 al miércoles 29 del corriente mes que el niño tuviera contacto con su padre. Además, se desprende que el 28 de setiembre de 2017, el señor juez de familia del Sexto Juzgado dispuso por auto la prohibición de modificar el centro de vida de [V. J. L.], quien debía permanecer en Mendoza bajo el cuidado de su papá. Dicho evento fue calificado por el representante del ministerio público como impedimento de contacto agravado por la edad del menor y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia a la autoridad»* (ver constancias audiovisuales de fecha 23-04-19 desde el minuto 6:26 hasta 7:49).

La magistrada detalló que para así resolver tuvo en consideración la declaración de la M.L.R.C. durante el debate y todo el material probatorio incorporado en autos. Así, detalló las declaraciones testimoniales de Marcelo Alejandro José Lima y Nancy Cuello. Como prueba instrumental, citó las actas de denuncia, copia de los convenios privados de homologación que presentaron los padres, la resolución del juzgado de familia, copia del Acta de nacimiento del

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

niño, convenios privados de modificación de régimen de visitas, informes psicológicos, dictámenes del Ministerio Pupilar, presentación efectuada por la M.L.R.C. desde la fs. 95 en adelante y demás constancias de audio y video.

2.- Recurso de casación

El representante de la querrela particular, constituida por Marcelo José Lima, presenta recurso de casación contra la sentencia del Juzgado Penal Colegiado n° 1 que absolvió a M.L.R.C. por considerar que se han inobservado normas que la ley de rito establece bajo sanción de nulidad (art. 474 inc. 2 del CPP).

Se agravia de la fundamentación expuesta por no ser clara debido a que oscila en su argumentación. Entiende que resulta ininteligible y que ello viola el debido proceso y el derecho a un recurso sencillo y eficaz. Asevera que la falta de claridad radica en que no se deja claro si se absuelve por la duda, porque la conducta no constituye delito o porque M.L.R.C. obró de manera justificada. Considera que estas opciones se sustentan en premisas contradictorias, lo que se opone a lo previsto por el art. 416 del CPP y equivale a falta de motivación.

Respecto a la duda razonable, cuestiona las aseveraciones de equilibrio entre los elementos de cargo y descargo en razón de lo alegado por M.L.R.C. y la afirmación de que lo expuesto por José Lima no se condice con las constancias de la causa ni las preguntas que le fueron realizadas en el debate. Afirma que se omite el análisis de los elementos de cargo y se pondera de forma arbitraria. En particular, que se pasa por alto las constancias de fs. 37 y 38 de los autos 152.535/17 en los que M.L.R.C. no informó su domicilio ni donde se radicaría el menor de edad y que justificó que su representado tuviera que contactar un investigador privado para saber en qué lugar de encontraba su hijo.

En relación con los hechos delineados por la *a quo* en la sentencia considera que no se condicen con las constancias efectivamente comprobadas en la causa. Considera que tenía plena vigencia la resolución de fecha 28 de setiembre de 2017 de fs. 71 que prohibía la modificación del centro de vida del niño y que es lo que justifica la imputación fiscal del delito de desobediencia. Que

el convenio agregado a fs. 3/5 solo tenía por fin ordenar el cuidado compartido del niño y en el mismo se acuerda la no modificación del centro de vida del hijo.

En cuanto a la selección de pruebas que efectúa la magistrada para fundar su resolución, recuerda el límite previsto por el art. 416 inc. 6 del CPP y asevera que no se han observado las reglas de la sana crítica respecto de los elementos probatorios de valor decisivo invocados por las partes. Hace hincapié en que M.L.R.C. hizo reconocimiento del hecho y que sus dichos no fueron valorados bajo la óptica de la pericia de fs. 129 y del informe de fs. 135/137. Según su postura, ellos implican indicios de mala justificación, lo que junto a la prueba instrumental de fs. 73. Asimismo, alega que pasó por alto los emplazamientos de la UFI de Violencia de Género para que M.L.R.C. concurriera ante el juez de familia de la provincia de Mendoza. Entiende que le era exigible que ajustara su conducta a lo ordenado por la justicia de familia.

Respecto a lo aseverado en la sentencia sobre el contexto general en el que considera que se enmarca el hecho imputado, la querella considera que se pronuncia sobre un hecho del que carece de jurisdicción y competencia por no haber sido traído a conocimiento. Afirma que se expide sobre la culpabilidad de su representado, violando el art. 198 inc. 1 del CPP, el principio de inocencia y non bis in ídem. Considera que el estado de necesidad no concurre por constituir el mal mayor el haberse llevado al niño e incomunicarlo con su padre.

Asimismo, en relación con la denuncia efectuada por M.L.R.C. en Buenos Aires, la querella considera que su representado no tuvo oportunidad de acceder a lo allí manifestado, que no se corresponde con lo ordenado por la justicia de familia de la provincia de Mendoza y que ello constituye un intento de burlar la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales de Mendoza.

Como finalidad del recurso, la querella particular pretende la nulidad absoluta de la sentencia cuestionada de conformidad con los arts. 155, 198, 199, 416 inc. 4 del CPP. Asimismo, si bien reconoce que corresponde el reenvío, consiente que se case la sentencia y se falle conforme a la ley y doctrina pertinente. En este sentido, solicita se condene a M.L.R.C. a la pena de seis meses

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

en suspenso, por ser el mínimo mayor que corresponde por las sanciones atribuidas en abstracto, con imposición de reglas conducta.

Por último, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto procede formalmente por configurar el medio de impugnación típico del querellante particular con un interés concreto en su objeto, con específica indicación de los puntos de agravios e interpuesto en tiempo legal.

Respecto al fondo del planteo efectuado, considera que resulta sustancialmente procedente por existir vicios y omisiones en la valoración de la prueba. Reitera lo sostenido por el fiscal en sus alegatos acerca de que no se encuentra justificado que M.L.R.C. se llevara a su hijo cuando tenía los medios legales y personales para su salvaguarda personal, sin que debiera desobedecer las resoluciones de la justicia de familia e impedir el contacto y comunicación entre padre e hijo. A ello agrega que no se han analizado los elementos de cargo ni surge con claridad las razones por las que absolvió.

4.- La solución del caso

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la querrela particular, adelanto mis conclusiones en el sentido de que no corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción, por los argumentos detallados a continuación.

a. Los hechos probados en la causa y no controvertidos

Marcelo Alejandro José Lima y M.L.R.C. comenzaron una relación de pareja en el año 2012. Fruto de ese vínculo en el año 2014 nació V.J.R.. En el año 2016 decidieron separarse y comenzaron algunos conflictos que llegaron a la órbita judicial.

Si bien José Lima y M.L.R.C. acordaron la convivencia del niño de

forma alternada con sus progenitores, en fecha 17 de junio de 2017 convinieron de forma privada que V.R.J. residiera en la provincia de Buenos Aires junto a su madre en razón de la situación extraordinaria de salud que presentaba la madre de M.L.R.C.. Bajo este convenio, V.J.R. permanecería quince días con cada progenitor durante los meses de junio y julio de ese año. Dicho acuerdo se prorrogó hasta el mes de septiembre. Sin embargo, al regresar el niño junto a su padre a la provincia de Mendoza en fecha 15 de setiembre de 2017, José Lima le expresó a M.L.R.C. por vía telefónica que a partir de ese momento debía comunicarse con su abogado.

Asimismo, consta en autos que en fecha 28 de setiembre de 2017 el Sexto Juzgado de Familia de la provincia de Mendoza dispuso en el Expediente N° 1708/17/6 la prohibición de modificar el centro de vida de V.J.R. y que debía permanecer en Mendoza bajo el cuidado de su padre. Sin embargo, en fecha 26 de octubre de ese año José Lima y M.L.R.C. pusieron en conocimiento judicial que habían acordado retomar el régimen de cuidado personal con modalidad compartida en los términos del acuerdo privado de fecha 14 de junio de 2016 en los autos N° 1750/17/6F. Además, en dicha audiencia desistieron de los procesos iniciados en las causas N° 1708/17/6F, 1750/17/6F, 3526/16/6F y 1827/17/6F y se comprometieron a respetar el centro de vida del niño en la Provincia de Mendoza.

En fecha 7 de noviembre de 2017, durante la madrugada, M.L.R.C. se dirigió hacia la provincia de Buenos Aires junto a su hijo. En virtud de ello, José Lima no tuvo contacto con su hijo menor de edad desde el día martes 7 al viernes 10, desde el martes 14 al miércoles 15, desde el viernes 17 al domingo 19, desde el martes 21 al viernes 24 y desde el martes 28 al miércoles 29, todos de noviembre del año 2017, según le correspondía de conformidad con el acuerdo de convenio de cuidado compartido celebrado.

b. El contexto de violencia de género que rodea a los hechos

El día 6 de noviembre de 2017 M.L.R.C. ingresó al domicilio de su ex pareja, José Lima, junto al hijo menor de edad de ambos entre las 18 y 19 horas, sito en calle Ciudad de Laboulaye 1260 de Las Cañas, departamento de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Guaymallén, con motivo de retirar prendas de vestimenta del niño. Luego de discutir y forcejear, José Lima tomó violentamente a M.L.R.C. y ató su mano derecha a la pata de la mesa con un cable de USB mientras sostenía su otro brazo. Acto seguido, José Lima se retiró al baño por encontrarse descompuesto y dejó a M.L.R.C. atada en el lugar. En ese momento M.L.R.C. logró desatarse, tomó a su hijo y salió del inmueble. El suceso produjo en la víctima una raspadura en el brazo derecho y la rotura de la manga del lado derecho de la camisa a cuadros que vestía.

Inmediatamente después, M.L.R.C. condujo hacia el centro comercial La Barraca y llamó dos veces al 911, esperando asistencia policial. Al no arribar, se dirigió a la Oficina Fiscal N° 18, del Barrio UNIMEV, y denunció los hechos mencionados y sucesos de violencia anteriores por parte de su ex pareja. Puso en conocimiento que era oriunda de Buenos Aires y que esa noche pernoctaría en lo de una amiga –Nancy Cuello– junto a su hijo (aportó datos para su identificación y el domicilio). Sin embargo, al salir de la Oficina Fiscal recibió una llamada telefónica de Nancy Cuello en la que le informó que había ingresado una camioneta que podía pertenecer a José Lima al callejón en el que residía y le solicitó que no asistiera al lugar para no generar conflictos. Ello dio lugar a que M.L.R.C. regresara a la Oficina Fiscal N° 18, desde la cual la remitieron a la Unidad Fiscal N° 9 de Guaymallén. Según consta en actas, a las 1:35 horas del día 7 de noviembre de 2017 declaró en la oficina fiscal lo ocurrido «*[v]engo a declarar que no me pude ir a quedar a la casa de mi amiga NANCY NORA CUELLO quien vive en el barrio Sol y Sierra de Godoy Cruz, porque mi ex pareja me ha estado buscando, mi amiga me dijo que había estado por allá y me ha estado buscando por las casas de mis otras amigas, así que hablé con mi abogado de nombre ERNESTO DE LAMA y él me dijo que me quedara tranquila que mañana me iba a llevar él para que me constaten las lesiones*» y puso en conocimiento un nuevo domicilio de residencia para esa noche y mencionó que no tenía muchas personas a las que acudir y que su ex pareja era consciente de ello. También mencionó en esa oportunidad que José Lima la había estado llamando y que ella no lo había atendido.

Terminado todo ello, y bajo la convicción de que no tenía garantías suficientes de resguardo y encontrarse atemorizada, tomó la decisión de conducir junto a su hijo hacia Buenos Aires, lugar en el que reside su familia. En el camino realizó una parada en la provincia de San Luis, lugar en el que asistió a una guardia médica por no sentirse bien. El día 8 de noviembre arribó a Buenos Aires y se dirigió a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a denunciar todo lo ocurrido, lo que dio lugar al dictado de una orden de prohibición de acercamiento por parte del Juzgado Civil N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires en su favor. Cada uno de estos hechos fue puesto en conocimiento por M.L.R.C. a la Oficial Fiscal N° 8 por mensajes de texto y llamadas telefónicas.

Por su parte, durante la estancia en Buenos Aires M.L.R.C. recibió mensajes de texto de un número de teléfono desconocido en el que le decían *«Atendeme... el otro día te escapaste, la próxima te ato m[á]s fuerte y te violo putita... me cansaste»*, *«No le tengo miedo a la prohibici[ó]n de acercarme...no te das cuenta que me saqu[é] todas las causas de tus denuncias? Tengo plata para abogados... no como vos...»*, *«Contestame hija de puta...Estoy m[á]s cerca de lo que crees»*, *«Atendeme quiero hablar con vos, perdón... sabés que me vuelvo loco cuando no me contestas. S[ó]lo quiero pedirte perdón y que arreglemos las cosas»*, *«Los jueces me la fregan no te das cuenta c[ó]mo te saque a [V. J.R.] de un d[i]a para otro? Preguntate porqu[é]? Yo tengo guita y vos sos una muerta de hambre»*, *«Te vas a morir de hambre no te pago ni te pienso pagar la cuota salvo que vengas ac[á] y me chupes la pija»*, entre otros, recibidos en fechas 21 y 22 de noviembre de 2017.

Estos hechos fueron alegados por la defensa durante el debate junto con la incorporación de la prueba que los acreditó. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal hizo caso omiso al contexto de violencia de género denunciado por la parte defensiva y así concluyó, en los siguientes términos, *«[...] entiendo Usía que sin entrar a discutir si fue víctima o no de violencia por parte del padre del niño, denunciante en autos, lo cierto es que no encuentro una relación que actúe como excusa absoluta o justificante de su conducta para llevarse con ella al niño»* (ver constancias audiovisuales de la audiencia del día 19

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de marzo de 2019 desde el minuto 6:00 al 9:00). Ello conlleva a aseverar que no contradijo los supuestos fácticos probados en el marco del debate oral y solo realizó una valoración de los hechos ocurridos bajo una interpretación aislada de los sucesos probados durante el debate.

Por otro extremo, el querellante particular negó la existencia del hecho ocurrido en fecha 6 de noviembre, denunciado por M.L.R.C., y lo calificó como un indicio de mala justificación. Sin embargo, no aportó prueba documental o testimonial que contradijera la aportada por la defensa M.L.R.C..

Analizadas las constancias de la causa, considero que asiste razón a la jueza de la instancia anterior cuando señala que el hecho imputado a M.L.R.C. debe ser analizado en el contexto en el que se ha desarrollado. Ello, para interpretar sus alcances e implicancias jurídico-penales. El contexto de violencia de género en el cual se encuentra inmerso el hecho surge desde el inicio de las actuaciones, ha sido objeto de discusión de las partes durante todo el proceso y constituye un eje central de la resolución cuestionada. Así, debe ser abordado e interpretado de acuerdo con los parámetros internacionales y nacionales que rigen en la materia, para así corroborar el sentido jurídico que corresponde atribuir al hecho imputado a M.L.R.C..

Para ello, en primer lugar, considero relevante delinear los parámetros en materia de violencia contra la mujer que deben ser tenidos presentes a la hora de analizar el plexo probatorio incorporado en autos. Así, debe destacarse que la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención *Belem do Para*- reconoce en su art. 5 que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de todos los derechos que se le reconocen en dicho cuerpo normativo, entre los que se encuentran el respeto a su integridad física, psíquica y moral, como también el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 4 b y c). Asimismo, ordena a los Estados a abstenerse de acciones o prácticas de violencia contra la mujer y a velar por que las autoridades, funcionarios e instituciones se comporten de conformidad con ello. En especial, establece la obligación de actuar con la debida diligencia para

prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 a y b) y dispone que su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos (art. 12 del mismo tratado).

Como expuse en el precedente «Di Césare», el deber de debida diligencia *«[s]e trata de una pauta que condiciona la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos, entendida esta última como una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados de la región para asegurar la plena satisfacción de todos los derechos fundamentales reconocidos en el corpus iure interamericano (cfr. Corte IDH, Caso Veliz Franco Vs. Guatemala, de 19 de mayo de 2004, par. 183). En efecto, las obligaciones generales emergentes de los arts. 8 y 25 convencionales -reguladores del derecho de acceso a la justicia en las Américas- se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico para la prevención y sanción de los actos de violencia contra las mujeres (cfr. Corte IDH, Casos Veliz Franco vs. Guatemala, cit.; Velásquez Paiz y otro vs.. Guatemala, de 19 de noviembre de 2015; y Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, de 24 de agosto de 2017)».*

«De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando. En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversales de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades (véase, por ejemplo, «Zurita Abrego» o «Medina» -voto propio-).».

«Es este el marco jurídico internacional desde el cual debe administrarse justicia en el caso que nos ocupa, valorarse la prueba y establecerse las responsabilidades penales pertinentes.».

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En el mismo sentido, la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus actividades interpersonales instituye en cabeza de los organismos estatales el deber de contribuir al fomento de «*las investigaciones sobre las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la violencia contra las mujeres*» (art. 11 inc. 4 h), como también la creación e implementación de servicios integrales e interdisciplinarios de asistencia a las mujeres que sufren violencia de género (art. 10, inc. 2 a).

En este contexto normativo, la función de las distintas instancias de intervención de la justicia penal no debe limitarse a la mera investigación de conductas que aparecen *a priori* como constitutivas de un ilícito penal sino que, como agentes estatales, se encuentran alcanzados por los lineamientos de las políticas públicas asumidas a nivel convencional, nacional y provincial; como bien sostuve en el precedente «Ruiz Casas».

No caben dudas que la violencia de género resulta en la actualidad un problema nuclear en términos de identidad de la sociedad. En efecto, la expresión «violencia de género» no sólo se hace referencia al empleo de una violencia de tipo física, sino a un fenómeno social complejo por el cual se comunica una situación desigual de poder entre géneros, que generalmente se manifiesta a través de maltratos verbales, sometimiento económico y personal, construcción de estereotipos culturales, etc. A su vez, no sólo se expresa en el ámbito doméstico, sino que se reproduce a través de las distintas instancias de *sociación*, tanto en instituciones públicas como privadas. Esto ha sido reflejado en la ley 26.485 antes aludida, cuyos artículos 5 y 6 reconocen –respectivamente– los diversos tipos de violencias y las modalidades que puede asumir este fenómeno en la dinámica social.

El Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, como órganos vinculados a los compromisos asumidos por el Estado, y como instancias de acceso de las personas para el reconocimiento de derechos, no deben permanecer ajenos a ello, y como tal, les compete una doble responsabilidad. Por un lado, en

la contribución a la erradicación de los estereotipos basados exclusivamente en el género. Por otro lado, con un rol activo que no se limite a investigar y sancionar un delito sin el debido análisis que interprete el contexto de violencia de género en el cual la conducta se encuentre inmersa, debido a que esta es sólo la expresión más palpable de un conflicto social que le subyace y que no es debidamente atendido.

La asunción de esa responsabilidad implica, en parte, el deber de escuchar y tomar seriamente las declaraciones de una persona que dice ser víctima de una situación de violencia por razones de género, como bien realizó la jueza interviniente en la instancia anterior. Ello en tanto ha escuchado a las partes y ha tomado en consideración todo el plexo probatorio aportado en los diversos expedientes de forma integral para así darle sentido jurídico a los hechos imputados a M.L.R.C. en las presentes actuaciones. El equilibrio probatorio que afirma es el resultado de sopesar el hecho objetivo de que M.L.R.C. se trasladó a la Ciudad de Buenos Aires a pesar de tener conocimiento de que existía una prohibición de modificar el centro de vida de su hijo y que durante ese tiempo José Lima no pudo fácticamente tener contacto con el niño, con el contexto de violencia de género que denunciado, del que se aportó basto material probatorio.

c. Consideraciones acerca de los delitos atribuidos a la acusada

Ahora bien, estimo que si bien la magistrada sentenciante consideró que existía equilibrio probatorio para absolver y que ello decidía la resolución del caso, razones diversas me permiten llegar a la misma solución del caso respecto de la absolución de M.L.R.C.

El Ministerio Público Fiscal imputó a M.L.R.C. la comisión de hechos que encuadró en la figura del impedimento de contacto agravado por la edad del niño y por el cambio de domicilio en concurso real con desobediencia de la orden judicial dictada por el Sexto Juzgado de Familia de prohibición de modificación del centro de vida del niño (Ley nacional 24.270 arts. 1, segundo párrafo, y 2, primer párrafo, y arts. 55 y 239 del CP).

Como bien ha sido abordado por la jueza de la instancia previa, el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

día 6 de noviembre de 2017 por la tarde, en el domicilio de José Lima, el denunciante de autos agredió físicamente a M.L.R.C. en presencia del hijo de ambos, situación de la cual esta pudo huir y denunciar ante la oficina fiscal correspondiente. Sin embargo, las conductas de José Lima no cesaron en ese momento, sino que continuaron con la búsqueda incesante en los lugares en lo que podía resguardarse M.L.R.C. con su hijo, lo que podría esbozarse como una situación de agresión inminente por parte de José Lima hacia M.L.R.C. Como consecuencia, ésta, luego de asistir dos veces ante las autoridades fiscales para denunciar los sucesos, decidió ejercer su derecho a eludir el ataque inminente hacia su persona.

En ese contexto M.L.R.C. se llevó al hijo de ambos que se encontraba con ella y que había presenciado las agresiones contra su madre producidas horas antes en el domicilio de José Lima. Ello me permite realizar dos afirmaciones. En primer lugar, que el ataque por parte del denunciante contra M.L.R.C. delante del niño también configura una agresión para él, como mínimo en el sentido de una agresión psíquica por la exposición a los malos tratos verbales y físicos contra su madre. En segundo lugar, que la experiencia permite sostener que no es improbable o excesivo pensar que el niño también estuviera en peligro ante conductas agresivas por parte del padre.

Asimismo, se encuentra acreditado en las constancias de la causa ya descritas que M.L.R.C. desde el momento que salió de la casa de José Lima hasta su establecimiento en la Ciudad de Buenos Aires procuró someterse a disposición de los órganos judiciales poniendo en conocimiento cada decisión que tomaba y llevaba a cabo, con la posterior remisión de las probanzas que acreditan lo que iba informando al retirarse de la provincia, lo que brinda credibilidad a sus denuncias y declaraciones.

Con estas premisas de partida, ¿puede aseverarse que existió un impedimento de contacto de un padre con su hijo y la desobediencia a una orden judicial por la conducta de una mujer que huyó junto al niño para evitar una agresión en un contexto de violencia de género? Esta pregunta, en mi opinión,

debe ser resuelta con atención no precisamente a la circunstancia de quién causó la lesión, sino en quién fue competente por los sucesos lesivos. En otros términos, la cuestión debe ser reconducida en términos de imputación objetiva.

Cuando se produce un determinado hecho lesivo pueden existir diversas explicaciones al respecto. Ejemplo de ello puede ser que el comportamiento del autor explique el conflicto. En el caso de autos nos estaríamos refiriendo a la conducta de la madre, núcleo central de la tesis acusatoria. También, el suceso lesivo podría explicarse por el comportamiento de una tercera persona, como bien refiere el tipo penal previsto en la ley 24.270. Finalmente, puede ser posible que el conflicto se explique por quien ha sido afectado por la conducta, es decir en el caso de autos por el comportamiento del padre, esta última hipótesis es la que transformaremos en tesis a continuación.

En este sentido, entiendo que el comportamiento del padre agresor en el contexto de violencia de género descrito en el apartado anterior es el que explica la elusión de la agresión llevada adelante por M.L.R.C., retirándose de la provincia de la Mendoza, y procurando el salvamento del hijo de, al menos, presenciar la inminente situación de violencia; lo que entiendo también genera una situación de violencia para el niño. En otras palabras, el padre que ejerce violencia contra la madre delante de su hijo, también ejerce violencia contra este último en su faz psicológica al someterlo a presenciar aquellos actos.

La pregunta relevante que surge entonces es ¿puede considerarse al padre responsable del conflicto generado? La respuesta, a mi criterio, es afirmativa. Ello en tanto José Lima es quien agredió físicamente a M.L.R.C. en su domicilio y a partir de allí continuó buscándola incesantemente en los pocos lugares en lo que podía resguardarse que, como se ha dicho, Malena M.L.R.C. de conocimiento de su ex pareja. Acredita lo denunciado por Malena Reyes Cortelezzi lo declarado por Nancy Cuello durante el debate.

Así, esto explica que al haber sido José Lima el generador del contexto de violencia de género vivenciados por madre e hijo, si bien es Reyes Cortelezzi quien se traslada a la Ciudad de Buenos Aires junto al niño, es

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

competencia del padre agresor el haber generado las situaciones de violencia y peligro para la integridad personal de Malena Reyes Cortelezzi y la exposición al riesgo del menor de edad. Dicho de otro modo, a pesar de ser la madre quien fácticamente se llevó consigo al niño, la explicación del conflicto nos reconduce necesariamente al comportamiento del agresor, por lo que este último es competente por los sucesos lesivos ocurridos y no ella.

Por su parte, y con relación a la figura tipificada en el art. 239 del CP, es posible formular dos razonamientos que demuestran que el mismo no se ha configurado. Por un lado, bien podría afirmarse que Malena Reyes Cortelezzi desobedeció la orden para salvaguardar su vida y resguardar la salud física y psicológica de su hijo. Ello se traduciría en un estado de necesidad agresivo, en la medida en que causo un mal para evitar otro mayor al que fue extraño. Sin embargo, entiendo relevante aclarar que el peligro del que procuró resguardarse Malena Reyes Cortelezzi es reconducible a la actuación de José Lima y no el mero infortunio de un evento de la naturaleza, lo que poseería una estructura similar a la de la autoría mediata. Es decir, es el padre del niño quien puso a la madre en la situación de tener como única opción la conducta realizada y por ello habría una instrumentalización de aquélla para actuar como lo hizo.

Por otro lado, entiendo que concurren razones que impiden sostener que Reyes Cortelezzi haya desobedecido la orden judicial y no se sometió a la autoridad judicial, las que surgen de las actuaciones que constan en la causa y de los hechos ocurridos en contexto de violencia de género y agresión inminente bajo la que se encontraba. Así, ha quedado acreditado en las constancias de la causa que Malena Reyes Cortelezzi desde el momento en que logró huir del domicilio de José Lima acudió al sistema judicial para poner en conocimiento de cada uno de sucesos que estaban ocurriendo y se sometió a su jurisdicción. En efecto, consta en las actuaciones su asistencia en dos ocasiones durante la noche del 6 de noviembre de 2017 a la oficina fiscal a denunciar las comunicaciones telefónicas, informando su partida hacia la Ciudad de Buenos Aires. De igual manera, también obran en la causa la denuncia ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su informe a oficina fiscal de Mendoza de

ello, entre otros. En este sentido, los hechos acreditados demuestran que el control sobre el ejercicio de los derechos del niño y del padre, en cuanto a régimen de comunicación se trata, nunca fueron ajenos al sistema de justicia. Conforme a lo explicado, puede decirse que fácticamente no hubo desobediencia a la orden judicial en la medida en que Malena Reyes Cortelezzi siempre se sometió a la autoridad judicial informando cada decisión y conducta que llevaba a cabo, con la posterior remisión de las constancias que acreditaron lo explicado por ella en cada momento. Por ello, entiendo que ha quedado acreditado en autos que no existió la desobediencia atribuida, así como tampoco evasión a la autoridad judicial, sino un sometimiento constante a la autoridades judiciales por parte de Malena ha quedado acreditado en autos. Pero, aun cuando se considerara haber existido desobediencia, este se explicaría por el comportamiento del padre agresor que llevó a Malena Reyes Cortelezzi a huir de la provincia para asegurar su integridad personal y resguardar la salud física y psicológica de su hijo. Ello, tampoco conduciría a la responsabilidad de Malena Reyes Cortelezzi.

En síntesis, y como se explicó, por una parte, y con relación al impedimento de contacto, la partida de Malena Reyes Cortelezzi de la provincia de Mendoza junto a su hijo hacia la Ciudad de Buenos Aires constituye la elusión de una agresión ya inminente en un evidente en un contexto de violencia de género reconducible a José Lima. Por otra parte, respecto a la desobediencia de la orden judicial, el sometimiento constante de Malena Reyes Cortelezzi a la autoridad judicial desde el comienzo de los hechos investigados impide concluir, también, sobre la concurrencia de la figura atribuida.

En conclusión, luego de analizar el plexo probatorio y las constancias de la causa estimo que no le asiste razón al recurrente en cuanto a su afirmación de que existen suficientes elementos para condenar a Malena Reyes Cortelezzi por los hechos objeto de investigación en las presentes actuaciones. De tal manera, corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO,
DIJO:**

I.- Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la parte querellante. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús», «Alaniz Pineira», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación con la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género que «[...] *que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales*».

Destaqué también que «[...] *los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género*».

En función de ello entendí -en términos aplicables al sub *lite*- que «[e]n el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención «Belém do Pará»; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección

integral a las mujeres)».

Con base a los conceptos reseñados, entiendo que la jueza sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para llegar a la solución absolutoria adoptó la necesaria perspectiva de género que la temática en estudio demanda.

II.- En otro orden, no puedo dejar de señalar que en la presente causa no se adoptaron las medidas conducentes a la prevención de la integridad y vida de la mujer víctima de violencia de género contemplada en las convenciones internacionales, con el fin de evitar la reiteración de los hechos de violencia.

Preliminarmente, no debe soslayarse que la realidad demuestra que son los medios de comunicación y las redes sociales las que visibilizan la temática, ante los escasos datos estadísticos disponibles. Si bien nuestro país posee una variedad de instrumentos normativos, jurídicos y recursos de protección, no siempre garantizan la efectiva y oportuna protección a las mujeres víctimas de violencia. Ello deriva en que pocas mujeres acuden al sistema judicial para exigir la garantía de su derecho a una vida libre de violencia; y cuando lo hacen, son altísimos y diversos los impedimentos y requisitos que imposibilitan un acceso rápido, ágil y efectivo para lograr la protección de sus derechos.

De este modo, del relato de los hechos detallados precedentemente en el voto de mi colega preopinante, se advierte que Malena Reyes Cortelezzi, la que no es oriunda de esta provincia y que se encontraba temporalmente en Mendoza; el día 6 de noviembre de 2017, luego de haber sido sometida a hechos de violencia por parte de su ex pareja, solicitó dos veces ayuda al servicio de emergencia 911, la cual no tuvo respuesta del personal policial.

En ese contexto, se resalta que la Sra. Reyes Cortelezzi debió tomar decisiones inmersas en una situación de extremo estrés y vulnerabilidad, sin embargo, siempre insistió en pedir ayuda o auxilio a los órganos estatales del sistema de seguridad pública.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Es decir, ante la inacción de las fuerzas policiales, se dirigió al sistema judicial, en dos oportunidades a la Oficina Fiscal N° 18, del Barrio UNIMEV, siendo en la última ocasión derivada a la Unidad Fiscal N° 9 de Guaymallén, exponiendo en todo momento que no tenía en la provincia muchas personas a las que acudir y que su ex pareja era consciente de ello.

Frente a la pasividad demostrada por el sistema judicial y el temor de no encontrar garantías suficientes de resguardo, tomó la decisión de salir de la provincia y dirigirse a Buenos Aires, donde reside su familia. Posteriormente, y ya en la referida provincia, denunció los hechos acontecidos ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Claramente, se advierte que el Estado provincial no comprende, no acompaña ni actúa frente a lo que le sucede a una mujer víctima de violencia de género, inmersa en el ciclo de violencia. Es decir, se evidencia una deficiente política pública, como así también, un déficit en el abordaje integral en materia de violencia de género.

En efecto, no hay una concientización para incorporar la perspectiva de género en todo lo concerniente a las políticas públicas y sociales, lo cual implica que los responsables de su definición, diseño, implementación y seguimiento no puedan identificarlas y ejecutarlas desde el paradigma de protección de las niñas, adolescentes y mujeres. Esto requiere deconstruir modelos, un profundo cambio de mirada y una revisión permanente de las acciones que se instauran.

En este sentido, «[1]a estrategia de compromiso político del Secretario General de las Naciones Unidas para poner fin a la violencia contra las mujeres para el 2020-2021, insta a los gobiernos a tomar las siguientes acciones: † Financiar prioritariamente un paquete de servicios esenciales que incluya la prevención de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, Prevenir con políticas nacionales de tolerancia cero hacia la violencia de género contra las mujeres † Responder con medidas explícitas para que los servicios a las sobrevivientes de violencia de género se mantengan o que se adopten como

servicios esenciales y se garantice el acceso continuo al sistema de justicia penal.
‡ Recopilar datos para mejorar servicios y programas de violencia de género»
(<https://www.cepal.org/es/publicaciones/46422-enfrentar-la-violencia-mujeres-ninas-durante-despues-la-pandemia-covid-19>, consultado 02/03/2021).

En concreto, una de las limitantes que padeció la víctima, no sólo se trató de la inacción de los operadores públicos, sino la desconexión de los datos, y frente a ello, la falta de respuesta y contención del Estado. Dicho de otra manera, la disponibilidad de la información se encuentra parcializada, fragmentada, dispersa y excesivamente focalizada.

Es así que, cursando el siglo XXI y con el avance tecnológico existente, es menester la incorporación e implementación de sistemas digitales interoperativos e interoperables entre todos los órganos estatales, que permitan el almacenamiento y consulta de información en materia de violencia de género garantizando el uso y disponibilidad de los datos, siempre bajo los lineamientos de seguridad y protección de datos personales (Ley 25.326) y la no victimización o exposición de mujeres.

Esta situación no es ajena al propio Poder Judicial de Mendoza, que resuelve de manera individual, particular, sectorizada, sin decisiones o visiones sistémicas, sin integrar y consolidar datos, sumado a la excesiva temporalidad en lograr una respuesta.

En el presente caso, ningún órgano estatal disparó alguna alerta, no hubo posibilidad de que la víctima pudiera tener acceso a la información, por ejemplo, de hogares de día o de cuidado, como herramienta o mecanismo de contención, en especial, con la dificultad que tenía al no ser una persona oriunda de esta provincia.

Es decir, la información no se encuentra disponible, accesible, de fácil comprensión y asequible por parte de las/los ciudadanos, cuando en pleno siglo XXI, el desarrollo de la información y el uso de las nuevas tecnologías, al menos desde un celular, se encuentra masificado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por otro lado, se advierte que la red de organismos públicos y actores estatales involucrados en el caso dan cuenta de que no se da respuesta en tiempo oportuno o razonable a la problemática de las mujeres inmersas en distintas situaciones de vulnerabilidad.

Del mismo modo, es paradigmático que estemos transitando este siglo, de gran presencia en el despliegue de las nuevas tecnologías, y no podamos contar con una base de datos digital integrada que permita identificar casos de riesgo y vulnerabilidad en materia de violencia de género.

Así, *«[e]n la mayoría de los países de la región, el ciudadano asume un rol de mensajero para completar sus trámites. En efecto, el 40% de los trámites que se hacen en la región son de identidad o registro (Latinobarómetro, 2017). Esto sucede en gran parte porque no hay suficiente coordinación entre las instituciones del gobierno, que no se comunican entre sí ni intercambian la información que ya tienen acerca de los ciudadanos»* (Benjamín Roseth, Angela Reyes, Carlos Santiso, editores, 2018, Fin del trámite eterno: ciudadanos, burocracia y gobierno digital, BID, p. 25).

En este sentido, Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha dicho recientemente *«[...] tenemos que recopilar y desagregar datos, romper el silencio estadístico, con la participación de todos los actores de la sociedad»* (Alicia Bárcena: Llamamos a un compromiso reforzado para erradicar la “pandemia en la sombra” de la violencia contra las mujeres y las niñas en la región en versión electrónica:<https://www.cepal.org/es/comunicados/alicia-barcena-llamamos-un-compromiso-reforzado-erradicar-la-pandemia-la-sombra-la>, consultado 1/03/21), pero especialmente, en cabeza y responsabilidad del estado, en nuestro caso, del estado provincial.

Ello por cuanto *«[l]a recurrencia de agresiones graves contra mujeres y niñas interpela a la sociedad en su conjunto y vuelve urgente la acción colectiva. La atención, la protección y la restitución de derechos de quienes han atravesado situaciones de violencia doméstica exigen el esfuerzo mancomunado*

de instituciones y organizaciones diversas» (Valdés, René Mauricio, Coordinador Residente Sistema de Naciones Unidas en Argentina, texto publicado por la Oficina de la Mujer-Corte Suprema de Justicia de la Nación, material utilizado en el Curso Taller sobre violencia doméstica - Oficina de la Mujer - CSJN - Comisión Nacional de Acceso a justicia - Dirección de la Mujer - Suprema Corte de Justicia de Mendoza).

En definitiva, –según advierto– el Ministerio Público Fiscal debió considerar el marco normativo que define nuevas políticas criminales para este sector vulnerable de la población, al establecer la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre y hacia la mujer.

En esta misma línea, art. 7° de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de *Belém do Pará*, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley N° 24.632/96, en su artículo 7, estipula en tal sentido que los Estados Partes convienen en que deben: «*b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*», «*d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*», y «*f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos*».

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa en el art. 2 que: «*Los Estados Partes ...se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación».

En este mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), exhorta a los Estados partes para que apliquen medidas eficaces de protección para ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales, mediante «[...] i- *La protección de su privacidad y seguridad, de conformidad la recomendación general núm. 33, en particular mediante procedimientos judiciales y medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género, teniendo en consideración las garantías procesales de las víctimas...*» (Recomendación general num. 35).

Se concluye de todo lo reseñado que frente a un proceso penal en trámite, donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta condición necesaria para que los distintos operadores del derecho puedan cumplir con su cometido de sancionar ese tipo de delitos, que sea preservada durante la tramitación del proceso la integridad psico-física de la mujer, asegurando de esta forma, un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que: «*el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos*» (Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, supra nota 4, párr. 199).

De igual modo, en el caso «Kawas Fernández», la Corte aceptó la aplicación de medidas provisionales necesarias para asegurar eficazmente la protección de la vida e integridad de un testigo, indicando que para cumplir con la obligación de investigar, conforme al artículo 1.1 de la Convención, el Estado

debía haber adoptado de oficio y de forma inmediata las medidas suficientes de protección integral e investigación frente a todo acto de coacción, intimidaciones y amenazas a testigos e investigadores (Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Solicitud de Medidas Provisionales, 29/11/2008).

Lo analizado resulta relevante, en tanto las omisiones por parte de los distintos agentes estatales en el caso bajo estudio, puede configurar un caso de violencia institucional contra la mujer, susceptible de generar responsabilidad internacional en el ámbito del sistema regional de protección de los derechos humanos. Al respecto, la referida ley 26.485 define esta modalidad de violencia como «[...] *aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley [...]*» (art. 6 inc. b).

En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan para que este sector vulnerable de la población ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver las cuestiones propuestas en los agravios desarrollados en el recurso de casación articulado por el querellante particular, coincido con la solución a la que se arriba el voto preopinante respecto del rechazo de la impugnación y la consecuente confirmación de la sentencia absolutoria dictada por la jueza de la instancia anterior, pero estimo oportuno señalar que difiero con los fundamentos jurídicos reseñados al efecto. Ello, en tanto, adelanto desde ya, que entiendo en autos cabe resolver, tal como lo hizo la sentenciante, por el principio de la duda previsto en el art. 2 del CPP.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Someramente, en todo proceso penal la duda es un estado subjetivo que existe desde el inicio mismo de las actuaciones y es el órgano encargado de la investigación penal preparatoria quien debe disiparla con su actividad procesal en orden a la obtención de pruebas que permitan despejar esas dudas respecto del esclarecimiento de los hechos objeto del proceso.

Esa duda, como bien señalan todos los autores, deben ser aclaradas antes de la resolución final pero sin embargo, y adelanto que entiendo es lo acontecido, al momento de la sentencia puede persistir y el juzgador debe resolver tal como se lo exige la norma procesal, haciendo aplicación del principio del *in dubio pro reo* absolviendo al acusado.

Como señala la doctrina local: «[D]esde el punto de vista que aquí interesa la duda juega como concepto opuesto al de certeza. Ambos son estados subjetivos del juez y para su análisis es necesario adentrarse en la teoría del conocimiento ... la certeza implica un estado subjetivo del juez en virtud del cual tiene el pleno convencimiento de que a través de la prueba legalmente introducida al proceso ha podido llegar a reconstruir el hecho histórico objeto del proceso. Por el contrario, la duda es un estado subjetivo en el cual existe una situación de ambivalencia. Se piensa en la posibilidad de estar en posesión de la verdad, pero a la vez se advierte la existencia de elementos de juicio que controvierten esa posibilidad. Y no hay en el proceso modo de traspasar esa situación en la que concurren elementos positivos y negativos» (Coussirat, Jorge Alfredo y otros, “Código Procesal Comentado de la Provincia de Mendoza”, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 28).

Principalmente y dado que los antecedentes de la causa y los argumentos del recurrente han sido compendiados por el voto preopinante, debo señalar que el querellante particular considera que la sentencia deviene argumentativamente contradictoria, en tanto refiere por momentos la existencia de equilibrio entre los elementos de cargo y de descargo impositivos de alcanzar el grado de certeza requerido para una sentencia de condena, para luego esbozar supuestos de atipicidad y/o de justificación que la tornan ininteligible y en este

camino argumental, violatorio del debido proceso, del derecho de defensa y del derecho a recurrirla en forma eficaz.

A tal efecto considera que la jueza *a quo* afirma de manera dogmática la existencia de tal equilibrio al omitir mencionar y ponderar cuáles son los elementos de cargo y de descargo para arribar a dicho equilibrio, ostentando una fundamentación aparente y global y apartándose de las constancias de la causa que, a su juicio, dicen lo contrario, con basamento exclusivo en los dichos de la acusada en el debate, cuando tanto para el acusador público como para su parte, esta última no hizo sino reconocer lisa y llanamente los hechos sino que además estos dichos debieron ser valorados a la luz de la pericia de fs. 129 de los autos P-152.535/17 venidos AEV.

Cuestiona también la sentencia en cuanto referencia que el caso debió ser remitido a la justicia de familia siendo el Derecho Penal la *última ratio*, al señalar que se estaba frente a un despropósito procesal, reiterándose aquel interrogatorio acerca del motivo de la absolución, añadiendo violación a la sana crítica racional al no respetarse los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido. También indica que si bien el órgano jurisdiccional tiene libertad para meritar aquellos elementos probatorios que considera decisivos para sentenciar, ello encuentra un límite en las disposiciones del art. 416 inc. 4 del CPP.

Afirma que la sentencia dedica gran parte del tiempo en sostener que la presente causa no se analizó en un contexto general, concretamente respecto a los autos venidos AEV, contexto de violencia de género y no un mero incumplimiento familiar y yendo más allá entiende que la misma se ha pronunciado respecto de una causa en la que carece de jurisdicción y competencia pronunciándose acerca de la culpabilidad de su mandante con violación a las disposiciones del art. 198, inc. 1 del CPP y del principio de inocencia y *non bis in idem*, tratándose de dos objetos procesales distintos, uno de ellos en estado de investigación.

Por último sostiene que no existe estado de necesidad alguno, pues

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

el mal mayor era precisamente llevar al niño lejos de su centro de vida, tal como había ordenado la justicia de familia, y en respeto no solo de las convenciones y legislación que protegen a la mujer sino convenciones y leyes que protegen los derechos del niño que a su juicio han sido vulnerados.

Concluye que la sentencia adolece de los vicios de fundamentación aludidos que impiden tenerla como un acto jurisdiccionalmente válido debiendo ser fulminada de nulidad absoluta (arts. 155, 198, 199 y 416 inc. 4° del CPP). Por ello solicita que oportunamente se ordene su reenvío o en su caso, se falle condenando a la imputada a la pena oportunamente peticionada.

Como adelanté coincido con la solución arribada en la instancia previa en cuanto absuelve por el beneficio de la duda a la acusada de autos, no obstante referencias aisladas de las que se toma puntillosamente el querellante, pero que claramente no resultan los argumentos por los cuales se dicta la sentencia absolutoria.

Tengo para mí también, como así lo he sostenido ya en los precedentes «Mejía», «Ojeda Pérez», «Calderón Polo» entre otros, que resulta imperioso un análisis completo y pormenorizado del contexto en el que se producen los hechos, más cuando nos enfrentamos a cuestiones vinculadas a disputas familiares y/o de violencia doméstica o de género.

En este sentido ha hecho mucho hincapié el querellante en intentar dejar en claro que los hechos que motivaron los autos N° P-152.535/17 resultan «otros hechos», y que ello no incide en la tipificación y consumación de los delitos que se dilucidan aquí. Además, sostiene que la jueza se ha arrogado jurisdicción y competencia en ellos al afirmar la culpabilidad de José Lima en esos hechos.

Cierto es que se trata de otros hechos. También lo es que los mismos se hallan pendientes de resolver, en investigación penal preparatoria y en consecuencia, lo asiste al acusado el principio de inocencia hasta que en ellos recaiga sentencia definitiva.

Sin embargo, los hechos investigados en la presente causa deben ser analizados dentro del contexto en que los mismos se sucedieron, pues comparto con la sentenciante que fueron éstos el motivo que determinara a la acusada a trasladarse a Buenos Aires junto a su hijo menor de edad; porque resultan prueba debidamente incorporada en autos y porque, entre otras cosas, la pericia que la misma querrela invoca en su favor se ha rendido en esas actuaciones.

A ello debe sumarse que durante el transcurso del debate declaró el querellante, Marcelo José Lima, e hizo lo propio la acusada, Malena Reyes Cortelezzi. Ambos brindaron dos versiones diametralmente opuestas a lo acontecido el día 06 de noviembre de 2017, un día antes de la radicación de la denuncia que encabeza estos obrados. Por un lado, José Lima sostuvo que nunca estuvo con Reyes y que, por el contrario, fue ésta quien le requería, telefónicamente, ir a su domicilio a fin de buscar ropa para su hijo porque se le había ensuciado la que llevaba habiendo, incluso ese mismo día comparecido a una escribanía en la que esperó afuera para no encontrarse con Reyes asistiendo en su representación su abogada. Por el otro, ésta afirma haber ido hasta el domicilio de éste con el hijo menor de ambos, haber sufrido lesiones y haber sido atada con un cable a una mesa impidiendo que se retirase; versión esta coincidente con la denuncia de fs. 1/5 de los autos N° P-152.535/17, logrando escaparse en momentos en que éste se dirigiera al baño.

Adujo también José Lima que, como ya la conocía y ya le había hecho otras denuncias falsas de las que resultó sobreseído, brindando datos de los mismos al propio fiscal y querellante, evitaba encontrarse con ella, justificando de este modo la razón por la que no ingresara a la escribanía y negara que ella ingresara a su domicilio ese día 6 de noviembre de 2017, mencionando que el régimen de visitas y comunicación lo canalizaba a través de su hermano o de sus padres.

Relató largamente lo acontecido en estos obrados, el modo en que tomó conocimiento de la ausencia del menor, las diligencias practicadas para dar

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

con su paradero que incluyeron tareas de investigación contratadas, hechos anteriores de similar tenor acaecidos en el mes de junio de 2017 y que desembocaron en un acuerdo privado luego de una medida precautoria por ante la justicia de familia, trámites sobre los que también tanto el fiscal como el querellante lo interrogaron al efecto, refiriendo que al momento de presentarse a radicar la denuncia es cuando resultó imputado, sin mediar palabra, en los autos N° P-152.535/17.

Contrariamente, Malena Reyes se ajustó al relato de los hechos del día 6 de Noviembre de 2017 de la denuncia y declaración testimonial posterior de fs. 08/09, refirió circunstancias anteriores de violencia verbal, y adujo temor y falta de contención por encontrarse sola en Mendoza, sin familia, sin tener adónde ir, decidiendo por ello trasladarse por sus propios medios en busca de la contención de su familia a Buenos Aires, dando cuenta de cada uno de sus pasos a la justicia en forma inmediata.

El relato de Reyes Cortelezzi encontró corroboración, en las llamadas al CEO que dijo haber realizado y que dan cuenta fs. 124 y vta. las constancias de lesiones y daños en la ropa del acta de *visu* de fs. 30. Del mismo modo cabe considerar el testimonio rendido en el debate por Nancy Nora Cuello, quien no sólo corrobora que iba a asilar en su hogar a Reyes y su hijo V. esa noche sino que fue ella misma, ante temores fundados en la presencia de una camioneta en el callejón de su domicilio, y que creyó podía ser la de José Lima, quien le solicitó que no compareciera a su domicilio aportando circunstancias coincidentes acerca del hecho que le refiriera la propia Reyes con posterioridad al quedarse ella intranquila por lo acontecido. Del mismo modo, adujo haber recibido amenazas que si bien deduce provinieron de José Lima, el tenor de las mismas, coinciden con su rol de testigo de los hechos, haciendo mención también a que radicó la pertinente denuncia y aportó la captura de pantalla a la autoridad policial sin haber obtenido luego ninguna respuesta.

Sin embargo, como afirmara con anterioridad, la presente denuncia se halla en plena investigación fiscal sin siquiera requerimiento de citación a

juicio. No obstante, estimo que las probanzas reseñadas deben ser consideradas indicios que deben ser analizados con el resto del plexo probatorio.

Cierto es también que, tal como surge de las constancias de fs. 28, fs. 37 y 38 y fs. 45/63 de los autos venidos AEV N° P-152.535/17, Malena Reyes se sujetó a la autoridad judicial tanto de nuestra jurisdicción, a la que le informara que estaba en la provincia de Buenos Aires y le aportara su número de teléfono, así como la fotografía del certificado médico de su atención en la provincia de San Luis, como de Buenos Aires a través de su comparecencia a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiendo respecto de éstos la misma calidad de indicios que hemos sostenido en el párrafo anterior. Del mismo modo, la constancia de fs. 28 se agrega a fs. 13 y 14 de los presentes obrados y fs. 21. Ello así por cuanto ambos expedientes, claramente vinculados, se originaron en la misma Oficina Fiscal N° 18 de Guaymallén, lo que además explica por qué razón fue imputado en los autos N° P-152.535/17 José Lima no bien llegó a radicar la denuncia en estos obrados, como lo señalara en el debate.

El denunciante, sí corroboró el trámite realizado ese día en la escribanía por Reyes, tal como surge de fs. 73 de los autos AEV pero, sin embargo, no surge la hora en la que dicho trámite se efectuara ni quiénes comparecieron además de ésta. Por otra parte tampoco se ha rendido en esa causa el testimonio del hermano o de los padres de éste, ni ofrecido en éstos los mismos a fin de que pudieran aportar elementos de juicio corroborativos. A su vez, ni siquiera se amplió la denuncia que encabeza estas actuaciones, tal como sí se realizara recién en el debate.

Ahora bien, la sentenciante encontró como motivo central de la ausencia de certeza necesaria para una sentencia de condena –respecto de los extremos del hecho ilícito en cabeza de Reyes Cortelezzi–, el despropósito probatorio que desembocó en un despropósito procesal en las actuaciones. Ello, pues debería haberse solucionado el conflicto en el fuero de familia, afirmación de la que se toma el querellante para aducir que se estaba refiriendo a un supuesto de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

falta de tipicidad y de ese modo argumentar en favor de la arbitrariedad de la sentencia por fundamentos contradictorios.

Sin embargo, efectivamente de la atenta compulsa de las actuaciones surge que ya a fs. 3/5 el propio denunciante acompaña convenio del Sexto Juzgado de Familia de fecha 26 de octubre de 2017, que a su vez dispuso se retomara el acuerdo de fecha 14/06/2016, con desistimiento de determinados expedientes, debidamente referenciados y del que surge la obligación de respetar el centro de vida del menor en Mendoza así como la denuncia del domicilio de la madre en calle Pueyrredón de ciudad (ídem a fs. 72). A dichos expedientes se remiten permanentemente durante la instrucción de la presente causa y del registro audiovisual de la audiencia de debate se advierte claramente la falta de acabado conocimiento del trámite, constancias y medidas allí practicadas por las partes, pero por sobre todo por parte del representante del Ministerio Público Fiscal.

Del mismo modo a fs. 17/18 se agregan los antecedentes de José Lima y Reyes Cortelezzi. El primero ostenta los autos N° P-51.411/16 por el delito de coacciones, N° P-16.628/16 por el delito de amenazas y N° P-152.535/17 por lesiones leves calificadas, ambos en calidad de acusado siendo la denunciante Reyes Cortelezzi. A su vez, ésta fue denunciada en los autos N° P-41.201/16 y N° P-45.085/16 por el delito de Impedimento de contacto.

El querellante se presenta a fs. 56/73 y denuncia la existencia de estos dos últimos expedientes y aduce que en los autos en los que se encuentra imputado ha sido sobreseído porque se ha tratado de causas falsas, acompañándose únicamente un impreso de sistema suscripto por el secretario de la UFI N° 5 de la que surgen que los mismos han sido archivados por sobreseimiento a fs. 66/67. Más aún, surge de fs. 77 que en fecha 27 de Noviembre de 2017 es el propio fiscal quien ordenó la acumulación de los autos N° P-41.201/16 y N° P-45.085/16 por guardar estrecha relación con éstos, situación que nunca acontece.

Este extenso relato, pero necesario, me persuaden respecto a que la solución arribada en la instancia anterior resulta adecuada y debidamente fundada.

Ello así por cuanto desde el comienzo de la investigación ha surgido evidente la necesidad de contar, tanto con los expedientes que tramitaban por ante el fuero de familia como estos otros, más aun, que lo hacían en el propio fuero penal correccional.

Esta omisión en la investigación penal preparatoria, evidente en los interrogatorios a José Lima como a Reyes Cortellezzi acerca del devenir del trámite de esos expedientes por parte del Ministerio Público Fiscal hubieran, en su caso, arrimado nuevos y fundados elementos de juicio, obtenidos de propia mano por el fiscal, para analizar tanto la existencia probable del hecho como asimismo la autoría de la acusada, guiando la investigación penal preparatoria a la obtención de los fines del proceso.

El análisis debido del contexto en que se sucedieron los hechos, debía ser completo, y ello importaba asirse de todos los elementos probatorios que estaban, desde el comienzo, a disposición del titular de la acción y que surgían de las constancias de autos.

Como sostuve en el precedente «Domínguez, Daniel», en toda causa penal, la investigación y el juzgamiento de los hechos deben estar situados en el *contexto* en que han ocurrido, y resulta indiciaria, *prima facie*, la prueba producida en los autos venidos *ad effectum videndi*. En las presentes actuaciones podríamos encontrarnos ante un contexto de violencia de género que impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima (Ley 27.372). Pero, además, ese mismo contexto fáctico también requiere atender al interés superior del niño, niña y adolescente (art. 3 de la ley 26.061).

En este sentido toda sentencia debe asumir una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación de la ley 26.485 que exhorta a los operadores judiciales -ante un hecho ocurrido en contexto de violencia de género- a valorar todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes y que la perspectiva o visión de género es una «*categoría*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad» (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). La idea de igualdad surge también del texto constitucional -art. 16 de la CN y 7 de la CMza- y de la normativa internacional -Convención *Belem Do Pará*, art. 4 inc. f, entre otros (al respecto, ver los precedentes «Ojeda Pérez», «Mejía», «Calderón Polo», entre los más relevantes).

Del mismo modo también he destacado, en los precedentes referidos, que aquella ley ha impuesto un verdadero *deber jurídico* para todos los operadores del sistema de administración de justicia vinculado con la metodología de abordaje de este conjunto de conductas delictivas siendo sus destinatarios directos los órganos decisores en los procesos judiciales penales durante la investigación así como también al momento de su juzgamiento (arts. 16 y 31 Ley 26.485, que no introduce un nuevo método de valoración probatoria en casos de violencia de género, que sigue siendo el sistema de la sana crítica racional (arts. 206 y 409 del CPP) siendo su acierto establecer en forma igualitaria un método de valoración que evite la discriminación que podía surgir de prácticas derivadas de una cultura jurídica patriarcal inquisitiva que es necesario erradicar así como que el juez no debe apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particularidades de cada caso concreto, y debe atender no solo a los bienes jurídicos protegidos en las normas en juego sino a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas siendo el contexto del hecho el que determina el modo de apreciar el elemento probatorio con valor fundamental en el caso del testimonio de la víctima de violencia de género.

Todo ello me persuade acerca de que, desde el inicio de ambos expedientes surgía clara no sólo la vinculación de ambas causas sino la existencia del mentado contexto, debiendo ser éste quien guiara correctamente al Ministerio Público en su tarea investigativa y pudiera, en su caso, en un análisis debidamente contextualizado, ahondar en el plexo probatorio que le permitiera acreditar los

extremos de la acusación.

En conclusión, estimo que la sentencia analizada cumple con el requisito de contener la «*exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen*» según dispone el inc. 2 del art. 411 del CPP y que su fundamentación no es aparente ni contradictoria según exige el inc. 4 del art. 416 del CPP como condición de validez, habiendo dado razones suficientes, en base a la sana crítica, las reglas del recto razonamiento y la experiencia común.

Por las razones expuestas considero que debe contestarse de manera negativa a la primera cuestión planteada; por lo que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia cuestionada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO A. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la querrela particular.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro