

Causa n° 29605/III

"QUIROGA, ARIEL FABIÁN S/SENTENCIA CORRECCIONAL"

En la ciudad de San Isidro, a los 18 días del mes de diciembre de 2015 reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de este Departamento Judicial, Celia Margarita Vázquez, Carlos Fabián Blanco y Gustavo Adrián Herbel para resolver el recurso de apelación contra la sentencia definitiva interpuesto en la causa n° 29.605/III, seguida a Quiroga, Ariel Fabián; practicado en su oportunidad el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Vázquez, Blanco y para el caso de disidencia el juez Herbel (conforme art. 440 del C.P.P. y acuerdo ordinario n° 1786).

ANTECEDENTES

El Sr. Juez Correccional nro. 3, Hernán Sergio Archelli decidió condenar a Ariel Fabián Quiroga a la pena de 1 año de prisión, de ejecución condicional, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad y violación de domicilio ocurrido el día 16 de octubre de 2014 (arts. 150 y 239 del Código Penal, y arts. 371, 375, 530 y 531 del Código Procesal Penal), y disponer que por el plazo de 4 años el condenado deberá cumplir con las siguientes reglas de conducta: fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados Provincial y abstenerse de relacionarse conflictivamente con la víctima, lo que implica evitar cualquier tipo de hostigamiento, agravio, violencia verbal o física, mortificación en sus costumbres, sentimientos o perturbación de cualquier modo de su intimidad y vida social; como así también acatar todo tipo de restricción y orden emanada del Juzgado de Familia N° 6 deptal. (arts. 27 bis inc. 1 y 8 del C.P., 182 Y ss de la ley 12.256).

La sentencia fue recurrida por El Sr. Defensor Oficial, Matías Alejandro Mancini.

La causa quedó radicada en esta Alzada y practicadas las diligencias de rigor el Tribunal planteó y votó las siguientes:

CUESTIONES

PRIMERA: ¿Es admisible el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

TERCERA: ¿Que pronunciamiento debe dictarse?

A la primera cuestión la Jueza Celia M. Vázquez dijo:

El recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Matías Alejandra Mancini, ha sido presentado en término, las impugnantes posee legitimación personal, la sentencia definitiva constituye uno de los supuestos legales en los cuales se otorga esta vía recursiva, y se han observado las formas requeridas para la interposición, por lo que propicio se lo declare admisible. (arts. 380, 421, 433, 439, 441, 442, 443 ss. y cc. del C.P.P. según ley 11.922 y sus modificatorias).

A la primera cuestión el Juez Carlos F. Blanco dijo:

Adhiero al voto de la jueza Vázquez por los mismos fundamentos. Así mi voto (arts. 168 y 171 de la C.P.B.A. y 106 C.P.P.).

A la segunda cuestión la Jueza Celia M. Vázquez dijo:

I.- Viene el presente a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. defensor oficial contra la sentencia, de fs.92/100 por la cual el Sr. Juez Correccional, Hernán Sergio Archelli decidió condenar a Ariel Fabián Quiroga a la pena de 1 año de prisión, de ejecución condicional, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad y violación de domicilio ocurrido el día 16 de octubre de 2014 (arts. 150 y 239 del Código Penal, y arts. 371, 375, 530 y 531 del Código Procesal Penal), y disponer que por el plazo de 4 años el condenado deberá cumplir con las siguientes reglas de conducta: fijar

residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados Provincial y abstenerse de relacionarse conflictivamente con la víctima, lo que implica evitar cualquier tipo de hostigamiento, agravio, violencia verbal o física, mortificación en sus costumbres, sentimientos o perturbación de cualquier modo de su intimidad y vida social; como así también acatar todo tipo de restricción y orden emanada del Juzgado de Familia N° 6 deptal. (arts. 27 bis inc. 1 y 8 del C.P., 182 y ss de la ley 12.256).

El sentenciante dio por probado según su razonada convicción que **“Ariel Fabián Quiroga el día 16 de octubre de 2014 entre las 11:00 y 13:00 hs ingresó, por el fondo de la vivienda ubicada en la calle Pasaje del sol, casa 24 de la localidad de Boulogne, partido de San Isidro, contra la voluntad de la ocupante de la misma, Sra. Antonella Andrea León, desobedeciendo además de esta manera la orden impartida por la Dra. Sandra Fabiana Veloso, titular del juzgado de Familia N° 6 Departamental en el expediente N° SI-36465-2012, caratulado: “León Antonella Andrea c/Quiroga, Ariel Fabián s/protección contra la violencia familiar (ley 12569), consistiendo dicha medida en la prohibición de permanecer en un radio inferior a trescientos metros de la vivienda, orden que se encontraba vigente habida cuenta que fue impartida por el plazo de 60 días en fecha 4 de septiembre de 2014, de la cual se encontraba debidamente notificado y enterado.”**

Valoró para ello que lo relatado por los funcionarios policiales intervinientes en el procedimiento resultó conteste entre sí, y sin contradicciones, lo que, en su opinión, permitía conformar un cuadro probatorio sólido respecto del hecho en su exteriorización material.

Respecto del testimonio brindado por la víctima, Antonella Andrea Leon, entendió que el mismo fue sincero, transmitió emoción y sus dichos guardan relación con los testimonios brindados por los funcionarios intervinientes en el procedimiento, como así también con la prueba documental consistente en la orden de prohibición de acercamiento emitida contra el imputado quien fuera su ex pareja. Consideró que León fue

contundente no sólo al relatar el acontecimiento que le tocó vivir y que es motivo de este enjuiciamiento, sino que recreó con genuina espontaneidad y plena credibilidad la sucesión de maltratos a la que fue sometida por el aquí acusado, lo que motivó su separación.

Consideró a la declaración del imputado auto involucrante respecto de los delitos de desobediencia y violación de domicilio, toda vez que reconoció que no evitó transgredir la orden judicial de acercamiento a menos de 300 metros de la casa de su ex pareja teniendo cabal conocimiento de la misma, y que de todos modos ingresó al domicilio, donde dijo que estuvo comiendo unos sándwiches de mortadela con sus hijos. También destacó el desprecio que había mostrado Quiroga por la madre de sus hijos y víctima de autos, al referirse reiteradamente a ella como “esta mina”, actitud que desde la regla de la sana crítica el *a quo* consideró que avalaba lo testimoniado por León en relación al maltrato y violencia de género a la que había sido sometida por aquel.

Tuvo en consideración la copia de la resolución dictada por la Sra. Juez del Juzgado de familia N° 6 de San Isidro, el informe actuarial de fs. 21, en cuanto da fe que el imputado se encontraba debidamente notificado de la medida posteriormente transgredida, y muy especialmente los dichos del propio imputado reconociendo que ingresó al domicilio de su ex mujer, que permaneció allí por un lapso de tiempo de aproximadamente de cinco o seis horas, que comió junto a sus hijos y que sabía que esto no le estaba permitido en virtud de la orden de prohibición de acercamiento a menos de 300 metros del domicilio de la mujer.

En cuanto al testimonio de María Isabel Díaz destacó por el contrario que la misma había demostrado parcialidad por animosidad hacia la víctima, de quien refirió estar enojada por la forma que se desempeña en su rol de madre. Afirmó que no era una buena madre. El Magistrado entendió que lo que relató sobre su actuación resultaba muy contradictorio y por ende poco creíble, pues dijo que dio aviso a Quiroga porque le dio miedo la situación de ver que los niños estaban solos en la calle, pero, paradójicamente nada hizo

para prevenir algún peligro ni para prestarle asistencia o dar aviso a la autoridad policial o personas más próximas, teniendo en cuenta la situación de desamparo que supuestamente estaba presenciando.

Respecto de los eximentes planteadas por la defensa, el Magistrado consideró que le asistía razón al Sr. Fiscal en cuanto a que lo que acá se debe tener en cuenta es la inminencia y la ley permite situaciones límites y en el caso que nos ocupa, el imputado no pensó otra posibilidad o alternativa a la consumada antes de desobedecer la orden, tuvo tiempo y pudo recurrir a otras posibilidades y su accionar no se encuentra justificado.

Explicó que su propia declaración demostraba que él mismo ni siquiera valoró una situación de peligro que lo obligara a actuar para evitar un mal mayor. Habría tomado conocimiento que supuestamente sus hijos estaban solos a las seis o seis treinta de la mañana pero sin embargo reconoció que recién se constituyó en el lugar aproximadamente a las once horas. Consideró esta actitud demostrativa de que no evaluó una situación de peligro y que su presencia en el lugar no pudo tener por objeto evitar ningún mal inminente, y que tampoco alegó motivos sustanciales que le impidieran actuar con premura, aún si se admitiera la apreciación de peligro, ya que dijo que no fue antes porque estaba trabajando y tenía que hacer unos viajes. Le resultó muy notorio que ni siquiera hubiera recurrido a las autoridades para dar parte de la situación con el fútil argumento de que está cansado de hacer denuncias. En su opinión, no es verdad, como había manifestado la defensa en el debate que Quiroga no hubiera podido actuar de otra manera que no fuera la de desobedecer la orden impartida por el Juzgado de Familia de acercamiento a la casa de su ex mujer, toda vez que el mismo manifestó en la audiencia que tuvo que hacer un viaje como chofer de remis y por esa razón llegó a eso de las once de la mañana y no más temprano cuando fue alertado, circunstancias que bien pudo voluntariamente desistir para evitar ese supuesto mal mayor al cual alude tampoco existió, dado que al decir de los testigos era usual que sus hijos estuviesen afuera temprano en la mañana.

A su criterio también demuestra que es falso lo afirmado por Quiroga relativo a que estuvo con los chicos y que su ex mujer llamó a la policía recién cuando llegó a las once treinta de la mañana, ya que había quedado corroborado por todos los testimonios que la intervención policial se produjo recién en horas de la tarde, aproximadamente a las 18 hs, tiempo en que Quiroga permaneció en la vivienda, violando con conocimiento y voluntad que también queda demostrada por la persistencia, la intimidad con la víctima y la orden restrictiva que no desconocía.

Respecto de la alegación de la defensa en relación a la denuncia que el imputado había hecho en contra de la madre de sus hijos por haberlos dejado solos para irse a bailar, o bien el escrito comunitario de fs. 66/7, el Magistrado advirtió que la denuncia mencionada no convalidaba la actuación de Quiroga pues éste no se había constituido en forma inmediata de modo que pudiera presumirse que su presencia se debió a la existencia de prevenir un mal grave e inminente, ni recurrió a la autoridad para dar parte de una situación de esta naturaleza. Su permanencia durante largas horas en el teatro de los hechos extendiendo voluntariamente la afectación de los bienes jurídicos protegidos es demostrativo de su actuar doloso. Asimismo entendió que nada aportaba la nota vecinal, pues por un lado la redacción del texto corresponde al imputado, escrita en primera persona, y por otra, advierte parcialidad y fragmentariedad de la información, ya que en la misma se dice que el imputado se hace cargo de la alimentación y cuidado de los niños, pero en realidad los mismos viven con la madre. También suscribieron los vecinos que la madre había hecho abandono de hogar hacía 6 meses, mientras que Leon fue categórica al afirmar que se fue por los constantes maltratos a los que era sometida, “golpes, golpes, golpes”, dijo en el juicio. Por ello, rechazó el planteo de la defensa.

No consideró atenuantes y como agravantes tuvo en consideración el tiempo que el imputado permaneció en el domicilio hasta que fue excluido con la llegada de la policía, como un indicador de mayor afectación, demostrativo de una persistencia en la decisión delictual y por ende

merecedor de mayor severidad. También consideró como pauta severizante la reiteración de hechos, pues se trata de un concurso real.

Calificó los hechos como constitutivos de los delitos de desobediencia a la autoridad y violación de domicilio (arts. 239 y 150 del C.P.)

Al establecer la pena de un año de prisión, en suspenso, tuvo en consideración que la escala penal parte de un mínimo de 6 meses hasta tres años de prisión y que se habían verificado dos agravantes y ninguna atenuante. Finalmente atento a la ausencia de antecedentes condenatorios y la naturaleza correccional del hecho, impuso la pena en modalidad suspensiva.(art. 26 del C.P.)

II- La defensa oficial en su recurso solicitó la absolución de su defendido por entender que Quiroga había obrado tanto en el cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4° del Cód. Penal) como amparado en un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3° del Cód. Penal). Sin perjuicio de la diferente significación que presentan estas causales de no punibilidad, el recurrente explicó que la sentencia las equiparó explicando únicamente por qué consideraba que en el caso no se había configurado un estado de necesidad.

Se refirió concretamente a los deberes que surgen de los arts. 265 y 267 del Código Civil. Hizo hincapié en la versión del imputado aportada en la audiencia a tenor del art. 308 del Cód. Procesal Penal y en el debate. En esta se señalaba que una vecina le había informado a Quiroga que sus hijos estaban solos, y que la Sra. León (presunta víctima en este caso) no se ocupaba debidamente de los menores. Por estas razones el imputado se dirigió al domicilio. Esta versión fue corroborada en el debate por la testigo María Isabel Díaz, por las denuncias de Quiroga (cuyas copias obran a fs. 68 y 69) y por el escrito de fs. 44/47, y no fue refutada por elemento de prueba alguno, excepto por la versión de la propia León la cual no fue confirmada por otras pruebas.

Explicó el recurrente que el a quo haciéndose eco de lo manifestado por el Agente Fiscal en su réplica (confr. fs. 90vta.) pretendió dar respuesta a las dos eximentes planteadas por la Defensa invocando la inexistencia de una situación de inminencia (ver fs. 96vta.). Ello, en razón de que el imputado se habría demorado en ocuparse de sus hijos y de que contaba con medios menos lesivos para hacerlo.

Destacó en este punto que la eximente de pena "cumplimiento de un deber" no requiere de inminencia ni de una situación de necesidad.

Asimismo consideró que el razonamiento desarrollado en la sentencia en crisis resulta absurdo pues no ha seguido las reglas de la lógica ni las máximas de la experiencia. En su alegato, la Defensa dijo que Quiroga había causado un mal -desobedecer a un Juez de Familia y violar el domicilio de León por evitar otro mayor e inminente del que era extraño, la afectación de la integridad física de sus hijos de tres, seis y ocho años de edad por la situación de desamparo producida por la Sra. León-. Asimismo, tanto el imputado como su Defensa explicaron el porqué de la permanencia de aquel en el lugar de los hechos, el cual finca en la grave desatención de sus hijos que ha demostrado la Sra. León.

Señaló que la situación de desamparo de los menores y el riesgo a su integridad física se acreditaron mediante las declaraciones del imputado y de la testigo María Isabel Díaz, las denuncias de Quiroga (cuyas copias obran a fs. 68 y 69) y el escrito de fs. 44/47. Lo cual no fue refutado por elemento de prueba alguno, excepto por la versión de la propia León, no corroborada por otras pruebas.

Denunció, así, un apartamiento de las reglas de la lógica, puesto que se soslaya que la reacción del sujeto -en este caso: Quiroga- no transforma lo inminente en no inminente, a lo sumo nos dice que el sujeto tardó en actuar. Si Quiroga actuó cuando pudo, esto no hace menos inminente al mal. Además, no debe equipararse la inminencia con la inmediatez. Aclaró, que Quiroga explicó en el debate que no contaba con un medio menos lesivo

para evitar el mal, pues ninguno de sus hermanos podía ayudarlo, ya que nadie se quería "meter" con su ex mujer. Asimismo, se quedó en el lugar de los hechos y no acudió a la comisaría porque, según refirió, "se cansó de hacer denuncias". Aduce, probado, que el imputado había hecho denuncias y que, a pesar de ello, sus hijos seguían en situación de desamparo.

Planteó, en subsidio, se pondere como atenuante el muy buen concepto vecinal de Quiroga, pues el informe socio-ambiental de fs. 40 suscripto por el Sargento Manuel García es prueba suficiente de él, y la inexistencia de firma por parte del vecino que lo aportó, no basta para rechazar el informe, por cuanto no se trata de un acta en la cual sea necesaria la firma de los testigos.

En segundo lugar, expresó que el juez no valoró como disminuyente la ausencia de condenas anteriores, sino que solo dijo: "... destaco que la carencia de condenas anteriores tendrá sustancial relevancia al momento de definir la modalidad de cumplimiento." A su entender, la ausencia de condenas anteriores debe implicar un menor desvalor en el comportamiento de Quiroga. Su infracción de la normativa penal no es más que un hecho aislado en su vida, en consecuencia, el juicio de reproche debe ser menor.

Respecto a los agravantes, consideró inválido el razonamiento inserto en el fallo, de valorar como tal la reiteración de hechos, invocando que, en el caso nos encontramos en ante un concurso real, "indicativo de una pluralidad de decisiones delictuales merecedora de mayor reproche penal". Ello, en tanto el Ministerio Público Fiscal había acusado por un hecho constitutivo de los delitos de violación de domicilio y desobediencia a la autoridad, en concurso ideal, razón por la que no utilizó como agravante la pluralidad de delitos cometidos el día 16 de octubre de 2014.

Al efecto transcribió -del acta de debate- lo expuesto por el Agente Fiscal: "En cuanto a las agravantes, tomo en cuenta principalmente el tiempo de permanencia del imputado en el domicilio del que fue excluido, hasta la llegada de personal policial y la reiteración del hecho en base a las

denuncias existentes. Por lo tanto y en base a los argumentos de hecho y derecho esgrimidos, estimo adecuado que el encartado de autos sea condenado a la pena de 1 año de prisión en suspenso por ser autor penalmente responsable del delito de desobediencia en concurso ideal con violación de domicilio, arts. 45, 55, 150 y 239 del Código Penal." Adujo que la cita al art. 55 del Cód. Penal se puede deber a un error material del Fiscal o de quien redactó el acta de debate. Y, de tal modo, concluyó que el argumento introducido en la sentencia respecto a la pluralidad de hechos viola el principio de congruencia fáctica, puesto que ella no ha podido ser controvertida en la etapa de debate. Por ello, su recepción en la sentencia es arbitraria debido a que viola el derecho de defensa de Quiroga (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Sostuvo que la existencia de denuncias anteriores contra Quiroga no ha sido acreditada en el debate más que por los dichos de León; y no implica siquiera la probabilidad de que Quiroga hubiera cometido hechos con anterioridad al que aquí se juzga; y no fue utilizada como agravante por la sentencia.

En definitiva, -dijo- solo podría valorarse válidamente como agravante la permanencia de Quiroga por un tiempo en el lugar del hecho. Esta circunstancia se ve neutralizada a partir de la ponderación de dos atenuantes: el muy buen concepto vecinal del imputado y su ausencia de antecedentes. Por ello, en caso de no hacerse lugar a los planteos anteriores, corresponde la imposición a Quiroga de la pena mínima que prevé la ley de fondo.

III.- Con el alcance que otorgan los arts. 434 y 435 del Código Ritual, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debe ceñirse el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del *a quo* alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta, sin perjuicio de conocer más allá de ellos cuando

eso permita mejorar la situación del imputado y de declarar las nulidades absolutas que hubiere.

A los efectos del análisis que corresponde efectuar para la solución del recurso, en cuanto a las declaraciones prestadas durante el debate habré de atenerme a lo transcrito en el fallo, en tanto no viene cuestionado al respecto.

En primer lugar se queja la defensa de la ausencia de respuesta a la causal de justificación del actuar de su defendido en cumplimiento de un deber legal (art. 34 inc. 4° del CP) -invocada por ambos-, que tanto el Sr. Agente Fiscal, primero y después, el a *quo*, la equipararon al estado de necesidad, también alegado como causal independiente, considerándolo no configurado. Sin perjuicio de su posterior trato, debo decir que no es pacífica la doctrina respecto de la naturaleza de esta eximente. Así Zaffaroni -evidentemente seguido por el apelante- la considera, junto al ejercicio legítimo de una autoridad o cargo, causa de atipicidad conglobante; otros autores la fundan en la colisión de deberes (Nuñez, Bacigalupo, entre otros) y, en este sentido Frías Caballero, Codino y Codino, entienden aconsejable remitir el tema “a la problemática del estado de necesidad” (Teoría del delito, Hamurabi, 1993, pág. 270 y ss). De allí, entonces, deriva el tratamiento conjunto efectuado en la sentencia, como estado de necesidad, lo cual excluye la alegada falta de trato que podría originar su nulidad.

Ello dicho, también observo que la pretensión del recurrente impone ingresar al examen probatorio, en tanto expresa que la versión de Quiroga aparece corroborada por la testigo Díaz, las denuncias efectuadas y el escrito presentado ante el juzgado de familia al notificársele de la cautelar, que el sentenciante ha desestimado, para fundarse única y exclusivamente en el testimonio de la Sra. León.

Al respecto coincido con el magistrado que la alusión a “esa mina”, efectuada por el inculpado al referirse a la denunciante en la audiencia, no traduce una buena impresión de su persona, mas los delitos aquí atribuidos

no constituyen el maltrato presumido, y, le asiste razón a la defensa acerca de que las referidas constancias corroboran los dichos injurados, a la vez que permiten evaluar la verosimilitud y credibilidad del deponente.

Sabido es que la ley de violencia familiar (n°12.569) autoriza el dictado de las medidas cautelares urgentes inaudita parte, y establece un procedimiento inmediatamente posterior, por ende, el auto cautelar no constituye un documento corroborante de la denuncia en las presentes, máxime que la juez de familia toma en cuenta “los numerosos antecedentes de violencia que surgen de autos **entre las partes en conflicto**” (el resaltado no está en el texto). Siendo así, la presentación del excluido del domicilio, con patrocinio de la defensoría oficial, solicitando se fije audiencia y la inmediata intervención del equipo técnico para abordar la problemática familiar y restablecer el vínculo con los menores –que rola a fs. 44/47- hace a su voluntad de dar solución al conflicto y someterse al procedimiento legalmente previsto (art. 11 de la ley precitada), cuanto a recuperar el contacto con los menores, haciendo alusión a que en el lugar convivía también con un hijo de una unión anterior discapacitado.

Asimismo resulta indicativa de su preocupación por la asistencia de los hijos la nota del 8 de setiembre de 2014, firmada por treinta personas -cuyos datos constan- de las que se dice “vecinos”, aunque manuscrita por él, dando cuenta de que es quien tiene a su cargo a los hijos, alimentación, cuidado, llevarlos a la escuela, presentada ante el juzgado de familia -cuya fotocopia certificada por la Sra. Secretaria (fs. 66/67) se incorporó en los términos del art. 366 del rito-.

Por último las denuncias de fs. 68 y 69 -también certificadas y leídas en la audiencia- refieren hechos similares a los invocados por el encausado, para justificar su ingreso al domicilio, respecto de los menores de 7, 5 y 3 años; el primero de fecha 6 de octubre de 2014 y el segundo del 7 de febrero de 2015, posterior al suceso juzgado, luego de vencido el término de la exclusión perimetral.

En cuanto al testimonio de la Sra. María Isabel Díaz, el juez lo tacha de parcialidad “por animosidad hacia la víctima”, de quien refirió estar enojada por la forma que desempeña su papel de madre. También considera que su actuación en la oportunidad que relata resulta contradictoria y poco creíble, pues dijo que avisó a Quiroga porque le dio miedo la situación de ver que los niños estaban solos en la calle, pero no hizo nada para prevenir algún peligro, ni prestarle asistencia o dar aviso a la autoridad policial o personas más próximas, teniendo en cuenta la situación de desamparo que supuestamente estaba presenciando.

No comparto la objeción, pues el mismo juez, en el primer considerando del veredicto, antes de la “valoración de las pruebas”, al reseñarlas refiere lo manifestado por la nombrada, en relación a que el día del hecho se levantó temprano, porque iba a trabajar en una empresa de limpieza, vio a los chicos solos en la calle -“a las 6,30 horas de la mañana”, dijo después, a preguntas- y llamó a Ariel. Que esos chicos viven solos y le da miedo la situación. Que no tiene nada contra la víctima, pero los deja solos y opina que si fuera una buena mamá no dejaría a los chicos solos. Los vecinos se preocupan. Si ella tiene hijos es para educarlos y que está enojada con esta chica.

A mi entender, la testigo expuso lo que vio esa mañana: a los chicos solos en la calle, y agregó circunstancias de su conocimiento por percepción anterior: que la madre los deja solos, viven solos y los vecinos se preocupan, lo cual evidencia que ha sido tema de conversación en el barrio. Por ende, no observo contrariedad en su conducta, pues si en ese momento los menores no se encontraban únicamente solos sino en la calle, lo único que correspondía hacer, era llamar al progenitor para que se hiciese cargo, tal cual relata haber hecho; debía ser él quien les prestara asistencia en una situación de desamparo materno. No aprecio -de lo referido como narrado- una particularidad tal que reclame la intervención de la autoridad policial cual pretende el magistrado, como tampoco que el “enojo” manifestado por la

testigo, por esa concreta situación, la lleve a deponer falsamente o modificar la realidad.

Sí, a partir de ello se explica lo suscripto por los “vecinos” (fs. 66/67), teniendo en consideración que por entonces (8-9-14) los chicos habían vivido con el padre, produciéndose recién su exclusión del hogar y el reingreso de la Sra. Antonella A. León a él, extremo que no ha advertido el a quo al atribuirles parcialidad y fragmentariedad de la información, afirmando que “los hijos viven con la madre”, cuando esto ocurrió a partir de esa fecha.

Ahora bien, Quiroga al deponer –tanto en los términos del art. 308 del ritual como en el debate- dijo, en síntesis, que tenían problemas con su ex pareja en virtud de que no cuida a sus hijos M. (7), M. (5) y B. (3), y que el día en que ingresó a la vivienda de la que había sido excluido lo hizo porque una vecina “doña Mari”, lindera hacia la derecha, le avisó que se encontraban solos, “para cuidarlos”. Que si bien lo llamó a las seis de la mañana recién fue a las 11.00, porque tenía que hacer un viaje al Hotel Alvear; trabaja de remisero y tenía unos viajes para hacer. Que ninguno de sus hermanos podía ayudarlo, ya que no se quieren meter con su ex mujer. Cuando llegó estaba lloviznando y los chicos a la intemperie, estuvo en el patio del fondo, nunca entró a la casa; comieron unos sandwiches de mortadela, hasta que apareció “esa mina” que empezó a los gritos; que sabía que tenía una orden de restricción, pero no lo pensó.

Consecuentemente, invocó –como lo hizo su defensa- haber ingresado para cumplir su deber de padre, previsto en los arts. 265 y 267 del Código Civil.

En contrario, la denunciante manifestó que el día del hecho el imputado se presentó en su casa a la mañana ebrio, entró por la puerta de atrás sin su consentimiento (estaba abierta para ir al baño que está afuera), se quedó alrededor de seis horas; la agarró de los pelos, preguntando con quien andaba, le rompió la ropa y el espejo. No la dejaba hacer llamadas, pero se ve que los vecinos llamaron ellos y vinieron los móviles policiales.

Que cuando llegó la policía le dijo que si abría la iba a matar; que tenía un moretón en el brazo, que la asfixió; durante su convivencia fue golpeada siempre; es muy vivo sabe que si le pega o le da puñaladas dejan marcas en el cuerpo. Que su hermana Celeste se llevó a los hijos al mediodía, e hizo mención de que está harta de la inoperancia de la justicia, entre lágrimas de indignación dijo que son siempre golpes, golpes, y golpes, no sabe más que hacer, no le importan los chicos ni se preocupa por ellos.

El iudex pronunciante la consideró sincera, “contundente al relatar el acontecimiento que le tocó vivir y es motivo de este enjuiciamiento, sino que recreó con genuina espontaneidad y plena credibilidad la sucesión de maltratos a la que fue sometida...lo que motivó su separación”. Y, a su vez, que la declaración del imputado fue auto involucrante respecto de los delitos de desobediencia y violación de domicilio, en cuanto reconoció que no evitó trasgredir la orden judicial de acercamiento a menos de trescientos metros de la casa de su ex pareja, teniendo cabal conocimiento de ella e ingresó de todos modos al domicilio. Asimismo destacó el desprecio demostrado por éste al referirse a la madre de sus hijos como “esta mina”, que a su juicio avalaría el maltrato y violencia de género a que fue sometida.

Con ello –junto a la copia de la resolución del juzgado de familia n°6 departamental de fs. 10/11vta y el informe de fs. 21, incorporados por lectura- dio por probado, según su sincera y razonada convicción el ingreso del inculcado por el fondo de la vivienda entre las 11 y 13 horas del 16 de octubre de 2014, contra la voluntad de la ocupante y desobedeciendo la orden impartida por la Sra. Titular del Juzgado de Familia n° 6 departamental, conforme al relato transcrito en el apartado I del presente.

A mi entender en conflictos familiares ambas partes son interesadas, de allí que sus testimonios deben ser sometidos a un riguroso juicio de verosimilitud y credibilidad, en especial teniendo en consideración que el testigo está obligado a deponer la verdad de los hechos respecto de los cuales es interrogado, bajo apercibimiento de incurrir en falso testimonio (art. 275 del CP). Para dicho fin cabe su análisis comparativo con el resto de las

constancias probatorias agregadas al proceso, amén de apreciar su contenido y cotejarlo con las restantes declaraciones que hubiere prestado en el legajo, al sólo efecto de verificar si ha mantenido el relato, sin perjuicio de diferencias de detalle o propias del transcurso del tiempo, o bien sus contradicciones, incongruencias y omisiones. Extremo que no se contradice con el art. 366 del CPP, en tanto no es el caso de utilizar las actuaciones de la investigación preparatoria en contra del inculpado, sino establecer la credibilidad de los testigos, en el caso la víctima.

De tal modo aprecio diferencias fundamentales entre la deposición prestada a fs. 6 de los autos principales y la del debate referida en el veredicto (fs. 27/vta de este incidente). Tanto es así que en esta última atribuyó al enjuiciado estar “ebrio”, “romper” la ropa y el espejo, reprocharle que “lo engaña” “con el vecino”, que le impidió llamar por teléfono, pero se ve que “llamaron los vecinos”; que tenía un moretón en el brazo. Mientras el 16 de octubre de 2014 dijo que Quiroga le recriminó que “dejaba los chicos solos” y volvía a las cuatro de la mañana, impidiéndole retirarse del domicilio, hasta que pudo tomar su teléfono móvil y llamar a la policía. Que la golpeó en el rostro y en el brazo.

Asimismo es dable observar que no se pudo contar con examen médico para establecer la realidad de las lesiones denunciadas, por lo que a este respecto y en relación a la privación de libertad –también imputadas-, el Señor fiscal desistió de la acusación. Ausencia de constatación sólo imputable a la Sra. León, toda vez que si bien ella dijo haberse presentado y que el médico de policía no se encontraba, a fs. 32vta. certificó el capitán Cuello del Cuerpo Médico de Martínez, que no hay constancia de que la víctima haya concurrido para acreditar las lesiones; y a fs. 33 vta, la auxiliar letrada del juzgado de garantías se comunica con ésta “quien le hizo saber que no ha vuelto a concurrir al cuerpo médico”. Por otra parte, durante el debate, la sargento Cáceres que había concurrido en el móvil con el sargento Lencinas, expuso que la mencionada le dijo que el hombre la golpeó, pero, “a simple vista no vio ninguna lesión”. El último mencionado

tampoco “recordó haberle visto alguna lesión visible”, y rememoró que Quiroga “estaba tranquilo y no hostil”, circunstancia que no se compadece con una persona que ha actuado conforme lo sostenido por León.

Finalmente desvirtúan la señalada falta de preocupación del mencionado por los niños, la ya indicada presentación ante el fuero de familia de fs. 44/47, inmediata a la exclusión del domicilio, la nota comunitaria de fs. 66/67 del 8 de octubre de 2014, y las denuncias por violencia familiar agregadas a fs. 68 y 69, la primera del 6-10-14, y la segunda del 7-2-15, cesada la medida cautelar, en la que se hace constar que los menores se encuentran a su cuidado y manifiesta que ha tomado intervención la Dirección de Niñez de San Isidro, como que concurrirá a la Defensoría del niño, el lunes siguiente para solicitar su guarda. Valoro en igual sentido, es decir su interés en la atención y asistencia de sus hijos, el informe ambiental de fs. 40 (leído en el debate), del que emerge que en su grupo familiar conviviente tiene tres hijos de 19, 18 (trabaja) y 14 años (estudia).

Por consiguiente no puedo compartir la “plena credibilidad” con que el juzgador de la instancia anterior valora dicho testimonio, cuando la juez que ordenara la restricción hizo alusión -como antes dije- a numerosos antecedentes de violencia que surgen de autos “entre las partes en conflicto”, lo cual explica la actitud del encartado al referirse a ella como “esa mina”, que aquél destaca y justifica la necesidad de celebrar aún con ellos audiencias separadas, tal lo preceptuado por el art. 11 de la ley 12.569, en función de la conflictiva familiar.

Entonces, con la verosimilitud que le atribuyo a lo declarado por la Sra. Díaz, conteste con lo suscripto a fs. 66/67 por los “vecinos” y las denuncias de fs. 68/69, que –reitero- dan cuenta de acontecimientos similares al enjuiciado y la preocupación demostrada por el justiciable en la atención de sus hijos, a mi criterio, corresponde estar a sus dichos injurados –antes referidos- en cuanto alega haber ingresado al patio del fondo para cuidar a sus hijos, que su defensa traduce en el cumplimiento de su deber de padre

para evitar un mal mayor respecto de ellos, establecido en los arts. 265 y 267 del Código Civil, entonces vigente. El primero de ellos, según ley 23.264, en su primer párrafo, preceptuaba: *“Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de sus hijos sino con los suyos propios”*. Y, el art. 267 (texto conforme a la misma normativa): *“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos, la manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”*.

A los efectos de su análisis debe tomarse en cuenta la edad de los pequeños -por entonces, de 3, 6 y 7 años-. De tal manera, es evidente que fuere a las seis como a las once de la mañana, la situación que se presentaba al causante, era la misma. De hecho, con el transcurso del tiempo la gravedad se incrementaba y, con ella, la inminencia del mal, habida cuenta se acercaba el mediodía y debían alimentarse. El a quo expresa que la ley permite situaciones límites, atribuyéndole no haber pensado en otra posibilidad alternativa antes de desobedecer la orden, pues, a su criterio, tuvo tiempo y pudo recurrir a otras posibilidades. Pero, se desentiende de lo narrado en el debate -que ha sintetizado previamente- en cuanto dijo “que ninguno de sus hermanos pudo ayudarlo, ya que nadie se quiere meter con su ex mujer”, extremo no controvertido por prueba alguna, tanto que siquiera puede determinarse el horario de regreso de la madre -a este respecto, estimo que es un error lo asentado en el punto 3), al tratar los eximentes, tachado de falso, sobre que el encartado habría dicho que su ex mujer llamó a la policía cuando llegó a las once y treinta de la mañana, pues así no consta en el relato que efectúa al tratar la prueba, ni surge del acta como sostenido por el Fiscal que le atribuye al acusado haber ingresado a las 11,30 hs, o la defensa (ver acta, fs. 88vta./89) y tampoco se compadece con la secuencia de los acontecimientos narrados, tanto que si al llegar aquella

llamó a la comisaría y la intervención policial se produjo -como detalla el juez- a las 18.00hs aproximadamente, no existe otro dato para determinarlo-.

Consecuentemente, si al arribar Quiroga al lugar lloviznaba, los chicos se hallaban a la intemperie y siendo las once continuaban solos, tanto que luego comieron con él, parece impropio exigirle al padre que –a esa altura, cuando habían trascurrido cinco horas aproximadamente- en vez de atenderlos y alimentarlos recurra a las autoridades policiales. Me pregunto: ¿a qué efecto?, ¿podían autorizarlo?, ¿constituirse en el lugar para asistir a los pequeños?, o le dirían que debía dirigirse al juzgado interviniente! Y ¿en el mientras tanto?

Ante la situación planteada no observo que el no haber concurrido inmediatamente el progenitor le reste gravedad o inminencia. Distinto es cuestionarse acerca de si le era exigible o no a éste abandonar el trabajo y llegar antes al lugar de los hechos, dado lo sostenido por el a quo de no haberse constituido cuando fue alertado, extremo que carece de incidencia en la conducta imputada.

Ahora bien, dije antes que en relación a la eximente invocada, legislada en el art. 34 inc. 4 del CP, no es pacífica la doctrina respecto de su naturaleza, en cuanto si elimina la tipicidad o la antijuridicidad. Pero lo cierto es que existe coincidencia en la mayoría de ella que supone un conflicto de deberes jurídicos que impone al sujeto comportamientos contradictorios y excluyentes, en forma conjunta, de modo tal que el cumplimiento de uno de ellos importa la lesión del otro; no obstante cualquiera sea el deber que el obligado ejecute, cumplirá la ley, por lo que su acción no será ilícita (confr. Ricardo Nuñez, Tratado de Derecho Penal, T.I, Pte general, edit. Marcos Lerne, Editora Córdoba, 2ª. Reimpresión, 1987, pág 399/401; Sebastián Soler “Derecho Penal Argentino”, T. II, Edit. Tea, Buenos Aires, 1988, pág. 317; Andrés, José D’Alessio, Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2ª. Edic., actualizada y ampliada, T.I, Edit. La Ley, 2009, pág. 496).

Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen que “[e]l cumplimiento de un deber jurídico es un fenómeno que tiene lugar cuando un mandato recorta una

norma prohibitiva, prevaleciendo sobre ella: la autoridad que allana no incurre en una violación de domicilio, el oficial de justicia que secuestra no incurre en hurto...Esto no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo que proviene de cualquier parte del orden jurídico y que si el agente no se ampara en el mismo para realizar la conducta no sufre ninguna consecuencia jurídica porque esa alternativa, también es su derecho (...) Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones: se trata de casos en los que el derecho siempre debe decidir cuál es el deber que prevalece” (Derecho Penal. Parte General Ediar -2002- p. 496/497).

En el caso, entonces, el deber de cuidado respecto de sus hijos prevalecía sobre el cumplimiento de la orden de restricción hasta tanto aquellos estuvieran a salvo. Esta prelación de deberes se evidencia también por el hecho de que, como se dijo, ante el peligro al que estaban expuestos los menores el encausado siquiera tenía en mente la manda judicial al momento de ingresar al domicilio para auxiliarlos, “No lo pensé”, expresó en la audiencia (ver fs. 94vta).

Ahora bien, el “a quo” tuvo por probado en la sentencia recurrida que Quiroga ingresó al domicilio de León el 16 de octubre entre a las 11:00 y 13:00 horas, desobedeciendo la orden vigente impartida por la titular del Juzgado de Familia, consistente en la restricción de acercamiento a 300 metros de la vivienda –hecho cuya modificación en esta instancia se encuentra vedada en función del art. 18 de la Constitución Nacional- y, en relación a tal proceder estimo –como quedó señalado- que no le resultaba exigible una conducta diversa en atención a las circunstancias que lo rodearon, pues se hallaba ante la disyuntiva de cuidar a esos pequeños, alimentarlos, como finalmente hizo, o bien incumplir su deber de padre para

no ingresar a la vivienda, conforme la orden de restricción impuesta por el Tribunal de familia.

Entonces, sea que se lo considere un estado de necesidad o una causa de justificación, lo cierto es que –como señala Bacigalupo- “el ordenamiento jurídico no puede poner a una persona ante el dilema de obrar de una u otra forma bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente” (D’Alessio Andrés José y Divito Mauro, *Código Penal comentado y anotado* La Ley -2009- p. 496).

Por los motivos expuestos, considero que debe revocarse la sentencia apelada en cuanto condenó al imputado Quiroga y absolverlo al considerar que obró en cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4° del C.P.150 y 239, 265 y 267 del Código Civil en su antigua redacción)

Así lo voto.

A la segunda cuestión, el Juez Carlos F. Blanco dijo:

Que adhiero al voto de mi colega preopinante la Dra. Celia M. Vázquez por los mismos fundamentos.

Así lo voto (arts. 168, 171 C.P.B.A. y 106 C.P.P.).

A la tercera cuestión, la Jueza Celia Margarita Vázquez dijo:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, considero que corresponde: I. declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por el defensor oficial (arts. 421, 424, 433, 439, 441, 442, 443 ss. y cc. del C.P.P. según ley 11.922 y sus modificatorias), II- Hacer lugar al recurso interpuesto y **REVOCAR** la sentencia por la cual el Sr. Juez correccional decidió condenar a Ariel Fabián Quiroga a la pena de 1 año de prisión, de ejecución condicional, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad y violación de domicilio ocurrido el día 16 de octubre de 2014 (arts. 150 y 239 del Código Penal, 265 y 267 del Código Civil. y arts. 371, 375, 530 y 531 del Código Procesal Penal), y disponer que por el plazo de 4 años el condenado deberá cumplir con las siguientes reglas

de conducta: fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados Provincial y abstenerse de relacionarse conflictivamente con la víctima, lo que implica evitar cualquier tipo de hostigamiento, agravio, violencia verbal o física, mortificación en sus costumbres, sentimientos o perturbación de cualquier modo de su intimidad y vida social; como así también acatar todo tipo de restricción y orden emanada del Juzgado de Familia N° 6 deptal., y **ABSOLVERLO**, por las razones expuestas en el Considerando. (arts. 34 inc. 4°, 150 y 239 del Código Penal, 265 y 267 del Código Civil en su antigua redacción).

A la tercera cuestión, el Juez Carlos F. Blanco dijo:

Adhiero al voto emitido por la Dra. Celia Margarita Vázquez, por sus mismos fundamentos.

Es mi voto (arts. 168 y 171 de la C.P.B.A. y 106 C.P.P.).

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces por ante mí de lo que doy fe.

Los Sres. Jueces procedieron entonces a dictar la siguiente

SENTENCIA:

San Isidro, 18 de diciembre de 2015

AUTOS Y VISTOS:

Y CONSIDERANDO: Que en el Acuerdo que antecede ha quedado resuelto que corresponde declarar admisible el recurso de apelación, y revocar el fallo,

El Tribunal

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensora Oficial, por los motivos expuestos en el Considerando (arts. 421, 424, 433, 439, 441, 442, 443 del C.P.P. según ley 11.922 y sus modificatorias).

II- HACER LUGAR al recurso interpuesto y **REVOCAR** la sentencia por la cual el Sr. Juez correccional decidió condenar a Ariel Fabián Quiroga a la pena de 1 año de prisión, de ejecución condicional, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de desobediencia a la autoridad y violación de domicilio ocurrido el día 16 de octubre de 2014 (arts. 150 y 239 del Código Penal, y arts. 371, 375, 530 y 531 del Código Procesal Penal), y disponer que por el plazo de 4 años el condenado deberá cumplir con las siguientes reglas de conducta: fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados Provincial y abstenerse de relacionarse conflictivamente con la víctima, lo que implica evitar cualquier tipo de hostigamiento, agravio, violencia verbal o física, mortificación en sus costumbres, sentimientos o perturbación de cualquier modo de su intimidad y vida social; como así también acatar todo tipo de restricción y orden emanada del Juzgado de Familia N° 6 deptal., y **ABSOLVERLO**, por las razones expuestas en el Considerando. (arts. 34, 150 y 239 del Código Penal, 265 y 267 del Código Civil en su antigua redacción) .

III. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO.: CELIA M. VAZQUEZ – CARLOS F. BLANCO

Ante mí: GABRIELA GAMULIN