

TITULO: Los derechos de corrección y educación de los padres hacia sus hijos desde el derecho penal. Un paradigma con resabio de la cultura del maltrato como método educativo.

CASO: La Bofetada Educativa

DIRECTOR: Sandro Abrales

ALUMNO: Juan Ignacio Lazzaneo

CARRERA: Especialización en Derecho Penal

MATRICULA: 000-14-3440

INDICE

I.- Introducción.....	3
II.- Presentación del Caso: Bofetada Educativa.....	5
III.- Abordaje Constitucional y Convencional.....	6
1.- La problemática desde el plano internacional de los derechos humanos.....	6
2.- La dignidad de los NNA. El castigo corporal y humillante en el marco de los derechos humanos.....	7
3.- El castigo corporal como medio de corrección en el derecho argentino.....	10
IV.- El caso desde el Derecho Penal.....	13
1.- Una aproximación a la teoría del delito.....	13
2.- Relevancia Penal del hecho. Posible adecuación típica.....	14
3.- Autoría. Situaciones generadoras del deber de cuidado. Posición de Garante.....	19
4.- Identificación de las particularidades de los elementos subjetivos del tipo.....	21
5.- La antijuridicidad. Posible causa de justificación.....	23
6.- La culpabilidad. Análisis de sus elementos y posibles causas de exculpación.....	25
7.- Aclaración final.....	26
V.- Aplicación del Derecho Procesal Penal.....	27
1.- Aclaraciones.....	27
2.- La prueba en el Proceso Penal.....	27
3.- El testimonio del Niño, Niña y/o Adolescente en el proceso penal.....	28
4.- La constatación de la lesión. La prueba pericial.....	31
5.- La valoración probatoria.....	32
6.- Posibles salidas alternativas en el caso.....	33
7.- El principio de oportunidad.....	34
8.- La suspensión del juicio a prueba.....	36
VI.- Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	42

I.- Introducción

En el presente trabajo encomendado con el objetivo de culminar la Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Belgrano, tiene como consigna principal el análisis desde diferentes aspectos y materias el caso titulado “Bofetada Educativa”, intentando abordar esta evaluación desde las distintas materias dictadas en el marco de esta especialización.

Como se puede apreciar en el índice, luego de la presentación del caso, bajo el título de Abordaje Constitucional y Convencional, me he propuesto identificar cuál es la problemática del caso en el marco de un sistema monista de protección de derechos y garantías.

Asimismo, entendí apropiado analizar el caso, enfocando la mirada desde lo Penal Constitucional, es decir, visualizar de qué manera determinados sucesos abarcados por el derecho penal, encuentran su integración desde distintas disciplinas, propias del derecho algunas, y otras, desde una mirada política institucional.

Entendí central, hacer referencia a la regulación de algunos aspectos del maltrato infantil en el Código Civil y Comercial Argentino, a fin de que me posibilite un abordaje mucho más completo de tales situaciones, pero desde las dependencias jurídicas que visualicé en el caso.

En un próximo apartado, tal vez más extenso, examinaré el caso desde la teoría del delito, identificado en primer instancia, la relevancia jurídico-penal del hecho, el bien jurídico protegido y la posible adecuación típica del suceso planteado, distinguiendo, desde la doctrina moderna y su evolución, un análisis desde la participación criminal, y aquellas situaciones generadoras del deber de cuidado que arroja el abordaje del caso, identificando en cada uno de los sujetos intervinientes, cuál es su rol, y si el mismo obedece a una posición de garantía en el marco de un sistema objetivo de imputación.

Las particularidades que se desprenden del caso planteado en relación a los elementos subjetivos dentro de este sistema de imputación es diverso, con lo cual, entiendo apropiado evaluarlo desde distintas alternativas, intentando identificar en el avance del análisis, la incidencia de ello en el plano de la determinación de la sanción punitiva.

Además, en la prosecución de esta inteligencia, a fin de abordar la categoría de la antijuridicidad, haré una breve referencia a la posibilidad de existencia de una justificación hacia el actuar de María madre del niño lesionado.

Por último, entiendo de suma importancia observar la eventual conminación en el marco del sistema de sanciones punitivas que la doctrina y jurisprudencia han construido, no perdiendo de vista, el injusto penal, la culpabilidad y sobre todo, desde una mirada político-constitucional de la sanción punitiva para el caso concreto.

Desde el punto de vista procesal, referiré a cuestiones relacionadas con la

prueba forense y la producción de evidencias en los distintos sistema probatorios, delimitando los mismos desde los paradigmas de enjuiciamiento, inquisitivos, mixtos y adversarial-acusatorio.

Ya en la etapa de sentencia, haré mención a la valoración probatoria en el ámbito judicial y sobretodo, la incidencia de los procesos en la justicia civil de violencia familiar como material probatorio para los jueces.

Para finalizar este apartado, identificaré en el caso, las posibles salidas alternativas de acuerdo a los distintos sistemas de enjuiciamiento y de qué manera, la teoría del derecho al mejor derecho, puede verse limitada siendo el sistema procesal de investigación y juicio a los efectos de una resolución del caso amparado por un mayor grado de justicia y afectación de los protagonistas en el marco de la teoría del conflicto.

II.- Presentación del Caso

Caso de la Bofetada Educativa

En la mañana del día 6 de octubre del año 2016 la acusada María, encontrándose en el domicilio familiar, sito en Pozo Alcón (Jaén) recriminó a su hijo de diez años de edad, a través del lenguaje de signo que entendió dicho hijo, que no había hecho los deberes del colegio, a lo que éste respondió tirándole una zapatilla y corriendo a encerrarse en el cuarto de baño, yendo tras él la acusada quien, a pesar de la oposición del menor, consiguió abrir la puerta, cayendo éste al suelo, el cual se levantó agarrándolo del cuello dándole seguidamente cuando se hallaba sobre el lavabo un tortazo por detrás de la cabeza, lo que hizo que se golpeará en la nariz y sangrara. Nada más llegar a clase su tutor percibió rastros de sangre en la nariz del niño y preguntándole qué le había pasado éste le contó que su madre le había agarrado del cuello y dado un bofetón, por lo que observando que tenía además el cuello un poco morado lo llevó a la Dirección del Centro que a su vez lo trasladó al Centro de Salud de la localidad, emitiendo la Doctora que lo atendió un parte médico que reflejaba contusiones y hematomas en cuello y mejilla aparentemente inferidas por su madre al sujetarlo del cuello y restos flemáticos en nariz, lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales.

III.- Abordaje Constitucional y Convencional

1.- La problemática desde el plano internacional de los derechos humanos.

Al abordar este tema, en lo que respecta a este capítulo, entiendo acertado comenzar con problematizar un primer concepto, tal vez, abarcativo de un sin número de derechos y garantías, en el marco del reconocimiento de los derechos humanos como componente esencial de la legislación en general; la dignidad de las personas, y particularmente, de acuerdo al caso, de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien desde la doctrina y jurisprudencia ha sido dificultoso poder precisar el alcance del término dignidad humana como derecho fundamental, cierto es que podemos entender que la dignidad humana implica el derecho y garantía de respeto a la persona por su condicional de tal, como ser único, irrepetible e irreproducible, teniendo como única variable en cuanto a su análisis los estándares constitucionales y convencionales de la comunidad a la que pertenece, su cultura e idiosincrasia en la cual se encuentra inmersa, con el único límite en la violencia, la degradación y/o eliminación de éstas.¹

En esta sentido, hablar de respeto conlleva necesariamente considerar al valor que tiene la persona humana como un fin en sí misma, y por tanto, razonar en la inteligencia de que la integridad física y psíquica de ella solventa esta idea de dignidad humana. Por ello, pensar en tratos injustos, violentos y degradantes tensionan por consecuencia la dignidad.

A grandes rasgos, este es el puntapié inicial para comprender la idea de los derechos y garantías en juego en un esquema de protección de derechos por fuera de actos violentos y degradantes de la persona humana.

Ahora bien, para centrar el razonamiento en el caso asignado, debo precisar además, esta lógica constitucional y convencional en el marco del sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobretodo, en lo que respecta al tratamiento en general y en particular de las distintas temáticas a abordar. De manera general, el maltrato

1 - En esta idea, y sobre todo, en lo que respecta al alcance que refiere el término, podemos sostener, como bien lo hace el Prof. Atienza que *“La dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad, cuando se entienden estos dos últimos valores o principios en su sentido más profundo; simplemente, como ocurre con las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano, son dimensiones distintas de la misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a las otras. Sin embargo (y a diferencia ahora de lo que ocurre con “libertad” e “igualdad”), el término “dignidad” no parece usarse para referirse a los derechos que derivan específicamente de la dignidad; y en ese sentido sí que puede decirse entonces que la dignidad opera como límite (como límite absoluto) en relación con los derechos de igualdad y de libertad.”* ATIENZA, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 92 y 93.

infantil, y en particular, deber de corrección de los padres en el marco de la responsabilidad parental.

2.- La dignidad de los NNA. El castigo corporal y humillante en el marco de los derechos humanos.

Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 en la cual se incorpora el artículo 75 inc. 22.²

Como referí con anterioridad, la dignidad humana como derecho fundamental de toda persona, abarca a los NNA, no sólo en el entendimiento evidente que ellos también son personas, sino que además, desde lo formal y legal, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) también encuentra su regulación como derecho fundamental, como principio y como pauta a seguir en una interpretación conglobada de toda la convención.³

Asimismo, pensar en la idea de dignidad, lleva consigo, prácticamente sin ningún tipo de interpretación en contrario, que la misma se pone en riesgo cuando existen conductas (humanas o Estatales) que en concreto y potencialmente, atentan contra la integridad de la misma. De ahí surge claramente, que el común denominador de estos atentados remite a conductas violentas, sobretodo que inciden en el cuerpo de las personas, con más razón aún, en los NNA en la idea de su formación progresiva desde infinidad de aspectos.⁴

Para traer este razonamiento a los parámetros del caso asignado, entiendo atinado referir a la integridad personal como aspecto central y sobretodo, visible, en carácter de atentado a la dignidad personal de los NNA a los fines de que, abordando estas particularidad, sirva de introducción a la cuestión del castigo como deber de corrección en el marco de la

2 - Ley N° 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

3 - El propio preámbulo de dicha Convención reza lo siguiente *"...de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..."*.

4 - En este sentido, es dable entender que *"El tema de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes ha sido objeto de tratamiento por distintos organismos internacionales y regionales, como también abordado por legislación internacional y nacional. La violencia contra los niños, niñas y adolescentes es un hecho aberrante, siendo necesario trabajar en la prevención, educación, defensa y protección de sus derechos en tanto sujetos de derechos."* YUBA, Gabriela. *La prohibición de malos tratos, conforme con el artículo 647 del Código Civil y Comercial, a la luz de los nuevos paradigmas de la niñez y la adolescencia.* TR LALEY AR/DOC/1719/2016.

responsabilidad parental.

Ahora bien, no es menos cierto que la cuestión relativa a la integridad personal del NNA abarca infinidad de situaciones, pero que a grandes rasgos se concentran en maltratos descriptibles en físicos, psicológicos y morales.⁵

A pesar de estas dimensiones, hay que concluir que la violencia se presenta como prevenible y que combatir a cualquier tipo de violencia es una cuestión claramente de derechos humanos, lo que lleva a poner la mayor atención, no sólo en la prevención, sino en un tratamiento eficaz de concreción de resultados.

En este sentido, y conforme surge de la propia CDN, éstos tienen derecho a una vida saludable y sin injerencias violentas. Sin embargo, la violencia contra los NNA a nivel mundial prolifera con fronteras nefastas, ya que desde la continuidad y posible habitualidad estas prácticas violentas y abusivas, se afectan la vida en general de un sin número de sujetos infanto-juveniles, y que tiene como quiebre central el constante desarrollo, tanto de su salud física como mental, sino con la construcción permanente de una personalidad, que en los hechos, conduce a formar seres humanos violentos, repercutiendo necesariamente en una culturalización de la violencia en los distintos segmentos etarios de una sociedad, normalizando estas prácticas.⁶

En definitiva, para dar inicio a esta cuestión, las practicas violentas y

5 - En este sentido se ha entendido que el derecho a la integridad personal implica una triple dimensión. En el plano físico se hace referencia a la conservación del cuerpo humano en su contexto anatómico. Este derecho protege la integridad física de las personas respecto de violaciones injustas contra el cuerpo o la salud; hace referencia a la plenitud corporal del individuo; de allí que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndola o causándole dolor físico o daño a su salud. En el plano psicológico consiste en la preservación total y sin vulneraciones de las plenas facultades mentales propias de su actividad cerebral tales como la memoria, la razón, el entendimiento y la voluntad. El hecho de perder o ver disminuidas estas facultades como consecuencia de la acción u omisión de un tercero da lugar a una lesión de dicho derecho fundamental. Por último, la tercera dimensión que conlleva este derecho nos posiciona en el aspecto moral del ser humano y se refiere a la capacidad y autonomía para cambiar, mantener y desarrollar sus valores personales. Cualquiera que sea la lesión dirigida a humillar o agredir moralmente a la persona puede comprometer no solo a la dimensión física o psicológica de un individuo sino también a ese aspecto moral que puede destruirse en base a conductas como las vejaciones, insultos, trata de personas, prostitución o violaciones sexuales. Ministerio Público de la Defensa, Boletín de jurisprudencia internacional, Derecho a la integridad personal en la jurisprudencia internacional, nro. 1, noviembre de 2012. En LAMM, Eleonora. Derecho a la dignidad e integridad personal de Niños, Niñas y Adolescentes. Hacia la eliminación del castigo corporal y humillante. Publicado en "Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes", FERNANDEZ, Silvia Eugenia, t. II, Ed. Abeledo Perrot, Provincia de Buenos Aires, junio, 2015. p. 2290.

6 - La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se expresa agregando que *"El concepto del "derecho a una vida libre de violencia" da cuenta de la complejidad asociada generalmente a los fenómenos de violencia y que implica diversas problemáticas relacionadas con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Tal y como se ha referido, la violencia es un fenómeno complejo, multicausal y multifacético que tiene impactos no solo en el derecho a la vida y a la integridad personal sino que provoca afectaciones en otros derechos; adicionalmente las diversas formas de violencia y otras vulneraciones de derechos usualmente guardan relación entre ellas y están interconectadas, resultando en una victimización sucesiva de los niños."* CIDH, *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*. Noviembre, 2015.

humillantes con fines correctivos o disciplinarios no escapan a uno de los tantos motivos del despliegue de violencia hacia los NNA, y que además, se practican en el contexto familiar bajo un manto de “debida tolerancia”, miedo y vergüenza.⁷

Desde el plano internacional, esta problemática, ha sido abordada y abarcada por distintas regulaciones desde diferentes organismos en el marco de protección de DDHH. En este sentido, por ejemplo, el Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas definió al *maltrato infantil* como las acciones u omisiones con la intención de hacer un daño inmediato a la persona agredida. La persona agresora concibe el daño como el fin principal de su agresión. Crea un síndrome en la víctima que sobrevive, conocido como síndrome del maltrato infantil. Se conocen tres formas principales de maltrato infantil: físico, emocional o psicológico y por negligencia o abandono. Esas formas de maltrato producen lesiones físicas y emocionales indelebles, muerte o cualquier daño severo. Y en ese contexto precisa que violencia *física* y *emocional*, es una forma de violencia que desde las personas adultas se realiza con la intención de disciplinar, para corregir o cambiar una conducta no deseable y sustituirla por conductas socialmente aceptables y que las personas adultas consideran importantes para el desarrollo de la niñez y la adolescencia. Es el uso de la fuerza causando dolor físico o emocional a la persona agredida.⁸

En la Observación General 8/2006, por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño definió el castigo "corporal" o "físico" como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve.⁹ Esta Observación General, tuvo como antecedente la Observación General N° 1 (2001), que llevó el

7 - La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la violencia infligida a los niños por adultos de su propia familia *“...es una de las formas menos conspicuas de maltrato infantil, ya que en muchos casos se desarrolla en el ámbito privado del hogar, pese a ser un fenómeno prevalente en todas las sociedades. El maltrato de un niño por sus padres o cuidadores hace particularmente difícil planificar estrategias de prevención y servicios a las víctimas, ya que los perpetradores son, al mismo tiempo, quienes ejercen la mayor influencia en el niño.”* OMS. Prevención del maltrato infantil: qué hacer, y cómo obtener evidencias, Ginebra, 2009. p. 7

8 - La violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes. Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas. 2006.

9 - El mismo documento refiere que *“...la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto - azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes).”* Asimismo, opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño. Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

título de "Promoción a la Educación" donde se estableció que los maltratos son incompatibles con la CDN y que resulta de central relevancia a los fines del encuadre de este trabajo, toda vez que diagramó y precisó los alcances del deber de corrección y educación de los padres de NNA.¹⁰

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el año 2015 elaboró el informe titulado *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*, ya citado con anterioridad. En él, se pone énfasis a la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes ante los maltratos de mayores. La CIDH estima importante los procesos en los que algunos países de latinoamericanos han llegado a prohibir los castigos corporales en el ámbito familiar, en transformación a las legislaciones locales que permiten que los padres ejerzan disciplina a través de maltratos y violencia "moderada" como presupuestos de objetivos netamente educativos atentando con la integridad corporal de los NNA.¹¹

Asimismo, la CIDH considera que no compatibilizan con los estándares internacionales de aplicación a la institución de la responsabilidad parental aquellas legislaciones que permiten y/o toleran uso de castigo corporal a los fines de corregir en forma "moderada o razonable" las conductas de sus hijos bajo la ficción del paradigma educativo. Esas legislaciones no garantizan la protección adecuada de los niños contra el castigo corporal.

De todo ello, debemos concluir que la lógica y dirección de las interpretaciones de los organismos internacionales de DDHH refieren a la eliminación de esta clase normativas. Ahora bien, también pone en evidencia que la lucha por desarraigar este tipo de prácticas violentas y abusivas no ha tenido un horizonte uniforme y que en cierta medida, las legislaciones, y más aún, la cultura de la violencia en los distintos ámbitos de la vida en sociedad parece de difícil supresión.

3.- El castigo corporal como medio de corrección en el derecho argentino.

En nuestro derecho, fue materia de discusión los términos de la regulación anterior del Código Civil. El artículo 278 refería que los padres tenían la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. En esa lógica, preveía que el poder de corrección debía ejercerse *moderadamente*, debiendo quedar excluidos los malos tratos,

10 - Comité de los Derechos del Niño. OG N° 1 (2001) Propósitos de la Educación. CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

11 - Véase que las víctimas "[t]endrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional" y desde allí "Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas"(Declaración de Naciones Unidas; "Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder", res. 40/34, 29/11/1985, punto 4 y 6). Respaldo que en inveterados fallos ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "El Estado debe dar a las víctimas y a sus familiares la oportunidad de ejercer el derecho a la justicia" (caso: "Barrios Altos", CIDH, 14/03/2001) y "Las víctimas podrán demandar la jurisdicción criminal y participar del proceso" (caso: "Bulacio", CIDH, 18/11/2003).

castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores, y encomendaba a los jueces a resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.

Como se puede observar, admitía el uso "moderado" de castigo corporal hacia los NNA con fines disciplinares o educativos, lo cual, conforme lo señalé en el punto anterior, se contrapone en forma tajante con las pautas requeridas desde los organismos de derechos humanos y también desde sus observaciones y opiniones consultivas.

A partir de la sanción de la ley 26.061 de *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, puntualmente, en su artículo 9, se reconoce el derecho a la dignidad y a la integridad personal, refiriendo que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Además, precisa que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral. La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley. Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

Con estos antecedentes, quedó claro que el Código Civil ideado por Vélez y reformado en más de una oportunidad, quedó igualmente vetusto en el sentido de la lógica y dirección que enmarcaban los documentos internacionales sobre la temática.¹²

12 - Esta idea se puede leer claramente en lo expuesto por Marisa Herrera y Verónica Spaventa cuando refieren que "La actual, se funda en una concepción democrática donde el ejercicio de las responsabilidades parentales relativas al cuidado y la educación de los/as hijos/as es más abierta, participativa y plural y, por sobre todo, horizontal en tanto todos/as los/as integrantes de la familia son sujetos/as que requieren igual consideración, atención y respeto de acuerdo a sus particulares necesidades, capacidades y habilidades.". Indicando además, que "...pretendemos recorrer con la modificación legal defendida (que no será más que uno de los aportes necesarios para provocar el socavamiento de una cultura autoritaria y violenta), no avanzará más allá de la etapa inicial si no logra consolidar una nueva concepción acerca de las relaciones paterno-materno filiales. La actual dinámica familiar, perfilada fundamentalmente por los instrumentos internacionales de derechos humanos, reclama la sustitución del poder de corrección por el derecho de orientación o guía de los/as padres/madres, con la consecuente prohibición de brindar a los/as hijos/as cualquier tipo de trato humillante, vejatorio y violento. Pero tal cambio terminológico no tendrá más que un impacto formal o eufemístico si no logra correr en paralelo con una transformación jurídica más profunda e integral.". HERRERA, Marisa; SPAVENTA, Verónica, *Vigilar y castigar...: el poder de corrección de los padres*. Una primera versión de este trabajo se encuentra publicado en *Desafíos (s), Jóvenes y Adultos. El difícil vínculo social*, Bergalli, Roberto y Rivera Beiras, Iñaki (coordinadores), Antrophos Editorial, Barcelona, 2007, ps. 94-124. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año

El actual Código Civil y Comercial de la Nación ha modificado la lógica que refería el anterior artículo 278.

En la actualidad rige el artículo 647 el cual prohíbe todo castigo corporal como medio para lograr la corrección de los NNA en el marco del derecho-deber asignado a los padres en lo que refiere a respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalismos (art. 646 inc. “C” del CCyC) lo cual termina de completarse con lo que señala el inc. “D”, en razón a prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos.

De este modo, regula con el título de *Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado*, se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Y en caso de no lograr la corrección de sus hijos, los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

En este sentido, de la simple lectura surge con meridiana claridad que el alcance en cuestión, sobretodo, al precisar la expresión “en cualquiera de sus formas” lo que lleva a concluir que la prohibición rige en relación a maltratos corporales que arrojen lesiones de carácter leve, graves o gravísimas, incluso, cuantificables desde lo psicológico y psiquiátrico. Sin perjuicio de esta aclaración, cierto es que en los casos – como el que me fuera asignado – las lesiones que seguramente traerán aparejado algún tipo de interpretación, serán las de carácter leve, ya que las otras, indudablemente, no sólo afectaran la integridad física del NNA sino, en algunos casos, podrían ser considerados un delito contra la vida.

De este modo, en el presente apartado, me pareció adecuado puntualizar estas ideas a fin que, al analizar la cuestión en el capítulo siguiente, desde la sistemática de la Teoría del Delito, se encuentre delimitado, al menos la lógica de la normativa argentina, que afortunadamente, en la actualidad coincide con las mandas seguridad por los organismos y documentos internacionales de DDHH.

X, ps. 72/73.

IV.- El caso desde el Derecho Penal

1.- Una aproximación a la teoría del delito

La teoría del delito como elaboración dogmática, que supone un análisis mediante métodos jurídicos, por los cuales se generalizan todos los elementos conceptuales que se encuentran en cada uno de los delitos regulados en la parte especial del Código Penal y que se reflejan en la parte general del mismo, como por ejemplo, causas de justificación y de inculpabilidad, tentativa, autoría, entre otros, la cual pretende servir para todos los hechos punibles del Código Penal y de las leyes penales especiales, cumpliendo una función eminentemente práctica. La teoría del delito moderna, propia del derecho alemán, es un instrumento conceptual sistemático que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso concreto.¹³

Por su lado, Righi entiendo que *“...el objeto de la teoría del delito es formular reglas generales que, sin afectar las particularidades de cada caso, sirvan para imputar cualquier hecho punible a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión. De lo que se trata, en consecuencia, es de presentar aquellas exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible. Esa pretensión sólo es posible si más allá de sus diferencias, necesariamente todos los delitos reúnen características iguales, es decir, los mismos elementos esenciales.”*¹⁴

Aplicando este método, los tribunales logran dictar sentencias donde el hecho le es imputable a un determinado sujeto, evaluando su responsabilidad por el mismo, como un acto procesal final donde se verifican si se encuentran cumplimentados todos los presupuestos de la pena.

En este sentido, será por donde guiaré mi análisis con relación al caso asignado, examinando cada una de las categorías en la que se subdivide el tipo en base a la teoría del delito moderna. Sin perjuicio de ello, habrá algunos datos que se deberán suponer ya que, como precisé en el capítulo anterior, la actual redacción de nuestro Código Civil y Comercial,

13 - BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 4Ta Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2014. p. 23. En este sentido, afirma el autor, *“...es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal.” Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías. Este orden de los problemas no se deduce directamente de la ley, sino de la razón. Una definición del delito como acción típica, antijurídica y culpable no aparece en la ley, sino que se extrae de una sistematización necesaria para plantear ordenadamente los problemas que genera la aplicación de la ley a un caso, dadas ciertas premisas.”*

14 - RIGHI, Esteban. *Derecho Penal, Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2016. p. 117.

puntualmente en lo que hace al poder de corrección de los padres hacia sus hijos, ha sido modificado, y consecuencia de ello, las posibles eximentes sobre alguno de estos estadios de la teoría del delito han quedado claramente anuladas.

2.- Relevancia Penal del hecho. Posible adecuación típica.

Para comenzar a hablar de la relevancia que tiene para el derecho penal un determinado hecho, considero atinado hacer alguna referencia sobre la teoría del bien jurídico.

En ese sentido, la teoría del bien jurídico surge como consecuencia de una evolución histórico dogmática, donde se reconoce la influencia de la teoría del contrato social en la configuración del derecho penal de la Ilustración. En esa inteligencia, se ideó un derecho penal que caracterizaba al delito como un hecho social posible de causar un daño. Esto a su vez, obedeció a la pretensión y necesidad de distinguir derecho y moral.¹⁵

Como refiere Bacigalupo, por bien jurídico se ha entendido como aquel interés protegido jurídicamente. Siguiendo a von Liszt refiere que todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico.¹⁶

La interrogante que surge de la idea que arrojan los párrafos que anteceden, refiere a cómo distinguir qué hechos deben tener relevancia para el derecho penal y cuáles no, En este sentido, Righi refiere que es en el primer nivel de imputación donde se establece una división entre el conjunto de comportamientos que pueden ser punibles por estar prohibidos en la ley, y aquellos otros que no han sido prohibidos por ninguna norma, por lo que carecen de relevancia para el derecho penal. En esa lógica, para determinar que conductas son susceptibles de ser castigadas, es que se ha destacado la existencia de intereses que son pasibles de merecer tutela penal. Por ello, se entiende que este primer nivel de imputación, es donde se materializa la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos como un de las funciones del derecho penal.¹⁷

Además, se le ha entendido que el concepto de bien jurídico también abarca una función de política criminal, en el sentido de legitimar la pretensión punitiva estatal, entendiendo por esta idea, a la pena como legítima, sólo cuando es utilizada para sancionar

15 - RIGHI. op. cit. p. 120.; BACIGALUPO. op. cit. p. 212. En el mismo sentido, refiere que los comportamientos merecedores de pena sería aquellos que produjeran daño social. Este autor considera que estas fórmulas es excesivamente amplia, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que represente una lesión de valores éticos-sociales elementales.

16 - BACIGALUPO. op. cit. p. 213

17 - RIGHI. op. cit. p. 121.

comportamientos socialmente perjudiciales.¹⁸

Por su lado, el Prof. Zaffaroni ha elaborado una caracterización del tipo objetivo, refiriendo que la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir el tipo objetivo cuando no existe un conflicto, todo ello, en el entendimiento de utilizarlo como barrera o límite en el marco del principio de razonabilidad que limita al poder punitivo (art. 19 CN).¹⁹

Esto ha llevado a sostener que la tipicidad conglobante cumple su función “reductora” por la cual se verifica que exista un conflicto, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente. A través de ello, se requiere comprobar tanto su lesividad como su dominabilidad por parte de un agente. En este sentido, y en coherencia con lo que refería en el párrafo anterior, los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien.²⁰

Hago referencia a esta caracterización del tipo porque una de las cuestiones que entendí relevantes analizar, fue justamente si la conducta desplegada por la madre del niño configuraba un menoscabo al bien jurídico protegido - integridad física - del niño como puntapié inicial de la configuración de alguna figura típica.

Sostiene Boldova Pasamar que además de los hechos en los que se pueda

18 - En este sentido, ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Ed. Civitas S.A. t. I, p. 58. En otro sentido, sostiene el Dr. Zaffaroni que “...bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de lege lata ni de lege ferenda). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2002. p. 486.

19 - ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. op. cit. p. 483.

20 - ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. op. cit. p. 484. “De allí que, para cumplir su función, la tipicidad conglobante deba constatar tanto la lesividad del pragma como su pertenencia a un agente: sin la primera no hay conflicto porque no hay lesión; sin la segunda, no lo hay porque el daño o el peligro no es producto de la interacción. La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma deducida del sentido semántico del tipo aislado. La imputación se verifica con la comprobación de que el agente, si fue autor, tuvo la dominabilidad objetiva del hecho y, si fue partícipe, hizo un aporte causal no banal ni inocuo.”.

entender que la actuación correctora de los padres no afecta en términos de lesión o de peligro al correspondiente bien jurídico protegido, realizando para ello una interpretación teleológico-restrictiva de los tipos, quedaría todavía la posibilidad de invocar en este contexto tanto la adecuación social, como el principio de insignificancia.

Las lesiones insignificantes se han incluido dentro del instituto de la adecuación social, en la medida en que a veces nos encontramos con acciones que objetiva y formalmente realizan el tipo del maltrato, pero que quedan privadas de su sentido social típico cuando se producen en determinados contextos. En ese sentido, como se explica en el ejemplo, la adecuación social no es aplicable al ámbito del derecho de corrección.

Este autor refiere que *“...insignificancia y adecuación social no se pueden equiparar sin más, dado el carácter intrasistemático de la primera y extrasistemático de la segunda”*, lo que explicado sosteniendo que *“...el criterio de la insignificancia se mide con arreglo a parámetros cuantitativos de afección al bien jurídico”*, y por otro lado, *“...la adecuación social se determina al margen de este criterio interno de la propia ley penal, y se conforma en función de criterios extrapenales de utilidad social del desempeño de una función positivamente valorada por la sociedad que requiere involucrar de forma consustancial y necesaria un bien jurídico para su consecución.”*²¹

Por ello, se entiende que las acciones correctoras hacia los NNA con significación penal contienen un disvalor penal del resultado, cuya justificación – la cual, en su caso, se daría en el marco de la antijuridicidad – sólo se puede contemplar a través del ejercicio legítimo del derecho de corrección que, como hemos indicado, ya no es apreciable en los tipos de lo injusto en los que la violencia está incorporada.

En este sentido, considero que el hecho en cuestión sí resulta relevante para el derecho penal, pero sobre todo, desde el punto de vista del interés superior del niño, ya que, como referí en el capítulo anterior, la violencia hacia los mismos no encuentra ningún tipo de justificación, ni como facultad de corrección de los padres hacia estos, ni bajo ningún concepto. Sin perjuicio de ello, siempre debe tenerse en consideración la lesión acaecida. Sobre este punto, Roxín ha dicho que en estas situaciones, son un problema político-social no resuelto. Cuando entiende que, por un lado *“...se ha de aspirar con énfasis a una educación sin violencia, porque los jóvenes que fueron maltratados en su infancia tienden, a consecuencia de ello, a cometer ellos mismos actos de violencia y presentan otras desviaciones sociales con más frecuencia que*

21 - BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. ¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, n.º 5 (2011). p. 82/83. *“Por ejemplo, podría hablarse de adecuación social para estimar atípicos los golpes o empujones que entre sí se causan padre e hijo en un contexto de juego entre ambos, pero ya no en un contexto de corrección, puesto que no cabe entender que estemos ante acciones útiles socialmente de modo general que necesiten de una afección consustancial del bien jurídico integridad corporal en el ejercicio de la actividad correctora, y en ese sentido tampoco podemos afirmar que las acciones correctoras que inciden en la integridad corporal carezcan de un desvalor penal del resultado.”*

los niños educados sin violencia.”. Y por otro, “...se destrozarían más familias que las que se pacificarían si se quisiera movilizar el Derecho penal a causa de cada bofetada motivada por trastadas o faltas graves de los hijos.”²²

Ahora bien, lo que debe analizarse en primer término, es qué descripción legal incluida en la parte especial de nuestro Código Penal es la que abarca conducta llevada a cabo por la madre del niño. Para ello, necesariamente, debemos tener presente el grado que reviste la lesión sufrida por el niño.

Conforme lo arroja el caso, las lesiones acreditadas encuentran sustento en el marco de un atentado al bien jurídico que se materializa en un daño que sufre la víctima en su integridad física o psíquica. Es decir, el tipo penal de lesiones.

Así, siguiendo a Creus, podemos referir que en el capítulo hay una sola figura básica, la del art. 89, y las demás, arts. 90 y 91, serían figuras agravadas de la primera, teniendo en cuenta que las distintas escalas de punibilidad obedecen a la mayor o menor intensidad del daño causado por la acción del sujeto activo, pero como en algunos casos los distintos daños pueden presentar particularidades que exceden el carácter de meras circunstancias agravatorias, parece más conveniente tratarlas como figuras básicas, sin perjuicio de que en todas ellas la acción punible sea la misma: la de lesionar.²³

Las lesiones de carácter leve, como las que sugiere el caso a mi entender, se encuentran regulas en el art. 89 del Código Penal, por lo que se castiga con pena de prisión de un mes a un año *al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código.*

De la acción de lesionar se desprenden dos formas de causación, entendiendo que lesiona el que ocasiona un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona, es decir, siguiendo a Creus, quién altera la estructura física o menoscaba el funcionamiento del organismo del sujeto pasivo. Y habrá *daño en el cuerpo* cuando se configure una alteración en la estructura interna o externa del sujeto pasivo, producida por una extirpación de parte de esa estructura (quitar una uña), destrucción de tejidos (cortar la piel), cambio de conformaciones (anudamiento de músculos) o de pigmentaciones (manchas en el cuerpo sin destrucción de tejidos). Es decir, se entiende que se configura este delito cuando del derecho de cada persona a conservar su estructura corporal, por defectuosa que sea, como objeto de la protección, se ve menoscabado.²⁴

Por otro lado, también se configura el delito de lesión cuando exista un *daño en la salud*, entendiendo por ello, el cambio que se opera en el equilibrio funcional actual del

22 - ROXIN, Claus. *La calificación jurídico-penal de la corrección paterna*, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 16, 2005, p. 235.

23 - CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial. Astrea. Buenos Aires, 1998. p. 70.

24 - CREUS, op. cit. p. 72.

organismo de la víctima, por precario que él sea. El equilibrio funcional protegido es tanto el puramente orgánico como el de las funciones psíquicas; puede verse disminuido tanto con relación al funcionamiento general, como con relación a determinadas funciones exclusivamente, sea por anulación de ellas o por las dificultades en su posterior desempeño a raíz de la lesión.

Asimismo, resulta dable de destacar que el artículo, desde el análisis de la técnica legislativa arroja un supuesto de lo que se reconoce, en el marco del sistema de concurso aparente de leyes, un ejemplo de principio de subsidiariedad expresa toda vez que para que la acción pueda ser encuadrar en los parámetros del art. 89, la ley requiere que el daño producido *no esté previsto en otra disposición del Código Penal*, sea porque su magnitud o características conducen a los tipos de lesiones graves o gravísimas (arts. 90 y 91 respectivamente), sea porque otros tipos prevén determinados daños como consecuencias necesarias de la acción castigada por ellos. Así, por ejemplo, en el marco de un robo, las lesiones que se producen en el marco del arrebató violento, quedan subsumidas por esta figura.

Si bien el caso no deja entrever otro tipo de lesión que no sea las de carácter leve, no es menos cierto que los daño sufrido por un NNA en contextos de violencia también generan una afectación, a veces de mayor magnitud incluso, en su la salud mental. No quería dejar de mencionar esto, ya que en el marco de un análisis integral de las posibles afectaciones al bien jurídico protegido del niño, me resulta interesante profundizar sobre esta cuestión. Sin perjuicio de ello, entiendo que el objeto de este trabajo, excede al abordaje referido.

El art. 92 contempla las circunstancias agravantes de las lesiones si se dan los presupuestos de las contenidas en el art. 80. En ese sentido, cuando las lesiones se producen con algunos de los modos, medios o finalidades, o sobre alguna de las personas, enunciadas en el art. 80, las penas son las siguientes: a) si las lesiones son leves, de seis meses a dos años de prisión; b) si son graves, de tres a diez años de prisión o reclusión, y c) si son gravísimas, de tres a quince años de prisión o reclusión.

Desde estos parámetros, la calificación legal que le correspondería al caso asignado, en el marco de la conducta llevada a cabo por la madre del niño, sería lesiones leves calificadas (arts. 89 y 92 del Código Penal).²⁵

25 - CREUS. op. cit. p. 84. D'ALESSIO – DIVITO. Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. T. II, parte especial. La Ley. Buenos Aires, 2014. p. 89, donde incluso al tratar la cuestión de las agravantes refiere a la situación como la planteada en el caso asignado. En tal sentido, refieren "*b) El derecho de corrección de los padres: Por otra parte, a nivel jurisprudencial, se ha tratado de establecer cuál es el margen de tolerancia que se le debe otorgar al derecho de corrección del progenitor sobre su hijo. En ese sentido, se ha resuelto que la agresión propinada por el padre a sus hijas menores con un palo - por haber encontrado un vaso roto dentro del freezer - encuadra en el delito de lesiones agravadas por el vínculo, en la medida que no forma parte de su derecho correctivo. Asimismo, se confirmó el procesamiento por el delito de lesiones agravadas por el vínculo de la imputada que había agredido físicamente a su hija, al propinarle un golpe de puño sobre el rostro y otro en el garganta, pues el derecho de corrección se debe ajustar a límites justos, necesarios y razonables.*"

3. - Autoría. Situaciones generadoras del deber de cuidado. Posición de Garante.

En este apartado trataré la cuestión relativa al grado de participación criminal que le cabe a la madre del niño lesionado. Pero además, me parece interesante hacer algún tipo de mención con relación a la conducta desplegada por el docente a cargo de la clase, que observa las lesiones que presentaba del niño y da aviso a la dirección del establecimiento y posteriormente, ambos, concurren al centro de salud donde se termina acreditando el daño sufrido.

Para ello, me valdré de dos teorías que han sido de aplicación casi indiscutible por la jurisprudencia actual, que es la teoría del dominio del hecho y las que le han sucedido, pero también algunas particularidades con relación a la forma de responder ante los delitos de infracción de deber, entendida esta como una posible evolución de la antes mencionada a partir de los lineamientos impartidos por el Prof. Claus Roxin.

Desde los inicios del finalismo, la teoría del dominio del hecho ha sido una de las teorías de mayor raigambre en el derecho penal argentino, si bien es cierto también, que las corrientes alemanas han tenido acogida, en este último tiempo, en la jurisprudencia nacional.

Ahora bien, según esta teoría, lo que caracteriza al autor está dado por el dominio del hecho, entendido éste como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito, y como consecuencia, se define al partícipe como aquella persona que realiza un aporte, sin tener el poder de decidir. En este sentido, la pregunta de quién ha realizado la acción típica es contestada considerando el poder del sujeto que retiene para sí el dominio final del suceso, es decir quien al menos en algún momento pudo decidir entre desistir o consumar el delito.²⁶

Desde esta inteligencia, podemos sostener que esta teoría se materializa cuando el delito ha sido realizado por un único autor, siendo el caso más sencillo porque el comportamiento individual de este autor directo está exactamente contenido en uno de los tipos de la parte especial del Código Penal. Se trata de una persona que presenta las cualidades necesarias para ser autor del hecho, y lo ejecuta de propia mano, directamente, sin que intervenga ninguna otra persona.²⁷

26 - RIGHI. op. cit. p. 482.

27 - En igual sentido, véase MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General. BdeF. Montevideo – Buenos Aires. 2018. p. 376 y ss. *“El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo. Welzel, en*

En el caso asignado, la madre del niño puede ser considerada autora desde esta significación. La conducta desplegada por ésta reúne todas las características necesarias para solventar la postura que refiere al poder de decisión que se requiere para enlazar su actuar en la figura normativa de autor.²⁸

Por otro lado, como referí unos párrafos más arriba, la doctrina alemana de la mano de Jakobs ha ideado un nuevo concepto unitario de autor. Es en tal sentido que incluso este autor se pregunta por el posible fin de la teoría del dominio del hecho. Para ello, adopta dos puntos de vista, distinguiendo entre supuestos en donde el autor responde por su propia organización, característica de los delitos de dominio, con fundamento en que la libertad de organizar tiene como contracara la responsabilidad por las consecuencias, y por otro lado, autor que responde en virtud de una relación institucional, ámbito de los delitos de infracción de deber, en los que se imputa por institución, dada la previa existencia de un mundo en común entre el bien jurídico y el autor.²⁹

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, lo cierto es que el artículo 45 de nuestro Código Penal refiere que *los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*. En ese sentido, sostiene Zaffaroni que autor individual es el ejecutor propiamente dicho, cuyo concepto se obtiene de cada tipo, aplicando el criterio del dominio del hecho como dominio de la acción.³⁰

Siguiendo cualquiera de estas teorías, la conclusión que se puede arribar es que la madre del niño ha sido la única interviniente en el hecho delictivo, no sólo porque ha tenido el dominio del hecho – sobre todo en la instancia donde toma del cuello al niño – sino también, siguiendo el criterio unitario de autor referido por Jakobs en cuanto a la organización de su propia libertad y también en el marco de la institucionalidad, en el ejercicio de la patria potestad, cuestión esta que tendrá mayor incidencia desde el análisis de las otras categorías de la teoría del delito, sobretodo, al momento de examinar las posibles eximentes.

frase que ha hecho fortuna, dice que es autor el «quien» anónimo de los referidos tipos legales («El que matare a otro...»). Esto significa que, en este sentido, los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es el sentido estricto del término «autor», también llamado «concepto ontológico» o «concepto real» de autor, porque se entiende que responde al significado propio de la palabra «autor»: el «verdadero» autor de un hecho sería, en efecto, aquél que lo realiza y del que se puede afirmar que es «suyo».

28 - BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Hammurabi. Buenos Aires, 2009. p. 485 y ss.

29 - Véase JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid); JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1997.

30 - ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, op. cit. p. 777.

4.- Identificación de las particularidades de los elementos subjetivos del tipo.

En el caso: Analizaré en este apartado los elementos subjetivos del tipo de lesiones referido en los párrafos precedentes. Es decir, dar respuesta a la interrogante de si las lesiones sufridas por el niño han sido causadas por un actuar doloso de la madre, o en su caso, se debe hacer alguna otra consideración al respecto.

Para comenzar, es preciso indicar que el concepto de dolo ha sido variable a lo largo de la historia de la dogmática penal. En este sentido, las cuestiones propias del tipo subjetivo fueron analizadas en el derecho penal clásico vinculadas al principio de culpabilidad. Vinculado esto a su vez, a la idea que el Estado de Derecho requiere que causación de un resultado determinado no es suficiente para realizar una imputación penal, debido a que la responsabilidad objetiva no basta. Así, se entiende que esta lógica se completa cuando el autor obra con dolo, o en su caso, con imprudencia. Se requiere, en definitiva, en toda imputación penal que el comportamiento haya surgido desde fuero interno del autor.³¹

La categoría de la tipicidad en los delito doloso, no sólo depende de la realización del tipo objetivo, sino que además, de la realización del tipo subjetivo, lo que se traduce en el del dolo del autor. A través de ello, podemos decir que se permite imputar el hecho no solamente de manera objetiva, sino que también subjetivamente. En el delito doloso existe una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: la representación del autor propia del tipo subjetivo debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo. Es decir, en el delito doloso el autor sabe la conducta que realiza. Así, de esta coincidencia – entre lo que se ejecuta y lo que se sabe que se realiza – surge la forma más grave de ilicitud: la del delito doloso, frente a la menos grave: la del delito imprudente.³²

Al respecto, superadas a esta altura las distintas concepciones de dolo (como conocimiento, como voluntad, representación como posible, representación como probable)³³ suscribo la idea a las actuales posiciones que entienden al dolo como conocimiento del riesgo que genera el obrar de una persona en referencia al bien jurídico protegido.³⁴

Como referí más arriba, el elemento subjetivo del tipo, al encontrarse desde un punto de vista interno del sujeto, es decir, desde la esfera psíquica del mismo, ha llevado a indicar una interrogante: ¿Cómo debe probarse el dolo?. En tal sentido, se han elaborado algunos trabajos doctrinarios que han intentado dar respuesta al mismo, y que comparto en

31 - RIGHI, op. cit. p. 258.

32 - BACIGALUPO, op. cit. p. 414 y ss.

33 - PUPPE, Ingeborg. La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal Alemán. Hammurabi. Buenos Aires, 2010.

34 - BACIGALUPO, op. cit.; JAKOBS, op. cit.; ROXIN, op. cit., entre otros.

cuanto a sus criterios de identificación.

En primer término, considero esencial las enseñanzas que ha desplegado Joachim Hruschka quien refiere que el dolo se prueba no como hecho "natural", ni siquiera "psíquico", sino que se atribuye normativamente, atendiendo a la significación social de la conducta desplegada por el imputado. Así, sostiene Hruschka que el dolo no es un "hecho" en el mismo sentido que lo son las circunstancias fácticas que rodean el suceso investigado, y que no puede interpretarse ontológicamente como suceso demostrable a la usanza de las ciencias físicas.³⁵

Todo lo cual, puede ser completado con lo que predica Ramón Ragues i Valles, desde la experiencia social es posible distinguir, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien no lo son, es decir, objetivamente serían capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupos de conductas - que en adelante serán denominadas "conductas neutras" debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.³⁶

Desde este prima, podría afirmar que la conducta desplegada por la madre del niño, claramente ha tenido una connotación que no deja vislumbrar otra idea que no sea la de dolo. Si bien, en su inicio – empujar la puerta – podría verse como un elemento de mayor cercanía con la imprudencia – más allá de la reconocida doctrina que entiende que las conductas imprudentes no poseen elementos subjetivos -, cierto es también, que desde un análisis conglobado del hecho, teniendo en cuenta el contexto como factor externo – discusión por cuestiones académicas en instancias de escuela primaria - y la acción desplegada luego de

35 - HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. BdeF, Bs as, 2009, p. 195/196. Así, ha de tenerse en cuenta *"Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino adscriptivo...en ello no solo no hay ninguna arbitrariedad, sino que es, en principio, nuestra única posibilidad de imputar el dolo penalmente relevante a partir de la globalidad de las circunstancias 'externas'. Así, acogemos aquellos hechos que son perceptibles por los sentidos, es decir, que pueden constatarse objetivamente -la cara roja, los movimientos del cartero, las circunstancias 'externas' del caso- como la expresión de algo espiritual que no puede encontrarse en el mundo de los hechos"*.

36 - RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4 – Año 2004. p. 24. En lo medular, también resulta interesante citar las metas de este trabajo, y en tal sentido, referir que "Para resolver la cuestión de cómo se prueba el dolo en el proceso penal es imprescindible contar con dos herramientas teóricas: una teoría del dolo y una teoría de la prueba. La teoría del dolo hace falta porque, sin saber qué es aquello que debe ser probado, difícilmente se puede decidir cómo ha de llevarse a cabo la actividad probatoria en cuestión. Y, en segundo lugar, tampoco cabe prescindir de la teoría de la prueba, pues sin ella no es posible instruir al operador jurídico que se encuentra ante un caso concreto sobre cómo y cuándo debe dar por acreditada la presencia de aquellos elementos fácticos que permiten afirmar el concepto cuya eventual aplicación se plantea.". (op. cit. p. 13).

lograr abrir la puerta del baño, es decir, tomarlo del cuello y asestarle un “sopapo”, de ningún modo deja entrever otro esquema que no sea el del delito doloso.

5.- La antijuridicidad. Posible causa de justificación.

Para delimitar la antijuridicidad a los fines de poder precisar el marco de justificación que eventualmente se podría considerar en el presente caso, seguiré a Righi, quien entiende que es menester determinar bajo qué condiciones podemos afirmar que determinada acción es típica y que además contraria a derecho, lo que supone asimismo, que el hecho está objetiva y subjetivamente subsumido en la descripción de la norma penal de la parte especial del CP, lo que sólo establece una presunción de ilicitud.³⁷

Ahora bien, la afirmación de que una determinada conducta es típica no deriva necesariamente que sea antijuridicidad, ya que la presunción antes mencionada, podría ceder en los casos donde el derecho regula otra norma que autoriza la realización de ese hecho. Es decir, existen autorizaciones o permisos para realizar un tipo legal, a esas normas se las suele denominar causas de justificación.³⁸

Hay que tener presente además, que las causas de justificación no necesariamente se encuentren en el texto de los códigos penales, sino que es un catálogo abierto que puede ser completado con normas de distintos ordenamientos jurídicos.

Desde esta inteligencia, el actual artículo 647 del Código Civil y Comercial Argentino, no admite ningún tipo de maltrato para con los NNA en el marco del poder de corrección o educación por parte de sus padres, por lo tanto, la posible causa de justificación que se quisiera esbozar en este contexto, en el plano de ejercicio legítimo de un derecho de corrección actualmente en el derecho argentino no tiene recepción afirmativa.

Como indiqué más arriba, al tratar la cuestión de la insignificancia de determinadas conductas y sobretudo cierta tolerancia social a estas prácticas, entiendo que el espíritu de esta norma – Cód. Civ. Com. - es justamente erradicar por completo este tipo de método en el plano de la educación o corrección por parte de los padres, y por otro lado además, genera la no aceptación social generalizada de determinados comportamientos que resultasen insignificantes desde lo penal.

Resulta sumamente ilustrativo lo que refiere Boldova Pasamar en el texto antes citado cuando indica que “...*el maltrato no se vincula con la integridad moral, y sí únicamente con la salud física o mental, con lo que carecería de fundamento un interpretación similar*”. En este sentido, y en simetría con lo que sugiere el hecho del caso asignado, este autor refiere que “...*si los cachetes afectan a la integridad corporal son punibles, tanto si se consideran*

37 - RIGHI, op. cit. p. 308

38 - BACIGALUPO, Lineamientos..., op. cit. p. 85.

*denigrantes como si no, sin que contra ello pueda alegarse que la estricta aplicación de la legalidad en esta materia supone o puede suponer criminalizar las relaciones familiares.”*³⁹

En esta línea, Roxin siguiendo a Günther quien “...aplica la categoría desarrollada por él de las causas de exclusión del injusto penal también al derecho paterno de corrección. Según esto, junto a las causas de justificación que son válidas para todo el ordenamiento jurídico, existe la ulterior categoría de las causas de exclusión del injusto penal, las cuales, debido a la falta de merecimiento de pena, sólo eliminan el injusto penal. Aplicado a nuestro tema, ello quiere decir: la supresión del derecho paterno de corrección en el Derecho civil no impide admitir que el injusto penal se excluya, porque la intromisión del Estado en la familia aparezca como político-criminalmente inoportuna.”⁴⁰

Sin perjuicio de lo que sostienen estos autores, cuando alguien realiza el tipo del artículo 89 – lesiones leves – mediante un maltrato físico a un NNA, la no punibilidad de éstas sólo se excluyen por medio de una causa de justificación; o de exculpación, o bien de exclusión de la punibilidad legalmente establecidas, como por ejemplo en los casos del artículo 185 del CP. Pero lo cierto es que el derecho argentino, no ampara estas conductas desde un marco de la justificación.⁴¹

6.- La culpabilidad. Análisis de sus elementos y posibles causas de

39 - BOLDOVA PASAMAR, op. cit. p. 85. “Pues no son tantos los episodios de corrección a través del castigo físico que llegan a la Administración de justicia, ya que muchas veces estas conductas antijurídicas tienen lugar en un ámbito de privacidad y no se exteriorizan en público, quedando prácticamente garantizada su impunidad si no se constata un resultado lesivo externo (salvo la existencia de desavenencias en la pareja que puedan dar lugar a denunciar sucesos de esta naturaleza). Lo que sí resulta cierto es que la mayor parte de los hechos que se juzgan acaban en condena precisamente por haber incurrido los padres en excesos.”

40 - ROXIN, La calificación..., op. cit. p. 237. “Se llega de esta manera a un resultado que era el deseado por el legislador: si bien los castigos físicos están sin duda prohibidos en el Derecho de familia, se evita una «criminalización de la familia»”.

41 - Mucha de la doctrina Española y Alemana buscaban este tipo de fundamento cuando las legislaciones propias en materia civil, donde se regulaba el poder de corrección y educación de los padres para con sus hijos, no contenía una regulación como las actuales. En este sentido. Es dable citar a Mir Puig, quien en su libro Derecho Penal, Parte General, refería que “El derecho de corrección permite a los padres y tutores corregir moderadamente a sus hijos o pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela (arts. 154, 2º y 268, segundo inciso, CC). Requisitos del ejercicio de esta facultad son la necesidad y proporcionalidad³⁰ en orden a la finalidad educativa y al bien del menor (todo ello a valorar ex ante). El límite máximo de la facultad de corrección no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, como en la moderación (arts. 154, 2º y 268 CC) de la conducta correctiva. El concepto de moderación es relativo y se halla condicionado a las circunstancias culturales y del medio social, así como, especialmente, a la edad del menor. En nuestros días cabe constatar una evolución favorable a restringir las facultades correctivas, y ya quedan lejos los tiempos en que el Fuero de Llanes eximía a padres y maestros que hiriesen a sus hijos o discípulos «por razón de aprender o de corregir», aunque muriesen de las heridas.” MIR PUIG, op. cit. p. 491. También Roxin en La calificación, op. cit, refiere a las distintas posturas que se receptan en la doctrina alemana, y como, en cierta medida, todos coinciden en la eliminación de cualquier conducta lesiva que repercuta en la salud de los NNA.

exculpación.

Siguiendo las enseñanzas de Bacigalupo la culpabilidad es reprochabilidad jurídico-penal. Refiere el autor que culpable es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella. Es decir, el razonamiento se centra en la capacidad que tiene un sujeto de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena.⁴²

Asimismo, la doctrina dominante, indica que deben concurrir para que en el caso concreto se pueda afirmar que el autor es culpable, los elementos de imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuridicidad y la exigibilidad. Así, en el caso contrario, cuando alguno de estos elementos no concurre, el autor no es culpable, por lo que a las circunstancias cuyo efecto es excluir cualquiera de los requisitos expresados, se las denomina causas de inculpabilidad.⁴³

A partir de allí, conforme lo sugiere el caso asignado, entendí evaluar dos situaciones. Por un lado, un posible estado pasional, lo que en definitiva repercutiría en el primer elemento, la imputabilidad. Y por el otro, en un error de prohibición en el marco del conocimiento virtual – o potencial – de la antijuridicidad.

Boldova Pasamar, siguiendo a Gropp afirma que *“...sólo en raros supuestos golpear a un niño tiene que ver con las penas en el sentido de expiación, retribución, prevención general o prevención especial. Más bien nos encontramos muchas veces con que estos episodios de corrección paterna, como señala este autor, obedecen a arrebatos pasionales completamente irracionales, cuya exclusión de la penalidad no ha de buscarse en el ámbito de la antijuridicidad, sino todo lo más en el nivel de la culpabilidad. Aunque no se aprecien en tales casos eximentes completas ni incompletas de trastorno mental transitorio, y rara vez se tenga en cuenta la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad, en no pocas ocasiones dichas situaciones o estados han influido como argumento coadyuvante de una absolucón.”*⁴⁴

En este sentido, lo que refiere el autor es que, en determinadas circunstancias, podrían invocarse, siempre teniendo en cuenta el caso asignado, los parámetros que refiere el artículo 93 del CP, haciendo referencia a las atenuantes que prevé nuestro catálogo represivo, sobre todo en lo que hace a la emoción violenta y también al delito preterintencional. Situación ésta, que necesariamente se vería reflejada en el quantum punitivo considerando siempre los parámetros de la escala penal establecida como primer límite, y además, la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho.

Sin perjuicio de ello, la ley civil y comercial argentina, a partir de la última

42 - BACIGALUPO, Lineamientos..., op. cit. p. 112/113.

43 - RIGHI, op. cit. p. 398.

44 - BOLDOVA PASAMAR, op. cit. p. 87/88.

modificación pareciera que aún en estos caso, tampoco funcionaría la atenuación toda vez que intima a los padres a recurrir a las instancias administrativas para solicitar la ayuda que entiendan apropiada para dar una solución pacífica al conflicto.

Por otro lado, también podríamos realizar alguna consideración con relación a la concurrencia de un error de prohibición con relación a la falsa creencia por parte del progenitor que entiende que su actuar se encuentra justificado, todo ello dentro del segundo elemento referido más arriba, es decir, en el marco del conocimiento virtual de la antijuridicidad.

De allí que, siguiendo las enseñanzas de Bacigalupo, podría realizarse la interpretación en la aplicación del artículo 35 del CP en lo que refiere al exceso.⁴⁵ Es decir, habiendo un error de prohibición indirecto (error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación) poder analizar si ese error era vencible o invencible y desde allí poder definir sobre la impunidad de la conducta, o bien, en el caso de vencibilidad, la posibilidad de aplicar la pena del delito culposo, que en el caso de las lesiones – como refiere el caso asignado – podrían ser atribuidas desde la escala penal del artículo 94.⁴⁶

Debido a la última modificación de nuestra ley civil y comercial, y el reconocimiento de determinados límites en el poder de corrección de los padres para con sus hijos, todos ellos por fuera de cualquier tipo de violencia (maltratos), aun así podría pensarse este problema – aunque a mi humilde entender sólo en relación ínfimas violencias que no causan ningún tipo de lesión – pero dicha aplicación sólo mostraría una inclinación por parte del magistrado de no criminalizar las relaciones de familia, aunque, sin perjuicio de ello, en la actualidad, se le debe sumar cierta perspectiva de niñez a la hora de resolver este tipo de contiendas.

7.- Aclaración final

Entendí no desarrollar cuestiones relativas a la determinación de la pena, toda vez que desde el análisis integral del caso, como se verá en el capítulo que sigue, la resolución del mismo, a mi entender se encuadra en un supuesto de suspensión de juicio a prueba, con lo cual en el marco de evaluar las posibles salidas alternativas desde la legislación ritual de mi provincia, y también desde el prisma de mi experiencia personal en el rol de defensor público de la provincia de Entre Ríos, me remitiré a lo que consigna el próximo capítulo al respecto.

45 - BACIGALUPO, Enrique. Error y Tipo. Hammurabi. Buenos Aires, 2002. p. 83 y ss.

46 - Nótese que en caso de aplicación de tipo culposo de lesiones, habría incluso un agravamiento en la eventual pena a imponer, ya que, de las últimas modificaciones, el art. 94 prevé un máximo superior que lo que recepta el artículo 89 en cuanto a las lesiones culposas. Es decir, que de la aplicación de las enseñanzas de Bacigalupo, si no se encuentran parámetros para hablar de invencibilidad del error, donde indefectiblemente el autor plantea la impunidad, la consecuencia en carácter culposo prevé una pena más gravosa que la dolosa.

V.- Aplicación del Derecho Procesal Penal

1.- Aclaraciones

Como referí en la introducción, en el presente capítulo abordaré tres cuestiones que considero esenciales y que ofrece el caso de asignado.

En primer término, haré referencia a la prueba forense en el marco de los nuevos sistemas de enjuiciamiento penal en general, y particularmente, el sistema escogido por la provincia de Entre Ríos, lugar donde me he desempeñado como operador judicial desde hace algún tiempo.

Luego haré mención a la valoración de las pruebas en el proceso penal, y que incidencia tiene ello en los procesos de violencia familiar, como un supuesto del caso que me toca analizar. Asimismo, entendí acertado evaluar este margen de valoración desde el testimonio brindado por un niño, niña o adolescente, su credibilidad, y bajo la modalidad del dispositivo de audiencias videograbadas – Cámara Gesell -.

Por último, entiendo que el caso asignado arroja necesariamente, y bajo el prisma del principio de oportunidad, evaluar cuales serían las alternativas a la imposición de una pena en hechos como los que se han investigado en el presente trabajo, teniendo en cuenta la mayor incidencia en la vida del niño de una eventual condena, como asimismo, cuáles serían las pautas de conducta que se debería observar, en el marco de los fines preventivos especiales y también en relación al rol del Estado como supervisor de las prácticas abusivas de progenitores hacia sus hijos.

2.- La prueba en el Proceso Penal

El término prueba, posee distintas acepciones, incluso al hablar de Derecho Procesal. Jauchen, refiere que se utiliza como *medio de prueba* para indicar los diferentes aspectos del juicio con los que cuenta el magistrado para resolver la causa, hayan sido éstos introducidos al juicio oficiosamente o por producción de parte. Asimismo, precisa también que la *acción de probar*, es la actividad que deben desplegar las partes, y a veces, el propio órgano jurisdiccional, y que tiene el fin de acreditar la existencia de los hechos que afirman y que en definitiva, sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos el órgano requirente y el decisor. Con el vocablo se denomina además lo *probado*, para indicar el fenómeno psicológico o estado de conocimiento producido

en el juez por los distintos elementos producidos en el proceso.⁴⁷

La materia probatoria en los nuevos sistemas de enjuiciamiento penal ha cambiado radicalmente, estos nuevos paradigmas refieren en su gran mayoría a la libertad probatoria como el principio rector en la actividad de recolección de evidencias en el marco de un proceso penal, puntualmente, en la primera etapa de dicho proceso, la investigación penal preparatoria. Teniendo siempre en cuenta, que la recolección de evidencias sea en forma lícita, de lo contrario, surgiría la ilicitud de la prueba lo que daría como puntapié inicial que se apliquen las reglas de exclusión probatoria (cfr. CSJN “CHARLES HERMANOS”; “MONTENEGRO”, entre otros.).

Del caso asignado, considero dos evidencias que permitiría dar por probado el hecho imputado a la madre del niño. Por un lado, la acreditación de las lesiones, que conforme surge del mismo, sería de carácter leve (art. 89 del CP), lo cual se materializaría con la revisión médica del niño, la elaboración por parte de un galeno del informe que plasme la magnitud de las mismas, y la probabilidad de cómo pudieron haberse producido, el cual, a partir de este sistema de enjuiciamiento podrá tenerse por acreditado siempre y en cuanto, el galeno haya depuesto en la audiencia de juicio, o bien, el informe haya sido incorporado por acuerdo de parte.

Por otro lado, el testimonio del niño, niña o adolescente en cuanto a la forma en que han acontecido los hechos, lo cual resulta de suma importancia atento que las características en las cuales se lleva a cabo, las particularidades que ofrece este tipo de declaraciones y sobretodo, que incidencia tiene el mismo en el marco de la tarea que le compete al juez en la etapa de valoración y ponderación de las evidencias reunidas.

3.- El testimonio del Niño, Niña y/o Adolescente en el proceso penal.⁴⁸

Las lesiones, y cualquier maltrato hacia los NNA, son violaciones a los derechos humanos fundamentales – independientemente de lo que he precisado en el capítulo anterior sobre los bienes jurídicos afectados –, en razón de que la afectación no sólo repercute sobre los mismos sino que en cierta medida, también, alcanzan a sus familias. Lo que refiero lo entiendo en el marco de la institucionalización del conflicto, de la procesabilidad del litigio, lo cual implica, en mi humilde entender, expropiar la problemática a los principales protagonistas, sin perjuicio claro está, que los mecanicismos de protección de derechos se sirven de dichas

47 - JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 17 y 18. Sostiene el Prof. Jauchen que “*En el proceso penal esta comprobación debe estar referida a la realidad histórica, en cuanto mayor acercamiento a la verdad objetiva o material. El descubrimiento de tales extremos se obtiene mediante la prueba. Esta reconstrucción del pasado se procura efectuar mediante la producción de elementos que constituirán la base de credibilidad para establecer la existencia o no del hecho. Este último es el ‘hecho principal’ que se pretende conocer mediante el ‘hecho probatorio’.*”

48 - Véase CHAIA, Rubén. Técnicas de litigación penal. T. III. Hammurabi, Buenos Aires, enero 2020.

instituciones.⁴⁹

Ahora bien, sobre estos testimonios, lo cuales a las claras resultan ser una medio de prueba sumamente valioso, deben realizarse bajo una serie de particularidades que son dables resaltar.

Como bien refiere Parma, en lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada – como precisaré más adelante, ésta cuestión ha tenido algunas controversias en la jurisprudencia entrerriana -.⁵⁰ Además, la *irreproductibilidad, irrepitibilidad o indisponibilidad* en su actuación radica en el retraso de esta hasta el juicio oral, dada la corta edad de las víctimas-testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio.

Estas entrevistas – testimoniales – deberán cumplir una serie de pautas, sobretodo, en pos de no generar un mayor grado de victimización,⁵¹ las cuales se enmarcan dentro de protocolos de actuación.⁵² Entre ellas, podemos precisar las siguientes:

- Antes de realizar la Entrevista Testimonial Videograbada, el profesional realizará al NNA una entrevista preliminar, en la cual se busca establecer un vínculo de confianza, garantizar y resguardar la mayor privacidad, informar acerca de las características del dispositivo, evaluar su disposición a transitar el mismo, explorar aspectos de su vida cotidiana, como también evaluar el desarrollo evolutivo, cognitivo y el estado emocional del NNA que posibiliten realizar la entrevista.

En los casos en que el profesional a cargo de la misma determine que el NNA está en condiciones de brindar su declaración testimonial, se procederá a la realización de la entrevista videograbada, evitando dilatar los tiempos de espera del NNA, como también sus reiteradas concurrencias a tribunales. De evaluarse que el NNA no se encuentra en condiciones, se informará a las respectivas partes en el proceso y se delimitaran los pasos a seguir.

Debe tenerse presente que el NNA puede decidir no testimoniar sobre los hechos y que existen diferentes modelos de entrevistas de declaración testimonial. Por lo cual el entrevistador adaptará los procedimientos y técnicas propios de su

49 - Tratados internacionales relacionados con el tema abordado: Declaración Universal de Derechos Humanos. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSJCR). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Protocolo Facultativo del PIDCYP. Convención sobre los Derechos del Niño. Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Convención Interamericana para Sancionar, Erradicar y Prevenir la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará) y la Plataforma de Acción de Beijing.

50 - PARMA, Carlos. Valoración de la prueba en los delitos sexuales y de género. DPyC 2020 (abril), TR LALEY AR/DOC/489/2020.

51 - En tal sentido se expresa el texto "Acceso a la Justicia de Niños, Niñas Víctimas" diciendo: "*Lo sensato desde la aplicación rigurosa del debido proceso penal consiste en lograr un justo equilibrio entre esa necesaria protección, en todo caso - mediante aceptación de sistemas alternativos - no introduciendo al menor de edad al proceso si no es absolutamente indispensable*".

52 - Como lo he sostenido a lo largo de este trabajo, muchos de los comentarios en material procesal tendrás como guía los documentos de los que se vale la justicia entrerriana. En este caso, lo citado resulta del Protocolo De Intervención Con Niños, Niñas Y Adolescentes (NNyA) Víctimas De Delitos Contra Su Integridad Sexual Y Lesiones De Los Ministerios Públicos De La Provincia De Entre Ríos. <https://mpd.jusentrerios.gov.ar/camara-gesell-resoluciones/>

ciencia a las características, condiciones y necesidades de los NNA, teniendo en cuenta su desarrollo cognitivo, estado emocional y naturaleza de los hechos denunciados.

- Entrevista testimonial videograbada.

Su objetivo es brindar una adecuada escucha al NNA, por un profesional del área de salud mental, con experiencia en el abordaje de NNA y en la temática; evitar la revictimización en su tránsito por el proceso penal y obtener pruebas para la investigación.

Por medio de dicha entrevista se busca crear las condiciones para que el NNA pueda expresarse y ser escuchado, respecto de los hechos denunciados.

De la entrevista testimonial videograbada podrán participar desde la sala de observación, las partes intervinientes en el proceso; quedando exenta la participación de personas del entorno inmediato del NNA como así también, la presencia del imputado.

Durante el proceso judicial, jamás debe exponerse a las posibles víctimas de un abuso sexual al contacto con el o los imputado/s. Es importante resguardar al NNA de las reiteradas indagaciones en la instancia judicial, por lo que es de suma relevancia intentar realizar solo una entrevista testimonial.

El NNA durante esta instancia puede decidir no testimoniar sobre los hechos o interrumpir la entrevista.

- Informe de Entrevista testimonial videograbada.

Finalizada la intervención, el/la profesional a cargo de la entrevista remitirá la videograbación y un informe con sus observaciones, al Fiscal interviniente, quedando disponible para el caso de que lo requiera, una copia para el Defensor Público del niño, niña o adolescente.

Cabe mencionar que el mismo no constituye un informe pericial, ni tampoco un informe acerca de la credibilidad o veracidad del relato aportado por el NNA. El objetivo del mismo es brindar una descripción acerca de las características evolutivas, cognitivas y emocionales del NNA así como aspectos significativos que puedan surgir de su comunicación - tanto verbal como no verbal-, y todo otro dato de interés vinculada a la situación del NNA, como así también realizar las sugerencias de abordajes protectores y terapéuticos, en caso de evaluarse convenientes.

Asimismo, en el marco de dicho protocolo, también se prevé otra instancia más, la cual queda sujeta a algunas particularidades, las cuales - siempre – obedece a la supremacía del interés superior del NNA por sobre cualquier otra incidencia. Así:

- Evaluación Pericial psicológica

El objetivo de la evaluación pericial psicológica es valorar las posibles consecuencias psicológicas y/o emocionales ante una eventual exposición del NNA a escenas de victimización sexual, como también responder a puntos de pericia solicitadas por las partes.

En el proceso pericial, se utilizan diversas técnicas tales como: entrevistas a los padres y/o referentes del NNA; entrevistas individuales al NNA durante las cuales se administran técnicas de exploración de la personalidad; las cuales se seleccionan en relación a la edad y características del NNA como también, en relación a los puntos de pericia solicitados por las partes.

La evaluación pericial antes mencionada, resulta ser una instancia de excepción. Carácter que surge del propio protocolo en cuanto refiere: *el pedido de evaluación psicológica al NNA (pericia) debe solicitarse de manera excepcional y debidamente justificada, vinculada a las particularidades del caso, a fin de evitar reiteradas concurrencias del/a mismo/a a la Institución judicial, atento a que el abordaje pericial (contestación de los puntos periciales)*

requiere de varias intervenciones, lo cual podría derivar en una nueva victimización al NNA.

Además de esta excepción, existen limitaciones en la práctica pericial con niños menores de 4 años, debido a que su nivel cognitivo, en relación al pensamiento simbólico y a la adquisición del lenguaje es incipiente, no obstante, entiendo relevante considerar en cada caso en particular, ya que en algunas oportunidades, las llamadas “horas de juego” también dejan ver determinados aspectos que si bien constituidos en *indicios* posibilitan a los operadores valerse de algún otro medio probatorio que complete el plano probatorio que se interesa encontrar.

En el caso: analizado el caso *La Bofetada Educativa*, vemos claramente un caso a subsumirse bajo estas reglas, el niño lesionado por su madre, en el marco del proceso penal entrerriano, seguramente, atravesaría una instancia como la descripta como forma de integración de lo denunciado por los referentes del colegio.

Este medio de prueba, podría ser decisivo, no sólo en el marco del derecho a ser oído el NNA como postulado de los propios documentos internacionales con relación a ello, sino porque justamente podría ser contrastado con la versión contada hacia el docente y en ese marco también advertir, su coherencia, credibilidad y posibles contradicciones.

Además, dejando de lado la materia probatoria, estas intervenciones muchas veces arrojan la posibilidad de ponderar la necesidad de tratamiento psicológico o de cualquier otro abordaje y seguimiento que se considere pertinente para con el NNA.

4.- La constatación de la lesión. La prueba pericial.

En la provincia de Entre Ríos, la constatación de este tipo de incidencias siempre son canalizadas por la supervisión de un perito – que conforme surge del caso y como se precisó más arriba – estará a cargo del Médico Forense que realice la revisión médica del niño lesionado.

Si bien podría precisar las pautas por las cuales las pericias deberían llevarse a cabo de acuerdo a los regímenes procesales, me parece de mayor interés fijar en este apartado la incidencia que tiene ello en el marco de la apreciación que realiza el magistrado de la misma.

En este sentido, resulta claro que el resultado – lo reproducido por el profesional interviniente en su dictamen – de la prueba pericial no resulta vinculante para juez, quien tiene la facultad de separarse de dicho dictamen siempre que tenga la convicción contraria. En esta inteligencia, podemos sostener que el principio es la no vinculatoriedad de los dictámenes periciales, caso contrario, llevaría a sustituir la función del juez, erigiéndose virtualmente en quien en definitiva decidiría en no pocas ocasiones el resultado de la causa.⁵³

53 - JAUCHEN, ob. cit. p. 415, donde precisa que “*Por el contrario, el magistrado tiene el poder-deber de practicar sobre*

Ahora bien, habiendo dicho que el juez no se encuentra obligado con el resultado de la pericia, debe también decirse, que para poder separarse del mismo, en términos de no genera arbitrariedades, deberá expresar razonadamente los fundamentos de tal apartamiento a fin de garantizar el principio de la debida fundamentación de toda resolución judicial.

Entre las causas por las cuales puede el juez apartarse de las conclusiones de los peritos, pueden destacarse las siguientes:

- Contradictoria con el resto de las pruebas;
- Que resulte a todas luces inverosímil
- Que posea vicios de nulidad
- Que resulte vacío de contenido

Sin perjuicio de lo referido hasta aquí, y que la extensión del trabajo y sobretodo, el fin encomendado – análisis del caso – exceden al tema que vengo desarrollando, considero que en el caso asignado la constatación de la lesión se llevaría a cabo en primer término en el marco de las actuaciones policiales, luego, ya en instancias judiciales, la evaluación de las mismas, su carácter y posible causal, serán determinadas por el médico forense, quien llegado el caso a un eventual juicio oral, deberá deponer en carácter de testigo – ampliando en su caso el dictamen ante el interrogatorio de las partes – para poder incluir dicho informe como prueba de la causa, siempre, claro está, que no se haya incorporado como acuerdo de parte – prueba documental -.

5.- La valoración probatoria.

Conforme precisé anteriormente, y a fin de abordar la manera en que podrían considerarse estas probanzas, entiendo acertado hacer algún tipo comentario en relación a la valoración probatoria como un elemento central en la actividad jurisdiccional y que de seguro, para el caso asignado también resulta relevante.

La valoración probatoria es una operación del intelecto que intenta establecer

el informe de los expertos una atenta labor crítica, observando y considerando detenidamente no sólo las conclusiones definitivas a las que el perito hubiese llegado, sino también las operaciones y prácticas que para ello hubiese efectuado, los fundamentos y razones con las que sustenta aquéllas, y la seriedad de todo el desarrollo de la prueba. Si en algún dictamen los peritos vierten suposiciones, inferencias o deducciones personales, aun cuando tengan como referencia hechos comprobados, el juez tiene la total libertad de apreciarlos conforme a su sana crítica. El juez no puede aceptar ciegamente la opinión de los expertos; de este modo se desnaturalizaría no sólo su propia función de juzgador, sino también la de la pericial como medio de prueba.”

la eficacia para convencer que tienen los elementos de prueba que se han arrimado al proceso en debida forma. Es el producto de un método justo y racional, que proporciona una guía para la construcción motivacional que radicará siempre en la libertad de convencimiento del juez, plasmada en conclusiones racionales.⁵⁴

Como método para llegar a conclusiones racionales, lo que en definitiva se traduce en una sentencia justa, resulta materialmente aplicable la sana crítica racional. La actividad desplegada por el magistrado, en relación al análisis razonado de los elementos que llevan a una determinada convicción y que sujetos a ciertas reglas, resultan integrativos de este método. En definitiva, podemos decir que lo que se traduce a través de la sana crítica, es dar motivos de la decisión que se adopta.

Me refiero a este método, en contraposición a la libre convicción, en el entendimiento que para este caso, la construcción que debe hacerse del hecho ocurrido, el grado de participación de la madre del niño, la posible calificación legal escogida, y la sanción que se evalúa, claramente, requiere de un sistema de razonamiento y valoración muy distinto a la libre convicción.

Ahora bien, es dable resaltar, que por ejemplo Entre Ríos, ha incorporado desde algún tiempo el juicio por jurados, y sabido que en éste sistema de enjuiciamiento popular, el método es la libre convicción, pero como vengo precisando en algunos párrafos, trato de adecuar los fundamentos al caso que se me ha asignado.

6.- Posibles salidas alternativas en el caso.

En los modernos sistemas de enjuiciamiento, se regulan alternativas de conclusión del conflicto penal, justamente, tratando de que el criterio punitivista sólo alcance a determinados hechos o particulares sujetos. Es decir, se podría simplificar en lo siguiente: desde un plano objetivo, para los hechos de menor gravedad, los sistemas procesales actuales estipulan una serie de mecanismos que tienden a darle un desenlace menos severo al caso, en este grupo podríamos incluir, los hurtos tentados (arts. 42 y 162), las violaciones de domicilio (art. 150 del CP), etc... A su vez, desde un punto de vista subjetivo, es decir, desde el plano del sujeto, se podrían considerar cuestiones por ejemplo a los antecedentes – o más bien la falta de ellos -, o también, cuando el delito queda en el ámbito familiar, como el caso que nos ocupa.

Todo ello, a mi entender, se podrían diagramar en base a un principio rector en los sistemas acusatorios de enjuiciamiento, el principio – o también referido “criterio” - de oportunidad.

Mucho se ha escrito sobre las alternativas a la resolución de conflictos. Desde tesis abolicionistas del derecho penal, hasta encuadres desde lo procesal hacia el castigo

54 - PARMA, ob, cit. p. 1.

encubierto en alguna suspensión de juicio a prueba, pero lo cierto es que en definitiva, lo que ha conseguido es que se abarquen mayores hechos en el ámbito del proceso penal. A qué refiero, en mi humilde entender, cuantas más salidas alternativas se regulan, mayores son los hechos abarcados por el derecho penal. Es cierto, antes tal vez todos ellos no tenía un cause desde lo procesal, pero no es menos cierto que los tribunales en muchas oportunidades terminan realizando juicios (quizás acuerdos abreviados) donde lo único que se trata son delitos nimios pero que desde técnico, desde las reglas de concurso real, termina prisionalizando a un sin número de personas.⁵⁵

Sin perjuicio de las líneas antes escritas, entiendo acertado hacer referencia a dos cuestiones, al menos conceptualizar la primera, el principio de oportunidad, y reflexionar sobre la segunda, como salida alternativa escogida para el caso asignado, la suspensión del juicio a prueba.

7. El principio de oportunidad

Podría decirse que se entiende por principio de oportunidad a la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar".⁵⁶

Cafferata Nores explica que existen dos fórmulas de aplicación de estos criterios. La *oportunidad libre*, propia del derecho anglosajón. Parte de una premisa: el Fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede "ganar" logrando una condena, lo que importa, por un lado, que si no existe tal posibilidad, no hay acusación; y por otro, que para lograr la condena por un delito se permiten negociaciones, que pueden llevar a su impunidad parcial, o de otros cometidos.⁵⁷

55 - A su vez, este tipo de procesos acarrear, no sólo la prisionalización de personas a penas cortas, lo cual de por sí implica una gran contradicción con los fines del encarcelamiento, el diagrama de los sistemas carcelarios -hacinamiento- y por supuesto, las falencias en los programas de reinserción pensados para los institutos de libertades anticipadas. Pero además, como si fuera poco, las estadísticas revelan que si bien hay más condenas, por lo tanto, una mayor cantidad de personas judicializadas, y como consecuencia, privadas de su libertad, sino que también el delito no ha disminuido. Cada vez existen más personas institucionalizadas por hechos criminosos, siendo los nuevos sistemas de enjuiciamiento, uno de los factores de aceleración en este proceso de prisionalización.

56 - CAFFERATA NORES, José I. *El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, Realidad Y Perspectivas*. Versión corregida y anotada de la clase de oposición dictada para el concurso para Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Córdoba (Arg.). p. 12.

57 - CAFFERATA NORES, op. cit. p. 14. "Esta modalidad ha sido explicada al amparo del espíritu que inspira el derecho penal anglosajón, que deposita en el éxito de la acusación, es decir en la condena, la responsabilidad de proyectar hacia

Por otro lado, existe la *oportunidad reglada*, propio del derecho continental europeo. Significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado y otras también, el de la víctima y se requiere control del órgano jurisdiccional (sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad; y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento). Esta es la modalidad que predomina en la doctrina y en la legislación argentina.

En esa inteligencia es que el Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos lo regula de la siguiente manera:

Artículo 5.- La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá interrumpirse, hacerse cesar ni suspenderse salvo los casos expresamente previstos por la ley. El Procurador Fiscal General podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

Asimismo, también en el artículo 205 se regula que en casos en donde se autorice la aplicación de criterios de oportunidad para establecer la prioridad en la persecución penal, el Fiscal decidirá el archivo de las actuaciones dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 210, sin perjuicio de su investigación posterior.

Por otro lado, el artículo 211 refiere que antes de decretar la Apertura de Causa (art. 212 del CPPER) el Fiscal, según las características y circunstancias del caso, podrá oír a los interesados si estimare posible una conciliación. Sólo será obligatoria la presencia del denunciante; en caso de incomparecencia el Fiscal podrá desestimar la denuncia.

Entiendo que los casos como el asignado, desde lo procesal, y sobretodo, visto desde un sistema de enjuiciamiento como el de mi provincia, son canalizados indefectiblemente desde un criterio de oportunidad. Claro está, si visualizamos a la madre como

el ciudadano la sensación de protección que le acuerdan el Derecho penal y el sistema judicial. En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el Fiscal, puede iniciarla o no hacerlo; puede una vez iniciada, desistirla; puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida que este acepte su responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante; puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando ella sea útil para el descubrimiento de otro más grave."

delincuente primaria, como primera imputación que recayera sobre ella.

Pero como precisaré en el apartado que sigue, más allá de la salida alternativa que se escoja para canalizar el caso, lo cierto es que la temática que se encuentra en tensión, abarca factores que se extienden de la órbita judicial. Refiero a ello, en la inteligencia de que la problemática de la violencia infantil, de la violencia familiar, más allá del posible encuadre penal, siempre estará supervisado por los organismos administrativos con competencia en el ámbito de la niñez, la adolescencia y la familia, con lo cual, rara vez la institucionalización del caso, será finiquitada con esta salida alternativa.

8.- La suspensión del juicio a prueba

Considero que el caso en cuestión es canalizable a través de la suspensión del proceso a prueba, por el delito que se trata, la magnitud del mismo y el rol que desempeña la madre en la relación materno filial. Más allá de estas consideraciones, resulta importante precisar algunas cuestiones en relación a este instituto.

En 1994, con la ley nacional 24.316 se incorpora el capítulo XIII al Código Penal Argentino la *suspensión del proceso a prueba*, instituto que abarca a los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater de dicho cuerpo normativo.⁵⁸

Julio De Olazabal refiere que la suspensión del juicio – o proceso - a prueba significa "*una paralización del proceso penal, con potencial extintiva del ejercicio de la acción, limitada a determinados delitos (detectables por la pena con que se los conmina) y determinados acusados de ser sus autores (detectables por la posibilidad abstracta de lograr una condena condicional), sujeta en su operatividad inicial a la petición por el imputado (acompañada de la promesa de reparar el daño causado y someterse a un plan futuro de conducta), aceptada por el juez con consentimiento fiscal y condicionada, finalmente, al cumplimiento del plan trazado*"⁵⁹.

En tal sentido, este instituto funciona como un sistema alternativo por el cual la persona perseguida por el Estado está conminado a cumplimentar con ciertas condiciones que el juez interviniente fijará con la particularidad que, una vez cumplimentada estas pautas conductuales y transcurrido el plazo establecido, podrá obtener el dictado de su sobreseimiento por extinción de la acción penal.

Entiendo que a esta altura, la discusión sobre la naturaleza de este instituto ha quedado determinada por la doctrina y la jurisprudencia. Cuando hablamos de la suspensión de juicio penal a prueba hacemos referencia a un derecho que tiene toda persona perseguida

58 - Es dable resaltar, que esta reforma también trajo aparejado una modificación en relación a las penas de ejecución condicional. De esta reforma se desprende a mi humilde entender, que el propio Estado argentino, reconoció los efectos nocivos – en términos institucionales - del encarcelamiento de personas en cumplimiento a penas de cortas duración.

59 - DE OLAZABAL, Julio. Suspensión del proceso a prueba, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 85.

por el poder punitivo estatal ante ciertas circunstancias.⁶⁰

Ahora bien, en el marco de lo que intento exponer en este apartado, este instituto involucra en primer término, la voluntad del imputado en razón a la solicitud que realiza al juez competente y, también la de la persona damnificada. En el tercer párrafo del ahora artículo 76 bis del Código Penal, se dispone que “...*presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada.*”, y como conclusión de tal requisito la ley penal expresa que “*La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere tendrá habilitada la acción civil correspondiente*”.

Con estas expresiones, considero que la normativa penal de fondo, comenzó a reconocer a la víctima en un rol de mayor relevancia en el marco de un proceso penal, y sobre todo, porque en este instituto en definitiva, su voz resulta ser un factor más al momento de evaluar la concesión por parte del juez.

La suspensión del proceso penal a prueba constituye un modo de aplicación del principio de oportunidad (aunque reglada por la ley y sujeta a ciertos controles formales por parte de la justicia).

El Código Procesal de Entre Ríos lo regula en su artículo 394, y precisa que en los casos en que la ley admite la Suspensión del Juicio a Prueba, una vez recibida la solicitud, el Juez de Garantías o el Tribunal, verificará el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y podrá conceder el beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse. Luego de ello, el Juez de Garantías o el Tribunal ordenará las instrucciones o imposiciones a que debe someterse el Imputado cuyo alcance y consecuencias las explicará personalmente al Imputado comunicando de inmediato la concesión del beneficio a la oficina de Oficiales de Prueba para su contralor. La suspensión podrá ser solicitada por el Imputado o su Defensor en cualquier momento a partir de la Declaración del Imputado hasta el vencimiento del plazo previsto en el Artículo 411 de este Código. Si se concediera durante la Investigación Penal Preparatoria, el Fiscal podrá realizar igualmente las medidas pertinentes para asegurar la prueba de los hechos y de la responsabilidad penal del Imputado.

En ese sentido, el órgano judicial procede a suspender el ejercicio de la

60 - Hago referencia a esta distinción en razón a la naturaleza jurídica del instituto ya que, las discusiones que se han suscitado en relación a ello, han referido a una facultad discrecional del fiscal o en su caso, del juez. También, se ha dicho que resulta ser simple “beneficio” que le brinda el Estado a ciertas las personas que se encuentran sometidas a un proceso punitivo. En definitiva, considero que se trata de un derecho de toda persona sometida a proceso que reúne las condiciones comunes y propias de admisibilidad y procedimentales que genera una obligación estatal de reconocerlo ante cualquier solicitud correctamente fundada en ley.

acción penal, sometiendo a prueba al imputado durante un determinado período. En este lapso (período de prueba) el imputado debe cumplir con ciertas condiciones; si las cumple se extingue la acción penal y finaliza el proceso, mientras que en caso de incumplimiento malicioso puede o debe revocarse la suspensión y en consecuencia ordenarse la continuación del trámite procesal.

Si la suspensión fue revocada por incumplimiento de la condición de no cometer un delito durante el período de prueba, y luego resulta condenado al finalizar el trámite de ese proceso (antes suspendido), pierde la posibilidad de ser condenado en suspenso, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de la libertad que se le imponga. Si la suspensión es revocada por incumplimiento de las normas de conducta impuestas, el trámite se reanuda en el estado procesal en el cual se encontraba al momento de que el juez la concediera. Por supuesto que la mera disposición judicial de la suspensión no produce esa extinción, pues lo que extingue la acción penal es el cumplimiento satisfactorio del período de prueba.

La suspensión del proceso ha sido reservada, en nuestra legislación penal, para los casos de delitos leves o bien para aquellos que no revisten extrema gravedad.

Algunos han entendido que los distintos párrafos del art. 76 bis son complementarios entre sí, y que por ende, se refieren a un único grupo de delitos.

Esta es una interpretación que normalmente ha sido utilizada para restringir el ámbito de aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba, entendiéndose que ella sólo se aplica al grupo de delitos que tienen prevista en la ley penal una pena máxima privativa de la libertad que no supera los tres años. Estamos en presencia de la "TESIS RESTRICTIVA".

Otros en cambio, han seguido un criterio más amplio, según el cual debe reconocerse, en la ley, la existencia de distintos grupos autónomos de delitos a los que la suspensión resulta aplicable. Es decir, ella se aplica tanto a los delitos que tienen prevista en la ley penal una pena de prisión o reclusión no mayor a los tres años (en virtud de lo establecido por el primero y segundo párrafo del art. 76 bis de C.P.), como a los delitos que, previendo en la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de pena privativa de libertad, permiten el dictado de una condena condicional, por ser posible, en caso de condena, la imposición de una pena de prisión que no exceda los tres años (por imperio de lo dispuesto en el cuarto párrafo del mismo artículo). A la presente llamaremos, "TESIS AMPLIA".

Dentro de esta tesis amplia existe un primer grupo que refiere el art. 76 bis, 1º y 2º párrafo del C.P. En ese sentido, grupo conformado por los delitos que tienen prevista en la ley una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años. La imputación puede sólo referirse a uno de esos delitos (imputación única del primer párrafo) o bien a varios de ellos independientes entre sí, es decir a un supuesto de concurso real de delitos que tengan previsto en la ley, cada uno de ellos, un máximo de prisión o reclusión no mayor a tres años (imputación múltiple del segundo párrafo). En este sentido, a lo que refería en párrafo más arriba sobre las salidas alternativas.

Un segundo grupo, a partir de la interpretación del 4º párrafo del artículo 76 bis del C.P., delitos es el constituido por aquellos que permiten el dictado de una condena condicional, no incluidos en el primer grupo. Es decir, es el que comprende los delitos que tienen establecido en la ley un mínimo de pena de prisión (y no de reclusión) que no supere los tres años (que son los únicos casos que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 26 del C.P. permiten dictar una condena condicional) y un máximo de la misma pena, mayor a tres años.

La jurisprudencia, se ha venido expidiendo cada vez en mayor medida a favor del criterio amplio de interpretación, entendiendo aplicable la suspensión del proceso a prueba no sólo a los delitos previstos en los párrafos primero y segundo del art. 76 bis del C.P. sino también a los comprendidos en el cuarto párrafo del mismo artículo.

Esta circunstancia se puede verificar en el fallo de la C.S.J.N. "ACOSTA" (23/04/2008), en el cual se estableció que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios de legalidad, el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal; toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante.

Sin dudas, la suspensión está prevista tanto a favor de la víctima cuyo perjuicio se procura reparar, en la medida de las posibilidades del imputado, como en beneficio del imputado, que evitará así el riesgo de ser sometido a juicio y, con ello, la posibilidad de ser condenado y eventualmente encarcelado y a favor de la sociedad en general, que verá así incrementadas las chances de integración comunitaria de las personas sometidas a proceso penal y, con ello, encontrará resueltos ciertos conflictos de una mejor manera. Tanto la víctima, como el imputado y la sociedad en su conjunto, se verán, entonces beneficiados de uno u otro modo con la incorporación de este instituto al derecho positivo argentino.

Asimismo, considero que encuadrar el caso en esta salida alternativa contempla distintas finalidades. En primer lugar, ayuda a descomprimir la labor de la justicia penal, a fin de orientar la utilización de los escasos recursos penales hacia la investigación y eventual punición de los delitos de mayor gravedad social. Por otro, sustituye la privación coactiva de la libertad personal como medida estatal.

Además, repercute en la selectividad criminal, ya que reduce el peso que fundamentalmente sobre los sectores sociales carenciados, produce la irracionalidad selectiva con la que opera nuestro sistema penal.

Desde la teoría del conflicto, procura lograr la reparación de los daños que

los delitos imputados han ocasionado a sus víctimas. En el sentido indicado, resulta ponderable que una condición legal para que el imputado pueda evitar la continuación del proceso en su contra sea, precisamente, el ofrecimiento de reparación del daño causado a la víctima, en la medida de sus posibilidades.

Limita la condenación a penas cortas duración en la privación de libertad, evitando que los seres humanos se despersonalicen a través de su convivencia en instituciones carcelarias, en los supuestos en los que (de continuar el curso del proceso) podrían resultar condenados (por delitos leves o que no revisten extrema gravedad) a cumplir una pena privativa de la libertad de corta duración. Para ello el imputado deberá cumplir determinadas conductas y además la ley permite al juez o al tribunal modificar las reglas señaladas, según resulte conveniente al caso.

Por último, se evita el posible pronunciamiento o la eventual registración de una sentencia de condena, en razón de que la inserción de una condena en los registros de antecedentes constituye, de por sí, un factor de conflictos, que dificulta la integración social de un individuo.

Por todo ello, entiendo que en el caso de asignado esta es la salida alternativa de mayor viabilidad contemplando los posibles efectos nocivos que trae aparejada la judicialización de los conflictos en los ámbitos de la niñez y la familia.

V.- Conclusiones

Luego de haber analizado el caso desde las distintas asignaturas que integran el plan de estudio de esta excelente especialización en tan reconocida casa de estudios académicos, he llegado a la conclusión, de acuerdo al caso asignado, que la legislación argentina, en materia de reconocimiento de derechos y la protección que se le asigna de manera convencional y constitucional al poder de corrección de los padres hacia sus hijos, en modo alguno puede quedar empañado con el intento de encontrar fundamentos en eximentes de antijuridicidad, culpabilidad e incluso de punibilidad, ante maltratos de cualquier índole.

Sí es dable resaltar, que el derecho penal es de *ultima ratio*, y que en cierta medida, criminalizar las cuestiones del derecho de familiar también incrementa el punitivismo político. Pero sin perjuicio de ello, considero que la violencia doméstica (donde entiendo que encuadra también el caso) ha sido – y lo sigue siendo – un gran flagelo de la sociedad en general donde se normalizan los métodos educativos desde la cultura del maltrato, cuestión ésta que desde la nueva sanción del Código Civil y Comercial Argentino, ha quedado zanjada.

Será tarea de los distintos tribunales desde donde se construya este nuevo paradigma, realzando a mi entender, las salidas alternativas a la pena y sobretodo, un abordaje interdisciplinario de la problemática en sí, a fin de garantizar los derechos y garantías reconocidos a todos los niños, niñas o adolescentes víctimas de maltrato, humillaciones y tratos degradantes, con el objetivo de lograr erradicar por completo cualquier tipo de menoscabo a estos derechos humanos legalmente reconocidos por el Estado Argentino.

Bibliografía

ATIENZA, Manuel, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

BACIGALUPO, Enrique.

- *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 4Ta Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2014.
- *Derecho Penal, Parte General*. Hammurabi. Buenos Aires, 2009.
- *Error y Tipo*. Hammurabi. Buenos Aires, 2002.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel A. *¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?*. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, N 5, 2011.

CAFFERATA NORES, José I. *El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino. Teoría, Realidad Y Perspectivas*. Versión corregida y anotada de la clase de oposición dictada para el concurso para Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Córdoba (Arg.).

CHAIA, Rubén. *Técnicas de litigación penal*. T. III. Hammurabi, Buenos Aires, enero 2020.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*. Astrea. Buenos Aires, 1998.

D'ALESSIO – DIVITO. *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. La Ley. Buenos Aires, 2014.

DE OLAZABAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

HERRERA, Marisa; SPAVENTA, Verónica, *Vigilar y castigar...: el poder de corrección de los padres*. Una primera versión de este trabajo se encuentra publicado en *Desafíos (s), Jóvenes y Adultos. El difícil vínculo social*, Bergalli, Roberto y Rivera Beiras, Iñaki (coordinadores), Antrophos Editorial, Barcelona, 2007, ps. 94-124. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año X.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. BdeF, Bs as, 2009.

JAKOBS, Günther.

- *El ocaso del dominio del hecho*. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).
- *Derecho Penal, Parte General*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1997.

JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

LAMM, Eleonora. *Derecho a la dignidad e integridad personal de Niños, Niñas y Adolescentes. Hacia la eliminación del castigo corporal y humillante*. Publicado en "Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes", FERNANDEZ, Silvia Eugenia, t. II, Ed. Abeledo Perrot, Provincia de Buenos Aires, junio, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. BdeF. Montevideo – Buenos Aires. 2018.

PARMA, Carlos. Valoración de la prueba en los delitos sexuales y de género. DPyC 2020 (abril), TR LALEY AR/DOC/489/2020.

PUPPE, Ingeborg. La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal Alemán. Hammurabi. Buenos Aires, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Consideraciones sobre la prueba del dolo. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004.

RIGHI, Esteban. *Derecho Penal, Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2016.

ROXIN, Claus.

- Derecho Penal, Parte General. Ed. Civitas S.A.

- *La calificación jurídico-penal de la corrección paterna*, Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º 16, 2005.

YUBA, Gabriela. *La prohibición de malos tratos, conforme con el artículo 647 del Código Civil y Comercial, a la luz de los nuevos paradigmas de la niñez y la adolescencia*. TR LALEY AR/DOC/1719/2016.

ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2002.

DOCUMENTOS

CIDH, *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*. Noviembre, 2015.

Comité de los Derechos del Niño. OG N° 1 (2001) Propósitos de la Educación. CRC/GC/2001/1, 17 de abril de 2001.

La violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes. Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas. 2006.

OMS. Prevención del maltrato infantil: qué hacer, y cómo obtener evidencias, Ginebra, 2009.

Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006).

Protocolo De Intervención Con Niños, Niñas Y Adolescentes (NNyA) Víctimas De Delitos Contra Su Integridad Sexual y lesiones. De los Ministerios Públicos de la Provincia de Entre Ríos. <https://mpd.jusentrerios.gov.ar/camara-gesell-resoluciones/>