

causa n°: 34426-2

INCIDENTE DE APELACION EN CAUSA N° 251-2016-5414 CARATULADA "D. J. M. S/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO Y DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL ENTRE SI"

Mercedes, a los 24 días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, Doctores Camilo Eduardo Petitti y Humberto Valle, se trajo a despacho la causa N° 34.426 caratulada "Incidente de apelación en causa n°251-2016-5414 caratulada 'D., J. M. s/lesiones leves agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género y desobediencia en concurso real entre sí", y se procedió a efectuar el sorteo de práctica resultando del mismo que en la votación los señores Jueces debían observar el orden siguiente: Petitti, Valle.

ANTECEDENTES

Luego de la realización del juicio oral y público (cf. fs.11/19 del presente incidente de apelación), la Jueza subrogante del Juzgado en lo Correccional n°2 departamental condenó a J. M. D., como autor penalmente responsable del delito de desobediencia (cf. artículos 45 y 239 del Código Penal), a la pena de tres meses de prisión cuyo cumplimiento dejó en suspenso. Asimismo, le impuso el pago de las costas y dispuso el cumplimiento de una serie de reglas de conducta por el término de dos años (cf. fs.20/27 del incidente).

Contra la sentencia interpuso recurso de apelación el Defensor particular del imputado (v fs.2/10). Concedido el mismo (v fs.30), se hizo saber la radicación en esta Sala Segunda y se requirieron las actuaciones principales para resolver (v fs.31).

Así fue que los autos quedaron en condiciones de recibir pronunciamiento definitivo (arts. 168 de la Const. Prov. y 434 del C.P.P.), por lo que la Sala decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES.-

- 1ra. ¿Es admisible el recurso interpuesto?
- 2da. En caso afirmativo ¿es justa la sentencia apelada?
- 3ra. ¿Qué pronunciamiento corresponde adoptar?

A la primera cuestión, el Doctor Petitti dijo:

El artículo 21 inciso 4° del C.P.P., en lo que aquí interesa destacar, establece la competencia positiva de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal en el recurso de apelación respecto de las sentencias de juicio oral en lo correccional.

El art. 439 del C.P.P. prevé la procedencia del recurso de apelación contra sentencias de juicio oral y abreviado correccionales.

De conformidad con los arts. 424 y 439 del ritual, la Defensa se encuentra legitimada para recurrir. Asimismo, la presentación de fs. 26/31 del incidente ha sido tempestiva y, en lo demás, se ha cumplido con las previsiones de los arts. 421, 439, 441, 442, 443, 444 y concordantes del C.P.P., por lo que, de conformidad con lo normado por el art. 433, corresponde declarar admisible el recurso interpuesto por la Defensa Particular.

Por consiguiente, a la cuestión planteada, voto por la afirmativa.

A la primera cuestión el Doctor Valle, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Petitti y doy el mío en igual sentido.

A la segunda cuestión el Doctor Petitti, dijo:

I) De la lectura del recurso de apelación se desprende que el primer motivo de agravio consiste en que “el hecho imputado no ha sido probado del modo que se requiere para imponer la condena”. Bajo este ángulo, el recurrente pone el acento en que la desobediencia se tuvo por acreditada “a partir de una fotocopia agregada por simple lectura y que fuera acompañada al inicio de la investigación”. Por otro lado, se subraya que las actuaciones pertenecientes al registro del Juzgado de Familia nº1 de este Departamento Judicial (en cuyo marco se dictó la prohibición de acercamiento) fueron acompañadas por la Fiscalía una vez vencido el plazo de treinta días otorgado para la producción de la prueba previa al debate. De hecho, las actuaciones de referencia se trajeron a esta causa el mismo día del debate. Sobre la base de este dato, la Defensa apunta que “había operado la denominada preclusión” y que la decisión de la Jueza de admitir el ingreso de dicho elemento de cargo quebrantó el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso. En consecuencia, postula la exclusión probatoria de dicha prueba documental: actuaciones labradas por el Juzgado de Familia nº1 departamental.

El segundo motivo de agravio está dirigido a poner de manifiesto la falta de relevancia jurídico penal del hecho del proceso. Con esta intención, el apelante argumenta que el incumplimiento de la orden de restricción perimetral dictada por la Jueza de Familia “no dará lugar al delito de desobediencia cuando esté referida a cuestiones relacionadas con intereses personales de cualquier naturaleza, patrimonial, afectiva, familiar, o cuando se vincule con garantías constitucionales”.

Luego, con abono en el texto del artículo 7 bis de la ley 12.569, el recurrente postuló que ante el incumplimiento de la orden se debió dar noticia a la Jueza de Familia quien estaba en condiciones de “requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el acatamiento, como así evaluar la conveniencia de modificar la medida, ampliarla u ordenar otra”. Y frente al caso de un nuevo incumplimiento, la Jueza recién entonces podía aplicar alguna de las sanciones establecidas en el propio texto de aquél dispositivo legal. Por lo tanto, continúa diciendo el Defensor del imputado, la promoción del presente proceso penal dejó de lado las directivas que se siguen del principio de intervención penal mínima y del carácter subsidiario del derecho penal.

Por otro lado, el recurso encamina las críticas a demostrar la falta de configuración del aspecto subjetivo del delito de desobediencia. Es decir que para la Defensa no se demostró el

dolo directo del autor ya que el mismo no conocía dónde trabajaba su ex pareja. A lo más, habría existido una imprudencia de su parte, claro está que penalmente atípica.

Así pues, una vez hecha la reserva del caso federal, reclama la libre absolución de su defendido. En subsidio, “la disminución de la pena por aplicación del principio de proporcionalidad”.

II) Ubicar correctamente en su contexto las cuestiones a dirimir es una exigencia que viene recomendada por estrictas razones de orden metodológico. En tal inteligencia voy a transcribir el hecho que fue fijado en el veredicto:

“Se acreditó debida y legalmente en autos, luego de producida la prueba en el debate que da cuenta el acta que antecede, que el día 7 de julio de 2015, siendo aproximadamente las 16:50 horas, mientras la sra. L. I. B., se hallaba abriendo su lugar de trabajo ubicado en calle 32 entre 49 y 51 de ésta ciudad, se presentó su ex pareja increpándola delante de la gente, motivo por el cual ingresó al comercio donde continuaron discutiendo, siendo que en un momento dado la sra. B. llamó al 911 haciéndose presente personal policial, los cuales intercedieron a fin de calmar la situación. De esta manera su ex pareja violó la orden impartida por la sra. Juez de Familia nº1 de este departamento judicial, con fecha 18 de mayo de 2015, mediante la cual dispuso al nombrado un perímetro de exclusión de 200 metros a la redonda de cualquier sitio de donde se encuentre B., por el término de 120 días, orden de la cual se hallaba debidamente notificado el día 1º de junio de ese año y se encontraba vigente”.

a) Sobre este último segmento de la plataforma fáctica del caso incide el primero de los fundamentos del recurso. Ello conforme el siguiente razonamiento: si había caducado el plazo que tenía la Fiscalía para aportar el expediente en trámite ante el Juzgado de Familia y la copia simple de la orden de restricción (con la notificacón al imputado) que acompañó la víctima no es prueba suficiente, es imposible tener por acreditado que D. conociera que estaba obligado a mantenerse alejado de su ex pareja.

¿Cuál fue el tratamiento que recibió esta cuestión durante la audiencia de debate? Consta en el acta respectiva que “la Fiscalía acompaña los expedientes ME-11960/2013 y ME-4243/2015 del registro del Juzgado de Familia nº1 departamental”. Por su lado, la Defensa se opuso a esta incorporacón; advirtió dicho Ministerio que el período probatorio se encontraba vencido por lo que admitir el ingreso de la citada prueba documental iba en contra de la defensa en juicio, la igualdad de armas y el debido proceso. Subrayó que la situación bajo análisis estaba alcanzada por el principio de preclusión y citó jurisprudencia del Tribunal de Casación provincial que establece cuál es el tiempo procesal oportuno para ofrecer pruebas. Concedida la palabra al Ministerio Público Fiscal, su representante aclaró que “el expediente fue ofrecido oportunamente como prueba previa, y entonces, no es prueba nueva”. Hecha esta distinción, agregó que este no era un caso donde aplicara la caducidad de los plazos.

Asegurada de esta forma la contradicción, la Jueza en lo Correccional se inclinó por seguir los argumentos de la Fiscalía. Tuvo en cuenta que se trataba de prueba documental y llevó en consideracón “los plazos establecidos por el código ritual”.

Adelanto que a mi modo de ver la cuestión ha sido resuelta de manera correcta. El dispositivo normativo que rige la cuestión a resolver es el artículo 338 del código procesal (sexto párrafo, inciso 5º), el cual fija entre los posibles puntos a abordar en la audiencia preliminar “las diligencias a realizar en caso de que sea necesaria una instrucción suplementaria, estableciendo su objeto y tiempo de duracón”.

Según todos los visos, el sentido que tiene estimar el tiempo de duración de la prueba previa al debate está dominado por el propósito de concederle a las partes – a tal efecto - un tiempo prudencial antes de que comience el juicio oral y público. En esta inteligencia, el plazo que fija el organismo jurisdiccional es de tipo ordenatorio y su vencimiento no queda atado a ninguna sanción procesal ni llega a ser alcanzado por la preclusión. Así lo ha entendido el Tribunal de Casación Provincial en el precedente cuya parte aplicable al caso se transcribe: “cuando el artículo 338 párrafo 4º inc. 5º del Código Procesal Penal, demarca que a fin de realizar las diligencias de la instrucción suplementaria el Tribunal deberá establecer el objeto y el tiempo de su duración, no pretende regular como plazo perentorio el período para producir tal prueba, su mención lo es a título ordenatorio del procedimiento, para garantizar una mejor administración de justicia” (cf. Sala Segunda, causa nº42.803, rta.16/12/2010).

De acuerdo con este criterio, no existe en el ordenamiento procesal vigente ningún impedimento para incorporar una vez abierto el debate la prueba que había sido admitida para su producción con carácter previo al juicio. Es necesario aclarar, a todo evento, que la jurisprudencia del Tribunal de Casación citada por el recurrente se deslinda de la situación configurada en autos toda vez que se refiere al tiempo habilitado para el ofrecimiento de la prueba y no al de su producción. A mayor abundamiento, cuadra subrayar que el hecho de haber sobrepasado el tiempo estimado en la audiencia del artículo 338 C.P.P. no tuvo ninguna incidencia en la duración total del proceso desarrollado en la instancia de grado (cf. Tribunal de Casación Penal, Sala Segunda, causa nº52.199, rta.21/5/2013).

En resumidas cuentas, tratándose de un plazo ordenatorio dissociado de sanciones procesales para el caso de su incumplimiento, y descartado de plano el quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, resulta ajustado a derecho tener por bien incorporadas al juicio las actuaciones pertenecientes al trámite del Juzgado de Familia nº1 departamental que acreditan el dictado de la orden destinada al imputado y que la misma había sido notificada. En consecuencia, su cumplimiento era exigible.

b) El estudio del segundo motivo de agravio reclama poner en escena algunas notas conceptuales del delito de desobediencia a la autoridad (artículo 239 del código penal).

En primer término, aunque resulta obvio consignarlo, no quedan excluidos los mandatos judiciales del arco de actos funcionales que pueden ser materia del delito de desobediencia. Antes bien, y por el contrario, se encuentran formalmente atrapadas por este tipo penal las omisiones (impropias) que impactan sobre órdenes específicas que se relacionan de modo directo con la actividad cautelar durante el trámite de un proceso.

También es fácil advertir que la prohibición judicial de acercamiento (una prohibición de innovar en sentido estricto) dictada por la Jueza de Familia constituye una orden concreta dirigida a una persona en particular (el imputado D.) con un contenido concreto para el destinatario.

Así pues, bajo estas luces teóricas, se desvanecen las críticas encaminadas a poner en crisis la adecuación típica del acercamiento del imputado a su ex pareja (a quien la orden de la Jueza de Familia buscaba proteger) en el artículo 239 del código penal.

No obstante, el centro neurálgico de los agravios gira alrededor de la existencia de una sanción específica para el caso del quebrantamiento de la prohibición de acercamiento. En esta línea analítica, señala la Defensa que la doctrina y la jurisprudencia dominantes acuerdan que si

el incumplimiento de la orden posee una sanción específicamente prevista, el delito de desobediencia resulta desplazado.

Considero que esta solución (que conduce a la atipicidad del incumplimiento de la orden) no es aplicable a supuestos como el que se encuentra bajo tratamiento. La primera razón que me inclina a adoptar tal tesis reside en que la ley de violencia familiar (estrictamente su artículo 7 bis, de acuerdo al texto de la ley 14509) no prevé una sanción específica para la hipótesis del incumplimiento de la prohibición de acercamiento (incumplimiento particular) y esto se debe a que ninguna medida posee eficiencia para asegurar el cumplimiento de una obligación (no acercarse) constitutivamente violable. O puesto en otras palabras: el incumplimiento de la prohibición de acercamiento no puede ser bloqueado a través de un medio coercitivo: el acatamiento de la orden siempre dependerá de la voluntad de su destinatario mientras este se desenvuelva en el medio libre. Aplicar al caso la vertiente doctrinal por la que brega la Defensa sería equivalente a proclamar que el Estado es impotente para asegurar el cumplimiento de una orden relacionada con una materia en la cual La Argentina ha asumido compromisos internacionales.

En efecto, el incumplimiento del mandamiento prohibitivo lesiona el orden jurídico al poner en crisis el normal desenvolvimiento de la administración de justicia, pero a la vez, dado que aquél mandamiento está construido para proteger a una mujer víctima de violencia, se sitúa en la órbita de los delitos basados en el género, activándose por consiguiente los deberes de protección y sanción establecidos por el artículo 7º de la Convención de Belem do Pará, la cual es parte del ordenamiento jurídico de nuestro país (cf. al respecto Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, P. 128.468-1, rta.12/04/2017).

Adviértase, a todo evento, volviendo ahora a la estructura del artículo 7 bis de la ley provincial de violencia familiar, que el Juez está habilitado a procurar el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de la orden emitida, pero este dispositivo no tiene carácter de sanción, sin que el mismo aplique a las prohibiciones de acercamiento dado que – como ya dijéramos – es imposible asegurar a través de la fuerza pública que el destinatario se sujete a la orden mientras permanece en el medio libre.

Por otra parte, no puede soslayarse que el artículo bajo análisis culmina con la siguiente frase: “cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez o jueza deberá poner el hecho en conocimiento del juez o jueza con competencia en materia penal”. Es decir que la correcta hermenéutica del texto legal indica que los recursos que la norma pone antes en manos del Juez están reservados para incumplimientos penalmente irrelevantes; caso contrario, la comunicación a la Justicia Penal se impone. Y todavía en un plano adicional cabe observar que pese a que el legislador denominó “sanciones” a los remedios para los supuestos distintos de la desobediencia penal (vg., llamado de atención, orden de realizar trabajos comunitarios o de asistir a programas terapéuticos), los mismos no están inspirados en una clara finalidad sancionadora, antes bien, a su respecto parece primar el carácter preventivo.

Por todo este conjunto de razones concluyo que el agravio de la Defensa elaborado con apoyo en el argumento de la “existencia de una sanción específica” no puede progresar.

Resta referirse a la prueba relativa a la existencia del dolo. En este terreno la respuesta se presenta simple: y es que el imputado estaba en conocimiento de la orden que se le había dirigido, y concediéndole en forma hipotética a la Defensa que él no supiera dónde trabajaba su ex pareja, es innegable que ni bien la vio se le aproximó con el propósito de agredirla cuando justamente su voluntad debió llamarlo a retirarse del lugar.

En resumidas cuentas, tengo para mí que el fallo de primera instancia dio bien por probados todos los requisitos típicos para que el imputado D. tenga que responder en calidad de autor del delito de desobediencia.

Por último, el recurso de apelación incluye en su petitorio una solicitud dirigida a que se disminuya la cuantía de la pena aplicada. Nada más dice acerca del modo en que se individualizó judicialmente la pena. Bajo estas condiciones, no estamos frente a un agravio atendible puesto que se trata de un simple pedido desentendido de impugnar los argumentos desarrollados en la sentencia (cf. artículos 40 y 41 del código penal). Visto lo cual, ante la falta de argumentación acerca del modo en que se habrían operado transgresiones en la forma de dosificar la cuantía de la pena, no corresponde extender la revisión a dicho extremo.

En síntesis, la conducta del imputado resulta objetivamente típica y de aquí que, a mi modo de ver, corresponderá confirmar la sentencia apelada en cuanto dispuso condenar a J. M. D. como autor material penalmente responsable del delito de desobediencia a la pena de tres meses de prisión cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, más el pago de las costas del proceso y reglas de conducta (arts. 18 de la Constitución Nacional, 15 y 171 de la Constitución Provincial, 2, 5, 26, 27, 29 inc. 3ro., 40, 41 y 239 del Código Penal, 1, 106, 209, 371, 373, 375, 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal). Y regular los honorarios del Doctor Alberto José Chifollelle por su labor en esta instancia.

Por ser mi sincera convicción, así voto en esta segunda cuestión (art. 210 C.P.P.).

A la segunda cuestión, el señor Juez doctor Valle, dijo:

Adhiero al voto del doctor Petitti y doy el mío en idéntico sentido.

Así voto.

A la tercera cuestión, el señor Juez doctor Petitti, dijo:

Atento a lo resuelto al tratar las cuestiones primera y segunda, y en cuanto ha sido materia de recurso (art. 168 de la Constitución Provincial), entiendo que corresponde:

I.- Declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Particular.

II.- Confirmar la sentencia de fs. 17/24 de este incidente y, en consecuencia, condenar a J. M. D. como autor material penalmente responsable del delito de desobediencia a la pena de tres meses de prisión cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, más el pago de las costas del proceso y reglas de conducta (arts. 18 de la Constitución Nacional, 15 y 171 de la Constitución Provincial, 2, 5, 26, 27, 29 inc. 3ro., 40, 41 y 239 del Código Penal, 1, 106, 209, 371, 373, 375, 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

III. Regular los honorarios profesional del Dr. Alberto José Chifollelle por su labor en esta instancia en la suma de 15 JUS, con más el aporte de ley a cargo del cliente (cf. artículo 31 ley 14.967).

Así mi voto.

A la tercera cuestión el señor Juez, doctor Valle, dijo:

Adhiero al voto del doctor Petitti y doy el mío en igual sentido, por compartir sus fundamentos.

Con lo que terminó el acto que firman los señores Jueces.-

Fdo. Dres. PETITTI-VALLE. Ante mí: M.P. Magno

Mercedes, a los 24 días del mes de mayo de dos mil dieciocho.

AUTOS Y VISTOS: Por los fundamentos consignados en el Acuerdo que antecede y en cuanto fue materia de recurso (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 434 del C.P.P.),

SE RESUELVE:

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Particular.

II.- Confirmar la sentencia de fs. 5/14 de este incidente y, en consecuencia, condenar a J. M. D. como autor material penalmente responsable del delito de desobediencia a la pena de tres meses de prisión cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, más el pago de las costas del proceso (arts. 18 de la Constitución Nacional, 15 y 171 de la Constitución Provincial, 2, 5, 29 inc. 3ro., 40, 41 y 239 del Código Penal, 1, 106, 209, 371, 373, 375, 530, 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

III.- Regular los honorarios profesional del Dr. Alberto José Chifollelle por su labor en esta instancia en la suma de 15 JUS, con más el aporte de ley a cargo del cliente (cf. artículo 31 ley 14.967).

Regístrese, notifíquese, devuélvase la causa principal con copia de la presente y oportunamente, bajen.-