

Causa N° 1007-01-00/16 “INCIDENTE DE APELACIÓN: M. C., M. M. s/ art. 1472:52 Hostigar, maltratar, intimidar”

//la ciudad de Buenos Aires, a los 09 días del mes de mayo de 2016, se reúne la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Marcelo Pablo Vázquez, Elizabeth A. Marum y Sergio Delgado, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensora Oficial a fs. 91/93 contra la resolución obrante a fs. 86/89 de la presente, de la que

RESULTA:

I.- Que conforme surge del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 69/72, en la presente se le imputa a M. M., M. C. el hecho presuntamente ocurrido el día 19/12/14 -a las 18 horas aproximadamente- en el interior de la vivienda ubicada en la V. *,*, manzana *, casa *, de esta Ciudad, ocasión en la que durante una discusión con la Sra. M. Y., B. S.–en ese entonces su pareja y con la que tiene dos hijas mayores edad- le arrojó agua al imputado por lo que éste se enojó, la tomó del cuello con una mano, tomó detergente y se lo roció en la cara y el cuerpo mientras le decía “¿quién sos vos, porque me echaste agua?”, para luego soltarla y retirarse del lugar. La conducta descripta fue encuadrada en la figura prevista y reprimida por el art. 52 CC de la ley 1452, es decir, intimidar u hostigar de modo amenazante como así también maltratar físicamente a la Sra. B. S. dentro de un contexto de violencia doméstica o intrafamiliar.

II.- La Defensora Oficial plantea la excepción de atipicidad (fs. 74/75 vta.) expresando que de la simple lectura de la imputación no se da el supuesto descrito en la norma dado que, surge con claridad que la presumida contravención atribuida a su asistido fue en el marco de una discusión, en un estado de enojo generado por la agresión inicial de la denunciante al arrojarle agua. Cita jurisprudencia de la Sala I, ofrece pruebas y hace reservas.

III. El Fiscal de grado contesta la vista conferida, expresa que el hecho encuadra en el tipo previsto en el art. 52 CC -respecto de la intimidación, el hostigamiento y al maltrato- por lo que no corresponde hacer lugar al planteo realizado por la defensa.

IV. El día 16/03/16, el Juez de Grado, decide: I) no hacer lugar a la excepción de atipicidad planteada por la defensa (fs. 86/89).

Para así resolver, el *a quo* considera que la atipicidad no deviene manifiesta en este caso, debido a que admite distintas interpretaciones de lo ocurrido y en este sentido, sostiene que el lugar donde deben debatirse dichas cuestiones es en la audiencia de juicio.

V.- La Defensa Oficial, interpone recurso de apelación contra decisión *ut supra* mencionada (fs.91/93).

Sustenta que la excepción planteada ha sido rechazada erróneamente, que la conducta es atípica por haberse dado en el marco de una discusión, cuya agresión inicial parte de la denunciante. En este sentido, enuncia que ello surge de la mera lectura de la descripción de la imputación. Aduce que el criterio sostenido por el Magistrado de Grado deviene arbitrario y afecta el principio de legalidad. Cita jurisprudencia de la Sala I.

También, expresa que al momento de subsumirse la conducta no se ha precisado cuales de los supuestos del art. 52 de CC se le imputan a su defendido es decir, si intimidar, hostigar o maltratar físicamente, y esta circunstancia le afecta porque produce una desventaja toda vez que dicha incertidumbre lo priva del ejercicio de su derecho de defensa al no saber de qué figura Contravencional debería defenderse. Considera que una imputación genérica –como la supuestamente realizada a su pupilo– no resulta aceptable al momento de requerir a juicio. Cita jurisprudencia y hace reserva del caso federal.

VI.- Arribadas las actuaciones a esta Sala y conferida la vista, el Fiscal de Cámara (fs. 100/104), sostiene acertado el criterio del Magistrado de Grado en ocasión de resolver, ya que considera que no resulta manifiesta y palmaria la atipicidad, trascendiendo los fundamentos de la postura defensiva a una cuestión de hecho y prueba que deberá debatirse en la audiencia de juicio, y a cuyo término recién podrá determinarse si el objeto de la imputación constituye o no un hecho contravencionalmente relevante. Expresa que en el caso concreto la Defensa realiza un recorte parcial y tendencioso de los hechos imputados y de sus circunstancias.

Asimismo expresa que se realizó una concreta subsunción de los hechos en la norma contravencional, alude que el requerimiento de juicio cumple con los requisitos que le impone la normativa -en su art.44 LPC- y que su contenido le permite al

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

imputado comprender el hecho que se le imputa, dado que incluyen todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Por último, aclara que la tesis fiscal es que el accionar del encartado es subsumible en cada uno de los verbos típicos mencionados.

VII.- Que a fs. 106, el Defensor de Cámara contesta la vista oportunamente conferida, sostiene el recurso de su colega de grado remitiéndose a los fundamentos allí desarrollados y solicita se haga lugar a lo planteado por su parte.

VIII.- Que a fs. 107 pasan los autos a estudio del Tribunal.

Los Dres. Elizabeth A. Marum y Marcelo Pablo Vázquez dijeron que

PRIMERA CUESTION

En primer lugar, cabe expresar que el remedio procesal pretendido fue presentado en tiempo oportuno, en forma fundada y por quien se encuentra legitimado a tal efecto.

Asimismo, se dirige a cuestionar el rechazo de una excepción de previo y especial pronunciamiento, decisión que resulta expresamente pasible de ser revisada por esta Alzada en razón de lo dispuesto por el art. 198 del CPP CABA, aplicable al caso en virtud de lo establecido en el art. 6 LPC.

En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por la Defensa resulta formalmente admisible.

SEGUNDA CUESTIÓN

Admitido el planteo incoado, cabe ingresar en el análisis de los agravios esbozados. En este punto, la Defensa considera que la excepción planteada fue rechazada de manera errónea, ya que la conducta descripta en el requerimiento de juicio resulta atípica por haberse dado en el marco de una discusión generada por una agresión inicial por parte de la denunciante. Asimismo, sostiene que lo apreciado por el *a quo* - en la audiencia del art. 45 LPC (fs.86/89) - resulta dogmático, aparente y deviene en arbitrario.

Y por último, aduce que no se han precisado cuales de las tres figuras que prevé el art. 52 se le imputan a su defendido.

Señalados brevemente los cuestionamientos de la defensa, cabe recordar que el Código Procesal Penal de esta ciudad prevé en su artículo 195 –aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto por el art. 6 LPC– las llamadas excepciones de previo y especial pronunciamiento, esto es, una serie de circunstancias que por su naturaleza extraordinaria suspenden o finalizan el proceso, sin la necesidad de introducirse en el conocimiento del fondo de la cuestión. El caso del inciso “c”, se refiere al supuesto en que surja un manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho, o falta de participación criminal, respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación de los hechos o en el requerimiento de juicio. Dicho de otra forma, significa que la conducta investigada no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, que el evento investigado no se produjo, o que el encartado no ha tenido participación en el mismo, teniendo como marco común la descripción del suceso realizado por el Fiscal de Grado.

Este Tribunal ya tiene dicho que para que proceda la declaración de atipicidad en esta instancia del proceso, resulta ineludible que ella aparezca manifiesta (Causas N° 49566-01-CC/10 “Incidente de apelación en autos Gargiulo, Adrián Emanuel s/infr. art. 149 bis CP -Apelación”; N° 181-01-CC/05 “Incidente de apelación en autos Biera, Mario Abelardo s/ infr. art. 83 CC”, rta. el 04/08/2005; N° 13435-03-CC/06 “NN (Formoapuestas) s/ infr. arts. 116 y 117 CC - apelación”, rta. el 04/12/06; N° 24011-01-CC/08 “Incidente de apelación en autos Galván, Stella Gladys s/art. 181 inc. 1 CP”, rta. el 12/11/2008, Causa N° 47377-00-CC/2010 “Cimminelli, Marcela Beatriz s/inf. Art. 104 CC- Apelación”, rta. el 11/4/2011; entre tantas otras).

Asimismo, cabe recordar que *“... sólo resulta procedente si la ausencia de encuadre típico fuera(e) manifiesta y resultara de la mera descripción efectuada en el acto promotor. Máxime si la defensa, para sustentar su pretensión, debió realizar una valoración de los hechos denunciados y de la prueba ofrecida..., que es ajena al ámbito de las excepciones de previo y especial pronunciamiento y propia del debate vinculada con cuestiones de fondo...”* (CN Crim. y Correc., Sala IV, c. 26.728, “Lagos, Hilario”, rta. el 13/9/05).

En el caso de marras, el Magistrado de Grado considera que en la descripción del hecho imputado no surge de manera palmaria la atipicidad de la conducta y la ausencia del encuadre típico de aquel. En este sentido, funda el rechazo de la excepción planteada señalando que lo expresado por ambas partes admite distintas interpretaciones

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

de lo ocurrido y que para ello es necesario llevar adelante el juicio oral, en consecuencia, no puede prosperar lo sostenido por la Defensa (fs. 87).

Efectivamente, de las constancias de la causa se desprende que la actividad llevada a cabo por el imputado, encuadraría *prima facie* en el tipo contravencional previsto por el art. 52 del CC.

Así, compartimos lo afirmado por el Juez de grado en cuanto a que la excepción planteada no resulta procedente.

En efecto, el tipo contravencional previsto por el art. 52 del CC reprime a quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito. Es importante señalar que los objetos de protección de la norma imputada son la integridad física y la libertad de acción personal. Ellos son bienes jurídicos individuales.

Por intimidar se entiende la conducta de crear en un tercero un estado de indefensión o miedo sobre su integridad personal (Causa n° 98-00-CC/2004, “Romanelli, Claudio Marcelo s/inf. art. 38 CC -Apelación”, rta 31/05/2005 Causas N° 98/04, N° 12.057/04, “Frías, G.”, del 06/09/06).

La conducta de hostigar implica molestar a alguien de manera insistente ocasionándole el menoscabo de su dignidad. Y respecto de la acción de maltratar físicamente a otro, esta consiste en abusar de hecho de una condición de superioridad, estado o relación con la víctima. En este sentido, comete maltrato físico quien empuja a la víctima, la toma del brazo, o del pelo o la golpea sin causar lesiones (Causa N° 11630-00-CC/08 “Podolsky, Mario Juan s/ inf. art. 54 CC- Apelación”). Asimismo, el maltrato debe ser físico, ya que las otras dos conductas punibles (las de intimidar y las de intimidar y hostigar) importan al menos un abuso verbal, escrito o gestual por parte del autor.

A partir de lo expuesto, cabe señalar que la conducta descrita en el requerimiento de juicio e imputada al Sr. M. C. -donde el mismo supuestamente enojado, tomó a la supuesta víctima por el cuello con una mano, tomó detergente y le roció la cara y el cuerpo mientras le decía *quien sos vos, ¿porque me echaste agua?*- poseería, en principio, entidad suficiente para vulnerar los bienes jurídicos tutelados en la norma del art. 52 del CC.

Por ello, el argumento defensivo de que la conducta es atípica porque se trató de una discusión iniciada por la supuesta víctima, no es viable, por el momento ya que

dicha hipótesis revela una cuestión de hecho y prueba, que deberá dilucidarse durante la audiencia de juicio, pues no surge palmaria o manifiesta su falta de encuadre típico, ni que hubiese obrado bajo la existencia de una causa de justificación.

Máxime si se observa el contexto en el que se desarrollaron los hechos, el que transitaría en el marco de una situación de violencia doméstica en el que, según las constancias de la causa, la denunciante estaría inmersa y en una particular situación de vulnerabilidad. Ello surge, de lo expresado en los diversos informes realizados por los profesionales de las OVD de la CSJN (fs. 10/11), y el informe de la OFAVyT (fs. 57) y se suma a ello la declaraciones testimoniales de la Sra. M., A. (fs.40) y la Sra. O., S. (fs.59). Por lo expuesto, no puede afirmarse que resulte manifiestamente atípica la conducta atribuida al Sr. M. M., M. C. en el decreto de requerimiento a juicio.

En síntesis, la excepción incoada no resulta procedente, pues solo lo sería si la ausencia de encuadre típico fuera manifiesta y se desprendiera de la mera descripción efectuada en el acto promotor, lo que tal como hemos afirmado, no surge de los presentes actuados.

Ahora bien, en relación a lo expuesto por la Defensa que no se realizó una concreta subsunción de los hechos en la norma contravencional,- porque no se precisó en qué verbo típico está encuadrada la conducta- dicho planteo debe ser rechazado en razón que el acusador encuadra el hecho en todos los supuestos previstos del art.52, es decir, tanto en lo que respecta a la intimidación, al hostigamiento y al maltrato físico (fs. 77 vta.) y en todo caso, -y tal como ha sostenido la *a quo* en ocasión de resolver-, también habrá de ser la audiencia de juicio oral y público la oportunidad en que deberá discutirse, de acuerdo a la prueba que allí se produzca, cuál es la responsabilidad que le cabe asumir o no al acusado y en cual o cuales medios comisivos quedaría definitivamente encuadrada la conducta. Es por ello, que la cuestión referida a la calificación legal del hecho deberá ser apreciada en el eventual juicio oral, siendo ella la etapa procesal oportuna para dilucidarse y, en consecuencia, efectuar el definitivo encuadre jurídico de la conducta, por lo que resulta prematuro su tratamiento en esta instancia.

En efecto, la función del escrito de acusación es fijar provisoriamente los hechos como acontecimiento histórico general, las acciones imputadas, las mismas que serán objeto de posterior debate, sin perjuicio de la calificación legal que, en definitiva, escoja el Juez a la luz del principio *iura novit curia*.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Que en éste sentido se ha dicho que “[l]a regla [correlación entre la imputación y el fallo] no se extiende, como principio a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El Tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (*iura novit curia*)”. Fallos: CSN, t. 247, p. 247, p. 202; t. 276, p. 364; t. 302, p. 328, t. 302, p. 482, t.295, p. 54; t. 300., p. 678.

Finalmente, es dable recordar que la inmediatez y la publicidad, principios que rigen en los procesos judiciales de esta Ciudad por imperio de la norma constitucional (art. 13 inc. 3), se desarrollan con su más amplio alcance en el marco del debate oral, y que la celebración de una audiencia oral y pública. Por ello, cabe afirmar que ese es el momento adecuado para estudiar con profundidad y auxilio de la prueba que se produzca las cuestiones planteadas por la defensa.

En síntesis, y siendo que no resulta procedente en esta instancia del proceso afirmar la atipicidad de la conducta, corresponde confirmar la decisión de la Magistrada de Grado en cuanto dispuso no hacer lugar a la excepción incoada por la Defensa.

El Dr. Sergio Delgado dijo:

Primera cuestión:

Comparto el análisis de admisibilidad efectuado en el voto precedente, al que adhiero.

Segunda cuestión:

La conducta imputada consistió en haber tomado por el cuello con una mano a la Sra. S., rociándole la cara y el cuerpo con detergente mientras le decía “¿quién sos vos, porqué me echaste agua?”. Con la nombrada había tenido una relación de pareja entre 1989 y 1998, retomada en el año 2001 hasta la actualidad. La acción reprochada se produjo durante una discusión y luego de que la Sra. S. le arrojase agua, razón por la que se enojó y respondió de ese modo.

Estos hechos habrían ocurrido el 19 de diciembre de 2014, por lo que antes de que sea posible juzgarlos en esta ya absurdamente dilatada causa, el 19 de mayo próximo, habrá prescrito la acción contravencional. Como todavía ello no ha ocurrido, daré mi opinión sobre los agravios invocados.

Arrojar agua a una persona, salvo que ocurra durante los festejos de los carnavales y siempre cuando sucede en medio de una discusión, configura una clara

injuria de las reprimidas por el art. 110 del Código Penal, en tanto implica desacreditarlo como interlocutor en el marco del diálogo o discusión que de ese modo se interrumpe.

Inmovilizar a la mujer, que es nuestra pareja y madre de nuestros hijos, pero que nos arrojó agua, tomándola con la mano por el cuello mientras se le arroja detergente en la cara y el cuerpo, en el marco de una discusión y como fruto del enojo que ocasionó su conducta anterior, también implica una clara injuria, máxime cuando es acompañada esta acción, además, por la expresión desacreditante ¿Quién sos vos...?

Se trata de una conducta ultrajante que, sin llegar a ser desdorosa, pues no mancilla la virtud, ni la reputación, importa un desprecio y configura una injuria también reprimida por el art. 110 del Código Penal. La circunstancia de que ocurriera en la intimidad del hogar, sin otras personas presentes, es decir, sin posibilidad de que llegue a conocimiento de otras personas distintas de la ofendida, no dejó de afectarla en su honor.

El obrar descripto, al constituir un delito, sólo puede ser reprimido como tal, sin perjuicio de que, dada la reciprocidad de dichas injurias, conforme el art. 116 del Código Penal, si se instare la acción privada que originaron estos delitos, el juez competente podría eximir de penas a las dos partes o a alguna de ellas. Ello así dado que la contravención reprimida por el art. 52 del Código Contravencional prevé expresamente su aplicación subsidiaria que, además, es la regla general en esta materia (conf. art. 15 del Código Contravencional), en la que no se admite el concurso ideal.

La Corte Suprema ha sostenido en casos análogos que existe preponderancia de la ley penal sobre la contravencional (conf. Competencia n° 706 L. XL “Perdía, Roberto Cirilo s/ art. 41 del Código Contravencional”, resuelta el 28 de julio de 2005 y, más recientemente, Competencia CSF 3622/2015/C81, “Arce, Román Agustín s/ injurias” del 29 de diciembre de 2015, en la que adopta los fundamentos del dictamen de la procuradora fiscal subrogante Dra. Irma Adriana García Neto, que invocan dicha jurisprudencia).

Si los hechos descriptos se enmarcan o no en una situación de violencia doméstica o de género, es un asunto que deberá ser determinado, si se ejerce la acción penal privada, por el juez competente.

El art. 44 de la ley 12 señala que el fiscal debe identificar al imputado o imputada, describir y tipificar el hecho, exponer la prueba en que se funda, ofrecer

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

prueba, solicitar la pena que considera adecuada al caso y explicar las circunstancias tenidas en cuenta para ello.

De la lectura de la norma citada contrastada con el requerimiento de elevación a juicio agregado a fs. 69/72, se desprende que el titular de la acción no ha efectuado una relación circunstanciada de hechos subsumibles en una conducta reprimible contravencionalmente, dado que ha descripto un comportamiento injurioso por el que no se ha instado la acción penal que, si se ejerciera, no compete a este fuero. Por ello, corresponde hacer lugar al recurso, revocar la decisión apelada y ordenar el archivo de esta causa por ser subsidiaria la contravención que la motiva. Así voto.

Por las razones expuestas, el Tribunal por mayoría

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión de fs. 86/89 dictada con fecha 16 de marzo de 2016 mediante la cual la titular del Juzgado PCyF N° 2 resolvió no hacer lugar a la excepción de manifiesto defecto de atipicidad formulado por la Defensa (arts. 195 y ss. CPPCABA, art. 6 LPC).

Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente y remítase al Juzgado de Primera instancia a sus efectos.