

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 106

NEUQUÉN, 02 de septiembre de 2009.

V I S T O S:

Estos autos caratulados "**M., J.F S/ AMENAZAS**" (expte. n° 133 - año 2008) del Registro de la Secretaría Penal del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- El Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial, por Sentencia n° 10/2008 (fs. 95/97), resolvió, en lo que aquí interesa: "(...) **II.- CONDENANDO a J.F.M., (...), como coautor material y penalmente responsable del delito de AMENAZAS SIMPLES (Art. 149 bis del Código Penal), a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO.- III.- REVOCANDO la condicionalidad de la condena impuesta en Causa n° 2528-04-2005 mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2.006, que tramitara por ante este Juzgado, Y UNIFICANDO con la impuesta en las presentes en la PENA UNICA DE UN AÑO DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, manteniendo las declaraciones de hecho y de derecho de ambos pronunciamientos (Art. 58 del CP) (...)**".

En contra de tal resolución, la Sra. Defensora Oficial Penal del II Circunscripción Judicial, Dra. Marisa Mauti, interpuso recurso de casación (fs. 99/102), en favor de J.F.M.

II.- Que corresponde a este Cuerpo examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso se torne admisible conforme a lo dispuesto por el artículo 397 del C.P.P. y C.:

1°) El escrito fue presentado en término ante el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia

recurrida, por quien se encuentra debidamente legitimado.

2°) La sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, toda vez que se trata de una sentencia condenatoria.

3°) El escrito recursivo resulta autosuficiente, ya que su sola lectura permite conocer cómo se configuran, a criterio de la recurrente, los motivos de casación y la solución final que postula.

Acusa los siguientes agravios:

a) Errónea aplicación de la ley sustantiva.

Bajo este acápite, sostiene que no se han verificado, con la prueba obtenida en debate, los elementos del tipo penal de amenazas simples. El hecho por el que se condenó es palmariamente atípico, por la falta de seriedad, de determinación y de idoneidad para amedrentar. Insultar no es delito.

Que no se lesionó el bien jurídico protegido, toda vez que la propia víctima, en reiteradas oportunidades, dijo que no tuvo miedo; sí bronca o impotencia, pero no miedo. Agrega que en la propia sentencia se consignó que la testigo de fs. 8 manifestó escuchar al imputado "insultar" a R.

Manifiesta que es una arbitrariedad que en la sentencia se consideren ratificados los dichos de la denuncia con las testimoniales obtenidas, cuando la testigo A. afirma la presencia de M. en el lugar del hecho, pero manifiesta que no escuchó que profiriera amenazas, sino que solo dijo "te espero afuera". Que lo mismo dijo otra testigo presencial.

Agrega que "las contradicciones de la sentencia, la falta de fundamento, la arbitrariedad con

la que se arriba a una sentencia condenatoria que importa prisión efectiva, son palmarias y graves, máxime teniendo en cuenta que fueron demasiadas las referencias fácticas de la víctima no corroboradas por los testigos”.

Que tantas veces manifestó la víctima en el debate que no tuvo miedo, que al menos debe insertarse la duda en quien interprete conforme a la sana crítica racional (art. 4, C.P.P. y C.).

b) Violación a la congruencia. Amén de lo sostenido en el primer agravio, y para el caso en que se desestime el mismo, entiende que se configura una inobservancia del principio de congruencia. Manifiesta que su defendido fue a juicio por dos hechos de amenazas; una de muerte, *“te voy a poner, te voy a cagar matando, vos siempre te pones la gorra...”*, y otra de lesión: *“...vos entraste a llamar a la gorra, salí para afuera te voy a cagar a trompadas...”*. Que por la primera la Fiscalía se abstuvo de acusar por lo que si le sentencia condenó por ello, solicita su nulidad por violación a la prohibición que el ritual impone al juez de condenar sin acusación fiscal. Por la segunda la Fiscalía acusó, y si condenó por este hecho violó la congruencia porque en la audiencia el denunciante dijo que le manifestó *“que lo iba a hacer boleta y a hacer recagar”*, que *“si se considera el contenido mas que las palabras utilizadas sería aquella amenaza de muerte por la cual la Fiscalía se abstuvo de acusar, pero si se considera el lugar y momento que refiere la víctima sería la segunda amenaza por la que la fiscalía sí acusó, pero aquí se viola la congruencia*

porque los dichos son otros (mas allá de la atipicidad por indeterminación de la amenaza”.

c) Violación al art. 356 del C.P.P. y C..

Menciona que se vulneró el art. 356 de la ley adjetiva, al suplir la declaración de la testigo A. por la lectura de lo declarado en instrucción, sin que se verifiquen ninguno de los presupuestos que lo autorizan y pese a que esa parte se opuso a ese modo de incorporación al debate, toda vez que no prestó conformidad a la misma. Que tal declaración fue valorada como prueba de cargo, para tener por acreditado el delito. Además, estima que no se acreditó debidamente ni se agotaron las instancias respectivas, para conocer el paradero de la testigo. De esta manera, se privó a la defensa de la posibilidad de requerir las aclaraciones necesarias por parte de esta testigo.

III.- Que a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se le impone a este Cuerpo, como tribunal de casación, una revisión del fallo objetado en su sentido más amplio, de forma tal que para proceder a su confirmación no sólo baste descartar la arbitrariedad sino también cualquier atisbo de error que, por su grado, sea capaz de llevar al temperamento que por dicha vía recursiva se tiende a contravenir.

Tal criterio, por cierto, no obsta al rechazo del planteo en esta fase liminar del trámite si luego de efectuada tal faena, con total rigor y sin amparo en óbices formales, no se advierten producidos los vicios alegados (cfr. C.S.J.N., “Merlo, Benito s/ p.s.a. homicidio”, T. 328, pág. 4568). Ello, en tanto una admisión irreflexiva de los motivos propuestos a

tratamiento conllevaría el ingreso de causas cuya manifiesta improcedencia deberá luego este Cuerpo declarar de modo inexorable con el consiguiente dispendio jurisdiccional que ello traería aparejado.

En función de tales pautas, se vislumbra que **los agravios postulados no podrán sortear el juicio de admisibilidad** que se impone en esta etapa.

1) La Sra. Jueza Correccional dio por probado el siguiente hecho: *"El 1 de agosto de 2006, minutos después de las 17:10 horas, encontrándose L.I.R en un consultorio en un centro de salud siendo asistido por la médica A., y una enfermera, el encartado J.F.M. ingresó en forma abrupta, ocasión en que tras insultar a R. le manifestó en forma intimidante '...vos entraste a llamar a la gorra, salí para afuera te voy a cagar a trompadas', provocando temor en la víctima, retirándose del lugar, mientras que la médica llamó a la policía"*.

2) Respecto al primer agravio, introducido bajo el título *"errónea aplicación de la ley sustantiva"*, en primer lugar, cabe destacar que a nuestro juicio, la solución plasmada por la sentenciante en la pieza aquí cuestionada, como el razonamiento utilizado para arribar a la misma, y su fundamentación, resultan impecables, pues ha respetado los principios que rigen el recto pensamiento humano; es decir, la sana crítica racional, dando las razones en que se funda en cada uno de los tópicos que trata la resolución.

Que se estima correcto que la a-quo dé por acreditados los dichos del denunciante R. con los testimonios de las testigos A. y A. Le asiste razón a la defensa cuando resalta que la primera, conforme surge de las constancias de autos (acta de debate de

fs. 92/94, sentencia de fs. 95/97), declaró que sólo escuchó que M. le manifestó a R. que lo esperaba afuera, pero a pesar de que no resultó muy comprometida -según los términos de la sentenciante-, su testimonio acredita las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se llevó a cabo el hecho, lo que da credibilidad a los dichos de la víctima. Por su parte, del testimonio incorporado por lectura de A. (fs. 8 y 18), si bien la misma no recuerda con exactitud los términos vertidos por el imputado a R. -recordando que le solicitaba que saliera-, lo cierto es que dijo que M. tenía una actitud amenazante. En consecuencia, sumado ello a la declaración de la víctima que refiere cuáles fueron esos términos que le profirieron, los que sí recuerda, pues le fueron a él destinados, valorado todo en conjunto como exige la sana crítica racional, es que se arriba a la conclusión que diseña la a-quo.

Además, entendemos que no cabe duda alguna respecto de la tipicidad de la conducta endilgada a M. toda vez que los dichos por él proferidos satisfacen los caracteres del delito de Amenazas, es decir, la seriedad, gravedad y la injusticia que requiere la doctrina (D'Alessio, Andrés José, "Código Penal comentado y anotado", La Ley, Tomo II, pág. 342). Así, es "seria", toda vez que el daño anunciado se presenta como de posible realización por su autor; es "grave", por cuanto el mal amenazado posee una entidad suficiente como para producir una vulneración en la libertad -tal es así que, como bien resalta la a-quo, R. dejó de concurrir al centro de salud y al centro comercial-, e "injusta", en virtud de que el mismo no

debe, por imposición legal, ser soportado por la víctima.

Se suma a ello, que en el caso concreto la amenaza de M. vulneró el bien jurídico protegido, pese a que la esforzada defensa sostenga que en reiteradas oportunidades la víctima dijo no tener miedo, toda vez que la misma resulta típica, si en el caso concreto es "idónea" para generar el estado de alarma o temor requerido por el tipo penal en cuestión, sin importar que la víctima efectivamente lo haya sentido. En este sentido, ha sostenido la doctrina que se trata de un delito de simple actividad, en el que basta para la consumación la idoneidad de la acción para intimidar, sin que sea precisa una efectiva intimidación, ni la causación del temor (Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo II-A, pág. 251).

3) Respecto del segundo agravio, intitulado "violación a la congruencia" (art. 415, inc. 2, C.P.P. y C.), corresponde analizar si los hechos que se consideraron probados, fueron efectivamente imputados en la acusación y si son los mismos por los que, en definitiva, resulta condenado M. en la sentencia que se pone en crisis, sin que se haya alterado la plataforma fáctica, que produciría la violación del principio de congruencia que garantiza el debido proceso legal, establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Ello, teniendo en cuenta que el respeto del principio de congruencia no persigue el mantenimiento de una absoluta simetría con pura finalidad formal. Por el contrario, su razón de ser es muy clara: evitar que, a partir de una mutación fáctica, se afecte el derecho de defensa del imputado, introduciendo en la sentencia

- y en relación con la acusación originaria - hechos o circunstancias no contenidas en ésta. De tal manera, la variación fáctica puede sorprender al prevenido y, al hacerlo, obstaculizar el adecuado ejercicio de aquella garantía. Por eso Ricardo C. Núñez sostenía -con absoluta corrección- que "La garantía de la defensa en juicio, que el art. 18 de la C. de la Nación y el art. 40 de la C. de la Provincia en nuestro caso, los artículos 62, 63 y 64 de la Constitución local establecen a favor del imputado, exige que éste hubiera tenido, en el proceso, la posibilidad de contradecir la atribución de la totalidad de los hechos delictivos y de sus circunstancias con valor penal, que, en su conjunto, constituyeran el objeto del juicio según la requisitoria o auto de elevación a Juicio y, en su caso, la ampliación del requerimiento fiscal. (...) Esto no exige que este último hecho el de la sentencia concuerde con todo el contenido fáctico de la acusación, sino tan sólo con la parte receptada por la sentencia condenatoria" (cfr. "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Anotado. Tercera edición actualizada", Ed. Lerner, Córdoba, 2007, p. 504). Y enseguida redondeaba su concepto afirmando que: "no toda diferencia material de los hechos produce la nulidad de la sentencia condenatoria. Sólo la produce si esa diferencia hubiere perjudicado la posibilidad del imputado de presentar pruebas defensivas" (op. y loc. cit. ps. 504/505).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en lo relativo al principio de congruencia, tiene dicho que: "en materia criminal la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional exige la

observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales" (CSJN Fallos 320:1891 y 325:2019).

También, nuestro Cívero Tribunal, tiene establecido que constituye un requisito fundamental del debido proceso penal "ajustar el pronunciamiento a los hechos que constituyen materia del juicio, en razón del derecho fundamental del acusado, basado en el art. 18 de la Constitución Nacional, de tener un conocimiento efectivo del delito por el cual ha sido condenado" - CSJN- Fallos 321:469, considerando 4° y sus citas- (del dictamen del Procurador General de la Nación).

Es por ello, que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión, la conducta imputada a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho a ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa que prevén las leyes de procedimiento.

A partir de tales conceptos, corresponde cotejar los hechos atribuidos y los finalmente probados, a fin de verificar si existe la mutación fáctica que torne aplicable el segundo párrafo del artículo 366 del rito local.

En tal faena, corresponde en primer lugar analizar cuáles son los hechos de la acusación, conforme al requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 47: *"El día 1° de Agosto de 2006 siendo alrededor de la hora 17:10 en inmediaciones del centro de salud del barrio Gral. San Martín de Cutral Có, el imputado*

J.F.M. persigue, insulta y amenaza de muerte a L.I.R. empujándolo contra una pared le profiere dichos amenazantes, tales como '...te voy a poner, te voy a cagar matando, vos siempre te pones la gorra...'; minutos mas tarde encontrándose R. en un consultorio del centro de salud siendo asistido por la médica A. y una enfermera, el encartado ingresa en forma abrupta, ocasión que tras insultar a R. le manifiesta en forma intimidante '...vos entraste a llamar a la gorra, salía para afuera, te voy a cagar a trompadas', provocando temor en la víctima, retirándose del lugar cuando la médica llama a la policía".

Como relatamos en el punto "2" de la presente, la Sra. Juez Correccional dio por probado el segundo hecho imputado a M. siendo absuelto, en virtud de la abstención fiscal, por el primero.

Como puede apreciarse, el hecho por el cual fuera acusado el imputado resulta ser el mismo por el cual es condenado.

Es cierto, conforme lo sostiene la recurrente, que el imputado en el debate incurrió en alguna pequeña variación respecto de los dichos que le había proferido el imputado en relación con lo declarado en la denuncia o en posterior testimonial, y tal como fuera intimado y acusado, ya que manifestó que M. le dijo que "había ido a llamar la gorra, que lo siguió insultando. Que lo estaba amenazando verbalmente, que le decía que lo iba a hacer boleta, que cuando lo agarrara lo iba a hacer cagar" (ver acta de debate a fs. 92 vta.). Pero consideramos que ese solo agregado de "hacer boleta", no puede constituir una mutación fáctica esencial que haya generado una situación de sorpresa que coloque en

un estado de indefensión al condenado, pues no existe variación fáctica que le haya imposibilitado contradecir los hechos atribuidos, que obstaculizara el ejercicio de ser oído y producir prueba en su descargo, que es en definitiva lo que se requiere para que se considere vulnerado el mentado principio de congruencia.

4) Finalmente, en cuanto al agravio referido a que se produjo una violación al art. 356 del C.P.P. y C. de la ley adjetiva (art. 415, inc. 2, C.P.P. y C.), al incorporar por lectura el testimonio de G.A., que privó a la defensa de la posibilidad de requerir las aclaraciones necesarias por parte de esta testigo, tampoco encontrará acogida favorable.

En primer lugar, se debe reconocer que esta censura resulta jurídicamente objetable. En tal sentido, este Cuerpo ya tuvo ocasión de pronunciarse en el sentido que, tal situación, conculcaría una de las garantías judiciales mínimas previstas en los pactos internacionales constitucionalizados (artículo 75, inciso 22, C.N.); concretamente: el derecho que tiene todo imputado a interrogar (o hacer interrogar a través de su defensor) a los testigos de cargo (artículo 14.3."e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Sin embargo, -y como ya se anticipara- el agravio resulta improcedente. Veamos:

a) "Para que la prueba ilegítima determine nulidad, la motivación debe depender de ella y ser realmente eficaz y decisiva, influyendo efectivamente en el fallo, de modo que éste quede privado de motivación, o se llegue a justificar una decisión

contraria a la adoptada" (Cfr. Fernando De la Rúa "La Casación Penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 143).

b) ¿Cómo saber si la prueba invalorable resulta esencial?. A través del método de la supresión mental hipotética. "Una prueba será decisiva, y su invalidez afectará de manera fundamental a la motivación, cuando - si mentalmente se la suprimiera - las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas" (Cfr. De la Rúa, op. cit., pág. 144).

c) Sobre esta base interpretativa, el análisis del decisorio que se recurre pone en evidencia que, aunque no se valore aquella probanza, la sentencia conserva la suficiente fundamentación como para mantener el sentido del pronunciamiento (declaración de responsabilidad), sin el menor atisbo de duda. Así, la casación cordobesa tiene dicho, en criterio que este Tribunal comparte, que: "el sistema de la sana crítica racional admite que la declaración de certeza sobre la participación del imputado en la comisión de un hecho delictivo, pueda acreditarse no tan sólo con pruebas directas, sino también con elementos de convicción indirectos, entre los cuales se destacan las presunciones y los indicios. De no ser así, no tendría cabida el principio de libertad probatoria" (Cfr. T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, in re "Medina Allende", Sentencia N° 16, 17/4/1997, citada por Adriana T. Mandelli, "Doctrina judicial", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, p. 705). La afirmación tiene su importancia desde que, si bien es cierto que el testigo directo es, precisamente, aquél cuya declaración con razón se cuestionara, existen otras pruebas cargosas que permiten validar la resolución que se impugna.

Consecuentemente, como lo sostuvimos en el punto "2" de la presente, consideramos correcto que la a-quo de por acreditados los dichos del denunciante R. no sólo con el testimonio de A. sino también con el de A. pues si bien le asiste razón a la defensa cuando resalta que ésta declaró que sólo escuchó que M. le manifestó a R. que lo esperaba afuera, sostuvimos que su testimonio acredita las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se llevó a cabo el hecho, lo que da credibilidad a los dichos de la víctima, quien refiere los términos amenazantes que le profirieron, valorado todo en conjunto como exige la sana crítica racional.

Sin perjuicio de lo dicho, en el presente caso, existió un esfuerzo serio para lograr el comparendo de esta testigo (ver fs. 92); arrojando resultados negativos ya que se informó que se fue a vivir a la provincia de Misiones.

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE:**

I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD del recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Oficial Penal del II Circunscripción Judicial, Dra. Marisa Mauti, en orden a las censuras alegadas, subsumidas en las causales previstas en el art. 415 incs. 1 y 2 del C.P.P. y C., a favor de **J.F.M.**

II.- REGÍSTRESE, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones al Juzgado Correccional de origen.

Dr. OSCAR E. MASSEI. Presidente - Dr. RICARDO TOMÁS KOHON - Dr. EDUARDO FELIPE CIA - Dr. ANTONIO GUILLERMO LABATE - Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN.

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario