

**REGISTRO N° 296/13**

//la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 16 días del mes de abril del año dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y los jueces doctora Angela Ester Ledesma y doctor Pedro David como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 79/80 de la presente causa n° 16.379 del registro de esta Sala, caratulada: "VIÑABAL, Walter Adrián s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la defensa por la doctora Laura Beatriz Pollastri.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar la juez Angela Ester Ledesma y el juez Pedro David, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

**-I-**

**1°)** Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, por resolución de fecha 6 de septiembre de 2012, en la causa n° 775/12 del registro de la Sala VII, resolvió confirmar la decisión del magistrado de grado en cuanto dispuso: "Hacer lugar a la excepción de falta de acción por cosa juzgada..." (fs. 7/8).

Contra esa decisión, el Fiscal de Cámara interpuso recurso de casación (fs. 81/85vta.), que fue concedido (fs. 114), y mantenido en esta instancia (fs. 145).

**2°)** Que el recurrente invocó sendos motivos casatorios previstos en el art. 456, incisos 1° y 2°, CPPN, por entender que se aplicaron erróneamente las previsiones de los arts. 54 y 55 CP, y por arbitrariedad de sentencia.

Sostuvo que es incorrecta la consideración del a quo en orden a que la infracción a la restricción de acercamiento dispuesta por el juzgado civil, que prohibía a Viñabal acercarse a determinadas personas, se encuentra en concurso ideal con las amenazas proferidas. Refirió que se trata de un concurso real, puesto que existe afectación de bienes jurídicos bien diferenciados y hechos distintos. Agregó que no se trata de una nueva persecución, sino de continuar con un aspecto de aquellos comprendidos en la imputación original.

**3°)** Que a fs. 169/171 se presentó la defensa y sostuvo que debe daclararse mal concedido el recurso, en atención a que el fiscal ya ha tenido oportunidad de recurrir

el sobreseimiento dictado por el juzgado de instrucción y la resolución recurrida contiene una fundamentación suficiente que impide calificarla como arbitraria, por lo que no existe cuestión federal.

A su turno, se presentó el Fiscal General ante esta instancia, amplió fundamentos y solicitó que se haga lugar al recurso, por considerar que la resolución recurrida resulta arbitraria y jurídicamente errónea (fs. 181/182vta).

4°) Que durante la audiencia de informes se presentó la defensa y solicitó que se declare mal concedido el recurso.

**-II-**

Que el fallo atacado es recurrible a tenor de los arts. 457 y 458 del rito y se han invocado agravios fundados en la errónea aplicación del derecho sustantivo y en la inobservancia de la ley procesal (art. 456, incs.1° y 2° CPPN), con invocación fundada de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, pudiendo mediar cuestión federal de conformidad con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Di Nunzio"* (Fallos: 328:1108).

**-III-**

Que las presentes actuaciones se inician con motivo de la imputación que se efectuara a Walter Adrián Viñabal de haber asistido el 14 de julio de 2011 al domicilio de M.F.M., ex pareja del encartado y madre de su hijo, y haber amenazado de muerte a ella y a su familia.

Aquel suceso motivó el requerimiento del Ministerio Público Fiscal, para que se investigue la comisión del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis CP) y de desobediencia (art. 239 CP).

El fiscal se agravia respecto de la clausura de la persecución penal en orden al delito de amenazas, por extensión -a su juicio indebida- del sobreseimiento firme dictado en orden a la calificación jurídica del evento como constitutivo del delito de desobediencia, debido a que al momento del hecho, el imputado no había sido notificado de la resolución de la magistrada civil en la que se le prohibía acercarse a M.F.M., a su domicilio o a cualquier lugar en el que ella se encuentre.

Más allá de que resulta indudable la unidad del hecho que fuera calificado jurídicamente como constitutivo de dos infracciones diferentes -habida cuenta que el acercamiento a la casa de M.F.M. habría tenido lugar en ocasión en que el imputado se presentó en la puerta del domicilio de su ex pareja y profirió frases que, a entender de la jueza de grado, podrían ser consideradas como amenazas-, con motivo de tales circunstancias se dictó el procesamiento del encausado en orden al delito de amenazas coactivas (punto 1 de la resolución de fs. 113/116vta.) y el sobreseimiento respecto del delito de desobediencia (punto 3 del mismo, auto interlocutorio).

De ello se desprende que el sobreseimiento dictado se produjo meramente respecto de una calificación jurídica del hecho juzgado, pero que nunca se pretendió cerrar la

investigación respecto de la totalidad de aquel acontecer histórico.

Es por ello que resulta arbitraria la consideración del *a quo*, también invocada por la defensa durante la audiencia de informes, en orden a la afectación de la garantía *ne bis in idem*, ya que aquella regla protege al imputado contra la posibilidad de que el estado realice reiterados intentos para condenar al imputado, pues no se trata únicamente de evitar que se condene a la misma persona más de una vez por un mismo hecho, sino que el sometimiento reiterado al riesgo de ser condenado ya lesiona la garantía (Vid. Fallos 330:2265, 330:4928, entre tantos otros). No obstante, se observa que en el caso no existe una doble persecución, sino un solo proceso que aún no finalizó.

En tal sentido, se advierte que no se trata de una persecución penal múltiple, sino de un solo proceso referido a un hecho que fue calificado jurídicamente *prima facie* bajo dos previsiones típicas del Código Penal. Al comprobarse fehacientemente la falta de dolo en orden a uno de los delitos en cuestión, se dictó el sobreseimiento en orden a aquella significación típica sólo con el fin de dar seguridad jurídica al encartado respecto de ese aspecto de la imputación, lo que de ninguna manera puede implicar la clausura total de la investigación sobre el hecho.

En rigor, otra sería la solución si el caso hubiera sido calificado de manera exclusiva como constitutivo del delito de desobediencia y, al comprobarse la falta de dolo, se hubiera dictado sobreseimiento, en tanto aquella resolución hubiera quedado firme. Si ello hubiera resultado así, se habría agotado la potestad de perseguir penalmente aquel hecho histórico, aún si el fiscal, tiempo después de la firmeza del pronunciamiento liberatorio, hubiera caído en la cuenta de que aquel mismo hecho podía ser tipificado penalmente como amenazas. Esto es así porque la garantía contra la múltiple persecución penal supone que la oportunidad para ejercer el poder punitivo por parte del estado resulta una sola, y no puede ser reabierto un proceso cerrado con motivo de una apreciación jurídica diversa de un mismo *factum* respecto de idéntico sujeto.

Tal como se ha sostenido, en el presente caso la persecución penal no ha cesado en momento alguno respecto del hecho que nos ocupa y no es razonable la tesitura del *a quo* en orden a que se ha producido la clausura de este proceso de manera "accidental" o inadvertida en virtud del sobreseimiento dictado respecto de una calificación jurídica, más aún si se evidencia que en la misma resolución la instructora dictó el procesamiento del imputado en orden a otra calificación jurídica.

Así, se advierte la arbitrariedad de la resolución del *a quo*, que confirmó la cancelación de la persecución penal

sin fundamentos jurídicos ni fácticos.

Que, asimismo, corresponde señalar que las amenazas, tal como fueron descriptas por la acusación, constituirían hechos de violencia contra la mujer, por lo que resulta aplicable la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención *Belém do Pará*, ratificada por ley 24.632 B.O. del 9/4/1996).

En efecto, el art. 1 de la Convención establece que: "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"; el art. 2.b establece que: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer [...]". También, el art. 7. impone las obligaciones de "b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", [...] " e. tomar todas las medidas apropiadas [...] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y "f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Cabe destacar que de la lectura de las presentes actuaciones surge que el hecho investigado se inscribe en una situación conflictiva entre el imputado y la damnificada, quienes tuvieron un vínculo de pareja, producto del cual nació un hijo. Luego de la separación, M.F.M denunció en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una agresión física por parte del encausado el 6 de julio de 2011 (*vid.* las copias de fs. 37/38vta.). En aquella oportunidad se constataron algunas lesiones y se realizó una evaluación sobre el nivel de riesgo derivado del conflicto interpersonal (fs. 39/41). En atención a tales antecedentes, se dictó en sede civil una resolución prohibiendo al encartado "mantener contacto con la denunciante [...] y acercarse a un radio menor de doscientos metros del domicilio donde esta habita [...] de su lugar de trabajo [...] y a ochenta metros de cualquier lugar en que la misma se encuentre, asimismo se ordena al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente realice hacia la mujer..." (*vid.* las copias de fs. 45/46).

Corresponde concluir que la clausura arbitraria de la persecución penal en orden a una acusación que *prima facie* constituiría un hecho de violencia contra la mujer, tiene la virtualidad de comprometer la responsabilidad internacional del estado argentino, ante el incumplimiento del deber de

investigar con la debida diligencia y prevenir este tipo de hechos.

No puede dejar de destacarse que M.F.M. denunció que el imputado habría amenazado con matarla a ella y a varios miembros de su familia, por lo que se advierte que el abandono de la investigación no solamente constituiría una infracción al deber de establecer la verdad sobre lo ocurrido, sino que sería una grave infracción a obligaciones internacionales, toda vez que, como lleva dicho la Corte Interamericana de derechos humanos: "La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia" (Corte IDH, Caso "González y otras 'Campo Algodonero' v. México", sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 400).

Es precisamente por éste tipo de decisiones, que renuncian apresurada e infundadamente a investigar hechos de violencia contra la mujer, que podría incurrirse en responsabilidad por incumplir con el deber asumido en virtud del art. 7.b de la Convención *Belém do Pará* en orden a: "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", "adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad" (7.d). Asimismo, es necesario: "tomar todas las medidas apropiadas [...] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" (art. 7.e) y "establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (7.f).

En ese orden, se ha sostenido que compromete responsabilidad internacional todo cuanto "favorece la perpetuación de la violencia en el ámbito familiar" y "brinda mayor seguridad al agresor, quien reconoce la inmunidad con la que puede tratar a su víctima" (Vid. Asencio, Raquel, et. al., "Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género", Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010, pp. 54 y 60).

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación, sin costas, anular la resolución recurrida, así como la de primera instancia de fs. 7/8, ambas del presente incidente, en cuanto han hecho lugar a la excepción de falta de acción planteada por la defensa, apartar al juez de instrucción y a la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y remitir la causa

a su origen para que, por quien corresponda, se designe un nuevo juez para que continúe con la investigación (arts. 173, 471, 532 CPPN).

Así lo voto.

Los señores jueces **Angela Ester Ledesma** y **Pedro R. David** dijeron:

Que adhieren al voto del doctor Slokar, y emiten el suyo en igual sentido.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, **SIN COSTAS, DECLARAR LA NULIDAD** de la resolución recurrida, así como de la dictada por el juez de instrucción, en cuanto han hecho lugar a la excepción de falta de acción planteada por la defensa.

En consecuencia, **APARTAR** a los jueces que han concurrido a dictar las decisiones anuladas, **DEVOLVER** la presente incidencia a su origen para que tome razón de lo decidido y, **ORDENAR** que, por ante quien corresponda, se desinsacule el nuevo juez de instrucción que deberá continuar el trámite de la causa (arts. 173, 471 y 532 CPPN).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión a la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Fdo: Alejandro W. Slokar, Angela Ester Ledesma y Pedro R. David. Ante mí: María Jimena Monsalve, Secretaria de Cámara.**