

M-IPP 10343/I "L. L. J. J. POR ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN BAHIA BLANCA"

Número de Orden:32

Libro de Sentencias Número: 6

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los días diez del mes de **agosto del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos, los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (artículo 440 del CPP)**, para dictar sentencia en la causa seguida a: "**L. L. J. J. POR ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN BAHIA BLANCA"**", practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumoulo y Barbieri**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Es nula la declaración indagatoria de fs. 69?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: La sentencia de fs. 136/141 declaró penalmente responsable en calidad de autor al menor L. J. J. L., en orden al delito de Robo Calificado en Grado de Tentativa (arts. 166, inc. 2º en relación al 42 del Código Penal), a la par que dispuso la eximición de pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278.

El citado decisorio, resultó impugnado por el Dr. Eugenio Casas, de la Unidad

Funcional de Instrucción y Juicio nº 4, expresando agravios a fs. 143/146. El remedio interpuesto lo fue en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de queja y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (art. 329 del CPP, ley 3589 t.o. decreto 1174/86, aplicable en función del art. 95 de la ley 13.634 t.o. ley 13.797 y resolución 1287/08 y 3181 de la SCBA).

Dos son los motivos de agravio del recurrente. Así las cosas y en primer término, sostiene que la magistrada de grado ha realizado una incorrecta descripción del hecho que se le imputa al menor L., eligiendo asimismo una calificación legal para aquél que no se ajusta a la reclamada por su parte en la acusación fiscal.

En ese sentido, expresa que el injusto cometido no ha quedado reducido al grado de conato como se afirma en la sentencia y más allá de que en la misma no se indica el lugar de su comisión como así tampoco el sitio donde fuera aprehendido el joven, los elementos colectados en la causa, acreditan que el ilícito se consumó, pues su autor tuvo la posibilidad de disponer del objeto sustraído por un espacio temporal suficiente, desde que fue interceptado a unas quince cuadras del lugar donde se desapoderó a la víctima y sin que existiera persecución alguna contra el mismo.

En cuanto a la calificación legal adoptada en el pronunciamiento que se impugna, manifiesta que la agravante escogida por la Dra. Ramallo, no condice con la materialidad delictiva que tuvo por acreditada, por cuanto en el considerando primero del fallo se hace referencia a la intimidación verbal efectuada por el autor en el desapoderamiento, sin indicación alguna al término "arma", circunstancia que denota la errónea significación jurídica escogida en la sentencia para calificar el hecho.

De otra parte, se duele el representante de la vindicta pública cuando la Juez "a quo" exime de pena al menor, en tanto expresa que la conclusión no se encuentra debidamente fundada, enunciando afirmaciones meramente dogmáticas que no se corresponden con las constancias de autos.

Con citas jurisprudenciales en apoyo de su reclamo, finiquita su presentación

el recurrente peticionando la revocación del fallo, con la consiguiente imposición de pena.

A fs. 178/179 el señor Fiscal General Adjunto, Dr. Julián Martínez Sebastián mantiene el recurso interpuesto en la instancia inferior, compartiendo los argumentos invocados por el Dr. Casas.

Por su parte, a fs. 181/183 la Dra. Laura Krotter, auxiliar letrada de la Defensa Oficial en el fuero juvenil, al contestar el traslado conferido a fs. 180, manifiesta que adhiere a lo postulado por el señor Fiscal en lo relativo a la agravante del robo, no así en lo tocante a su consumación, desde que el mismo ha quedado en grado de conato.

Expresa que la calificación legal escogida por la sentenciante importa una clara violación al principio de congruencia, conforme la variación fáctica realizada en el fallo.

En cuanto a la eximición de pena dispuesta en la sentencia, sostiene que la misma debe confirmarse, pues ésta se ajusta a los principios y parámetros internacionales que hablan de la excepcionalidad de la pena.

Entiendo que le asiste razón a las partes cuando señalan que el pronunciamiento en crisis resulta violatorio del principio de congruencia, encontrándose afectado en consecuencia el derecho de defensa (art. 18 C.N.).

No obstante la solución que he de proponer al acuerdo, no quiero dejar pasar por alto que el fallo impugnado resulta también nulo al encontrarse afectada la imparcialidad del juzgador y ello por la intervención de un mismo juez en la etapa instructoria como en la fase plenaria.

Traigo a colación lo sostenido en la causa "Sparapani", expte. nº 40.128 de esta Sala, donde dije: "La imparcialidad puede observarse desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo.

El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del

pleito.

Dice también el Alto Tribunal Nacional en ese sentido que: "la facultad de apartar a los jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces...el temor de imparcialidad es un vicio objetivo del procedimiento y no una mala cualidad subjetiva o personal del juez" (dictámen del Procurador in re "Z. ", Fallos: 322:1941).

Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a favor de éste se puede esgrimir este temor de parcialidad.

Traigo a colación, como lo sostuvo la Corte Federal en la causa "Llerena, Horacio Luis", del 17-05-2005, el temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor realizada en el proceso como sucesión de actos procesales celebrados previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez.

No se trata de juzgar si de los fundamentos de las resoluciones de mérito brindados oportunamente por el juez instructor se desprenden signos manifiestos de parcialidad, sino que el temor de parcialidad reside en el mero hecho de que el juez que vaya a intervenir en el plenario, sea el mismo juez que dictó la prisión preventiva del menor.

Como lo sostuvo el Dr. Petracchi en su voto "la acumulación de funciones investigativas y de enjuiciamiento no solamente es cuestionable desde la perspectiva del principio acusatorio, sino que además ella supone un procedimiento en el que no se puede descartar ex ante la posibilidad de que el juez se vea compelido, como resultado de las alegaciones de las partes a tener que admitir que cometió algún error en la etapa previa del procedimiento o que no se desempeñó eficientemente durante la instrucción".

En esa línea sostuvo el distinguido magistrado supremo que el juez que llevó adelante la actividad incriminatoria, no puede ser el mismo que habrá de realizar el debate y que finalmente condene o absuelva al imputado, pues un procedimiento

semejante no reúne los requisitos mínimos exigibles con respecto a su imparcialidad.

"La garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél" (Fallos, 326;3842).

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la garantía del art. 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostuvo que:"...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso (cfme. informe nº 5/96, caso 10.970, "Mejía vs Perú)."

Que en el caso de autos, la señora juez de menores realizó actividad probatoria propia de la instrucción, ordenando la realización de distintas medidas de prueba tendientes a acreditar la responsabilidad del joven (ver fs. 18), habiéndole recepcionado declaración indagatoria.

Decía en la causa citada que: "El juez que tiene a su cargo la instrucción de la causa no sólo realiza un acto meramente jurisdiccional al intervenir en las etapas previas al juicio, sino que lleva adelante una verdadera tarea de investigación, cuyo eventual fracaso puede comprometer su responsabilidad, no sólo por las posibles deficiencias en la realización de determinados actos procesales, sino también por la tarea que el Estado deposita en él, concediéndole facultades persecutorias que hoy en día ya no se discute que le pertenecen al Ministerio Fiscal."

Sin perjuicio de lo anterior, me apresuro en señalar que la nulidad que propongo al acuerdo se haga extensiva a la declaración indagatoria prestada por el encartado a fs. 69, por las razones que daré oportunamente.

Ninguna duda existe que en autos se encuentra violentada la congruencia fáctica. En efecto. El mentado principio es una derivación de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la C.N. y exige que medie correlación o identidad entre el hecho imputado en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y la

sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar y con ello el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de defensa.

Ello significa que *al dictar el pronunciamiento, el tribunal no podrá apartarse del hecho contenido en la acusación*, por lo que supone que la base fáctica contenida en el documento acusatorio sea trasladada sin alteración de sus aspectos esenciales a la sentencia. Legalmente se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el límite de la jurisdicción del tribunal de juicio y también porque la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho diverso y del cual el imputado no pudo defenderse, probando y alegando lo que considera que hacía a su derecho, por no haber sido oportunamente informado de él. De allí, pues, que sea exacto que la mutación esencial del factum contenido en la acusación es incompatible con la legítima intervención del imputado en el debido proceso, impuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional como presupuesto de la pena.

Sucintamente me referiré al hecho que se le atribuye al menor y que fuera relatado en las distintas etapas procesales transitadas hasta el presente.

Así, en la declaración brindada por el menor a tenor de lo dispuesto en el art. 126 del C.P.P. (según ley 3589) a fs. 69, se le imputa que: "...en la ciudad de Bahía Blanca, partido del mismo nombre, el día 22 de septiembre del 2008, siendo aproximadamente las 07.15 horas, junto con otro sujeto de sexo masculino haber intentado sustraer a M. C., mediante intimidación verbal el teléfono celular marca Motorola Rock, color negro y naranja, siendo interceptados por personal policial cuando se daban a la fuga". El hecho relatado fue calificado en dicha oportunidad como constitutivo del delito de Robo en Grado de Tentativa (arts. 164, en relación al 42 del Código Penal).

Por su parte, al formular la acusación fiscal a fs. 105/107 se le reprocha al joven L. el siguiente delito: "que el día 22 de septiembre del 2008, siendo aproximadamente las 7.15 horas, sobre la calle Angel Brunel, entre España y Fitz Roy de

esta ciudad de Bahía Blanca, dos personas, siendo una de ellas el menor L. J. L. y la otra no identificada, sujetaron de su brazo al menor M. C., a quien colocaron un elemento con punta sobre su cuello, lo palparon y le exigieron la entrega de su teléfono móvil, marca Motorola Rock, color negro y naranja, retirándose luego estos sujetos del lugar del hecho, siendo luego aprehendido el menor L. por personal policial en la intercepción de calles Estomba y Rondeau de esta ciudad, secuestrándose entre sus prendas el celular de referencia". El hecho precedentemente transcripto fue calificado como constitutivo del delito de Robo (arts. 164 del Código Penal).

Por último, en la sentencia impugnada se da por acreditado el delito en los siguientes términos: "en la ciudad de Bahía Blanca, partido del mismo nombre, el día 22 de septiembre del 2008, siendo aproximadamente las 07.15 horas, junto con otro sujeto de sexo masculino haber intentado sustraer a M. C., mediante intimidación verbal el teléfono celular marca Motorola Rock, color negro y naranja, siendo interceptados por personal policial cuando se daban a la fuga". Como se advierte, la materialidad ilícita transcripta resulta ser idéntica a la descripta en oportunidad de recibírsele al menor la declaración indagatoria, aunque en esta oportunidad la señora Juez de grado califica el injusto como constitutivo del delito de Robo Agravado en Grado de Tentativa (arts. 166, inciso 2º en relación al 42 del Código Penal).

Ahora bien. Esta mutación esencial del "factum", en donde se transita a lo largo del proceso de un robo en grado de tentativa, a un robo consumado para finalmente dar por acreditado en sentencia un robo calificado en grado de conato, importa una clara violación del principio de congruencia, afectando la defensa en juicio, como consecuencia de la diversidad en su descripción literal.

Sin perjuicio de lo anterior, es mi opinión que la nulidad debe alcanzar la declaración indagatoria de fs. 69 y extender sus efectos a todos los actos procesales que son su consecuencia, pues la descripción del hecho que se le imputa al menor es por demás incompleta, desde que en la misma se omite señalar el lugar de comisión del ilícito así como también el sitio donde fue aprehendido el joven L., circunstancias que

guardan especial interés para la causa, dada la discusión acerca del grado de consumación que hubo de alcanzar en todo caso el supuesto robo que se le atribuye al encartado. Y ello a fin de garantizar ampliamente el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, arts. 10 y 15 de la Constitución Provincial, 14 inc. 3ero. letras "b" y "d" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8vo. incisos "b" y "d" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).-

Por lo tanto debo señalar que, analizadas las presentes actuaciones, surge de la declaración de fs. 69, que no le fueron descriptos al imputado los hechos en la forma antes indicada, considerando ineludible en el marco de la actuación procesal en cuestión la descripción fáctica detallada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de lo acontecido (art. 129 del C.P.P., según ley 3589).

Por todo ello, doy mi voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Soumoulou, votando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 69, remitiendo los autos a la instancia de origen a fin de que, con la intervención de juez hábil se reencauze el trámite de la presente.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Soumoulou, votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores jueces nombrados.

SENTENCIA

Bahía Blanca, agosto 10 de 2.010.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: que es nula la declaración indagatoria de fs. 69.

Por ello, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 69, remitiendo los autos a la instancia de origen a fin de que, con la intervención de juez hábil se reencauze el trámite de la presente (artículo 440 del CPP).

Notifíquese.

Firme, devuélvase a primera instancia.

