

**IPP 11371/I**

**Número de Orden:62**

**Libro de Interlocutorias nro. 16**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los un **días del mes de abril del año dos mil catorce**, reunidos en su Sala de Acuerdo 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 (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución en la causa nro. **11.371/I** caratulada: "**M., R. G. s/ estafa**"; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por ley 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

**1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

#### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO:** Interponen recurso de apelación los Sres. Defensores Particulares -Dres. Matías y Héctor Bertoncello, a fs. 683/687 lo que fuera informado oralmente según consta en el acta de fs. 695 y vta.-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri, a fs. 632/663 y vta.- por la que no hizo lugar a las nulidades planteadas, ni al sobreseimiento, elevando a juicio la Investigación Penal Preparatoria.

Se agravian por considerar que ha existido arbitrariedad en la valoración de los elementos de convicción, particularmente en cuanto no ha tomado en cuenta lo manifestado por el testigo D. G. (a fs. 510 y vta.) respecto de la problemática que rodeaba al otorgamiento de descuentos en las operaciones de venta de la empresa Nestlé (fundado en que el testigo se encontraría abarcado por la generales de

la ley, al haber trabajado para la empresa y por haber sido compañero de M.). Refieren que el Magistrado ha pasado por alto que la vinculación expuesta por ese testigo, (tanto con el imputado como con el particular damnificado), coincide con varios de los otros declarantes, y que en tal caso esa apreciación debería extenderse a todos ellos.

Agregan que el A Quo no se ha hecho cargo de los principales "elementos de prueba", en particular aquellos relacionados con la existencia de cupones de descuentos denominados "taylor made"; a pesar de que varios testigos se han referido a esos instrumentos; los que consideran relevantes en relación al manejo de descuentos por parte del procesado (y sobre lo que se centra parte de la imputación).

Criticán la valoración probatoria efectuada por Juez de Garantías en cuanto arriba a la conclusión de que el procesado comercializaba helados para la empresa Nestlé, y sostienen que de los elementos reunidos surgiría con claridad que entre las tareas de M. no se encontraba la venta de esos productos.

Cuestionan que se hubiera rechazado la nulidad por violación al principio de congruencia, producto de las diferencias de redacción que perciben entre el suceso descrito y enrostrado al momento de recibírsele declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., comparándolo con el de la requisitoria de elevación a juicio.

Por último, expresan que existe carencia probatoria decisiva, al no contarse con documentación original de los asientos contables de la empresa, en los que podrían observarse y analizarse las pérdidas que se imputan al actuar de su asistido y los restantes movimientos contables vinculados a operaciones relacionadas.

Analizados los argumentos expuestos y el contenido de la resolución impugnada, **debo expresar que advierto en el proceso la existencia de un vicio con entidad nulificante** sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, 18 de la Constitución Nacional y

10, 15 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo (normativa citada, arts. 1, 75 inc. 22 Constitución Nacional y 8vo. de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Tal como lo resolviera en la I.P.P. nro. 9698/I "C.-O." el 26/10/11, conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincial que ha resuelto "*...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado...*" (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

En sentido similar la originaria Sala II del Tribunal de Casación Provincial ha entendido que "*...Deben considerarse garantías constitucionales las contenidas en la Constitución Nacional, la provincial y en los tratados internacionales de rango constitucional (arts. 75 inc. 22 de la Const .Nac. y 11 de la Const. pcial.), de manera que en los casos en que se verifique una directa transgresión de normas contenidas en dichos instrumentos procederá la nulidad oficiosa, debiendo en cada caso concreto decidirse respecto de la eventual afectación de la ley constitucional...*" (T.C.P.B.A., causa 26.558 RSD-215-8 S de fecha 29-4-2008 , Juez CELESIA (SD) CARATULA: F.,O. s/ Recurso de casación. MAG. VOTANTES: Celesia-Mahiques).

Lo que advierto es que se ha producido una **afectación al derecho de defensa de M. por no haberse llevado a cabo las medidas probatorias por él propuestas**, tanto en ejercicio de su derecho de defensa material (al momento de prestar declaración en los términos del art. 308), como a través de los escritos presentados por sus Representantes Legales, a fs. 415 y vta. y 432.

Esos ofrecimientos de diligencias se observan como **estrictamente relacionados tanto con la hipótesis central de la acusación como con aquella de la defensa**, vinculándose –ambas– con el manejo y otorgamiento de descuentos a las empresas compradoras: fue alegado por el procesado, sin que previamente lo reconociera la empresa denunciante; y también se relaciona con la necesidad de determinar –en esta etapa– sobre la existencia de tales autorizaciones (o su inexistencia o su uso abusivo).

En la específica situación que se presenta en esta causa, resulta que la **hipótesis de defensa que ha desplegado el sujeto pasivo de imputación penal en su declaración, introduce -en la teoría del caso de la acusación-** la existencia de documentos -denominados taylor made- que formarían parte del uso ordinario en la negociación de descuentos entre vendedores y compradores, **y que no habrían sido mencionados ni por el denunciante, ni por los principales testigos de cargo** (S. a fs. 1/5, M. a fs. 34/35, Z. B. a fs. 36/37, S. a fs. 48/48 vta., y B. a fs. 53/54); a pesar de que conforme a la versión del encartado ellos tenían pleno conocimiento sobre su existencia y utilización. De acuerdo a la explicación brindada por M., estos instrumentos resultarían relevantes para explicar la operaciones que realizara, y que se imputan como excediendo las atribuciones otorgadas por la empresa por la función que cumplía.

A tenor del contenido de “esa” explicación, y el grado de corroboración de esa hipótesis que brindan los dichos de los testigos Z. (a fs. 475), G. (a fs. 510/510 vta.) y S. (fs. 529/530), quienes se expresaron sobre la existencia de los instrumentos de descuento “Taylor Made” y sobre una “...zona gris respecto del registro de operaciones de descuento...” (fs. 510 vta.), e incluso teniendo en cuenta lo manifestado por B. -previo a la declaración del imputado- en cuanto refirió que “...no había una política definida de descuentos...”, que muchas decisiones se impartían vía mail u oralmente y que eran “...desordenadas y no uniformes...” (fs. 53/54 vta.); considero que resultaba imprescindible (para mantener la probabilidad positiva requerida

por el legislador provincial para arribar a la próxima etapa) diligenciar las medidas que emergían de los dichos del procesado (como evacuación de citas, tal la manda del art. 318 del Rito) y de las diligencias ofrecidas parte de sus Representantes Legales. Ello con el fin de aclarar en qué medida existía conocimiento sobre la existencia de esos documentos de descuento, y en qué grado esto influiría en sus manifestaciones sobre la operatoria de M., como también sobre el límite de las autorizaciones, generales y particulares, que se le otorgaban. Ello directamente incidirá en la imputación formulada.

La ampliación de esos testimonios y los ofrecimientos efectuados, resulta fundamental para posibilitar -con alguna efectividad- **la acreditación de la hipótesis que contrapone M. a la tesis acusatoria, en ejercicio de su derecho defensa; o en su caso para que sea descartada.** Esa reedición y ampliación de dichas declaraciones testimoniales, esta vez con expresa inclusión de los datos incorporados por la hipótesis defensiva, fue requerida en tres oportunidades, una por el justiciable (fs. 388/392) y dos por sus letrados (fs. 415 y 432).

Considero que ante la introducción por parte del imputado de una teoría del caso alternativa a la de la acusación y con un cierto grado de verosimilitud (pues no resulta una mera hipótesis aislada sino que encuentra apoyo en los elementos probatorios que propone como respaldo), aparece como un mandato (en efectiva vigencia del derecho de defensa, art. 318 del C.P.P.) el proveer a la prueba ofrecida y se acepten o se rechacen en una forma expresa, previo realizar una seria evaluación sobre su pertinencia y utilidad.

Debe tenerse en cuenta una particularidad sobre la vulneración al derecho de defensa que provoca la omisión de producción de prueba útil para testear, reforzar o rebatir, la veracidad de la hipótesis de defensa, por parte del Ministerio Público Fiscal (art. 273 C.P.P.). En ciertas oportunidades, y como es el caso de autos, **dicha afectación se produce progresivamente en el curso de la I.P.P., en el lapso en que no se llevan a cabo la medidas requeridas, y se cristaliza -en forma definitiva- al cerrarse la misma, cuando corresponde el dictado de un**

**auto de mérito y no se cuenta con los datos que permitirían evaluar** no sólo la hipótesis de la acusación sino también la de la defensa, teniendo en cuenta que el legislador provincial previó el sobreseimiento en esta etapa (art. 323 y ccdds. Siendo que luego sólo podrá deberse a "nueva prueba", art 341 del Rito).

En el caso de autos se observa que la primer vulneración al derecho de defensa de M. se ha producido por **el decreto de fs. 417, en el cual el Ministerio Público Fiscal se ha limitado a "tener presente" la propuesta de diligencias, sin hacerles lugar ni rechazarlas expresamente (similar situación se presenta a fs. 432 y fs. 434)**; sin perjuicio de que esas afectaciones se consolidaron al culminarse la Investigación Penal Preparatoria mediante la -directa- **presentación de la requisitoria de elevación a juicio sin disponer la clausura de la investigación en los términos de la art. 334 segundo párrafo del C.P.P.**, privando a la parte de las posibilidades procesales que allí se otorgan. Esto, en tanto, si bien no se han denegado expresamente las propuestas de diligencias probatorias, la falta de respuesta y su no producción ha provocado -en concreto- idénticas consecuencias.

En este sentido es importante explicar que la frase "téngase presente", en relación a las ampliaciones de las declaraciones testimoniales pedidas por la contraparte, se torna una manifestación vacía de contenido, al no ser complementada posteriormente. Vicio que se termina de edificar al someter la investigación a evaluación de mérito por parte del órgano de garantías, requiriendo se elevación a juicio, sin contar con el resultado de las medidas requeridas por la defensa.

Tanto la falta de contestación a los ofrecimientos como la falta de evacuación de citas del procesado no resultaba una tarea desproporcionada (ni impertinente ni inútil, usando la terminología del art. 318) en el marco de la presente I.P.P. (y como lo resolviera en la nro. 10.820/I del registro de este Órgano en fecha 12/11/2012).

En cuanto a la evacuación de citas el art. 318 en su parte pertinente reza: *"...El agente Fiscal deberá investigar todos y cada uno de los hechos y*

*circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado...". Respecto a ello se ha afirmado: "...Si no fuera por la posibilidad del imputado de postular en su descargo la evacuación de citas, la facultad de ejercer una defensa activa quedaría limitada sólo al plenario oral..." (Código de procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires. Granillo Fernández y Herbel. Comentado y Anotado. Editorial La Ley. Página Nº 652) asimismo: "...La evacuación de citas vertidas como descargo tiene un tinte imperativo para el representante del Ministerio Público Fiscal ("deberá") lo que, entendemos, deriva de su íntima vinculación con el "derecho de defensa en juicio" siendo que, además, se compadece con el criterio objetivo que debe tener el fiscal en el desempeño de su función como magistrado estatal..." (misma obra citada, página 656).*

En virtud de las razones expuestas, considero que **esa carencia sumada a la falta de producción de las ampliaciones de las declaraciones testimoniales peticionadas por la defensa, a fs. 415 y a fs. 432, sin otorgar razones o explicaciones que justifiquen su omisión y sin hacer explícito su rechazo, ha vulnerado el derecho de defensa del procesado,** afectación que se ha cristalizado en la carencia de un decreto de clausura de la investigación que posibilite a la defensa requerir una revisión de la actuación probatoria adoptada por el Agente Fiscal ante su Superior Jerárquico; lo que conlleva la nulidad del decisorio de fs. 417 y de los actos procesales consecutivos que posean directa vinculación con él: en particular de la constancia de fs. 434, la requisitoria de elevación a juicio de fs. 594/613, y el auto de elevación a juicio de fs. 632/663 (Arts. 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 201, 203, 207 del C.P.P.).

En caso de ser acompañando en la propuesta deberá luego reenviarse los autos para que se continúe el trámite del proceso.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que me precede.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde disponer la nulidad del decisorio de fs. 417 y de los actos procesales consecutivos que posean directa vinculación con él: fs. 434, requisitoria de elevación a juicio de fs. 594/613, y el auto de elevación a juicio de fs. 632/663, remitiéndose la I.P.P. a la instancia a los fines que se estimen corresponder (Arts. 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 201, 203, 207 del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que me precede.

**Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.**

### **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, abril 01 de 2.014.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que **es nulo el decreto de fs. 417 y los actos procesales consecutivos que poseen directa vinculación con él** (arts. 201, 203, 157, 337, 210, 435, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **Tribunal RESUELVE: declarar la NULIDAD** del decisorio de fs. 417 y de los actos procesales consecutivos que posean directa vinculación con él: de aquel obrante a fs. 434, requisitoria de elevación a juicio de fs. 594/613, y auto de elevación a juicio de fs. 632/663, remitiéndose la I.P.P. a la instancia a los fines que se estimen corresponder

(arts. citados y 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos).

Notificar.

Hecho, remitir estas actuaciones al Juzgado de origen.