

I.P.P.12446/I

Número de Orden:197

Libro de Interlocutorias nro.:16

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintinueve días del mes de agosto del año dos mil catorce, 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri (art. 440 del Código Procesal Penal)**, para dictar resolución interlocutoria en **la I.P.P. nro. 12.446/I** caratulada **"Incidente de excarcelación en I.P.P. 13594-14. G. R. N."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?
- 2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 18/20 y vta. interpone recurso de apelación el Señor Auxiliar letrado de la Unidad de Defensa Penal Nro. 5 –Doctor Alejandro Daniel Figueroa Prieto-, contra la resolución de fs. 13/14 por la cual el Señor Juez de Garantías -Doctor Guillermo Gastón Mercuri-, no hizo lugar a la excarcelación de N. J. G. R..

Sostiene el recurrente que el A Quo modificó -oficiosamente- la calificación legal del ilícito enrostrado a su asistido al momento de convertir la aprehensión en detención, lo que reiterara al momento de rechazar el beneficio excarcelatorio (ello al compararlo con el nomen juris otorgado por el Sr. Agente Fiscal al momento de celebrarse la audiencia prevista por el art. 308 del Rito), afectando

los principios de congruencia, debido proceso legal y derecho de defensa en juicio.

Indica que el Sr. Juez denegó la excarcelación de G. R. por no encontrarse su situación comprendida en ninguno de los supuestos del art. 169 del Rito, al calificar la conducta como portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal agravada por la comisión de delito previo doloso (art. 189 bis inciso segundo, tercer y último párrafo del Código Penal).

Refiere que su asistido nunca fue imputado en esos términos, al no hacérsele saber que su conducta estaba comprendida en el último párrafo del inciso segundo del art. 189 bis del Código Penal; siendo que tampoco se le informó de ningún antecedente penal ni causa que contara con excarcelación o exención de prisión; siendo que tampoco se le puso en conocimiento las pruebas en su contra.

Dice que el Juez no sólo mutó la calificación legal agravándola, sino que también modificó el hecho, lo que ha impedido a su pupilo defenderse, violándose de ese modo el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal. Considera que de no haberse efectuado esos cambios, la situación hubiera quedado comprendida en el inciso 1ero. del art. 169 del C.P.P., tornándose viable el beneficio requerido de aplicación.

En función de lo expuesto procederé a dar estricta respuesta a los planteos antes formulados (art. 434 del C.P.P.), **adelantando que propondré el rechazo del recurso** por las razones que paso a explicar.

Creo oportuno recordar -tal como he sostenido en la causa nro. 9386/I del registro de este Cuerpo, en fecha 1/08/12- que **la congruencia es la compatibilidad** o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Y en ese sentido el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse; de lo expuesto puede aseverarse que para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad

de la refutación (al conllevar sorpresa) por parte del imputado. Tal perjuicio sólo se cristaliza cuando la diversidad fáctica restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o cuando la diversidad compromete la estrategia defensiva.

En general afirmo que lo fundamental de la información acerca del hecho que se atribuye, pasa por la circunstancia de que pueda ser comprendida cabalmente por el sujeto pasivo de imputación penal y que tenga -debidamente asistido técnicamente, incluyendo entonces al defensor- la posibilidad de oponer los medios que hacen a su defensa, y en tiempo oportuno.

Así (y tal como lo afirmé en I.P.P. 11.096/I de fecha 23/1/2013), la congruencia es consecuencia directa del principio de contradicción que debe presidir en esencia todo proceso, operando como resguardo fundamental para que se respete la inviolabilidad de la defensa. Ambas garantías se encuentran consagradas constitucionalmente, tanto en el derecho al juicio previo respetuoso del debido proceso, como en el mandato de que la defensa sea inviolable (arts. 18 C.N. y 10 y 15 de la Provincial).

Nuestro Máximo intérprete Constitucional Nacional ha receptado parámetros similares (sentando sana doctrina) al resolver en causa "Sircovich, Jorge Oscar s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados, S. 1798.XXXIX, del 31 de octubre del 2006" donde se expresó que **es deber de los magistrados**, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, **el precisar las figuras delictivas que juzguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio** (Fallos: 314:333 -con cita de Fallos: 186:297; 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 302:328, 482 y 791- 315:2969; 319:2959; 320:431, voto de los jueces Moliné O'Connor y López; 321:469 -con cita de Fallos: 310:2094 y 312:2370, entre otros-; y 324:2133, voto del juez Petracchi).

Teniendo también en cuenta que *"...el cambio de*

calificación adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole 'formular sus descargos'..." (precedente ya citado de Fallos: 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert, con cita de Fallos: 242:234).-

Es definitorio, entonces, establecer si la variación de la premisa mayor (normativa) conlleva una modificación sustancial de la premisa menor (hecho imputado).

Considero que **en autos no ha existido variación alguna (menos sustancial, claro está).**

En realidad en lo que toca al acontecimiento fáctico imputado no ha existido variación alguna. **El hecho descrito por la parte acusadora** en la ocasión de celebrarse la audiencia prevista por el art. 308 de Rito a fs. 37/38 de la I.P.P. 13.594/14, **es idéntico al transcripto** en la conversión de la aprehensión en detención **por el Sr. Juez de Garantías a fs. 41/44 del principal**. Ninguna denuncia de violación a la congruencia entonces.

Y de alguna manera es el mismo que valora el A Quo a fs. 13/14 de este incidente al momento de rechazar el beneficio impetrado.

No advierto entonces la variación expuesta por el Sr. Defensor; por el contrario el supuesto fáctico resulta de idéntico tenor: se hizo saber que se achacaba la tenencia de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, en condiciones de tiempo y lugar específicos, individualizándose en todos los casos los medios de convicción que obraban en contra del justiciable.

Lo que sí puede apreciarse es el agregado de la agravante prevista por el último párrafo del art. 189 bis inciso 2do. del C.P. por parte del A Quo, al determinar la calificación legal que le asigna a la conducta de G. R.. Pero ello no es inviable.

En principio hago ver que el recurrente debió atacar la conversión de la aprehensión en detención, pero dado que se encuentra en juego la

libertad del justiciable, igualmente responderé el fondo del asunto.

Y de acuerdo a los principios antes expuestos y en particular a partir de lo resuelto por el Máximo Tribunal Nacional, **lo que no puede variarse es la descripción o base fáctica, pero distinto es en lo que toca a la calificación legal; máxime desde el momento que ello no ha desbaratado la estrategia de la defensa ni la ha sorprendido (teniendo particularmente en cuenta el momento inicial del trámite del proceso en que nos encontramos).**

Agrego que no existe previsión legal como la que denuncia violada la defensa. En particular el legislador provincial exige que se ponga en conocimiento del justiciable el hecho enrostrado, las pruebas obrantes en su contra al momento de prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P., y su derecho al silencio; también en caso de encontrarse detenido deberá informársele las disposiciones sobre la excarcelación y su trámite.

Ello acaeció en estos obrados (ver fs. 37/38) con la presencia personal de quien hoy está impugnando. Ante tal estado de cosas no puede denunciarse la falta de información sobre un agravante (como es el caso, siendo que el artículo y la calificación es idéntica), debiendo por mi parte presumir que ese conocimiento ha sido parte del asesoramiento previo de la defensa técnica (para eso el propio legislador obliga la entrevista previa a la declaración ante el Fiscal). Justamente uno de los roles de la defensa técnica es hacer saber al justiciable (en general) en base a los hechos que se le pueden enrostrar, cuáles son las consecuencias jurídicas que conllevan, determinar la mejor estrategia de defensa, explicar las salidas alternativas, etc.; todo ello teniendo en cuenta la normativa aplicable y la jurisprudencia dominante. Nada que objetar al trámite de este proceso.

Refuerza mi opinión además la situación actual, donde se le garantiza al justiciable y a su representante legal el control recursivo, de manera que no existe violación de garantía alguna.

Sólo a mayor abundamiento digo que el Juez A Quo ha

valorado también para fundar su resolución denegatoria la magnitud de la pena que se espera como resultado de este proceso; la portación de un arma de fuego con nueve proyectiles; las seis botellas de vidrio con combustible y telas en su interior (semejantes a bombas tipo molotov) que llevaba el encausado en su vehículo; el informe del Registro Nacional de Reincidencia que da cuenta de una condena anterior –de un mes de prisión de ejecución condicional- dictada por el Juzgado de Garantías nro. 4, que debería revocarse de recaer condena en esta causa; **todos extremos que no fueron cuestionados por el recurrente** y que podrían haber implicado que liminarmente se declare su recurso inadmisibles (conforme lo dispuesto por los artículos 421 2do. párrafo, 442 1er. párrafo y 433 in fine del Código Procesal Penal). Sin embargo he optado por tratar los motivos de agravios deducidos teniendo en cuenta que el justiciable se encuentra privado de la libertad.

Con este alcance, doy mi voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto emitido por el Dr. Barbieri, sufragando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución apelada de fs. 13/14, y rechazar el recurso interpuesto por el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal nro. 5 Departamental, Dr. Alejandro Daniel Figueroa Prieto, a fs. 18/20 vta. (arts. 148, 169, 171, 439, 440 y ccmts. del C.P.P. y 189 bis inciso 2do., tercer y último párrafo del Código Penal)

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto emitido por el Dr. Barbieri, sufragando en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, agosto 29 de 2.014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto **que es justa la resolución apelada** de fs. 13/14.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **este TRIBUNAL RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada de fs. 13/14, y rechazar el recurso interpuesto por el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal nro. 5 Departamental -Dr. Alejandro Daniel Figueroa Prieto a fs. 18/20 vta. (arts. 148, 169, 171, 439, 440 y ccmts. del C.P.P. y 189 bis inciso 2do., tercer y último párrafo del Código Penal).

Devuélvase los autos principales oportunamente requeridos, agregándose una copia certificada de la presente.

Notifíquese en esta incidencia. Fecho, devuélvase a la instancia de origen.