

IPP 12133/I

Número de Orden:74

Libro de Sentencias nº 08

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintiún **días** **del mes de Octubre 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, Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, para dictar resolución en la causa nro. **12133/I "C.S. POR LESIONES LEVES EN BAHIA BLANCA"**; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nº 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Giambelluca, 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 SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Que a fs. 42/49 la Sra. Juez de Garantías Nº 4 Departamental -Dra. Marisa Gabriela Promé-, resolvió no hacer lugar al planteo de nulidad incoado por el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal Nº 4 de este Departamento Judicial, Dr. Martín Daich y elevar la presente I.P.P. nro. 11595-12 seguida a C. S. por el delito de lesiones leves, en los términos del art. 89 del Código Penal.

Contra dicha decisión el Representante del Ministerio Público de la Defensa, interpuso recurso de apelación, agraviándose, por entender que en el pronunciamiento puesto en crisis la Magistrada de la instancia omitió responder a los puntos planteados en la oposición.

Destacó que la víctima prestó declaración testimonial en sede judicial, donde manifestó nuevamente su pretensión de no instar la acción, por lo que esa negativa, a su entender, desvirtúa el interés público en el avance de la investigación.

Se queja respecto de que el inicio de la acción penal oficiosa no ha sido debidamente fundamentado por el Sr. Agente Fiscal, habiendo la Sra. Juez "a quo" formulado los fundamentos que la fiscalía omitió.

Por todo lo expuesto peticiona se declare la nulidad de todo lo actuado por inobservancia de lo establecido en el art. 72 inc. 2 del Código Penal.

No voy a acompañar a la defensa en la solución que propone, por lo que el planteo de nulidad efectuado no encontrara acogida favorable.

Se advierte que la resolución impugnada cumpliría, a mi entender, con las exigencias que impone el artículo 168 de la Constitución Provincial, habiendo dado tratamiento a todas las cuestiones que le fueron propuestas.

Que en el pronunciamiento judicial de fs. 42/49 no se evidencia el vicio denunciado, habiendo tenido una adecuada respuesta en orden a los planteos expuestos.

La Sra. Juez "a quo" rechazó la petición, con fundamento en la normativa del art. 72 inc. 2 del Código Penal, sosteniendo que el mismo debe evaluarse en cada caso concreto, acogiéndose, en el presente, a la excepción prevista en dicha norma, desde que a su entender median razones de seguridad o interés público.

Argumentó también, que el Estado es garante de la seguridad de las personas privadas de libertad, por lo que considera que la decisión de perseguir o no los delitos que afectan dicha finalidad no puede depender sólo del interés individual de la víctima. (art. 18 de la Const. Nac.).

Lo expuesto le permite afirmar que en el caso de autos subyace el interés público. Descartó así el pedido de nulidad.

Posteriormente, se pronunció respecto de las restantes cuestiones, esto es en cuanto a la acreditación del hecho, como así la autoría penalmente responsable del encausado S..

Para ello hizo referencia a todos los medios convictivos acercados hasta el presente y fundó su decisión en diversas normas del Código Procesal, pudiendo comprenderse el razonamiento desarrollado.

Concretamente, las argumentaciones esgrimidas a fines de denegar los planteos defensistas, se ajusta a la petición originaria.

Y ahora sí, adentrándome en el fondo de la cuestión, habré de decir que, en el caso de autos, y coincidiendo con lo expuesto por la Sra. Juez de Garantías, sí median "razones de seguridad", que habilitan la prosecución de oficio de la presente investigación (artículo 72, inciso 2º del C.P.).

Arribo a la precedente conclusión, toda vez que cada caso amerita un estudio singular, y en el que ahora nos ocupa, considero que las razones que invoca la Fiscalía a fs. 15/vta. y fs. 40/41 vta. -en función de las normativas a las que allí se hace alusión-, determinan que en atención al precepto del artículo 72 del código sustantivo en la materia, el Estado puede retomar la oficiosidad de la acción, pudiendo proceder sin consultar la voluntad de la víctima, cuando medien razones de seguridad o interés público, y ésto puede acontecer cuando la persecución represiva de determinados ilícitos, no puede quedar sólo en manos de los damnificados, dado que sus implicancias van más allá del mero interés individual.

Que siendo así, considero que en el presente caso devienen viables, las argumentaciones brindadas por el señor Fiscal, doctor Gustavo Diego Zorzano a fs. 40/41 vta. del presente, donde detalla expresamente que "... el presente es un supuesto que habilita la actuación de oficio, pues involucra a una función del Estado, como es la actividad penitenciaria a cargo del Ministerio de Justicia ... que conductas como la investigada afectan mucho más que la integridad de una persona,

comprometiendo un interés público que exige que el eventual delito sea perseguido de oficio por el Ministerio Público Fiscal ... corresponde destacar que el Estado es garante de la seguridad e integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad en sus establecimientos carcelarios, conforme establece el artículo 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales que conforman el Bloque Constitucional Federal ... y la investigación de oficio de los delitos que afecten a los presos es una forma de cumplir los compromisos internacionales sin cortapisas legales ...".

Las citadas argumentaciones, a las que voy a acompañar, me permiten colegir en el sentido que la resolución de primera instancia de fs. 42/49, que dispuso no hacer lugar al planteo de nulidad sobre todo lo actuado incoado por el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa nro. 4 y elevar la presente I.P.P. nro. 11595-12 seguida a C. S., en orden al delito de lesiones leves que se le imputara, como cometido el 25 de julio de 2012, debe ser confirmada.

Por lo expuesto precedentemente y más allá de no haber resultado promovida la acción penal contra C. S. (art. 72 del C.P.), entiendo, que en este caso particular -en función de lo dicho precedentemente-, existirían "razones de seguridad o interés público" que habilitarían la prosecución de la presente causa.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Analizados los agravios expuestos por el recurrente, el contenido de la resolución puesta en crisis, y el voto que abre este acuerdo, debo expresar que voy disentir con la opinión precedente, proponiendo al acuerdo otra solución.

A mi entender **no existen en autos evidencias suficientes que permitan aseverar que, existan razones de seguridad o interés público que justifiquen excepcionar el requisito de la instancia privada**, para proceder respecto de las lesiones leves sufridas por la víctima, (según la letra del art. 72 del C.P.), en tanto no se ha acreditado la afectación de la "seguridad pública" (entendida como resguardo o protección de lo colectivo) y/o el "interés público".

Ni tampoco puede afirmarse que –con el acontecer hasta aquí investigado- se hubieran vulnerado las instituciones creadas por la Constitución y las leyes; no advierto en definitiva trascendencia al interés individual de la víctima, no existiendo riesgo concreto ni compromiso para un bien útil o necesario para la comunidad (ver Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Baigún-Zafaroni Dir., Tº 2 “B,” Ed. Hammurabi, pág. 394).

En ese sentido, **destaco como características de la intimación, que el hecho** que motiva esta I.P.P. ha tenido como resultado un ilícito calificado como lesiones leves (fs. 3), siendo la víctima un sujeto privado legalmente de la libertad, y resultando procesado un compañero de encierro, tratándose de una **pelea que duró escasos segundos, con connotaciones principalmente individuales**, en la que no han sido utilizadas armas particularmente peligrosas -ya que se habría usado un palo de un secador de piso-.

No existió pluralidad de intervinientes, ni participación (mediante acción u omisión) de funcionarios públicos, tampoco se encuentran investigando una banda que somete internos por “favores”, todo ello por demarcar algunas temáticas que hubieran permitido excepcionar el principio de la instancia privada establecido por el legislador nacional.

El conflicto se habría tratado, de acuerdo a lo explicado por la víctima, de un malentendido, aparentemente porque el encartado sostenía que la víctima le había robado algunas de sus pertenencias en otra oportunidad, y en distinta unidad carcelaria; lo que aleja también la posibilidad de que existieran motivaciones que justificaran la afirmación de la existencia de interés público involucrado, más allá de que el hecho en sí mismo haya sido de una mínima entidad (lo que además pareciera ser la opinión del Sr. Agente Fiscal actuante desde el momento que propone en su requisitoria de citación a juicio la culminación mediante el trámite de juicio abreviado ofreciendo de máximo pena de prisión de un mes de ejecución condicional).

En la resolución apelada, y tal como ha sostenido la Sala I del

Tribunal de Casación Provincial, en causa 59.620 "P.G.,R s/ recurso de queja": "...*nada se dice de cómo puede ser posible que un intercambio de golpes entre personas que son obligadas a convivir las 24 hs. del día por un prolongado lapso de tiempo ponga en crisis a las instituciones creadas por las normativas estatales...*" (Rta. 25/03/2014, Mag. votantes: Sal Llargués y Carral).

Debo expresar que, la afirmación de la Magistrada con respecto a las afectaciones que la situación de encarcelamiento generaría en la autonomía de las víctimas, (y que en su sentir impediría el ejercicio de acudir libremente a las autoridades, lo que justificaría continuar los procesos sin instancia de acción), no posee apoyo en ninguna evidencia, resultando una mera apreciación subjetiva desprovista de sustento probatorio, lo que impide controlar la exactitud de tales afirmaciones.

No debe pasarse por alto que, **en casos como el presente, en el que la víctima ha manifestado en dos oportunidades su falta de interés en la prosecución de la causa, la segunda de ellas ante funcionarios del Ministerio Público, fuera de la Unidad Penal y en pleno uso libre de sus facultades** (fs. 1 y fs. 7 y vta.); **es -justamente- su autonomía individual la que debe primar por expresa voluntad del legislador nacional (art. 72 del C.P.)**, resultando que en mi sentir aparece como recomendable una prudente apreciación y justificación de la decisión, a fin de dotar de efectividad su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (Art. 8.1 Conv. Americana de Derechos Humanos).

Es que si bien puede compartirse la preocupación manifestada por el Ministerio Público Fiscal y por la Sra. Jueza de Garantías, en la que fundan su posición en favor de la actuación oficiosa, considero que no resulta conveniente la adopción de un compromiso generalizado para todos los hechos ocurridos dentro de una Unidad Penitenciaria, sino que por el contrario debe evaluarse en cada acontecimiento la opinión de "esa víctima", y las "circunstancias singulares" en las que se producen los ilícitos.

Afirmar que, de no proseguirse (siempre) la acción penal en

forma oficiosa ante la negativa de la víctima: "...llevaría, sin más, a permitir y consolidar un ámbito de impunidad para el sometimiento permanente de los 'débiles' a manos de los más 'fuertes', impidiendo al Estado cumplir con su obligación constitucional de brindar seguridad dentro de las instituciones, asistir a las víctimas y castigar a los autores de los delitos que se cometen dentro de ellas..." (fs. 46), implica pasar por alto que ésta no es la única vía que existe para cumplir con dichos fines, ni es, necesariamente, la más adecuada en todos los casos.

Los intereses mencionados por la Magistrada, sin duda dignos de tutela, pueden -y deben- ser custodiados y fortalecidos, también, velando por el adecuado cumplimiento de todo el restante conjunto de normas legales y disposiciones administrativas que hacen a la convivencia pacífica y al orden intramuros. Reitero, que se debe evitar la toma de decisiones generalizadas para los diferentes eventos, resultando preferible la evaluación de cada situación para decidir el curso de acción conveniente, y determinar en qué medida se puedan encontrar en juego razones de seguridad o un interés público.

Volviendo a estos obrados, no habiendo la víctima instado la acción penal -incluso manifestando expresamente su negativa en dos oportunidades-, y no existiendo elementos de convicción de los que pueda razonablemente sostenerse que existan razones de seguridad o interés público que permitieran excepcionar dicho requisito legal para el ejercicio de la acción penal respecto del delito de lesiones leves, **entiendo que nos encontramos ante un supuesto encuadrable en la excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento prevista en el inc. 2do. del art. 328 del C.P.P.**

Por ello propongo el dictado de la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio -de fs. 32/34-, por ser el acto en el que se cristaliza el fin de la investigación y se expresa el ejercicio de la potestad persecutoria (art. 332 del C.P.P.), y de la elevación a juicio dispuesta, a fs. 42/49 (art. 207 del C.P.P.).

Me permito aclarar, que no propongo la invalidez desde el inicio

de la causa, pues justamente ese primer camino debe estar expedito para dar los iniciales pasos de la investigación aún oficiosamente, a los fines de elucidar qué es lo que sucedió y determinar en qué medida se pueden encontrar comprometidos la seguridad o el interés público, lo que -de comprobarse- justificaría su continuidad aún sin voluntad de la víctima (Art. 72 inc. 2 del C.P.).

Es más entiendo que también es válida la recepción de la audiencia prevista por el art. 308 del C.P.P. pues es la manera de permitirle al imputado defenderse, alegando inclusive contra ese interés público con que el Fiscal pretende continuarle el proceso. Pero también es cierto que en algún momento del iter procesal debe abastecerse el recaudo (de instancia privada o de excepción para actuar oficiosamente) y ese es al pretender cerrar la investigación y elevar los obrados para el juicio oral.

Tal como ocurriera en la I.P.P. nro. 9041/I, resuelta por esta Sala el 5/3/2012, advierto que en esta causa se encuentra culminada la investigación, y que de ella no surge que el hecho y/o el autor tuvieran alguna característica particular que justifique la afirmación de que se encuentra comprometida la seguridad o el interés público, sumado a que la víctima ha expresado reiteradamente su voluntad de no instar la acción penal; por lo que no advierto la posibilidad de continuidad de oficio en la persecución penal, y sin perjuicio de las actuaciones administrativas que pudieran llevarse adelante.

Existe una situación referente a las facultades institucionales vinculadas a los poderes de acción estatal en la persecución de delitos, que puede, a su vez, comprometer los derechos de la víctima consagrados en nuestras leyes locales, derivación también del art. 18 de la C.Nac. y del art. 8vo. inc. 1ero. de la Convención Americana de Derechos Humanos de allí **que la excepción dilatoria de falta de acción -prevista en el inc. 2do. del art. 328 del C.P.P.- puede y debe ser dictada por esté órgano jurisdiccional aún sin petición de parte** (en doctrina ver: Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel Código de Procedimiento Penal de la Provincia de

Buenos Aires, Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 192; Clariá Olmedo, Tratado de derecho procesal penal, Tomo IV, 2008, Ed. Rubinzal Culzoni, Págs. 542 y 559, Vélez Mariconde; Alfredo, Estudios de derecho procesal penal, Tomo II, 1956, Impr. de la Univ. de Córdoba, Págs. 174 y 175).

Aclaro que no propongo el sobreseimiento pues el Persecutor Penal pude acreditar ese interés público (hasta la fecha no abastecido) y/o la víctima retractarse de su voluntad de no actuar (todo ello dentro del plazo de prescripción de la acción penal), que actuará como límite a esas carencias probatorias y/o indecisiones.

Por lo expuesto, propongo dictar la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio -de fs. 32/34-, y de todos los actos consecutivos que de ella dependan, en particular la elevación a juicio dispuesta a fs. 42/49, devolviendo la I.P.P. al Juzgado de Garantías interviniente para que se tome razón de lo resuelto, debiendo luego reenviarse a la Fiscalía actuante a los fines que estime corresponder (arts. 328 inc. 2do., 332 y 207 del C.P.P.).

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- declarar que el caso resulta encuadrable en la excepción de previo y especial pronunciamiento normada en el art. 328 inc. 2do. del C.P.P., declarando la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio -de fs. 32/34-, y de todos los actos consecutivos que de ella dependen, en particular la elevación a juicio dispuesta a fs. 42/49, devolviendo la I.P.P. al Juzgado de Garantías interviniente para que se tome razón de lo resuelto, debiendo luego reenviarse a la Fiscalía actuante a los fines que estime corresponder (arts. 328 inc. 2, 332 y 207 del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero al voto del Doctor Giambelluca.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Sufrago en el mismo sentido que el Doctor Giambelluca.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, octubre 21 de 2.014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones- **que no es justa** la resolución puesta en crisis.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **este TRIBUNAL, RESUELVE:** **declarar** -por mayoría de opiniones- que el caso resulta encuadrable en la **excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento** normada en el art. 328 inc. 2do. del C.P.P. y, **dictar LA NULIDAD** de la requisitoria de elevación a juicio -de fs. 32/34-, y de la elevación a juicio dispuesta a fs. 42/49 (arts. 328 inc. 2do., 332 y 207, 421, 439, y ccdts. del Código Procesal Penal).

Notificar.

Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente para que se tome razón de lo resuelto, debiendo luego reenviarse a la Fiscalía actuante a los fines que estime corresponder.