

**IPP 12591/I**

**Número de Orden:266**

**Libro de Interlocutorias nro.:16**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cinco **días del mes de Noviembre 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 C.P.P.)**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 12.591/I "Incidente de Apelación I.P.P. 15298-14"**, y practicado que es el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en 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 SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Interponen recursos de apelación, el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa nro. 1 -Dr. Martín Daich, a fs. 36/39 y vta.-, en favor del coimputado E. M. A. G. A., y el Sr. Defensor Particular -Dr. Juan Ignacio Vitalini a fs. 47/50-, en favor del recientemente nombrado y de la cojusticiable L. N. A., contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Guillermo Gastón Mercuri a fs. 26/34 y vta.-, por la que convirtió en prisión preventiva la detención que venían sufriendo.

A fs. 52, el Magistrado de Grado concedió los recursos de apelación interpuestos por ambos letrados, a pesar de que el Defensor Particular sustituyó al Oficial, habiendo aceptado el cargo el Dr. Juan Ignacio Vitalini luego de que la Defensa Oficial interpusiera su remedio, contando el defensor particular con plazo para

presentar su impugnación, la que efectivamente presentó, con propios argumentos y sin remitir a los de la Defensa Oficial.

Ante estas circunstancias, entiendo que la presentación del segundo debió considerarse sustitutiva del primero, en función de lo dispuesto por el art. 92 del C.P.; ello tornaría inadmisibles las apelaciones intentadas por el Dr. Daich. Sin embargo, atento lo dispuesto por el Sr. Juez de Garantías a fs. 52, y en virtud de lo establecido por el art. 435 del C.P.P., propondré ingresar al tratamiento de ambos.

Así a fs. 36/39 el Dr. Martín Daich se agravia por considerar que el cambio de calificación efectuado por el Sr. Juez de Garantías al momento de convertir en detención la aprehensión de los encartados -y mantenido en el auto de prisión preventiva-, ha vulnerado el principio de congruencia al encuadrar los hechos en el tipo de homicidio en grado de tentativa (arts. 79 en relación al 42 del C.P.) en lugar de aquellos que por lesiones leves y graves -en concurso real- propusiera la fiscalía. Por ello solicita la nulidad.

Entiende que la modificación de las normas aplicables ha variado significativamente la hipótesis fáctica forma sorpresiva para su asistido, perjudicando su derecho de defensa, en tanto nunca se le hizo saber que se le imputaba dolo homicida. Considera que la incorporación del aspecto subjetivo en la descripción del hecho, resultaba fundamental para proceder al cambio de calificación operado por el Magistrado de Grado.

Por su parte, el Dr. Juan Ignacio Vitalini se agravia, en primer término, por considerar que la significación jurídica que debe otorgarse a los hechos es la de lesiones. Sostiene que en los delitos que quedan en grado de tentativa, cuando no se encuentra acreditado el dolo directo -como a su entender ocurriría en autos-, deben calificarse legalmente las conductas de acuerdo al resultado producido, pues (siendo pura subjetividad lo que se valora en la tentativa), debe quedar excluido el dolo indeterminado y el eventual.

Su segundo agravio se basa en que, el caso se trataría de

una tentativa de homicidio inacabada, cuyo proceso ejecutivo habría sido desistido por los autores antes de la consumación y por propia voluntad; no resultando una situación en la que la falta de consumación se produjo por circunstancias ajenas a los responsables. Sostiene que los encartados le asestaron a las víctimas los cuchillazos en las circunstancias descritas y se retiraron del lugar, pudiendo haber optado por ultimarlos o aplicarles nuevos golpes mortales, todo lo que resultaría demostrativo de la voluntad de desistir la acción emprendida.

Considera que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 43 del C.P. y en virtud del desistimiento, la tentativa debería quedar impune, respondiendo los coautores por los delitos consumados en el iter criminis, esto es: lesiones leves y graves, por lo que corresponde modificar la calificación legal.

Respecto de E. G. A., expresa que no reviste los peligros procesales que identifica el Magistrado A Quo; destaca que posee arraigo en la ciudad y que no tiene antecedentes penales, de lo que puede inferirse que no se fugará, ni entorpecerá la actuación de la justicia.

Efectuada esa síntesis, analizados los agravios expuestos en sendos recursos y el contenido de la resolución de fs. 26/34 y vta., **considero que deben rechazarse las presentaciones y confirmarse la prisión preventiva dispuesta** respecto de E.G. A. y de L. A..

**No comparto las afirmaciones efectuadas por el Dr. Martín Daich** respecto a la variación de la hipótesis fáctica que implicaría, el encuadre en el tipo penal de homicidio en grado de tentativa. Considero que **el relato de la imputación formulada por la fiscalía puede adecuarse sin mayor dificultad a esa calificación legal**, sin efectuar ningún tipo de variación y sin provocar ninguna sorpresa o dificultad en el efectivo ejercicio de la defensa de los imputados.

Es que si bien -tal como destacó el Magistrado de Grado- la intencionalidad o dolo homicida no fue explícitamente destacada en la descripción del hecho, ésta puede inferirse: de la forma en que actuaron los imputados, de las armas

utilizadas, de los lugares del cuerpo al que se dirigieron los ataques, y de la forma en que se causaron las lesiones (involucrando zonas vitales). Así, puede concluirse que se han imputado lesiones que, por las circunstancias que han rodeado las conductas, pueden tener la significación jurídica de un intento de dar muerte a las víctimas, aún cuando esa intención no se detalle expresamente en la intimación, en tanto las características relevantes para la inferencia del dolo homicida, se encuentran presentes en la descripción.

Tal como he sostenido en la causa nro. 9386/I del registro de este Cuerpo, en fecha 1/08/12, considero 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 concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió 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 imputado y que éste -debidamente asistido técnicamente por lo que incluyo al defensor- tenga 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, entendido éste como sinónimo de juicio, y también como un elemento 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 jueguen 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 ninguna variación.**

En ese sentido, entiendo que, si bien podría ser preferible hacer alusión expresa a la intencionalidad homicida en la imputación, la carencia de esa circunstancia en la descripción del hecho no impide su calificación en el tipo penal del art. 79 del C.P., y no genera, en el caso, una modificación sustancial del suceso que se les imputó a los encartados, ni provoca una sorpresa tal que pudiera afectar su defensa y conllevar la nulidad. **Por esto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por el**

**Dr. Daich a fs. 36/39 y vta.**

Analizaré a continuación los **agravios planteados por el Dr. Vitalini**, en su escrito de fs. 47/50.

Comienzo diciendo que en este caso, **los coautores han actuado con dolo directo**, por lo que sus afirmaciones sobre la indeterminación de la intención y la relevancia del resultado no pueden compartirse, ni resultan aplicables.

Esa aseveración la efectúo luego de **analizar las circunstancias que han caracterizado al hecho**. Valoro como indicios relevantes para sostener esa hipótesis: el decidido actuar conjunto de los agresores, quienes llegaron al lugar con sus cuchillos directamente en las manos; la forma en que ingresó el cuchillo en el cuerpo de cada una de las víctimas; la profundidad de esas heridas y la zona del cuerpo hacia la que fueron dirigidos los cuchillazos, principalmente por su cercanía con órganos vitales, que en el caso de F. involucró sus dos pulmones y en el de V. la cabeza.

En el informe médico de fs. 27 (con respecto al primero de los nombrados) se hace saber, respecto de las heridas sufridas por este último que *"...fue ingresado a quirófano para la colocación de dos tubos de drenaje pleural en ambos pulmones. presenta herida de arma blanca en región dorsal izquierda de 2 cm. en segundo espacio intercostal y otra herida de arma blanca en región dorsal derecha en el décimo espacio intercostal de 3 cm. aproximadamente..."*. A fs. 89 se informa que *"...realizados los estudios complementarios de diagnóstico se evidenció hemoneumotorax bilateral por lo que se colocaron sendos drenajes pleurales..."*.

Dadas las características de estas lesiones, que no resultaron ser heridas superficiales sino penetrantes -consecuencia de impactos punzo cortantes que traspasaron la campera y la restante vestimenta del damnificado, ingresando en su zona neumotorácica-; resultan demostrativas de una acción emprendida con arma blanca, efectuadas las agresiones "con fuerza y violencia" hacia el cuerpo (zona del torso) pretendiendo afectar los órganos -vitales- allí ubicados.

En el sentido propuesto y en casos de similares

características fácticas, se ha resuelto: "...las consideraciones vertidas por la recurrente por la que se niega la intención homicida de G., carecen de vocación para sacar los hechos del artículo 79 del Código Penal, por un lado, en atención al panorama fáctico establecido por la Excelentísima Cámara, del que sobresalen la naturaleza del arma empleada, las regiones de los cuerpos vulneradas y la insistencia de los ataques (dos o más puntazos)..." (T.C.P.B.A., Sala III, causa 3382, de fecha 28/11/2000).

Asimismo: "...Surge claramente de los hechos acreditados en juicio, que V. descendió de un remisse armada con un cuchillo, dirigiéndose hacia R. A. con el fin de asestarle una puñalada en la espalda, que éste pudo evitar, siendo finalmente ultimado por el hijo de V., sin acuerdo previo. Ante ello, entiendo que el dolo homicida se evidencia claramente, así como el comienzo de ejecución del delito imputado. Descarto por lo expuesto se deba calificar el hecho como amenazas agravadas, ni como tentativa de lesiones..." (T.C.P.B.A., de fecha 2/6/09, Sala I, causa 35.162). Nada más sobre ese punto.

En lo que hace al segundo agravio, **considero que la tentativa de homicidio que se les enrostra no puede considerarse tentativa inacabada** y, por lo tanto, susceptible de desistimiento voluntario, pues el resultado muerte no se ha producido (al menos con los medios de convicción hasta aquí reunidos), y a pesar de los actos de los autores dirigidos a tal fin, por razones desvinculadas con la voluntad de los sujetos activos.

Las características de los hechos que he valorado me llevan a compartir el sentido propuesto por el Juez de Grado, en tanto considero que efectivamente la muerte de las víctimas no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad de los agresores (siguiendo la terminología del art. 42 del Código Penal) y por cuestiones más cercanas a extremos casuales y/o fortuitos (como por ejemplo la colaboración de terceras personas que posibilitaron la oportuna atención médica de ambos damnificados). Culminado ese análisis.

En lo referente a los **peligros procesales** que revisten

los encartados, considero que, tal como lo hiciera el Señor Juez A-Quo, teniendo en cuenta la calificación que "prima facie" se le impusiera a los hechos investigados, y que comparto (arts. 79 en relación con el art. 42 del C.P.), se valora que la magnitud de la pena en expectativa emerge como un parámetro razonable para inferir ese peligro (Sala I T.C.P.B.A., causa 36.832 de fecha 20/4/2010).

Así, el cuántum punitivo máximo supera los ocho años de prisión en los términos de los incisos. 2do. y 3ero. del art. 169 del Rito, pudiendo concluirse que –en caso de recaer condena- no podría aplicarse pena de ejecución condicional (art. 169 inc. 3ero. del citado cuerpo legal), por el mínimo legal de cuatro años que prevé la figura, agregando que su máximo pone de relieve una expectativa de pena de suma gravedad.

La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos), no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que implica la apreciación de dos aspectos que, valorados en forma conjunta, abastecen debidamente el baremo indiciario normado en el art. 148 del C.P.P., por remisión del art. 2}171 del mismo Cuerpo Legal.

Por otra parte valoro la objetiva y provisional naturaleza de los hechos intimados, tal como ha sido expresamente merituado por el Juez de Garantías. Así en particular la multiplicidad de heridas causadas a las víctimas y el medio por el que se cometieron, esto es la utilización de cuchillos. A su vez valoro que los damnificados se encontraban desarmados y desatentos al momento del ataque conjunto que se desplegó sobre ellos, en horas nocturnas.

Estas características resultan parámetros indiciarios suficientes para estimar la existencia del peligro procesal de fuga de los encartados, expresamente establecidos por el art. 148 del C.P.P., cumpliendo con los requisitos expuestos por Nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes "Lizarraga" (C.S.J.N, Fallos 311:1414) y "Stancato" (C.S.J.N., Fallos 310:1835) y doctrina del fallo de la Sala III del T.C.P.B.A. en fecha 6/78/2011, causa 47.223, Mag. votantes Carral y Borinsky).

Cabe recordar que la libertad durante la tramitación del proceso (artículo 144 del Código Procesal Penal), encuentra límites en cuanto se la relaciona con los fines del proceso penal. El denominado genéricamente "peligro procesal", constituye un aspecto que legítimamente puede ser considerado a efectos de establecer dichos límites, los que en este caso se dan por acreditados para ambos consortes de causa.

Por lo expuesto, considero que deben rechazarse los recursos interpuestos y confirmarse la resolución apelada de fs. 26/34 y vta.

Voto por la afirmativa.

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

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **confirmar** la resolución de fs. 26/34 y vta. de esta incidencia.

**A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero al voto del Dr. **Barbieri**.

**Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres.**

**Jueces nombrados.**

### **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, Noviembre 05 de 2.014.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto **que es justa la resolución impugnada**, en lo que fue materia de agravio.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede

**ESTE TRIBUNAL RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución de fs. 26/34 y vta., dictada

por el Señor Juez de Garantías, Doctor Guillermo Gastón Mercuri, que dispuso la prisión preventiva de E. M. A. G. A. y L. N. A. (arts. 79 y 42 del C.P., Arts. 157 incs. 1º y 3º, 158, 440 del Código Procesal Penal), en lo que fue materia de agravio.

Extraer copia certificada de la presente y agregarla a la causa principal. Hecho, remitirla en devolución al Juzgado de Garantías nro. 2.

Notificar en la incidencia, luego devolverla al Juzgado de origen.-