

Nulidad. Declaración Art. 308 C.P.P.. Requisitoria de elevación a juicio. Imputación.
Descripción fáctica. Variación por parte del Juzgado de Garantías.

Expediente IPP ocho mil novecientos ochenta y seis.

Número de Orden:107

Libro de Interlocutorias nro. 13

En la ciudad de Bahía Blanca, a los diecinueve días del mes de mayo del año dos mil once, 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 Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para resolver en la causa nro. 8986/I, caratulada:"**L., M. A. POR INF.LEY 13944: VMA. B., M. D. L. P.**", practica el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: Barbieri, Giambelluca y Soumoulou, procediendo los mencionados magistrados al estudio de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento coresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:Interpone el señor Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal de Tres Arroyos, Dr. Javier O. Vázquez, recurso de apelación a fs. 41/48 de la presente incidencia, contra la resolución de fs. 37/40, dictada por el señor Juez del Juzgado de Garantías de Tres Arroyos Dr. Rafael Alberto Oleaga, mediante la cual no se hizo lugar al pedido de sobreseimiento solicitado en favor de M. A. L., a quien se le imputa el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, en los términos del artículo 1 de Ley 13.944, y se dispuso elevar la presente causa a juicio.

Sostiene el recurrente, que no se encuentran en autos, elementos suficientes para acreditar la existencia y participación de su pupilo en el delito que se le endilga. Afirma que la acción típica, requiere para su configuración la posibilidad física de realización de la conducta debida, y conforme a ello, nadie omite algo cuando en realidad no tiene la posibilidad de hecho de hacerlo, por estar impedido materialmente.

Asimismo, arguye que el representante de la vindicta pública no ha demostrado la capacidad económica de su representado para poder cumplir con su obligación, ni el dolo directo en el sujeto activo requerido por el tipo penal.

En segundo lugar, pone de manifiesto el impugnante, que su asistido ha tenido la intención de cumplir con sus deberes alimentarios, pero que circunstancias que debió atravesar, le han impedido que lo realice en debida forma. Refiere la situación actual por la que atraviesa su pupilo, quien cubriría sus necesidades básicas con la realización de changas esporádicas y discontinuas.

Finalmente, sostiene la Defensa que no encuentra sustento fáctico ni jurídico como para mantener la imputación realizada contra su defendido, debiéndose en consecuencia sobreseerlo (arts. 323 incisos 3ero., 4to. y 5to. del Código Procesal Penal).

Adelanto que propondré al acuerdo la revocación de la resolución en crisis, si bien por argumentos distintos que los formulados por el recurrente, y que seguidamente paso a exponer.

Principio en afirmar que, advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, este Cuerpo puede entender en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en el art. 201, 203 segundo párrafo del Código Procesal Penal, y en relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

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.

La Suprema Corte de nuestra Provincia ha resuelto que *"...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).

Así, en primer lugar me avocaré al análisis de la resolución del señor Juez de Garantías obrante a fs. 91/94 de los autos principales.

En la misma, luego de enumerar las prueba con las cuales- a su entender- se encontraría acreditada la materialidad delictiva del delito que se le endilga a L., concluye que *"...el tiempo transcurrido entre el mes de agosto de 2008 a junio de 2009 inclusive, no debe computarse en perjuicio del encartado, dado el cumplimiento parcial en algunos meses como total en otros de la cuota pactada en sede civil..."* (ver fs. 91 vta.), y en párrafo subsiguiente agrega que: *"...esfuerzo que no se vió reflejado a partir del mes de julio de 2009 momento en que empezó a incumplir totalmente con su deber de asistencia..."*(fs 92), descartando un amplio período de tiempo que pretendía imputar la representante del Ministerio Público Fiscal conforme a su requisitoria de elevación a juicio (fs. 79/80).

Es decir, el señor Juez de grado fija el período de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, desde el mes de julio de 2009 hasta el día en que L. prestó su declaración indagatoria, 23 de febrero de 2010 (fs. 50/51).

La entidad nulificante que viola el debido proceso legal, se configura con lo expresado por el Magistrado de grado a fs. 92 vta. -segundo párrafo- donde enmarca el período de incumplimiento total del señor L. de pasar alimentos a su hijo menor, desde el mes de agosto de 2008 a febrero de 2009 inclusive y desde el mes

de julio de 2009 al mes de febrero de 2010, contradiciendo lo antes individualizado, ya que adiciona un período de incumplimiento que en párrafos anteriores dejaba excluidos (y que por ende conllevaban al sobreseimiento por inexistencia de delito).

Pasando en claro.

En una misma resolución, por una parte concluye que debe excluirse un determinado período de tiempo de imputación del ilícito investigado fijando el hecho delictual entre julio de 2009 a febrero de 2010 y posteriormente a fs. 92 vta. este período es ampliado, resultando ser una resolución autocontradictoria, y afectando de este modo la garantía del debido proceso y de defensa en juicio del imputado.

La Dra. Angela Ester Ledesma -integrante de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal- con la claridad que caracterizan sus votos, ha sabido efectuar una nítida diferenciación entre lo que debe entenderse por motivación y fundamentación de un fallo: *"...si bien en la práctica se expresa indistintamente, deber de fundar o de motivar; la primera, es decir, la fundamentación, se refiere a la correcta invocación de la norma aplicable y la segunda, a los verdaderos motivos o razones que tiene el juzgador para decidir, es decir al razonamiento derivado de las circunstancias de hecho probadas que lo llevan lógicamente a la aplicación de una u otra norma. Tal diferenciación pierde importancia en cuanto se observa que la motivación judicial no puede ser independiente de la fundamentación legal; el juez, al dar los motivos de su decisión, no podría apoyarse pura y exclusivamente o en los hechos o en las normas, pues si hiciera lo primero, prescindiendo de las normas, se estaría transformando en legislador , y si se apoyara en aquéllas, prescindiendo de los hechos, convertiría la sentencia en una obra de investigación. La motivación de la sentencia configura sin lugar a duda una de esas calidades o requisitos esenciales, parece evidente que su ausencia no puede menos que determinar la violación de la garantía de defensa, porque ella apareja necesariamente el quebrantamiento de una forma sustancial del "juicio, empleado al término en su verdadera significación constitucional (Sala III, c. nro. 135, "Risso de Onajansky, Nelly s/ recurso de casación", rta. 18/10/94, reg. nro. 142)..." (Causa nº*

5072 caratulada "S.,D.H. s/ recurso de casación"); en nuestro caso lo que se ha afectado es la motivación siendo la misma deficiente (por contradictoria con respecto a los plazos en que se habría cometido el ilícito en cuestión) en la descripción de la materialidad delictiva.

En efecto, el análisis formal que se hace de lo actuado, permite vislumbrar que de la resolución de fs. 91/94, se desprenden en esta especial situación, vicios insalvables que conllevan a declarar su nulidad.

Y vengo diciendo que es una nulidad que afecta el derecho de defensa por no poder saber el imputado cuál de los dos períodos temporales en definitiva se le imputan como de incumplimiento; pero también existe violación a las reglas del debido proceso adjetivo ya que no existe certeza con respecto a cuál es el período temporal que ha de describirse en los lineamientos de acusación del juicio oral y público, se desconoce cuál será el tema decidendum de ese futuro debate y existe incertidumbre en cómo fijar la materialidad delictiva para la futura descripción del veredicto, todo ello sin poder cumplimentar debidamente con el principio de congruencia.

Que en este orden de ideas, decretada la nulidad de la resolución de fs. 91/94, cobra vigencia el período de tiempo imputado a L. en su declaración vertida en los términos del art. 308 del C.P.P. de fs. 50/51, es decir, el comprendido desde el mes de agosto de 2008 hasta el día 23 de febrero de 2010.

Y aquí también, debemos reparar en un nuevo vicio que afecta la nulidad del acto, en este caso de la requisitoria de citación a juicio.

Para ello, es preciso advertir que en la denuncia efectuada el día 10 de marzo del año 2009, la señora M. d. I. P. B., manifiesta que *"...desde el mes de agosto del año 2008 el Sr. L. no ha abonado dicha cuota alimentaria hasta el momento..."*(fs. 1). Y en la declaración indagatoria prestada por el justiciable a fs. 50/51, la Sra. Fiscal actuante describió el hecho materia de imputación (ver fs. 50 vta.) del siguiente modo: *"...se lo entera de que el hecho que se le imputa consiste que...Una persona de sexo masculino, mayor de edad, el imputado de autos, identificado como M.*

A. L., desde el mes de agosto de 2008 hasta el día de la fecha, se sustrajo a la obligación de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor, A. M., a pesar de existir una sentencia en el expediente nro. 34.860 de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 2 a cargo del Dr. Iber María José Piovani...".

Así, la determinación del tiempo de imputación del ilícito se fija en este acto procesal, desde el mes de agosto de 2008 hasta el día en que depone el imputado ante el órgano instructor -23 de febrero de 2010-, ejerciendo en forma plena su derecho de defensa sobre los hechos que se le imputan hasta ese día.

Hasta aquí nada que observar. Sin embargo distinta es la situación si se advierte el lapso temporal descrito en la materialidad delictiva de la requisitoria de citación a juicio (fs. 79/80). En particular a fs. 79 y vta., la señora Agente Fiscal inculpa a L. el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, desde el mes de agosto de 2008 "hasta el día de la fecha" (el encomillado me pertenece y lo efectúo con el fin de facilitar el análisis), es decir hasta el día de efectuada la requisitoria de citación a juicio (23 de agosto de 2010); así ha incorporado al hecho materia de imputación un período de tiempo distinto al descrito en el acto de primer intimación, ampliando desde el 24 de febrero de 2010 al 23 de agosto del mismo año, sin que L. haya podido ejercer -respecto a ese último período individualizado- su defensa material.

Ello atenta sobre el derecho de defensa en juicio del sujeto pasivo de imputación penal, pues le endilga en la requisitoria de elevación a juicio un hecho materia de imputación distinto del que fuera indagado (en violación a la garantía cita en los 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).-

Sobre este punto el Tribunal de Casación Provincial ha resuelto que *"...si la información al imputado del hecho que se le atribuye es seguida de una condena por otro sobre el que no tuvo la oportunidad de decir una sola palabra, va de*

suyo que se han soslayado disposiciones concernientes a su intervención (argumento del art. 202 inciso tercero del C.P.P.), por cierto esencial para la validez de la relación procesal que, se perfecciona, desde el momento en que existe una acusación debidamente intimada a quien reviste tal rol, encontrándose afectada la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, al alterar los términos de la relación procesal, tomando en consideración hecho y circunstancia no alegadas por las partes, debiéndose por ello absolver al imputado...” (T.C.P.B.A., Sala III, P. 7347, RSD 336- 2, S 31/10/2002).-

Por lo expuesto, concluyo que resultando el vicio esencial reseñado, violatorio del ejercicio del derecho de defensa en juicio, propongo también declarar nula la requisitoria de elevación a juicio de fs. 79/80.

Por todo lo hasta aquí expuesto propongo declarar en este singular caso, la nulidad del resolutorio del Sr. Juez de Garantías que viene recurrido, como asimismo de la requisitoria de citación a juicio; en tal caso deberá remitirse la causa y el incidente principal a la instancia con el fin de que se tome debido conocimiento y que la Sra. Agente Fiscal disponga lo que estime corresponder (arts. 201, 202 inciso 3º, 203 primer párrafo y 207, 334, 337, 439 y cctes. del Código Procesal Penal).-

Así lo voto.

Los señores Jueces doctores Giambelluca y Soumoulou por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde declarar la nulidad de la resolución de fs. 37/40, como asimismo de la requisitoria de citación a juicio; debiendo remitir los presentes obrados, juntamente con la causa principal a la instancia de origen, con el fin de que se tome debido conocimiento y que la señora Agente Fiscal, disponga lo que estime corresponder (artículos 201, 202, inciso 3º, 203, primer párrafo, 207, 334, 337, 439 y cctes. del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

Los señores Jueces doctores Giambelluca y Soumoulou por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

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

RESOLUCION

Bahía Blanca, mayo 19 de 2011.-

Y Vistos, Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto:

Que no es justa la resolución apelada (artículos 201, 202 inciso 3º, 203, primer párrafo, 207, 334, 337, 337, 439 y cctes. del Código Procesal Penal).

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE DECLARA la nulidad del resolutorio del señor Juez de Garantías que viene recurrido, como asimismo de la requisitoria de citación a juicio; remitiéndose los presentes obrados, juntamente con la causa principal a la instancia de origen, con el fin de que se tome debido conocimiento y que la señora Agente Fiscal, disponga lo que estime corresponder (artículos 201, 202, inciso 3º, 203, primer párrafo, 207, 334, 337, 439 y cctes. del Código Procesal Penal). Hágase saber al señor Fiscal General Departamental y oportunamente devuélvase al Juzgado de Garantías interviniente, donde deberán practicarse las restantes notificaciones de rigor.**