

Principios de la IPP. Acusatorio. Nulidad. Perjuicio.

Expediente IPP 9100 nueve mil cien.-

Número de Orden:39

Libro de Interlocutorias nro.13

//hía Blanca, febrero 28 de 2.011.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por el señor Defensor Particular, doctor Ramón Ernesto De Dios a fs. 244/245, contra la resolución dictada a fs. 238/241 por la señora Juez de Garantías Nº 1, doctora Gilda C. Stemphelet, que resolvió no hacer lugar a la totalidad de los planteos de nulidad formulados por el citado letrado y al cambio de calificación propuesto.

Y CONSIDERANDO:

Abordando el análisis de los argumentos expuestos por el recurrente, este Cuerpo entiende, que no le asiste razón, resultando acertadas las motivaciones expuestas por la señora Juez a- quo.

La nulidad como sanción máxima que priva de sus efectos al acto, tiene un carácter excepcional, y conforme lo expuesto, no basta -como en el caso en estudio- la mera manifestación de incumplimientos formales, siendo necesario a los fines de aplicar el instituto en análisis, que la parte agraviada invoque y demuestre el perjuicio concreto ocasionado por el acto cumplido (art. 201 Código Procesal Penal especialmente a partir de la reforma producida por la ley 13.260 y art. 3 del mismo cuerpo legal).

En este sentido, se expresa la doctrina al decir "*...debemos ser categóricos: la nulidad nunca debe declararse meramente a favor de la ley (para proteger requisitos normativos en abstracto) sino siempre para la custodia de un interés concreto que ha sido dañado y que guarda estrecha relación con las garantías constitucionales establecidas para*

resguardo de los derechos fundamentales del hombre. El Tribunal de Casación provincial ha entendido que aún existiendo un acto irregular pero no probado perjuicio concreto y real para el imputado, corresponde convalidarlo y no anular el procedimiento..."(Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Hector Granillo Fernandez-Gustavo Herbel. Ed. La Ley. Tomo 1. Pag. 581/582).

Cabe citar al respecto, lo resuelto por la Suprema Corte Provincial, al indicar que *"... ante la ausencia de perjuicio, no cabe fulminar con la máxima sanción procesal a un decisorio, máxime cuando ninguna de las partes ha visto afectado sus derechos, pues en definitiva ello es lo que protege el instituto de la nulidad..."*(S.C.B.A., P.71.321, S 11/09/2002).

No obstante lo expuesto, más allá que ha existido un error al confeccionarse el escrito de requisitoria de elevación a juicio, siendo encabezado por la Dra. Olga Herro, y luego firmado por el Dr. Zaratiegui, es lo cierto que quien firma y requiere no es más que éste último, no habiéndose alegado falsedad en la signatura y estando la misma acompañada por sello aclaratorio.

A mayor abundamiento cabe la cita normativa realizada por el señor Agente Fiscal a fs. 237 -artículo 2 de la ley 12.061-, indicando que son los principios de unidad e indivisibilidad los que rigen en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, por lo que no causa perjuicio, y está prevista legalmente la sustitución de un fiscal por otro.

Igual tratamiento cabe, al pedido nulificador solicitado por la Defensa, respecto a la copia obrante a fs. 203. En efecto dicho resolutorio se encuentra firmado a fs. 174, y la parte recurrente no demuestra el perjuicio que le ocasiona la copia que reputa inválida, no compartiendo el criterio sostenido por la Defensa -sin cita legal alguna- al indicar *"...todos los actos procesales que obren en un expediente tienen que estar firmados por las personas responsables de los mismos..."*, pues como ya se dijo, aquello que obra a fs. 203 es una copia perteneciente al oficio que notifica al imputado de las audiencias designadas en la resolución del 10 de mayo del 2.010.

A mayor abundamiento, se destaca que en dicha notificación se hacían saber varias

declaraciones testimoniales. Así, en el primer grupo de ellas (numeral 1), no existe norma ni principio constitucional que obligue a notificar a la defensa y al imputado. Ahora bien, en el segundo grupo de declaraciones testimoniales (numeral 2), sí conllevan esa obligación tal lo previsto en el art. 102 bis del Código Procesal Penal (según ley 13.954), en relación al art. 274 del código de rito, debido a su particular naturaleza y a la posibilidad de incorporar directamente al futuro juicio oral.

Pero dichas declaraciones testimoniales no se celebraron, por lo que mal puede alegarse perjuicio en la notificación correspondiente.

Siendo así, y no mediando demostración de perjuicio real y concreto respecto de la afectación de garantías constitucionales y el derecho de defensa en juicio, corresponde rechazar las nulidades impetrada y en consecuencia confirmar en ese punto la resolución en crisis.

Posteriormente, el Dr. De Dios se agravia por entender que existían pruebas pendientes sin producir, cuestionando por ello la clausura de la etapa instructoria decretada por el señor Agente Fiscal.

Que este Cuerpo comparte lo expuesto por la magistrado de grado sobre este tópico, ya que según lo dispuesto por el artículo 267 del Código Procesal Penal, la investigación penal preparatoria está a cargo del Ministerio Público Fiscal, y es éste quien decide cuándo se encuentran reunidas las pruebas necesarias a los fines de elevar la causa a juicio oral y conforme ello cerrar la etapa de investigación. Sin perjuicio del derecho de la defensa a ofrecer pruebas, a pedir su revisión ante el Fiscal General (art. 334 del Código Procesal Penal) en caso de denegatoria, a exigir la evacuación de citas en el caso que el justiciable hubiera declarado (art.318 Código Procesal Penal), etc., todo lo que no ha ocurrido en estos obrados.

Al respecto el Dr. Piombo dice *"...el sistema acusatorio se caracteriza por una nítida diferenciación de los roles o funciones que cumplimentan los órganos del proceso: el Fiscal investiga y acusa, el Defensor tutela los intereses y derechos de procesados y acusados y el Juez, tercero imparcial, juzga acerca del mérito que asista a la tesis*

esgrimida por el Ministerio Público pretensor, confrontándola con lo argumentos y excepciones procesales y sustanciales que produzca la parte perseguida o accionada (Sala I, sent. del 15/10/98 en causa 8, "Zungri Martinez"; ídem del 31/8/2000 en causa 215, "Llermanos", mayoría; res. del 11/11/99 en causa 1765, "Tribunal en lo Criminal nro. 2 del Departamento Judicial Mercedes eleva actuaciones al Tribunal de Casación Penal"; ídem del 12/11/99 en causa 1638, "Incidente de competencia entre el Juzgado Correccional nro. 1 del Departamento Judicial San Isidro y la Cámara de Apelación y Garantías, Sala III, del Departamento Judicial San Isidro", etc.)..."; "...también asume rigor legal en la mecánica del nuevo procedimiento, que la investigación previa no es algo totalizador y acabado, sino un ensamble provisorio, armado a la luz del criterio de oportunidad e instrumentado a la luz de la desformalización. Sólo en el debate se adquirirá y valorarán las pruebas que asumir un rol decisivo y es en este momento en el que, precisamente, se corporiza la acusación Fiscal (doctrina de la mayoría, sent. del 25/11/99 en causa 215, "Gomez"; ampliación de fundamentos de los magistrados segundo y tercer voto en la sent. del 1/10/99 en causa 479, Córdoba)"..."- Tribunal de Casación Buenos Aires- Sala I- Causa 549- Sentencia del 10/04/2001.-

Asimismo, el artículo 55 de la ley 12061, dispone que "...durante la investigación penal preparatoria se atenderá al principio de economía procesal en la recolección de pruebas , pudiéndose prescindir de la instrumentación de aquellas que se consideren innecesarias para requerir la elevación a juicio...".

Dicho de otra manera, es el agente fiscal quien ejerce la persecución penal, realiza la investigación penal preparatoria (arts. 266 y cctes.), y determina que medios de convicción recolecta para elevar la causa a juicio oral; y si omite producir prueba (siempre que no afecte derechos del sujeto pasivo de imputación penal), asume el riesgo del dictado de un sobreseimiento (art. 334 y cctes. y 323 del Código Procesal Penal), lo que en este caso no fue petitionado por la defensa, y no aparece como viable.

A mayor abundamiento, cabe puntualizar que a fs. 39/40, obra la declaración testimonial de la menor víctima de autos-S. V.-, y fue producida su pericia psicológica (ver fs.

172/173) la cual se encuentra debidamente notificada el día 22/03/2010 según constancia de fs.169/171. Así, el hecho de no recibírsele a la menor la declaración testimonial a la luz del artículo 102 bis del Código Procesal Penal en esta etapa preparatoria, no genera agravio alguno para la defensa, toda vez que ello se debe a una estrategia fiscal que en nada conculca el derecho de defensa del encausado S., toda vez que la prueba que el señor Defensor arguye como faltante, puede producirse en el juicio oral, evitando de esta manera la revictimización de la menor, teniendo particularmente en cuenta que ya ha prestado declaración en sede de la fiscalía departamental (fs. 39/40).-

Conforme lo dicho, debe diferenciarse las pruebas producidas -testimonial de la víctima y pericia psicológica-, de la prueba que la representante del Ministerio Público Fiscal no produjo en esta etapa preparatoria de investigación -declaración testimonial en los términos del nuevo artículo 102 bis del Código Procesal Penal-, que será materia pendiente a producirse en el juicio oral.

Por último, el Dr. De Dios solicita se modifique la calificación legal del delito que se le imputa a su pupilo -abuso sexual calificado (dos hechos) por la figura de abuso sexual simple- .

Que conforme resolviera este Cuerpo, en la causa 8001/1, en la exposición de motivos de ley 13.813, modificatoria de la 11.922, se menciona como postulado central el objetivo de "2.... Simplificar el tramite y acelerar los procesos, mediante la mejor coordinación de la actividad de las partes, la concentración de peticiones y la simplificación de formalidades...". Asimismo se señala como núcleo de la reforma "...4. La administración racional del proceso, evitando planteos dilatorios a fin de otorgar mayor acceso a la justicia en los casos complejos o de alta conflictividad..."

Este espíritu que ha servido de fundamento a los legisladores no se condice entonces con la posibilidad de controvertir la imputación cuando en ello no este en juego la libertad del imputado, ya que la calificación que se hace en la requisitoria a juicio es provisoria y no vinculante para las partes, o el Tribunal que deba entender en la etapa del plenario.

Y precisamente este dispendio jurisdiccional es el que se debe evitar cuando, como este caso, el mismo recurrente indica que la calificación legal no pone en juego la libertad de su asistido.

Se comparten así, las consideraciones efectuadas por la mayoría en el Acuerdo Plenario de la Excma Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata en la Causa Nro. 11.247 "O. Alejandro Oscar s/ infracción Ley 23.737", de fecha 19/06/07.

Se destaca que si en el futuro la Persecución Penal requiere el dictado de una medida de coerción sobre el imputado de autos, conllevaría la necesaria calificación legal del Organo de Grado (art. 151 del Código Procesal Penal) y la posible revisión de la Alzada (art. 439 de dicho cuerpo legal) por lo que los derechos del justiciable se encuentran a debido resguardo.

Es que los cambios de asignación legal a los hechos en investigación, no comprometen al encuadramiento jurídico que el Fiscal pueda pretender en instancias ulteriores, por lo éstos *"...sólo resultan trascendentes cuando sean utilizados para justificar una medida cautelar. En otras palabras, deviene superfluo el debate sobre calificaciones legales que no producen efectos inmediatos ni rigen en instancias posteriores del proceso..."*(Codigo de Procedimiento Penal, Comentado y Anotado. Héctor Granillo Fernandez. Gustavo Herbel, Ed. LA LEY, Tomo I. pág. 172/173).

Finalmente, como es lógico la Cámara de Garantías en lo Penal, padece de las mismas limitaciones para ingresar al análisis de la calificación legal dispuestas por el art. 23 inc. 5to. del Código Procesal Penal, por lo que corresponde, rechazar la petición de cambio de calificación legal..

Por ello, **SE RESUELVE: NO HACER LUGAR**a los pedidos de nulidad y cambio de calificación legal peticionados por el señor Defensor Particular, doctor Ramón Ernesto De Dios (arts. 205 y c.c. "a contrario" y 439 del Código Procesal Penal) y CONFIRMAR la resolución de fs. 238/241 (arts. 439 y 447 de la ley adjetiva). Hágase saber al señor Fiscal General y oportunamente devuélvase, al Juzgado de Garantías de origen, donde deberán practicarse las restantes notificaciones de rigor.

Si-//

//guen las firmas.-