

Expediente I.P.P. trece mil diecisiete.-

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los veintiseis días del mes de mayo del dos mil quince**, 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 **Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, bajo la Presidencia del primero (art. 440 del Código Procesal Penal), para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13017/I caratulada "Incidente de apelación"**, 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 en este orden **Barbieri y Soumoulou**, 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 O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ, DR. BARBIERI, DICE: Interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Eduardo Quirós a fs. 1/5 y vta.-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental, Dra. Susana Calcinelli -a fs. 54/60 y vta.-, por la que no hizo lugar al dictado de prisión preventiva de I.N.C., en razón de no hallar verificados los peligros procesales, disponiendo su excarcelación.

El recurrente funda el **gravamen irreparable** que le causa la resolución que apela, en el concreto peligro de fuga que revestiría el imputado, dadas las características del delito endilgado, la pena en expectativa que emana de su calificación legal y los antecedentes penales que registra.

Expresa que la calificación legal que corresponde a los hechos es la de robo calificado por ser cometido en poblado y en banda (Art. 167 inc. 2) y no la de

robo simple que ha aplicado la Jueza, lo que influye en la pena en expectativa que debe tenerse en cuenta para apreciar los peligros procesales, que -de encuadrarse en la figura que propone el Sr. Agente Fiscal- aumentaría considerablemente (ya que su escala punitiva iría desde los 3 años de prisión en su mínimo a 10 años en su máximo).

Efectuada esa síntesis, principio por expresar que, en tanto se pretende impugnar una resolución que no tiene prevista -legalmente- la apelación directa, corresponde analizar la existencia del gravamen irreparable alegado por el Ministerio Público Fiscal, para determinar si resulta admisible. Ello en virtud de lo dispuesto por el art. 421 del Código Procesal Penal -que establece que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente previstos en el Código-; y de la ampliación de dicha facultad recursiva que emana del art. 439 del mismo Cuerpo Legal -según texto ley 13.812- en cuanto dispone, en su primer párrafo, que "*...el recurso de apelación procederá contra las decisiones que expresamente se declaren apelables o que causen gravamen irreparable...*".

A esos fines se entiende por gravamen irreparable "*... un perjuicio, menoscabo o agravio en expectativas, derechos o pretensiones de los sujetos actuantes que no puedan tener remedio en el curso del mismo trámite o procedimiento o en una fase ulterior del proceso, constituyendo una vez de ello, una circunstancia que de no ser removida consolidar una determinada situación en detrimento de quien la sufre sobre su interés o posición...*" (Código Procesal Penal de Bs.As., Comentado, varios autores, Pág. 395, Ed. Rubinzal Culzoni, 1era. Edición).

En ese sentido lo ha definido nuestro máximo Tribunal Nacional (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791 entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

Y así puedo aseverar que, analizados los argumentos expuestos por el recurrente, la **determinación sobre la existencia de gravamen irreparable se vincula -en este caso y en gran medida- con el cambio de calificación y con las cuestiones de valoración probatoria que propone el Sr. Agente Fiscal**, ya que una modificación en la figura legal aplicable posee influencia en la pena en

expectativa y, por lo tanto, en la evaluación de los peligros procesales que pudieran existir en los terminos del art. 148, 169, 171 y ccmts. del Rito.

La variación evidente del quantum punitivo, más las alegaciones sobre la naturaleza del hecho, los antecedentes penales del justiciable, la forma de imposición de pena y la posible declaración de reincidencia llevarían a la existencia de peligro de fuga, lo que torna en este caso admisible la presentación.

Respecto de los **fundamentos que hacen al fondo** de la resolución impugnada, critica el Sr. Agente Fiscal la valoración probatoria efectuada por la Magistrada. Entiende que la declaración testimonial prestada por la damnificada, quien aun cuando posee defectos de visión, pudo oír que a su casa ingresaron dos o tres personas, complementada por lo declarado por el policía Gaspar, que observó al imputado junto a dos personas caminando por la calle cargando un televisor, procediendo a la aprehensión mientras los otros dos se dieron a la fuga; son elementos suficientes para afirmar que en el hecho han intervenido tres personas y tener por acreditada, en consecuencia, la calificante de poblado y en banda que propone.

Tomando como premisa, entonces, la calificación legal agravada, el recurrente justifica las razones que son reveladoras de los peligros procesales que reviste el imputado y que no han sido adecuadamente valoradas por la Sra. Jueza de Grado, en particular la pena en expectativa correspondiente a la figura legal del art. 167 inc. 2do. del C.P. en relación a los arts. 148 y 169 incs. 1ero. y 3ero. del C.P.P. Agrega a esos argumentos, que deben valorarse los antecedentes penales que registra el encartado y su relevancia para evaluar las posibilidades excarcelatorias, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 169 inc. 7mo. del C.P.P.. Agrega que también debió tenerse en cuenta la gravedad que posee el hecho materia de acusación, conforme lo dispuesto por el art. 148 del C.P.P.

Por último, expresa que la hermana del procesado, quien ofreció su domicilio para que él se aloje al estar en libertad, padecería una discapacidad mental y que no podría asegurar la contención familiar necesaria.

Ingresando a las cuestiones de fondo que han sido planteadas por el recurrente, anticipo que **considero que debe revocarse la resolución impugnada**, aun cuando a mi entender, no existan -a esta altura y con el grado de probabilidad requerido- elementos de convicción suficientes para considerar acreditada la calificante de "banda".

Las razones que justifican la revocación que propongo, se basan en la existencia de **otros indicadores de peligros procesales** que no habrían sido debidamente valorados por la Magistrada de Garantías y que no pueden ser neutralizados, sino con la medida privativa de la libertad.

Respecto de los argumentos que brinda el impugnante sobre la calificación legal, considero que a partir de lo que surge de los elementos de convicción reunidos no puede afirmarse -con el grado de probabilidad requerido- que al momento de los hechos hayan actuado tres personas.

Entiendo incluso, que efectuando la reconstrucción probatoria más favorable para el Ministerio Público Fiscal no se puede justificar más que la presencia de dos personas en la escena del robo: el hombre que habría visto salir del domicilio la vecina P. (fs. 17/17 vta. y 65/66 de la I.P.P. principal) y el aquí procesado quien fuera aprehendido con el televisor sustraído en su poder; lo que sería reforzado por lo declarado por la víctima respecto a que pudo oír a dos o tres personas. Es así que no pueden considerarse satisfechos los requisitos típicos para la aplicación de la agravante normada en el art. 167 inc. 2do. del C.P.

Sigo en mi razonamiento la definición del concepto "banda" que ha sentado en diversos fallos el Tribunal de Casación Penal Provincial en cuanto ha sostenido que *"...Para la comisión de un robo en banda la ley penal exige una particular forma de ejecución, y ello depende del número de intervinientes, de la actuación conjunta, distribución de roles y preorganización del ilícito, lo que sirve para analizar, en cada caso, si la concurrencia plural supera a la mera ocasionalidad..."* (T.C.P.B.A. LP 66312 1167 S 16/12/2014, Sala 2da., Juez MANCINI (SD) Carátula: Carrizo, Lucas Antonio y otro s/ Recurso de Casación Magistrados Votantes: Mancini-Mahiques); *"...La agravante "banda" del artículo 167 inciso 2º del Código Penal, debe*

sustentarse teniendo en cuenta la pluralidad de sujetos, unidos organizadamente con la finalidad de facilitar la concreción del hecho, posicionando a la víctima en un estado de mayor indefensión..." T.C.P.B.A., Sala 1era. P 54671 RSD-32-13 S 14/02/2013 Juez CARRAL (SD) Carátula: B. ,N. F. s/Recurso de casación Observaciones: Cf. Ac. 1805 SCBA Magistrados Votantes: Carral - Sal Llargués); y que "*...La mera participación de tres individuos en un hecho basta para configurar la agravante del inciso 2º del artículo 167 el Código Penal, por cuanto se potencia la capacidad de agresión y se disminuye la posible resistencia de la víctima...*" (T.C.P.B.A. LP 55339 RSD-57-13 S 28/02/2013 Juez KOHAN (SD) Carátula: G. ,E. D. s/Recurso de casación Magistrados Votantes: Kohan – Natiello).

En nuestra causa las evidencias reunidas no alcanzan el estándar probatorio requerido para afirmar la intervención mínimamente organizada de tres personas en el hecho, es decir, en el ingreso a la casa de la víctima y en el momento de la sustracción.

En ese sentido, considero que la actuación del policía Gaspar (ver fs. 1 y vta., 16 y vta, y 63/64 de la I.P.P. principal), quien dijo haber visto a tres personas (una de ellas era C. que llevaba el televisor sustraído) ha ocurrido con una distancia espacio temporal demasiado amplia en relación a los sucesos, lo que me impide inferir, de esa sola observación, la participación de los tres sujetos en el ilícito que se habría cometido (por lo menos 15 minutos antes y a varias cuadras de distancia). Principalmente, porque no hay datos que razonablemente me permitan ubicar a los tres sujetos en la sustracción, existiendo indicadores plausibles sólo sobre dos de ellos: el televisor que llevaba C. y las prendas color celeste que llevaba puestas otro de los sujetos, observadas por la testigo P.. Por estas razones, entiendo que no se encuentra acreditada la agravante de la figura de robo que reclama el impugnante.

Ahora bien, considero que, **a partir del hecho materia de imputación, donde se describe explícitamente que el ingreso al domicilio se produjo "...previo violentar el marco de una puerta de madera (que produjo el desprendimiento de parte del marco, a la altura de la cerradura)..."**; **el ilícito por el que se acusa a C. debe ser calificado como robo agravado por ser perpetrado**

con fractura de de una puerta de un lugar habitado, en los términos del art. 167 inc. 3ero. del C.P. Destaco que el daño señalado se acredita a través del dictamen técnico de fs. 8, donde se informa que la puerta "*...se encuentra violentada en su marco a la altura de la cerradura presentando el faltante de madera producto de la violencia ejercida con algún elemento contundente...*"

Sobre la calificante que entiendo aplicable, la Suprema Corte Provincial ha expresado "*...que la existencia de fractura no requiere determinada especie de fuerza. Pero ello no significa que pueda constituir la calificante cualquier violencia. Pues fracturar requiere romper o quebrar (y esto no es incompatible con los precedentes P. 36.100, P. 37.143 y P. 37.313)*" (cf. P. 50.107, sent. del 28-IV-1998; P. 65.642, sent. del 30-VI-2004)... y con apoyo en doctrina ilustraron que "*...Para la configuración de la agravante en cuestión Sebastián Soler indica que lo importante "es que se trate de rompimiento de cosas dotadas de alguna resistencia física, defensiva, que cierren o delimiten un ambiente y que cumplan esa función de manera evidente e intencional"* (autor cit. *Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1996, p. 295*)..." (S.C.B.A. L.P. P. 84.249 S 18/07/2007 Juez KOGAN (MA) Carátula: B. ,D. G. s/Tentativa de robo Magistrados Votantes: Kogan - Hitters - de Lázzari - Negri - Roncoroni - Pettigiani - Genoud - Soria).

En ese sentido, el Máximo Tribunal Provincial ha sostenido en otros casos que, en la conducta típica establecida en el art. 167 inc. 3ero. del Código Penal: "*...el legislador ha distinguido dos modos comisivos: perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana. La perforación importa la idea de horadar o atravesar la defensa; la fractura consiste en el quebrantamiento destructivo, en la ruptura o en la separación violenta...*" (S.C.B.A. LP P 66111 S 07/09/2005 Juez GENOUD (SD) Carátula: M. ,P. M. y o. s/Robo y estelionato Magistrados Votantes: Genoud - Negri - Roncoroni - de Lázzari - Soria), y que "*...el legislador ha venido a expresar ciertas condiciones objetivas en las que aquella violencia se refleja, en el caso, para vulnerar la protección propia de la morada que fuera objeto de la acción típica...*" (S.C.B.A. L.P. P 53049 S 22/03/2000 Juez SAN MARTIN (SD) Carátula: C. S. ,J. L. s/Robo calificado. Magistrados Votantes: San Martín - de Lázzari - Ghione -

Laborde - Pettigiani - Salas - Hitters - Pisano).

Es importante destacar la similitud que presenta este caso con lo resuelto por la Suprema Corte Provincial en cuanto entendió que "*...Existe la "fractura" prevista en el tipo del inc. 3º del art. 167 del Código Penal si existió separación violenta de las partes que componen el sistema (puerta y marco) sin que importe cuál fue la cantidad de fuerza o eventualmente el medio utilizado, si ha sido el necesario para vencer la defensa preconstituida e ingresar al lugar donde se consumó el hecho...*" (S.C.B.A. LP P 45235 S 11/02/1997 Juez PETTIGIANI (SD) Carátula: P. ,A. R. y o. s/Robo con efracción Magistrados Votantes: Pettigiani - San Martín - Laborde - Hitters - Negri - Salas - Pisano).

Considero entonces, que **la correspondencia entre la definición jurisprudencial de la agravante que ha desarrollado la Suprema Corte Provincial y el caso de autos es claramente perceptible**, puesto que se ha tratado de una puerta de ingreso a la vivienda -colocada para cumplir la función de protección de la residencia de la víctima- que ha sido vencida por el uso de fuerza lo que ocasionó el desprendimiento del material que la conforma

.Como consecuencia de la **calificación legal agravada que entiendo aplicable, se produce una modificación de la pena en expectativa que emana de este proceso**, y que influye en la valoración del peligro de fuga del imputado. **Ahora, la escala penal asciende a 3 años de prisión en su mínimo y a 10 años de prisión en su máximo**, siendo 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).

Debe agregarse que el imputado posee diversos antecedentes penales (informados a fs. 38/39 y fs. 114/141 vta. de la I.P.P. principal) lo que impediría que de recaer condena ella pudiera ser de ejecución condicional, destacándose que su máximo pone de relieve una expectativa de pena de gravedad. La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos), no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que -a mi entender- 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.

A su vez, valoro por la forma de cumplimiento de alguna de las penas impuestas oportunamente (fs. 39) que **podría ser declarado reincidente.**

Por otra parte, tengo presente la **objetiva valoración de la naturaleza del hecho intimidado**, tal como ha sido expresamente propuesto por el recurrente al expresar sus agravios.

Destaco, en ese sentido, que el hecho **se ha cometido en horas de la noche, en momentos en que la víctima se encontraba durmiendo**, lo que influye en el temor que puede generar y, principalmente, en las dificultades que implica para poder obtener auxilio o evitar el ilícito, fruto de encontrarse en una situación completamente desprevenida ante el ataque e invasión a su vivienda. La gravedad de la que dotan a los hechos esas características aumentan si se tiene en cuenta que la **damnificada es una señora de avanzada edad que vive sola en su casa**, cuya única protección posible frente al ataque de terceros en su vivienda era la puerta que, mediante el uso de fuerza, fue fracturada para vencer su resistencia y acceder al inmueble. También **valoro la pluralidad de intervinientes.**

Estas características resultan **parámetros indiciarios suficientes para estimar la existencia del peligro procesal de fuga**, expresamente establecidos por el art. 148 del C.P.P., tal 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 y, en este caso, se da por acreditado. Por ello, considero que debe revocarse el resolutorio apelado.

En síntesis, y con base en los argumentos indicados, reveladores del peligro procesal de fuga, corresponde revocar la resolución en crisis por la que no se

hizo lugar a la prisión preventiva requerida por el Sr. Agente Fiscal, variando la calificación legal otorgada al hecho intimado y dando por cumplimentados los requerimientos del inciso 4to. del art. 157 del Rito.

Voto por la negativa.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto -a fs. 1/5- y revocar la resolución apelada de fs. 54/60.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del Doctor Barbieri, sufragando en el mismo sentido.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, mayo 26 de 2015.

Y Vistos, Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: **que no es justa la resolución apelada** (art. 148, 157, 169, 434, 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **este Tribunal RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto -a fs. 1/5- y REVOCAR la resolución apelada de fs. 54/60, por la que no se hizo lugar a la prisión preventiva de I.N.C. (arts. 148, 157, 169, 434, 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal), revocando la calificación otorgada (haciéndolo ahora en los terminos del art. 167 inc. 1ero. del C.P.) y dando por cumplimentados los requisitos del art. 157 inc. 4to. del Rito.

Devolver los autos principales, oportunamente solicitados a la instancia de origen, agregando una copia del presente para que se tome conocimiento.

Notificar (art. 431 del C.P.P., Cfr. Trib. de Casación Provincia Ca. 43.041, del 10/0810, Sala 1era.; Ca. 67.970 del 23/04/15 Sala 5ta.; Ca. 61.879 del 27/12/13 Sala 2da. y Ca. 16.382 del 29/11/12, Sala 3era.).

Fecho, remitir la presente incidencia al Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental.