

Expediente nro. doce mil novecientos treinta y siete.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los **quince días del mes de Julio del año 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, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. **12.937/I** caratulada **"A., L.L. por robo doblemente calificado, por cometerse con arma y en poblado y en banda"**, prescindiéndose del sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5827 -reformada por la nro. 12.060, atento la prevención de los señores Jueces **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca** (Magistrado éste último que intervendrá en caso que se considere corresponder), manteniéndose dicho orden de votación, por lo que resuelven 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 SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: A fs. 233/235 interpone recurso de apelación el Señor A.D.C., con el patrocinio legal del Doctor Miguel Angel Asad, contra el auto de fs. 227 por el que la señora Juez del Tribunal en lo Criminal nro. 2 Dptal. -Doctora María Eloisa Errea de Watkins-, rechazó la constitución del mismo como particular damnificado al considerar extemporánea su presentación.

Adelanto que propondré al acuerdo declarar mal concedido el recurso

de apelación, por las consideraciones que paso a desarrollar.

Así, el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires es sumamente claro al establecer la inapelabilidad de la resolución que se dicte en los términos del segundo párrafo de la norma: "...la constitución en calidad de particular damnificado sólo podrá tener lugar hasta la oportunidad prevista en el artículo 336. Pasada ésta, la solicitud debe ser rechazada sin más trámite y no será impugnabile...".

En un breve racconto del trámite de la causa y en lo que aquí interesa, podemos señalar que a fs. 193 vta., luego de adquirir firmeza la resolución dictada por este Cuerpo con fecha 30 de marzo del 2.015, la titular del Juzgado de Garantías nro. 3 Dptal -Doctora Susana Calcinelli-, eleva la causa a la secretaria de esta Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal para que practique el sorteo del Organo jurisdiccional que ha de intervenir, resultando desinsaculado el Tribunal en lo Criminal nro. 2.

La extemporaneidad de la presentación y la irrecurribilidad de la resolución dictada, sellan la suerte del recurso, desde que el mismo ha sido mal concedido.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 77 y 336 del C.P.P., el mismo no ha sido sometido a la instancia de grado, circunstancia que obsta a que este Cuerpo se avoque a su tratamiento, sin dejar de señalar que nada se alegó respecto al art. 78 del rito, involucrado en la cuestión.

Nada más para decir sobre el tema.

Con este alcance doy mi voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Analizados los argumentos expuestos por el recurrente y las constancias de estos autos, anticipo que voy a disentir con el contenido del voto que abre este acuerdo, en tanto entiendo que corresponde ingresar al tratamiento del recurso presentado y revocar la resolución de

fs. 227.

Tal como ha expresado el impugnante, y más allá de las previsiones del art. 78 del C.P.P., la resolución dictada por la Sra. Jueza del Tribunal en lo Criminal provoca al recurrente un gravamen de imposible reparación ulterior (o con el riesgo de que sea en forma muy tardía) y una vulneración a garantías constitucionales de la víctima: en particular a su derecho a ser oído, a que sus peticiones sean tenidas en cuenta y, en consecuencia, a la tutela judicial efectiva a través de su participación en el proceso (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2 y 25 de la Conv. Americana D.D.H.H.); ello conlleva la necesaria intervención de esta segunda instancia.

Esa limitación prevista en el art. 78 del Rito, en este caso provocaría la afectación de derechos constitucionales (ya enumerados) y la provocación de un agravio federal al requirente, lo que se cristalizaría si ésta Cámara no garantizara el derecho a la revisión amplia sobre la decisión dictada; corresponde entonces excepcionar la limitación formal sin que sea necesario disponer la inconstitucionalidad petitionada por el apelante, tal y como en diversas oportunidades lo ha resuelto la Suprema Corte Provincial respecto del art. 494 del C.P.P. al decidir la admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (ver en ese sentido P. 101.238 del 5/12/2007 y P. 118.832 del 4/6/2014, entre otros).

Destaco que la extemporaneidad en la presentación de la solicitud de constitución como particular damnificado, resulta no ser –en este caso– exclusivamente imputable a la víctima, sino antes bien a la actuación del Ministerio Público Fiscal, que no le ha brindando al ofendido –claro está por una omisión involuntaria– la información necesaria para que pueda participar plenamente del proceso; de allí que el decisorio puesto en crisis, de mantener su vigencia sin contralor de este Cuerpo, conllevaría la denegatoria a la víctima –en forma definitiva– de su facultad de participar como en ese rol, vedando la posibilidad de actuar en el

juicio y subsidiariamente en el rol de la acusación, ante un eventual desistimiento del Ministerio Público Fiscal (art. 368 último párrafo del C.P.P.).

Hago notar, en este sentido, que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 83 inc. 3 ero., 85 y 88 del C.P.P. (desde el primer día de acaecido el hecho no existen constancias de que se le hicieran saber los derechos que como víctima poseía). Puedo aseverar que nunca se le hizo saber que derecho poseía y posee.

Avanzado el trámite y aun habiéndose dispuesto por el Sr. Agente Fiscal la notificación -del perjudicado- de la clausura de la investigación (fs. 114) y existiendo copia del libramiento de un oficio notificadorio (fs. 116), no existe constancia de su diligenciamiento. Es decir que, en este caso, se le estaría imponiendo una sanción fruto de una obligación procesal incumplida, sin garantizarle la posibilidad de que hiciera -y haga valer- sus facultades.

Es relevante tener en cuenta, además de lo expuesto, que la solicitud, fue presentada en fecha 4 de mayo por ante el Tribunal en lo Criminal nro. 2, antes de que se efectuara la correspondiente citación a juicio. Además advierto que ese órgano a fs. 207, tres días después de la presentación del damnificado, ante la falta de notificación personal al procesado de su posibilidad de optar entre un órgano de juzgamiento unipersonal o colegiado, habilitó excepcionalmente esa facultad, aun cuando tal posibilidad había precluído. Esa forma de sanear el trámite, sin dudas también permitía la presentación del particular damnificado. O dicho de otro modo, no perjudica la presentación extemporánea de la víctima desde el momento que el Organo Jurisdiccional había suspendido el trámite procesal para sanear (de manera que comparto agrego) una omisión propia de la etapa intermedia. No advierto entonces qué perjuicio se causaba a la contraparte, o al proceso, la aceptación de un rol que justamente podía ser ejercido hasta esa etapa que el Tribunal en lo Criminal Nro. 2 había hecho "renacer" en favor del imputado (arts. 22 inc. b, 78 y 336 del

C.P.P.).

Ahora bien, aun cuando esas afectaciones a los derechos constitucionales de la víctima podrían conllevar a la nulidad absoluta de lo actuado -que implicaría la necesidad de retrotraer el trámite de esta causa a etapas procesales precluída-, en tanto puede subsanarse dicha falencia y garantizarse el pleno ejercicio esas garantías, y resguardarse asimismo el principio de economía procesal, permitiendo hacer valer a la víctima en esta oportunidad las facultades que -implícitamente- se le han negado; considero preferible revocar el decisorio apelado, debiendo la instancia de grado evaluar la constitución en particular damnificado solicitada a fs. 205, excepcionando el obstáculo temporal previsto en el art. 77, analizando el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos por el Código de Forma, y con el fin de facilitar su participación en la audiencia prevista en el art. 338 del C.P.P. (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2 y 25 de la Conv. Americana D.D.H.H.).

Ese es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Por los mismos fundamentos voto en el mismo sentido que lo hace el Dr. Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 233/235, y revocar la resolución dictada a fs. 227 (Arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2 y 25 de la Conv. Americana D.D.H.H.), debiendo la instancia de grado evaluar la constitución en particular damnificado solicitada a fs. 205, excepcionando el obstáculo temporal previsto en el art. 77, analizando el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos por el Código de Forma, y con el fin de facilitar su participación en la audiencia prevista en el art. 338 del C.P.P.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Adhiero al sufragio del Doctor Soumoulou.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Voto igual que se lo hace en forma precedente.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Julio 15 de 2015.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que precede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución recurrida.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL RESUELVE: DECLARAR ADMISIBLE Y PROCEDENTE** el remedio interpuesto, debiendo la instancia de grado evaluar la constitución en particular damnificado solicitada a fs. 205, excepcionando el obstáculo temporal previsto en el art. 77, analizando el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos por el Código de Forma, y con el fin de facilitar su participación en la audiencia prevista en el art. 338 del C.P.P. (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2 y 25 de la Conv. Americana D.D.H.H., 78 a "contrario sensu", 439, 440 y cdt. del Rito).

Librar oficio de comunicación al Sr. Fiscal General Dptal.

Y atento la cercanía temporal de inicio de la feria judicial invernal, remítase sin más trámite a la instancia de origen donde deberán practicarse las

notificaciones que se consideren corresponder.