

Número de Orden: _____

Libro de Sentencias nro. _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los treinta días del mes de Agosto de dos mil dieciséis**, reunidos solamente 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri**, para resolver en la causa **I.P.P. nro. 12.101/I, caratulada: "B.,R.N. por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. Víctima: J.,P.B."**; 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. 12060, atento la prevención de los señores Jueces **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou** (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

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Llegan nuevamente a estudio de este Cuerpo las presentes actuaciones. En fecha 2 de julio de 2014 (fs. 114/122 vta.) tuvimos la primer intervención en virtud del recurso de apelación que fuera interpuesto contra la resolución de fs. 95/97 vta. dictada por la sra. Juez del Juzgado de Garantías Nro. 1 Departamental, Dra. Gilda Stemphelet, que no hizo lugar al sobreseimiento de R.N.B. peticionado por el Sr. Auxiliar letrado de la Unidad de Defensa N° 4, Dr. Martín Daich, respecto del delito infracción Ley 13.944 -incumplimiento de los deberes de asistencia familiar-.

Allí -por mayoría de opiniones- se resolvió revocar la resolución puesta en crisis y rechazar la requisitoria fiscal, en los términos que viene efectuada (arts. 336, 337 y 157 inciso 3 a "contrario sencu" del C.P.P.), debiéndose remitir la investigación a la Fiscalía de intervención, a los fines que estime corresponder (arts. 106, 157, 334 a 337 y ccdtes. del C.P.P. fs. 114/122 vta.).

A partir de allí se dispuso el libramiento de un oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a fin de que se informe si el señor R.N.B., D.N.I.:-, trabajó en relación de dependencia desde el mes de junio del año 2010 hasta el mes de julio del año 2011, en caso afirmativo indique razón social o nombre y domicilio de la empresa o firma para la cual prestó servicio o si el mismo se encuentra inscripto como autónomo o monotributista (fs. 130).

A fs. 132 se responde desde dicho organismo que no consta registrada relación laboral bajo dependencia por parte de B. y que no está inscripto como contribuyente (fs. 133/139).

Posteriormente en fecha 6 de mayo de 2015 se libró oficio a la Comisaría de Punta Alta, a fin de requerirle se efectúe un informe socio-ambiental, en el domicilio del Sr. B. (fs. 147).

El mismo es adjuntado a fs. 153/vta. de fecha 21 de mayo 2015. Consta que el encausado tiene 52 años, soltero, que vive con un amigo en una vivienda alquilada en la cual reside desde hace tres años aproximadamente. Que es jornalero y percibe un ingreso aproximado de \$ 3.500, según el trabajo realizado.

La Sra. Agente Fiscal, Dra. Olga Herro, requirió nuevamente la elevación de la presente causa a juicio (fs. 156/159). El Sr. Defensor Particular, Dr. Gustavo Gabriel Giorgiani, formuló la oposición a la elevación a juicio, instando al sobreseimiento de su asistido (fs. 162/164 vta.).

En fecha 16 de octubre de 2015 la Sra. Juez de Garantías -Dra. Gilda

Stemphelet- resolvió nuevamente no hacer lugar al sobreseimiento de B. respecto del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en los términos del art. 1 de la Ley 13.944 del Código Penal y en consecuencia elevar la presente causa a juicio (fs. 168/171 vta.).

Frente a dicho pronunciamiento interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular a fs. 174/176.

En mi primer intervención ya tuve oportunidad de expedirme en el sentido de que "... *Del análisis de los hechos, que vienen fijados por la Juez a-quo, se observa que se presentan los extremos requeridos por la figura achacada y de allí que estimo, que no concurre por el momento, en estos actuados, la clara situación fáctica, que determine la innecesariedad de proseguir la causa, que por ahora al menos, obsta a la solución conclusiva del sobreseimiento ...*".

Así la cuestión se encontraría zanjada desde que al momento de pronunciarme en aquella oportunidad, ya existían, a mi entender, medios de convicción suficientes como para elevar la presente causa a juicio.

No obstante lo expuesto y atento a la incorporación de nuevos elementos probatorios habré de expedirme al respecto.

Como dijera, lo que se ha incorporado a partir del primer pronunciamiento de este Cuerpo, es un informe de la Administración Federal de Ingresos Públicos y un informe ambiental practicado en el actual domicilio del encausado.

En mi parecer ambas probanzas no logran conmovier los medios convictivos ya valorados.

La presente causa se inicia por la denuncia formulada por la Sra. P.B.J., quien manifestara que el Sr. B. no abonó la cuota alimentaria fijada por el Juzgado de Paz Letrado de Coronel Rosales, ni compensó dicha cuota con otros bienes, respecto

de su hijo menor A.R.E.B. de 17 años de edad. (fs. 1).

Se valoró en la oportunidad las copias certificadas de parte de los autos caratulados "J.,P.B. c/ B.,R. s/Alimentos" de fs. 13/31; el informe de la perito asistente social (fs. 75), del que surge que el encausado no le permitió ingresar al domicilio para practicar la perica ambiental, manifestando que se encontraba desocupado, que rara vez realizaba alguna changa y que no tenía domicilio fijo ni vivienda propia.

Los elementos así reunidos permiten acreditar "prima facie", con el grado de probabilidad exigido en la etapa que se transita, la exteriorización material del hecho y la autoría responsable de R.N.B..

Por lo expuesto estimo, que no concurre en autos la clara situación fáctica, que determine la innecesariedad de proseguir la causa, visto los elementos de cargo a priori reseñados, que por el momento al menos, obsta a la solución conclusiva del sobreseimiento.(arts. 209, 210, 157, 334 a 337 del C.P.P.).

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ BARBIERI DICE: Analizados los argumentos expuestos por el recurrente, el contenido de la resolución apelada y los fundamentos expuestos en el sufragio que abre este acuerdo, anticipo que voy a disentir con el voto emitido en forma precedente, en tanto considero que no existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditado -con el grado de probabilidad exigido por el art. 337 del C.P.P.- el hecho que se imputa.

En particular, no se ha probado debidamente, la capacidad económica requerida para que existan en cabeza del procesado posibilidades de realizar la acción debida, cuya omisión se imputa, lo cual consitituye una condición conceptualmente necesaria para la configuración del tipo penal. Entiendo que nos encontramos ante un supuesto encuadrable en la causal de sobreseimiento normada en el inc. 6to. del art. 323 del Rito.

Tal como sostuve al emitir mi voto en la resolución de fs. 114/122, y

como expresé en la I.P.P. 10.061/I en fecha 20/9/12, entiendo que "...la presencia de una suficiente capacidad económica del agente posee una directa vinculación con la posibilidad de cumplir con los deberes requeridos por la norma, y -por lo tanto- resulta indispensable que posea esa capacidad para entender que intencionalmente omitió realizar el actuar debido, sustrayéndose de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su descendencia menor de edad. De esta manera, la existencia de esa situación fáctica de posibilidad de cumplimiento constituye un elemento típico objetivo de la figura, vinculado a la conducta omisiva que constituye el delito, contraparte de la conducta exigida, dadas las características propias de los tipos penales omisivos como forma de imputación penal...".

En consecuencia, resulta indispensable que se acredite que el agente poseía dicha capacidad económica, y esa circunstancia que no se encontraba probada al momento de dictarse la resolución de fs. 114/122, tampoco ha sido suficientemente acreditada en esta oportunidad, con los únicos elementos de convicción incorporados a fs. 132 y fs. 153 y vta. (los que más bien van en sentido contrario y aumentan las dudas sobre tal extremo).

Al momento de analizar por primera vez la requisitoria de elevación a juicio presentada por el Sr. Agente Fiscal, expresé que de acuerdo a lo que surgía de las constancias de autos, "...el justiciable abonó la suma dineraria (o casi en su totalidad) que se había pactado como cuota alimentaria en favor de su descendiente, lo que estuviera acordado y homologado judicialmente desde el 12 de julio de 2007, hasta el 18 de mayo de 2010 (ver fs. 9/10). Luego viene la denuncia del nombrado de que perdió su trabajo estable, y los posteriores incumplimientos.

A fs. 18 el procesado, en oportunidad de contestar el traslado en el causa: "J.,P.B. c/B.,R. s/ alimentos. Expte nro.15502/99", ya había puesto de manifiesto que no obstante haber abonado la cuota correspondiente a mayo de 2010, al haber cesado en su actividad laboral, no podía depositar los montos pertenecientes

a la asignación ordinaria por hijo y/o extraordinaria por escolaridad.

Así advierto que no se adoptó durante el curso de la presente investigación, medida alguna que permita desvirtuar este esencial dato a los fines de acreditar el tipo del incumplimiento.

Incluso el propio Juez de Paz, Doctor Norberto Aquiles Arévalo a fs.23 vta. previo hacer lugar a un pedido de retención administrativa de la cuota alimentaria, establece que se debe probar la continuidad de la relación laboral del accionado con la empresa Alerta SA., para poder hacer efectiva la medida. Todo ello llevaba a dudar (ya en el expediente civil y mucho tiempo atrás) que el alimentante mantuviera su relación laboral, y por ende su capacidad económica.

Como si ello no bastara, advierto las reiteradas menciones que el imputado hizo sobre su carencia de trabajo estable, y la imposibilidad de encontrar uno, conforme lo expone por ejemplo, en el acta de fs. 34, constancia de fs. 60 y en el informe ambiental de fs. 75 y vta....".

Esos elementos resultaban, en aquel momento, insuficientes para abastecer el estándar probatorio requerido para elevar la causa a juicio.

Habiéndose procedido al rechazo de la requisitoria (siguiendo el criterio que sentara a partir de la causa nro. 9615/I caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble", rta. el 8/8/12) el Ministerio Público Fiscal incorporó nuevos elementos de convicción que no solo no han modificado la impresión que me formara con anterioridad, sino que refuerzan las conclusiones a las antes que arribara, sobre la falta de acreditación del elemento objetivo requerido por el tipo penal omisivo que se imputa.

A fs. 132 se incorporó un informe de la A.F.I.P. del que surge que el procesado no se encuentra registrado como trabajador en relación de dependencia, ni como contribuyente impositivo, y -a fs. 153 y vta.- se agregó un informe socio

ambiental del que surge que el imputado trabajaría como jornalero, percibiendo un suma de, aproximadamente, 3.500 pesos mensuales, según el trabajo realizado.

Es así que, de los elementos reunidos no puede afirmarse, a la luz de una sana crítica racional, que existan elementos suficientes para considerar acreditada -con el grado de probabilidad requerido por el art. 157 del C.P.P.- la posibilidad económica, necesaria para satisfacer la existencia de conducta omisiva dolosa que configure el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, normado en el art. 1 de la ley 13.944.

Ahora bien, a diferencia de las circunstancias en las que se encontraba el proceso al momento en que -por mayoría de opiniones- esta Sala dictara la primera resolución de fs. 114/112 y vta., actualmente se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 323 inc. 6to.; por lo que corresponde dictar el sobreseimiento del procesado.

Tal como he resuelto en diversas causas (ver mi voto I.P.P. nro. 11.533/I, del 20/3/14, entre otras), considero que esa normativa -y su aplicación una vez culminada la investigación cuando ya no existe más plazo a esos fines- genera para el sistema el beneficio de evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el imputado el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), respetando su derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

La situación procesal de B. se corresponde -prima facie- con lo dispuesto en ese inciso 6to., donde expresamente se prescribe esta falta de probabilidad positiva -contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios

para sobreseer.

El inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; el primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que se da en esta causa, ya que entre la fecha en que se llevó a cabo la declaración del imputado en los términos del art. 308 del C.P.P. y la requisitoria de elevación a juicio, presentada en esta oportunidad a fs. 156/159, ha transcurrido el establecido en el art. 282 del Código de Rito.

El otro, es que no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo; y en ese sentido destaco que no puede considerarse -con base objetiva en las constancias de la causa- a la luz de la sana crítica racional, que en un futuro pudiera ello acaecer.

Como sostuve en la I.P.P. nro. nro. 12.001/I en fecha 15/9/14, cuando me refiero a la no incorporación de nuevos elementos de cargo en la etapa de juicio, entiendo que en algún sentido, lo que requiere el legislador provincial es que esos medios de convicción no se hubieran podido "conseguir" durante el lapso instructorio por alguna imposibilidad (testigo que viajó, etc.); pero no es aplicable para los casos en que los medios de convicción pudieron diligenciarse en esta etapa y no se hizo (de lo contrario todas las causas se elevarían aún con duda y no sería la probabilidad positiva el grado de conocimiento requerido para a dichos fines: arts. 334, 336,337 y 157 del Rito, siendo que en la actualidad con el inc. 6to. del art. 323 no puede continuarse aseverando que todos los casos de sobreseimiento requieran certeza negativa).

No existe en autos ningún elemento aportado por el Ministerio Público Fiscal que permita considerar -con base objetiva en las constancias de la causa- que de realizarse el debate pudieran incorporarse nuevos elementos de cargo -diferentes

de los ya colectados, incluso luego del rechazo de la primera requisitoria de elevación a juicio presentada- que puedan hacer variar esta situación, máxime si se tiene en cuenta que desde el inicio de la investigación han transcurrido más de 6 años.

Considero entonces que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la decisión de la Jueza A Quo, disponiendo el sobreseimiento total de R.N.B..

Respondo por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Por los mismos fundamentos voto en el mismo sentido que el doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia revocar la resolución de fs. 168/171, debiendo disponerse el sobreseimiento total de R.N.B. en las presentes actuaciones (arts. 323 inc. 6to., 334 a 337 y ccdds., 421, 434, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal).

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Giambelluca.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Giambelluca.

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

SENTENCIA

Bahía Blanca, agosto 30 de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones- que no es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL**, **RESUELVE: HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por el señor Defensor Particular -Doctor Gustavo Gabriel Giorgiani a fs. 174/176, y en consecuencia **REVOCAR** la resolución dictada por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental -Dra. Gilda Stemphelet , a fs. 168/171, disponiendo el sobreseimiento total de R.N.B en orden al delito de Incumplimiento a los deberes de asisitencia familiar (arts. 323 inc. 6to., 334 a 337 y ccmts., 421, 434, 442 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Notificar. Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente.