

**I.P.P. nro. trece mil quinientos quince.**

**Número de Orden:\_\_\_\_\_**

**Libro de Interlocutorias nro.\_\_\_\_\_**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los                    días del mes de octubre del año dos mil dieciséis**, 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar resolución en la I.P.P nro. 13.515/I caratulada **"P.A., V.J. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar"**, y practicado que fue 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, Giambelluca y Soumoulou** (Magistrado que votará sólo en caso de que corresponda), 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 Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Interpone recurso de apelación el Sr. Secretario de la Unidad de Defensa nro. 1 Departamental -Dr. Martín Daich a fs. 126/129-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 4 Departamental -Dra. Marisa Promé a fs. 115/122-, por la que no hizo lugar al sobreseimiento solicitado y dispuso la elevación a juicio de la presente I.P.P.

Se agravia el recurrente, por entender que no se han acreditado los extremos exigidos por el art. 1ero. de la ley 13.944 para considerar probado el delito que se imputa, por cuanto no se habría acreditado que el justiciable tenga los medios

económicos para cumplir con las exigencias impuestas por la ley; siendo que por el contrario y de acuerdo a lo que surgiría de la causa, él habría tenido la intención de prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijas.

Solicita la revocación del fallo apelado y que se dicte el sobreseimiento.

Analizados los argumentos expuestos por el apelante y contenido de la resolución puesta en crisis, considero que corresponde hacer lugar al recurso y revocar la decisión, aunque con alcances diferentes a los peticionados, ya que si bien no corresponde el dictado del sobreseimiento, tampoco existe mérito suficiente como para elevar esta causa a juicio, resultando aplicable el criterio que sentara a partir de la causa nro. 9615/I, rta. El 8/8/12.

Tal como he resuelto en otras oportunidades, entiendo que, resultando el delito en cuestión -normado en el art. 1ero. de la ley 13.944- un tipo penal omisivo de carácter doloso, donde con el verbo "sustraer" se identifica el incumplimiento de la acción debida, el contexto de posibilidad de realización de esa acción, es un requisito conceptualmente necesario para determinar la existencia de la omisión intencional, y constituye por lo tanto, un elemento típico objetivo.

La presencia de suficiente capacidad económica del agente, posee directa vinculación con la posibilidad de cumplir con los deberes requeridos por la norma, y -por lo tanto- resulta indispensable que se posea esa capacidad para concluir que intencionalmente omitió realizar el actuar debido, sustrayéndose de prestar los medios indispensables para la subsistencia.

Ello no lo encuentro debidamente acreditado en esta investigación.

Y al ser un elemento objetivo del tipo penal corresponde su acreditación a la parte acusadora, resultando inadecuado y contrario al principio de inocencia -y a la iniciativa probatoria del art. 367 del Rito- hacer recaer en el acusado la carga de acreditar la carencia de medios económicos suficientes, como daría a entender la afirmación de la Jueza de Grado al destacar -como un argumento

justificativo de su decisión- que "...de los elementos colectados no se desprende en forma inequívoca esa imposibilidad de cumplir con la obligación que lo exima del reproche... no encuentro acreditado que el encausado -haya carecido- de la posibilidad real y efectiva de cumplir con los deberes inherentes a la subsistencia de sus hijas...".

En este sentido, jurisprudencialmente se ha sostenido que "...En el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar la posibilidad de realizar la conducta debida configura un elemento del tipo objetivo referido a la capacidad económica del autor para hacer frente a sus obligaciones asistenciales cuya prueba debe estar a cargo de la acusación pues a ésta incumbe probar la culpabilidad del acusado según el denominado principio de iniciativa probatoria del art. 367 del CPP y porque no resultaría razonable que quien niegue el delito al negar un elemento del tipo, deba también probar la inexistencia de tal requisito..." (T.C.P.B.A., originaria Sala II, La Plata 10.770 RSD-283-3 S 13-5-2003 , Juez CELESIA (SD); CARATULA: W.,J. s/ Recurso de casación; en el mismo sentido misma Sala II en causa 14.936 RSD-321-5 S de fecha 18-8-2005, Juez MAHIQUES, carátula "V.,O. s/ Recurso de casación").

Similares han sido las consideraciones de la originaria Sala I de ese Tribunal que resolvió "...En el caso del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1º de la Ley 13944), si no se logra acreditar acabadamente el incumplimiento, se debe absolver por duda beneficiante; lo mismo ocurre con la capacidad de cumplimiento (en el caso: el "a quo" extrae por vía de inferencias por el hecho de haber estado empleado en determinado período). La falta de acreditación de tal extremo, que bien puede probarse hasta por vía testimonial, no puede salvarse poniendo en cabeza del imputado la obligación de acreditar haber cumplido, sin grave mengua de la presunción de inocencia y del 'favor rei'..." (T.C.P.B.A, Sala I, causa 23.904, RSD-326-8 S de fecha 10-4-2008, Juez Sal Llargués, carátula: "C.,M. s/ Recurso de casación").

A su vez agrego, la necesidad de tener en cuenta y probar la capacidad económica del causante para llevar adelante una imputación mínimamente viable (por la comisión del delito normado en el art. 1ero. de la ley 13.944), ha sido soslayada –también– por el Ministerio Público Fiscal incluso al momento de describir el sustrato fáctico que conforma la acusación, donde no existe ningún tipo de referencia a esa circunstancia típicamente relevante: el no cumplir con la obligación alimentaria "pudiendo hacerlo".

Sobre dicho extremo, del conjunto de medios de convicción reunidos surge que el imputado no posee un trabajo formal, dedicándose principalmente a realizar changas de albañilería y que, si bien poseería inmuebles que alquila, el dinero que obtiene debe repartirse con sus hermanos –también propietarios de los mismos– por lo que la suma concreta que recibiría ascendería a 3.000 pesos cada 6 meses.

Destaco que, conforme surge de las conclusiones del informe socio ambiental de fs. 63/66, el justiciable subsiste en condiciones modestas con ingresos informales y prestaciones sociales públicas y que posee dificultades para cubrir las necesidades básicas del grupo conviviente que es numeroso. Sólo para dar una idea de las necesidades propias que posee, advierto del informe social efectuado en su vivienda (fs. 63/66) que la misma "...es modesta; reúne las condiciones básicas para ser habitada. El equipamiento es insuficiente y está deteriorado. No posee los espacios necesarios para la cantidad de moradores..."; la descripta no pareciera ser la condición económica de quien se substraerá con intención de prestar sus deberes de asistencia. Máxime cuando también del mismo informe puedo leer: **"...no poseen heladera..."** (el destacado me pertenece y lo efectúo con el fin de resaltar la idea que vengo proponiendo).

Agrego que además de las hijas en común que posee con la denunciante, tiene tres hijos más con su actual concubina, quien a su vez es madre de 4 propios, siendo que estos últimos 7 conviven con el procesado.

Por lo expuesto, señalo que en el caso de autos no existen, a mi entender, elementos de convicción suficientes para considerar probado que el justiciable posea una capacidad económica tal, que permita sostener, que la falta de cumplimiento de sus obligaciones alimentarias (denunciada en autos) resulte ser una omisión intencional, penalmente reprochable.

Considero entonces, que no puede sostenerse con el grado de probabilidad requerido por el art. 157 del C.P.P. que existan elementos suficientes -a esta altura del proceso- para considerar acreditada la materialidad ilícita del hecho de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en virtud de la falta de acreditación de la posibilidad económica del imputado, necesaria para la configuración de una conducta omisiva dolosa.

Sin embargo tampoco puede arribarse -con base en los elementos de prueba reunidos- al grado de certeza negativa requerido por el art. 323 inc. 3ero. del Rito, para dictar el sobreseimiento.

Nuevamente considero aplicable al caso conceptos que ya formulara en la I.P.P. 10.061/I "Montenegro, Marcelo Hugo s/Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", citada por el recurrente, cuando en mi voto refiriera que "...A fin de justificar los efectos de la presente resolución, debo aclarar en primer término que el Código de Procedimiento Penal de este Estado, al instituir en su título VI el denominado control de la imputación -o etapa intermedia por encontrarse ubicada entre la investigación penal preparatoria y el juicio-, establece que una de las principales funciones que debe realizar el Juez de Garantías o Cámara de Apelaciones es evitar que lleguen a plenario causas que impliquen un dispendio de actividad jurisdiccional.

Así, la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones que posean defectos (control formal), o se encuentren insuficientemente fundadas (control material).

El artículo 337 del C.P.P. establece que "...el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciera lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa..." (primer párrafo) agregando: "...cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de juicio o juez correccional en su caso..." (tercer párrafo).

No hay dificultad interpretativa de la normativa procesal en lo tocante al párrafo tercero, pues ese control es a pedido de parte, salvo causales de nulidad (control formal), claro está.

Distinta es la solución cuando hubiere oposición de la defensa.

Cafferata Nores explica que la "...ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio o avance o conclusión del proceso, a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez (órgano judicial) en relación con la verdad que se pretende descubrir..." (cfr. "La Prueba en el Proceso Penal", 3era. Edición. Editorial Depalma, pág. 9); digo así que el grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia -que se ha denominado comúnmente grado de probabilidad positiva- está establecido en el art. 157 del C.P.P., estándar al que remite el art. 337, primer párrafo, de ese cuerpo normativo.

En último caso la situación procesal del imputado podría -prima facie- corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P. que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva -contracara del art. 157 del Rito- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer..."-.

Sin embargo, ese inciso establece otros dos requisitos que deben observarse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva; y el primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la investigación penal preparatoria se encuentren vencidos, circunstancia no acaecida en autos, en tanto a la luz de los

plazos normados en el art. 282 del C.P.P. le queda tiempo a la Agencia Fiscal para continuar el trámite. Por esta razón el sobreseimiento no procede.

De allí que la interpretación armónica de los artículos citados conlleva a la siguiente consecuencia: en los supuestos en que no se hubieran agotado dichos plazos procesales y tampoco se hubiera formado en el juzgador la convicción necesaria para pasar a la siguiente etapa procesal -que es lo que aquí ocurre- debe procederse al "rechazo" de la requisitoria y la remisión de la investigación a los fines que se estimaren corresponder, cual sería por la Fiscalía la búsqueda de nuevos medios de convicción que permitieran arribar a esa probabilidad positiva jurisdiccional o peticionar el sobreseimiento en caso contrario (Ver en ese sentido Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro -Sala III- en las causas: 23.360 "Hyland Harold S. s/ apelación auto de elevación a juicio" de abril de 2007; 25.101 del 29/12/2008; 27.115 caratulada "Ayala, Raúl Bernardo s/ elevación a juicio" de junio de 2011).

Esta situación 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. También en el mismo sentido se puede ver en doctrina "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel; Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 203 y sgtes.

Se aclara que la remisión que debe efectuarse no puede indicar ni marcar el camino que debe seguir la instrucción; es decir, no debe precisarse qué prueba resulta necesaria ni cómo se debe producir la misma; pero sí es un claro

indicador de que "en estas condiciones" no se puede continuar el camino hacia el juicio oral...".

Existiendo plazo instructorio, arribar al grado de probabilidad positiva requerido por el art. 157 o a la certeza negativa (forma genérica para denominar los estados de convicción correspondientes a los diversos incisos del art. 323 del C.P.P., salvo el inc. 6to., claro está) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr.."

Habiéndose recibido declaración al procesado en fecha 10/9/2014 (fs. 74/5) y siendo que la requisitoria fue presentada el 22/12/2014 (fs. 106/108 y vta.) aún resta plazo en los términos del art. 282 del Rito.

Voto entonces por la negativa.

**A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA,**

**DICE:** Por los mismos fundamentos, voto en igual sentido que el Doctor Barbieri.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Atento el resultado alcanzado al tratar la primera cuestión corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución recurrida, efectuándose el rechazo de la requisitoria fiscal, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 336, 337 y 157 inc. 3ero. a "contrario sensu", 421, 434, 435, 442 y ccdts.del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Voto en igual sentido que el Doctor Barbieri.

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



## **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca,        de octubre de 2016.

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

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 126/129, y revocar la resolución recurrida de fs. 115/122, efectuándose el rechazo de la requisitoria fiscal en los términos que fuera presentada, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 336, 337 y 157 inc. 3ero. a "contrario sensu", 421, 434, 435, 442 y ccmts.del C.P.P.).

Notificar. Hecho, devolver a la instancia de origen.