

Expediente I.P.P. trece mil cuatrocientos ochenta y tres.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticinco días del mes de noviembre 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 interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.843/I "G.B.,F.M s/ defraudación por administración infiel y falsa denuncia"**, 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, Giambelluca y Soumoulou** (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1era.) ¿ Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 146/152 interpone recurso de apelación la Sra. Defensora Particular, Dra. Mercedes Gil Donnari, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza de Garantías -Dra. Gilda Stempholet-, por la que no hizo lugar al sobreseimiento solicitado en favor del imputado y dispuso la elevación a juicio por los delitos de falsa denuncia y estafa por administración infiel. Respecto de la imputación por el delito de falsa denuncia, se agravia la recurrente por considerar que no puede tenerse por acreditado el hecho, computando elementos de prueba que son derivaciones de los dichos del imputado en sede policial.

Cuestiona el rechazo, por parte de la Magistrada, de la aplicación de la regla de exclusión probatoria sobre los testimonios de las personas que oyeron los dichos autoinculpatorios del procesado, y sostiene que aceptar esa evidencia implica convalidar la irregular actuación policial y la violación a la garantía de no autoincriminación.

Expresa que validar la incorporación de esos testimonios importaría tornar abstracta y sin sentido la declaración de nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/2, porque indirectamente se estaría autorizando a que los dichos inculpatorios del imputado ingresen al proceso a través de esas pruebas, de manera ilegal, por lo que debería aplicarse sobre los testimonios, la doctrina del "fruto del árbol envenenado", por encontrarse esta investigación viciada desde su inicio, desde que la "notitia criminis" fue dada por su defendido a la policía.

Solicita se revoque la resolución y que se disponga el sobreseimiento en esta imputación.

En relación al delito de administración fraudulenta, cuestiona el modo en que se ha considerado probada la autoría, con fundamento en la presunta existencia de un mandato tácito. Sostiene que la habilitación otorgada por la empresa G. S.A., estaba a nombre de A.C.F., por lo que ella sería la única persona que reuniría los recaudos exigidos por el tipo penal para ser autora.

Critica que la Jueza base sus conclusiones sobre la atribución de responsabilidad, a partir de las manifestaciones que brindó el hoy procesado al formular la denuncia que dio origen a la I.P.P. nro. 644/14, en una declaración que ha sido prestada bajo juramento de decir verdad; no pudiendo extraerse de allí que exista sobre el imputado un mandato tácito, pues implicaría una vulneración a sus garantías constitucionales.

Sostiene que esa declaración resulta inválida y señala que la única válida sería la prestada en los términos del art. 308, donde hizo uso de su derecho a guardar silencio.

Agrega que admitir una imputación a través del mandato tácito, vulnera el principio de máxima taxatividad legal, en tanto el tipo penal en cuestión, no lo enumera tácito como una de las formas comisivas; agregando que de haber existido tal mandato tácito, ello hubiera sido informado por la firma Rapi Pago al momento de emitir el informe de fs. 83.

Explica que el local comercial era responsabilidad de F. (en lo referido al cobro de impuestos y servicios), que no sería esposa del imputado -como consigna la resolución-, funcionando también un polirubro, sí explotado por G.B. (indicio de ello es la existencia de cajas fuertes independientes) lo que descarta la posibilidad del mandato tácito. Solicita también revocación.

Analizado lo expuesto por la recurrente y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo declarar inadmisibles el primero de los agravios planteados -relativo a la imputación por falsa denuncia- y revocar parcialmente la decisión de la Jueza en lo tocante al delito de administración infiel, aunque con alcances diferentes a los que propone la impugnante, por entender que resulta un caso de aplicación del criterio que he sentado en la I.P.P. nro. nro. 9615/I, caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble" del 8/8/12, dado que la situación planteada no puede ser encuadrada en ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 del C.P.P. para el sobreseimiento, no existiendo tampoco elementos suficientes para tener por acreditada la materialidad delictiva -con el grado de convicción suficiente- para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del Código Procesal Penal).

Respecto a la primera imputación, destaco que la apelante pretende cuestionar aspectos de la decisión de la Jueza de Grado que han adquirido firmeza, en tanto se trata de cuestiones abordadas en la decisión de fs. 103/106 y vta., que no ha

sido oportunamente impugnada. Fue en esa resolución, y no en la que actualmente se recurre, en la que se decretó la invalidez del acta de procedimiento, donde se han plasmado dichos autoincriminatorios del procesado. Pero allí se mantuvo la validez del resto de los elementos de convicción -que se han valorado por la Magistrada en la resolución que hoy se impugna-, por entender que eran derivación de un cauce independiente de investigación. Esos puntos, que fueron expresamente abordados y decididos por la Jueza, no fueron objeto de crítica por parte de la recurrente, en los plazos y por los medios legalmente previstos.

La falta de impugnación oportuna de esa decisión importa la firmeza de los alcances de la resolución de la Magistrada (al menos en esta etapa intermedia), e impide ingresar en una nueva discusión sobre aspectos ya tratados y resueltos en este proceso; por lo que propongo que el primer agravio sea declarado inadmisibile.

En lo que respecta al segundo grupo de agravios, relacionados a la imputación de administración infiel, propondré la revocación de la elevación a juicio, con alcances distintos de los que propone la apelante, en tanto no existen elementos de convicción suficientes para considerar acreditada la materialidad ilícita del delito imputado, con el grado de probabilidad requerido para elevar la causa a juicio, pero tampoco se encuentra cumplido ninguno de los supuestos legales previstos en el art. 323 del C.P.P. (art. 337 del C.P.P. en relación con el art. 157 de ese Código).

Tal como señala la recurrente, una las evidencias centrales en las que la Magistrada funda su decisión respecto de la acreditación de la defraudación, es la denuncia formulada por el hoy imputado, que dio origen a la I.P.P. nro. 644/14 agregada por cuerda. Sin embargo entiendo, dicha declaración no puede ser válidamente incorporada en el razonamiento probatorio sobre la acreditación del ilícito de administración infiel, por cuanto en ella se plasman manifestaciones del acusado que aportan elementos incriminantes y que han sido vertidas bajo juramento de decir verdad.

Tener en cuenta -como elemento de cargo- los datos que emanan de una declaración prestada en esos términos y bajo esas formalidades compromisorias, implica una vulneración de garantías procesales vinculadas al derecho de defensa y a la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo, que hacen al debido proceso legal. Tal como expliqué al resolver la causa 11.500/I el 4/09/13, considero que al expresarse en calidad de testigo quien hoy reviste la calidad de imputado por eventos sobre los que versó su declaración, "...se le recibió juramento y se lo instruyó sobre su obligación de decir verdad y de las penas con las que se castiga el falso testimonio, situación que, tal como es reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia Nacional: "...entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma por el imputado, pues, dicha exigencia constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra, y la Constitución rechaza categóricamente cualquier intento en este sentido..." (C.S.J.N. "Mendoza", Fallos-CSJN, 1:350; "Diario El Atlántico", Fallos-CSJN, 281:177; "Agüero Corvalán, Jorge R. y otros" del 09/11/1989 citar La Ley Online AR/JUR/2390/1989)..."

Es así que no pueden valorarse los datos aportados por el procesado bajo juramento de decir verdad -y que fueron expresados en su rol de denunciante y en un acto por cuya falsedad hoy se lo imputa- para acreditar la materialidad ilícita y la autoría en otro delito distinto (del que llevó a cabo al denunciar falsamente), máxime cuando su declaración ha versado -justamente-, sobre los eventos que constituyen la acusación.

Tal como señala la apelante, la imputación por el delito de administración infiel, especialmente la función que cumplía el procesado y su relación con las exigencias específicas del tipo penal sobre la calidad requerida para ser autor, se sostiene -exclusivamente- en lo manifestado por G.B. al efectuar la denuncia, lo que conlleva -al incluirse esos datos como evidencias sobre la comisión de la defraudación- afectación a sus derechos constitucionales.

En consecuencia debe revocarse la decisión de la Jueza en tanto que, excluida esa declaración del plexo de convicción valorable para la acreditación del ilícito en cuestión, no existen elementos de convicción suficientes que permitan tener por acreditada la materialidad ilícita, con el grado de probabilidad requerida para disponer la elevación a juicio de la I.P.P.

Como puede leerse en la decisión apelada, específicamente a fs. 139, las conclusiones de la Jueza sobre los hechos que tuvo por probados (como constitutivos del la defraudación normada en el art. 173 inc. 7 del C.P.) se basan, exclusivamente, en lo que "...se desprende de la denuncia efectuada por el imputado y que corre agregada por cuera como investigación nro. 644/14..."; por lo que, excluyendo de valoración ese elemento, se carece de otros medio de convicción que corroboren la hipótesis de cargo, no encontrándose abastecido el estándar probatorio establecido por el legislador en los art. 157 y 337 del C.P.P.

A fin de justificar claramente 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.

Tal como expliqué, entiendo que en el caso de autos, no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la materialidad delictiva de la defraudación imputada. Pero tampoco podría sostenerse razonablemente que nos encontremos con alguno de los supuestos normados por el art. 323 del C.P.P. como para dictar el sobreseimiento.

La situación procesal -prima facie- podría corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P., que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva como uno de los requisitos necesarios para sobreseer. Sin embargo, ese inciso establece otros dos extremos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; y el primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que no se da en esta causa, por lo que 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, 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 o peticionar el sobreseimiento en caso contrario).

En ese sentido se pronunció la 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 justiciable 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..

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.) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr.

En autos aún existe plazo de instrucción, en tanto la audiencia en los términos del art. 308 del C.P.P. fue celebrada el 28/05/2015 -fs. 118/119- y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada el 17/06/15 -fs. 120/124 y vta.-; por lo que la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri, por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde declarar inadmisibile el agravio formulado en lo tocante al delito de falsa denuncia; y revocar la resolución respecto del de administración infiel, rechazando la requisitoria de elevación a juicio y debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157 inc. 3 "a contrario", 210, 323 inc. 6to. a "contrario sensu", 334 a 337 y ccdts., 421, 434, 435, 442 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Tal es mi sufragio.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, noviembre 25 de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es parcialmente justo el fallo apelado.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** declarar inadmisibile el recurso en lo tocante al delito de falsa denuncia y revocar la resolución respecto del de administración infiel, rechazando la requisitoria de elevación a juicio, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157 inc. 3 "a contrario", 210, 323 inc. 6to. a "contrario sensu", 334 a 337 y ccdts., 421, 434, 435, 440, 442 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

Notificar.

Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente.