

**Expediente Nro. catorce mil cuarenta y ocho.**

**Número de Orden:**\_\_\_\_\_

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

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los \_\_\_\_\_ 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri** (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 14.048/1 "G.,G.C.N. por robo agravado en Bahía Blanca"**, 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** resolviendo plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

**1º) ¿Cuál es el órgano competente para entender en la presente causa?**

**2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

#### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR BARBIERI DICE:** La Titular del Juzgado en lo Correccional Nro. 3 Departamental, Doctora Susana González La Riva, resolvió -a fs. 206/207- declinar la competencia en la presente causa y remitirla a esta Excma. Cámara de Apelaciones y Garantías, para su sorteo entre los Tribunales en lo Criminal, al entender que se encuentra acreditado -que en el hecho investigado- ha participado un menor de 18 años, G.M.I., y que por lo tanto la imputación debe ser encuadrada en la agravante prevista en el art. 41 quater. Ello determina que el máximo de pena previsto supere los 6 años de prisión, y en consecuencia que sean esos órganos los que resulten materialmente competentes para el juzgamiento (de conformidad a lo establecido en los arts. 24, 26, 27 y 28 del C.P.P.).

Recibido el expediente en el Tribunal en lo Criminal Nro. 3, el Doctor Eduardo Alfredo d'Empaire rechazó la competencia atribuida, con fundamento en que la participación de un menor de edad no formó parte del marco fáctico descrito por el Fiscal, ni se ha hecho referencia alguna a la edad del sujeto junto al cual se le imputa a G. la comisión del hecho; ni tampoco, desde la tipificación legal se ha citado la norma del artículo 41 quater, donde se establece la circunstancia agravatoria por la minoridad del coencausado.

Sostiene que en la de etapa de juicio ya no podría introducirse válidamente dicho agravante, por lo antes referido, siendo que resultaría improcedente la ampliación del requerimiento en los términos del art. 359 del C.P.P., pues la minoridad del coimputado (por el que se solicitó la declinación de competencia a la justicia penal juvenil) era ya conocida, no tratándose de un hecho nuevo.

Analizados los argumentos expuestos por los Magistrados, considero que resulta materialmente competente para entender en esta causa el Tribunal en lo Criminal nro. 3, y así lo propongo al acuerdo.

En primer término señalo que al resolver cuestiones de competencia como la presente, que versan sobre la materia por el monto de pena, no debe prevalecer un criterio rígido.

En referencia a la participación de un menor en el hecho y a la posibilidad de aplicar la agravante normada en el art. 41 quater del C.P., destaco que del trámite de la causa puede inferirse su participación, en tanto se ha solicitado -previo a que se disponga la elevación a juicio- el sobreseimiento de quien fue imputado inicialmente como coautor del ilícito, G.M.I(padre), declinándose la competencia hacia la justicia juvenil para juzgar a quién sí resultaría partícipe (homónimo hijo del antes nombrado) de 17 años de edad; por lo que existe la posibilidad de que en el debate se acredite esa participación y se aplique el agravante mencionado sin, que ello implique -necesariamente- una modificación esencial en el

hecho; descartando por mi parte la posible vulneración del principio de congruencia, ni advirtiendo afectación al derecho de defensa (tornando recomendable -ante la duda- que intervenga en el juzgamiento el órgano que tiene la posibilidad de hacerlo sin importar el máximo de pena previsto).

Ello, de acuerdo al criterio que he sostenido en la I.P.P. nro. 9386/I, en fecha 3/8/12, siguiendo los lineamientos expuestos por la C.S.J.N., al entender que "... la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Y en ese sentido el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse; de lo expuesto puede aseverarse que para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación (al conllevar sorpresa) por parte del imputado. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva ... Lo importante de la información acerca del hecho que se atribuye pasa por la circunstancia de que pueda ser comprendida cabalmente por el imputado y éste tenga la posibilidad de oponer los medios que hacen a su defensa, en tiempo oportuno..."

Nuestro Máximo intérprete Constitucional Nacional que ha receptado parámetros similares al resolver en causa "Sircovich, Jorge Oscar s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados, S. 1798.XXXIX, del 31 de octubre del 2006" donde se expresó que es deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, el precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio (Fallos:

314:333 -con cita de Fallos: 186:297; 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 302:328, 482 y 791- 315:2969; 319:2959; 320:431, voto de los jueces Moliné OConnor y López; 321:469 -con cita de Fallos: 310:2094 y 312:2370, entre otros-;; y 324:2133, voto del juez Petracchi).

En ese sentido "...el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole 'formular sus descargos'..." (precedente ya citado de Fallos: 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert, con cita de Fallos: 242:234); lo que resulta se suma relevancia en esta causa, en tanto que no podrá existir sorpresa para la defensa, atento los diversos datos que posibilitan tener cabal conocimiento respecto de la posible intervención de un menor en el hecho.

Además de lo expuesto, señalo que conforme surge de la descripción fáctica realizada por el Ministerio Público Fiscal en su imputación (al momento de celebrarse la audiencia en los términos del art. 308 del C.P.P. y al formular su requisitoria de elevación a juicio), la sustracción por la que se acusa a G. involucra el "...violentar la cerradura de la puerta de la cocina que da al patio y romper dos vidrios de la ventana del lavadero contiguo a la vivienda..." lo que podría, a su vez, configurar la agravante de efracción prevista en el art. 167 inc. 3ero. del C.P., y que hace recomendable, también, que intervenga el órgano con competencia en lo Criminal, por el quatum de pena establecido en dicha norma.

En ese sentido, señalo que la Suprema Corte Provincial ha expresado respecto de esa tipificación "...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).

Asimismo, 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).

Por las razones expuestas, propongo dar razón al Juzgado en lo Correccional declinante y asignar competencia al Tribunal en lo Criminal Nro. 3 desinsaculado.

Tal el alcance de mi voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero al sentido y a los fundamentos vertidos por el Dr. Barbieri.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde dar intervención en los presentes actuados del Tribunal en lo Criminal Nro. 3 Dptal. (Arts. 24, 26, 27 y 28 del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero al voto del Doctor Barbieri.

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

### **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, noviembre de 2.016.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es competente el Tribunal en lo Criminal nro. 3 Departamental para seguir entendiendo en estas actuaciones.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** determinar que debe continuar con el trámite del proceso el Tribunal en lo Criminal Nro. 3 Dptal. (arts. 24, 26, 27 y 28 del Código Procesal Penal).

Enviar copia de la presente resolución al Juzgado en lo Correccional nro. 3 para su conocimiento, librándose el corresponde oficio.

Remitir sin más trámite las presentes actuaciones al Tribunal en lo Criminal Nro. 3 Departamental.