

I.P.P. nro. Catorce mil cuatrocientos setenta y siete.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los once 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 Ángel Barbieri (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P nro14.477/I caratulada "Incidente de Prisión Preventiva de J.,M.E."**, y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca** (artículo 440 del C.P.P.) resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1) ¿Es nulo el requerimiento fiscal de fs. 136/139 vta. y la resolución que impuso la prisión preventiva de fs.140/143 vta. de los autos principales?**
- 2) En caso afirmativo: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?**

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 4/8 del presente incidente, interpone recurso de apelación (mejorado en la audiencia oral que da cuenta el acta de fs. 35) la Señora Defensora Particular -Doctora Elisa Hospitaleche-, contra el resolutorio de fs. 140/143 y vta. de los autos principales (cuya copia obra a fs. 10/13 y vta. de esta incidencia), dictado por el Señor Juez interinamente a cargo del Juzgado de Gtías. de la ciudad de Tres Arroyos -Doctor Alberto Daniel Gallardo-, que convirtió en prisión preventiva la detención de M.E.J. en

orden a los delitos de lesiones graves y lesiones leves en los términos de los artículos 55, 89 y 90 del Código Penal.

La recurrente señala que la decisión del A-Quo es arbitraria, toda vez que los hechos sucedieron de manera distinta a como se describiera la materialidad delictiva, ya que acaecieron en el interior de la casa del imputado, siendo que en el primer encuentro entre J. y M.D.Z. no se generó lesión alguna para el último, advirtiendo además contradicción entre el certificado médico y la lesión real que sufriera C.Z..

Descarta por otra parte la hipótesis de que su asistido se haya apostado en la ventana y puerta para disparar a los agresores, y pone de resalto que dentro de la vivienda se encontraba J. junto a su familia, quienes fueran malheridos tal como surge de los informes médicos respectivos.

Refiere que las armas secuestradas se hallaban en el interior del auto de la familia Z. y que fueron ellos quienes violentaran el domicilio particular de J., siendo cuatro sujetos con la intención de pelear, reiterando que su asistido se encontraba solo con su mujer y dos hijos quienes resultaran heridos de la agresión, no pudiendo ignorarse, en esta instancia teniendo en cuenta la libertad que se halla en juego, la causal de justificación prevista por el artículo 34 inciso 2do y 6to del C. Penal, sin perjuicio de que resulte el juicio oral el momento más amplio para la determinación de la verdad real.-

Afirma que la comparecencia del encausado se puede asegurar por otros medios menos gravosos, por lo que mantenerlo privado de la libertad resulta arbitrario, ya que por su conducta procesal anterior no puede sostenerse que se vaya a fugar.

Solicita se revoque el auto y se otorgue la libertad, sea caucionada o limitada, ya que lo contrario significaría un adelantamiento de pena, violatorio de garantías constitucionales.

Efectuada esa prieta síntesis, advierto la existencia de vicios con entidad nulificante (tanto del requerimiento fiscal como de la resolución puesta en crisis), el cual me encuentro facultado a entender en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 y ccmts. del Código Procesal Penal, 10 y 15 de la C. Prov. y en el artículo 18 de la Constitución Nacional, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

Conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Lo que advierto es que el requerimiento fiscal no ha sido respuestoso (por la instrucción que lo precede) de las garantías constitucionales que goza todo procesado, siendo que ello se traslada a la resolución impugnada, la cual no sólo no lo ha advertido ello sino que además no se ajusta a las exigencias que impone el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, por omitir el tratamiento de cuestiones esenciales, desde que el Magistrado de Grado no analizó la posible existencia de la causal de justificación que hoy reclama la defensa (art. 34 inc. 6to. del C.P.), a lo que se encontraba obligado por los medios de convicción reunidos en la causa, y en particular a partir del contenido de la declaración prestada por el procesado a fs. 37/39 y vta. de los principales.

En efecto, la descripción fáctica que se formula en el segundo párrafo del primer considerando del auto en crisis, no guarda relación con los distintos medios de convicción recabados durante la investigación; la que por otra parte considero que se ha practicado alejada de los principios establecidos por el Rito Provincial, especialmente de las previsiones del art. 266 de este Cuerpo Legal. Y ello tanto por la forma en que las declaraciones fueron recepcionadas, como asimismo por aquellas diligencias que fueron omitidas y que resultaban imprescindibles para lograr un mayor acercamiento a la real ocurrencia de los hechos, máxime teniendo en cuenta que existe un sujeto pasivo de imputación penal privado de la libertad.

Así las declaraciones de los hermanos Z. fueron prestadas en sede policial, surgiendo evidentes contradicciones entre las mismas, como por ejemplo en la motivación que los llevó a concurrir al domicilio del imputado. En ese sentido C.A. y M.E. (fs. 13 y 15 respectivamente) dijeron que fueron con fines de "dialogar", con quien supuestamente minutos antes le había efectuado un disparo a M.. Este último aparece como un tanto más sincero (fs. 17/19) al manifestar que fueron con el objeto de mantener una pelea; en tanto que Claudio Javier expresó que fueron a "solucionar el problema hablando" para que la situación no pase a mayores (fs. 133/134 vta).

Todo ello confronta el sentido común, pero además resulta contrario al extremo de que se haya secuestrado un cargador en el auto de los nombrados, con un cartucho en su interior luego de la ocurrencia de los graves hechos investigados.

Ello sin dejar de destacar que también resultan opuestas a la declaración del imputado que los coloca en posiciones y conductas diametralmente distintas. Y hubiera correspondido luego de recibida esa declaración, que se reprodujeran las testimoniales de cargo, sin dudas ya en la sede de la Fiscalía, a efectos de dilucidar esas cuestiones y otras que devienen esenciales frente al concreto planteo de una hipótesis de justificación (con ciertos visos de verosimilitud por el hallazgo del cargador del arma dentro del automóvil de los Z., los daños en la

propiedad y las lesiones producidas al procesado y a su grupo familiar, en particular a su hija de 4 años).

En otro orden, no se han efectuado diligencias para levantar huellas dactilares de las dos armas de fuego secuestradas, ni se ha obtenido el resultados del dermatost que se le practicara a M.Z., omitiéndose efectuar el levantamiento de rastros papilares con respecto a los restantes intervinientes del hecho, ni habiéndose investigado tampoco la conducta que en el acontecer tuviera el cuñado del imputado, J.A..

Por tal razón entiendo que se ha violado la garantía del derecho de defensa en juicio debido a la falta de recepción de testimoniales de descargo, no habiéndose efectuando diligencias útiles para el esclarecimiento de un grave suceso, y donde se omitió el tratamiento de la causal de justificación alegada por el justiciable.

Asimismo se violaron las reglas del debido proceso, al no haberse evacuado las citas planteadas por el justiciable en su declaración de fs. 37/39 y vta, en particular en lo tocante su pareja D.A., a quien desde un comienzo la instrucción (acta a fs. 4) se dispuso –erróneamente y según refiere el personal policial por orden de la Fiscalía actuante- que no se le recepcione declaración, sin saber tan siquiera si realmente lo iba a hacer en contra del procesado, tal como expresamente lo normara el legislador provincial en el art. 234 del C.P.P.

También se ha efectuado una interpretación probatoria alejada de las reglas que abona la sana crítica, desde que se “acceptaron” testimoniales de cargo con evidentes contradicciones y con -al menos- ingenuidad, desde que se les ha “permitido” referir alegremente que iban a “dialogar” con un sujeto con el que minutos antes se había mantenido una discusión y quien supuestamente (tesis de la familia Z.), había efectuado un disparo a M. momentos antes.

También resulta muy difícil de creer lo expuesto por los testigos de cargo en el sentido de que bajaran del auto (supuestamente desarmados) donde

fueran recibidos a los disparos por J. desde el interior de su vivienda; para lo que decidieron ingresar, para "defenderse". Ello es contrario a la lógica y parece una subestimación al tercer observador. Semejantes referencias -al menos- debieron llevar a una reiteración de esas testimoniales en sede judicial, si es posible con el contralor de la defensa, máxime a partir de lo declarado por el hoy privado de la libertad. No deja de sorprenderme que a 18 años de vigencia de la ley 11.922 donde uno de sus objetivos había sido la mayor calidad en la recepción de los medios de prueba y en la dirección de la investigación, se prive de libertad con un hecho de extrema gravedad, con referencias prestadas sólo en sede policial, y con las características y falencias que ya describí.

Con respecto a esas citas del procesado, si bien aquellas fueron ordenadas a fs. 55, sólo se concretó la de D.M.L. (fs. 80), la que no fuera notificada a la defensa; si bien ello no es obligatorio resulta de buena práctica procesal cumplir con tal comunicación, máxime cuando su producción fue solicitada por la Defensora (ver fs. 49).

Pero advierto también nuevamente otra situación "original" (contraria a los intereses del sujeto pasivo de imputación penal) donde se estableció que esos testigos (me reitero cuya obligatoriedad de recepción fue establecida para el Fiscal por el legislador provincial en el art. 318 del C.P.P.), debían declarar, carga de comparecencia que se puso en cabeza de la defensa técnica, contrariando la clara manda legal.

Agrego a lo expuesto, que si bien no existe un plazo legal perentorio previsto para la evacuación de citas (arts 318 del C.P.P.) resultaba recomendable haberlo efectuado en forma cercana al momento que el procesado prestó declaración (máxime desde que se encuentra privado de la libertad); lo que no ocurrió -al menos- hasta dos meses después, en que la causa fue remitida a este Cuerpo; ello aparecía

como pertinente y útil para corroborar o refutar la tesis de descargo (véase que la actual Defensora Particular también lo solicitó a fs. 54).

Tampoco se dan razones para no haber investigado (al menos no existe constancia en esta incidencia, ni en la principal) las lesiones producidas a la hija del procesado, de tan sólo 4 años de edad, siendo que el nombrado J. hizo saber que el autor habría sido uno de los atacantes mediante la utilización de un palo. Teniendo en cuenta la naturaleza de los acontecimientos y la edad de la víctima no aparece como un "hecho para dejarlo pasar" y además una diligente investigación del mismo también puede aportar datos de interés para la presente (por lo que sin perjuicio de lo que aquí se resuelva con respecto a J., propondré sea enmendado atento resultar la comisión de un delito de acción pública).

Lo expuesto demuestra lo defectuoso de la investigación, que ha sido tolerado por el Juez de Garantías que dictara la prisión preventiva; quien además, valoró en forma deficiente los elementos colectados y omitió tratar la posible existencia de la causal de justificación en favor del procesado.

Así en el auto apelado puede leerse a fs. 12 vta. al analizar los dichos de J., que "...Disculpa que si bien parcialmente podría verse respaldada por los elementos de la investigación hasta ahora acopiados, en tanto el acta de levantamiento de evidencias físicas de fs. 28/29 vta. surgiría la rotura de una ventana de su vivienda y el certificado médico de fojas 7 daría cuenta de los golpes recibidos en su cabeza, lo cierto es que ello no logra desvirtuar los elementos de cargo existentes en orden a su participación como autor en los hechos pesquisados, principalmente a partir de las declaraciones de los hermanos Z. y la certificación de las heridas causadas a estos por los disparos efectuado con un arma de fuego que se presume a ésta altura fueron ejecutados por el encausado...".

Con esa transcripción se demuestra el absurdo valorativo, en principio por no haber abonado la tesis del procesado con las lesiones causadas a su hija menor

de 4 años. Pero además cuando comienza analizando la posible existencia de la causa de justificación de legítima defensa, parece descartarla (sin mayor análisis) al referir que se encuentra desvirtuada por los dichos de los hermanos Z. (sin referir por qué optó por "ellos"), y por las heridas que se les causaron con un arma (digo por mi parte que si lo hubieran sido por J. sería un extremo necesario para que se analice la legítima defensa, pues si no hubiera probabilidad de que hubiera cometido un delito, nada debería hacer cautelarmente detenido y ninguna justificación habría que analizar).

Vuelvo al resolutorio, y a continuación efectiviza la omisión al referir el A Quo: "...Pues aún en sustento de una hipótesis de exceso en el ejercicio de una causa de justificación... la misma se sujeta a una cuestión de hecho y de prueba que aventaja el estadio en curso, en tanto encontraría su mejor ámbito de producción y discusión en la eventual audiencia de debate...". Es decir que advirtiendo que la causal podría existir, y que en último término también podría reconocerse un exceso (sigo el razonamiento del A Quo), se lo hace esperar –al imputado– al Debate Oral para poder "probarlo bien". Ello ni más ni menos es como decirle a J. "...su conducta puede estar justificada, por lo que sería inculpable y no tendría imposición de pena; o podría haberse excedido por lo que sería pasible de imposición de la pena (atenuada) de lesiones culposas. Sin embargo deberá esperar al juicio oral detenido porque por ahora ello no puede ser analizado y continuará con una imputación de lesiones graves y leves dolosas...". Esa forma utilizada es sólo para otorgar claridad a la resolución y demostrar por qué propongo invalidarla.-

Al contrario a lo referenciado por el A Quo, esa "chance" debe ser evaluada en "esta etapa", lo que además resulta aún de una exigencia mayor, desde el momento que el procesado se encuentra privado de la libertad.

Lo contrario configura un incumplimiento de la manda constitucional de tratar las cuestiones esenciales que fueran sometidas por las partes a los Órganos

Jurisdiccionales, de conformidad a lo establecido por los artículos 18 de la Constitución Nacional y 168 y 171 de la Provincial.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo anular el requerimiento de prisión preventiva de fs. 136/139 y vta. (debido a que no pudo considerársele válido con las falencias y omisiones descriptas) como así la resolución de fs.140/143 y vta. (por haber tolerado tal situación y omitido expresamente el tratamiento de una causal de justificación cuya probabilidad el juzgador advertía).

Voto entonces por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adheriré al voto del colega preopinante, dejando sentado además, que en esencia, entiendo que cierto es que aquí y por las razones que brindara oportunamente el Magistrado que emite el primer voto, el señor Juez de Grado debió ciertamente tratar la causal de justificación alegada por el justiciable (art. 34 inciso 6to. del Código Penal), acarreado así dicha omisión, una nulidad de la entidad adjudicada por el doctor Barbieri.

Concretamente aquí, el señor Juez a-quo prescindió del tratamiento de la antes aludida justificante -hoy rechazada por la defensa-, a lo que se hallaba obligado a raíz de los medios de convicción colectados en el expediente y, de modo específico a partir del contenido de la declaración brindada por el prevenido a fojas 37/39vta. de los autos principales.

Finalizaré diciendo, que a su vez y siendo que cada situación amerita un análisis singular, en este particular caso, estimo que sí hubiera sido necesario como lo señala el señor Juez preopinante, que las citas del procesado a su vez se hubieran evacuado, si bien fueron ordenadas a fojas 55, solamente se concretó la de D.L. (fojas 80), la que no fuera notificada a la defensa y si bien y tal como asimismo señala dicho Magistrado, no resulta obligatorio, sí es de buena práctica procesal cumplir con

tal comunicación, más aún cuando su producción resultó reiterada por la asistencia técnica (ver fojas 49).

Con estos alcances, así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde anular el requerimiento de prisión preventiva de fs. 136/139 y vta. como así la resolución de fs.140/143 y vta. de los autos principales (cuya copia obra a fs. 10/13 vta en esta incidencia), y en consecuencia ordenar la inmediata libertad del justiciable en esta causa, la que deberá hacerse efectiva desde la instancia de origen, previa fijación de las causales compromisorias que el A Quo considere corresponder, sin perjuicio de proponer por mi parte la prohibición de acercarse a las víctimas de esta causa.

Asimismo deberá ordenarse al Juez actuante que extraiga copias de la causa y las remita a la Unidad Funcional que se considere corresponder, para que se investigue la comisión del delito que resultara víctima N.J..

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: sufragio en el mismo sentido que lo hace el Doctor Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 11 de Noviembre de 2.016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nulo el requerimiento de prisión preventiva de fs. 136/139 vta. como así la resolución de fs.140/143 vta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible el remedio interpuesto y **ANULAR** el requerimiento de prisión preventiva de fs. 136/139 y vta. como así el resolutorio fs. 140/143 y vta. de los autos principales (cuya copia obra a fs. 10/13 vta en esta incidencia), dictado por el Señor Juez, Doctor Alberto Daniel Gallardo, ordenando la inmediata libertad (en esta causa) del nombrado (artículos 157, 164, 201, 203, 210, 440 y 447 y ccdds. del Código Procesal Penal, 10 y 15 de la C. Provincial y 18 de la Constitución Nacional). Ello bajo las condiciones compromisorias que se consideren corresponder, siendo que desde esta Sede se impone la prohibición de acercamiento a las víctimas de esta causa.

Extráigase copia de la presente y previa certificación, agreguése a los principales.

Librar oficio al Sr. Fiscal General Departamental.

Remitir sin más trámite esta incidencia y la causa principal al Juzgado de Gtías. actuante. Y con el fin de que se haga efectiva la medida, adelantese vía fax la presente (previa constatación de que no existan anotaciones a disposición de otros organismos Jurisdiccionales), y donde deberá anoticiarse al justiciable, y a su defensa técnica (a quien se adelantará desde esta Sede el resolutorio en forma telefónica).