

Expediente Nros. dieciocho mil trescientos noventa y nueve.

Número de Orden: _____

Libro de Interlocutorias nº _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de mayo del año dos mil veinte, 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 en **la I.P.P. nro. 18.399/I caratulada "C. s/ abigeato agravado"** , y practicado el 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. 12.060-, resultó que la votación debía observar el siguiente orden: **Doctores Giambelluca y Barbieri**, 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 SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Respecto al pronto despacho presentado por el Dr. Bruno Kihn en los términos del artículo 110 del C.P.P., la cuestión deviene superada, atento la resolución del día de la fecha.

Así a fs. 32/36, el Señor Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal nro. 6 Departamental -Dr. Bruno Kihn- interpone recurso de apelación contra el pronunciamiento dictado por la Sra. Juez de Garantías, Dra. Marisa Prome de fs. 20/30 vta., en el que se resolviera: I) No hacer lugar al pedido de recusación planteado por la defensa; II) No hacer lugar a la oposición y sobreseimiento de C., en relación al delito de abigeato doblemente agravado, en los términos de los arts.

167 ter segundo párrafo y 167 quater inc. 4 del Código Penal y III) No hacer lugar al pedido de cambio de calificación legal, elevando la presente causa a juicio.

Sostiene que la resolución es nula, por haberse violado la garantía de imparcialidad, desde que la Dra. Promé ya se había pronunciado sobre los puntos a decidir al resolver el pedido de prisión preventiva dictada a fs. 157/164 vta. del principal.

Entiende así, que era notorio que la Magistrada no ofrecía esa garantía. Cita jurisprudencia de este Cuerpo, en refuerzo de su pretensión.

Destaca a su vez que la señora juez interviniente obvió la elevación reglada en el artículo 51 del ritual, pasando directamente a resolver la cuestión de fondo.

Insiste en que la imputación que correspondería es la de encubrimiento por receptación, en los términos del artículo 277 inc. 1 del Código Penal.

Y no habiendo efectuado la Agencia Fiscal un encuadre fáctico y legal alternativo (art. 335, último párrafo del C.P.P), solicita la revocación de la resolución en crisis y se disponga el sobreseimiento total de las actuaciones por no haberse probado la intervención de C. en el hecho intimado y consecuentemente su libertad (arts. 323 inc. 4 y 327 del C.P.P.).

Principio por decir, que es correcto lo señalado por la Defensa, y la Sra. Juez A Quo debió resolver la recusación planteada y enviar el escrito y su informe ante esta Instancia, para que se cumpla con el procedimiento prescripto en el artículo 51 del C.P.P., más ello no invalida per se lo resuelto, desde que no advierto, que haya causal alguna que determine su apartamiento, por lo que propondré al acuerdo convalidar lo actuado por la Doctora Prome.

En efecto, en el supuesto en tratamiento no se encuentra afectada la imparcialidad del juzgador, por la intervención de un mismo juez en los pronunciamientos que se mencionan, tal como lo sostuve en casos similares al presente (I.P.P. Nro. 17.090/I del voto del Dr. Soumoulou, al que adherí e I.P.P. 17.119/I) y que por otro lado la defensa se ocupa de citar.

En la oportunidad se dijo: " ... *La imparcialidad puede observarse desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo.*

El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

Dice también el Alto Tribunal Nacional en ese sentido que: "...la facultad de apartar a los jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces...el temor de imparcialidad es un vicio objetivo del procedimiento y no una mala cualidad subjetiva o personal del juez..." (dictamen del Procurador in re "Z. ", Fallos: 322:1941).

Desde este punto de vista objetivo, es una garantía del justiciable y sólo a su favor se puede esgrimir este temor de parcialidad.

Traigo a colación, como lo sostuvo la Corte Federal en la causa "Llerena, Horacio Luis", del 17-05-2005, el temor de parcialidad que el imputado pueda padecer, se encuentra íntimamente vinculado con la labor realizada en el proceso como sucesión de actos procesales celebrados previo al dictado de la sentencia, y por ende debe diferenciárselo de los reproches personales o individuales contra la persona concreta del juez."

No se trata de juzgar si de los fundamentos de las resoluciones de mérito brindados oportunamente por la Doctora Promé se desprenden signos manifiestos de parcialidad, sino en constatar si se verifica esa parcialidad por el mero hecho de que la juez que vaya a intervenir en esta etapa intermedia, sea la misma que dictó la prisión preventiva de C..

" ... Y en esa línea afirmo que debe tenerse en cuenta, que el pronunciamiento dictado por la Magistrada de Grado luego del requerimiento fiscal y la correspondiente oposición defensiva mantiene la naturaleza de provisoriedad tanto como el auto de prisión preventiva aludido.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la garantía del art. 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostuvo que: "...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso..." (cfme. informe n° 5/96, caso 10.970, "Mejia vs Perce").

Si bien en su resolución inicial ha tenido un contenido incriminatorio, restringiendo la libertad del procesado motivada en la existencia de elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener C. fuera probablemente autor penalmente responsable del hecho (art. 157 2do párrafo del C.P.P.), ello no implica sin más su apartamiento desde que la Magistrada no se pronunció en los términos del artículo 375 del C.P.P. sino que lo hace conforme las previsiones del artículo 337 y cctes. del citado cuerpo legal. "... Que para ello, debe tenerse en cuenta, que el auto de prisión preventiva por su naturaleza cautelar en cuanto a su provisoriedad y alcances no reúne la condición de sentencia como la requiere el ordenamiento legal, por lo que la valoración de la prueba del mismo se halla excluida del concepto inhabilitante de emisión de opinión de puntos a decidir (Conf. causa "Cabezas, José Luis", 03/02/2000, LLBA, año 8, nro. 4, marzo de 2000, p. 123, citado por Pedro Bertolino –Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires –Comentado y Anotado- 7ª. edición actualizada- Edit. Desalma, pá. 75/76)."

Observo entonces esta diferencia sustancial entre las distintas etapas señaladas y en consecuencia la diferente característica de las resoluciones tomadas en cada una de ellas, habida cuenta que en el primer caso se concentraría en la misma persona la actividad jurisdiccional desplegada en la Investigación Penal Preparatoria y la de enjuiciamiento, lo que allí sí podría generar dudas sobre su imparcialidad por haber intervenido en actos procesales durante la instrucción de la causa, sin perjuicio de que no tenga facultades persecutorias, que hoy en día ya no se discute que le pertenecen al Ministerio Fiscal.

Así: "...La garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez

natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél..." (Fallos, 326;3842).

De otro lado, los precedentes citados por el recurrente y que él mismo se ocupa de rebatir, en cuanto destaca que existen diferencias fácticas entre los distintos supuestos indicados, los mismos no resultan aplicables al presente caso.

En la I.P.P. Nro. 13.675/l, la cuestión estribaba en que el Juez "a quo" debía dictar una nueva resolución (detención) en virtud de la anulación decretada por la Alzada, por lo que habiendo considerado aquel la inexistencia de elementos de convicción suficientes para la precedencia de la misma, obligarlo a intervenir en su dictado, hubiese supuesto conminarlo a ir en contra de sus convicciones expresadas con anterioridad en el fallo anulado.

En cuanto a la I.P.P. 11.930/l, en la que no tuve intervención, del primer voto del Dr. Barbieri al que adhiriera el Dr. Soumoulou, tampoco es aplicable al caso desde que aquel era una contienda de competencia negativa por una excusación rechazada; aquí por el contrario es una parte quien recusa a la Magistrada actuante, quien -por su parte- repele esa petición.

En el caso se trata de dos resoluciones dictadas en distintos momentos del trámite procesal, y relacionadas con el propio avance del mismo.

Todas estas repuestas ya fueron dadas en los antecedentes citados, no haciéndose cargo de las mismas quien recurre.

En función de lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el pedido recusatorio formulado por la defensa.

En cuanto a los restantes planteos.

En rigor, el impugnante no ha combatido con eficacia los argumentos expuestos por la Magistrada de grado para fundar su decisión, lo cual, resta virtualidad a la impugnación intentada, desde que la misma es una reedición de los postulados planteados al formular la oposición de elevación a juicio a fs. 18/19

(y también de lo planteado al momento de impugnar la prisión preventiva, lo que fuera oportunamente contestado por mi parte).

Que la circunstancia de que el recurso traído no sea más que una reiteración de los planteos ya expuestos y que no signifique otra cosa que postular una distinta interpretación de los hechos causídicos, bastaría para sellar su suerte. Empero, encontrándose en juego la libertad del justiciable, de acuerdo a lo establecido en el art. 23 inc. 5to. del C.P.P., me lleva a ampliar los fundamentos.

Así entonces, cabe recordar que es facultad privativa de los Jueces, la determinación del valor convictivo de los diversos elementos de prueba, que sustentan la convicción sincera sobre los hechos debatidos, de modo que resulta insuficiente el planteo traído por la Defensa, toda vez que, sólo se dirige a discrepar, con el modo en que la Magistrada apreció la prueba sin previa demostración de arbitrariedad, en el razonamiento que funda su resolución, ni quebrantamiento de las reglas de la sana crítica, en la valoración de las probanzas.

La defensa trajo nuevamente como agravio el cambio de calificación.

Ya tuve oportunidad de expedirme en la I.P.P. 18.321 al momento de resolver la apelación de la prisión preventiva del encausado C., en fecha 01/04/2020, manteniendo en esa oportunidad la calificación legal impuesta en la instancia de origen, esto es, abigeato agravado, en los términos de los arts. 167 ter segundo párrafo y 167 quater inc. cuarto del Código Penal. Allí se desestimó el cambio de calificación propuesto y se tuvieron por acreditadas las agravantes aplicadas.

En la oportunidad sostuve: "Contrariamente a dicho planteo, entiendo que tal extremo se encuentra acreditado, con el grado de convicción que la etapa exige, mediante los distintos medios convictivos aportados al presente proceso y que fueran ponderados en la instancia.

Así destaco lo declarado por el testigo D. a fs. 34/vta., en cuanto manifestó ser propietario del establecimiento rural "El Vellón", lindante al campo que arrienda el damnificado de autos. Refirió que tomó conocimiento del faltante de los animales de propiedad de O. a través de las redes sociales. Que en fecha 27 de agosto de

2019, encontrándose recorriendo un camino vecinal, tomó contacto con funcionarios policiales y otros lugareños, pudiendo observar en la oportunidad, distintas bolsas que contenían en su interior cueros de corderos con cabezas enteras, las que poseían la señal claramente visible y cueros de vizcachas y de carpinchos. Consultado si tiene conocimiento de quienes cazan vizcachas en la zona, el testigo manifestó: "... que el día viernes 23 de Agosto del corriente año el ciudadano C., quien resulta ser empleado rural del establecimiento rural "El Perdido" ubicado en el partido de Cnel. Dorrego le pide permiso para ingresar al establecimiento a fines de cazar viscachas en un campo aledaño a donde trabaja el sr. C. "El Perdido" .. que es habitual que ande cazando en la zona ... que en el establecimiento el Perdido podemos llegar a encontrar más indicios sobre las bolsas que utilizaron para guardar los cueros ...".

A fs. 47/48 consta el informe producido por el oficial Ernesto Omar Bargas, donde se describen los elementos hallados en los caminos vecinales, lo declarado por el testigo D., dejándose también constancia que se mantuvo una entrevista con la Sra. N., vecina del lugar, quien informó "que días atrás tuvo una situación con C. debido a la presencia de dos corderos que fueron reconocidos por D. en el campo El perdido, para lo cual fueron devueltos, quedando un velo de duda sobre C. ...". En el mismo informe se consignan datos respecto de C., quien trabajaría en el campo "El Perdido", siendo su empleador la firma "Las Rosas S.C.A".

A fs. 54/55 vta. se adjunta copia del acta de allanamiento llevado a cabo el día 29 de agosto, donde al arribar el personal policial al establecimiento "El Perdido", encontraron a C. en plena tarea de faena de ovinos, constatando "un lanar faenado el cual se encontraba colgado debajo de las plantas frente a la vivienda".

En un galpón lograron observar un ovino faenado y colgado de un aparejo, en el suelo el cuero de otros tres lanares con sus cabezas los cuales poseían señal en la oreja derecha. En el mismo galpón otro animal ovino en proceso de faenamiento y en un corral lindante a dicho galpón observaron dos lanares vivos con su correspondiente señal. A su vez en una habitación se constató la presencia

en el piso de siete corderos faenados y con ganchos en las patas. Contando tanto los animales como los cueros hallados, con la respectiva señal colocada, se comunicaron con el denunciante O., quien se hizo presente en el lugar, constatando que la señal que los mismos tenían colocadas, resultaban ser de su propiedad.

A fs. 73/77 y fs. 78/82 y fs. 83/85, se adjuntan informes técnicos y fotografías de los elementos secuestrados.

A fs. 14/15 se agrega copia del boleto de señal y del acta de vacunación, de los animales de propiedad de O..

Lo expuesto resultan indicios que permiten, en esta instancia, acreditar la participación del prevenido en el hecho, conforme la calificación asignada -prima facie- como abigeato agravado, en los términos del artículo 167 ter segundo párrafo y 167 quater, inc. 4 del C.Penal.

Si bien la defensa propone en un principio un cambio de calificación, esto es encubrimiento por receptación, los medios convictivos "ut supra" ponderados me alejan de tal conclusión.

A ello debo sumar que en el establecimiento donde se desempeña laboralmente el encartado se encontraron sierras, una cuchilla, cuchillos, un "gancho", aparejos y a su vez la falta de documentación alguna que acredite la posesión de los animales que se encontraban en el corral.

En cuanto al agravio planteado respecto a la calidad del sujeto activo de la figura agravada del abigeato del artículo 167 quater, inciso 4, tampoco será de recibo. La agravante prevista en dicha normativa determina: "... Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o productos o subproductos de origen animal...".

De acuerdo al mensaje del Poder Ejecutivo que envía el Proyecto al Congreso, sobre este particular expone "el cuarto y quinto calificante son supuestos en los que el desvalor de la conducta se incrementa a partir de la condición personal que

reúne algún partícipe en el hecho; esto es, la condición de dedicarse a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de producto o subproductos de origen animal o la calidad de funcionario público (incs. 4 y 5). ...".

Parecería que la razón de la mayor sanción, estaría dada en la facilitación para la comisión del delito que surge de los especiales conocimientos de las particularidades de la actividad ganadera, propia de los sujetos a los que alude la norma, en procura de proteger la cadena productiva ganadera, que va desde el abigeato hasta la comercialización definitiva, pasando por diferentes estadios intermedios.

La ley se refiere a los sujetos en forma genérica, es decir a personas dedicadas a tal actividad, con lo que basta que uno o más partícipes trabajen en la actividad pecuaria, para que se agrave el hecho en perjuicio de todos los integrantes del delito.

La ley no discrimina, abarcando, a mi entender, a todo aquel que normalmente se desempeña en la actividad pecuaria en los establecimientos rurales.

Así el sujeto activo requiere calidades específicas, por ello este tipo se concibe bajo la denominación de los "delicta propia", pues se trata de los delitos de autor calificado.

En el caso, C. es empleado del establecimiento rural "El Perdido", condición no discutida por la defensa.

Reitero también, lo que surge del acta de allanamiento, en cuanto los funcionarios policiales, como el testigo de actuación, refieren que al llegar al lugar encuentran al encausado en plena tarea de faena de ovinos, secuestrándose asimismo elementos propios de dicha actividad. También se secuestraron lanares vivos, que estaban al cuidado del encartado.

A partir del dictado del auto de prisión preventiva (fs. 157/164 vta. del principal), no se ha incorporado ningún otro medio convictivo a los previamente

analizados y que permiten sostener, a esta altura, la calificación dada en la instancia.

Por todo ello, entiendo que la cuestión, merece dilucidarse en el más amplio debate que presupone la etapa de juicio, razón por la que propondré al acuerdo la confirmación del pronunciamiento apelado de fs. 20/30 vta. de la presente incidencia, en el que se resolviera: I) No hacer lugar al pedido de recusación planteado por la defensa; II) No hacer lugar a la oposición y sobreseimiento de C., en relación al delito de abigeato doblemente agravado, en los términos de los arts. 167 ter segundo párrafo y 167 quater inc. 4 del Código Penal y III) No hacer lugar al pedido de cambio de calificación legal, debiendo continuar los autos según su estado (art. 337 del Código Procesal Penal).

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Que he de adherir al voto precedente, solo efectuando unas aclaraciones que en nada varían el contenido del mismo ni su sentido.

Con respecto a la recusación planteada, advierto que la Magistrada A Quo ha dictado resoluciones de carácter provisorias (prisión preventiva y rechazo de sobreseimiento), siendo que justamente ese carácter conlleva el rechazo del planteo. A ello agrego que en esas decisiones tampoco advierto una toma de decisión tal que le impidiera volver a resolver (siempre reitero en lo provisorio).

Distinto sería si la Magistrada debiera hoy dictar el fallo definitivo contra el justiciable. Agrego a lo expuesto que en caso de compartirse la metodología propuesta por el recurrente, bastaría con que en todas las causas se apelara la prisión preventiva, para provocar el posterior apartamiento del mismo Juez para el momento de resolver un pedido de sobreseimiento, dando así una segunda chance jurisdiccional, apartando al juez que "no nos gusta" o al que se considere mas restrictivo, etc.

Ello es contrario a una eficaz administración de justicia y se aparata de la finalidad prevista por la Corte Nacional en "Llerena" y por el resto de la

jurisprudencia citada por el impugnante y por el colega que me precede en orden de votación.

En cuanto a los medios de convicción obrantes en autos para dar por acreditada la sustracción, rechazando el planteo del impugnante al pedir el cambio de calificación legal por la de encubrimiento, ellos resultan suficientes. Tanto la tenencia de la res furtiva (en este caso en cantidad y calidad similar a la sustraída, mas la dificultad de traslado) como el extremo de que el detenido hubiera sido divisado en la zona (ver referencias del personal policial de fs. 47/48), más el extremo de que hubiera pedido permiso para cazar en un campo lindero a aquel donde se produjo el desapoderamiento sólo un día antes de su efectivización, son elementos suficientes para acompañar a la Sra. Jueza de la instancia y al colega que me antecede.

Por último el agravio solicitando el cambio de calificación legal al no dar por acreditada la normativa del inc. 4to. del artículo 167 bis del C.P., también debe ser rechazado, desde el momento que el recurrente pretende dar por acreditada una ocupación que da lugar a la agravante, y que fuera acreditada en el expediente.

Igualmente en esa porción también creo que el planteo es insuficiente por el hecho de que no se discutiera la restante agravante aplicada del artículo 167 ter segundo párrafo del mismo Cuerpo Legal; ante tal estado de cosas, y aun haciéndose lugar al planteo de la defensa, el quantum punitivo iría de 3 a 8 años de privación de libertad, lo que adunado a los antecedentes de C. (condena de 6 meses de prisión de ejecución condicional, que se encuentra en concurso real con la presente, aumentado el máximo de pena en expectativa a 10 años), igualmente no incidiría sobre la privación de libertad (la que además ha sido morigerada en el mes de Febrero del corriente año). Con esas aclaraciones respondo igual que se lo hace precedentemente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución apelada de fs. 20/30 vta.

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

Adhiero al voto del doctor Giambelluca, sufragando en el mismo sentido. Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, 15 Mayo de 2020.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto, que es justa la resolución apelada de fs. 20/30 vta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE: CONFIRMAR** el pronunciamiento apelado de fs. 20/30 vta., que resolviera: I) No hacer lugar al pedido de recusación planteado por la defensa; II) No hacer lugar a la oposición y sobreseimiento de C., en relación al delito de abigeato doblemente agravado, en los términos de los arts. 167 ter segundo párrafo y 167 quater inc. 4 del Código Penal y III) No hacer lugar al pedido de cambio de calificación legal, debiendo continuar los autos según su estado (arts. 337 y 440 del Código Procesal Penal.).

Notificar a los Ministerios. Fecho, devolver a la instancia de origen junto con los principales e incidencia requeridos, donde deberá notificarse al encausado.