

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

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 interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.842/I "S.R.,V.O. s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público"**, 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. 179/183 y vta. interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal -Dra. Claudia Lorenzo-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli, a fs. 174/177 y vta.-, por la que dispuso el sobreseimiento de V.O.S.R., por no encuadrar el hecho atribuido en una figura legal (con fundamento en lo dispuesto en el art. 323 inc. 3ero. del Código Procesal Penal).

Señala la recurrente que "...no obstante lo resultante de la declaración testimonial de la oficial S. y de las manifestaciones del imputado, la Magistrada interviniente considera que no se ha establecido que la realización de un informe mental como el solicitado por la suscripta, sea propio de la función de un médico de guardia...".

Entiende que "...tal planteo deviene absurdo... que no se trata de determinar en autos si es propio o no de un médico "de guardia", sino si es un acto propio de un médico psiquiatra en su carácter de funcionario público..." y que "...que estuviera de guardia o no, resulta secundario, lo que sí resulta claro es que la pericia en cuestión fue encomendada al área de psiquiatría del hospital Penna...".

Sostiene que ante el requerimiento fiscal que así lo solicitaba, resultaban aspectos secundarios -y ajenos a tal obligación-: el hecho de que la guardia estuviera con numerosos pacientes o que los demás empleados se encontraran de paro; ya que su deber era expedirse al respecto mediante un informe escrito -dirigido a la fiscalía requirente- evaluando el estado de salud mental del imputado, informando en tal caso las imposibilidades existentes, pero nunca rehusarse a su realización, como ocurrió.

Sostiene que, a diferencia de lo expresado por la Jueza de Grado, el requerimiento de una Agente Fiscal, como el efectuado en su momento por la impugnante, configura una "situación de emergencia" y que "...fue esa emergencia la que llevó a la suscripta a solicitar la realización de un informe mental del aprehendido...".

Expresa que la omisión del imputado no puede excusarse por desconocimiento de tareas propias de sus funciones y que "...el requerimiento realizado incluía no solo informes específicos que, tal vez, sólo un psiquiatra forense podría realizar, sino también informes simples para cualquier guardia psiquiátrica...".

Solicita revocación.

Analizados los argumentos expuestos por la recurrente y el contenido de la resolución apelada, considero que debe revocarse la decisión de la Jueza de Grado, en tanto no resulta aplicable al caso el art. 323 inc. 3ero. del C.P.P.

Entiendo que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del criterio que he sostenido en otras oportunidades, en particular en la causa 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, pero tampoco existen elementos suficientes para tener por acreditada la materialidad delictiva -con el grado de convicción suficiente- como para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del Código Procesal Penal).

En primer término, y respecto de la solución normativa que ha adoptado la Juez de Garantías, considero que la causal de sobreseimiento -en este caso- no resulta aplicable, en tanto no puede sostenerse razonablemente que la conducta reprochada no encuadre en algún tipo penal.

Es que ante la existencia en la I.P.P. de un hecho imputable descripto por el Ministerio Público Fiscal, la atipicidad del suceso debe ser analizada en relación a esa descripción fáctica. Esto es, si el hecho, tal y como la ha descripto la Agente Fiscal, es subsumible en alguna figura legal.

En ese sentido, la Sala II del Tribunal de Casación Provincia ha explicado que el sobreseimiento normado en art. 323 inc. 3ro. del Código Procesal Penal puede instarse al considerar que "...el acontecimiento narrado por el Ministerio Público Fiscal no encuadra en la figura legal por él escogida, ni en ninguna otra..." (TC0002 LP 7349 RSD-132-3 S 27/03/2003, "F. s/Recurso de casación").

En el caso de autos, no puede sostenerse que el hecho descripto por el Ministerio Público Fiscal, en la audiencia celebrada en los términos del art. 308 del C.P.P. y en su requisitoria de elevación a juicio, no encuadre en ningún tipo penal.

Ahora, si los medios de convicción resultan suficientes, o no, para dar por acreditado el suceso, es harina de otro costal.

En ese sentido, como anticipé, considero que no se encuentran cumplidos ninguno de los supuestos legales previstos en el art. 323 del C.P.P., pero que tampoco 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, lo que -reitero- no significa que el hecho descripto no configure un tipo penal (art. 337 del C.P.P. en relación con el art. 157 de ese Código).

Adentrándome en el análisis de los elementos reunidos (en los que la fiscalía respalda su acusación), destaco que -conforme surge del oficio de fs. 31- la evaluación que requería la Sra. Agente Fiscal excede aquello que podría calificarse como un informe sobre aspectos de simple constatación por parte de un profesional de la salud (en este caso en psiquiatría). Por sus alcances y por las diversas cuestiones sobre las que se solicitaba información, lo peticionado debe ser considerado (dada su amplitud y complejidad), como una pericia.

Es que, más allá de que los términos utilizados en el oficio hagan referencia a un "amplio informe mental", si se observan las especificaciones que se efectúan, puede notarse con claridad, la diversidad de interrogantes sobre los que debía versar la evaluación que se encomendaba del procesado.

La profundidad de los aspectos sobre los que se requería información que, como expresé, por su variedad y complejidad exceden aquello que podría calificarse como un simple informe sobre el estado de salud mental de un individuo, puede apreciarse al cotejar este oficio con el que obra a fs. 33, por el que se requirió -ese mismo día- un informe al perito médico psiquiatra de la Asesoría Pericial Departamental. En este último se solicitaba la intervención de un perito y la evaluación del aprehendido, usando exactamente los mismos términos que se plasmaron en el oficio que recibió, el aquí imputado, en la guardia del Hospital Penna.

En ambos oficios se ha denominado, a la actuación que se requería, como un "amplio informe mental", habiéndose peticionado que se evalúen y se determinen, por lo menos, ocho interrogantes sobre la salud mental del justiciable, y que se agregue "...todo otro dato que resulte de interés...". El texto de ambos requerimientos es literalmente idéntico, con salvedad de la realización de un perfil psicológico, que sólo se solicitó a la Asesoría Pericial.

Ahora bien, la diferencia que debe remarcarse es que: uno de los requerimientos, el de fs. 33, está dirigido a un perito con funciones en la Asesoría Pericial Departamental; y el otro es aquel que la Fiscalía entiende que debió realizar el psiquiatra que cubría la guardia del Hospital Penna, a quien se le hizo entrega personal de la comunicación, aun cuando estaba dirigida (fs. 31), a la Dirección del Hospital Penna, para que se disponga un exámen a través de un médico del Área de Salud Mental del nosocomio.

La distinción que señalo posee suma relevancia, en tanto no podría razonablemente afirmarse, a priori y en abstracto, que no exista un deber sobre una guardia hospitalaria de efectuar un informe médico o un examen sobre la salud de una persona ante una orden judicial; máxime teniendo en cuenta las innumerables circunstancias que suelen presentarse en la praxis judicial, en particular cuando hablamos de personas privadas de la libertad y más aún cuando recién se inician las actuaciones. Menos podría aseverarse ello, en el caso de requerirse evaluaciones de aspectos sencillos o de fácil constatación, y menos aún cuando se trata de un hospital público provincial, cuyos médicos son funcionarios públicos.

Sin embargo, en el caso, de acuerdo a lo que consta a fs. 31 y a fs. 33, lo que se requería en el oficio que recibió el aquí procesado posee las características de una pericia médica psiquiatra con diversos puntos para evaluar e informar, y no un mero informe sobre la salud.

Nótese que, conforme surge de los elementos obrantes en la causa, la Fiscalía solicitaba evaluar distintos aspectos del estado de salud mental, no sólo al momento de la entrevista, sino también cuando ocurrieron los hechos que investigaba, sin remitir ningún tipo de información adicional sobre los sucesos, ni copia de las actuaciones, y sin que el requerido haya podido tener acceso a la causa.

En ese sentido, considero que el imputado no se habría rehusado a hacer un informe, sino a realizar una pericia médica psiquiátrica sobre el estado de salud mental de un aprehendido, en la que debía analizar incluso, su capacidad psíquica al momento en que ocurrieron los eventos -de los que el médico no poseía información alguna-, todo ello en una guardia de un hospital público un día de paro.

Por ello, entiendo, no puede sostenerse razonablemente, que los medios reunidos en esta I.P.P., corrobore la acusación formulada por la Fiscalía, que ha sido descripta como la omisión, por parte del galeno, de realizar un informe sobre el estado de salud mental de un aprehendido.

Ante la entidad de lo requerido, el Ministerio Público no ha justificado la existencia de un deber del médico imputado -que cubría la guardia hospitalaria- de efectuar (a requerimiento judicial y sin mayor especificación) pericias de una complejidad tal como la que poseía la exigida, mientras atendía ese área de emergencias de un hospital público, un día de paro; pesando dicha carga probatoria sobre la acusación (art. 367 del Rito).

Por lo expuesto, y con especial atención a las características de los diversos aspectos que se requería evaluar, en especial su variedad y complejidad, considero que no existen elementos de convicción suficientes para acreditar la materialidad ilícita imputada -con el grado de probabilidad requerido para elevar la causa a juicio- (Arts. 157 y 337 del Código Procesal Penal).

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 hiciere 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. 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.

Pero a su vez, no podría elevarse la causa a juicio ya que no existen elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho con grado de probabilidad positiva (art. 337 y 157 C.P.P.).

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 (cuál 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 6/03/15 -fs. 92/94 y vta.- y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada el 24/07/15 -fs. 162/166 y vta.-; por lo que la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Por lo expuesto propongo la revocación del auto apelado, con los alcances que emanen de este voto.

Respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: por los mismos fundamentos que el Señor Juez Doctor Barbieri, voto de la misma manera.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde revocar la resolución puesta en crisis, 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, 442 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Tal es mi sufragio.

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

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, Octubre de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justo el fallo apelado.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** revocar el resolutorio puesto en crisis, aunque con distintos alcances a los peticionados por la recurrente, 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. 3ero. "a contrario", 210, 323 inc. 3er y 6to. ambos a "contrario sensu", 334 a 337 y ccdts., 421, 434, 435, 440, 442 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Notificar. Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente.