

Expediente I.P.P. catorce mil trescientos cuarenta y ocho.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de bahía blanca, Provincia de Buenos Aires, a los - días del mes de Junio del año dos mil diecisiete, reunidos reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, **Doctores Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, en la **I.P.P. nro. 14.348/I** del registro del Cuerpo caratulada **"P.F.M. por desobediencia"** y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou**, decidiendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Resulta admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es nulo el veredicto absolutorio puesto en crisis?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 194/196 el Sr. Juez a cargo del Juzgado en lo Correccional nro. 2 Departamental absolvió libremente de culpa y cargo, luego de la celebración del debate oral, a F.M.P. por el delito de desobediencia que se le imputa.

Ese decisorio resultó impugnado por la Sra. Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio Departamental nro. 15 -Dra. Paula Pojomovsky a fs. 199/203 y vta., habiendo sido el remedio interpuesto en debido tiempo.

En cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos de agravio. Denuncia que no resultaría aplicable el art. 34 inc. 1 del Código Penal, por no

haber el imputado incurrido en error de prohibición invencible y que la advertencia que pesaba en su contra no puede quedar sin efecto por la autorización que habría otorgado la víctima. Por todo lo expuesto resulta admisible.

Respondo, entonces, por la afirmativa.

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

Adhiero por compartir sus fundamentos al voto que me antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: Se agravia la recurrente por entender que se ha evidenciado un constante desinterés por parte del procesado de cumplir con la orden de prohibición de acercamiento oportunamente dictada, lo que dió fundamento a la prórroga dispuesta por el Juez de Paz Letrado y a un llamado de atención que le efectuó al encartado para que ajustara su comportamiento.

Por ello, entiende, que no podía concluirse (como acaeció) que hubiera incurrido en error de prohibición, dado que contó con el tiempo de reflexión necesario y con la completa información de los motivos de la orden judicial y de las consecuencias previstas en caso de incumplimiento.

Expresa que la dudas que pudieran existir a partir de la relación ambivalente de M.B. con el procesado, no desvirtúan la existencia del delito, ni su autoría, siendo que la orden prohibitiva se mantiene vigente hasta su vencimiento o hasta que fuera dejada sin efecto por la autoridad, resultando indiferente la posible autorización por parte de la víctima para que se incumpla la manda. Solicita revocación. Ello fue mantenido por el Superior Jerárquico a fs. 207/208.

Analizados los agravios expuestos por la impugnante y el contenido de la resolución apelada, advierto en el decisorio la existencia de un vicio con entidad nulificante, sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y en los artículos 18 de la Constitución

Nacional y 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

En ese sentido, sostuve en la I.P.P. nro. 9698/I, el 26/10/11, que 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 ha existido una arbitraria valoración probatoria, que se evidencia en dos aspectos de la resolución.

El Juez de grado ha justificado su conclusión respecto de que no se hallaba acreditado el dolo requerido por el delito de desobediencia, debido a que el imputado "...no concurrió al domicilio con ánimo de desobedecer la orden judicial sino para efectuar una reparación que su propia pareja dijo necesitar...".

Por mi parte destaco, en primer término, que no se ha justificado suficientemente la acreditación del requerimiento efectuado por la ex pareja de P. para que éste se presente en su domicilio.

Dicha conclusión, a la que arriba el Juzgador, no se compadece con lo que habría declarado la testigo B. en el debate, quien -según valoró el Magistrado- expresó "...que quien llamó al procesado para la reparación fue J.C.; que se sorprendió al encontrar a F. dentro de su domicilio y que el mismo ni siquiera tocó la puerta...".

Por el contrario, habría sido el encartado quien manifestó -en una versión que confronta lo dicho por su ex pareja- que ella lo había llamado, lo que habría sido corroborado por su hijo J.C. al expresar que vio el mensaje de su madre en el teléfono del procesado.

Sin embargo, el Juez de Grado ha pasado por alto esas contradicciones, asimilando y dando un tratamiento conjunto a las declaraciones de la Sra. BC, de su hijo y del justiciable. El abordaje conjunto de las tres versiones y la incorporación de los datos que surgen de las mismas en una única reconstrucción sobre cómo habrían ocurrido los hechos, dificulta la comprensión, en el sentido de que no se sabe qué fue lo que expresó la testigo en el debate, y por qué razones debería darse por probado que ella solicitó a P. que concurra a su domicilio.

Nótese que a fs. 194 vta., en uno de los párrafos en los que el Magistrado abordó esos aspectos fácticos, ha "mezclado" lo que habría declarado cada uno de los participantes del debate, pudiendo extraerse -respecto de la versión de la testigo- solamente que ella "...buscó el acercamiento en varias ocasiones con su ex pareja, por reclamos económicos informales..." o "...para mantener intimidad con P...", pero que no le pidió que concurriera a su domicilio el día del hecho.

Ante esa manifestación, el Juez no explicó debidamente por qué razón dejaba de lado lo manifestado por la Sra. B. respecto de que ella no llamó el día del hecho a su ex pareja, ni le pidió que fuera a su domicilio; limitándose a referir -el Juez de Grado- que lo declarado por el imputado y su hijo "...no sería descartable..." (fs. 194 vta.) y que el ingreso fue "...quizá requerido..." (fs. 195); ello con fundamento en que la femenina mencionó que en "otras oportunidades" había buscado acercarse a el procesado o le había pedido que pasara por su domicilio. Culminó su conclusión valorando que, en última instancia, si la testigo no requirió la presencia del encartado, consintió "tácitamente" su presencia en el domicilio, al tolerar su ingreso y no llamar a las autoridades .

Ahora bien la valoración probatoria realizada, en la que resta credibilidad y valor probatorio a lo expresado -con claridad- por la persona que solicitó la prohibición de acercamiento y que habita en el domicilio al que no podía concurrir el encartado, no ha sido debidamente justificada por el Magistrado.

Ello resultaba necesario, con mayor razón, si se tiene en cuenta que en su decisorio, el Juez ha valorado buena parte de los dichos de la testigo como creíbles y fiables, dejando de lado -sin mayor explicación-, lo referido por la misma persona respecto de que no le había requerido a P. que fuera a su casa. Ese proceder no se adecua a la sana crítica racional exigida por el legislador en el art. 210 y 373 del C.P.P.

El segundo aspecto en el que se evidencia un alejamiento de esas pautas de valoración y justificación, es en lo relativo al elemento subjetivo requerido para considerar configurado el delito de desobediencia, normado en el art. 239 del C.P.

Como puede leerse en el fallo apelado, el Magistrado ha identificado el dolo exigido por ese tipo penal, con una intención que "...demuestre que se pretendía vulnerar el objeto de protección de dicha orden judicial..." o con propósitos o acciones del agente vinculados al "...peligro que motivara la medida...", y que expresa, "...era estrictamente protectivo de la integridad física de la nombrada B....".

Ha requerido entonces, no ya la acreditación -por parte del Ministerio Público Fiscal- de un conocimiento por parte del imputado sobre la existencia de una orden judicial determinada y de su voluntad de incumplirla, sino la prueba de la presencia en el imputado de una voluntad dirigida a afectar los intereses que justificaron -inicialmente- el dictado de la orden de prohibición de acercamiento por parte del Juez de Paz Letrado. Ello excede los extremos requeridos para que se configure el tipo penal de desobediencia.

Así, el Juez de Grado, y aun cuando expresó que "...si bien F.P. no puede ampararse en el desconocimiento de la restricción, pues admitió conocerla y fue previamente notificado...", asimiló -en su razonamiento- al dolo requerido por el tipo penal del art. 239, con la existencia de una intención dirigida a afectar los intereses que se pretendían tutelar con el dictado de la orden judicial cuya desobediencia se imputa (vgr. tutelar la integridad física de la mujer a la que se le prohibía acercarse por el término de 90 días), individualizando -como objeto de la actividad probatoria- un componente subjetivo que excede lo requerido por el legislador nacional (imponiendo a la acusación la carga de acreditar extremos fácticos más exigentes sobre la intención del procesado, y que no surgen de la figura legal el art. 239 del C.P.).

Ello impide considerar que la resolución del Sr. Juez en lo Correccional constituya una derivación del derecho vigente, implicando una afectación al debido proceso legal, y la descalifica como acto jurisdiccional válido.

Y la propuesta invalidante, también está relacionada con la carencia de inmediación con los medios de prueba que existe en esta Sede, lo que impide contar con elementos que posibiliten ampliar la decisión revisora en esta segunda instancia, no pudiendo asumir competencia positiva para resolver el fondo del asunto, sin afectar el derecho de defensa del justiciable pues varios de los planteos efectuados por su defensa técnica no tendrían adecuado tratamiento.

Por ello propongo declarar la nulidad del veredicto y el reenvío de la causa a primera instancia, a fin de que por intermedio de juez hábil, se realice nuevo debate oral.

Y atento la solución propuesta, teniendo en cuenta el rechazo de la admisión de prueba que ofreció la defensa -a fs. 170/172 y vta.- y con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, entiendo que no puede justificarse la negativa a su incorporación al proceso por la sola preclusión de la etapa procesal

prevista por el art. 338 del C.P.P.; por lo que, de no existir objeciones por parte del Ministerio Público Fiscal que se vinculen a otras razones (distintas de la mera preclusión procesal), deberán ser admitidos esos ofrecimientos.

Este es el alcance de mi voto.

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

Adhiero por compartir sus fundamentos al voto que me antecede.

A LA PRIMER CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por compartir sus fundamentos a los sufragios precedentes.

A LA TERCERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde disponer la nulidad de la resolución de fs. 194/196, debiendo remitirse la causa a primera instancia a fin de que se realice nuevamente el debate oral (arts. 106, 201, 207, 210, 334, 337 y ccdtes del C.P.P., y art. 18 de la Constitución Nacional), admitiendo los ofrecimientos probatorios de fs. 170/172 y vta. (si no existieran objeciones por parte del Ministerio Público Fiscal que se vinculen a razones distintas de la mera preclusión procesal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Sufrago en el mismo sentido.

A LA TERCER CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Voto de la misma manera.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Junio - de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que es nula la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **SE RESUELVE:** disponer la nulidad de la resolución de fs. 194/196, debiendo remitirse la causa a primera instancia a fin de que se realice nuevamente el debate oral (arts. 106, 201, 207, 210, 334, 337 y ccdtes del C.P.P., y art. 18 de la Constitución Nacional) admitiendo los ofrecimientos probatorios de fs. 170/172 y vta. (si no existieran objeciones por parte del Ministerio Público Fiscal que se vinculen a razones distintas de la mera preclusión procesal).

Notificar. Luego devolver a la instancia de origen, para que se continúe con el trámite correspondiente.