

Expediente nro. dieciocho mil cien

En la ciudad de Bahía Blanca, reunidos en su Sala de Acuerdos los Sres. Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca, integrada por Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución en la causa **I.P.P. n° RE18.100/I seguida a "A. s/ Recurso Extraordinario"**, prescindiéndose del sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), atento la prevención operada en causa 18.100, manteniéndose ese orden de votación -**Dres. Barbieri y Soumoulou**-, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal interpuesto por el apoderado del Particular Damnificado?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: El Dr. Mariano Jara, en su carácter de Apoderado del particular damnificado, interpone Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley y Doctrina Legal contra el pronunciamiento de este Tribunal, mediante el cual se hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa técnica del imputado y se revocó la condena dictada en primera instancia contra A.

El letrado funda la admisibilidad del remedio intentado en la errónea aplicación de preceptos legales (art. 495 del C.P.P.), sosteniendo que se trata de un acto que causa perjuicio irreparable por cuanto "cercena ilegalmente los derechos de mi representado". Afirma que la arbitraria y errónea utilización de preceptos legales es apta para sortear cualquier recaudo formal y habilitar la instancia extraordinaria y que en el caso se ha introducido una cuestión federal suficiente, atento a que la decisión puesta en crisis "...viola el principio constitucional de juez natural, resultando un hecho que suscita gravedad institucional...".

Apunta que "...los escollos del artículo 494 C.P.P. deben ser sorteados en función de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con especial mención del precedente "D.M."..." y que el derecho al recurso se vincula con la garantía de obtener una revisión de la resolución judicial considerada adversa a los intereses de la parte, y que "...cabe ocuparse pues podría derivar en la frustración a la garantía de defensa en juicio por falta de acceso a una revisión judicial suficiente y adecuada...", siendo que entonces la violación a la garantía de defensa en juicio se vislumbra como una cuestión federal.

Plantea también la inconstitucionalidad del artículo 494 del CPP, por cuanto la limitación allí impuesta "...afecta el principio de igualdad ante la ley..." y que el carril idóneo para plantear la cuestión federal que se da en este caso es el recurso de inaplicabilidad de ley.

Por otro lado, expone que "...el escaso margen revisor que tiene el recurso extraordinario (único remedio contemplado por nuestro ordenamiento de rito respecto del "A Quo" impugnado), dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional...", señalando que a fin de garantizar el acceso a la doble instancia de la recurrente "...se debe dar intervención a otra Sala de la Cámara de apelaciones y Garantías para que actúe como tribunal revisor de la resolución dictada por el "a Quo"...".

Finalmente, afirma que "...en lo que respecta a la víctima, y a tenor del derecho con el que cuenta ésta, conforme ley 15.232 y c.c., en sintonía con las facultades recursivas propias del Ministerio Público Fiscal, "Ante el dictado de un veredicto absolutorio, la garantías de la doble revisión debe, también, ser salvaguardada al particular damnificado directamente y sin mayores dilaciones mediante la interposición de un recurso de casación 'horizontal'; esto es, a resolver por otros magistrados que integren ese tribunal; sin necesidad de recurrir a la Corte para obtener una decisión que ordene la revisión..". En ese sentido, advierte que debe tener aplicación directa la doctrina emanada de los precedentes "Di Nunzio" y "Duarte".

Sostiene que la víctima goza del derecho al debido proceso y "...convencionalmente se encuentra reconocido el derecho a la jurisdicción y a la protección judicial, obligando a que la normativa interna se adecúe a ellos..." y que debe evitarse con el rechazo del remedio intentado, "...un supuesto de afectación al principio de igualdad entre las partes...", debido a que "...las diferentes potestades recursivas que se reconocen al imputado no constituyen de ningún modo una discriminación arbitraria pues se justifican legal y constitucionalmente a partir de la garantía del doble conforme...".

Concluye a modo de resumen en relación a este último punto que "...no hay duda de que la intervención de la víctima como sujeto del proceso penal se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva asegurado convencionalmente a partir de los arts. 8 apartado 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..." .

En cuanto a los motivos de agravio, sostiene que el fallo carece de fundamento, logicidad y raciocinio, tornándolo nulo por ausencia de motivación, al incurrirse en absurdo valorativo de los elementos probatorios incorporados, incurriendo en argumentos y conclusiones contradictorias. Sostiene que al resolver, este Cuerpo se ha limitado a descartar los argumentos del A Quo, efectuando una ponderación arbitraria y parcial de la prueba.

Así las cosas, al desarrollar las críticas al decisorio atacado, afirma que se ha equivocado este tribunal al sindicar que "...el Sr. B. se encontraba 'limitado' en su accionar, y por ello, yerra en la acreditación del supuesto 'ocultamiento' de su participación (que, por cierto, no fue tal y surge de la prueba analizada por el sentenciante 'original' en su fallo)...". ello así por cuanto refiere que al momento de la comisión de los hechos investigados, B. no poseía impedimento ni limitación alguna para ejercer el comercio y que concluir que "...fue por ello que, en la conformación de la S.R.L. no intervino él sino su mujer C.; y lógicamente, fue ésta quien firmara el intercambio epistolar con A. pues, claro está, en los 'papeles' era ella quien detentaba el carácter de socia..." es violatorio del artículo 1 y 210 del CPP, insistiendo en que B. no estaba inhabilitado y el "ocultamiento" no fue tal.

Continúa sindicando que "...mismo yerro comete el "a Quo" al entender que, al ser B. un dueño "oculto" de la empresa, hay dudas respecto de la comisión (por A.) del hecho por el cual había sido condenado...", refiriéndose entonces a los testimonios de quienes depusieran en estos actuados, alegando que "...ninguno de ellos manifestó conocer siquiera 'quien manejaba el dinero', ni -mucho menos- acreditar que era B. quien decidía que hacer con él...".

Sostiene que los testimonios analizados por este cuerpo resultan ser de testigos "parciales" (por ser actualmente clientes y empleados del imputado) y que arribar a la duda a partir del análisis de los mismos y de la errónea valoración de que B. se encontraba "inhibido", constituía una valoración arbitraria que debía revocarse.

Cuestiona que no se haya valorado la prueba testimonial producida en el debate "...que describe un rol activo de A. en la empresa manejando dinero y diversas cuestiones que hacían a los aspectos operativos y comerciales del transporte..." (testimonios que cita y a los que remito en honor a la brevedad).

Critica también el análisis efectuado por este Cuerpo respecto del expediente laboral acompañado, puesto que -sostiene- los hechos invocados en aquel expediente "...no se encuentran probados...", como así también la valoración efectuada respecto de los estados contables incorporados a la causa, alegando para ello que la documental incorporada respaldaba el informe contable y que la pericia contable efectuada en el marco de la causa civil se expidió en torno a que los estados contables se ajustaban a las previsiones legales y se encontraban llevados en legal forma.

En cuanto al delito de retención indebida, el recurrente también cuestiona la decisión, alegando errónea valoración de la prueba y arbitrariedad, afirmando que se valoraron parcialmente los dichos del imputado, quien al momento de "quedarse" con las cobranzas, no invocó ninguna retención, siendo que las mismas resultaban ilegales, desproporcionadas e inmotivadas.

Luego de hacer un repaso de lo declarado por el imputado durante la audiencia de debate, afirma que "...lejos estuvo el procesado de dar una respuesta satisfactoria y con cierto grado de precisión, y con documentación de respaldo, a las observaciones y reclamos que se le efectuaban...". Concluye que la absolución dispuesta por este Tribunal se ha sostenido "...en documental y testimonios que no logran derribar la profusa prueba de cargo, que dicen lo contrario y que no resultan útiles para acreditar mínimamente la existencia de duda...", afirmando que no se ha explicado el juicio lógico seguido para arribar a la conclusión que viene atacando, lo que importa que dicha sentencia no sea un acto jurisdiccional válido y deba ser nulificada.

Afirma que el acusado ejercía la administración y que la figura del artículo 173 inc. 7 comprende también "...a quien tiene a su cargo el manejo o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos en virtud de una relación jurídica interna...", siendo que el causante tenía el manejo exclusivo de las cuentas bancarias y que se apropió de dinero sin rendirlo ni asentarlo, violando su deber de fidelidad.

Solicita se admita el remedio intentado y formula reserva de caso federal.

Señalados así los motivos de agravio esbozados por el recurrente, adelanto que propondré al acuerdo la declaración de admisibilidad del recurso impetrado, en pos de garantizar al particular damnificado, el derecho a ser oído y a la tutela judicial efectiva.

Comienzo por señalar que -en principio- el derecho al recurso y a la doble instancia judicial ha sido consagrado convencionalmente en forma expresa en relación al imputado. Ahora bien, no menos cierto es que el rol de la víctima en el proceso ha evolucionado, siendo que hoy se reconoce su derecho a la tutela judicial efectiva (consagrado legal y convencionalmente en el artículo 8.1 de la C.A.D.H.), lo que conlleva derecho a la jurisdicción. Ésto se ve plasmado en la posibilidad que le confiere la normativa legal que rige el proceso penal, de recurrir las decisiones judiciales en los mismos casos en que puede hacerlo el Ministerio Público Fiscal: es decir, para el caso de sentencias definitivas de primera instancia que importen una absolución (cuando hubieran requerido la condena) o la aplicación de una pena

menor a la mitad de la solicitada (cfr. artículo 441 del CPPBA). También se lo faculta a interponer recurso extraordinario en el caso de sentencia adversa cuando hubiese solicitado una pena de reclusión o prisión mayor a 10 años (cfr. artículo 494 del CPPBA).

En relación a la facultad recursiva que ataña a víctima y particular damnificado, se ha expedido nuestro máximo tribunal provincial en el marco de la causa P.117.199 "Orlando, Marcelo Julián y Martiello, Liliana Mabel -apoderados de particular damnificado- s/ Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 34.443 y acum. 34.496 del Tribunal de Casación Penal, sala II"y acum. P. 119.888, caratulado "Colman, Ricardo Luis y Colman, Walter David s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causas n° 34.443 y acum. N° 34.496 del Tribunal de Casación Penal, Sala II", donde se señaló que "... el particular damnificado podrá hacer valer su derecho a la jurisdicción, para procurar una decisión que provoque la revocación de una sentencia absolutoria o la modificación de una sentencia condenatoria que no le satisface siempre y cuando con lo actuado en la instancia de juicio y la de revisión no se encuentre satisfecha la doble conformidad judicial...".

Ahora bien, dicho eso en torno a la legitimidad del particular damnificado para recurrir, observo que es de claridad la normativa del art. 494 del Código de Forma en cuanto establece que el recurso de inaplicabilidad de ley sólo procede para el Ministerio Público Fiscal en caso de sentencia adversa cuando hubiere pedido una pena de reclusión o prisión superior a diez años, requisito de admisibilidad que no se da en el caso traído a decisión de este Cuerpo.

Corresponde, entonces, efectuar una estricta apreciación sobre el cumplimiento -en este proceso- de los requisitos exigidos por la Excma. Corte Suprema de Justicia Nacional para la admisión del recurso extraordinario federal, siguiendo las bases establecidas por la ley (Ley nro. 48 y Ac. 4/2007 C.S.J.N.), para el posible avance ante la Suprema Corte Provincial para el análisis de las posibles cuestiones federales (como tribunal intermedio) .

En ese andarivel, la interpretación jurisprudencial vigente de la S.C.B.A., en caso de presentarse un supuesto de aplicación de los precedentes "Strada", "Di Mascio" y "Christou" que habilitara la llamada jurisdicción constitucional de la Suprema Corte Provincial, permite excepcionar los requisitos de la norma en cuestión (Art. 494 del CPPBA), lo que así fuera establecido en reiteradas oportunidades: "...aun cuando no estén satisfechos los extremos de admisibilidad propios del carril impugnativo intentado (Art. 494 C.P.P.), el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley constituye habitualmente el canal idóneo para el tratamiento de las cuestiones federales que pudieran estar involucradas, a fin de permitirle al impugnante transitar por el Superior Tribunal de la causa como recaudo de admisibilidad del potencial remedio federal (art. 14 ley 48), conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación..." (P. 101.238 del 5/12/2007 y P. 118.832 del 4/6/2014, entre otros).

Es así que, para la posibilidad de declaración de admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto dejando de lado los límites recursivos de aquel artículo, se requiere del planteamiento correcto de cuestiones federales para permitir el tránsito hacia la C.S.J.N.; siendo que sostiene el recurrente que la decisión de este Tribunal adolece de falta de motivación y ha incurrido en arbitrariedad en la valoración probatoria, todo lo que lo descalifican como acto jurisdiccional válido. Sin embargo, observo que sus agravios vinculados a la valoración probatoria, son insuficientes para demostrar la arbitrariedad que denuncia como afectación constitucional y en la que pretende justificar la cuestión federal requerida para la aplicación de los precedentes Di Mascio y Christou, para excepcionar la normativa del artículo 494 y habilitar la jurisdicción constitucional de la Suprema Corte Provincial.

Tal como ha resuelto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia Nacional: "...el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado..." (C.S.J.N.,

Fallos 310:234); siendo insuficiente la mera disconformidad del apelante con el pronunciamiento impugnado, requiriéndose omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que permitan descalificar a las sentencias como acto jurisdiccional (Fallos 250:348).

Tal como ha expuesto el máximo tribunal nacional "...la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto corregir pronunciamientos supuestamente equivocados o que se consideren tales, en orden a temas no federales -aquí, como se dijo, los agravios remiten al examen de cuestiones probatorias- pues para su procedencia se requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia apelada como acto jurisdiccional válido..." (T. 329 P. 2206).

Advierto entonces que las críticas que efectúa el recurrente a la valoración probatoria efectuada por este Tribunal tanto respecto de las declaraciones de los testigos (de cuyos dichos obran constancias en el acta de debate) como de la prueba documental incorporada a la causa, no hace más que pretender una interpretación distinta de la de este cuerpo, desentendiéndose de las razones que éste Tribunal ha esgrimido para considerar la falta de certeza positiva requerida para el dictado de una sentencia condenatoria.

Incluso, observo que muchas de las críticas que efectúa a la valoración de los dichos de los testigos y a la falta de inmediación de este Tribunal, no resultan conducentes, desde que las referencias valoradas de D. y E., fueron extraídos de las constancias de las actas de juicio oral y público (a diferencia de lo señalado por el impugnante).

Ahora bien, descartada la arbitrariedad y la falta de fundamentación que viene alegando el recurrente, advierto que en el presente caso la no admisión del recurso que viene intentando podría generar un gravámen de imposible reparación ulterior a partir de la afectación de derechos consagrados constitucionalmente (esto es el derecho de la víctima a ser oído y el derecho a un control jurisdiccional de lo decidido), máxime desde el momento que no se ha abastecido el doble conforme

con respecto al procesado (tal las palabras del Máximo Tribunal Provincial en el fallo citado ut supra).

Ahora bien, en torno a la revisión amplia que viene pretendiendo el recurrente, no advierto motivo para hacerle lugar, desde que no ha justificado qué circunstancias del presente caso se vinculan con las del precedente "Duarte" que viene citando y ello así, por cuanto advierto de mi parte -siguiendo en ésto a lo señalado por el máximo tribunal provincial en el precedente "Orlando" (y al que ya me he referido en párrafos anteriores)- que el derecho que le asiste al imputado "...posee mayor intensidad protectoria que el de acceso a la jurisdicción, pudiendo graduarse en su aplicación con distintas jerarquías al no resultar de la misma entidad..." .

Ello, adunado a la circunstancia de que ese derecho a un control jurisdiccional ya se encontraría salvaguardado a partir de la concesión del recurso extraordinario que es en definitiva lo presentado por el recurrente.

Así lo voto.

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

Adhiero a los fundamentos esgrimidos por el Dr. Barbieri y sufragó en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar las cuestiones sometidas a votación, corresponde declarar admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal interpuesto por el Dr. Mariano Jara (Arts. 479, 482, 483, 486, 494 y ccdtes. del C.P.P.), con los alcances que emanan del voto que antecede.

Así lo propongo.

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

Adhiero al sufragio que precede.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es admisible el recurso interpuesto.

Por lo expuesto **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal interpuesto por el Dr. Mariano Jara (Arts. 479, 482, 483, 486, 494 y ccdtes. del C.P.P.), con los alcances del voto que abre este acuerdo, concediendo el remedio por ante el Máximo Tribunal Provincial.

Notificar.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 22/02/2022 12:54:44 - SOUMOULOU Pablo Hernan - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/02/2022 12:56:30 - BARBIERI Gustavo Angel - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/02/2022 13:22:02 - GIACOMICHI Veronica Maria Rosa - AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN