

Procedimiento Accion Penal Titularidad Cambio De Calificacion

JURISPRUDENCIA

Procedimiento. Acción penal. Titularidad. Cambio de calificación

Se revoca la resolución que declaró la nulidad de oficio del cambio de calificación legal -de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, a encubrimiento agravado-, por considerar que hubo un exceso de jurisdicción incompatible con los principios que rigen la actuación del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal. Junín, a los 7 días del mes de abril del año dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Junín, Provincia de Buenos Aires, Doctores Andrés Francisco Ortiz, Miguel Sainz y Carlos Mario Portiglia, bajo la Presidencia del primero, se trajo a despacho para pronunciar Sentencia la Causa N° 15.115 (IPP N° 04-00-002888-14), caratulada "J., J. E. S/ENCUBRIMIENTO AGRAVADO S/Incidente de Apelación". Conforme al sorteo oportunamente efectuado ante la Actuaría, se estableció que los señores Jueces debían observar en la votación el siguiente orden: Doctores Ortiz, Sainz y Portiglia. Seguido el Tribunal resolvió considerar la siguiente cuestión: "Corresponde revocar la resolución obrante a fs. 28/29vta. del presente incidente de nulidad, apelada por la defensa? A LA CUESTION PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Andrés Francisco Ortiz dijo: Sostuvo la parte defensora que la resolución recurrida de fecha 17 de diciembre 2014, pronunciada por el Sr. Juez A quo, que decretó de oficio la nulidad de la resolución que luce a fs. 343/344 del principal, se funda en una aseveración dogmática carente de fundamento alguno, haciendo una interpretación errónea de la situación procesal, pues las nulidades procesales deben ser interpretadas con carácter restrictivo, evitando "la nulidad por la nulidad misma", atento su excepcionalidad y aplicadas cuando medien expresas razones de orden público o bien cuando estén en juego la legalidad intrínseca del procedimiento y el acto viciado afecte el debido proceso o la defensa en juicio del procesado. Exterioriza el impugnante que la nulidad declarada con anterioridad por el Juez Subrogante Dr. Cornaglia, no fue apelada por considerar la defensa, que en ese momento el decisorio se justificaba para salvar la primigenia irregularidad, pero que la misma fue saneada posteriormente por el encargado de la investigación. Memora la parte defensora, que surge de lo actuado que la presente IPP tiene como origen la causa del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 Departamental (ver causa N° 342/13), y en cuyo debate oral y público H. R. fue condenado como autor penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego, en donde el Sr. Agente Fiscal (el mismo que interviene en la presente IPP), en busca del descubrimiento de la verdad y en actuación de la ley, tomo un conocimiento acabadamente ilustrativo del suceder de los hechos que ahí (IPP N° 2571/10) y en esta (IPP N° 2888/14) - principio de la oralidad, inmediatez y concentración- colocan a su defendido en la imputación conclusiva como responsable del delito de encubrimiento agravado y lo hizo en base a actuar como director del proceso y titular de la acción pública. En síntesis, afirma que la postura del representante de la "vindicta pública" no amerita una invalidación como la que se intenta declarar (nulidad de fs. 343/344) ya que la misma fue saneada y la calificación legal sustentada lo fue en virtud del grado cognoscitivo exclusivamente extraído de las pruebas de las IPP referenciadas. ANTECEDENTES: Que de la lectura de la presente causa se desprende que a fs. 286, el Sr. Fiscal Dr. Javier Ochoaizpuro procede al cambio de calificación legal de Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego en grado de coautor en los términos del Art. 79 y 41 bis del C.P. y decide calificar la presente causa como Encubrimiento Agravado, previsto por el art. 277 inc. 3 en relación al inc. 1 apartado a y b del Código Penal; solicitando asimismo a fs. 287/289, la prisión preventiva de S. J. E. J. en orden a la comisión del último delito detallado. Que, a fs. 294/311 el Sr. Juez subrogante legal del Juzgado de Garantías N° 2, Dr. Marcos Cornaglia, resolvió declarar la nulidad de oficio del cambio de calificación legal efectuado a fs. 286, sin perjuicio de la validez de la solicitud de prisión preventiva de fs. 287/298 vta.; convirtiendo en la citada medida cautelar la simple detención de S. J. E. J. en la presente causa que se le sigue por Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego. Según el magistrado Dr. Cornaglia, la nulidad correspondía en tanto la resolución del Fiscal se limitaba a enumerar los elementos colectados en la investigación, sin hacer un análisis de los mismos, con una relación lógica y circunstanciada que le permitiera dar sostén al giro formulado. Ello porque los elementos incorporados al nuevo requerimiento resultaron idénticos, a los que presentara al solicitar la detención de J., e idénticos a los que fueron comunicados al imputado al momento de prestar declaración en los términos del art. 308 del CPP en orden al delito de Homicidio Agravado. Que la nueva nulidad decretada ahora por el Sr. Juez Correccional Dr. Coppola en el marco de su competencia, es decir cuando la causa ha sido elevada a juicio, se basó en que a fs. 343 el Sr. Fiscal Dr. Ochoaizpuro desoyó lo resuelto por el Sr. Juez de Garantías a fs. 294/311, en resolución que adquirió firmeza al no haber sido impugnada por ninguna de las partes intervinientes, modificó la base fáctica, describiéndola de manera imprecisa, insistiendo en la calificación del mismo como Encubrimiento Agravado, sin que hubieran variado los elementos de prueba incorporados a la investigación, tomando como válidos los dichos de J. al momento de prestar declaración en los términos del art. 317 a fs. 263/265,

sin otro elemento probatorio y alterando, además, el hecho que se le hiciese saber al imputado en los términos del art. 308 CPP -oportunidad en la que se lo indagó por Homicidio Agravado-, la que no fue anulada. Que, asimismo a fs. 345/347 se le toma una nueva declaración al imputado J. en los términos del art. 308 del CPP, modificando sustancialmente los hechos por los cuales se aceptó la declaración anterior, e insistiendo en la calificación de Encubrimiento y finalmente a fs. 348/352 el Sr. Fiscal presenta la requisitoria de elevación a juicio por el citado delito. Que el citado análisis lleva al Sr. Juez Correccional a concluir que no ha variando la situación fáctica analizada por el Sr. Juez de Garantías subrogante, Dr. Marcos Cornaglia, al momento de decretar la nulidad del cambio de calificación legal propugnado a fs. 286. Solución que dice compartir en cuanto a sus fundamentos (y también en punto a la calificación de los hechos que motivan el proceso), por lo que entiende que corresponde declarar la nulidad de oficio de la resolución de fs. 343/344 y de los actos consecutivos de la misma (arts. 201, 202, 203, 204, 207 y ccs. CPP), debiéndose remitir la causa al Juzgado de Garantías interviniente para - previa designación de nuevo Fiscal por parte del Sr. Fiscal General-, continúen el trámite de la investigación penal preparatoria a partir de la resolución del Dr. Cornaglia obrante a fs. 294/311. Que por otra parte cabe subrayar que a fs. 50/50vta. del presente incidente, el Sr. Fiscal de Cámaras no mantuvo el recurso de apelación interpuesto por el Agente Fiscal, en virtud de las consideraciones que allí se enuncian. Hecha la síntesis de los antecedentes que involucran la decisión puesta en crisis, entiendo que la misma debe ser revocada. El control de legalidad que está facultado a hacer el Juzgador, posee la misma jerarquía constitucional que el principio de imparcialidad de los jueces, que hoy tiene expreso rango constitucional a tenor de lo normado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. De manera que uno no debe menoscabar al otro. La imparcialidad es la condición de "tercero" del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva, hasta el acto mismo de la sentencia o conclusión de la causa. Sintetizando, entiendo que la decisión del Sr. Juez Correccional debe revocarse, pues ha soslayado prematuramente la conclusión del fiscal encargado de la investigación. El Agente Fiscal interviniente ha fundado suficientemente, para la etapa procesal que se atraviesa, la modificación que realiza en la hipótesis de la imputación incriminante que le realiza a J. Principalmente dijo haber valorado la declaración del imputado (a la que denominó en su presentación de fs. 31/34 "prueba por antonomasia en descargo de la imputación"), pues no hacerlo implicaría en sus palabras "volver a un acto inquisitivo, contrario al espíritu de nuestro actual sistema acusatorio que destaca las garantías del proceso". Que cree se violentan con la desacreditación in limine, que se formula a la versión de los hechos dadas por el imputado J. Insistió en que ha valorado las constancias probatorias incorporadas con posterioridad la detención de J. por el delito de homicidio. Actividad que lo llevó a la convicción de que J. resulta ser autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado y no del homicidio originariamente enrostrado, lo que dejó fundado oportunamente al propiciar el cambio de calificación. Fundó tal decisorio, en las circunstancias fácticas y temporales que permiten dotar de credibilidad al relato del imputado, a su entender: 1) que se acreditó en el debate primigenio que otra persona levantó a R. luego del homicidio y lo llevó a esconder el arma de fuego que luego fuera secuestrada a C. 2) Que se verificó, también, que en ese entonces la pareja de J., afirmó que el mismo le pidió la moto para llevar a R. a hacer un mandado y cuando se encontraron con O. P., le disparó sin saber J. que el agresor portaba un arma, lo que le provocó un impacto personal que hizo que inmediatamente lo bajara de la moto y volviera a su domicilio a contarle a su pareja. 3) Que los testigos D. y R. (véase fs. 284/vta. y fs. 285/vta.) afirmaron ver a J. en su domicilio inmediatamente después del suceso, dando una versión que acredita los extremos vertidos por J. en ocasión de la declaración del art. 308 del CPP. 4) Que según lo refiere el fiscal, se ha acreditado en autos que J. J. se presentó espontáneamente a la Fiscalía actuante a los efectos de brindar su versión de los hechos para evitar ser perseguido penalmente por una acción que nunca conoció ni sospechó que se iba a ejecutar, pero en varias oportunidades le fue vedado ese derecho que consagra nuestro ordenamiento de rito, art. 162, en virtud de las líneas de investigación en ese entonces vigentes y que podrían haber influido en esa negativa. 5) Que resulta así adecuada la nueva calificación legal a la realidad de los hechos, a tal punto que a fs. 342, los progenitores de la víctima O. P. y sus hermanos, formalizan un acta para que el encargado de la investigación sea quien ponga fin a este proceso, a través del trámite del juicio abreviado y han consentido la actual calificación. Que los fundamentos expuestos, son el basamento en que ha apoyado el Agente Fiscal interviniente el cambio descripto de la situación procesal del imputado J., fundado en las constancias probatorias adunadas en el proceso, y que en virtud de los principios constitucionales y procesales vigentes han llevado al representante del Ministerio Público Fiscal a la convicción de que J. J. resulta ser autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado. Observo que lo realizado por el Sr. Agente Fiscal ha cumplido acabadamente con lo previsto en el art 335. del código procesal (Texto según ley 13.260, art. 5°), que en cuanto al contenido de la requisitoria establece que: "El requerimiento fiscal deber contener, bajo sanción de nulidad, los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal. Asimismo deber especificar si en virtud del hecho atribuido, éste deber ser juzgado por Tribunal o Juez Correccional". Surgiendo, por demás claro que el fiscal ha decidido en esta causa no

utilizar el procedimiento de la acusación alternativa, receptado en la segunda parte del citado artículo, que reza: "El requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado". Lo actuado por el Fiscal no es nulo y sus conclusiones no pueden modificarse en perjuicio del imputado, en virtud del desistimiento realizado a fs. 50/50 vta. del incidente por el Sr. Fiscal General, atento la clara regla de prohibición de reformatio in peius establecido en el art. 435, en cuya parte pertinente establece que las resoluciones recurridas sólo por el imputado o en su favor (escrito de fs. 39/41 del incidente), no podrán revocarse, modificarse o anularse en su perjuicio. En esa línea de pensamiento, se debe recordar que la acción penal es la facultad de poner en marcha y desarrollar los procedimientos tendientes a lograr una decisión jurisdiccional en un caso concreto. Si bien en nuestro sistema penal, el origen de la acción penal pública debe remontarse hasta el surgimiento del sistema inquisitivo, no es menos cierto que el nuevo Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, con una clara interpretación constitucional, implementa un sistema de articulación acusatoria caracterizado por una nítida distinción entre los órganos que tienen el poder de la acción y el poder de la jurisdicción. De tal manera, hay un órgano de la investigación, promoción y acusación (fiscalía); y otro netamente diferenciado de decisión (órgano de Juicio). Estimo que, sin lugar a dudas, en el nuevo código procesal vigente el rol de acusador público del Fiscal se subraya de manera esencial, y su poder de acción se define fundamentalmente por su carácter premotivo y por la capacidad e intención de impulsar los procedimientos, tratando de conducirlos a través de su actividad hacia la decisión conclusiva. Vélez Mariconde ha definido la acción como el "Poder jurídico de excitar la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de que el Tribunal emita, en un proceso legalmente definido, una decisión sobre el fundamento de la pretensión jurídica que se hace valer". Ello funciona en el modelo acusatorio, tanto en un sentido (hacer una acusación) como en el otro (desistir de una originaria imputación y cambiarla fundadamente por otra). Por tal motivo, esa pretensión jurídica que se hace valer, tiene una recepción en la lógica del sistema; pues como el mismo es eminentemente acusatorio, por ello es que aún en pleno debate el Fiscal de Juicio puede desistir de la acusación, y el Tribunal o Juez Correccional debe absolver al imputado (art. 368, última parte). Y ES QUE EL MINISTERIO PUBLICO ES EL TITULAR DE LA ACCION PENAL. Si éste no la ejerce, o como en el presente caso justifica el cambio de la imputación legal en la que confluó su actividad investigativa, le está vedado al juzgador como tercero imparcial introducirse prematuramente en esa decisión. Ello no obstante, no implica que el Tribunal (como en este caso) no pueda ejercer en el momento procesal oportuno, el control de legalidad que le corresponde como portador de la jurisdicción. Y en esa inteligencia entiendo que, como ha sido explicitada, la posición de la parte acusadora no es arbitraria ni absurda; y siguiendo a Ferrajoli (Derecho y Razón. Pág. 570) puede señalarse que la nueva propuesta conclusiva de la fiscalía atraviesa indemne el control de legalidad por parte del Juzgador, ante el cual actúa el representante del Estado. Ello con fundamento en los principios de inderogabilidad de la jurisdicción penal, sujeción a la ley de toda la función judicial, principio al que también se subordina la actuación del órgano de la acusación, igualdad e indisponibilidad de las situaciones penales, criterios que impedirían homologar opiniones absolutamente discrecionales del Ministerio Público (según cita de Falcone-Medina en su obra El nuevo Derecho Procesal de la Provincia de Buenos Aires). Por lo fundamentos expuestos, propongo al acuerdo revocar la decisión de fecha 17 de diciembre 2014 (fs. 28/29 vta. del presente incidente), pronunciada por el Sr. Juez A quo, que decretó de oficio la nulidad de la resolución que luce a fs. 343/344 del principal y de los actos consecutivos de la misma; estableciendo la continuación del proceso, con la producción de los actos que corresponden de acuerdo a nuestra ley procesal provincial. (arts. 106, 434, 439, 440, 441 y cc. del C.P.P.).- **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**- Dio su voto en el mismo sentido, aduciendo análogas razones que el Dr. Ortiz, el Sr. Juez Dr. Sainz.- **A LA MISMA CUESTION PLANTEADA,** el Sr. Juez Dr. Portiglia dijo: Desde ya que acompaño la postura del distinguido colega que lleva la voz cantante en este acuerdo. Sólo que deseo exponer, también con énfasis, la posición que vengo sosteniendo desde el precedente "Faggiani", de fecha 16/5/06 y "Cayú", de fecha 3/7/08, entre otros. El enjuiciamiento penal responde a una clara inspiración acusatoria en el que la dialéctica de tesis y antítesis que prolongan la síntesis que es la sentencia, corresponden exclusiva y excluyentemente a las partes, limitándose la actuación del sentenciante a la de tercero imparcial, criterio que por lo demás se encuentra absolutamente presente en nuestro ordenamiento procesal no sólo por lo reglado en el art. 368 in fine - desistimiento de la acusación que trae como corolario la absolución- sino también en el art. 326 cuando establece que el sobreseimiento ser obligatorio para el Juez cuando exista acuerdo de fiscales y por los arts. 422, 432 y cc. en tanto prevén el desistimiento de los recursos (cfr. también art. 21 y cc. de la ley de Ministerio Publico 14.442). Por su parte, bueno es memorar que las normas del derecho penal intentan, en primer lugar, la preservación del orden jurídico como medio de lograr la paz social y, por ello, la promoción y prosecución de un procedimiento penal no se vincula, para bien o para mal, con un interés particular sino con un interés común, a excepción de los escasos supuestos de persecución penal privada. De allí que la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso (acusador, imputado y tribunal

imparcial que decide); todos esos poderes se vinculan y condicionan unos a otros ya que su principio fundamental que le da nombre al sistema se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal está condicionada al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio), por lo que el paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio del poder político resulta evidente: de allí que no sea casualidad la aplicación de este sistema en pocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas como Grecia y Roma como las modernas como Francia y el movimiento de reforma operado a fines del siglo XVIII y en los primeros años del siglo XIX (ver Julio B.J. Maier en "Derecho procesal penal, fundamentos", Tº I, p g. 444). De tal suerte que el Ministerio Público Fiscal no esté situado frente al imputado para inquirir y requerir sólo en contra de él sino, por el contrario, para aclarar la imputación procesal que soporta y requerir también a su favor cuando corresponda, incluso sosteniendo una calificación legal m s benigna. Con estas breves digresiones, y en la inteligencia de que en la resolución en crisis hubo un exceso de jurisdicción incompatible con los principios enunciados, doy también mi respuesta afirmativa al interrogante planteado. VOTO POR LA AFIRMATIVA.- Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: Iº) REVOCAR la resolución de grado apelada de fs. 28/29vta. del presente incidente, que decretó de oficio la nulidad de la resolución que luce a fs. 343/344 del principal, y de los actos consecutivos de la misma; Estableciendo la continuación del proceso, con la producción de los actos que corresponden de acuerdo a nuestra ley procesal provincial.- IIº) Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase los autos al Juzgado de origen.- Dr. Andrés Francisco Ortiz Juez Dr. Carlos Mario Portigli Juez Dr. Miguel Sainz Juez Dra. Marta Inés Venere Secretaria Correlaciones: Código Procesal Penal - Buenos Aires 001108E