

## Instrucción Sumaria Delito De Accion Publica Flagrancia Recurso De Apelacion Ausencia Del Fiscal De Camara

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Instrucción sumaria. Delito de acción pública. Flagrancia. Recurso de apelación. Ausencia del fiscal de Cámara

No se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado que pidió la libertad de este último, detenido bajo la nueva figura de flagrancia, por la ausencia del Fiscal General durante la audiencia oral. En función de ello, la Cámara dispuso que la ausencia del Fiscal de Cámara en la etapa recursiva no conduce a la solución pretendida por la defensa en la medida en que su actividad, en esta instancia, resulta facultativa, al igual que su asistencia. Buenos Aires, 16 de febrero de 2017.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** I. Interviene el Tribunal con motivo en el recurso de apelación interpuesto por la defensa de O. L. O. C. contra la denegatoria de su excarcelación bajo cualquier tipo de caución, dispuesta en el marco de la audiencia celebrada de conformidad con las previsiones de los arts. 353 ter y quáter del Código Procesal Penal de la Nación. A la audiencia prevista en el artículo 454 ibídem y a efectos de expresar agravios concurrió la Dra. Nuria Sardaños, representante del Cuerpo de Letrados Móviles de la Defensoría General de la Nación. Finalizada la deliberación nos encontramos en condiciones de resolver.

II. El juez Ricardo Matías Pinto dijo: Como primera cuestión, corresponde dar respuesta al planteo de la defensa vinculado con la ausencia del Representante del Ministerio Público Fiscal en este acto. En líneas generales, sostiene que su incomparecencia a la audiencia a efectos de efectuar la réplica respectiva importa el desistimiento a la oposición formulada por su inferior jerárquico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 353 bis, párrafo segundo, del CPPN - según la modificación incorporada por la ley 27.272-. De adverso a lo argumentado por la defensa, entiendo que la ley 27.272 no modificó el régimen general de los recursos (artículo 353 bis y 353 quinquies, último párrafo del CPPN), de modo que la audiencia materializada en los términos del artículo 454 del ritual no resulta equiparable a las audiencias multipropósito contempladas en los arts. 353 ter, quater y quinquies del ordenamiento procesal que regulan las audiencias de inicio y clausura del procedimiento de flagrancia y que, por expresa disposición de la norma (art. 353 bis ibídem), se rigen por los principios de intermediación, continuidad, bilateralidad y contradicción. En función de ello, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 453 segundo párrafo del CPPN, la ausencia del Fiscal de Cámara en la etapa recursiva no conduce a la solución pretendida por la defensa (libertad del imputado) en la medida en que, su actividad en esta instancia (vgr. mantener o desistir del recurso que hubiese deducido su inferior jerárquico, como adherir al recurso interpuesto por otra parte) resulta facultativa, al igual que su asistencia, en carácter de no recurrente, a la audiencia prevista en los términos del art. 454 del CPPN a efectos de replicar. Como corolario de ello, no puedo sino concluir en que habiéndose opuesto el Fiscal de Instrucción a la concesión de la excarcelación y no haber formulado el Fiscal de Cámara adhesión al recurso de la defensa (art. 439 y 453 del CPPN) -pese a hallarse debidamente notificado (cfr. fs. 6vta.)-, ha mantenido el criterio de su inferior jerárquico. Lo expuesto no quita que pueda verificarse, en el caso de que Fiscal General haga uso de la facultad que la norma le confiere y concurra a replicar los fundamentos del recurrente, una audiencia contradictoria. Pero, claro está, de no asistir, se celebrará con las partes que comparezcan por cuanto, como se dijo, su presencia es meramente facultativa. Es que, la actual legislación, a diferencia de lo que establece el Código Procesal Penal sancionado mediante la ley 27.063 que prevé expresamente la presencia de "todas las partes" (art. 314), no dispone que el acusador deba mantener en forma obligatoria la postura asumida por el fiscal de grado (ver, en este sentido, voto del juez Cicciaro en la causa nro. 78.453/16, de la Sala de FERIA A, rta. el 10/1/17). Se advierte entonces que el régimen del proceso previsto en los arts. 353 bis y siguientes del CPPN no ha modificado el trámite de los recursos de apelación, salvo en lo referido a la objeción al procedimiento de flagrancia -caso en el cual se prevé que resuelva la cuestión un juez en forma unipersonal- y en lo referente a la remisión de las apelaciones que se hubieran formulado (art. 353 quinquies). El resto de las cuestiones, frente a la ausencia de disposición expresa, deben regirse por las prescripciones de los arts. 454 y 455 del CPPN. En atención a lo expuesto, el planteo formulado por la defensa no puede prosperar. Aclarado cuanto antecede, corresponde ingresar al análisis de la cuestión objeto de recurso. En este sentido, cabe señalar que el hecho que aquí se ventila fue calificado jurídicamente como constitutivo del delito de robo en grado de tentativa. La escala penal prevista para ese delito y la ausencia de antecedentes condenatorios (cfr. fs. 34 del legajo principal) permiten encuadrar la situación de O. C. en los supuestos contemplados en el art. 317, inciso 1º, por remisión al art. 316, segundo párrafo, del compendio adjetivo. No obstante, surgen de la lectura del legajo indicadores de peligro de fuga que requieren, de momento, mantener el encierro cautelar impuesto en la anterior instancia. Al respecto, se pondera que en el marco de las causas N° ... y .... (acumuladas jurídicamente a la presente, fs. 78) se otorgó al imputado -el 24 de enero pasado- el beneficio de suspender ambos procesos a prueba por el término de 1 año. Sin embargo, el

prevenido incumplió con el compromiso allí asumido al no presentarse a la primer convocatoria (fijada en el término de 48 hs.) en la que se le informarían las reglas de conducta que debía observar (ver certificación de fs. 65). De tal suerte, a tenor del art. 76 ter del compendio sustantivo, no podrá acceder nuevamente a ese instituto y una eventual pena en estas actuaciones importará además la realización del juicio en las causas de mención. Por otro lado, en el sumario N° .... -iniciado el 12 de enero de este año-, en el marco de la audiencia inicial (flagrancia), se resolvió concederle la libertad bajo caución juratoria y, tan sólo 6 días después, se vio involucrado en la causa N° ....., en la que se le dio soltura desde la comisaría el 19 de enero. Menos de un mes después de ello tuvo lugar el hecho que dio génesis a estas actuaciones. El comportamiento de O. C. que se extrae de tales circunstancias permite inferir que éste no se rige por las normas de derecho impuestas e impide considerar atinado acceder al pedido de libertad que aquí se examina. Es que la existencia de esta nueva imputación aparece per se entorpecedora de los demás casos en trámite, ya que interrumpe el normal desarrollo de aquellos procesos. Frente a ello, el mantenimiento del encarcelamiento preventivo aparece como la única herramienta idónea para neutralizar el peligro de entorpecimiento constatado. Finalmente, valoro la situación migratoria irregular del prevenido, quien residiría en el país desde hace más de un año y medio y aún no cuenta con la identificación nacional correspondiente (fs. 5/vta. y 75), extremo que traduce un arraigo inestable en este territorio e impone cursar notificación de lo resuelto a la Oficina de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones, a los fines de las cuestiones administrativas que pudieren corresponder, medida que deberá ser canalizada a través de la instancia de origen. En función de lo expuesto, voto por convalidar el decisorio atacado, máxime teniendo en cuenta que el tiempo que lleva en detención (desde el 2 de febrero pasado) no se exhibe desproporcionado en relación con la pena en expectativa, el trámite impuesto a las presentes actuaciones (ley 27.272) y el estado en el que se encuentran (cfr. fs. 84/85), extremos que auguran una pronta resolución de su situación. El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo: Conforme he sostenido anteriormente (ver, de la Sala VI de esta Cámara, causa N° 72795/2016, rta. 6/12/2016) el art. 353 bis, párrafo segundo, del catálogo procesal (según modificación incorporada por la Ley 27.272), claramente establece que "las decisiones jurisdiccionales a las que se refiere el presente título se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración". La ausencia del Ministerio Público Fiscal en el acto contraría evidentemente tal espíritu y sólo puede interpretarse, a los fines de resolver la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada, como su desistimiento a la oposición formulada por su inferior en relación a la libertad de O. L. O. C., la cual entonces deberá ser dispuesta de manera inmediata. Por los mismos argumentos, entiendo que la Sala se encuentra imposibilitada de limitar su libertad a condiciones más severas que la mera caución juratoria. En función de ello, voto por revocar y disponer la inmediata libertad de O. L. O. C., bajo caución juratoria. El juez Juan Esteban Cicciaro dijo: Oída la grabación de la audiencia, sin preguntas por formular y tras haber participado en la deliberación, me encuentro en condiciones de emitir mi voto. En este sentido, de conformidad con el criterio que expuse en la causa nro. 78.453/16, "E., E. s/excarcelación?" de la Sala de FERIA A, rta. el 10/01/17, coincido con la conclusión y fundamentos expuestos por el Dr. Pinto, tanto en relación con el planteo efectuado en esta instancia por la Dra. Sardaños, como respecto del pedido de excarcelación de O. L. O. C. y, en consecuencia, voto por homologar la decisión recurrida. En mérito a lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: I. CONFIRMAR la decisión del a quo que dispuso rechazar la excarcelación de O. L. O. C., en cuanto fue materia de recurso. II. ORDENAR a la instancia de origen que se notifique de lo resuelto a la Oficina de Extranjeros Judicializados de la Dirección Nacional de Migraciones, a los fines de las cuestiones administrativas que pudieren corresponder. Se deja constancia de que la jueza Mirta L. López González no interviene en la presente por no haber presenciado la audiencia en función de encontrarse en uso de licencia y el Dr. Juan Esteban Cicciaro lo hace en virtud de lo previsto por el art. 36 b del RJCC. Notifíquese mediante cédula electrónica y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. Ricardo M. Pinto Rodolfo Pociello Argerich (en disidencia) Juan Esteban Cicciaro Ante mí: María Florencia Daray Prosecretaria de Cámara 018182E