

Expediente IPP. once mil quinientos treinta y tres.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los _____ días del mes de Marzo del año dos mil catorce, 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 Guillermo Alberto Giambelluca, Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 11.533/I caratulada "R., B. G. por Abuso Sexual"** y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden Barbieri, Giambelluca y Soumoulou, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1) ¿ Es justa la resolución apelada ?
- 2) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: El entonces Señor Secretario de la Unidad de Defensa Oficial Nro. 5 Dptal. -Dr. Alberto Hugo Arena-, interpone recurso de apelación a fs. 259/261 vta. contra la resolución de fs. 250/258, por la cual el Señor Juez de Garantías -Doctor Guillermo Gastón Mercuri-, no hiciera lugar al sobreseimiento peticionado en favor del imputado B. G. A. R..

Sostiene el impugnante que las pruebas reunidas en esta investigación son de tal entidad que debe producir en el sentenciante una razonable duda que inexorablemente favorezca a quien representa y que elevar la causa a juicio no es

más que dilatar el dictado de una resolución en tal sentido ya que ninguna nueva prueba se ha producido desde el rechazo de la prisión preventiva ni desde la resolución de fs. 77/78 que dispuso el archivo de estas actuaciones.

Nuevamente el impugnante hace hincapié en la falta de elementos que permitan acreditar la autoría responsable de su pupilo, señalando que la denunciante no precisa ninguna persona en particular como autor del hecho, refiriendo datos de escasa precisión.

Agrega que R. no llevaba aro en ninguna de sus orejas y que el informe policial de fs. 15 no se compadece con la carencia de antecedentes penales de su pupilo por delitos sexuales. Asimismo indica que nadie vió a su defendido ingresando al geriátrico donde habría acaecido el hecho y que todo se basa en los dichos de la víctima.

Reitera que la damnificada no pudo reconocer fehacientemente las zapatillas que se le exhibieron (fs. 35) y que la diligencia de reconocimiento fotográfico dio negativa (fs. 74/75), lo que determinó que la causa sea archivada por orden de la entonces Agente Fiscal, Dra. Maria Marta Corrado, sin que a partir de allí se incorporen nuevos elementos de significación para revertir esa decisión.

Aduna que la denunciante no identifica los tatuajes en las manos de R., advirtiendo que los mismos difieren de los que presentaba la persona que la acometiera (fs. 107), por lo que en resumen entiende que no se ha podido acreditar que exista en autos semiplena prueba o indicios vehemente para justificar que R. sea responsable del hecho que se le endilga.-

Vistos los fundamentos expuestos por el Doctor Arena y las constancias existentes en la presente causa, **soy de la opinión que la resolución en crisis debe ser revocada** por los argumentos que seguidamente expongo.

Comparto la conclusión a la que arriba el Doctor Guillermo Mercuri en lo referente a la materialidad delictiva, concordando con los

argumentos brindados en su decisorio, pero **apartándome de sus fundamentos jurídicos con respecto a que se haya alcanzado el grado de conocimiento de probabilidad positiva para acreditar la autoría responsable** (exigido por el Ritual tal el juego armónico de los arts. 334 y sgts. en relación con el art. 157).

En mi criterio **se mantiene el estado de duda** sobre el extremo autoral lo que impide afirmar que en este estadio se haya alcanzado el grado de probabilidad positiva para elevar la causa a juicio.

Así, es lo cierto que de las declaraciones de los preventores A. J. H. (fs. 15/16) y J. C. C. (fs. 55/vta.) donde ya sindicaban al procesado como autor probable del hecho por su fisonomía -en especial por los tatuajes- y por el modus operandi desplegado para acceder a la propiedad, careció de respaldo objetivo probatorio (ligado a una mera especulación de los nombrados), lo que no ha variado ni fue robustecido por la instrucción fiscal-policial (pese a que ya lo advirtió este Cuerpo en oportunidad de revocar el auto de prisión preventiva).

Podrán ser estos testimonios un medio para dirigir una pesquisa o iniciar una investigación, pero de ningún modo cabe valorarlos como medios de convicción para justificar la participación del procesado en el ilícito con el propósito de elevar la causa a juicio.

Por otra parte **no puedo acompañar la interpretación que el Doctor Guillermo Mercuri efectúa sobre el resultado del reconocimiento de las zapatillas exhibidas a la víctima** (fs. 34/36) ya que como expusiera en la resolución de fs. 21/24 vta. del incidente I.P.P. 10.950/I, la señora T. B. no fue asertiva en la oportunidad, manifestando sólo una similitud con las que tuviera el sospechoso, (a lo que debo agregar que dicho calzado es un bien fungible -producto seriado-, que debe ser interpretado con extrema prudencia si se pretende concluir que efectivamente se trata de los mismos que utilizara Ramos durante el acontecer delictivo).

No comparto entonces la particular afirmación del

Magistrado de Garantías cuando, alude al nerviosismo del momento por parte de la víctima para justificar la falta de certeza en la identificación del calzado, otorgándole a su manifestación -no certera- un resultado positivo e incluyéndola como otro elemento que compromete la situación de R..

Reitero, máxime a partir de la falta de intermediación con que contamos los juzgadores en esta etapa de instrucción donde las diligencias son dispuestas y efectivizadas por el personal de la prevención policial y/o de la fiscalía, que **es improponible razonar sobre el "nerviosismo" que puede tener un organo de prueba** (ya sea al momento del acontecer delictivo como en aquel que presta declaración y/o al efectuar una diligencia de reconocimiento) **teniendo en cuenta que quien ello adjetiva no lo ha percibido, -para peor- interpretando las dudas que de allí se pueden extraer en contra del sujeto pasivo de imputación penal.**

Similar reflexión me merece la diligencia de identificación de los tatuajes en las manos del encausado (fs. 103 vta., 109 y 107), reproduciendo lo ya expresado al revocar la prisión preventiva, **esencialmente porque los diseños, o no se corresponden con los que se observan en las manos del prevenido (cruces o estrellas en lugar de letras que forman la palabra RICA), o difieren con la mano del agresor (derecha en vez de izquierda)**, ello en función de lo manifestado por la denunciante a fs. 21 vta..

También vuelvo a considerar **que en esta causa la negativa a formar parte de la rueda de reconocimientos de personas no puede ser valorada como indicio de cargo**, visto la posibilidad que tuviera la fiscalía durante el curso de la presente investigación para complacer el requerimiento que hiciera el procesado en cuanto al motivo por el que se negara a prestarse a esa diligencia (ausencia de su defensor); **a lo que debe sumarse que la víctima nunca pudo ver el rostro de su agresor** (fs. 1 y 103), lo que hacía prever que el resultado de la misma no iba a ser positivo.-

No se puede justificar, como lo hace el Juez de Grado, que la frustración de la misma se haya debido a que las fotografías eran antiguas, o en blanco y negro, interpretando nuevamente en contra del procesado lo que en definitiva resulta carencia de la instrucción pues ha existido tiempo más que suficiente (3 años desde el hecho) para que se practique nuevamente con las actualizadas (sin perjuicio de destacar que nada se hizo desde el resolutorio de este Organo al revocar la prisión preventiva, sin tan siquiera intentar una nueva diligencia de reconocimiento en rueda de personas).

No advierto así que haya un cúmulo de elementos que en conjunto y como unidad probatoria permita acreditar la autoría responsable de R. con el grado de probabilidad positiva que exige el legislador provincial; por el contrario las conclusiones precedentes no hacen sino reforzar la duda insuperable que conllevó la revocación de la prisión preventiva y que ahora no permite elevar los autos a juicio. Sin dejar de reiterar que desde el dictado de la resolución de este Cuerpo nada se hizo como para tratar de disipar la duda generada.

A fin de justificar debidamente 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 la 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 que 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 –conocido por 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.

Es a la luz de las pautas de valoración establecidas por el legislador que entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la autoría de R. en el hecho materia de acusación (art. 209, 210 C.P.P.). Sin embargo, considero que la situación no ha de encuadrarse en lo dispuesto por el art. 323 inc. 4to. del Código de Forma como causal de sobreseimiento, en tanto no puede sostenerse que exista prueba suficiente para considerar (con grado de "certeza") que el imputado no ha sido autor del delito (certeza negativa a la que tampoco arribara el A Quo).

Ahora bien, a pesar de lo referido en relación al inc. 4to.

del art. 323 del C.P.P., **entiendo que nos encontramos ante un supuesto encuadrable en la causal de sobreseimiento normada en el inc. 6to. de ese artículo**, la que 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 imputado 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.

La situación procesal de R. se corresponde -prima facie- con lo dispuesto en ese inciso 6to. que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva -contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

El inciso establece **otros dos requisitos que deben cumplirse** para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida. **El primero** -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que se da en esta causa; B.G.A.R: fue detenido el 14 de octubre de 2012 (fs. 149), prestando declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. el día 15 de dicho mes y año (159/161 vta.) y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada en fecha 6 de marzo de 2013, por lo que entre esos actos, sin advertirse prórroga alguna, **han transcurrido los plazos previsto por el art. 282 del Código de Rito.**

El **otro requisito exigido por el art. 323 inc. 6to. es que no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo.**

En este sentido debe destacarse que no existe en autos ningún elemento aportado por el Ministerio Público Fiscal que permita considerar -con **base objetiva** en las constancias de la causa- a la luz de la sana crítica racional, que en un futuro pudieran incorporarse nuevos elementos de cargo -diferentes de los ya

colectados- que puedan hacer variar esta situación (máxime desde el momento que desde la revocación de la prisión preventiva por este Cuerpo no se ha efectuado ninguna medida).

Es decir, a partir de los elementos obrantes en autos, considero que no puede -en forma racional- extraerse una proyección sobre la incorporación de nueva prueba que permita variar el actual grado de convicción generado por los medios ya adjuntados. Así no se puede considerar, con el grado de probabilidad positiva exigido por el art. 337 del C.P.P., que R. ha sido autor del hecho imputado.

Obiter dictum digo que el precedente de esta Sala citada por el Sr. Juez A Quo (a fs. 254 y vta.) lo fue con una integración distinta a la actual (pues data del año 2006) resultando además que el criterio de este voto ya ha sido resuelto en I.P.P. 9899/I del 31/5/2012 (originaria del mismo Juzgado de Garantías nro. 2); I.P.P. 9657/I del 4/6/12; I.P.P. 9750/I del 2/7/2012; I.P.P. 9615/I (originaria del Juzgado de Garantías Nro. 2) del 10/8/12 y 10.933/I del 5/7/13, entre otras.

Corresponde entonces hacer lugar a la apelación deducida y dictar el sobreseimiento del nombrado (art. 323 inc. 6to. del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Voy a disentir con el contenido del voto que me precede, proponiendo al acuerdo rechazar el recurso interpuesto por el señor Secretario de la Unidad de Defensa Nro. 5, doctor Alberto Hugo Arena, debiéndose confirmar la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías, que no hizo lugar al sobreseimiento petitionado en favor de de B. G. A. R. y elevar la presente I.P.P a juicio (fs. 250/258).

Anticipo opinión, que la queja traída por la defensa, no encontrará acogida favorable, desde que a mi modo de ver, el cuadro probatorio en punto al extremo cuestionado, impide decretar el sobreseimiento que se peticona.

En primer término debo decir que el suscripto no tuvo intervención en

el resolutorio de fs. 21/24 vta. del incidente de apelación Nro. 10950/I del 27 de noviembre de 2012, en donde con el voto de los restantes jueces de este Tribunal se dispusiera revocar el auto de prisión preventiva dictado en primera instancia, determinando tal circunstancia que ésta sea la primera oportunidad en que evalúe los distintos elementos de prueba que se han incorporado a la causa.-

Así entrando al fondo de los agravios, habré de decir que el sistema de valoración adoptado por nuestro Código Procesal Penal, no exige determinadas cantidades o calidades de prueba para provocar certeza sino que reclama la existencia de elementos de convicción suficientes, establecidos a partir de una motivación lógica y razonada, sustentada en las probanzas incorporadas a la causa.

Y en este particular caso, en mi parecer, el plexo probatorio colectado en autos es suficiente para acreditar, a esta altura, tanto la materialidad delictiva como la autoría responsable de R. en el hecho, por lo que no es posible enmarcar su situación en ninguna de las previsiones del artículo 323 del C.P.P.-

Valoro entonces como elemento de cargo la denuncia de fs. 1, ampliada a fs. 21/22 en donde M. A. T. B. refiere como sucedieran las circunstancias que la tuvieran como víctima del abuso sexual perpetrado.

Comparto asimismo el parecer del señor Juez A-Quo cuando afirma que, la negativa de parte del procesado a conformar la rueda de reconocimiento de personas debe computarse como un indicio en su contra, tal como reiteradamente lo sostuvo esta Sala en anterior composición y el Suscripto en la actualidad (Cfr. IPP.8768/I y 11.321/I respectivamente), respondiendo así a uno de los tramos de los agravios propuestos por la Defensa.

En otro orden considero que tanto el reconocimiento fotográfico de fs. 73, como el de las zapatillas de fs. 34 y la identificación de los tatuajes en las manos del prevenido (fs. 103), sin perjuicio de la falta de certeza sobre la indicación que realiza la damnificada que pudo haber sido afectada por el nerviosismo y la situación traumática del momento, corresponde merituarlos en conjunto y ostentan una entidad probatoria

suficiente para acreditar, por el momento y con la provisoriedad propia de esta etapa procesal, el razonamiento efectuado por el señor Magistrado en el decisorio impugnado para denegar el sobreseimiento peticionado.

No se presenta entonces como dijera por ahora, una situación de claridad suficiente, por lo que el esclarecimiento total del hecho obliga a ingresar en la etapa del juicio - momento procesal éste, que cuenta con toda la amplitud probatoria y la inmediatez necesaria-, dado que aprecio que no concurren por el momento al menos ninguna de las hipótesis del artículo 323 del Código de forma en esta materia.

Es que el dictado de sobreseimiento debe fundarse en el convencimiento preciso de que se presenta alguno de los supuestos expresamente previstos en la norma del art. 323 del Código Adjetivo, sea por la objetiva y fundada determinación de que existe una situación adecuada en alguno de sus incisos, o de que no podrá alcanzarse un mínimo cuadro probatorio que provoque la razonada convicción que aquellas reglas no deben ser aplicadas.-

No puede a esta altura entonces afirmarse a mi entender, que aquí exista la "certeza negativa" necesaria para que prospere el instituto requerido. Que el Tribunal de Casación Penal Provincial ha sostenido "La certeza, a pesar de ser un estado anímico, no puede presentarse como una mera expresión de voluntad por parte de los magistrados, sino que debe encontrar fundamento en circunstancias objetivas que rodean esa certidumbre. Son dichas circunstancias objetivas, las únicas que pueden válidamente permitir que al tribunal no le queden dudas sobre la configuración de alguna de las causales que avalan el dictado del sobreseimiento. Y la mera existencia de una duda razonable, con sustento en tales circunstancias objetivas, torna prematura la formación de dicho estado de certeza, resultando arbitraria la decisión que se adopta sobre una convicción mal formada o erróneamente fundamentada (TCP, 15601, 31.3.05)".-

Los reparos efectuados por el recurrente podrán ser esclarecidos con mayor profundidad durante el debate, ámbito donde el magistrado habrá de tomar

directo conocimiento de las probanzas reunidas, evaluando todas las circunstancias del caso, la sinceridad de las declaraciones testimoniales y formar a partir de ello su sincera y razonada convicción juntamente con las eventuales probanzas que pudieran incorporarse. Por el momento, teniendo en consideración las constancias procesales descritas por el Juez "a quo", el auto apelado debe ser confirmado (art. 323 a contrario, 157, 210 y 337 del C.P.P.).

Por último, finalizo opinando que el pedido de sobreseimiento -que como es sabido, en el ordenamiento procesal cierra definitiva e irrevocablemente el proceso en relación al imputado en cuyo favor se dicta-, no resulta procedente a mi juicio, atento a la prueba reunida en la causa. Los supuestos del artículo 323 del Código Procesal Penal, exigen un grado de certeza negativa, no siendo tal la conclusión a que arribo, a esta altura, efectuando una valoración de los elementos de juicio, conforme a pautas contempladas en los artículos 209, 210, 334 a 337 del Código Procesal Penal.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: por los mismos fundamentos que el doctor Barbieri voto en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde **-por mayoría de opiniones-** hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el señor Secretario de la Unidad de Defensa Oficial nro. 5 Departamental, doctor Alberto Hugo Arena, debiendo sobreseer al encausado B. G. A. R. del delito de Abuso Sexual.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: por iguales fundamentos voto en el mismo sentido que el Señor Juez Doctor Barbieri.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: por los mismos fundamentos que el doctor Barbieri voto en igual sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los

Señores Jueces nombrados.

SENTENCIA

Bahía Blanca, marzo

de 2.014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: **-por mayoría de opiniones- que no es justa la resolución apelada de fs. 250/258 (arts. 157, 323 inc. 6to., 337, 439 y 447 del C.P.P.).**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este Organo **RESUELVE:** **hacer lugar al recurso de apelación deducido, y en consecuencia SOBRESEER al encausado B. G. A. R. del delito de Abuso Sexual (arts. 157, 323 inc. 6to., 337, 439 y 447 del C.P.P.).**

Notificar.

Hecho, devolver al Juzgado de origen.