

Expediente I.P.P. trece mil novecientos noventa.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los doce días del mes de Octubre del año dos mil dieciséis**, 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.990/I "Incidente de apelación en autos caratulados: D.I.C,F.A. s/ robo agravado"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou** (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª) ¿ Es justa la resolución apelada?

2ª) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Gabriel Ivan Lopazzo, a fs. 1/4, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 de Tres Arroyos -Dr. Rafael Oleaga a fs. 53/57 y vta.-, por la que rechazó el requerimiento de elevación a juicio con respecto de F.A.D.I.C.

Se agravia por considerar que existe una desinterpretación de la prueba producida y de la normativa vigente, por la que se concluye que los elementos de convicción resultan insuficientes para elevar la causa a juicio, lo que considera un caso de arbitrariedad y absurdo valorativo.

Sostiene que ha existido un exceso de jurisdicción por parte del Juez, quien habría extralimitado su función de control de legalidad y razonabilidad, realizando una valoración antojadiza y anticipada de la prueba, la que debería realizarse en una etapa posterior del proceso, por un órgano jurisdiccional diferente.

Alega que el rechazo de la requisitoria de elevación a juicio conlleva, indefectiblemente, al fracaso y cierre de la investigación, lo que produciría un agravio institucional, al no poder llevar a cabo en forma eficiente las obligaciones impuestas al Ministerio Público Fiscal.

Entiende que obran suficientes y "contundentes" elementos probatorios para acreditar en forma fehaciente la participación criminal, en calidad de partícipe primario, de D.I.C., y que el Magistrado habría hecho caso omiso a circunstancias particulares del caso.

Señala que entre los intervinientes hubo una coordinación previa para cometer el delito y que de ser los propios autores quienes compraran el ramo de flores, hubieran corrido el riesgo de que otros testigos pudieran identificarlos.

Sostiene que "...la animosidad del Sr. Juez de Garantías se pone de manifiesto cuanto resta valor probatorio a indicios graves en contra del imputado, como lo son el nerviosismo que mostraba en el interior de la florería y los escasos minutos que pasaron desde la compra del ramo de rosas y la perpetración del delito...".

Expresa que, respecto a la exigencia que se está requiriendo sobre los elementos de prueba, el Magistrado estaría "...imponiendo una vara muy alta, la que aplicada a la presente investigación, solo permitiría probar la participación del encausado a través de un testimonio o cámara de seguridad que capte imagen y sonido, que registre el momento exacto en que D.I.C. entregó el ramo de rosas a sus consortes...". Solicita revocación.

Analizados los agravios expuestos y el contenido de la resolución apelada, propondré la declaración de admisibilidad del remedio, y la confirmación del sentido del decisorio puesto en crisis, aunque por fundamentos distintos a los vertidos por el A Quo.

En lo que hace a la admisibilidad, principio por señalar que en la normativa procesal provincial no se encuentra prevista la recurribilidad por apelación del auto que rechace la requisitoria de elevación a juicio, en tanto sólo se prevé, en el art. 325 del C.P.P., la impugnación por parte del Fiscal del sobreseimiento dictado.

Sin embargo, ello no conlleva -per se- la imposibilidad de recurrir si, tal como lo prevé el art. 439 del C.P.P., se alega y acredita la provocación de gravamen irreparable (o de tardía reparación ulterior), siendo que esa valoración debe realizarse en cada caso y con especial atención en las circunstancias particulares; tal como expresa Francisco D`Albora "...la irreparabilidad del agravio es cuestión de hecho en cada caso concreto e imposible de quedar atrapada, aun en forma casuística, por una norma procesal..." ("Código Procesal Penal de la Nación, comentado", Ed. Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires, pág. 822).

Para determinar, entonces, la admisibilidad del remedio, debemos analizar la existencia de ese gravamen irreparable o de tardía reparación ulterior, en el sentido que lo ha definido nuestro máximo tribunal nacional (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791 entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

En ese sentido, entiendo que tal como ha referido el Sr. Agente Fiscal, en el caso dicho gravamen emana de la falta de explicación -por parte del Juez- de las razones por las que entendía que el escaso lapso temporal que habría transcurrido (de acuerdo a los hechos que tuvo por probados) entre el momento en que se habría comprado el ramo de flores y aquel en que los dos individuos llamaron a la puerta de la casa de las víctimas, no constituye un indicio con la fuerza probatoria necesaria

para vincular al comprador con el plan desarrollado por los agresores que ingresaron al domicilio (usando un ramo de flores como medio para engañar a los dueños de casa y lograr que les abran la puerta del inmueble).

La carencia de una justificación explícita de los fundamentos por los que entendió que ese escaso período de tiempo (que de acuerdo a los hechos que tuvo por probados no excedería de quince minutos), no constituía un indicio suficiente sobre la vinculación entre quien compró las flores y los coautores, ha impedido el control -por parte de la Fiscalía- de las razones por las que se rechazaba la reconstrucción probatoria de la citación a juicio; ello provoca un gravamen de muy dificultosa reparación ulterior (en la búsqueda de otros medios de convicción que pudieran resultar de imposible cumplimiento), lo que determina la admisibilidad de la apelación.

En forma previa a proseguir, aclaro que no comparto los agravios expresados por el Ministerio Público Fiscal para cuestionar los alcances de la actuación realizada por el Juez de Garantías, pues entiendo que no ha excedido la competencia y facultades que le ha asignado el legislador provincial en esta etapa procesal.

Ese control de la imputación o etapa intermedia, ante la oposición formulada por la defensa, abre tres posibilidades: la propia de la elevación a juicio en caso de hacer lugar a la hipótesis fiscal; el dictado del sobreseimiento en caso de darse algunas de las previsiones del art. 323 del Rito, y una tercera que es la utilizada en estos obrados por el A Quo, y cuya descripción dogmática efectuaré ut infra. Pero de ninguna manera advierto que el Organo Jurisdiccional hubiera incurrido en los abusos competenciales que denuncia el recurrente.

Yendo al fondo del asunto -y como anticipé- entiendo que la decisión debe ser confirmada (en su sentido), pero por distintos fundamentos a los vertidos por el A Quo.

Me explico.

Analizando los argumentos expuestos por el Juez, y lo que surge de los diversos elementos de convicción reunidos, entiendo que la insuficiencia probatoria para alcanzar el estándar requerido para disponer la elevación a juicio de la causa, se presenta respecto de otros extremos fácticos, distintos de los valorados por el Juez de Garantías, y temporalmente anteriores al conjunto de eventos en lo que se centró su resolución (desde que aquel ha puesto el acento en la carencia de prueba demostrativa de una cierta convergencia intencional entre D.I.C. y los agresores que irrumpieron en el domicilio).

Considero que no existen elementos de convicción suficientes para sostener -a la luz de la sana crítica racional- que la persona que compró el ramo de flores en el comercio "-" haya sido efectivamente el imputado de autos.

Como puede extraerse del plexo probatorio reunido, la conclusión del Sr. Juez solo se apoya en la identificación efectuada por el testigo M., quien se encontraba en la florería cuando un sujeto -al que conocía de vista- compró el ramo que habría sido utilizado en la comisión del hecho (de acuerdo lo expresado por el dueño del comercio que lo reconoció como el que vendió en esa oportunidad); siendo que el nombrado M., luego de tomar conocimiento del ilícito ocurrido "...se comunicó con una amigo al cual le preguntó cómo se llamaba el sujeto que había visto en la florería -, ya que ambos lo conocen, y este le dijo que se trataba del R.D.I.C...." (fs. 10/11).

Sin embargo, y teniendo especialmente en cuenta la forma indirecta en que se ha efectuado esa identificación, advierto que no se ha realizado ningún tipo de reconocimiento por parte de aquel testigo o del dueño del comercio -quien dijo no conocer al sujeto que compró las flores (fs. 23 y vta.), lo que no le impediría señalarlo- y que permita aseverar (con el grado de probabilidad exigido para elevar a juicio la I.P.P.), que el procesado es la persona que vieron ese día dentro de la florería.

No se cuenta, tampoco, con ninguna declaración de la persona que habría hablado con M. y a partir de cuyos dichos éste manifestó que a la persona que vio lo llamaban "R." D.I.C., ni se ha profundizado en el testimonio del primero para conocer de dónde conocían -con su amigo- a esa persona y porqué sostiene que efectivamente es el encartado de autos.

A partir de una valoración armónica de ese conjunto probatorio y de la carencia de elementos que respalden -con una mayor fiabilidad- los extremos señalados, considero aplicable, entonces, el criterio que he sostenido en otras oportunidades (y que en autos también ha utilizado el Sr. Juez de Garantías, de allí que no pueda compartir la aseveración del recurrente sobre extralimitación de la competencia), en particular en la causa nro. 9615/I, caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble" del 8/8/12.

Es que si bien la situación planteada en esta causa no puede ser encuadrada en ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 del C.P.P. para el sobreseimiento, tampoco existen elementos suficientes como para tener por acreditada la intervención del encartado en los sucesos -con el grado de convicción suficiente- como para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del C.P.P.).

Como expliqué, aun cuando comparto el sentido de la decisión del Magistrado de Grado, mis razones se centran en la falta de acreditación sobre la coincidencia entre la persona que compró el ramo de flores el día del hecho y el aquí imputado.

A fin de justificar claramente 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 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 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 -que se ha denominado comúnmente grado 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.

Tal como expliqué, entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la participación del imputado en el hecho. Pero tampoco podría sostenerse razonablemente que nos encontremos con alguno de los supuestos normados por el

art. 323 del C.P.P. como para dictar el sobreseimiento.

La situación procesal de D.I.C. -prima facie- podría corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P., que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

Sin embargo, ese inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; y el primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que no se da en esta causa, por lo que el sobreseimiento no procede.

Pero, a su vez, no podría elevarse la causa a juicio ya que con la prueba reunida -en mi opinión- no existen elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho con grado de probabilidad positiva (art. 337 y 157 C.P.P.).

De allí que la interpretación armónica de los artículos citados conlleva a la siguiente consecuencia: en los supuestos en que no se hubieran agotado dichos plazos procesales y tampoco se hubiera formado en el juzgador la convicción necesaria para pasar a la siguiente etapa procesal, debe procederse al "rechazo" de la requisitoria y la remisión de la investigación a los fines que se estimaren corresponder (cual sería por la Fiscalía la búsqueda de nuevos medios de convicción que permitieran arribar a esa probabilidad positiva o petitionar el sobreseimiento en caso contrario).

En ese sentido se pronunció la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro -Sala III- en las causas: 23.360 "Hyland Harold S. s/ apelación auto de elevación a juicio" de abril de 2007; 25.101 del 29/12/2008; 27.115 caratulada "Ayala, Raúl Bernardo s/ elevación a juicio" de junio de 2011.

Esta situación 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 justiciable 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.

También en el mismo sentido se puede ver en doctrina "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel; Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 203 y sgtes..

Existiendo plazo instructorio, arribar al grado de probabilidad positiva requerido por el art. 157 o a la certeza negativa (forma genérica para denominar los estados de convicción correspondientes a los diversos incisos del art. 323 del C.P.P.) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr.

En autos aún existe plazo de instrucción, por lo que la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Comparto entonces el sentido del resolutorio puesto en crisis, aunque por motivaciones diferentes.

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: por los mismos fundamentos que el Señor Juez Doctor Barbieri, voto de la misma manera.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde confirmar la resolución puesta en crisis aunque por otros fundamentos, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157 inc. 3 "a contrario", 210, 323 inc. 6to. a "contrario sensu", 334 a 337 y ccmts., 421, 434, 435, 442 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Tal es mi sufragio.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Octubre 12 de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justo el sentido de la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **SE RESUELVE:** declarar admisible el recurso interpuesto y confirmar el resolutorio puesto en crisis aunque por distintos fundamentos, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157 inc. 3 "a contrario", 210, 323 inc. 6to. a "contrario sensu", 334 a 337 y ccmts., 421, 434, 435, 442 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Extraer copia de la presente resolución y, previa certificación por el actuario, agregar a los autos principales y proceder a su devolución a Primera Instancia.

Notificar en la incidencia. Hecho, devolverla al Juzgado de Garantías interviniente.