

Expediente I.P.P. trece mil trescientos treinta y siete.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 14 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. 13.337/1 caratulada "Eduardo Zaratiegui, Agente Fiscal UFIJ 2 denuncia falso testimonio"**, y practicado que fue 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 votará en caso de considerarse corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿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. Defensor Particular -Dr. Maximiliano De Mira a fs. 51/53-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri a fs. 42/48-, por la que declaró extemporánea la recusación del Sr. Agente Fiscal y rechazó -a su vez- el sobreseimiento petitionado, disponiendo la elevación a juicio de esta I.P.P.

En primer término, se agravia el recurrente por entender que no puede considerarse aplicable, para la recusación de un agente fiscal, el límite previsto en el

art. 51 del C.P.P. expresamente referido a las situación de los jueces, teniendo en cuenta que la clausura de la investigación -que se fija (en el inciso primero) como uno de los actos que precluye esa posibilidad- depende exclusivamente del sujeto procesal recusado, quien puede disponerla sin siquiera notificar al imputado o a su defensa.

Sostiene en consecuencia, que la recusación ha sido interpuesta tempestivamente y que debe resolverse en los términos del art. 54 del C.P.P.

En segundo término, cuestiona la elevación a juicio dispuesta y critica la valoración probatoria efectuada por el Juez de Garantías.

Sostiene que resulta, por lo menos, ingenuo pretender acreditar la supuesta falsedad de los dichos de F. al momento de llevarse a cabo el debate oral, mediante los dichos de funcionarios policiales que, en caso de que brindaran una versión acorde a la que el aquí imputado ofreció en aquel juicio, estarían confesando su autoría en la comisión del delito de falsedad ideológica.

Expresa que dado que los policías (en cuyos testimonios se sostiene la imputación) estarían interesados en la causa, ya que de mantener su versión deberían admitir haber cometido un delito; "...lo que debiera resultar trascendente para resolver la cuestión es: si existe -o no- prueba independiente para acreditar la supuesta falsedad de los dichos de F....".

Explica que la versión que brindó F. en el debate oral -por ante el Tribunal en lo Criminal nro. 2- dio sustento a la exclusión legal de la primera versión brindada por ese testigo, habiendo el Tribunal considerado sospechosos e irregulares los dichos de los policías, sobre los que hoy -en esta investigación- se apoya la imputación de falso testimonio, lo que sería un dato revelador de que no existe falsedad en los dichos de F..

Destaca que en ese juicio, y conforme surgiría de la sentencia, el testigo R.C. también expresó que "...él no fue a ver las huellas, ni recorrió el lugar, que solamente la policía le hizo firmar eso y no sabía que era lo que firmaba, ya que

no lo leyó...", constituyendo una situación muy parecida a la declarada por su asistido al momento de prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P.

Por último, refiere que la defensa no ha intentado incorporar extemporáneamente nuevos elementos de prueba, al mencionar causas en las que existen procedimientos policiales análogos (algunas de trámite ante el mismo Juzgado de Garantías que interviene en la presente), por parte de los mismos preventores; sino que han sido señaladas con la intención de colaborar en "...pos de un mejor decidir...". Solicita se haga lugar a su remedio.

Analizado el resolutorio impugnado y las razones expuestas por el recurrente, propondré la revocación total de la decisión.

En lo que hace a la recusación, considero que en este caso, los límites del art. 51 no son aplicables a la situación que involucra al Agente Fiscal, por lo que corresponde remitir a primera instancia a fin de que se de tratamiento y se resuelva el planteo del Sr. Defensor, de acuerdo a las previsiones del código procesal.

En relación a la elevación a juicio dispuesta, entiendo que debe procederse a su revocación, aunque con alcances distintos a los pretendidos por el impugnante; ello por considerar aplicable el criterio que he sostenido en otras oportunidades, en particular en la causa nro. 9615/I, caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble" del 8/8/12.

Analizaré primeramente lo referente a la recusación del Sr. Agente Fiscal a la que no se dió tratamiento por considerarla extemporánea, y que entiendo, debió haber sido analizada siguiendo las pautas previstas en el art. 54 del C.P.P.

Es que más allá de las razones expuestas por el impugnante respecto de que los límites previstos por el art. 51 del C.P.P. son solo aplicables a las recusaciones de jueces, pero no a las que se dirigen a miembros del Ministerio Público; existen razones vinculadas a las garantías constitucionales y a la objetividad que el legislador ha impuesto a la actuación del órgano de acusación, que tornan

recomendable una interpretación de dicha norma en tal sentido, a fin de no incurrir en un excesivo rigor formal que pudiera afectar los derechos del justiciable y el debido proceso legal.

En ese sentido, y aun con especial referencia a la recusación de Jueces, la Sala I del Tribunal de Casación Provincial ha sostenido que "...La Garantía de Imparcialidad está por encima de los plazos de ordenamiento formal reglado por los arts.51 y cc del sistema de enjuiciamiento y, en consecuencia, los mecanismos procesales que funcionan como instrumentos para garantizar su preservación (proceso de recusación) no puede ser limitado desde una interpretación que acuda a criterios de excesivo rigor formal..." (T.C.P.B.A. LP 60473 RSD-737-13 S 07/11/2013, Carátula: O. ,C. P. s/Recurso de casación).

Destaco que esa apreciación es perfectamente aplicable al caso de autos aún cuando, estrictamente, lo que aquí se encuentra en juego es el criterio objetivo que se impone al Ministerio Público Fiscal (arts. 56 C.P.P. y 73 ley 14.442).

Tal como ha explicado la Sala VI del Tribunal de Casación Penal Provincial "...El Ministerio Público Fiscal es un órgano estatal cuya función es promover y ejercer la acción penal de carácter público (art. 56, primer párrafo C.P.P.), debiendo adecuar sus actos a un criterio objetivo (arts. 56, segundo pár. C.P.P., y 73, Ley 14.442; es más, en función de ello, sus miembros deben excusarse y pueden ser recusados por los mismos motivos establecidos -salvo excepciones taxativamente determinadas- respecto de los jueces, v. art. 54 C.P.P.), con lo cual el sistema no es netamente adversarial..." (T.C.P.B.A., LP 71912 37 S 04/02/2016; Carátula: López, Mauro Gabriel s/ Recurso de Queja).

Más allá de la razón señalada precedentemente que, por su importancia, inclina la decisión hacia la necesidad de que inaplicar -en este caso- los límites preclusivos establecidos en el art. 51 del C.P.P.; la interpretación propuesta

encontraría respaldo en la ubicación sistemática de ese artículo en el marco de la regulación general destinada a la actuación de magistrados.

En ese sentido, destaco que no existe mención alguna a esos límites en la regulación específica sobre recusación de Fiscales, prevista en el art. 54, donde sí existen otras remisiones a normas del plexo normativo general mencionado, al señalarse como casuales de apartamiento los supuestos previstos para el art. 47 para los Magistrados y las excepciones a esa normativa que resultan aplicables para los Fiscales.

A su vez, y como destacó el recurrente, una interpretación diferente dejaría en manos del Agente Fiscal -cuya recusación se pretende- la realización del acto que funcionaría como condición preclusiva de la pretensión de apartamiento, debiendo tenerse especialmente en cuenta -a diferencia de lo que ocurre con la organización de los órganos jurisdiccionales, donde existen diferentes Juzgados y Tribunales con intervención en la instrucción y el debate oral- que el Agente Fiscal que intervino en la I.P.P. puede continuar actuando en la siguiente etapa procesal, por lo que perdería relevancia que se limiten las posibilidades de requerir su apartamiento hasta la clausura de la investigación, ya que existen multiplicidad de actos procesales relevantes que deberán ser realizados por ese mismo Agente Fiscal luego de esa oportunidad y que aún no se han llevado a cabo. Por lo que propongo hacer lugar a este primer tramo del recurso.

Respecto del segundo núcleo de agravios expuesto por el recurrente, en relación a la elevación a juicio dispuesta, considero, como anticipé, que si bien no existen elementos suficientes como para tener por acreditada la materialidad delictiva -con el grado de convicción requerido para elevar esta causa a juicio-, la situación planteada en esta causa no puede ser, tampoco, encuadrada en ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 del C.P.P. para el sobreseimiento (arts. 337 y 157 del C.P.P.).

En particular, entiendo, no se ha acreditado -con la suficiencia requerida- la falsedad de lo declarado por F. al momento de prestar testimonio en el debate oral por ante el Tribunal en lo Criminal Nro. 2, en tanto los dos únicos testimonios que respaldan la hipótesis de la acusación -brindados por los policías que habrían recibido la primera declaración prestada por F.- poseen características particulares, por el interés que pueden tener los funcionarios en sostener una determinada versión de los hechos para evitar una posible responsabilidad administrativa y penal, a lo que sumo ciertas inconsistencias al compararlas con otros elementos obrantes en la causa (y que hacen recomendable una especial prudencia al apreciarlos y que menguan su valor probatorio).

Conforme surge de fs. 5 vta., al prestar su testimonio en el debate oral, y habiéndosele leído la declaración testimonial de fs. 54/55 -cuya copia obra a fs. 3/4 de este incidente-; F. expresó que reconocía como propia la firma que constaba en esa pieza procesal pero que "...no sabe nada de lo que allí consta, que se lo hicieron firmar. Y que lo que dice ahora es verdad...".

En el testimonio que obra en el acta labrada en la instrucción, y que fue firmado por F. consta que el día 20 de noviembre de 2013, el nombrado compareció a la Estación de Policía comunal de Pedro Luro ante el comisario Avalos y los oficiales principales Funes y Utrero, y expresó: que era aficionado a la caza menor, que hacía tiempo estaba averiguando para adquirir una carabina calibre 22 -en buen estado y con papeles- y que había desistido de su intento porque no pudo conseguir ninguna, pero que, sin embargo, el día previo a su declaración -mientras regresaba caminando a su casa- un hombre que -por su apariencia- sería de nacionalidad boliviana y a quien no conocía, ni identificó, le dijo -en forma espontánea- que sabía de su interés por la compra de un arma de fuego y que R. "el loco" M. poseía una, por lo que -según consta en la declaración- F. concurrió a la casa de esta persona quien, ante su consulta, le dijo que sí, que efectivamente tenía una arma de esas

características, con mira telescópica. En la declaración analizada, consta que -finalmente- F. no compró el arma, por su precio, y que posteriormente, al escuchar por los medios de comunicación sobre el hecho del que fue víctima S. y las características del arma de fuego vinculada a ese hecho, consideró que "...perfectamente podría tratarse de la misma carabina, por lo que decidió hacerse presente en el día de la fecha a esta Seccional Policial y poner en conocimiento de lo sucedido a la policía..." (fs. 3/4 y vta.).

En la audiencia celebrada en los términos del art. 308 del C.P.P. y ante la imputación de haber prestado falso testimonio al declarar en el debate oral, F. expresó que no sabía lo que constaba en ese acta de declaración testimonial, y relató que el día que prestó la declaración en la comisaría había sido demorado por circular en moto sin seguro y sin carnet, y que le dijeron que firmara esa declaración o le sacaban la moto. Que no sabía lo que figuraba en esa acta y que solo se limitó a firmar, destacando que no sabe ni leer, ni escribir, que tiene problemas de aprendizaje, que fue la escuela especial 505 de Bahía Blanca, y que había puesto en conocimiento de los policías esa situación.

Por su parte la hipótesis de la acusación se apoya en lo declarado por solo dos -de los tres- policías que habrían presenciado la declaración prestada por F. en la Comisaría: Raul José Utrero, a fs. 16 y vta., y Dardo Ezequiel Funes, a fs. 18/19.

Por su parte el Sr. Juez de Grado estimó que esa evidencia era suficiente para alcanzar la exigencia del estándar de prueba previsto en los arts. 337 y 157, y que no veía afectado su valor probatorio pese a lo referenciado por F., en tanto su versión no se encontraba respaldada con elemento de cargo alguno, ante los dos testimonios contestes brindados por el personal policial, y que "...si bien existen dudas sobre las circunstancias en que se desarrolló la declaración referida, las mismas pueden y deben ser superadas en el debate oral...".

A diferencia de lo sostenido por el Juez A Quo, considero que esos dos testimonios no permiten tener por acreditada la materialidad ilícita, con el grado de probabilidad exigido para elevar esta causa a juicio. Máxime, ante la falta de indagación sobre los datos aportados por el imputado, que -al no ser refutados- contradicen frontalmente la versión de cargo, con argumentos razonables y verificables, lo que influye en la disminución del peso probatorio que se le asignó a los testimonios (interesados por lo que ya referí) en los que se apoya la acusación.

En ese sentido, destaco, en primer término -tal como ha señalado el recurrente- que al momento de asignar fuerza probatoria a los dichos de los funcionarios policiales no puede pasarse por alto que ambos poseen un particular interés en mantener su versión, respecto de que F. efectivamente se presentó espontáneamente en la seccional y declaró aquello de lo que dejaron constancia. Ya que de no ser así, podrían estar incurso en algún tipo de responsabilidad administrativa y penal, lo que influye en la credibilidad de esas declaraciones y en el rigor con el cual deben evaluarse sus referencias, más aún cuando no se cuenta con otros elementos independientes que los avalen.

A ello debo agregar que la declaración prestada por F. a fs. 18/19, posee ciertas inconsistencias con el contenido del acta de fs. 3/4 y con lo que surge de otros elementos de la causa, en particular con la carencia de antecedentes por parte de F. informada a fs. 22, lo que afecta también, su fuerza probatoria.

Como puede leerse a fs. 18/19, el funcionario policial, quien al igual que su compañero expresó no recordar nada relativo a una moto en la que se trasladara F., agregando que tenía entendido que ese vehículo se encontraba secuestrado desde hacía cuatro meses por personal de tránsito; expresó que el nombrado le explicó en su relato que quería comprar una carabina "...y que nueva no la podía comprar porque tenía antecedentes...".

Sin embargo, en la declaración prestada en sede policial que luce a fs. 3/4, y cuya veracidad fue negada por el imputado, se dejó constancia que el testigo manifestó que buscaba "...una carabina calibre 22 en buen estado y con papeles...", sin que exista referencia alguna a su voluntad de comprarla en el mercado ilegal por tener dificultades para registrarla en debida forma, resultando incongruente, también, lo declarado por F., a la luz de lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia a fs. 22, donde consta que F. no posee antecedentes penales.

Así, los intereses de los funcionarios en el resultado de la causa, como también las incongruencias señaladas, afectan el valor probatorio de esos únicos elementos en los que se sostiene la hipótesis de la acusación, e impiden alcanzar el grado de probabilidad exigido por el C.P.P., al no existir mayores datos -sobre la corroboración o refutación de la restante información contenida en las declaraciones prestadas en la investigación-, los que resultarían relevantes para despejar dudas sobre las cuestiones que influyen en esa credibilidad y en el peso probatorio, ante las versiones contrapuestas con las que se cuenta en autos.

Las versiones aportadas por el imputado en el Debate por ante el Tribunal Criminal y reiterada en esta I.P.P. en ocasión de efectuar su defensa material, y la falta de refutación de sus dichos, repercuten sensiblemente en la solidez de la inferencia y de la conclusión respecto de la acreditación del hecho imputado.

Con el 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 hiciera 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 existencia del hecho materia de acusación. 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 F. -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 peticionar 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..

Se aclara que la remisión no puede indicar ni marcar el camino que debe seguir la instrucción; es decir, no debe precisarse qué prueba resulta necesaria ni cómo se debe producir la misma; pero sí es un claro indicador de que "en estas condiciones" no se puede continuar el camino hacia el juicio oral.

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 pues la requisitoria fiscal de fs. 24/31 fue presentada el 20/05/2015 y teniendo en cuenta que el imputado prestó declaración en los términos del art. 308 el día 23/01/2015 (fs. 6/8), la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos. Ante ello propongo el rechazo de la requisitoria y la vuelta del expediente a la instrucción a los fines que se estimen corresponder.

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri y sufragio en ese sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar la resolución apelada de fs. 42/48, remitiendo los autos a primera instancia a fin de que se de tratamiento y se resuelva el planteo de recusación del Agente Fiscal efectuado por la defensa de acuerdo a lo previsto en el art. 54 del código procesal, y rechazar la requisitoria de

elevación a juicio, debiendo devolverse el expediente a la instrucción a los fines que se estimen corresponder (arts. 54, 157, 323, 334 a 337 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri y sufrago en ese sentido.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, octubre 14 de 2.016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justa la resolución impugnada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** revocar la resolución apelada de fs. 42/48, remitiendo los autos a primera instancia a fin de que se de tratamiento y se resuelva el planteo de recusación del Agente Fiscal efectuado por la defensa, de acuerdo a lo previsto en el art. 54 del código procesal, y rechazar la requisitoria de elevación a juicio, debiendo devolverse el expediente a la instrucción a los fines que se estimen corresponder (arts. 54, 157, 323, 334 a 337 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Notificar.

Hecho, devolver la I.P.P. al Juzgado de Garantías interviniente.