

Expediente I.P.P. catorce mil trescientos setenta y dos.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los _____ días del mes de Noviembre 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 Angel Barbieri**, para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 14.372/I "**Incidente de apelación a la prisión preventiva de J.E.G.**", 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 sólo en caso de que se considere 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 la Sra. Defensora Particular -Dra. María Virginia Stacco a fs. 1/4 y vta.-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Mercuri a fs. 7/21 y vta.-, por la que convirtió en prisión preventiva la detención de J.E.G..

En primer término se agravia por considerar que el reconocimiento por parte de la víctima del arma utilizada, no se habría realizado en legal forma, al no

haberse cumplido con el procedimiento establecido en los arts. 257 a 262 del C.P.P., y que ese vicio habría afectado el derecho de defensa de su asistido.

Sostiene que sólo existe un testimonio que evidencia la perpetración del hecho por quien a la postre, fuera identificado como su defendido, debiendo valorarse que no existe secuestro del celular sustraído; por lo que la resolución no sería compatible con el principio de igualdad y con la presunción de inocencia.

También cuestiona la calificación legal en la que se encuadró el hecho, al considerar que la aptitud para el disparo del arma de fuego, en la que se apoya la agravante en la que ha subsumido el caso el Juez de Grado, no puede presumirse sino que se debe acreditar; y no sólo al momento en que el arma fue secuestrada, sino en el de la comisión del presunto robo.

Critica esa conclusión del Magistrado por la que tuvo por acreditada la aptitud para el disparo a través de la presunción de que "...si al momento de efectuarse el allanamiento el arma se encontraba cargada lo estaba también al momento de cometerse el hecho...", expresando que atento que el arma -de acuerdo a los testimonios obrantes- no habría sido disparada, no se logró acreditar su aptitud, debiendo tenerse en cuenta que el secuestro del arma ocurrió cinco días después del ilícito. Solicita revocación.

Analizados los agravios expuestos por la recurrente y el contenido de la resolución impugnada, propondré hacer lugar parcialmente al recurso, en lo tocante a la calificación legal, aún cuando esa variación no resulte suficiente para desvirtuar los peligros procesales constatados por el Magistrado de Grado; por ello -igualmente- postularé la confirmación de la prisión preventiva dictada.

En lo referente a la nulidad de la exhibición del arma de fuego secuestrada a la víctima, quien la reconoció como la utilizada por sus agresores al momento de la sustracción (fs. 49), considero que la falta de realización del procedimiento establecido en los arts. 257 y ccdtes del C.P.P. no conlleva tal severa

sanción.

Ello principalmente, ante la ausencia -en los argumentos desarrollados por la letrada- de alegación y justificación del perjuicio, que la omisión de esas formalidades le habría provocado a su asistido, no observándose tampoco, en forma oficiosa que exista vulneración alguna.

Recuerdo, tal como lo señalé en al I.P.P. nro. 12.231/I en fecha 21/07/14, la doctrina emanada de precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva -que en la provincia se lo impone al Juzgador el art. 3 del C.P.P.-; siendo que sólo cabe anular actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo, y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de procedencia (cf. C.S.J.N., Fallos 311:1413 y 2337, y sus citas).

Tal como sostuvo la Sala III del Tribunal de Casación Provincial, sobre el procedimiento específico que reclama la apelante, entiendo que "...En la sistemática del Código Procesal Penal la sanción de nulidad sólo es viable cuando esté expresamente prevista para el caso concreto, por lo que no conteniendo ese particular el artículo 262 del Código Procesal Penal para el reconocimiento de cosas, la invalidez sólo podría andamiarse en función de una afectación esencial al derecho de defensa..." (T.C.P.B.A., LP 5839 RSD-134-4 S 22/04/2004; "Y., A. M. y o. s/Recurso de casación"), siendo que en autos no se verifica una afectación tal.

Agrego -además- que no existen fórmulas sacramentales que cumplimentar en el caso de exhibiciones de efectos utilizados para la comisión de un ilícito, como en este caso: un arma de fuego. Digo ello pues la previsión del art. 262 es complementaria de la regla general del art. 209 del C.P.P.; es decir, en principio, en la investigación penal preparatoria rige la libertad probatoria y cualquier extremo puede ser acreditado por cualquier medio. Será en tal caso el Agente Fiscal quien

debe optar, de acuerdo a qué cosa desee reconocer y qué mérito con la diligencia pretenda generar, quien optará por la forma que considere corresponder (ello claro está sin violar garantía constitucional alguna). Y con el riesgo de no lograr, en su caso, los fines que se propuso.

Señalo que aún cuando la omisión de realizar el procedimiento normado en el art 262 del Código Procesal Penal para el reconocimiento de cosas, no conlleve necesariamente a la nulidad de la identificación, ello influye en la fuerza probatoria que podría asignársele, en tanto, el cumplimiento del procedimiento establecido, le otorga un mayor valor probatorio al reconocimiento efectuado. La posibilidad de la identificación positiva de una cosa -en este caso un arma- entre otras de similares características y previa notificación a la contraparte, dota a ese señalamiento de una mayor fiabilidad que aquel que se realiza con la simple exhibición de un elemento en forma aislada, sin efectuarse una descripción previa, y con la sola afirmación de que se reconoce aquello que se le exhibe como lo que lo que se observó, por ejemplo, al momento de los hechos.

Pudiendo realizarse la exhibición de acuerdo a las pautas establecidas por el legislador, sería conveniente que el órgano que lleva adelante la investigación siguiera ese procedimiento a fin obtener una mayor calidad en el resultado de esa actividad probatoria y, consecuentemente, dotarla de un mayor peso. Especialmente cuando aquello que se exhibe son elementos que no le pertenecen al reconociente, porque en ese último caso posee otros medios que pueden acreditar tal extremo (como los antiguamente llamados testigos de preexistencia, documentación de adquisición de la cosa, etc.).

Ello, con mayor razón aún, si pretende extraerse de esa identificación un indicio sobre la autoría del imputado en el acontecer, como ocurre en este caso; pues en lo que hace a la aptitud para el disparo -y atento la solución que propongo- el detallado testimonio prestado por la damnificada resulta suficiente para justificar la

agravante por el uso de armas, cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (la que entiendo aplicable).

Igualmente en esta causa, el indicio de autoría que puede extraerse del reconocimiento por parte de la víctima del arma secuestrada en poder de G., y que se ha visto menguado por la forma en que ha ordenado y efectivizado la diligencia la Agencia Fiscal, se inserta en el marco de un contexto probatorio lo suficientemente sólido respecto de la participación del nombrado.

Resalto en ese sentido, que la joven víctima conocía al imputado con anterioridad al hecho, incluso a sus familiares y a la joven que en ese momento los acompañaba, al punto en que pudo identificarlos a todos con nombre y apellido; lo que constituye una fuerte evidencia sobre su autoría.

Con ello doy por respondido el primer agravio alegado por la defensa técnica.

En lo que hace a la alegada falta de elementos de convicción suficientes para acreditar la materialidad ilícita y la autoría de G. en el hecho de robo, no comparto las críticas; en tanto, más allá de que no existen razones que pudieran menoscabar la fiabilidad o credibilidad del testimonio de la víctima E.A., dicha declaración no resulta ser un medio de convicción aislado, sino que es respaldado por otros obrantes en la investigación.

Destaco que la madre de la víctima efectuó la denuncia penal con la que se iniciaron las actuaciones, a fs. 1 y vta. de la I.P.P. principal, en la que relató el episodio sufrido por su hija y que ella le habría expresado al ingresar a su casa (en absoluta concordancia).

A su vez corrobora el relato de la víctima, lo narrado por P.E.V. a fs. 7/8, quien manifestó ser conductor de la empresa Remis Centro, y que el día de los hechos, siendo aproximadamente las 03:30 ascendieron a su vehículo, marca Ford Eco Sport, color blanco, 4 jóvenes, una mujer y tres varones, y que cuando circulaba

por la calle 25 de mayo a la altura del 950, una de las personas le dijo "...frene acá, maestro...", a la vez que la femenina dijo "...ahí va la E...", por lo que detuvo el rodado y bajaron del auto uno de los jóvenes y la chica, continuando luego el viaje junto a los otros dos masculinos, que descendieron en la intersección de las calles 9 de julio y Roca.

Los datos aportados por el conductor del automóvil son concordantes con lo relatado por la víctima a fs. 24/25 de la I.P.P. principal, en cuanto expuso que ella venía caminando por la calle 25 de mayo -en la intersección con 9 de julio- y "...en ese momento pasa una camioneta blanca de remisse, marca Eco Sport, la camioneta venia por 25 de mayo y frena en 9 de julio...", y que estando en la puerta de su casa -ubicada en calle 9 de julio 923- se acercó una joven que bajó del rodado, que identifica como M., quien le preguntó si podía pasar al baño, a lo que accedió, pudiendo ver que "...Ahí se bajan J.G., L.G., y el primo de estos, que posee un apodo, algo así como "-"... el remisse se encontraba ya frenado en calle 9 de julio antes de llegar a Roca, y veo que se va y todos ellos quedan en la puerta de mi casa..."

Explicó que fue en ese momento cuando J.G. "...sacó un arma de fuego y me apuntó...", pidiéndole que le diera el teléfono y todo lo que tuviera encima, por lo que ella le entregó su celular marca Samsung que era lo único que tenía.

A lo que surge de la prueba reseñada, que resulta concordante y que desvirtúa, por lo tanto, el agravio esgrimido por la defensa, debe sumarse (como lo expliqué precedentemente) que -a fs. 49 y vta. de la I.P.P. principal- la damnificada reconoció el arma que se secuestró en poder de J.G., en el interior de su domicilio al momento de llevarse a cabo el allanamiento, como aquella con la que se le apuntó para sustraerle su teléfono celular, lo que constituye un indicio que respalda lo que surge del resto de la prueba valorada (reitero que la mengua sobre la forma en que se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento, en el caso igualmente -en forma

conglobada- permite con los otros medios de convicción arribar al grado de probabilidad positiva).

Nada más sobre este segundo punto.

Sí considero –por último- que corresponde hacer lugar agravio planteado por la apelante en relación a la calificación de robo agravado por ser cometido con el uso de armas de fuego, en los términos del art. 166 inc. 2do, 2do. párrafo del C.P., en la que se encuadró el hecho en primera instancia.

Tal como lo reclama la impugnante, no comparto el razonamiento desarrollado por el Sr. Juez de Grado a fs. 10 conforme al cual "...si al momento de efectuarse el allanamiento -05 de julio de 2016- el arma se encontraba cargada, lógico resulta pensar que de la misma manera se encontraba al momento de efectuar el hecho sólo cinco días antes...".

A mi entender, el hecho de que el arma de fuego se encontrara cargada al momento de su secuestro no puede -racionalmente- inferirse que también lo estaba cuando se llevó adelante el desapoderamiento (cinco días antes), si no se cuenta con otra evidencia que permita sostener que en esa oportunidad el arma lo estaba (vgr. algún testigo que diera cuenta de ello, o la existencia de datos sobre disparos efectuados, etc.). Demás está decir que esa arma bien pudo estar descargada y ser cargada en cualquier momento posterior al hecho y anterior al secuestro, no existiendo ningún elemento de convicción que permita racionalmente descartar esa hipótesis.

Como señalé en la I.P.P. nro. 10.862/1 el 29/10/2012, respecto a la acreditación de la aptitud para el disparo, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha sostenido "...No existiendo en principio otra forma de acreditar la aptitud del arma de fuego que no sea la de apreciar su funcionamiento sea a través de los sentidos -es, producir el disparo-, en el momento del hecho, o de su peritación cuando existiera la posibilidad de su secuestro (en tanto la misma se encuentre cargada con proyectiles

idóneos) y esto siempre que ello ocurra durante la producción del robo o posteriormente, pero en forma inmediata sin solución de continuidad, se colige que toda vez que no se utilice el arma durante el hecho, no sea posible su secuestro en las circunstancias descritas, la prueba de la aptitud para el disparo en el momento de comisión del delito de robo será virtualmente de imposible comprobación. Ello, arrojará previsiblemente -como corolario- la tipificación del delito en la forma atenuada del art. 166 inc. 2º in fine del Código Penal..." (S.C.B.A., P 67.329 S de fecha 1-12-2004 , Juez PETTIGIANI CARATULA: G.,G. s/ Robo calificado MAG. VOTANTES: Roncoroni-Pettigiani-Hitters-de Lázari-Negri; en el mismo sentido S.C.B.A., P. 105.135 S de fecha 3-3-2010 , Juez PETTIGIANI (MA) CARATULA: O.,A. s/ Recurso de casación MAG. VOTANTES: Pettigiani-Negri-Hitters-Soria-de Lázari).

Propongo al acuerdo el cambio de calificación, el que en mi entender deberá ser la de robo calificado en los términos del artículo 166 inciso 2do., último párrafo del C.P.

Ahora bien, esa mutación que propicio no conlleva la revocación de la prisión preventiva, en tanto aún bajo este encuadre legal más favorable al procesado -por la magnitud de pena que para este delito ha establecido el legislador-, considero que persisten peligros procesales que justifican su privación de la libertad.

Así, el quantum punitivo del concurso real de delitos que se le imputa a G., va de los 3 años de prisión de mínimo a los 12 años (por el concurso real intimado) en su máximo, superando así los ocho años de prisión en los términos del inciso 2do. del art. 169 del Rito.

A esto debe agregarse que, si bien es legalmente viable que -en caso de recaer condena- se aplique una pena de ejecución condicional, por el mínimo legal que prevén las figuras enrostradas (art. 169 inc. 3ero. del citado cuerpo legal); considero que dadas las características de los sucesos, puede presumirse una imposición de efectivo cumplimiento.

La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos), no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que implica la apreciación de dos aspectos que valorados en forma conjunta, abastecen debidamente el baremo indiciario normado en el art. 148 del C.P.P.

Tengo especialmente en cuenta, en apoyo de mis apreciaciones, la objetiva valoración de la naturaleza de los hechos intimados, tal como ha sido expresamente meritudo por el Juez de grado, que resulta ser una de las pautas previstas por el art. 148 del C.P.P. para evaluar la existencia de peligros procesales. Destaco que el hecho fue cometido en horas nocturnas y con pluralidad de intervinientes, en momentos en que la joven caminaba sola hacia su casa, mediante la intimidación generada además por el uso de un arma de fuego; lo que da cuenta de la gravedad del desapoderamiento violento sufrido por la víctima.

Esos elementos abastecen los requisitos expuestos por Nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes "Lizarraga" (C.S.J.N, Fallos 311:1414) y "Stancato" (C.S.J.N., Fallos 310:1835) y doctrina del fallo de la Sala III del T.C.P.B.A. en fecha 6/78/2011, causa 47.223.

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLCUA, DICE: Adhiero al voto emitido por el señor Juez preopinante con la única salvedad que a mi entender, y acompañando la posición del señor Juez a-quo, habré de apartarme en el tema tocante a la calificación legal, la que entiendo ajustada a derecho de acuerdo al modo en que lo hizo el Dr. Guillermo Mercuri en su resolución.

Concretamente, y a esta altura considero que lo explicado y dispuesto por el Señor Juez de Garantías a fs. 9 vta. "in fine"/10 vta. del presente incidente, permite calificar "prima facie" el hecho en estudio como Robo Agravado por el uso de arma de fuego en los términos del art. 166 inc. 2º. 2do. párrafo del Código Penal, y ello así, pues como estimo bien lo señala el señor Juez de grado en su resolución,

dicha adecuación legal, se compadece con la circunstancia que al momento de practicarse el allanamiento -05 de julio de 2016- el arma se hallaba cargada, lo que autoriza razonablemente a pensar que ella, se encontraba del mismo modo cargada al momento del hecho, sólo 5 días antes, debiendo adicionar a ello, el hecho del expreso reconocimiento por parte de la víctima del arma en cuestión, cuando se le exhibió, señalando que sería la misma a la que fuera empleada por los intervinientes del presente evento, al momento de cometerse el ilícito.

A su vez, es dable agregar a lo dicho que existió además una pericia balística que determinó también la aptitud del arma en cuestión, para el disparo.

Con la salvedad apuntada, en el resto de la resolución habré de acompañar al colega que me precede en el sufragio.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri, por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Particular, Dra. María Virginia Stacco, a fs. 1/4 y vta., en lo que hace al cambio de calificación plateado -por mayoría de opiniones-, confirmando -igualmente- la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Mercuri a fs. 1/13 y vta.-, a fs. 7/21 y vta., por la que dispuso la prisión preventiva del imputado G..

Así lo voto.

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

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, de Noviembre de 2.016.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL**

RESUELVE: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Particular, Dra. María Virginia Stacco, a fs. 1/4 y vta., en lo que hace al cambio de calificación planteado (arts. 166 inc. 2 último párrafo, 189 bis, inc. 2, primer párrafo, y 55 del C.P.), por mayoría de opiniones, y **CONFIRMAR** -igualmente- la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Mercuri a fs. 1/13 y vta.-, a fs. 7/21 y vta., por la que dispuso la prisión preventiva del imputado G. (arts. citados y 148, 169 inc. 2do. e inc. 3ero. a "contario sensu", 171, 209, 210, 447 y ccmts. del C.P.P.).

Notificar en la incidencia.

Y remitir copia certificada de esta resolución a primera instancia, a fin de que se agregue a los autos principales.