

Expediente I.P.P. dieciséis mil tres.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintiséis días de marzo de dos mil diecinueve, 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 y Gustavo Ángel Barbieri (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución en la I.P.P. Nro. 16.003/I del registro de este Órgano caratulada "**C.,Á. s/ robo calificado**"; y practicado que fue 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 debe tener lugar en este orden **Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 241/246 interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal -Dra. Leila Scavarda-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli-, por la que no hizo lugar a la requisitoria de elevación a juicio y dispuso el sobreseimiento del imputado A.C..

Se agravia por considerar que no corresponde el dictado de esa medida conclusiva, cuando los elementos de convicción que sirvieron para fundar la requisitoria de elevación a juicio, pueden resultar modificados por la aparición de nuevas pruebas, sino también ser ratificados en la etapa de debate oral, o incluso también, por una interpretación distinta que efectúen los magistrados de juicio.

Expresa que es posible que la prueba resulte -eventualmente- insuficiente para condenar al procesado, pero en esta etapa debe ajustarse la decisión a la probabilidad de que sean culpables, a fin de que en el juicio oral pueda determinarse tal extremo; opinando que la jueza ha analizado los elementos de convicción "...a la luz de los parámetros de un debate anticipado...".

Resalta -respecto del valor que le asigna a la evidencia reunida- que los testigos "...reconocieron las zapatillas como las llevaba puestas el sujeto que entró en su comercio, como así también la campera negra marcar Area 51..." que se secuestraron en el domicilio del imputado y que "...reconocieron a C.,A. como el autor del hecho..." en la exhibición de fotografías y en la rueda de reconocimiento de personas. Solicita revocación.

Analizados los argumentos expuestos y el contenido de la resolución apelada, propondré la revocación aunque con alcances distintos a los que pretende el recurrente.

Aclaro -en principio- que la Magistrada ha identificado en la parte resolutive de su decisión la disposición legal en las que funda el sobreseimiento, haciendo referencia al artículo 323 inciso 3ero del C.P.P.; sin perjuicio de ello, y en virtud de los argumentos plasmados en su justificación -donde ha citado el inc. 6to. del artículo 323-, es que puedo aseverar que ha considerado que el caso era subsumible en ese último supuesto, siendo que sus considerandos no resultan compatibles con la afirmación de que los hechos atribuidos no encuadran en una figura legal (tal como requeriría la causal prevista el inc. 3ero. del art. 323 del C.P.P.).

Especialmente, si se tiene en cuenta que hizo expresa referencia -a fs. 239 vta.- a la ausencia de elementos de convicción suficientes para "...alcanzar el grado de probabilidad..." necesario para el dictado de esta decisión, por referencia al requerido para el dictado de la prisión preventiva (lo que configura una justificación compatible con la causal prevista en el inc. 6to del art. 323 del Rito).

Efectuada esa aclaración, digo por mi parte que aún en ese caso, no resultaba procedente la aplicación de ese supuesto normativo, pues no se ha producido el vencimiento del plazo instructorio (que el legislador ha previsto en la norma que invoca la Magistrada, como uno de los requisitos para la procedencia de la solución conclusiva); ello, sin perjuicio de que comparto su opinión respecto de que no existen elementos suficientes para tener por acreditada la materialidad delictiva del ilícito como para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del Código Procesal Penal).

Entonces propondré la aplicación del criterio que he sostenido en otras oportunidades, en particular a partir de lo resuelto en la causa nro. 9615/I caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble" del 8/8/12.

Destaco que el conjunto de elementos de convicción reunidos no ha variado desde la resolución dictada por este Cuerpo al revocar la prisión preventiva impuesta al imputado, siendo que la impugnante insiste en su visión, pero sin cuestionar las razones ofrecidas como respuestas a sus planteos. No ha tomado en cuenta, ni se ha hecho cargo de las circunstancias detalladas por esta Sala en esa oportunidad y que han sido retomadas por la Jueza de Grado en su resolución.

Persisten, por ello, las circunstancias en la que basé mis consideraciones en aquella oportunidad, donde concluí que "...tratándose exclusivamente de prueba testimonial recibida exclusivamente en sede policial, sin participación del Ministerio Público Fiscal ni de la defensa, y ante la falta de inmediación que se posee en esta instancia; las diversas cuestiones señaladas menoscaban la solidez que se ha adjudicado a las declaraciones y reconocimientos de las víctimas, en los que la acusación pretende respaldar la hipótesis sobre la autoría de A.C....".

Ello conllevaba que el conjunto de evidencia resulte insuficiente para alcanzar el estándar probatorio previsto en el artículo 157 del C.P.P., al que remite el

legislador en el artículo 337 en lo que hace a la decisión sobre la elevación a juicio de la I.P.P.

Reiterando la justificación ofrecida en esa decisión, destaco entre las debilidades que advierto "...la falta de consistencia entre las declaraciones testimoniales en lo que hace la altura del autor, a la forma en que llevaba el visor del casco, y -principalmente- el hecho de que ninguna de las dos personas que presenciaron el robo hayan podido ver el rostro del agresor o alguna característica física distintiva, más allá de su altura o su porte, que, de acuerdo a los testimonios, oscila entre 1.70 mts. y 1.85 mts., y entre una persona robusta o gruesa (2 vta.) y una delgada (fs. 5 vta.) o muy flaca (fs. 13 vta.).

Esa falta de correspondencia entre los testimonios respecto de las únicas características físicas del autor que podrían aportar, evidencia una endeble fiabilidad en el contenido de sus descripciones, ya que, más allá de no poder ver su rostro ni su cabello, las únicas dos referencias que aportan las testigo (la altura y las dimensiones corporales) no son coincidentes.

Las inconsistencias señaladas y la poca información descriptiva que aportan los testimonios, que destaco han sido íntegramente recibidos en sede policial sin participación de funcionarios del Ministerio Público Fiscal, afecta -a su vez-, la fiabilidad de los reconocimientos (de fs. 55, 57, 153 y 154), puesto que no poseerían el sustento suficiente para considerarlos sólidos ... en tanto han señalado e identificado a una persona cuyo rostro no pudieron ver al momento del hecho, solo por su contextura física. Ello mengua su fuerza probatoria o, por lo menos, la torna insuficiente para el dictado de una medida de la gravedad que posee la prisión preventiva.

Así, la carencia de mayores datos sobre las características físicas del autor, las discordancias de las descripciones ofrecidas, como el escaso tiempo que duró el contacto entre las víctimas y el atracador, afectan la fiabilidad de los

reconocimientos y de los testimonios, de cuya credibilidad -aclaro- no existen razones para dudar (pero una cosa es afirmar que no mientan, y la otro es qué merito se obtiene con sus dichos).

Ello sin dejar de hacer notar la sorprendente actividad llevada adelante en los reconocimientos en rueda de fs. 153/154 donde por petición de la defensa, se efectivizaron con las personas "sentadas" ante la diferencia de altura entre ellas. Ello (más allá de la justificación de la oposición de la defensa y de la decisión de la Fiscalía actuante en hacerle lugar) mengua sin dudas el merito que se obtiene del resultado positivo; es que si se iba a tratar de identificar a un sospechoso por la altura y contextura física (teniendo en cuenta que nadie vio su rostro por el casco que utilizó), pues mal puede llevarse adelante de una manera que justamente impide diferenciar esa característica.

En lo que hace a la identificación de las prendas que llevaba el agresor, la víctima describió a fs. 2 vta. como "...campera color negra rompe viento, pantalón negro rompe viento con bolsillo roto, la ropa como vieja, las zapatillas deportivas, color negro como de mucho uso...". Por su parte la testigo S. a fs. 5 vta., refirió que "...le parece que estaba vestido de color oscuro..."; esas referencias, dada la generalidad de esas características, como las de las prendas secuestradas, impiden asignar a los reconocimientos efectuados (a fs. 43 y 45) el peso probatorio necesario para justificar la autoría de A.C. en el hecho.

Nótese que la víctima, que reconoció las prendas que llevaba una persona cerca de su negocio días después del hecho, dato a partir del cual -por referencias de una policía que dijo haber visto a A.C. vestido ese día de manera similar- se lo vinculó a esta causa; al serle exhibidas las ropas secuestradas solamente reconoció la campera exhibida, como aquella que habría usado el autor, la que -es importante remarcarlo- es una prenda sin ninguna seña particular, lisa y negra, y por lo tanto, similar (o muy parecida) a muchas otras camperas de ese tipo.

Por otro lado, testigo presencial S., no pudo reconocer con seguridad esa campera, habiendo reconocido, sin embargo, las zapatillas. Es decir, que ninguna ropa fue reconocida con certeza por las dos testigos, ya que cada una reconoció una prenda distinta; esto apuntala lo explicado en relación a la generalidad y fungibilidad que tienen -en particular-, la campera y las zapatillas secuestradas (ver fs. 44); y que afecta, en el sentido que he señalado en este voto, la fiabilidad de esos reconocimientos e impacta en el peso probatorio que puede asignarse...".

No se encuentra satisfecho el grado de probabilidad positiva requerido por el legislador para elevar la causa a juicio, aun cuando -como anticipé y a diferencia de lo conclusión sostenida por al Jueza de Garantías- no resulte procedente -tampoco- ninguna de las causales de sobreseimiento previstas en el Código Procesal (arts. 157 y 337 del Código Procesal Penal), por no encontrarse vencido el plazo para finalizar la instrucción (art. 323 inc. 6to. y 282 del C.P.P.).

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 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.

Como lo anticipé el art. 323 inc. 6to. establece que en caso de no arribarse al grado de conocimiento de probabilidad positiva, deben darse otros dos extremos 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. A su vez, no podría elevarse la causa a juicio ya que 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.).

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, en tanto la audiencia en los términos del art. 308 del C.P.P. fue celebrada el 14/12/2017 -fs. 87/88- y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada el 4/1/18 -fs. 157/163 y vta.-; por lo que la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos. Por lo expuesto propongo la revocación del auto apelado, con los alcances que emanan de este voto.

Respondo por la negativa.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde revocar la resolución puesta en crisis, rechazando la requisitoria de elevación a juicio, 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 ccdds., 421, 434, 435, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Tal es mi sufragio.

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

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, 26 de marzo de 2019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justo el fallo apelado.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** revocar el resolutorio puesto en crisis, aunque con distintos alcances a los peticionados por el recurrente, rechazando la requisitoria de elevación a juicio, debiendo remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157 inc. 3ero. "a contrario", 210, 323 inc. 6to. a "contrario

sensu", 334 a 337 y ccfts., 421, 434, 435, 440, 442 y ccfts. del Código Procesal Penal).

Notificar electrónicamente a la Defensa y a la Fiscalía General Dptal.

Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente, donde deberá notificarse al imputado.