

Expediente I.P.P. nro. diecisiete mil quinientos treinta y nueve.

Número de Orden: _____

Libro de Interlocutorias nro.: _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticinco días del mes de Junio del año 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri (art. 400 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 17.539/I caratulada "**D. s/ incidente de apelación**", 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), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1. ¿Es ajusta 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, DICE: A fs. 2/4 y vta. interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 11 Departamental -Dr. Diego Miguel Conti-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri-, por la que dispuso el cese de la prisión preventiva con respecto al justiciable C..

Respecto de la admisibilidad, expresa que la decisión le provoca, al Ministerio Público Fiscal, gravamen irreparable porque "...expone a la investigación a peligros innecesarios, pudiendo desencadenar que el imputado -quien debiera permanecer privado de su libertad mientras se profundiza el proceso investigativo- se encuentra en óptimas condiciones de entorpecer la averiguación de la verdad, sea tomando contacto con la víctima o que, directamente, puede darse a la fuga...".

Se agravia por considerar que el razonamiento del juez ha resultado contradictorio al considerar, por un lado, que "...no puede exigirse a las víctima un reconocimiento certero en función del estado de nerviosismo vivido..." y, a su vez, que "...la falta de reconocimiento por parte de las víctimas posee un valor tal que basta para desvirtuar la similitudes físicas y de los tatuajes que se observan entre la persona que cometió el hecho según se observa en el DVD de fs. 17 y el ciudadano D....".

Destaca que el Magistrado, al momento de disponer la detención, destacó (en relación al video donde se ve al autor del robo) que "...resulta válido presumir que se trata de la misma persona. Ello en función de la gran similitud física que posee el aprehendido con el autor...", agregando que no era sólo una similitud, sino que la identidad entre el autor y el encartado se corroboraba -también- por los tatuajes y que ello no podía resultar desvirtuado por la fallida rueda de fotografías.

Adiciona, a esos argumentos, que al momento de su aprehensión el encartado llevaba puestas las zapatillas usadas para cometer el robo, como

puede compararse en el video, en las fotografías de fs. 50 y en el informe descriptivo de fs. 49. Solicita la revocación del fallo apelado.

El remedio fue mantenido por el Superior Jerárquico a fs. 46/48.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, anticipo que propondré al acuerdo la admisión del recurso, en tanto advierto que en la decisión se realiza una arbitraria valoración probatoria que conlleva su nulidad y que provoca, como consecuencia, un gravamen de imposible -o muy dificultosa- reparación en el curso de este proceso (arts. 201, 203 y ccdtes. del C.P.P. y 18 de la Constitución Nacional).

Nuestro ordenamiento procesal ha establecido que las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente previstos en el código (art. 421 del C.P.P. el cual consagra el principio de taxatividad de los recursos), siendo que contra aquellas que no se encuentren expresamente previstas como apelables, sólo se admitirá la revisión cuando -entre otros requisitos- se alegue y demuestre la existencia de gravamen irreparable (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).

Dentro de ese marco, se observa que nuestro Ordenamiento Adjetivo no contempla expresamente la posibilidad de recurrir la resolución judicial que dispone el cese de la prisión preventiva (previsto en el artículo 147 del C.P.P.), por lo tanto, el recurso sólo puede ser admisible en caso de que la resolución atacada provoque un gravamen de esa entidad, conforme lo dispone el art. 439 del C.P.P..

Ello entiendo que se presenta en esta causa, en virtud de la arbitraria valoración probatoria que ha realizado el Magistrado A Quo y que conlleva la nulidad de la decisión apelada.

Como sostuve en la I.P.P. nro. 14.367 del 30/11/2016, entiendo que no debe pasarse por alto la complejidad vinculada a la interpretación y a los alcances que ha de otorgarse al concepto "gravamen irreparable" (que es el caso genérico previsto en la norma) y/o de muy dificultosa reparación ulterior (desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente), y a cuáles son las circunstancias a las que corresponde aplicarlo; es decir cómo se identifican los casos individuales (situaciones o acontecimientos concretos) que poseen las propiedades relevantes, para poder ser considerados como provocadores de tal gravamen.

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). Destaco, a su vez, y en lo que hace a la nulidad que propongo, que advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 106, 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa (ver S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

En estos obrados, se ha realizado una arbitraria apreciación de lo que surge de los elementos de convicción reunidos, que se observa -centralmente- en dos cuestiones.

La primera vinculada a la forma en que debe valorarse la negativa - infundada- del imputado a participar de la rueda de reconocimiento en rueda de personas legalmente ordenada.

La segunda, se vincula al peso probatorio que ha asignado el Juez a los datos que pueden extraerse de la comparación entre las fotos que se le tomaron al procesado (en esta causa), las características de las zapatillas secuestradas en su poder, y las imágenes de video obtenidas (donde se observa al autor, sus características físicas y las de sus prendas).

Respecto del primer punto, tal como sostuve en la I.P.P. 11.776/I resuelta el 30/12/13, considero que la injustificada negativa de un sujeto pasivo de imputación penal de participar de un reconocimiento en rueda de personas (ver fs. 84), sin que se haya mencionado -ni se advierta-, motivo alguno que razonablemente hubiese puesto en peligro alguno sus derechos o se denuncie alguna irregularidad en cuanto a su realización, conlleva que la medida (por su naturaleza y forma de efectivización) no se pueda llevar a cabo en forma compulsiva. Ello no quita que pueda emerger (de esa actividad llevada adelante con debido asesoramiento legal) un indicio con entidad cargosa.

En efecto en diligencias como la presente (a diferencia de lo que sucede con la facultad que los encausados tienen de negarse a prestar declaración en los términos del artículo 308 del C.P.P.), no se requiere una

participación activa de los sometidos a la diligencia. En todo caso, son los testigos que tienen que identificarlos, quienes –eventualmente- aporten la información que luego deberá evaluarse por los Organismos (judiciales y jurisdiccionales) intervinientes.

En el sentido propuesto podemos leer "...El imputado también puede ser obligado a someterse al reconocimiento como sujeto pasivo del mismo, no siendo aquí aplicable la garantía constitucional de su incoercibilidad, pues ésta juega cuando el individuo puede ser sujeto informante de prueba, lo que sólo puede hacer voluntariamente, pero no cuando él con su persona física es el portador del elemento de prueba, en cuyo caso actúa como objeto de comprobación, pudiendo ser forzado para procurar la realización del acto, y extraerse de su comportamiento negativo y reticente todas las presunciones de cargo que resulten pertinentes en relación con el resto del material probatorio..." (Eduardo M. Jauchen. Tratado de la Prueba en materia Penal. página 467. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2009).

Por su parte también se puede leer que: "...Se debe aclarar, por fin, que la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, eso es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No lo ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede

ser forzada, en principio, al examen. Las limitaciones de la fuerza a emplear, para tornar posible el examen, emergen de otros principios (prohibición de poner en peligro la vida o la salud) o de la misma naturaleza del acto (imposibilidad de obtener un texto escrito del imputado con fines de cotejo en una peritación, sin su participación voluntaria)..." (Julio B. Maier. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. Pág. 675. Editores del Puerto s.r.l. B. Aires 2004, 2da edición).-

Ha sentado doctrina en ese sentido nuestro Máximo Tribunal Nacional en antiguo fallo del año 1963 al referir que "...el requerimiento judicial del reconocimiento del imputado, en los términos de los arts. 264 y sgtes. del Código de Procedimientos Penales, no puede ser resistido con fundamento constitucional ... en efecto, no está comprendido en los términos de la cláusula que veda la exigencia de 'declarar contra sí mismo' ni es corolario de la exención postulada de producir otra prueba incriminatoria. Ello, tanto porque la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es 'prueba' en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de hechos delictuosos..." (C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por el procesado en la causa Cincotta, Juan José s/ procesado por lesiones", 13/2/63).

En esa línea de pensamiento y sin perjuicio de tratarse del caso de extracción sanguínea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto: "...En efecto, aún cuando ello se derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que, de acuerdo con lo dicho más arriba, dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y

proporción con relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen..." (Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años (art. 146)" S.C. G. 291; L. XLIII).

Opto además por esa propuesta, teniendo en cuenta la importancia que tiene la posibilidad de llevar adelante esa diligencia de reconocimiento en rueda de personas, siendo que por el contrario la llevada cabo en forma fotográfica puede presentar márgenes de error. Esta última diligencia es preferible en casos donde el sospechoso no se encuentre hallable, pero debe evitarse para casos como el presente, desde que impide una visualización "completa" del sujeto a reconocer. Así -en fotos- no puede determinarse el peso de la persona ni su altura, siendo que con esos -importantes- datos ausentes, la posibilidad de error aumenta, con las muy negativas consecuencias que puede conllevar: detención (y/o condena) de quien no tiene relación con el delito, impunidad del que sí la tiene, etc. (por dar sólo algunos ejemplos).

Por todo lo expuesto y a fin de concluir con el tema en tratamiento, no requiriéndose una activa intervención del encausado en la diligencia, sin haberse -tampoco- afectado su dignidad, ni poniéndose en juego su integridad física (ya que sólo es colocarse de pie junto a otros sujetos de similares características), concluyo que es posible extraer un elemento de cargo en la negativa a integrar la rueda de reconocimiento de personas (máxime desde el

momento que se encontró debidamente asesorado legalmente y que no se ha alegado ningún motivo razonable).

La falta de consideración de esa negativa como elemento cargoso por parte del A Quo, sin haber ofrecido ningún fundamento, constituye una omisión de valoración que impacta -en forma relevante- en el peso que corresponde asignar al conjunto probatorio y que, aunado con los restantes déficits que observo en la valoración realizada (y que abordaré a continuación), cristalizan la arbitrariedad antes referenciada.

El segundo aspecto de cuestiones probatorias, se relacionan con la valoración individual y armónica de los distintos datos que pueden obtenerse del cotejo entre las imágenes del hecho (registradas por la cámara de seguridad) por un lado, y las características que se observan de las fotos del procesado, y de las zapatillas que se secuestraron en su poder (y que se describen en el dictamen de fs. 49), por el otro. La decisión recurrida carece de ese tipo de valoración.

En lo que hace a los rasgos fisonómicos y a los tatuajes que deben ser objeto de comparación, debo señalar que, aun cuando el Magistrado los tuvo en cuenta, no les ha asignado el "valor cargoso" adecuado. Principalmente, por no haber incluido (entre las razones que avalan la conclusión de su cotejo) ciertas circunstancias que emergen de la valoración conjunta de todos los datos y que ponen de relieve que las coincidencias poseen un peso tal, que imponía una expresa justificación de los motivos por los que entendió que esa fuerza probatoria se veía menoscabada por el resultado negativo del reconocimiento por fotografías (del sospechado por las víctimas) y por el

resultado negativo de un allanamiento realizado en la casa del procesado (a más de 20 días de ocurrido el suceso: máxime, si se tiene en cuenta que en el hecho se sustrajo dinero y paquetes de cigarrillos). Es "tan fuerte" lo que emerge de aquella comparación primigenia, que los dos extremos posteriores no logran menguar su valor cargoso.

En ese sentido destaco que, si bien el Magistrado mencionó las similitudes físicas y de los tatuajes, no efectuó una precisa y atenta consideración del cúmulo de características coincidentes, lo que no se corresponde con una valoración ajustada a la sana crítica racional. Hago notar, en ese sentido, que la fisonomía que se observa en las fotos de fs. 55, resulta altamente compatible con la de la persona que se ve en el video. No sólo en lo que hace la forma de la cara, delgada, y color y corte de pelo, también a la forma en la que luce su barba y bigotes; ello tomando como elemento de cotejo una observación completa de los videos, en especial la toma captada en los minutos 20:04 y 22:14 del archivo MAINCH02-20190217-060115.

Ahora bien, esas coincidencias físicas, van acompañadas también de una compatibilidad en diversas características de los tatuajes que tiene el procesado y de los que se observan en el autor del hecho (también en el video); es la conjunción de esas características coincidentes uno de los aspectos en lo que se evidencia que el peso asignado por el Magistrado de Grado (al relacionarlo con el resultado de la diligencia de reconocimiento fotográfico y del allanamiento efectuado) no se adecúa a las reglas previstas por la sana crítica racional. Afirmino esto, en cuanto el Magistrado debió haber

adicionado -en forma expresa- a las coincidencias fisonómicas, todos los puntos de similitudes que pueden destacarse del cotejo de los tatuajes que tiene el justiciable y los que se advierten del autor en la filmación. Y a su vez, también, lo referente al calzado utilizado por el autor (según se advierte de las imágenes) y el que se le secuestrara al justiciable.

En lo referente a los tatuajes destaco que, aun cuando en los videos resulta una tanto difícil percibir en forma clara y definida sus formas -como sostuvo el Juez de Grado-, otros puntos como la precisa ubicación de cada figura, su tamaño y color, sí pueden percibirse con meridiana claridad; y esos puntos, que influirían sustancialmente en el peso que correspondería asignar al conjunto de coincidencias comparativas, no fueron explicitados (al menos en por qué fueron descartados).

Como puede verse en el video, el autor del hecho posee -al igual que el procesado- un tatuaje en el antebrazo izquierdo que ocupa la cara externa desde la muñeca al codo, terminando en esa zona con una forma curva y en puntas, similar a una garra o pinza. Ello se puede advertir en distintos tramos: en especial, puede verse entre el minuto 22 a 22:15 del archivo MAINCH01-20190217-060115; en los minutos 19:46 a 19 50 del archivo MAINCH04-20190217-060115; y en los minutos 20 a 20:10 del archivo MAINCH02-20190217-060115.

Destaco, también, que en el minuto 23:03 de ese mismo archivo, puede verse la cara interna de su antebrazo izquierdo, donde no hay tatuaje alguno, al igual que lo que se observa en las fotos -del procesado- de fs. 55; siendo que la cara interna de ese antebrazo izquierdo (libre de tatuajes) se

observa también en el minuto 19.38 del archivo MAINCH04-20190217-060115, cuando el autor del hecho levanta el brazo para poner su mano en forma de visera sobre sus ojos.

Asimismo, en relación al tatuaje de su antebrazo izquierdo, aun cuando en el video no se pueden percibir con claridad los detalles, sí puede verse con precisión que se trata de una figura pequeña ubicado a la altura media de la cara externa y que posee diversos trazos de líneas; lo que coincide con el tatuaje de grafismos similares a letras chinas o japonesas, que se observa en la foto de fs. 55 y 115. Ello puede observarse en los minutos 19:59 y 20:20 del archivo MAINCH01-20190217-060115, y en los minutos 19:38 y 19:52 del archivo MAINCH04-20190217-060115.

A esas coincidencias entre los rasgos fisonómicos faciales, y entre la ubicación, forma y tamaño de dos tatuajes, uno de cada uno de los antebrazos, debe adicionarse que al momento de la aprehensión procesado llevaba puestas unas zapatillas de color azul, en la que se observa sobre sus laterales externos una letra N en color azul con borde color blanco, siendo que en su lengüeta se observa la numeración 575 N, con talón interior color rojo (ver fs. 49); esa descripción concuerda, también, con la de las zapatillas que usó el autor del hecho, destacándose los especiales detalles de la letra N en color azul con borde blanco, que se ve en el minuto 19:39 del archivo MAINCH04-20190217-060115 y el interior del talón color rojo, que se puede observar, entre otros momentos, en el minuto 19:54 del archivo MAINCH04-20190217-060115.

Así, entiendo que ha sido arbitraria la apreciación probatoria llevada a cabo por el Juez de grado, en tanto -aun cuando hizo mención a ciertas características coincidentes entre el procesado, sus prendas y sus tatuajes, y lo que se observa en el video- no ha justificado explícitamente los diversos puntos en común que existen. Ello ha repercutido en la entidad que esas coincidencias tenían en relación a lo probable de que exista identidad entre el justiciable y el autor que se ve en la filmación; a lo que debo recordar que ha omitido valorar -como indicio con entidad cargosa- la negativa del sospechado (debidamente asesorado y sin justificación alguna) a participar de la rueda de reconocimiento de personas, lo que -en este caso- posee una especial relevancia para la interpretación armónica del plexo probatorio.

Por otro lado, tampoco ha justificado expresamente cuáles serían las razones por las que, aun ante la posibilidad que tuvo el Magistrado de realizar (por sí mismo) una apreciación comparativa entre el autor filmado por las cámaras del comercio y el aquí procesado, y ante las múltiples características coincidentes que poseerían; no le "alcanzó" para arribar al grado de probabilidad positiva establecido por el legislador provincial en el art. 157 del C.P.P.; siendo que en forma complementaria "inflacionó" de alguna manera el valor que emerge del resultado negativo del reconocimiento por exhibición de fotografías y del allanamiento (negativo) efectuado a unos 20 días del atraco.

Con esos alcances, respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero al voto del Dr. Barbieri por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por el señor Agente Fiscal y disponer la nulidad del auto apelado, debiendo reenviarse la I.P.P. a primera instancia a fin de que, con la intervención de juez hábil, se dicte una nueva resolución siguiendo los parámetros aquí expresados (artículos 202, 203, 421, 439 y cctes. del C.P.P.), y quien deberá seguir actuando durante el curso de toda la instrucción (pues la resolución que se anula, demuestra una toma de posición difícil de variar).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero a la propuesta del Dr. Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Junio 25 de 2019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que precede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución recurrida.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **este TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por el señor Agente Fiscal y disponer la nulidad del auto apelado, debiendo reenviarse la I.P.P. a primera instancia a fin de que, con la intervención de juez hábil (quien deberá seguir actuando durante toda la instrucción), se dicte una nueva resolución siguiendo los parámetros aquí expresados (artículos 202, 203, 421, 439 y cctes. del C.P.P.).

Devolver los autos principales al Juzgado de intervención previo agregar copia del presente para que quede agregado a sus antecedentes.

Notificar –en la incidencia- electrónicamente a la Fiscalía General Dptal.

Hecho, devolverla al Juzgado de Garantías donde deberá notificarse al procesado y a la defensa (teniendo en cuenta que la decisión anulada les fue anoticiada).

Firme, deberá continuarse la actuación con juez hábil para que se dicte nueva resolución siguiendo los parámetros aquí expresados.