

Expediente I.P.P. dieciocho mil sesenta y cuatro.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los ocho días de noviembre 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. 18.064/I del registro de este Órgano caratulada "**F. s/ robo agravado**"; 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. 207/210 y vta. interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular - Dr. Fernando E. Martínez-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a

cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli de fs. 197/204 y vta.-, por la que no hizo lugar a la nulidad requerida, ni al sobreseimiento peticionado, disponiendo la elevación a juicio de la presente causa.

Se agravia por considerar que ha sido erróneo el rechazo de la nulidad planteada, considerando que explícitamente detalló el perjuicio que le provocaba la falta de firma (por parte de la secretaria de la Fiscalía), en el acta del testimonio que la víctima habría prestado en sede del Ministerio Público; siendo que esa carencia daría cuenta de la falta de transparencia en la investigación, lo que abona la hipótesis de la defensa respecto de que *"...es claro que toda esta causa fue una construcción efectuada por el comisario Laira..."*.

Afirma que la ausencia de la Auxiliar Letrada en la declaración de la víctima *"...permitió que su testimonio pueda ser... inducido y limitado..."*, ya que la policía estuvo en su casa y allí pudieron tomar el pastillero cuya sustracción luego le adjudicaron al procesado.

Destaca que la defensa *"...argumentó diferencias importantes entre lo manifestado por la víctima al tiempo de su denuncia y la que prestó en la Ayudantía, una vez, por cierto, que F. ya estaba detenido..."*.

Señala que su asistido fue detenido por poseer un pastillero, que él declaró habría sido colocado entre sus pertenencias por el comisario Laira, cuando lo aprehendieron a la salida de un quisco donde había cargado tarjeta para su celular. A su vez, remarca que la persona que atendía el lugar pudo ver todo lo ocurrido y que sin embargo no fue citado como testigo en estas actuaciones.

Agrega que, entre las diferencias que puso de relieve, debe prestarse atención a que la víctima, en su segunda declaración, dijo que le habían faltado botellas de alcohol cuando antes no lo había referenciado, habiendo incluso referido que el autor no le había revuelto la casa. Solicita se haga lugar al sobreseimiento.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo su revocación, en tanto resulta aplicable al caso el criterio que he sostenido en otras oportunidades, en particular a partir de lo previsto en la causa nro. 9615/I caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble" del 8/8/12 (y ello con otros alcances a los peticionados por el recurrente); dado que no existen elementos de convicción suficientes para elevar la causa a juicio, pero tampoco se encuentran satisfechos los requisitos legales exigidos por el legislador para que proceda el sobreseimiento.

Atento la solución que propongo, que implica el reenvío de la causa al Ministerio Público Fiscal, el planteo nulidicente efectuado será diferido por resultar carente de actualidad, en tanto -tratándose de una nulidad relativa-, dicha falencia podrá sanearse e incluso realizarse nuevamente los actos cuestionados, procurando el cumplimiento de todas exigencias legales y la máxima tutela de las garantías procesales en su producción (en último caso de no llevarse ello adelante y de efectuarse nuevamente la requisitoria, la defensa tendrá oportunidad de volverlo a replantear al órgano jurisdiccional actuante).

A su vez, y como especificaré en la conclusión de mi voto, la ausencia de prueba suficiente para alcanzar el estándar previsto en el artículo 157 del C.P.P. conllevará también, como consecuencia, la libertad del justiciable.

Ahora bien, ingresando al fondo de los fundamentos de la resolución apelada, y como anticipé, considero que no existen elementos suficientes para tener por acreditada la participación (en sentido amplio) del procesado -en el ilícito imputado- como para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del Código Procesal Penal).

Tengo especialmente en cuenta, para la valoración probatoria, que en autos se cuenta con dos versiones contrapuestas; frente a la hipótesis de la acusación, el imputado en su declaración expresó que no tenía vinculación con el acontecer y que el pastillero que se halló en su poder fue colocado (entre su pertenencias) por el personal policial, una vez que se lo había aprehendido.

Desde esa versión, la defensa ha cuestionado expresamente la fiabilidad y credibilidad de los medios de convicción reunidos, y el valor que puede asignárseles; resultando -al menos- atendibles algunas de las circunstancias que pusiera de relieve. Es en el marco de esa confrontación entre la hipótesis de la acusación y la de defensa, que corresponde evaluar la calidad de los elementos de cargo.

Así, señalo, existen discordancias en los testimonios ofrecidos por la víctima que no han sido debidamente aclaradas por la acusación, lo que -sumado a la ausencia de la firma de la secretaria en la declaración prestada en la Ayudantía Fiscal- afecta el peso que puede reconocérsele a esa evidencia.

En ese sentido destaco que, conforme surge de fs. 3, la víctima habría referido en sede policial que un sujeto ingresó a su casa y ella lo encontró en el interior cuando regresó del patio, quien la amenazó con un cuchillo, pidiéndole plata y que ella, en primer término, negó tener dinero, pero ante la insistencia le entregó mil pesos en efectivo, siendo que luego "...el masculino se fue rápidamente de la casa corriendo y saliendo por la puerta de ingreso principal... durando la situación apenas unos minutos...".

Describió que el hombre "...tenía puesto un jean color claro, una remera color gris oscura, no recuerda si era manga corta o manga larga, y en el rostro tenía colocada otra remera para cubrirse color negra pudiendo ver únicamente los ojos..."; agregando que no podría reconocer su voz, y -lo que reviste especial interés- que "...medía alrededor de 1.70 metros y era algo robusto, características estas por su contextura física que le parecen similares a las del ciudadano F., quien reside a unos doscientos metros de su vivienda y a quien conoce del barrio desde chico..." (la negrita me pertenece, y la coloco para destacar desde el inicio una hipótesis de participación no mantenida). Ahora bien, en la declaración prestada a fs. 8/9 y vta., el día 24 de abril a las 10:51 hs, la víctima describió de una forma similar la situación vivida aproximadamente a las 8:20 hs. de esa mañana; sin embargo, y aun cuando ofreció una descripción del autor, no mencionó -esta vez- ningún dato sobre su posible identidad e incluso, al serle preguntado expresamente si sospechaba de alguien, respondió que no (ver fs. 9).

Esa diferencia entre ambas declaraciones, sobre un punto sumamente relevante para la investigación como es la posible identidad del autor, no ha

sido aclarada por el Ministerio Público Fiscal y no consta que se le haya preguntado sobre las razones que la justificaban (máxime con el escaso lapso temporal acaecido entre una y otra). Así, considero que el valor probatorio de esos dichos se ve menoscabado, dada la inconsistencia que presentan sobre aspectos relativos a quién podría ser el autor, que difícilmente podrían pasarse por alto (ni para quien la presta, ni para aquellos funcionarios que la reciben). Agrego que en su tercer declaración, de fs. 9/11 -y que es el centro de las objeciones nulificantes de la defensa-, la víctima no sólo no volvió a mencionar a F., sino que reiteró que "...al agresor no lo conoce...", y agregó circunstancias que antes no habían sido destacadas y que son esenciales para justificar la vinculación del imputado, de acuerdo a la hipótesis del Agente Fiscal.

En especial, expresó que "...cerca de las 13:30 hs. y luego que se fuera el personal de policía científica cuando voy a buscar el pastillero donde guardo las pastillas y medicamentos que tomo diariamente... me doy cuenta que faltaba..."; siendo que al mismo lo guardaba "...sobre el modular que está en el comedor, más precisamente en un estante alto para que mis bisnietos no los toquen...". A su vez, dijo que en horas de la tarde su nieta se dio cuenta de que, también, faltaban bebidas alcohólicas, pero que no podría identificar cuáles.

Fue en esa testimonial, recibida en horas de la tarde, a las 17:56 hs., en la que la víctima refiere lo relativo al pastillero, y fue en ese mismo acto -llevado a cabo luego de la aprehensión de F. y del secuestro de ese elementos- que se le exhibió una fotografía del objeto y que la víctima reconoció como aquel cuyo

faltante constató pasado el mediodía. En esa oportunidad se le exhibieron, también, fotografías de las prendas secuestradas a F., sobre las que expresó que "...podría ser el buzo gris que yo vi. No puedo decirlo con precisión por los nervios del momento. En cuanto al jean puedo decir que es muy similar al que tenía el que me robó...".

Dadas las características de la información que aportó la víctima en este testimonio, que se centra en la constatación de la sustracción de un pastillero y el hecho de que su declaración se haya recibido luego de que se secuestrara en poder de F. uno similar, cobraba especial relevancia que existiera alguna explicación sobre esos elementos discordantes. A ello debe adunarse que no se contó con asistencia de letrado fedatario y que no se siguieron las reglas para el reconcimientto de efectos (en los términos de los arts. 262, 259 y ccdds. del Rito lo que aparecía como exigible desde el momento que resultaba ser el único elemento de convicción cargoso con respecto a la autoría que existía y existe en el expediente).

Esa información resultaba particularmente importante para robustecer esta investigación, especialmente ante la hipótesis alternativa planteada por la defensa, ya que fue en ese acto que el fiscal exhibió las fotos del pastillero *"...acompañada desde la Estación Policial Comunal en razón de la contravención efectuada en el día de la fecha..."* en donde se habría incautado dicho elemento en poder de F., pocas horas antes de la declaración y cuando aun la víctima no había dado aviso de su faltante (sólo había puesto en conocimiento de la autoridad que un sujeto le había robado dinero en efectivo: 1.000 pesos).

A su vez, sumado a las inconsistencias señaladas y al insuficiente detalle respecto de diversas informaciones sobre las que se habría desarrollado esta investigación, debo remarcar que a fs. 12/13 en la declaración prestada por J. (hija de la víctima), también en horas de la tarde en sede de la Ayudantía Fiscal y sin que esté plasmada la firma de la auxiliar letrada Benitez, la nombrada relató que cuando llegó a su trabajo, vio a un grupo de cinco muchachos golpeándose entre sí, tomando alcohol en la verdad, y que uno de ellos tenía características físicas y ropa compatible con la descripción ofrecida por su madre, por lo que llamó a la policía para informarles de esa situación. Expresamente mencionó que desde adentro: "...veo que llegó el patrullero luego de un auto gris. Creo que los identificaron, pero antes un policía vino a solicitar a alguien como testigo. Fue B., quien es mi compañera de trabajo...".

Sin embargo, su relato no resulta concordante con lo que consta en el acta del procedimiento que culminó en la requisa de F., ni con lo declarado por la mencionada B..

De la lectura del acta se puede advertir que no sólo no consta referencia alguna al llamado realizado por la hija de la víctima (lo que tampoco consta en ninguna otra pieza de la instrucción), sino que la descripción de los sucesos es sumamente distinta a la realizada por la testigo J., ya que se ubica a F. sólo y no junto a un grupo de personas, caminado por el medio de la calle y entorpeciendo el tránsito "...mostrando los ocasionales conductores que transitaban por el lugar su descontento mediante bocinazos...".

Esa versión, que se documenta en el acta, sería la que habrían ofrecido en sede policial tanto quien consta como la persona que convocara al personal policial (el efectivo de la Guardia Urbana, Traversini, a fs. 43/44) y también B., compañera de trabajo de la testigo J. y que, de acuerdo al testimonio de fs. 12/13, habría estado junto a ella en el mismo local, mirando por la ventana, cuando ocurrieron los sucesos. Como puede advertirse, la descripción ofrecida en el acta de fs. 40/41 y en los testimonios de fs. 42 y vta. y 43/44, no concuerda con lo narrado por la testigo J. y ofrece un escenario de desorden público que no parece razonable que hubiera pasado desapercibido para la testigo que dijo haber llamado a la policía.

A las circunstancias expuestas debo agregar que el procesado declaró que, al momento de los hechos que se le imputan, él se encontraba durmiendo en su casa, despertando cerca de las 11 hs. y que allí habló con su abuela que estaba en el lugar; que luego fue al hospital a buscar una pastillas que le habían recetado y que cuando salió, pasadas las 13 hs., se dirigió a un negocio denominado "Chonos" (frente al nosocomio), cuyo empleado se llama I., para cargar la tarjeta de su teléfono celular. Narró que fue en ese momento, cuando salía del lugar, que lo interceptó la policía, expresando "...viene el comisario y me dice "vos sos pija" y me tira el pastillero, me lo pone sobre el capot del móvil, al lado de mis otras cosas...". Especialmente destacó que el encargado del comercio "Chonos" pudo ver cuando lo aprehendían.

Su relato fue corroborado por su abuela, M. a fs. 113 y vta., en lo referente al horario en el que se habría levantado (cerca de las 11 hs.); si bien la Jueza ha restado valor a ese testimonio por considerar que ha sido tendenciosa,

intentado mejorar la situación de su nieto, considero que ello no puede afirmarse sin más, por el sólo hecho de ser familiares, y que ese testimonio debe ser apreciado principalmente a la luz de su coherencia con los otros elementos reunidos.

En ese sentido, no advierto la falta de coincidencia de esa declaración con lo declarado por el testigo A. a fs. 111 y vta., que ha sido la otra razón invocada por la Magistrada para restar valor a lo declarado por la M. y que abona el descargo del imputado; pues sendos testimonios versan sobre lapsos temporales distintos y su contenido no resulta incompatible .

Asimismo destaco como un déficit en la evacuación de citas realizada que, habiendo sido mencionado como un testigo importante el encargado del comercio Chonos, que se llamaría I., no constan las tareas realizadas para obtener su identificación concreta y su testimonio, aun cuando así lo ordenó el Ministerio Público Fiscal, a fs. 103. Esto afecta, también, la solidez de la hipótesis de la acusación, en tanto no se ha procurado obtener un testimonio que resulta central para la versión alternativa ofrecida por el procesado y que podría aportar datos sobre aspectos sobre los que la prueba reunida se ha mostrado inconsistente, como es el momento de la aprehensión del encartado.

Por último, no puedo pasar por alto que lo declarado por los testigos A. a fs. 111 y vta., y D. a fs. 119 (fs. 149), lo que no resulta conteste con lo declarado por el imputado, incluso advierto contradicciones entre ambos testimonios; sin embargo, ello no afecta las distintas circunstancias señaladas que afectan el peso probatorio de la evidencia reunida en respaldo de la hipótesis de cargo y

que, ante las versión ofrecida por el imputado, impide alcanzar el grado de probabilidad requerido por el legislador para elevar esta causa a juicio (arts. 157 y 337 del C.P.P.).

Ello, aun cuando -como anticipé- 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 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.

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 sistemática 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, o proceder al archivo 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.

En autos aún existe plazo de instrucción, en tanto la audiencia en los términos del art. 308 del C.P.P. fue celebrada el 25/04/2019 -fs. 62/63- y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada el 16/08/19 -fs. 166/176-; por lo que la Fiscalía cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Por último, y como consecuencia de las consideraciones expuestas en este voto, corresponde disponer -también- la libertad del procesado F., en tanto el estándar probatorio que entiendo no se ha satisfecho a esta altura de la investigación resulta ser, en principio, el mismo que ha establecido el legislador para la procedencia de la prisión preventiva y que se encuentra previsto en el artículo 157 del C.P.P.

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 I) 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 y II) disponer la inmediata libertad del procesado, que deberá hacerse efectiva por parte del Juzgado de Garantías, previo constatar la inexistencia de impedimentos legales (arts. 147, 157, 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 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, 8 de noviembre 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:** I) 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 y II) disponer la inmediata libertad del procesado, que deberá hacerse efectiva por parte del Juzgado de Garantías, previo constatar la inexistencia de impedimentos legales (arts. 147, 157, 210, 323 inc. 6to. a "contrario sensu", 334 a 337 y ccdds., 421, 434, 435, 442 y ccdds. del Código Procesal Penal). Se le impone (más allá de aquellas reglas que determine el juzgado de origen) la obligación de constituir domicilio del que no podrá ausentarse sin conocimiento del juzgado interviniente; y la prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la damnificada de estos obrados y de su hija.

Notificar electrónicamente a la Fiscalía General Dptal.

Hecho, devolver -sin más trámite- al Juzgado de Garantías interviniente, donde deberán practicarse las restantes notificaciones y efectivizarse la libertad del justiciable.