

I.P.P. nro. quince mil ochocientos treinta y uno.

Número de Orden: _____

Libro de Interlocutorias nro. _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintidós días del mes de Agosto del año dos mil dieciocho, reunidos en su Sala de Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Angel Barbieri, Guillermo Alberto Giambelluca y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución en la I.P.P. nro. 15.831/I "**A.,J.J. y otros s/ uso de documentos falso o adulterado**"; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por ley 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Soumoulou y Giambelluca**, 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 SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 585/592 y vta. interpone recurso de apelación la Sra. Defensora Particular del imputado R.M. -Dra. Elisa Hospitaleche-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías -Dr. Alberto Daniel Gallardo-, por la que no hizo lugar al sobreseimiento requerido por la letrada y dispuso la elevación a juicio respecto de todos los procesados.

Cuestiona, principalmente, las razones por las que se rechazaron sus pedidos de nulidad de la investigación.

En cuanto a la legalidad de las pruebas testimoniales e instrumental que se han recepcionado sin anoticiar a la defensa técnica, expresa que ello ha afectado derechos constitucionales garantizados expresamente en diversas

Convenciones Internacionales (reconocidos jurisprudencialmente), no pudiendo subsanarse con las posibilidades que podrían restarle a su asistido en la etapa de debate oral (como lo refiere el Sr. Juez A Quo).

Dice que es evidente la fragilidad la prueba instrumental acompañada por la oficial de policía C., que "...ha encontrado dos años después en una computadora de la cual no indica lugar, bajo que canal, archivo, etc. que puede identificar un 'supuesta planilla de excel' con datos de los coimputados...", destacando la inacción del Ministerio Público Fiscal que no ordenó el secuestro del CPU, ni cotejó la legalidad del archivo adjunto en el pen drive.

Denuncia que ni la Fiscal interviniente en el curso de la instrucción, ni aquel que efectuó el requerimiento de elevación a juicio, ni tampoco el Sr. Juez de Grado, han tenido en cuenta o valorado el audio aportado por el coprocesado D. en su primera declaración, aun cuando guarda directa vinculación con la investigación; pues de allí surge la estrategia pergeñada por los coimputados funcionarios policiales y el preventor R., con el fin de involucrar a su asistido.

Destaca que en esa prueba se pone en evidencia la relación del funcionario policial mencionado con la Fiscal interviniente y con un instructor judicial (a quienes nombra en dicho audio); y la acciones planeadas que se plasmaron en el desarrollo de esta causa, siendo un ejemplo la presentación espontánea de los coimputados funcionarios policiales en la Fiscalía.

Por otro lado, expresa que ni el Ministerio Público Fiscal, ni el Juez de Grado, han explicado sobre qué prueba objetiva se basan para afirmar que R.M. determinó a los restantes cinco cojusticiables a que aceptaran el ofrecimiento de conseguirles títulos secundarios falsos, teniendo un dominio funcional por su doble rol de jefe y organismo de control del reclutamiento.

Destaca, a su vez, que en los mismos audios en los que se basaría la acusación para sostener que R.M. habría conseguido los títulos secundarios que los

coimputados alegan nunca haber visto, podría oírse como uno de los presentes -que sería uno de ellos- responde ante la solicitud de un dato que obraría en esos títulos "**....si no te traemos una copia y chau...**"; lo que evidenciaría que, efectivamente, ellos tenían en su poder los títulos apócrifos que motivan esta investigación.

Señala que en el audio aportado por D., más allá de oírse como debían "meter" a R.M. en la maniobra y decir que él les propuso el uso de los documentos falsos, puede escucharse a D. decir que él llevó su título y el de otro de los presentes al consejo (minuto 31:30) pudiendo oírse, luego, que alguien dice "...*eso no lo digas...*" y que, quien sería O., afirma "...*tenemos que decir que jamás los tuvimos...*", para agregar -posteriormente-, quien sería el policía R. "...*vos tenés que decir que R.M. los llamo, nos juntó a los cinco...*".

A su vez, respecto de la imputación por "...*hacer insertar datos falsos...*", expresa que resulta absurda "...*pues conforme fueron contestes las empleadas administrativas encargadas dela inscripción: R.M. no tuvo ninguna injerencia más allá de firmar el formulario como autoridad hasta que asumió F....*" y que los aspirantes completaban los datos requeridos ante esas empleadas administrativas, habiendo sido contestes todas ellas en afirmar que "...*R.M. no participó personalmente en el proceso de inscripción...*". Solicita el sobreseimiento.

Analizados los argumentos expuestos y el contenido de la resolución impugnada, debo expresar que advierto en el proceso la existencia de un vicio con entidad nulificante sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, 18 de la Constitución Nacional y 10, 15 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo (normativa citada, arts. 1, 75 inc. 22 Constitución Nacional y 8vo. de la Convención Americana de Derechos Humanos y doctrina de la S.C.B.A., en P. 78.360, S 22/09/2004).

En sentido similar la originaria Sala II del Tribunal de Casación Provincial ha entendido que "...Deben considerarse garantías constitucionales las contenidas en la Constitución Nacional, la provincial y en los tratados internacionales de rango constitucional (arts. 75 inc. 22 de la Const .Nac. y 11 de la Const. pcial.), de manera que en los casos en que se verifique una directa transgresión de normas contenidas en dichos instrumentos procederá la nulidad oficiosa, debiendo en cada caso concreto decidirse respecto de la eventual afectación de la ley constitucional..." (T.C.P.B.A., causa 26.558 RSD-215-8 S de fecha 29-4-2008, F.O. s/ Recurso de casación).

Lo que advierto es que se ha producido una afectación al derecho de defensa de R.M. por no haberse llevado a cabo las medidas -por él- propuestas al momento de prestar declaración en los términos del art. 308, al ejercer su derecho de defensa material. Habiéndose omitido, también, la realización de diversas diligencias que derivan de los argumentos defensistas y que obraron como críticas a la hipótesis de la acusación, por las cuales se cuestiona la fiabilidad y credibilidad de la evidencia de cargo. Esas omisiones han implicado -en este caso- una afectación del debido proceso legal, teniendo en cuenta las particulares características de todo este proceso.

Las diligencias cuya ausencia se señalarán, están estrictamente relacionadas tanto con la hipótesis central de la acusación como con la propuesta por la defensa, ya que se vinculan con la confiabilidad que puede adjudicársele a gran parte de los medios de convicción reunidos; y ello impacta, directamente, en la solidez que podría reconocerse al plexo cargoso.

En primer término, la falta de indagación sobre el audio aportado por el coimputado D. -a fs. 309/315- del que surgiría un "acuerdo" entre diversas personas (que serían otros cojusticiables funcionarios), para "incluir a R.M." como participante central en la comisión del delito, utilizado ello como una forma de "diluir" la

propia responsabilidad, evidencia un primer defecto en lo hace a la posibilidad de estimar -adecuadamente- la fiabilidad de lo declarado por los primeros al prestar declaración en los términos del artículo 308 del C.P.P..

En referencia a ese aspecto, destaco que no se ha llamado a prestar declaración al policía R. -quien fuera señalado como uno de los presentes en el encuentro- a fin de que se exprese en relación a "ese" audio y a su participación en "esa" reunión, como también sobre el contenido de lo que allí se dialogara.

Sería recomendable, también, contar con la declaración del instructor judicial que se menciona en la conversación, a fin de que exponga que conocimientos tiene sobre lo expresado en la grabación, ya que se trata de cuestiones ajenas a su participación funcional en esta investigación; dicho de otra manera se volvía fundamental esa deposición con respecto al descargo de R.M. sobre el "armado" de la causa, y lo que ese instructor había captado con sus propios sentidos.

También hubiera sido necesario que, dado que los coimputados funcionarios (todos menos R.M.) decidieron prestar declaración, se les debió consultar en relación al contenido del audio en cuestión, y de la gravísima situación que se denuncia sobre el presunto "armado" del expediente.

A su vez, en un entendimiento que debe extenderse a los restantes audios obrantes en autos, debió llevarse adelante una transcripción más precisa, con la intervención de profesionales expertos en sonido y con los implementos tecnológicos adecuados para poder captar lo máximo posible del contenido de los mismos.

La falta de transcripción de uno de los más importantes audios (el del personal policial J.R. conversando con quienes serían Ot., A., D. y O.), junto a los defectos que posee la sí realizada por el instructor judicial de los aportados por O. (ver legajo de prueba unido por cuerda donde se deja gran parte de su contenido incomprensible), demuestra el desinterés de los responsables de la instrucción para

tratar seriamente la hipótesis de descargo formulada por el coprocesado R.M.. Ello era dirimente, pues sobre esos contenidos se centra la hipótesis de defensa y, también, de la acusación.

En lo que hace a los audios aportados por el coimputado O. (fs. 91/93 y 107), una omisión de diligencia relevante para aclarar los alcances de los contenidos, es la ausencia en este proceso de una declaración testimonial del preventor policial G., a quien se ha nombrado como participante de esos encuentros y de otros eventos relacionados con los medios de convicción aportados (ver fs. 91/93; 95/96; 99/101 y 309/315). Dicha declaración era fundamental para incorporar datos que despejen los interrogantes que -sobre la fiabilidad de esas evidencias-, introduce la defensa desplegada por la Dra. Hospitaleche y que impactan, a su vez, en la argumentación ofrecida por el Ministerio Público Fiscal y en la calidad de la investigación.

Estrechamente vinculado con la credibilidad de las declaraciones obrantes en autos y con el contenido de los audios a los que he hecho referencia, destaco la importancia de que se hubiera realizado un careo entre los coimputados -en consonancia con lo requerido por R.M. al prestar declaración-, ya que, existiendo versiones contrapuestas y escaso material probatorio para respaldar o refutar el contenido de las declaraciones, dicho medio podría resultar útil para obtener nuevos datos y contrastar los obrantes en autos, aclarando algunos aspectos de las declaraciones en las que se basa la hipótesis de la acusación y que han sido expresamente cuestionados por R.M. en su declaración.

Máxime, si se tiene en cuenta que, como ha destacado la recurrente, ciertas manifestaciones que pueden oírse en los audios aportados, y que habrían sido pronunciadas por algunos de los acusados, contradicen frontalmente lo declarado en este expediente respecto de que nunca tuvieron en su poder la documentación apócrifa cuyo uso se imputa.

Por último, a fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso legal en el curso de esta etapa investigativa, era importante, también, que se obtuvieran los resultados de las consultas sobre la conversación de facebook que ha aportado la defensa, ya que la acreditación de ese extremo podría impactar de forma sumamente relevante en la configuración de los hechos imputados y de la hipótesis del caso presentada por el Ministerio Público Fiscal.

Considero, en ese sentido, que resultaba imprescindible (para alcanzar la probabilidad positiva requerida por el legislador provincial para arribar a la próxima etapa en forma compatible con el debido proceso legal) diligenciar las medidas que reclamaba y proponía el coprocesado (como evacuación de citas, tal la manda del art. 318 del Rito) e incorporar los resultados de las diligencias requeridas por parte de su Defensora.

Ello, con el fin de dilucidar algunos aspectos sobre la autenticidad de los audios aportados, la identidad de sus participantes, el contenido concreto de esas conversaciones, y determinar cuál ha sido la participación de cada uno de los sospechados en la obtención y el uso de los documentos apócrifos en los legajos de aspirantes a cadetes policiales, que fueran remitidos al Ministerio de Seguridad Provincial para su incorporación.

La ampliación de esas medidas probatorias y la realización de otras nuevas, como la incorporación de testimonios de personas que, conforme surge de la causa, habrían participado de los encuentros registrados en audios recabados también por sospechados, resulta fundamental para posibilitar -con alguna efectividad- la acreditación de la hipótesis que contrapone R.M. a la tesis acusatoria, en ejercicio de su derecho defensa; o en su caso para que sea descartada.

Sin esas diligencias, con expresa inclusión de los datos incorporados por la hipótesis defensista, no puede analizarse y evaluarse seriamente la acreditación del hipótesis acusatoria; puesto que no se ha sometido a los controles -mínimos- que

le ha contrapuesto la defensa, y que hacen a la determinación de la fiabilidad y credibilidad del conjunto de elementos ofrecido como medios de cargo, lo que impide considerar esta instrucción como ajustada al debido proceso legal.

Considero que ante la introducción por parte de un sujeto pasivo de imputación penal de una teoría del caso alternativa a la de la acusación, y con grado de verosimilitud (cuando no resulta una hipótesis infundada sino que encuentra apoyo en otros elementos de convicción), aparece como un mandato (en efectiva vigencia del derecho de defensa, art. 318 del C.P.P.) el proveer la prueba ofrecida, exigiéndose una seria evaluación sobre su pertinencia y utilidad (resultando su rechazo de interpretación restrictiva).

Debe tenerse en cuenta una particularidad sobre la vulneración al derecho de defensa que provoca la omisión de producción de prueba útil para testear, reforzar o rebatir, la veracidad de la hipótesis de defensa, por parte del Ministerio Público Fiscal (art. 273 C.P.P.).

En ciertas oportunidades, y como es el caso de autos, dicha afectación se produce progresivamente en el curso de la I.P.P., en el lapso en que no se llevan a cabo la medidas requeridas, y se cristaliza -en forma definitiva- con la clausura de la investigación, cuando corresponde el dictado de un auto de mérito y no se cuenta con los datos que permitirían evaluar no sólo la hipótesis de la acusación sino también la de la defensa, teniendo en cuenta que el legislador provincial previó el sobreseimiento en esta etapa (art. 323 y ccdts.).

Así, la falta de producción de medidas que resultaban relevantes por abonar una hipótesis alternativa sobre la forma en que ocurrieron los hechos, torna arbitraria la requisitoria de elevación a juicio presentada, y la resolución que pueda dictar en consecuencia el Juez de Garantías.

En "este caso" la injustificada omisión de producir diligencias con el fin de recabar medios de convicción conducentes (entendiéndose este último término

como inclusivo de la hipótesis de descargo), obteniendo datos que podrían aclarar distintos aspectos de la investigación, refeleja un abordaje arbitrario de la investigación y de la situación procesal de los sujetos pasivos de imputación penal, que afecta la validez de la requisitoria de elevación a juicio, cuya nulidad propongo, y en consecuencia, también, de la decisión del Juez de Garantías -que hoy se impugna- (arts. 56, 106, 209, 334 y ccdts- del Rito y 18 de la Constitución Nacional).

Respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que me precede.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del colega que abre el acuerdo.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde disponer la nulidad del cierre de la investigación, de la requisitoria de elevación a juicio de fs. 534/541 y de todos los actos consecutivos que de ella dependan, remitiéndose la I.P.P. a la instancia, fin de que se continúe el trámite de la causa en forma ajustada al debido proceso legal y procurando dotar de efectividad concreta al derecho de defensa, produciendo las pruebas que resultan relevantes a la hipótesis de descargo de los coimputados (arts. 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 201, 203, 207, 334 y ccdts. del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al sufragio que me precede.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero a los votos que anteceden.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, agosto 22 de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nulo el cierre de la instrucción y los actos que lo suceden.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este Tribunal

RESUELVE: disponer la nulidad del cierre de la investigación de la requisitoria de elevación a juicio de fs. 534/541 y de todos los actos consecutivos que de ellos dependen, remitiéndose la I.P.P. a la instancia con el fin de que se continúe el trámite en forma ajustada al debido proceso legal y procurando dotar de efectividad concreta al derecho de defensa, produciendo las pruebas que resultan relevantes a la hipótesis de descargo del coprocesado R.M. (arts. 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 201, 203, 207, 334 y ccdts. del C.P.P.).

Notificar a la Sra. Defensora Particular y a la Defensoría General Dptal., como asimismo a la Fiscalía General Dptal.

Hecho, remitir estas actuaciones al Juzgado de origen donde deberá notificarse a los coimputados.