

Expte. cuarenta mil ochocientos sesenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los catorce días del mes de Febrero del año dos mil veinte, 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 Angel Barbieri (art. 440 del C.P.P.)**, para resolver en la I.P.P. nro. M-40.865/I del registro de este Cuerpo caratulada **"T. por robo calificado y abuso sexual agravado en Bahía Blanca"**, y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta 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.) ¿Resultan admisibles los agravios planteados por la Defensa en su presentación?

2da.) ¿Es procedente el planteo de insubsistencia de la acción penal?

3era.) ¿Es nulo el fallo dictado por omisión de tratamiento de una cuestión esencial -nulidad de la acusación fiscal- planteada por la misma parte?

4ta.) Por otra parte ¿es nulo el veredicto dictado por falta de fundamentación en lo que respecta a cómo se dio por acreditado el cuerpo del delito?

5ta.) ¿Se ha valorado en forma absurda la prueba reunida en lo tocante al cuerpo del delito?

6ta.) ¿Existen medios de prueba suficientes como para dar por acreditada la participación del justiciable?

7ma.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: El fallo definitivo de fs. 617/634 dictado por la Sra. Jueza Dra. Claudia Noemí Olivera, resultó impugnado por el Sr. Defensor Oficial de Fuero de Responsabilidad Juvenil -Dr. Agustín Saulnier- a fs. 644/667. Ello acaeció en debido tiempo.

El recurrente se agravia, en primer término, por considerar que se ha vulnerado la garantía de ser juzgado en plazo razonable, solicitando la insubsistencia de la acción y que se declare la extinción de la acción penal.

En segundo lugar plantea la nulidad de la resolución por omisión de respuesta jurisdiccional a una cuestión esencial -nulidad de la acusación fiscal- planteada por esa misma parte (y ello por no haberse evacuado durante la instrucción las citas referenciadas por el imputado en su acto de descargo).

Luego, también plantea la nulidad del fallo al denunciar violación de las normas del Código Ritual por no haberse fundado debidamente la materialidad delictiva (desde que no se explicó razonablemente cómo se la daba por probada).

Por otro lado, en forma subsidiaria, plantea el absurdo y arbitrariedad en la valoración probatoria llevada adelante por la Sra. Jueza A Quo al dar por acreditado el cuerpo del delito.

Posteriormente denuncia "composición ilegal" de la prueba, al analizar la autoría penalmente responsable, habiéndose violado el principio del favor rei.

A continuación discute la valoración de la prueba con respecto a la calificación legal otorgada al hecho, considerando la imposibilidad de acreditar la utilización de un arma en los términos del artículo 166 inc. 2do. del C.P.

Y por último objeta la sanción penal impuesta, al considerar que no se podía aplicar pena por falta de cumplimiento de los requisitos legales.

En forma subsidiaria consideró que se había inobservado lo previsto en el artículo 4 to. de la ley nacional 22.278, habiéndose violado el principio de "subsidiariedad" de la pena.

Digo por mi parte que en cuanto a la forma, los agravios se encuentran debidamente planteados y fundados, por lo que resultan admisibles.

El planteo del recurrente recibió respuesta de su contendiente procesal -a fs. 669/672- en los términos de lo previsto en el artículo 333 de la ley 3589), siendo que allí se postuló el rechazo de todos los planteos formulados en el recurso de apelación.

Por todo lo expuesto, a la primer pregunta entonces respondo por la afirmativa (arts. 295, 298, 333, 339 y ccdts. de la ley 3589).

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

Adhiero, por sus fundamentos, al sufragio que precede (mismas citas legales precedentes).

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

como antes lo resumí, el primer planteo del recurrente ha sido la petición de que se declare la extinción de la acción penal por insubsistencia de la acción, al

considerar que ha transcurrido un plazo más que considerable desde la ocurrencia del hecho, sin que pudiera atribuirse al justiciable dilación alguna. Refiere que es absurda la valoración efectuada por la Sra. Juez A Quo, en cuanto rechazó la petición basada en la tramitación de diferentes recursos planteados por la defensa, haciéndolo de alguna manera responsable por la lenta tramitación, lo que aparece además como contradictorio al haber previamente considerado "razonables" la interposición de esos remedios.

Considera que esos argumentos son inviables teniendo en cuenta que ya en dos oportunidades el fallo de primera instancia resultó anulado por esta Alzada: en una ocasión por violación de la garantía de imparcialidad y la segunda vez por violación de tomar conocimiento previo del imputado previo al fallo definitivo (art. 8 vo. de la ley 3589).

Refiere que a ello debe adicionarse que el joven fue sometido al cumplimiento de medidas cautelares durante el plazo de más de dos años. Solicita se declare la extinción de la acción penal.

Adelanto que he de proponer el rechazo de esta primer petición, sin perjuicio de reconocer el alongado lapso transcurrido desde el acaecimiento del hecho como un atenuante de pena, al momento de analizar el monto de la sanción, si es que ello acaeciera.

Previo ingresar al desarrollo del núcleo argumental de mi sufragio debo aclarar que en principio la acción penal correspondiente a los delitos por los que se dictara condena -robo con armas en los términos del artículo 166 inc. 2do. primer párrafo del C.P. y abuso sexual agravado en grado de tentativa (art. 119 párrafo 3ero. y 4to. inc. d- del C.P. en relación con el artículo 42 del

mismo Texto Legal) no se encuentra extinguida por prescripción, al no haber transcurrido el plazo establecido por el art. 67 inc. 2 do. del C.P.

Aclarado ello, considero que el rechazo del planteo se impone, de acuerdo a la doctrina vertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los fallos "Mattei" (272:188), "Mozzatti" (Fallos 300:1102) y "Kipperband" (Fallos 322:360).

En este sentido considero que, atento el tiempo transcurrido, las circunstancias particulares que rodean al caso, la gravedad del hecho y calificación legal otorgada, a lo que aduno la baja posibilidad de que el procesado purgue la pena en prisión efectiva, conllevan al rechazo que propongo, teniendo en cuenta también los lineamientos expuestos por la S.C.B.A. en el fallo que reiteradamente cita el impugnante (P. 94.754 de fecha 15/7/2009 "Romero").

No encuentro vulnerada la garantía invocada por la defensa de ser juzgado en plazo razonable (arts. 2 C.P.P., 15 de la C. Prov., 18 Const. Nacional, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3, inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados al bloque de constitucionalidad a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional), y ello según interpretación jurisprudencial de C.S.J.N. en fallos 272:188, 29/11/1968; 300:1102, 17/10/1978; Fallos 322:360, del 16/03/1999; 327:327, del 09/03/2004; Fallos 323:982, del 04/05/2000; 333:1639, del 31/08/2010; 333:1987, del 19/10/2010 y Jurisp. de S.C.B.A. en P. 90.308 y P. 94.754.

En la I.P.P. M-40713 del Registro de este Cuerpo, en fecha 11/06/12, afirmé que "... Más allá de las consideraciones vertidas, respecto al carácter procesal

o penal de las normas que regulan la extinción de la acción penal por prescripción, debo referir que la única pauta legal establecida que prevé una consecuencia jurídica sobre la continuación y pervivencia del curso de la acción y por lo tanto también del proceso, lo es en el Código Penal. Si bien existen otros plazos relevantes en el código de forma para valorar la razonabilidad del plazo que insume el trámite (verbi gracia: art. 282 del C.P.P.), lo cierto es que sólo la regulación establecida por el legislador nacional en los arts. 59 a 70 del Digesto de las Penas posee como consecuencia legal específica la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, requisito exigido por el art. 323 inc. 1ero. del C.P.P. para dictar el sobreseimiento del imputado...". Esta explicación plasma la que entiendo resulta ser la regla general para evaluar y decidir sobre la extinción de la acción penal en un proceso.

Sin embargo, y tal como he sostenido en la I.P.P. nro. 10095/I, rta. el 29/08/12, existe una especial forma de finalización -reservada para casos excepcionalísimos- gestada de acuerdo a una progresiva jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, a partir del fallo Mattei, en la búsqueda de otorgar vigencia efectiva al derecho de contar con un proceso que tramite -y culmine- en plazo razonable y sin dilaciones indebidas, que se ha denominado "insubsistencia de la acción penal".

Este instituto ha servido de fundamento para decretar la extinción de la acción penal, aún sin haber transcurrido los plazos legales de prescripción (o habiendo existido actos interruptivos o suspensivos se les restó tales efectos), por haberse considerado vulnerados -por el excesivo paso del tiempo- derechos constitucionales que hacen al debido proceso y al derecho de defensa. Tal

como sostuve en la Ca. nº 10411/I, rta. el 6/7/12, "...El debido proceso está conformado por un conjunto de principios que un trámite debe cumplimentar para abastecer aquel estándar. Esas propiedades implican la vigencia efectiva de otros derechos, tal como puede entenderse de la enumeración que compone al art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre...".

La Suprema Corte Provincial ha sostenido, respecto a la insubsistencia de la acción penal "...que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, correspondiendo declarar la extinción de la persecución penal por efecto de la prescripción (doct. Fallos 323:982 y 327:327 cits. y 327: 4815; in re "P" "Fallos 329:445 citada), incluso cuando pudieren no estar patentizados o se hallaren controvertidos los presupuestos de su configuración..." (Causa 90.308, "T. , M.A. s/ Robo calificado por el uso de armas" rta. 10 de junio de 2009).

En sentido similar, en el voto mayoritario emitido en la causa "Oliva Gerli" (Fallos 333:1987 del 19/10/2010) la Corte Suprema de Justicia Nacional ha expresado "...que cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión del curso de la prescripción 'la duración del proceso penal por casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías de plazo razonable del proceso y del derecho de defensa'..." (considerando 8º). Sobre la determinación de dicha razonabilidad el Máximo Tribunal Nacional ha sostenido "...la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que no puede traducirse

en un número de días, meses o años..." ("Barra, Roberto Eugenio Tomás", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 327:327, 09/03/2004, considerando 8vo. del voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

De acuerdo a los estándares delineados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la determinación de la razonabilidad del plazo de duración del proceso debe realizarse tomando en cuenta tres elementos, según las particularidades de cada caso: a) la complejidad del asunto, referidas tanto a cuestiones de hecho como de derecho presentes en el caso; b) la actividad procesal del interesado, que pudiera provocar una demora indebida en la tramitación del proceso; y c) la conducta de las autoridades judiciales, vinculada a dilaciones indebidas que pudieran provenir de la falta de diligencia y cuidado que deben tener los tribunales de justicia, o en general los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento con facultad para diligenciar actuaciones como en algunas legislaciones el Ministerio Público Fiscal o la policía (Corte IDH, casos Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35; Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de julio de 2007; Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177; entre muchos otros). Estos criterios fueron adoptados en "Kipperband" (C.S.J.N. fallo 322:360, reiterados en C.S.J.N. Fallos 327:327) y en la causa "Egea" en el dictámen del procurador General de la Nación (Fallos 327:4815).

Por lo ya adelantado considero que si bien ha existido un alongado plazo procesal, lo cierto es que también se han interpuesto recursos por ante el

Máximo Tribunal Provincial, en el trámite se ha producido un cambio de ley procedimental que ha influído de alguna manera también en que esta causa tuviera un trámite "residual"; a lo que debe adunarse que el hecho intimado posee especial gravedad, como asimismo la calificación legal que en consecuencia se dictó (llegando a ser la pena en expectativa para el concurso real intimado, de más de 20 años de prisión).

A ello también aduno que la pena que se ha impuesto no es de un quantum gravoso y que ha sido dejada en suspenso en su cumplimiento, todo lo que aleja la posibilidad de ser encarcelado después de un tiempo alongado (lo que fuera tomado como relevante por el Máximo Tribunal Nacional y Provincial en los precedentes ya citados). Para la solución que estoy proponiendo también tengo en cuenta los derechos de la víctima de este proceso, y los propios de la sociedad en el sentido de evitar la impunidad y que se conozca la realidad de lo acaecido (entre otros).

De allí la propuesta de rechazo, sin perjuicio de su valoración como atenuante de la sanción impuesta en caso de rechazo del resto de los agravios formulados por el recurrente.

Respondo entonces por la negativa.

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

Adhiero, por sus fundamentos al voto que abre el acuerdo, contestando por la negativa (ley 3589, arts. 67 y ccdst. del C.P. y 119, 166 inc. 2do. y demás citas legales).

A LA TERCERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: El segundo planteo es una petición de nulidad del fallo, por considerar que ha existido

omisión de tratamiento de una cuestión esencial, al no haber contestado -la Sra. Juez A Quo- el pedido de nulidad de la acusación fiscal, por falta de evacuación de citas durante la instrucción (vertidas por el imputado en su acto de descargo).

Refiere que ello fue planteado a fs. 223/224 y que no tuvo ninguna respuesta por parte de la Sra. Juez A Quo, siendo que ello le ha producido un menoscabo al justiciable, pues no se recepcionó declaración testimonial a varios sujetos cuya presencia en el lugar T. describiera.

Reitera el pedido de nulidad con posterior absolución.

He de proponer el rechazo de este planteo al colega que me acompaña en el acuerdo. Es que observo diferencias con respecto a las constancias del expediente y -además- de cómo deben interpretarse las normas procesales en juego.

Es que el recurrente refiere que la Sra. Juez A Quo no dio respuesta a su planteo de fs. 223/224 (fs. 655); y si bien debo compartir que la Magistrada no dio respuesta alguna, también debo afirmar que nada la obligaba a responder.

Es que el planteo de fs. 223/224 fue oportunamente rechazado por el Sr. Juez de Menores actuante en esa oportunidad (a fs. 235/236 y vta.) rechazando expresamente la petición, entre otros motivos por no haber la defensa efectuado ofrecimiento alguno en la oportunidad procesal correspondiente (al darle traslado de la acusación), optando sólo por interponer la invalidez. Y ello además fue recurrido por la defensa oficial a fs. 238 y oportunamente confirmado por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones (fs. 248/251 y vta.).

Por lo expuesto el planteo de la defensa no debió ser contestado por la Dra. Claudia Olivera por encontrarse ya resuelto por el Sr. Juez de Menores actuante y confirmado por su Superior Jerárquico.

Sólo agrego a lo expuesto, que la defensa también tuvo oportunidades de insistir con la declaraciones testimoniales que considerara oportunas, como asimismo con respecto a otras diligencias, en la oportunidad procesal antes citada (cierre del sumario), como asimismo en el llamamiento de autos para sentencia de fs. 263, como en el recurso interpuesto a fs. 289/297, así como en la apertura a prueba de fs. 329. A fs. 351/353 tampoco se alegó nada en ese sentido. Inclusive en el trámite actual ante este Cuerpo se pudo utilizar la facultad prevista en el artículo 337 inc. 2do. de la ley 3589; nada de ello ocurrió.

Ante tal estado de cosas, la respuesta negativa se impone.

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

Adhiero, por sus fundamentos al voto que abre el acuerdo, contestando por la negativa (ley 3589, arts. 67 y ccdst. del C.P. y 119, 166 inc. 2do. y demás citas legales).

A LA CUARTA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: El recurrente nuevamente peticiona el dictado de la nulidad del fallo dictado, por considerar que ha existido falta de fundamentación en lo tocante a cómo se acreditó la materialidad delictiva.

Refiere que se ha violentado la normativa de los artículos 263 inc. 4to. y 226 de la ley 3589, desde el momento que la Sra. Juez A Quo describió el cuerpo

del delito, omitiendo dar las razones que permitieran reconstruir el proceso de valoración de las pruebas.

Reitera pedido de nulidad y de posterior absolución. También he de proponer el rechazo de este planteo.

Es que si se analiza el fallo en lo tocante a ese acápite, puede advertirse -a fs. 620 vta./624- que se describió la ocurrencia de un grave hecho delictivo, respetando el principio de congruencia (pues es el mismo por el que se lo indagara y por el que se formulara acusación); dándolo por acreditado con las constancias que enumera a fs. 621 vta. 2do. párrafo y que luego valorara en forma expresa.

Así en el tercer párrafo de fs. 621 vta. cita y valora el contenido del acta de procedimiento de fs. 2/3, lo que analizara en dos amplios párrafos. Luego valora las declaraciones testimoniales del personal policial que la confeccionara (fs. 622 2do. párrafo).

Posteriormente cita y analiza (fs. 622 último párrafo) la declaración de la víctima de autos, lo que efectúa también ampliamente; complementando sus referencias -a fs. 623 segundo párrafo- con el contenido del informe médico forense de fs. 11, donde se acreditan las lesiones sufridas por el damnificado.

Por último agrega el contenido de la inspección ocular y croquis de fs. 13 y vta., efectuando una conclusión final en el párrafo siguiente de por qué consideraba acreditado el cuerpo del delito, con las citas legales correspondientes a fs. 624 segundo párrafo.

Ante tal estado de cosas, y sin expedirme sobre el mérito de lo resuelto, es lo cierto que la decisión ha detallado en forma clara y circunstanciada el

acontecimiento típico, siendo que además individualizó y valoró las pruebas de cargo por las que lo diera por acreditado, efectuando luego las citas legales correspondientes.

Por ello es que debo rechazar el planteo formulado pues la normativa de los artículos 226 y 263 inc. 4to. de la ley 3589 han sido debidamente observadas.

En el mismo sentido no advierto violación de lo previsto en el artículo 171 de la Carta Magna Provincial.

Por el contrario la defensa -y el justiciable en último término- han podido conocer qué hecho se daba por acreditado, con qué medios de prueba, y cómo se valoraban los mismos, siendo que el control recursivo pudo ejercerse ampliamente.

Nada que anular, respondiendo entonces por la negativa.

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

Adhiero, por sus fundamentos al voto que abre el acuerdo, contestando por la negativa (ley 3589, arts. 67 y ccdst. del C.P. y 119, 166 inc. 2do. y demás citas legales).

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

Seguidamente el recurrente plantea el absurdo en la valoración probatoria efectuada para dar por acreditado el cuerpo del delito.

Considera que no existe plena prueba testimonial, documental ni pericial, al no presentar la fuerza convictiva que el A Quo le otorga.

Dice que no puede alegarse la existencia de plena prueba testimonial por no existir dos testigos directos del acontecer; siendo que sólo existe el de la

víctima, pues el resto de los declarantes fueron personal policial que participara del procedimiento posterior.

Agrega que la prueba documental y pericial tampoco aprueba elementos de prueba directos; siendo que el informe médico de fs. 11 no aporta elementos suficientes por resultar conjetural en sus conclusiones.

Con respecto a la prueba pericial de fs. 58/59 tampoco es suficiente para complementar los medios ya individualizados desde el momento que el resultado determinó la ausencia de células con características morfológicas de espermatozoides y de P.S.A., siendo que el extendido anal dio como resultado la existencia de micosis del surco interglúteo, lo que permite descartar la penetración. Agrega que el hallazgo de P.S.A. en el calzoncillo de la víctima nada agrega a la cuestión, pues se puede deber a la secreción prostática de la propia víctima, máxime desde el momento que no se llevó adelante una pericia de A.D.N.

Solicita la absolución por aplicación del beneficio de la duda.

Propongo el rechazo también de esta porción del remedio, desde que el recurrente no deja de mostrar sólo una divergencia personal con el razonamiento de la Sra. Juez de Grado sin evidenciar el absurdo y arbitrariedad que denuncia.

Observo que en el fallo definitivo a fs. 620 vta./624 se ha descripto en forma circunstanciada y clara el hecho delictivo que se imputa al justiciable, siendo que para ello se valoran diversos medios de prueba.

Se ha citado y analizado pormenorizadamente el contenido del acta de procedimiento de fs. 2/3 (ver fs. 621 vta. tercer párrafo hasta 622 vta.

primeros dos párrafos); como asimismo las testimoniales de los preventores policiales que la confeccionaron.

Luego se citó la declaración de la víctima de fs. 8/10 -ver fs. 622 último párrafo a 623 primer párrafo-, prueba directa por excelencia, junto a su ratificación en sede fiscal a fs. 126/127 y vta. Ello lo complementó con el informe médico de fs. 11 donde no sólo se informaron golpes en el rostro del damnificado, sino también en el ano que podían resultar compatibles con una penetración; todo lo que objetivaba los dichos de la víctima. Lo que a su vez es reforzado por el dictamen pericial de fs. 58/59 en donde surge que se halló en el calzoncillo del damnificado restos de P.S.A.

Citó a su vez la inspección ocular y el croquis de fs. 13 y vta. para reafirmar las circunstancias de tiempo y lugar en la que se sucedieron los hechos.

Suma también los indicios emergentes del llamado a la central de emergencias nro. 911 efectuado en forma casi inmediata a la ocurrencia del hecho, por parte de la progenitora de la víctima; como el extremo de haberse trasladado casi desnudo y ensangrentado por un descampado.

Esa acreditación del cuerpo del delito lo ha sido conformando una prueba compuesta (testimonial, documental y pericial), no observando por mi parte violación al sistema de interpretación previsto por la ley 3589.

Frente a lo así decidido, el recurrente se desentiende de los argumentos brindados por la Sra. Juez A Quo, expresando -en consecuencia- su opinión personal contraria a lo resuelto. Y es sabido que el mero disenso, o la señalización de pareceres diversos no importan un medio de cuestionamiento

idóneo, desde el ángulo de la técnica del remedio impetrado, cuando la sentencia puesta en crisis cuenta con fundamentación suficiente como para ponerla a salvo de la tacha de arbitrariedad intentada (causas P. 130.775, sent. de 12-VI-2019; P. 130.614, sent. de 20-III-2019; P. 120.729, sent. de 21-XI-2018; P. 121.364, sent. de 11-VII-2018; P. 122.967, sent. de 28-VI-2017; P. 120.912, sent. de 14-XII-2016; entre muchas otras de la S.C.B.A.).

Agrego que las supuestas contradicciones de la víctima no las observo, al menos no con la entidad que denuncia el recurrente; por el contrario ha resultado conteste y muy claro con respecto al gravísimo hecho que lo tuviera como sujeto pasivo.

Así también considero correcto el análisis que se efectuara sobre el informe médico de fs. 11 y la consecuente pericia de fs. 58/59, siendo que entonces el cuerpo del delito ha sido bien descripto, fundado los medios de prueba que se valoraron y en definitiva correctamente efectuada la valoración desde la sana crítica y de acuerdo a la conformación de prueba compuesta, componiéndose legalmente el sistema probatorio (art. 263 inc. 4to. letra a, 226, 151 a 253, 255, 256 y ccdts. de la ley 3589).

Respondo entonces por la negativa.

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

Adhiero, por sus fundamentos al voto que me precede, contestando por la negativa (ley 3589, arts. 67 y ccdst. del C.P. y 119, 166 inc. 2do. y demás citas legales).

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

Seguidamente el recurrente -en lo tocante a cómo se acreditará la

participación del procesado en el hecho descripto- denuncia composición ilegal de la prueba, como asimismo absurdo en la valoración probatoria e inobservancia del principio de favor rei.

Aquí sí he de proponer acompañar el planteo del Sr. Defensor con la consecuente absolución del justiciable. Veamos.

La Sra. Juez A Quo ha dado por acreditada la participación del procesado a fs. 624/627, refiriendo que lo hacía por intermedio de prueba compuesta e indiciaria.

Para ello valoró la declaración de la víctima, de fs. 126/127 y de fs. 8/10.

Sumó diversos indicios (fs. 625 último párrafo) como los emergentes del acta de procedimiento de fs. 2/3 (y de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que la confeccionaron), más el acta de reconocimiento en rueda de personas (del procesado por la víctima).

Y por último cita la declaración indagatoria de T., rechazando su posible valor de descargo. Allí es donde surgen -en mi sentir- una serie de cuestionamientos que conllevan el camino de la revocación.

Es que si bien con anterioridad rechacé por diversos motivos la nulidad de la acusación fiscal por falta de evacuación de citas (de la declaración indagatoria del justiciable), ello no significa que en este estadio -al observar la prueba de cargo y el contenido de aquel descargo- considere que aquella inactividad (y otras, no saneadas hasta esta oportunidad) tenga consecuencias.

Observo que al declarar T. (fs. 98/100) refirió que junto al "Chivo", a J. y D. caminaban por un descampado, siendo atacados a tiros por un grupo de "tres chicos"; que en ese momento se cruza con L. (por la víctima) quien le refiere

que si él tuviera un arma también le dispararía, siendo que L. tenía un arma en la riñonera y no la sacó, siendo que se fueron a tomar una cerveza juntos. A posteriori termina describiendo un acometimiento de D. contra L. (previo sacarle el arma), momentos en que luego D. le dispara a la víctima; negando participación alguna en el delito.

Pues bien, ello no pudo quedar así, desde el punto de vista de un respetuoso proceso legal. Ello porque es manda constitucional nacional (art. 18 de la C.N.) y provincial (arts. 10 y 15) y de las garantías previstas en los pactos internacionales con la misma jerarquía, y que ya estaban también previstos de alguna manera en el -hoy- viejo -pero siempre respetado- "Código Jofré" (ver art. 130 del C.P.P.).

Dicho de otra manera. Existiendo para la época del hecho el rol de juez instructor (hoy abandonado por los procesos acusatorios previstos en este Estado Provincial por las leyes 11.922 y 13.634) , debió llevar adelante el mismo todas las averiguaciones posibles (arts. 98 y 262 ley 3589), y entre ellas sin dudas estaba citar a declaración a las personas mencionadas por el procesado. Los que no tuvieran vinculación con el hecho como testigos (manda establecida por el artículo 144 del C.P.P.), y de lo contrario procurar copias de las investigaciones que se les cursaron.

Inclusive hubiera sido razonable y esperable que se efectuara una diligencia de careo entre la víctima y T. pues las referencias de ambas partes es absolutamente disímil (artículo 7 de la ley 3589). También podría haberse careado a T. con aquellos procesados por ante el fuero de "mayores" (art. 137 del C.P.P.).

Manda el artículo 130 del C.P.P.: "Se permitirá al declarante manifestar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas y demás diligencias que propusiere por sí o por su letrado asistente o defensor, si el Juez las estimare conducentes para la comprobación de las manifestaciones efectuadas"; y obviamente la exculpación efectuada por el justiciable poseía citas pertinentes y útiles pues describió una historia distinta a la de la acusación y aportó nombre y apellido de otros presentes (con el fin de acreditar sus dichos). La omisión -hoy- se vuelve en contra de la acusación (art. 227 del C.P.P.).

Lo expuesto más otras carencias probatorias (como cita la defensa la falta de realización de una pericia comparativa de A.D.N. sobre el material genético existente en el calzoncillo de la víctima), las que no fueron saneadas durante la instrucción, ni en el plenario, conlleva la absolución por el beneficio de la duda, siendo que en mi sentir la participación de T. no se encuentra acreditada con el grado de conocimiento que un pronunciamiento condenatorio requiere.

Nótese que pese al transcurso del alongado tiempo desde la ocurrencia del hecho, todo la prueba producida fue el acta de procedimiento inicial, unas pocas testimoniales (de la víctima y personal policial actuante), pericia medica, una diligencia de reconocimiento en rueda de personas, y una pericia mental en el damnificado; y empeora las cosas la falta de evacuación de citas del justiciable ante una versión exculpatoria ensayada.

Lamentablemente ante un caso de semejante gravedad, arribar a un veredicto absolutorio por aplicación del beneficio de la duda, cuando existían numerosas diligencias para haber llevado adelante, aparece como disvalioso. Tanto el

derecho de la víctima de haber recibido -al menos- una investigación decorosa, y del propio imputado que ni siquiera logró que se convocara a aquellas personas que podían acreditar su hipótesis de descargo; hubieran requerido otras actividades por parte de quienes llevaron adelante esas actividades y la acusación.

Por todo lo expuesto respondo por la negativa.

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

Adhiero, por sus fundamentos, al voto que precede, respondiendo también por la negativa (ley 3589 y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA SEPTIMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE:

Atento el resultado que precede corresponde declarar admisible el remedio interpuesto, haciendo lugar al mismo y absolviendo de culpa y cargo al procesado por aplicación del beneficio de la duda en lo tocante a su participación (arts. 431 y ccdts. de la ley 3589 y 168 y 171 de la C. Prov.). Así lo voto.

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

Adhiero al sufragio precedente, con esos alcances (mismas citas legales). Con lo que terminó este acuerdo que firman los Sres. Jueces partícipes.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, 14 de Febrero de 2020.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede que es no es justo el auto recurrido.

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE**: declarar admisible el remedio interpuesto, haciendo lugar al mismo y **ABSOLVER** de culpa y cargo al procesado por aplicación del beneficio de la duda en lo tocante a su participación (arts. 431 y ccdts. de la ley 3589 y 168 y 171 de la C. Prov.).
Notificar. Hecho, devolverla al Juzgado de origen.