

**IPP 10189/I**

**Número de Orden:40**

**Libro de Sentencias nro. 06**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los tres **días del mes de octubre del año dos mil doce**, 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: **Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (artículo 440 del CPP)**, para resolver en la **I.P.P. nro. 10.189/I** caratulada: **"S., N. A. por robo calificado en Bahía Blanca"** y practicado el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el orden: **Barbieri y Soumoulou**, procediendo los mencionados Magistrados al estudio de 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 O N**

**A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal -Dra. Leila Violeta Scavarda a fs. 148/149- contra la resolución dictada por la Sra. Jueza de Garantías -Dra. Susana Calcinelli a fs. 136/138- por la que resolvió sobreseer a N. A. S. por el delito de robo calificado por el uso de arma -en los términos del art. 166 inc. 2 párrafo tercero del Código Penal- al considerar que no surgen de las constancias de la causa elementos suficientes que permitan imputar la autoría del ilícito enrostrado.

Se agravia la Sra. Agente Fiscal por entender que la valoración realizada por la Magistrada ha sido errónea; critica principalmente el parámetro de convicción utilizado por la Jueza, entendiendo que en esta etapa procesal

sólo debe meritarse la existencia de una probabilidad positiva y que la Magistrada habría decidido a la luz de "un grado de convicción sobre inocencia o culpabilidad" propio de la etapa de debate.

Sostiene que lo que la Dra. Calcinelli ha invocado como duda, es solamente una interpretación distinta de las mismas pruebas valoradas por el Ministerio Público Fiscal y que su existencia no justifica el dictado del sobreseimiento, por cuanto los supuestos que conllevarían a esa decisión "requieren una certeza negativa en la convicción del juzgador" sobre la existencia del hecho o sobre la participación del imputado. Considera que la duda es un juicio de probabilidad -tanto positivo como negativo- que sólo es invocable en el debate oral.

En este orden de ideas recapitula su valoración sobre las pruebas reunidas, a fin de justificar en qué manera yerra el órgano de Garantías; destaca que la testigo que reconoció al imputado en un álbum de fotos había referido al momento de su denuncia que estaba en condiciones de señalar al autor del hecho; que su agresor se sacó el casco al momento de la sustracción, lo que justificaría esa posibilidad; y que al serle preguntado, expresó que no poseía ninguna tonalidad particular en su forma de hablar, lo que sería coincidente con la persona de Saavedra ya que es oriundo de esta ciudad.

A fs. 162/163 el Sr. Fiscal General Adjunto mantuvo el recurso interpuesto, reiterando los argumentos expuestos por la Sra. Agente Fiscal en lo que hace a la necesidad de contar con un grado de certeza, o alto grado de probabilidad, de que el imputado no cometió el hecho como requisito para que proceda el sobreseimiento.

Agrega, respecto a la causal de sobreseimiento normada en el art. 323 inc. 6to. del C.P.P., que lo afirmado por la Jueza respecto a que puede presumirse que no se incorporarán nuevos elementos de cargo, constituye una apreciación dogmática carente de sustento.

Analizadas las constancias de la causa, la resolución en

crisis y los agravios expresados por el Ministerio Público, debo anticipar que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada. Sin embargo, me distanciaré de algunos de los argumentos brindados por la Sra. Jueza de Garantías.

Los agravios del Ministerio Público Fiscal se centran principalmente -y de forma general- en cuál es el grado de convicción exigido por el Código Procesal para dictar la solución conclusiva del sobreseimiento; en lo particular hace mención a la valoración de los elementos de convicción realizada por la jueza A Quo, a la luz de los baremos que el recurrente entiende establece el Código de Rito en su art. 323.

En este sentido, considero que la valoración de los medios de convicción efectuada por la Dra. Calcinelli no ha sido ni arbitraria ni caprichosa, y que su resolución ha contado con una fundamentación explícita respecto a qué entidad le otorgaba a cada una de la pruebas reunidas.

En lo que hace a la identificación del autor del hecho se cuenta en autos con la descripción realizada por la víctima -I. D. S.- al momento de denunciar el ilícito (fs. 5 y vta.); la realizada por su madre, que estaba junto a ella el día del hecho, en su declaración testimonial (fs. 8 y vta.), y con el resultado de la diligencia de exhibición de fotografías de personas registradas en el Sistema de Investigación Criminalística de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As., que luce a fs. 25 y vta.

En ese acto, la denunciante identificó a una de las personas cuya fotografía se le exhibió, como quien bajara de la moto y le sustrajera su cartera y la de su progenitora, resultando ser "el sindicado" N. A. S.. Su madre, G. M. G., quien no concurrió a las dos primeras exhibiciones de fotografías que se realizaron (fs. 27 y 40) expresó a fs. 48 -y contradiciendo los alcances de su primer declaración- que no se encontraba en condiciones de reconocer a persona alguna ya sea en forma personal o por imágenes.

Atento el resultado obtenido en la diligencia descripta, y

habiéndose orientado la investigación hacia la posible autoría de N. S., se dispuso la realización de un reconocimiento en rueda de personas. Sin embargo -a pesar de haberse intentando dicha medida en dos oportunidades (fs. 61 y 70)- la diligencia no pudo llevarse a cabo por reiteradas incomparecencias de la testigo-víctima. Debe destacarse que en ambas oportunidades se encontraba presente el imputado.

Que conforme surge de fs. 70, la madre de la denunciante habría puesto en conocimiento de la autoridad policial que su hija no iba a presentarse a la diligencia por poseer problemas de salud, ya que padecía problemas neurológicos desde hacía 15 años a la fecha. No obra en autos ningún tipo de certificado médico que acredite ese padecimiento, ni ninguna otra declaración testimonial que permita una mejor comprensión del tipo de patología que padecería la víctima o que demuestre la veracidad de la justificación expresada. Sin embargo parece un extremo de importancia que debió ser debidamente indagado, máxime desde el momento que era la "única" persona con posibilidades de señalar al presunto autor.

Por último, entiendo relevante destacar que se llevó a cabo un allanamiento en la casa del imputado a fin de buscar elementos vinculados con el ilícito, el que dio resultado negativo (fs. 78/78 vta.).

Valorados armónicamente lo que surge de los elementos de convicción reseñados, considero que los mismos no son suficientes como para tener por acreditada a esta altura -y con el grado de probabilidad requerido por el art. 337 en relación con el art. 157 del C.P.P.- la participación de N. S. en el hecho investigado. Considero que es insuficiente la fuerza convictiva que emana de los dos únicos elementos que -en última instancia- podrían valorarse a esos fines.

En primer término considero que, si bien la denunciante brindó un descripción de la persona que la atacó que posee una cierta precisión en las características que aporta, resulta insuficiente para identificar (con cierto grado de seguridad) a una persona determinada, máxime en ausencia de otros medios de convicción que la objetiven.

En esa declaración no se han brindado rasgos particulares como para permitir la identificación de una persona concreta. Los datos aportados son precisos, pero -sin embargo- genéricos y por lo tanto relativamente equívocos. Si bien la descripción excluye a muchas personas cuyas características físicas no concordarían con las enunciadas, permitiría también incluir a una gran cantidad de ciudadanos que pudieran poseer características físicas similares a las expresadas.

Asimismo, en relación con lo expresado precedentemente respecto a lo genérico de las características físicas brindadas, considero que la identificación realizada a través de álbumes de fotografías resulta insuficiente para tener por acreditada -con un grado de probabilidad positiva- y con ese único elemento, la participación del encartado en el hecho.

Es que este tipo de medidas, sumamente útiles para llevar adelante una investigación en la que no se poseen datos sobre la identidad de los responsables, requieren de otras diligencias de prueba que apuntalen y refuercen la convicción que de ellas emana. Ante una descripción un tanto genérica de las características de un sospechoso, la posterior identificación de una persona -que como muchas otras pueda ser incluida como poseedora de esas características-, entre diversas fotografías observadas, no permite por si sola considerar razonablemente que el sujeto señalado sea el presunto responsable. De allí que se lo considere sólo un medio de investigación, y no de convicción; es válido por ende para encaminar la pesquisa, no para ser valorado al momento del dictado de un auto de mérito como es el auto de elevación a juicio.

En este sentido la Sala II del Tribunal de Casación Provincial ha expresado que *"...el procedimiento que ahora se impugna relativo al reconocimiento fotográfico constituye un recurso útil para la policía en la tarea de prevenir y colaborar en el esclarecimiento de delitos donde todavía se ignora la identidad de los posibles autores y, antes que medios de prueba, constituyen más bien actos introductorios informativos y orientativos de la investigación, como sucedió en el*

*presente caso donde el primer reconocimiento mediante la exhibición de fotografías fue convalidado por el reconocimiento en rueda posterior y el efectuado al momento del debate..." (T.C.P.B.A., Sala II, Causa Nº 20.128, del 24/07/2008).*

Justamente la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, por sus características, es la medida adecuada para reforzar el grado de convicción y la calidad de la verdad de esa identificación, y siguiendo para ello las formalidades que el legislador provincial previó en los artículos 259 a 262 del C.P.P.. Así, efectuado refuerza la convicción que emana de una identificación, ya que exige de la víctima el poder señalar al presunto culpable entre otras personas que posean características físicas genéricas similares. Este tipo de requisitos apuntala la fuerza y la credibilidad de la identificación y tiende a eliminar posibles confusiones entre personas que posean parecidos físicos. Por otro lado permite hacer efectivas garantías del imputado, tendientes a reducir una posible sindicación arbitraria.

De allí la posibilidad de interrogatorio previo de quien debe reconocer, la pregunta dirigida a si lo volvió a ver -a quien va a reconocer- por algún medio después del hecho, la necesidad de notificación a la contraparte con un plazo determinado, etc.

En estos autos se ha intentado llevar a cabo una medida de estas características en dos oportunidades y el imputado voluntariamente se presentó en las dos fechas establecidas. Sin embargo, la víctima no concurrió a las diligencias dispuestas. Esta circunstancia impide considerar que el primigenio reconocimiento, ante la exhibición de variadas fotografías, posea una fuerza convictiva tal como para considerar -con un alto grado de probabilidad y en forma huérfana- que N. S. sea efectivamente la persona que habría participado en el ilícito.

Máxime cuando no se ha intentado por parte del Ministerio Público Fiscal tomar nuevamente contacto personal con la denunciante para que justifique debidamente su incomparecencia o para intentar llevar a cabo en forma efectiva esta medida probatoria que en estos obrados se volvía dirimente.

A esto debe adicionarse que el imputado explicó en su declaración que el día del hecho, y al horario en que éste habría sucedido, se encontraba en su casa junto a dos amigos, a quienes identificó como S. B., quien se domiciliaría en calle Tierra del Fuego al 3500, y como M. -de quien no recordaba el apellido- que se domiciliaría en calle Plunket al 1000 (fs. 93/94).

Si bien la Fiscalía realizó tareas tendientes a recibirle declaración a estas personas, no pudo dar con el paradero del primero aunque sí con el del segundo, de quien se pudo determinar un domicilio concreto. Sin embargo a éste último no se le pudo recibir declaración testimonial, en tanto no concurrió a ninguna de las tres audiencias dispuestas. Debe destacarse que, si bien en dos de las tres oportunidades la autoridad se contactó con personas que dijeron conocerlo o ser sus parientes, ninguna de las audiencias le fueron notificadas al testigo personalmente (fs. 118, 120). Incluso el primer intento de notificación que luce en estos autos fue realizado aproximadamente siete meses después de la declaración del imputado.

Analizado el cuadro probatorio descripto, considero -en coincidencia con lo expresado por la Jueza de Primera Instancia- que no existen en autos elementos de convicción suficientes como para sostener, con el grado de probabilidad requerido para elevar la causa a juicio, que el procesado haya participado en el hecho materia de acusación. Sin embargo, no concuerdo con ella en su afirmación respecto a que los plazos de la investigación no se encontrarían vencidos, ni en la adecuación normativa que realiza del caso, a pesar de que arribaré a una solución que posee una consecuencia jurídica similar.

Tal como se ha resuelto en esta Sala en la causa n° 9899/I caratulada "*García Claudio Daniel por defraudación del derecho de propiedad intelectual en Bahía Blanca*" (rta. el 31/05/2012) y con el fin de justificar debidamente los efectos de la presente resolución, debo aclarar 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 la 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 que 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 conocido por 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.

Es a la luz de las pautas de valoración establecidas por el legislador, que entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción



suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la autoría de S. en el hecho materia de acusación (art. 209, 210 C.P.P.). Sin embargo, considero que la situación no ha de encuadrarse en lo dispuesto por el art. 323 inc. 4to. del Código de Forma como causal de sobreseimiento, en tanto no puede sostenerse que exista prueba suficiente para considerar (con grado de "certeza") que el imputado no ha sido autor del delito.

Ahora bien, a pesar de lo referido en relación al inc. 4to. del art. 323 del C.P.P., entiendo que nos encontramos ante un supuesto encuadrable en la causal de sobreseimiento normada en el inc. 6to. de ese artículo, la que 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 imputado 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.

La situación procesal de S. se corresponde -prima facie- con lo dispuesto en ese inciso 6to. que expresamente prescribe esta falta de elementos suficientes como para pasar a la próxima etapa (carencia de probabilidad positiva, contracara del art. 157), siendo uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

El inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida. El primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que se da en esta causa; S. prestó declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. el día 4 de noviembre de 2010 y la requisitoria de elevación a juicio fue presentada en fecha 24 de noviembre de 2011, por lo que entre esos actos han transcurrido los plazos previsto por el art. 282 del Código de Rito.

El otro requisito exigido por el art. 323 inc. 6to. es que no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo.

En este sentido debe destacarse que no existe en autos ningún elemento aportado por el Ministerio Público Fiscal que permita considerar -con base objetiva en las constancias de la causa- a la luz de la sana crítica racional, que en un futuro pudieran incorporarse nuevos elementos de cargo -y diferentes de los ya colectados-. Sólo podría existir reiteración de medidas de prueba intentadas en la investigación que no pudieron en última instancia llevarse a cabo, por diversas circunstancias. Sin embargo esa producción, pudo haberse generado de haber agotado el Ministerio Público Fiscal todas las posibilidades para su realización e intentado sortear las dificultades que conllevaba su producción (por ejemplo utilizar el auxilio de la fuerza pública para llevar a la víctima a los reconocimientos). Lo que está claro que esa mengua de conocimiento no puede ser interpretada en contra de S..

Es decir, a partir de los elementos obrantes en autos, considero que no puede -en forma racional- extraerse una proyección sobre la incorporación de nueva prueba que permita variar el actual grado de convicción generado por los medios ya adjuntados, que -como se explicó- no permite considerar, con el grado de probabilidad positiva exigido por el art. 337 del C.P.P., que N. S. haya participado del delito que le imputa el Ministerio Público Fiscal.

En virtud de los argumentos desarrollados en este resolutorio, considero que, encontrándose vencidos los plazos de la I.P.P., no existen elementos suficientes para considerar que el imputado resulte autor penalmente responsable del hecho que se le imputa (arts. 336, 337 y 157 del C.P.P.) y, no existiendo elementos objetivos que permitan razonablemente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo que pudieran hacer variar esta situación, corresponde rechazar la apelación deducida y mantener el sobreseimiento del nombrado (art. 323 inc. 6 del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero al voto del doctor Barbieri, votando en los mismos términos que lo hace precedentemente.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar el auto recurrido de fs. 136/138 de la presente causa.

**A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero al voto del doctor Barbieri, votando en los mismos términos que lo hace precedentemente.

***Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.***

**RESOLUCION**

***Bahía Blanca, octubre 03 de 2012.***

***Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: que es justa la resolución apelada de fs. 136/138.***

***Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: SE RECHAZA el recurso de apelación interpuesto por la señora Agente Fiscal -Dra. Leila Scavarda-, CONFIRMÁNDOSE en todas sus partes el auto de fs. 136/138 de estos obrados, con los alcances y adecuación normativa destacados.***

***Notificar.***

***Fecho, remitir a la instancia de origen a sus efectos.***