

Expediente IPP. once mil quinientos cuatro.

Número de Orden:206

Libro de Interlocutoria nro.:15

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los cinco días del mes de junio del año dos mil trece**, 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 Código Procesal Penal), para dictar resolución interlocutoria en **la I.P.P. nro. 11.504/I caratulada "T. J. R.. Robo agravado (en relación al artículo 163) (Reiterados). Robo agravado (por el empleo de arma). Víctima o denunciante: C. W. C."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores Soumoulou y Barbieri (art. 440 del C.P.P.), resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) Es justa la resolución apelada de fs. 23/26 ?
- 3) Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: La señora Defensora Particular, Dra. Bárbara Sager, interpone recurso de apelación a fs. 1/6, contra la resolución de fs. 23/26, por la cual la señora Juez de Garantías -Doctora Susana Calcinelli-, ordena la prisión preventiva del procesado T..

Que en la impugnación, oportunamente interpuesta, la defensa técnica solicita la nulidad de la resolución en crisis, al no haberse fundado debidamente la materialidad ilícita. Según su opinión, la Magistrada de Grado sólo ha hecho una simple enumeración de los elementos convictivos colectados en autos, sin

realizar el más mínimo análisis crítico de dicho material probatorio. En esa misma línea de agravios se manifiesta la doctora respecto al extremo autoral, enderezando su crítica en que la simple mención de la prueba agregada por la instrucción no es suficiente para satisfacer el requisito de la motivación del acto jurisdiccional.

Sin perjuicio de la nulidad planteada, considera la recurrente que la señora Juez A-Quo incurre en arbitrariedad, al fundar dicho tópico procesal en los reconocimientos fotográficos instrumentados en autos, desde que los mismos resultan insuficientes para probar con el grado de "certeza positiva" que requiere la instancia, la autoría penalmente responsable de su asistido, atento que en ellos, uno de los testigos confunde a T. con la persona "más joven" que habría participado en la comisión del ilícito, en tanto que el denunciante C. no pudo identificar a ninguno de los integrantes de dicha diligencia.

Finalmente, la defensa refiere que en autos no se han acreditado los riesgos procesales como para mantener la medida coercitiva, tal como lo prevé el artículo 157 inciso 4to. del Código Procesal Penal, ya que la pena en expectativa como único factor objetivamente indicativo de la verificación del peligro procesal no alcanza para fundar dicho tópico.

Ahora bien. No advierto que el auto en crisis carezca de la debida fundamentación, desde que la señora Juez de Garantías ofrece en el pronunciamiento las razones (que se podrán o no compartir) que la llevaron a rechazar la petición defensiva, las que, por otra parte, tampoco resultan arbitrarias como lo pretende esa parte (art. 106 del Rito y 168 y 171 de la Constitución Provincial).

En efecto, al describir el hecho, en el primer apartado del considerando del auto de fs. 23/26, la Doctora Calcinelli detalla las circunstancias de tiempo y lugar en que se perpetrara el ilícito, no advirtiéndose que hubiera efectuado un inadecuado tratamiento de los tópicos procesales de rigor en oportunidad de dictar ese pronunciamiento. La conclusión del auto interlocutorio ha sido fundado en los hechos y conductas que no dejaron de relatarse, y además en las normas jurídicas que se vincularon al respecto.

Si a ello quisiera agregarse, como se estima cabe hacerlo, un análisis acerca de la motivación, entendida ella como la cualidad a partir de la cual se brindan razones lógicas que justifican los corolarios que se dejan asentados, bien podrá advertirse que, en este caso, se ha mencionado él o los medios de acreditación de los que se extrajeron las conclusiones.

Concuero con la Casación Provincial (si bien allí se lo resolvió con respecto a un fallo definitivo pero resultando la doctrina plenamente aplicable a estos obrados) que el fallo definitivo es un "todo inescindible" y que mantiene su validez, en aquellos casos en que: no dificulte su comprensión general, posibilite la crítica recursiva y no haya omitido el tratamiento de aspectos esenciales (T.C.P.B.A., Sala II, causa 23.640 de fecha 12/2/08; en sentido similar Sala III en causa 19.109 de fecha 24/4/09).

También la doctrina sobre el tema tiene dicho que *"...debemos ser categóricos: la nulidad nunca debe declararse meramente a favor de la ley (para proteger requisitos normativos en abstracto) sino siempre para la custodia de un interés concreto que ha sido dañado y que guarda estrecha relación con las garantías constitucionales establecidas para resguardo de los derechos fundamentales del hombre..."*(Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Héctor Granillo Fernández- Gustavo Herbel. Ed. La Ley. Tomo 1. Pag. 581/582. La Ley 2009).

En el caso de autos, y conforme lo señalado precedentemente, me lleva a concluir que el fallo de la Sra. Juez A-Quo, goza de todas las garantías antedichas, habiendo expuesto, tanto en la materialidad delictiva como en la autoría, las razones más que suficientes como para que resista cualquier embate dirigido a cuestionar su falta de fundamentación.

La resolución entonces, se halla con la debida argumentación (artículo 106 y conchs. del CPP y 168 y 171 de la Constitución Provincial), la que permite entender la motivación del mismo y ejercitar el derecho recursivo de la parte, y siendo la nulidad un remedio excepcional, corresponde su rechazo sin más trámite (art.3º del CPP).

Sin perjuicio de lo anterior, voy a acompañar a la defensa en su petición subsidiaria pues, en mi parecer, no se encuentra debidamente acreditada la autoría penalmente responsable del encausado T. en el hecho que se le imputa, por lo que analizados los planteos de la parte y las constancias existentes en la causa principal Nro. 02-00-005787-13 -que tengo a la vista-, entiendo que el decisorio en crisis debe ser revocado.

En efecto, tengo para mi que, con los elementos colectados en la presente investigación, no se encuentra acreditado, con el grado de probabilidad positiva requerido por la ley procesal para la presente etapa, el extremo autoral previsto por el inciso 3º del artículo 157 del C.P.P.-

Así las cosas, la indicación sobre la participación de T. en el hecho se inicia con la declaración del Subcomisario J. P. R., quien a fs. 24 de los autos principales pone de manifiesto que se sospecha de su intervención, a partir de haber sido aprehendido junto al menor M. F., por la presunta comisión de otro ilícito cometido en calle Di Sarli nro. - de esta ciudad.

Concluye dicho instructor policial requiriendo, salvo más elevado criterio, se lleve a cabo una diligencia de reconocimiento en rueda de personas, integrada con los sospechados identificados y las víctimas W. C. C., S. F. M. y N. S..

A fin de poder cumplir con tal medida y una vez ubicado el domicilio del prevenido a fs. 26, el señor Agente Fiscal, doctor Eduardo Alberto Quirós dispone su realización y supletoriamente en caso de que no se presenten, no sean habidas o se nieguen a la realización los encausados, se practique un reconocimiento en rueda de fotografías, conforme lo prescriben los arts. 257 y 361 del C.P.P.

Como se aprecia a fs. 36, tal diligencia fue personalmente notificada al aludido T. y ante su simple incomparecencia se decide llevar a cabo las identificaciones fotográficas supletorias (ver fs. 54, 55, 56, 57, 58 y 59) entre las cuales, N. S. si bien manifiesta reconocer a T. como el que describiera anteriormente, refiriendo que: *"... es el que más se parece..."* (fs. 54), en tanto que S. F. M. identifica al procesado como *"... el que parecía que era menor..."* (fs.56), los que son señalados

por la señora Juez A-quo como elementos de juicio suficientes para el dictado de la medida cautelar aquí recurrida.-

Una vez "reconocido" entonces T. como una de las personas que despojara a las víctimas, ante el pedido Fiscal de fs. 61/62, la doctora Calcinelli ordena la detención del mismo, librando una orden de allanamiento para el domicilio de calle Manuel Molina nro. - a tal fin y a efectos de proceder al secuestro de los bienes denunciados como sustraídos (fs. 64/68), arrojando dicha medida resultado negativo (fs. 72), por lo que ante el dato de una nueva morada donde se encontraría en imputado (fs. 76) se expide una nueva orden (fs. 78/79) donde se efectiviza finalmente su detención (fs. 83). -

Ahora bien. La mera indicación, en las distintas actas donde se instrumentaran los reconocimientos llevados adelante por la instrucción, sobre la incomparecencia del justiciable a pesar que constaba que T. había sido formalmente notificado a fs. 36, no habilitaba sin más la realización de las diligencias fotográficas que subsidiariamente se concretaran con posterioridad.

De acuerdo a las pautas que establece el art. 259 del C.P.P., considero que encontrándose hallable el presunto autor del hecho y que debe participar del reconocimiento- su comparecencia al acto no es voluntaria, a diferencia de su participación personal en la rueda, debiendo en caso de que no concurra trasladárselo compulsivamente al lugar donde se lleva adelante el acto a fin de que, con todas las condiciones y garantías necesarias, contando con el debido asesoramiento y haciéndosele saber las consecuencias de su negativa, el involucrado decida si participa o no de la diligencia de prueba.

Así en el caso, faltaba el presupuesto que permitía efectuar el reconocimiento en la forma subsidiaria prevista por el artículo 261 del C.P.P.-

En la I.P.P. nº 9805/I este Cuerpo dijo: "En ese sentido Eduardo M. Jauchen, ha escrito que: *"...el reconocimiento por fotografía es así, subsidiario, sólo es procedente cuando la persona no esté presente, no bastando su simple ausencia, sino que, además, se requiere que en ese caso sea imposible de conseguir su presencia. Si la persona está presente, o estando ausente pudiera ser fácilmente lograda su presencia, el*

reconocimiento por fotografías es nulo si se trata de la persona del imputado, en razón de que se soslaya su participación personal en el acto, lo cual importa una inobservancia de las formas relativas a la intervención del imputado en el proceso, perjudicando así su derecho a elegir su colocación en la rueda de personas y efectuar todas las observaciones e impugnaciones que estime convenientes, como también las de verificar la semejanza de quienes integran la rueda..." (Tratado de la Prueba en materia Penal, Edit. Rubinzal-Culzoni, Jauchen, página 480).

En similar sentido: *"...El reconocimiento por fotografía constituye un medio de prueba de carácter subsidiario, sólo practicable frente al caso de que el sujeto a identificar no pueda ser sometido personalmente a dicho acto, sea porque se encuentre prófugo o se ignore su domicilio o paradero, e inclusive cuando, a pesar de haber sido localizado, medie la imposibilidad material de que comparezca al lugar del acto (v.gr. por razón de enfermedad o por encontrarse en el exterior). Pero no es suficiente la simple ausencia del sujeto pasivo. Si se trata de la persona del imputado que está presente o puede ser habido, el reconocimiento impropio se halla afectado de nulidad absoluta, por cuanto ello implica la inobservancia de una disposición que concierne a la intervención de aquél (C.P.P.N., art. 167, inc. 3), a quien en tal caso se lo priva del derecho de elegir su lugar en la rueda y de formular observaciones acerca de la semejanza de las personas que la integran..." (Palacio, Lino, "La prueba en el proceso penal", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2000).*

Asimismo: *"... También procede el reconocimiento fotográfico cuando se quiere realizar el acto respecto de una persona que no está presente y no puede ser traída, en cuyo caso, se exhibirán varias fotografías de otras personas conjuntamente con la de la persona a reconocer, y se actuará conforme a las reglas sentadas en los artículos anteriores..." (Washington Ávalos, Raúl, Derecho Procesal Penal, p.531, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993); "...Se requiere que el individuo a identificar no pueda ser sometido personalmente al reconocimiento. Esto ocurrirá cuando se halle prófugo o se ignore su paradero o domicilio, o, habiendo sido localizado, no esté en condiciones de concurrir al lugar del acto. No basta la simple ausencia..." (Cafferata Nores, José. La Prueba en el Proceso Penal, p.134, Lexis Nexis, Bs. As, 2001).*

Igualmente en jurisprudencia, coincidentemente con lo expuesto por los autores, se ha resuelto: *"...Deberá declararse la nulidad del reconocimiento fotográfico del imputado y revocar su procesamiento, pues se han violado derechos fundamentales de él, esto es, el control de un acto que era en sí irreproducible, arts. 167 y 168 C.P.P. Claramente dispone el art. 274, C.P.P., que el reconocimiento fotográfico sólo procede para los casos en que la persona a reconocer no estuviere presente o no pudiese ser habida..." (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala I, "Lezcano, Ramón A", 19/6/1997); "...Es nulo el reconocimiento fotográfico cuando existe la*

posibilidad de que los imputados fueran hallados, por cuanto formaban parte de una dependencia policial, pues esta medida probatoria sólo procede para los casos en que la persona a reconocer no se encuentre presente o no pueda ser habida (art. 270 CPP). El carácter irreproducible del acto importa la vulneración del derecho de defensa..." (C.N.C.C., Sala I, "Borgo, Jorge Oscar", de fecha 16/10/2001).

Más allá de no haberse realizado el comparendo compulsivo de T. en su oportunidad, hubiese resultado igualmente útil para la causa la concreción posterior del reconocimiento en rueda del art. 259 del Código de Forma de este Estado, por resultar más certero y fidedigno que la diligencia subsidiaria y respetuoso a su vez de las reglas del debido proceso adjetivo y del derecho de defensa en juicio (arts. 18 C.N., 10 y 15 de la Provincial y 1 y ccmts. del Rito); especialmente en el caso de marras, donde los testigos S. y M. no resultan contundentes en sus respectivos señalamientos.-

Sin llegar a la exclusión probatoria de los reconocimientos en cuestión, y por las características que presentan los mismos, no generan en mi sentir la convicción suficiente para acreditar en base a esos únicos medios cargos la intervención del encausado en el hecho en análisis (arts. 209 y 210 del C.P.P.).

Me explico. Nos encontramos ante un plexo probatorio respecto a la autoría del ilícito conformado exclusivamente por los relatos de las nombradas, cobrando de esa manera una importancia decisiva la valoración que se realiza del reconocimiento de las personas involucradas. En ese sentido -a mi entender- no ha quedado debidamente aclarado si efectivamente puede afirmarse que el imputado es una de las tres personas que los testigos vieron dentro del domicilio de calle Darregueira nro. - y cuáles son las razones objetivas o las características físicas que les permiten sostener esa afirmación (con aplicación de las reglas de la sana crítica, art. 210 del C.P.P.).

Es que al realizarse la rueda de reconocimiento por fotografías, efectuada de manera suplementaria conforme lo antes explicitado, la aludida S., previo describir al único sujeto que pudo observar al momento del hecho, al que señala como portando un gorro y una peluca arriba de éste (complementos éstos

unicamente advertidos por ella) manifiesta que reconoce al ubicado en tercer lugar no haciéndolo certeramente ya que refiere que *"... es el que mas se parece..."*. Dificultad ésta que por otra parte se condice con lo que la propia testigo formula a fs. 107 cuando expone que el malhechor *"...en todo momento les refería que no lo miren..."* y que *"...de las otras dos personas no puede dar ninguna característica fisonómica ni de vestimenta..."*.

Si bien la foto que señaló fue la del imputado T., a mi entender, dicho reconocimiento se encuentra lejos de ser categórico, por lo que impide otorgar a esa diligencia una fuerza convictiva tal como para considerar acreditada -con el grado de probabilidad requerido- la autoría en cabeza del imputado.

Similar conclusión se puede arribar respecto a la identificación que realiza M. (fs. 56) al reconocer a T. como el que le *"... parecía que era menor..."* cuando la fisonomía de la fotografía obrante a fs. 46 dista en mucho de ser un "nenito", tal como ella lo refiere en su descripción preliminar.

Debo agregar, en lo que hace a la fuerza de convicción que posee el reconocimiento realizado por fotografías, que, a mi entender, este tipo de reconocimientos posee una menor fuerza convictiva que el reconocimiento realizado por rueda de personas, ya que este último permite al testigo observar otras características además de su rostro, que podrían ser decisivas a los efectos de apreciar similitudes y diferencias con las personas que se procura identificar a través de ese medio.

Y precisamente es que no puedo dejar de valorar que en autos no existen otros medios de convicción como para mantener el dictado de la cautelar, puesto que el reconocimiento cumplido por C. a fs. 55 arrojó resultado negativo, no se efectuó la identificación en rueda de personas una vez habido T., no se le secuestraron efectos que lo relacionen con el hecho imputado (fs. 72) y la única diligencia pericial practicada con la que se pretendía corroborar su presencia en el lugar también careció de valor identificativo (ver fs. 125).

Lo dicho es sin perjuicio de afirmar, contrariamente con lo

sostenido por la defensa, que no se requiere para ordenar la medida de coerción impuesta un grado de certeza positiva sino el de probabilidad positiva atento la etapa en que se encuentra actualmente la investigación.

Que conforme los fundamentos dados, y no existiendo medios de convicción suficientes como para mantener la medida cautelar decretada por la instancia de grado (art. 157 inc. 3ero. del Rito) propongo al acuerdo revocar la prisión preventiva que viene apelada.

Así lo Voto.

El señor Juez doctor Barbieri por iguales fundamentos sufragó en el mismo sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar la resolución apelada de fs. 23/26 y ordenar la inmediata libertad del justiciable en esta causa.

Así lo voto.

El señor Juez doctor Barbieri votó en el mismo sentido.-

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

RESOLUCION

Bahía Blanca, junio 5 de 2.013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: Que no es justa la resolución apelada de fs. 23/26 (arts. 164, 210, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede SE **RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de apelación** interpuesto a fs. 1/6 por la señora Defensora Particular -Dra. Bárbaras Sager- y en consecuencia **REVOCAR la resolución apelada de fs. 23/26, ordenando la inmediata libertad (en esta causa) de J. R. T.** (artículos 157 inc. 3ero. a contrario sensu, 164, 210, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Atento lo expuesto remítase sin más trámite esta incidencia y la causa principal al Juzgado de Gtías. actuante para que haga efectiva la medida (previa constatación de que no existan anotaciones a disposición de otros organismos Jurisdiccionales) y donde deberá anoticiarse al justiciable, cumpliendo con las restantes notificaciones de rigor.