

Expediente I.P.P. catorce mil doscientos dos.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de Marzo del año dos mil diecinueve, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca Doctores Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), para resolver en la **I.P.P. nro. 14.202/I** del registro de este Cuerpo caratulada "**F.,H. s/ homicidio culposo**", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Resulta admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es justo el fallo condenatorio puesto en crisis?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 720/742 y vta., la Sra. Jueza desinsaculada para intervenir en esta causa como responsable del Juzgado en lo Correccional nro. 1 con sede en Tres Arroyos -Dra. Verónica Vidal-, condenó luego de la celebración del debate oral a H.E.F. por la comisión del delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un automotor, interponiendo (fs. 747/767 y vta.) recurso de apelación el Sr. Defensor Particular -Dr. Juan Pablo Borioni; ello acaeció en debido tiempo.

En cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de los motivos que lo agravan, al denunciar arbitraria valoración de la prueba en lo que hace a la

materialidad ilícita y responsabilidad del justiciable en el resultado lesivo. Cuestiona a su vez las agravantes computadas. Por último, critica la ausencia de tratamiento como atenuante -por parte de la jueza-, de la "pena natural" sufrida por el imputado.

Por ello resulta admisible.

Voto entonces, por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufragio en el mismo sentido (arts. 168 y 171 de la C. Prov. y 371, 371 ccdts. del Rito).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DICE: Como lo adelantara, en primer término se agravia por considerar que erróneamente se ha excluido la posible responsabilidad del conductor del colectivo, ello como consecuencia de "...una incompleta acusación por parte del Señor representante del Ministerio Público Fiscal..." y "...haciendo caso omiso la Sra. jueza a quo del pedido formulado por el particular damnificado...", peticionando que se "...mande a investigar correctamente el accionar delictivo del conductor del colectivo...".

Como segundo agravio, cuestiona que la jueza haya incorporado a su razonamiento la conclusión de que el imputado tenía al momento del hecho un graduación de alcoholemia de 0,90 a 1,15 grp/l, cuando el resultado del examen químico dio un resultado de 0,40 grp/l; ello a partir de una formula matemática "...de la cual se desconocen los elementos utilizados para llegar a un resultado...". Considera también erróneo que se haya valorado que el justiciable declarara que "...había consumido previo al hecho una o dos cervezas...".

Critica, también que se haya afirmado que la moto de su asistido circulaba sin luces, por entender que ello no fue acreditado, debido que el faro que se secuestró nunca fue peritado; también discute que se afirme -en la resolución- que la moto revestía el carácter de embistente, cuando de las pericias surge todo lo contrario, al adjudicarse ello al rodado mayor.

Objeta el valor probatorio que le adjudicó al testimonio de D.U. dado que "...se limita a dar una clara opinión personal acerca de su compañero de trabajo, la cual se encuentra teñida de una subjetividad manifiesta...", siendo que él no vio como ocurrió el accidente porque venía durmiendo por lo que "...nada puede aportar a efectos del hecho que se ventila en autos...".

Critica, asimismo que haya restado valor a lo declarado por L. y P., que resultan ser testigos sin vinculación con ninguna de las partes, que presenciaron el accidente, y de cuyas declaraciones surgiría "...que el conducta del colectivo violó la señal lumínica, que le impedía avanzar, lo que demuestra que existió una violación al deber de cuidado, sumado a una conducción poco cuidadosa de parte del Sr. R....".

En lo referente a la pena cuestiona el monto impuesto por entender que la Jueza no ha explicado cuáles son las circunstancias que considerara a tal fin.

Expresa que no corresponde computar como agravante el dosaje alcohólico del imputado y que la valoración de la reincidencia implica una vulneración al principio de inocencia, por ser una presunción iure et de iure de peligrosidad que afecta los principios constitucionales de culpabilidad por el hecho y de ne bis in idem .

Por último, critica que no se haya tenido en cuenta las atenuantes como el buen concepto o la solicitud -de la defensa- de aplicar el instituto de la pena natural "...por las gravísimas lesiones sufridas y por los enormes trastornos psíquicos ocasionados por la muerte de su amigo...". Solicita revocación y en forma subsidiaria minoración de la sanción.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré la confirmación del veredicto condenatorio y de la sentencia impugnados.

Principio por expresar que -como consta a fs. 732 vta y 733- la Magistrada ha tenido en cuenta diversas violaciones al deber de cuidado que adjudica al encartado, situando en primer término -y tal como la fiscalía imputara- que H.E.F.

"...hizo caso omiso a la cartelería que ordenaba la detención de la circulación vehicular... que marcaba una prioridad de paso por parte del ómnibus...", citando como normas relevantes para justificar el deber omitido, lo previsto en los artículos 36 y 41 de la ley de tránsito nacional (ver primer párrafo de fs. 734).

Entonces, ésta ha sido la violación al deber de cuidado por la que se acusó al procesado y que, de acuerdo a su fundamentación, la Jueza tuvo por determinante del resultado lesivo, descartando la posible responsabilidad o co responsabilidad del conductor del colectivo, quien ha intervenido en el curso del proceso como testigo, no habiendo resultado imputado por el Ministerio Público Fiscal.

Por ello, más allá de que pueda acompañarse el reclamo del impugnante respecto de una extensión de la investigación sobre la posible responsabilidad del conductor del rodado mayor, este agravio no resulta idóneo para atacar el razonamiento y la conclusión sostenida por la magistrada. Es decir alguna posible imputación al conductor del colectivo, no había desaparecer la propia del condenado.

Su pretensión de un investigación más amplia no constituye, en ese sentido, una crítica idónea a la apreciación probatoria, ni demuestra -por sí sola- que no resulte correcta la acreditación por parte de la Jueza en lo tocante a la responsabilidad de H.E.F. en el acontecer, ni tampoco prueba, suficientemente, la existencia de otro aporte causal reprochable -esta vez- al conductor del colectivo y que impidiera imputar el resultado al actuar negligente de H.E.F..

Respecto del segundo agravio, por el que critica la valoración realizada por al Jueza sobre la conducción del rodado por parte del imputado habiendo ingerido alcohol, debo señalar que tales fundamentos ha sido desarrollado en forma complementaria por la Magistrada, destacando que el conductor "...reconoció haber circulado luego de beber previamente, al menos una o dos cervezas lo que le provocó

un estado de alcoholemia..." y -con base a lo explicado por el perito Shedden- que su dosaje era mayor al permitido por el artículo 48 inc. a de la normativa de tránsito.

Sin embargo, esta violación al deber de cuidado, y en especial el monto del dosaje, no es más que un argumento adicional utilizado por la Magistrada, por lo que las críticas del recurrente no serían adecuadas para cuestionar la acreditación de la materialidad delictiva imputada, que se centra -justamente- en la falta de cumplimiento de otras obligaciones que se le imponían y que se vinculan con la forma intempestiva en la que ingresó a la ruta y a la prioridad de paso que le correspondía al colectivo.

Sin perjuicio de ello, entiendo que tampoco puede compartirse la crítica del impugnante respecto de que el resultado al que arriba el perito sería caprichoso o carente de fundamentos. Como ha plasmado la Jueza en sus fundamentos -en especial a fs. 730/731-, el profesional declaró en el debate y explicó la base matemática y química en la que apoyaba su razonamiento; por lo que, no habiéndose cuestionado adecuadamente el cálculo realizado o la base científica en la que el profesional basó su conclusión, sus agravios no afectan el peso probatorio que la Magistrada le reconociera (efectuado por profesional en la materia, quien resulta ser técnico superior en criminalística con especialidad en accidentología vial).

Debo recordar, a propósito de las críticas que dirige la defensa a lo declarado por el perito en criminalística, como en lo que hace a aquellas que ha realizado sobre los otros testimonios prestados en el debate, que -tal como sostuve en la I.P.P. nro. 9.759/I en fecha 13/09/12 entre otras-, que la valoración de lo que los dichos de los testigos generan en el Juez que recibió esas declaraciones en audiencia oral, pública, contradictoria e ininterrumpida, queda reservado para el magistrado de la instancia (como regla), resultando la revisión un tanto dificultosa, atento los límites propios de la inmediación; máxime cuando el impugnante no ha aportado constancias en actas y/o grabaciones de audio y/o video que permitieran ampliar ese contralor.

En ese sentido, la originaria Sala III del Tribunal de Casación Provincial ha sostenido que "...La inmediación y la oralidad, producidas en el debate, confieren al magistrado la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza del testigo único, más cuando su versión halla aval en otras circunstancias comprobadas en la causa..." (T.C.P.B.A., Sala III, causa 39.529 de fecha 3/3/2010).

Ello reiterando los límites de inmediación en los que me encuentro, y por mayor esfuerzo que efectúe (tal lo establecido por nuestro Máximo Tribunal Nacional en "Casal" y "Martínez Arecco" siguiendo las exigencias de la C.I.D.H. en "Herrera Ulloa vs. Costa Rica"); es que en el Juicio Oral y Público las manifestaciones quedan reservadas a quien recibe la prueba, salvo que se demuestren absurdo o arbitrariedad valorativa, o se aporten medios suficientes como para arribar a una solución distinta de la efectuada por el A Quo.

Sólo ese primer órgano judicial tiene a su disposición al testigo, sólo él recibe las percepciones, el qué y el cómo se produjo la declaración, etc. Entonces -en principio- es soberano en esa valoración; en tal sentido lo ha resuelto el Tribunal de Casación Provincial en reiteradas oportunidades: "...El grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales. No es posible por la vía casatoria invalidar las impresiones personales producidas en el ánimo del juzgador al observar la declaración de los testigos salvo que se demuestre su contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano..." (originaria Sala II, causa 2789 de fecha 20/3/01 reiterada por la misma Sala -con distinta integración- en causa 34821 de fecha

24/4/09; en igual sentido Sala I causa 623 de fecha 28/8/03).

Estas consideraciones, son plenamente aplicables a los cuestionamientos que dirige la defensa, con respecto a la afirmación de la Magistrada al dar por acreditado que el imputado circulaba con su ciclomotor sin luces.

Tal como puede verse a fs. 733, la Jueza ha valorado esta circunstancia como un elemento que abona tangencialmente su conclusión sobre la responsabilidad del imputado, y que se que apoya, principalmente, en la ya mencionada omisión de detener el rodado ante la señalización que indicaba que pare y en la violación de la prioridad de paso establecida legalmente.

Más allá de que aquella circunstancia no ha sido, entonces, determinante en la conclusión de la A Quo sobre la imputación del resultado a la conducta de H.E.F., entiendo que tampoco puede compartirse que ello sólo pudiera probarse por una pericia que acredite la circulación sin luces. La Magistrada ha basado su convicción en lo declarado por el testigo R., que conducía el colectivo y vió el proceder antirreglamentario de la moto, especificando en el debate que ese rodado no llevaba prendidas sus luminarias; siendo que la Sra. Jueza consideró creíble y fiable dicho testimonio, el que, y más allá de lo declarado por el procesado, no se ha visto afectado por los argumentos de la defensa. Ello, reitero, teniendo en cuenta los límites que la falta de inmediación imponen a esta segunda instancia.

No asiste razón al apelante, tampoco, en relación a que la Magistrada hubiera considerado que era el rodado menor revestía el carácter de embistente. Como puede leerse a fs. 726, al transcribir la descripción del perito respecto de la forma en que ocurrió el hecho, tuvo por probado que "...el ómnibus realiza una maniobra evasiva hacia la izquierda tomando contacto con su sector frente lateral derecho al sector lateral izquierdo de la moto..." lo que evidencia -contrariamente a lo expuesto por el impugnante- que consideró que el colectivo tuvo el rol de embistente.

En lo que hace a las críticas que dirige al peso asignado a los dichos del testigo D.U., considero que su declaración no puede ser cuestionada, solamente, por resultar compañero de trabajo del conductor del ómnibus como pretende el recurrente, en tanto ello, por sí solo, no implica un menoscabo en su credibilidad.

A su vez, y distanciándome del agravio sostenido por la defensa, entiendo que -más allá del buen concepto profesional que refirió tener de su compañero- su aporte más relevante al conjunto de prueba, resultó ser su referencia con respecto a haber oído que el conductor refiriera que se le cruzó la moto, lo que no resulta ser una apreciación subjetiva, y posee entidad probatoria en la medida en que es consistente con lo explicado por el testigo R. y coherente con la mecánica del hecho descripta por los peritos interviniente.

En relación a los cuestionamientos que dirige a la apreciación que se ha realizado sobre los testimonios de L. y P., entiendo que son razonables los motivos por los que la Magistrada restó fuerza probatoria a esas declaraciones.

En ese sentido, destaco las contradicciones advertidas por la Jueza de grado en la declaración de L. que "...dio la clara impresión que tenía memoria selectiva y espasmódica..." por las diferencias sustanciales que existieron entre su versión oral y la brindada en la instrucción.

La Jueza, especialmente, remarcó que sólo en la instrucción dijo haber observado a la moto, no así en el debate, donde respondió en forma ofuscada ante las preguntas del al Fiscalía por las diferencias advertidas. También valoró, la Magistrada, que en una de las declaraciones expresó haber visto al colectivo a 150 metros y en la otra que "...quiso sobrepasarlo...". A ello, agregó la inconsistencia que poseerían sus dichos respecto a la velocidad a la que circulaba el ómnibus al contrastarlos con los datos del tacógrafo que poseía colocado ese rodado.

Esa falta de correspondencia en sus testimonios sobre aspectos esenciales del evento que dijo haber observado, como la falta de correspondencia

entre sus apreciaciones y lo que surge de otros datos de la causa que poseen una gran fiabilidad, como aquellos que constan en el tacógrafo; justifican la mengua en el valor probatorio que asignó la Jueza a esa evidencia y que , por mi parte, comparto.

Similar consideración merece la decisión de la Magistrada respecto de lo manifestado por P. quien -incluso- ubicó el hecho en un lugar diferente de aquel donde, de acuerdo a lo manifestado tanto por el conductor del colectivo como por el imputado, habría ocurrido, lo que impide considerar que lo afirmado por el testigo posea fiabilidad suficiente.

Por último, y en relación a sus agravios vinculados a la pena impuesta, entiendo que también corresponde su rechazo.

En primer término, señalo que la Magistrada no ha computado como agravante el dosaje alcohólico constatado, por lo que debe rechazarse sin más esa crítica expuesta por el impugnante, que -por su falta de correspondencia con lo decidido- resulta inadmisibile.

En lo referente a los cuestionamientos constitucionales que realiza a la valoración de la reiteración delictiva como agravante, considero que no asiste razón, en tanto la inclusión de esa circunstancia en la determinación del monto de punitivo no constituye una afectación al derecho penal de acto, ni una vulneración del principio de ne bis in idem. En ese sentido, destaco los argumentos expuestos por la Dra. Argibay en el caso "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", M. 1395 XLII, al analizar la agravante prevista en el art. 189 bis, 8vo párrafo, que agrava la sanción cuando el autor registrare determinados antecedentes penales, ya que esa justificación resulta aplicable a los cuestionamientos constitucionales que efectúa la recurrente, en autos. Allí escribió que el principio "...según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento individual orientado a quebrantar una norma de tal carácter... no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están

estrechamente ligadas a ella y que pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o de culpabilidad, según el caso..." (Consid. 5º).

Abordando las objeciones que vinculan a dicha normativa con una expresión de derecho penal de autor explicó "...que no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo "ha conducido en general su vida" o las características esenciales de su personalidad..." (Consid. 6º)

En orientación similar a la posición que sostengo la Suprema Corte de Justicia Provincial ha resuelto que "...el principio 'non bis in idem' (al que el impugnante no alude directamente sino por vía de alguna de las normas que cita) no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (en referencia al art. 14 del Código Penal); tampoco para individualizar la pena que merece el nuevo delito (arts. 40 y 41 del C.P.). Pues, es extraña al ámbito de dicha tutela constitucional la circunstancia de que se compute como agravante la comisión de un delito anterior." (S.C.B.A., P. 70.498 S 29-12-2004, Juez HITTERS (SD) CARATULA: B.,P.A. s/ Robo; P. 86.679 S 30-11-2005 , Juez HITTERS (SD) CARATULA: V.,M.A.G.,R.H. s/ Robo calificado; P. 94.454 S 14-11-2007, Juez HITTERS (SD) CARATULA: B.,J.A. s/ Recurso de casación).

Entiendo, en consecuencia y tal como sostuve en la I.P.P. nro. 10.252/I en fecha 6/7/12, que -contrariamente a lo expresado por el recurrente- la existencia de antecedentes condenatorios (pasados en autoridad de cosa juzgada) puede obrar como circunstancia de agravación de la pena, pues es una pauta válida -a partir de lo normado en los arts. 40 y 41 del C.P. (éste último permite valorar "reincidencia y

demás antecedentes")- al resultar demostrativa de mayor culpabilidad, por la resistente contumacia a cumplir con las leyes, o dicho de otra manera a violar las prohibiciones que la ley penal tutela en los diversos tipos.

Esa advertencia previa (jurisdiccional) confiere mayores posibilidades de comprensión de la criminalidad (arg. art. 34 inc 1º del C.P.) tal como lo ha resuelto el Tribunal de Casación Provincial por intermedio de su Sala I en causa 1564 de fecha 23/8/05 (ver reiteración del 13/9/05 en causa 5999 por los mismos Jueces). En caso de condena anterior, el individuo, (además de la norma de deber y de la amenaza abstracta de pena, que tiene cualquier otro), debería tener aumentada su capacidad de motivarse en el derecho con respecto a quien nunca recibiera condena (T.C.P.B.A., Sala II causa 11.464 de fecha 30/12/04); de allí que su reiteración delictiva pueda valorarse por el desprecio que la nueva violación legal conlleva (ver misma Sala causa 15.423 de fecha 14/6/05 y Sala III en causas 20.317 de fecha 26/8 /07 y 38.824 de fecha 14/9/2010).

Así es valorado por tres Salas del Tribunal de Casación Penal y, también, por el Máximo Tribunal de la Provincia en causas 98.418 de fecha 17/9/08, 103.643 de fecha 5/5/2010 y 105.315 de fecha 22/9/2010, entre otras.

Por último, en referencia a la omisión de tratamiento de la atenuante por "pena natural" que el impugnante manifiesta haber planteado ante la instancia, debo destacar que sus afirmaciones no se corresponden con lo que surge del acta de debate; donde no consta que la defensa hubiera requerido la aplicación de atenuante alguno; sino que -aun mencionando la "condena natural" sufrida por su asistido- requirió solamente la libre absolución, sin expresar ningún argumento ni pretensión sobre la aplicación de atenuantes por dichas circunstancias.

Ante la ausencia de una petición expresa y clara ante la Jueza de Grado, mal puede cuestionarse la decisión de la Magistrada por no dar tratamiento a esas cuestiones, puesto que nunca fueron puestas a su consideración en debida

forma, no habiendo -por otro lado- sido advertidas como relevantes en el quantum punitivo por parte del Magistrada, como puede leerse a fs. 738.

Sin perjuicio de ello, entiendo que las sanciones impuestas no resultan desproporcionadas, a la luz de la agravante computada; lo que justifica las penas de prisión e inhabilitación que se le impusieron y que se ubican dentro del margen previsto por el legislador nacional. Remarco que la pena de prisión excede en seis meses el mínimo previsto en el tipo penal y la de inhabilitación no alcanza a superar la mitad entre el mínimo y el máximo establecido (art. 84 bis del C.P.)

Entiendo tal como he explicado al resolver la I.P.P. nro. 12.494/I del 14/10/2014, que si bien los arts. 40 y 41 del Código Penal regulan las circunstancias en base a las que luego deben dosificarse las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad, lo cierto es que ese Cuerpo no contiene una regla o sistema que determine el modo en que debe concretarse su cuantificación, dentro de las escalas legales. De allí que el "sistema" del cual se parte puede tener distintas bases dogmáticas, pero sólo podrá atacársele cuando se demuestre su irrazonabilidad o absurdo en la forma de valoración (ver S.C.B.A. en P. 110.814 de fecha 4/5/011).

Sobre esa base, la Sra. Jueza A Quo estimó el monto de las penas que correspondía aplicar, no apareciendo -ninguna de ellas- como notoriamente desproporcionada con respecto al hecho imputado y a la responsabilidad del agente.

Por todo ello doy mi respuesta por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufragó en el mismo sentido (arts. 168 y 171 de la C. Prov. y 371, 371 ccdts. del Rito).

A LA SEXTA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en las cuestiones anteriores corresponde declarar admisible e improcedente el recurso de apelación interpuesto y confirmar el fallo condenatorio en lo que fue materia de agravio (arts. 421, 439 y ccdtes. del C.P.P.).

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto que me antecede (art. 371 y ccdtes. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

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

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, 15 de marzo de 2019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justa la resolución recurrida. De acuerdo a los fundamentos expuestos éste **TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible e **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Particular y **CONFIRMAR** el fallo condenatorio en lo que fue materia de ataque (arts. 421, 439, 440 y ccdtes. del C.P.P.).

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa.

Hecho devolver a la instancia de origen, donde deberá anoticiarse al justiciable.