

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA-

PRUEBA- RECONOCIMIENTO ESPONTÁNEO- VALOR - CONFIRMACIÓN.

SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS UNO

En la ciudad de Córdoba, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil once, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "FERREYRA, Luis Alberto p.s.a. robo calificado por uso de arma -Recurso de Casación-" (Expte. "F", 41/2011), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Carlos Exequiel Figueroa, defensor de Luis Alberto Ferreyra, en contra del Auto número setenta y cuatro, del dieciocho de julio de dos mil once, dictado por la Cámara del Crimen de la ciudad de San Francisco.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Ha sido indebidamente fundada la resolución cuestionada en cuanto a la prisión preventiva dictada en contra de Luis Alberto Ferreyra?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por Auto n° 74, del 18 de julio de 2011, la Cámara del Crimen de la ciudad de San Francisco, resolvió: *"...No hacer lugar al recurso de apelación oportunamente presentado por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Carlos E. Figueroa y confirmar en un todo el Auto Interlocutorio n° 25, de fecha 14 de junio del año en curso, que obra a fs. 126/133 de autos, dictado por el señor Juez de Control de la ciudad de Bell Ville, Dr. Luis A Morales, Secretaría a cargo del Dr. Gustavo O Giovanini..."* (fs. 28 vta.).

II. El Dr. Carlos Exequiel Figueroa, defensor de Luis Alberto Ferreyra, interpone recurso de casación en contra del citado fallo e invoca el motivo formal (CPP, art. 468 inc. 2),

fundando su pretensión en que el mismo ha inobservado las normas rituales bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (CPcial, 39 y 40).

Sostiene que se vulneraron las reglas de la sana crítica racional al ponderar las pruebas colectadas en autos. Así, advierte que la situación de su asistido en el reconocimiento en rueda de personas de Cristián José María Morales (víctima) practicado sobre el imputado Pablo Ramón Bustos (copartípe), no constituye un indicio en su contra en tanto éste no estaba individualizado en ese tiempo, además que el mismo fue realizado sin la presencia de un asesor letrado como "representante de ausentes". Tampoco debe cotejarse dicho indicio con el resto de las probanzas colectadas pues, en razón de éste es que aquéllas fueron logradas.

Refiere que Ferreyra no asistió espontáneamente al reconocimiento de personas dispuesto por la Fiscalía de Instrucción, sino citado por ésta.

Reitera argumentos esbozados en la apelación. En efecto, allí expresa que coincide con el Fiscal de Instrucción y el Juez de Control en que un reconocimiento impropio consistiría en un señalamiento en la vía pública de un testigo, o incluso en un pasillo de tribunales, en donde éste viera por casualidad a una persona que identificara como autor de un hecho; pero, observa, de ninguna manera ello se da cuando se quiere hacer pasar como un acto de ese estilo a un reconocimiento en rueda de personas realizado vulnerando garantías constitucionales.

Entiende que no debe considerarse a un acto procesal de estas características como definitivo e irreproducible para uno de los acusados e impropio para el otro. Es que con ello podría entenderse que los reconocimientos practicados sin las garantías constitucionales que los regulan podrían constituir reconocimientos impropios. Cita doctrina a favor de su posición.

Estima que incluso aunque no hubiera imputado alguno en la investigación, corresponde tomar todos los recaudos legales y garantías procesales del caso. Entonces, si bien en la causa había una persona imputada al momento de realizarse su identificación, debió advertir el Fiscal de Instrucción que habiendo supuestos coautores prófugos no individualizados, era necesario notificar al asesor letrado de ausentes.

Recuerda que Morales indicó en dicho acto que Pablo Ramón Bustos era uno de los autores del hecho y a continuación, su madre expuso que el número 5 (Luis Alberto Ferreyra) era el otro sujeto que intervino. Afirma que la Fiscalía considerando el testimonio del policía Martín Emiliano Cambursano, logró el resto de los elementos convictivos que le permitieron

imputar a su defendido. Añade finalmente, los datos aportados por dicho agente que no han sido comprobados.

Sostiene que toda la prueba reunida resultó del reconocimiento en rueda de personas, el cual es nulo puesto que en él han sido violadas garantías constitucionales (CPcial, art. 39 y 40). Pide que se aplique la teoría del fruto envenenado y se anule todo el cuadro convictivo que derive de dicho acto procesal.

En suma, solicita que se haga lugar a su pretensión y se ordene, en consecuencia, la inmediata libertad de Ferreyra, por cuanto su detención y posterior prisión preventiva se sustentaron en un indicio obtenido de una prueba ilegal. Hace reserva del caso federal (fs. 165/171).

III.1. El encierro cautelar del imputado Luis Alberto Ferreyra ha sido objeto de análisis en tres resoluciones sucesivas dictadas por el Sr. Fiscal de Instrucción de la ciudad de Marcos Juárez, el Sr. Juez de Control de dicha ciudad y por la Excma. Cámara en lo Criminal de la ciudad de San Francisco -actuando como Cámara de Acusación-, respectivamente.

Los fundamentos de esta última, serán expuestos a continuación, debiendo destacarse que en la impugnación aquí analizada se discute principalmente el primer requisito exigido por el artículo 281 del CPP, esto es, la *probable participación punible del acusado en el hecho investigado*.

2. En lo que aquí resulta objeto de examen, la Cámara hizo propios los argumentos del Fiscal de Instrucción y del Juez de Control para rechazar el planteo esbozado por la decisión, y que fuera reiterado en sede casatoria. Al respecto, sostuvo que no debe confundirse el reconocimiento que se efectúa con determinadas formalidades, con la simple indicación de una determinada persona, que configura un reconocimiento impropio.

Precisó que los actos de esa naturaleza deben ser calificados conforme el valor convictivo que otorgan teniendo en miras el resto de las pruebas recabadas según las reglas de la sana crítica racional. Expuso que deberán tomarse las mayores precauciones y emplearse todos los medios que sugiere la prudencia judicial, por lo que no han sido violadas las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio (CPcial arts. 39 y 40).

Reafirmó su conclusión en que la sindicación del ahora imputado Ferreyra por parte del denunciante Morales, resultó totalmente casual pues la presencia de éste en dicha rueda de personas fue ofrecida precisamente por la propia madre del coimputado Pablo Ramón Bustos (fs. 46), facultad que le fue concedida por el Ministerio Fiscal a dicho imputado. Ello, criterio

del Tribunal, no afectó la defensa de aquél, ni tampoco se incumplió exigencia procesal alguna como lo señala el Juez de Control.

Añade que la incorporación a la rueda de reconocimiento de dicho acusado fue totalmente libre y espontánea y dicho reconocimiento impropio implicaba simplemente un indicio a valorar junto al resto de la prueba, por lo que esa individualización no presentó ninguna irregularidad (fs. 161/163).

3. Entre las probanzas recabadas en la instrucción que resultan dirimentes para resolver el planteo articulado por la defensa de Ferreyra, encontramos las siguientes:

a. Denuncia y declaración durante el recorrido fotográfico de Cristián José María Morales realizadas el 24 de abril de 2011(víctima, fs. 1 y 6): el denunciante manifestó que el segundo de los asaltantes poseía 19 ó 20 años de edad, era de aproximadamente 1,80 metros, de contextura física delgada, tez trigueña, cara delgada, cabellos castaños claros con rulos tipo melena, y que llevaba puestos una campera y un pantalón de jeans claros.

b. Declaraciones de Daniel Norberto Molina efectuadas el mismo día que la deposición anterior (fs. 2 y 5): el testigo expresó que el segundo de los sujetos tenía entre 19 y 20 años de edad, era de 1,80/1,90 metros de altura, de contextura física delgada, tez trigueña, cabellos castaños claros con rulos color oscuro con melena, y vestía una campera y pantalones de jean claros.

c. Testimonio del empleado policial Martín Emiliano Cambursano (fs. 57 y vta., y 68 y vta.), éste señaló que habiendo sido comisionado para determinar si el encartado Ferreyra era uno de los asaltantes, averiguó que éste había sido investigado en otras causas penales, que no se habrían recuperado los elementos sustraídos en tales hechos pues no acostumbraba dejarlos en su domicilio; además, precisó que hacía cinco meses se había mudado una familia de apellido Bustos al frente del domicilio del incoado, quien trabó amistad con Pablo Bustos (sindicado por los damnificados como uno de los autores del hecho que se investiga).

Expuso que Ferreyra revestía las mismas características dadas por los denunciantes al exponer que era morocho de cabellos con rulitos, flaco, alto y jetón (de labios gruesos). Reparó por último, en que aquéllos no identificaron al acusado en el recorrido fotográfico pues su fotografía no se hallaba en él.

Por último, recordó el policía que la puerta sustraída fue hallada entre las malezas de un terreno colindante al domicilio del imputado (fs. 15).

IV.1. En forma liminar, cabe resaltar que el recurso de marras ha sido interpuesto en contra de una resolución equiparable a una sentencia definitiva y por lo tanto, impugnabile en

casación. Ello así, por cuanto resultan tales las decisiones que antes del fallo final de la causa mantienen una medida de coerción, en razón de que pueden irrogar agravios de imposible reparación posterior, dada la jerarquía constitucional de la libertad personal de quien cuenta con la presunción de inocencia (“Aguirre Domínguez”, S. n° 76, 11/12/97; “Gaón”, S. n° 20, 25/3/98; “Aksel”, A. n° 143, 21/4/99; “Del Pino”, A. n° 79, 3/4/00, S. n° 21, 6/4/00; “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/6/01, A. n° 139, 16/5/02, “Tissera”; S. n° 53, 13/06/05, “Oliva”, entre otros). Esta posición ha sido adoptada por este Tribunal Superior en innumerables precedentes, en consonancia con la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 280:297; 290:393; 300:642; 301:664; 302:865; 306, V. I.:262; 307:549; 308:1631; 311, Vol. I.:359).

2. Asimismo, en diversas oportunidades, esta Sala se ha pronunciado sobre los extremos en relación con los cuales debe cumplimentarse el deber de fundamentación de las decisiones judiciales, cuando ellas atañen a la coerción personal del imputado. En ese sentido, hemos afirmado que *“la prueba sobre la existencia del hecho, la participación del imputado y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida, proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos”* (TSJ, Sala Penal, “Conesa”, S. n° 97, 20/11/02; “Bianco”, S. n° 111, 19/11/03; “Montero”, S. n° 1, 14/2/05; “Medina Allende”, S. n° 9, 9/3/06; “Segala”, antes cit., entre otras). Los aspectos aquí traídos a consideración por el defensor del imputado refieren principalmente al primero de tales extremos, esto es, a la participación probable de Luis Alberto Ferreyra en el robo a Morales y Molina.

Para la satisfacción de lo referente a los extremos de la imputación jurídico delictiva es suficiente que, en un cuadro convictivo conformado por elementos de juicio positivos y negativos, los primeros primen cualitativamente sobre los segundos (Cfr., VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3° ed., act. por Manual Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986, T. 1, págs. 437/439; BALCARCE, Fabián I., *Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, pág. 267; CAFFERATA NORES, José I. - TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - Comentario*, Mediterránea, Córdoba, 2003, T.1, págs. 671/672). Se trata de una exigencia más severa que los *motivos bastantes* que demanda la ley ritual para la procedencia de la detención (art. 272 CPP), pero más laxa que la certeza que se impone para la condena.

Así entonces, no resulta óbice a la procedencia de esta medida de coerción, la existencia de un margen de duda acerca de la intervención del imputado en el hecho investigado, en la medida en que éste se encuentre acotado por un marco probatorio que incline significativamente la convicción del Juzgador hacia la conclusión cargosa.

3. A su vez, es claro que tal grado de convencimiento (probabilidad) puede obtenerse a partir de indicios.

Ello por cuanto en la actualidad se encuentra fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de prueba indirecta en tanto ésta sea unívoca y no anfibiológica (TSJ, Sala Penal, S. n° 41 del 27/12/84, "Ramírez, Rito"). Dicho de otro modo, tal estado conviccional podrá sostenerse mediando solamente prueba indiciaria, en la medida en que las conclusiones deriven necesariamente de ella; lo que ocurrirá cuando los elementos indirectos de convicción permitan realizar únicamente tales inferencias y no otras.

Si la prueba indiciaria permite arribar a un estado de certeza, con más razón autorizará a concluir en términos de probabilidad en la etapa preparatoria, en la que las restricciones al principio *in dubio pro reo* exigen diferenciar tal estado conviccional de la duda en sentido estricto –ambas, integrantes en la duda en sentido amplio de la etapa de juicio- (TSJ, Sala Penal, S. N° 299, 12/11/09, "Kammerath").

Ello así, puesto que, como destaca calificada doctrina, la *duda* y la *probabilidad* se diferencia porque mientras la primera consiste en el equilibrio que se presenta entre los elementos que inducen a afirmar y los que llevan a negar la existencia o inexistencia de una circunstancia, exige también la coexistencia de elementos positivos y negativos, sólo que en estos casos, los primeros cuentan con una fuerza conviccional superior a la de los segundos, rompiendo el estado de duda que de otro modo se presentaría (Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Bs. As., 1986, pp. 6-7).

Análogamente, también se extiende a la probabilidad la necesidad de que, para cuestionar válidamente la fundamentación, la prueba indiciaria se valore en forma conjunta y no de manera separada o fragmentaria, como reiteradamente se ha sostenido con relación a la certeza (TSJ, "Simoncelli", S. n° 45, del 29/7/98; "Capdevila", A. n° 205 del 11/8/98; "Capdevila", A. 205, 11/8/98; "Lescano", A. 329, 6/11/98; "Galeano", A. 49, 4/3/99; cfr. C.S.J.N., Fallos 305:1945; 306:1095 y 1785; causa S.4. XX. "Segura, Ramón Justo c/ sucesión de Flores, Bautista Ceferino s/filiación y petición de herencia", 29/11/84; P. 444. XX. "Pallero de Ontiveros, Hilda L. c/ Ferrocarriles Argentinos", del 15/4/86).

Es que, como ha sostenido el más Alto Tribunal para la certeza, es probable que los indicios individualmente considerados sean ambivalentes, por lo que se impone su análisis conjunto a efectos de verificar que no sean equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas (C.S.J., Z.3.XX. "Zarabozo, Luis s/estafa", 24/4/86; seguido en Fallos 311,1: 948; cfr. Fallos: 297:100; 303: 2080).

4. Los reparos señalados en el párrafo precedente son los que, precisamente, no ha respetado el recurrente quien, por un lado procedió a evaluar parcialmente una medida de prueba efectuando luego una crítica aislada de los elementos de convicción suficiente recolectados en autos, perdiendo de vista la fuerza incriminatoria del marco convictivo dentro del cual se insertaban, y por el otro, en el camino hacia dicha crítica ha soslayado determinadas constancias de autos que acreditan lo contrario a lo que sostiene.

En efecto, no es de recibo la objeción que el quejoso formula al señalamiento incriminatorio efectuado por Cristián José María Morales (una de las víctimas) durante el acto de reconocimiento en rueda de personas articulado en función del coimputado Bustos, dado que resultó cuando aún Ferreyra no había sido individualizado como acusado en el hecho investigado.

En ese marco, desconoce el recurrente que la participación de éste en ese procedimiento resultó casual por el pedido expreso de Andrea Gabriela Reynoso (madre de Bustos), quien compareció a requerimiento de su hijo para enunciar quienes quería que integren la rueda de personas, circunstancia que fue admitida sin mayores reparos por la Fiscalía (fs. 46/47).

Recordemos que la indicación espontánea que realizó Morales en el mencionado acto sobre la persona de Ferreyra, como uno de los sujetos que participó en el apoderamiento furtivo, aún cuando la misma se haya realizado sin las formalidades del reconocimiento en rueda de personas (CPP, 249 y ss), puede ser libremente valorado por el Tribunal, conforme las reglas de la sana crítica racional (TSJ, Sala Penal, Sent. nº 6, 19/3/71, "Ocampo"; Sent. nº 17, 21/4/97, "Juárez", entre otros; Cafferata Nores, José I., "*La prueba en el proceso penal*", Depalma, Bs.As., 1986, p.141; Núñez, Ricardo C., "Código Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1986, pág. 243, nota 1º, *in fine*).

Es que dicho acto, concretamente, fue dispuesto en relación a Bustos y, sobre éste, se practicaron todos los recaudos legales dispuestos a tal efecto. No correspondía a tales requisitos atender en relación con el resto de los participantes de la rueda, por cuanto el marco normativo de esta medida de prueba es dispuesto en relación a quien ha sido

individualizado como imputado, y no frente a todos los posibles perseguidos penalmente, circunstancia que sería a todas luces absurda.

En consecuencia, tal como lo resuelve el Juez de Control (fs. 132 vta.), dicho reconocimiento impropio constituye sólo un indicio a valorar por el fiscal al que para darle fuerza convictiva le ha servido la investigación practicada por el funcionario Martín Cambursano.

En relación a la crítica formulada por el quejoso al testimonio de dicho empleado policial, desde que cuestiona todos los actos posteriores al reconocimiento impropio de su asistido, solicitando la aplicación de la doctrina del "fruto del árbol envenenado" (fs. 169 vta.), se observa que soslaya que con anterioridad a aquél, ya se contaba con algunos elementos que permitieron finalmente arribar al imputado Ferreyra.

Es verdad, sin embargo, que recién a partir del acto de reconocimiento en rueda de personas del imputado Bustos, en el cual uno de los damnificados -Cristian Morales- señala a Luis Ferreyra, de manera libre y espontánea, el Fiscal de Instrucción dispone (decreto fs. 53) que personal policial averigüe que actividades realizó ese día el sospechoso, tarea para la que fue comisionado Cambursano.

Al declarar dicho funcionario, manifestó que pudo averiguar que el imputado Luis Ferreyra supo estar involucrado en causas policiales, y que frente a su domicilio vive desde hace unos cuatro meses la familia Bustos, también con problemas con la justicia.

Destacó, también, que a partir de la declaración de uno de los damnificados describiendo a los intervinientes en el hecho (repárese que desde el inicio de la investigación las víctimas, Cristian José María Morales -fs. 1- y Daniel Norberto Molina -fs. 2-, aportaron datos precisos acerca de las características físicas de los sujetos que intervinieron en el ilícito, aclarando ambos que podían reconocerlos si volvían a verlos) deduce que se trataba de Luis Ferreyra, pues reúne los rasgos descriptos por el testigo y solía vérselo junto a Bustos en la calle.

Se suma que a fs. 57 Cambursano destacó que la puerta sustraída en la obra en construcción de Eva Perón y Catamarca, fue hallada e el baldío colindante al oeste con la casa de los Ferreyra entre las malezas; y al ampliar la declaración (fs. 68) agregó que el día que secuestraron la puerta en inmediaciones a la casa de Ferreyra, con fecha 24 de abril de 2011 (unos diez días antes de la individualización que se critica), recuerda haberlo visto a éste en la zona, mirando insistentemente el acto, haciendo incluso algunos comentarios burlescos.

Precisó que pudo distinguir a Luis Ferreyra (a) Luisito, porque tenía el cabello tipo melena con rulos, no muy definidos (mota) sino ondulado pronunciado.

En consecuencia, de las constancias de autos surge que los rasgos fisonómicos de dos de los intervinientes en el ilícito existían desde el inicio de la investigación -aportados por los damnificados-, y que el secuestro de la puerta sustraída en zona cercana al domicilio de Ferreyra (fs. 15) -acto presenciado de modo sospechoso por dicho sujeto- fue realizado con anterioridad al acto objetado, aún cuando todas las precisiones y detalles que permitieron vincular al acusado Ferreyra con el ilícito, fueron brindados por el funcionario policial luego de la unión de los distintos elementos recolectados en su investigación ordenada por el Fiscal de Instrucción, a partir de su individualización casual (en el reconocimiento cuestionado, cuya validez se ha defendido).

En síntesis, recién a partir de la sindicación casual del imputado, surge objetivamente la posibilidad de investigar su intervención en el ilícito, arribándose finalmente a su imputación, luego de aquel acto, al encontrar sustento en distintos indicios, aportados por el agente policial censurado por el quejoso, sin que dicha circunstancia reste valor ni validez a dicha decisión.

Es que, el cúmulo probatorio recolectado, analizado de manera global, autoriza a concluir con el grado de probabilidad exigido por la ley en esta instancia procesal tanto la existencia del hecho como la participación del encartado Ferreyra en el mismo.

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Carlos Exequiel Figueroa, defensor de Luis Alberto Ferreyra, en contra del Auto n° 74, del 18 de julio de 2011, dictado por la Cámara del Crimen de la ciudad de San Francisco. Con costas (CPP, arts. 550 y 551).

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Carlos Exequiel Figueroa, defensor de Luis Alberto Ferreyra, en contra del Auto n° 74, del 18 de julio de 2011, dictado por la Cámara del Crimen de la ciudad de San Francisco. Con costas (CPP, arts. 550 y 551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.