En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 30 días del mes de marzo del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"C., B. E. – A., L. A. – A., V. H. – C., J. P. s/ Robo Agravado por haber sido cometido por el uso de armas"** (Expediente 20.881 – C – F° 290 -2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 134/135: Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El señor Procurador Fiscal, doctor Raúl Alberto Coronel, promovió ante esta Sala, recurso de casación contra la resolución dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, el día 21 de diciembre del año 2006, mediante la cual declaró la nulidad del reconocimiento en rueda de personas de fs. 124, la nulidad parcial del requerimiento de elevación a juicio de fs. 642/645, de los actos que resultaron su consecuencia y sus antecedentes necesarios, declaración de imputado de fs. 134/135 y el auto de procesamiento y prisión preventiva de fs. 217/229 (artículos 149, 150, 176, 181 bis, 305 Código Procesal Penal;

artículos 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

En virtud de esa decisión, en el mismo pronunciamiento, el a quo sobreseyó a V. H. A., por el hecho imputado en los términos del requerimiento de elevación a juicio, cosido a fs. 642/645 (artículos 296 y 320 del Código Procesal Penal) y ordenó su inmediata liberación.

II) El evento enrostrado al acusado fue descripto por el titular de la acción penal de la siguiente manera: *"El día 29 de Agosto de 2005, aproximadamente a las 20:40 hs., L. A. A. se presentó en la vivienda de J. D. A., ubicada en el Barrio ** viviendas de la ciudad de Sarmiento, casa N° **, consultando a éste sobre la posible venta de un automotor marca Renault, modelo R-19, que el citado A. tenía estacionado en frente a su casa. En la oportunidad, poniendo de manifiesto el conocimiento que tenía de la víctima, le consultó a ésta si era M., el que vendía autos, para luego preguntar sobre la unidad mencionada. Anoticiado del valor del vehículo L. A. A. le dijo a A. que regresaría al otro día a probar el auto y se retiró.*

El Fiscal destacó que J. D. A., efectivamente se dedica a la venta de autos y es conocido con el apodo de M. Habiendo comprobado L. A. A., que la víctima se encontraba solo en la casa, avisó a sus consortes de causa; éstos accedieron al lugar y golpearon la puerta de la

vivienda. Al abrir A., es C. quien apareció en la puerta apuntando con un revolver a la víctima, manifestándole que no hablara ni gritara por que le pegaría un tiro, para exigirle luego que se diera vuelta, cuando A. lo hace, le aplica un golpe en la cabeza con un elemento contundente. Luego ingresan J. P. C. y V. H. A., exigiendo los tres la entrega de dinero, allí atan a A. con un cinturón y comienzan a revolver la vivienda, amenazándolo que si no entregaba la plata se llevarían a su pequeña hija (que dormía en su cuna) y la dejarían tirada en la ruta con un tiro en la cabeza.

Ante la situación A. optó por indicarles el lugar en el que se encontraba el dinero. Los imputados sostenían que tenía más, pues supuestamente había vendido un campo, pero al no encontrar otras sumas, ataron con cables al damnificado, le taparon la boca con una prenda de vestir (buzo) y lo arrastraron al baño donde lo dejaron encerrado; llevándose dieciocho mil Pesos ($ 18.000.-), un celular marca Motorola, modelo V300, diversas alhajas de oro y fantasías, tales como un anillo bañado en oro con tres perlas rojas, una anillo bañado en oro con perlas bañadas en oro, una cadena con un dije de un ángel, una cadena con un dije con un corazón con una flecha, una cadena bañada en oro con un dije de tres nenas, tres pulseras de plata, una pulsera de plata con tres dijes, una gargantilla

y un juego de aros con estras, perlas violetas y plateadas de fantasía, además de un billete de cincuenta dólares (US$ 50), una cartera de cuero negra con hebilla dorada tipo sobre, una tarjeta del Banco Nación a nombre de M. A. y un cheque de novecientos Pesos ($ 900.-) a nombre de R. G.

*El damnificado logró desatarse y, aún lesionado, llamó a la Policía iniciándose entonces la investigación. Se puso de manifiesto que, para consumar los hechos ilícitos atribuidos a los imputados, éstos se trasladaron desde la ciudad de Comodoro Rivadavia por la ruta que la une con la ciudad de Sarmiento, en un automotor marca Ford, modelo Falcon, dominio *** ***, color azul metalizado con vidrios polarizados, unidad automotriz con la que regresaron a aquella ciudad y en la que se transportaban momentos previos a ser detenidos".*

III) A su turno, el representante del Ministerio Público recurrió la resolución protocolizada bajo el N° 324 – F° 612/616 – Año 2006, mediante la presentación cosida a fs. 66/69 del incidente.

Señaló que la aplicación de la nueva normativa procesal en abierta violación a lo establecido por ella, significó, una actividad nula puesto que se aplicó un procedimiento no vigente para el caso y el incumplimiento por parte de la Cámara de su obligación de realizar el control previo que determina el artículo 312

del C.P.P. (Ley 3155), circunstancia de la que dio cuenta el ausente tratamiento de una supuesta nulidad, que luego se resolvió en la sentencia impugnada.

Calificó la sentencia como arbitraria e infundada, por haber impuesto la vigencia de un sistema a pesar de lo establecido en el artículo 421 de la Ley 5478, con lo que la resolución violentó el principio de legalidad y generó, en forma absoluta, una total inseguridad con respecto al sistema procesal aplicable.

Agregó que la arbitrariedad denunciada tuvo otro fundamento más, que fue la consideración al reconocimiento en rueda de personas como un acto definitivo e irrepetible, mediante una valoración de la prueba que no se compadeció con los parámetros de la sana crítica racional, y entendió que esa apreciación fue la que permitió sustentar la posible afectación al derecho de defensa.

Señaló que, en la sentencia recurrida, los magistrados afirmaron que la utilización de las facultades emergentes del artículo 181 bis del ordenamiento adjetivo se presentaron como excesivas, y entendieron que los argumentos esgrimidos por la Fiscalía para solicitar la reserva de identidad no estaban contemplados en la norma citada, esto era el temor del testigo con respecto a su vida.

Destacó que, efectivamente, su petición

obedeció a ese temor por parte de la testigo, quién así lo hizo saber a la prevención, recelo a un daño futuro fundado acabadamente en las circunstancias del caso.

En su opinión, pretender que durante la tramitación de la investigación se probaran tales circunstancias atemorizantes era poco razonable. Por ello, resultó infundado sostener que se estaba ante la necesidad de resolver la disyuntiva entre la eficiencia de la investigación y el cumplimiento de las garantías; puesto que, ante la necesidad de proteger la vida, frente a la exigencia de asegurar las garantías de defensa de una persona, debían ceder éstas últimas.

Aun cuando la diligencia de reconocimiento tenga características diferentes a un simple testimonio, acto que el recurrente entiende no deja de ser repetible, eso no significa que deba conocerse la identidad del testigo puesto que de ese modo se tornaría ilusoria la protección a la vida que se pretendía.

Denunció que no hubo ninguna conculcación de derechos por la no intervención de los abogados de los imputados, por cuanto el reconocimiento se realizó regularmente, no hubo ninguna actividad dentro de la audiencia que pudiera haber hecho la defensa para que la testigo dejara de reconocer a su defendido.

Por lo expuesto, entendió que la nulidad fue

decretada sin argumentos de la defensa que permitieran arribar a la conclusión a la que llegaron los camaristas, es decir, sin fundamentos suficientes para sostener que hubo una violación de la garantía del derecho de defensa que permitiera afirmar la nulidad del reconocimiento.

Agregó que si el planteo de la defensa se hubiera resuelto conforme lo fija el sistema del Código Procesal Penal Ley 3155, la decisión se hubiera tomado durante el debate, permitiendo la posibilidad de escuchar a las personas que prestaron su testimonio con reserva de identidad, o la reproducción del reconocimiento cuestionado tanto como el temor que manifestaron aquellos durante la prevención.

Finalizó expresando que el perjuicio producido por la irregular e ilegal pretensión de anticipar la vigencia de una ley, en abierta contradicción a lo normado por la misma y en evidente violación a la división de poderes, justifican la nulidad impetrada por ese Ministerio Público fiscal.

Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el supuesto de obtener una resolución contraria a sus pretensiones.

IV) El titular de la acusación contradijo la sentencia en dos aspectos: el primero, alzado contra la aplicación de la nueva normativa

procesal a la causa, en la que regía el ordenamiento adjetivo regulado por la Ley 3155. El otro, sustentado en la arbitrariedad de los fundamentos dados por la Cámara para declarar la nulidad del reconocimiento en rueda de personas, que realizó un testigo de identidad reservada.

Para el tratamiento de los agravios invertiré el orden en que fueron expuestos, en razón de la solución a la que arribaré.

La revisión de la medida adoptada en el marco del artículo 181 bis del Código Procesal Penal –Ley 3155– que efectuó la Cámara en la resolución impugnada, estuvo fuera de oportunidad, puesto que el "carácter restrictivo" del instituto ya había sido juzgado por el magistrado que intervino en la instrucción, y ese juicio ajustado a la ley estaba firme al momento de dictarse el fallo aquí impugnado.

El derecho que consagra el artículo 8, inciso 2, apartado "f" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) no se vio afectado por la intervención de un testigo de identidad reservada. Este instituto importa una restricción al control de la defensa, pero si no existe ese control puede ejercerse en etapas ulteriores.

La prescripción normada por el 181 bis del ordenamiento adjetivo, no puede desbaratarse porque se declare inaplicable al caso concreto (aun elípticamente) con el argumento de que

afectó garantías superiores, si no se fulmina la norma que la consagra con la sanción de inconstitucionalidad, luego de su control difuso.

El reconocimiento en rueda de personas, que realizó un testigo de identidad reservada, sin posibilidad de confrontación entre éste y el imputado, es asimilable al reconocimiento fotográfico en ausencia del imputado (v.g. supuesto autor del hecho no estuviere presente y no pudiere ser habido).

La ausencia de la defensa en la realización del reconocimiento no causa la nulidad del acto, si la decisión encuentra fundamento en la preservación de identidad dispuesta con respecto a los testigos. Es que la reserva de la filiación de un testigo es la guarda o custodia que se hace de su nombre, por razones de su seguridad; y la prevención de ello para que sirva a su tiempo, es decir durante el debate.

Así, debe revocarse la sentencia que suprimió la eficacia de la testigo de identidad reservada, pues la reserva se limitó a la etapa de instrucción, y concluirá en la etapa del juicio, durante el cual, la parte conocerá la identidad de tal.

Concuerdo entonces con los argumentos esgrimidos por el recurrente, pues no procede la nulidad decretada por el a quo, máxime cuando la defensa estuvo debidamente notificada del acto, con anterioridad a su realización y pudo ejercer

todos los mecanismos de defensa previstos por el ordenamiento vigente, a fin de rebatir su materialización.

V) El tratamiento del agravio referido a la aplicación en el caso concreto de los principios contenido en el ordenamiento adjetivo vigente a partir de la sanción de la Ley 5478(celeridad, informalidad de la investigación, concentración, etc.), deviene abstracto en razón de la solución propuesta.

Sin embargo, juzgo que su aplicación no ha causado ningún perjuicio al impugnante sino que, por el contrario, resultó más beneficiosa para la tramitación de la causa. Ello, por cuanto el proceso fue más ligero y pronto en el movimiento de los actos procesales, lo cual, indudablemente fue más ventajoso para todas las partes.

VI) Por lo expuesto, propicio al acuerdo declarar procedente el recurso de casación deducido por el Procurador Fiscal, doctor R. A. C., a fs. 66/69 de autos y decretar la nulidad de la resolución dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, el día 21 de diciembre de 2006, bajo el número 324 – F° 612/616 del año 2006, debiendo remitirse la actuaciones al tribunal que corresponde para la continuación del trámite según su estado.

Así voto.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

I. Comenzaré mi voto omitiendo enunciar los

antecedentes que motivan el recurso en atención a la prolija exposición realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.

II. En cuanto a la solución del caso, no habré de coincidir con el Juez Panizzi, correspondiendo, a mi juicio, rechazar la impugnación fiscal y confirmar la resolución venida en casación.

Por otro lado, respetaré el orden en que fueron tratados los agravios para una mejor comprensión.

III. Comenzaré por el agravio relacionado con la nulidad decretada por el a-quo del reconocimiento en rueda de personas efectuado por un testigo de identidad reservada.

En primer lugar, me permito disentir con mi colega de Sala en cuanto al carácter de la nulidad planteada, ya que se trataría de una de las de orden general que pueden ser declaradas en cualquier estado y grado de proceso y, aún, de oficio.

De manera que coincido con los integrantes de la Cámara de la circunscripción judicial de Comodoro Rivadavia cuando describen los distintos aspectos legales del acto cuestionado.

Por un lado, dentro de los medios de prueba que menciona el ordenamiento adjetivo, entiendo que el reconocimiento es uno de los pocos actos que deviene irreproductible.

Así lo explica Cafferata Nores cuando expone

sobre el régimen legal del reconocimiento en rueda de personas, y sostiene que nunca puede ser renovado en las mismas condiciones.

Que por esta cualidad es que el código exige que el mismo sea practicado con ciertas exigencias, y de esta manera podrá ser utilizado como base de la sentencia, aún cuando no se haya practicado en el debate oral y público (ver Cafferata Nores en su "La prueba en el proceso penal", páginas 138 y 139, ed. Depalma).

Si bien el capítulo VII del título III del Código Procesal Penal (Ley 3155), no menciona dentro de los requisitos legales la presencia del defensor, el último párrafo del artículo 241 remite a las reglas establecidas en la declaración del imputado.

Por este motivo resulta imprescindible que las partes se encuentren notificadas de la práctica, bajo pena de nulidad, y esta comunicación formal es a los efectos de que pueda acudir al acto.

La asistencia del letrado garantiza un control directo de la diligencia, dándole la posibilidad de formular preguntas al sujeto activo, como así también hacer las observaciones que estime necesarias y dejar constancia en el acta de las irregularidades que observara.

En este caso, surge de autos que el propio Juez le veda a la defensa poder participar de los diferentes actos de instrucción, confirmando

dicha circunstancia en el proveído de fecha 31 de agosto de 2005, cuando expresamente decide que la defensa no podrá participar de un reconocimiento de objetos por la condición de los testigos.

Este cercenamiento a las garantías del imputado provocó una grave irregularidad en el proceso de orden constitucional, toda vez que el artículo 45 de nuestra carta magna provincial establece: " *Todo imputado tiene derecho a la defensa técnica... Los jueces son responsables de proveer lo necesario para la directa, efectiva e insustituible intervención del defensor penal designado, particular u oficial, en todos los actos fundamentales del proceso, que son nulos sin su presencia, especialmente la declaración del imputado...*" (Constitución de la Provincia del Chubut).-

Aclaro, para evitar confusiones, que no cuestiono la medida dispuesta por el juez instructor de la aplicación del instituto previsto en el artículo 181 bis -la cual, como bien sostiene el Juez Panizzi, se encuentra firme-, sino el hecho de prohibir que el defensor presencie determinados actos de la instrucción, amparándose en la identidad reservada del testigo. Esta circunstancia no impedía que la defensa pudiera ejercer un control, aunque acotado, de la diligencia practicada, arbitrándose los medios necesarios para que no sin necesidad de conocerse la identidad del

sujeto activo.

IV. El segundo grupo de agravios, también habrá de rechazarse.

En efecto, el recurso no indica el perjuicio que le ocasionó al casacionista la aplicación de los principios cuestionados al caso concreto, lo cual impide advertir el interés directo perseguido a través de la instancia (C.P.P., art. 392).

Por otro lado, la Cámara se limita a oralizar lo que el tribunal estaba facultado hacer por el artículo 312, y esta situación, como indica el doctor Panizzi, ha sido más beneficiosa para las partes.

V. Siendo ello así, voto por declarar improcedente el recurso de casación y confirmar la resolución protocolizada bajo el N° 324/06.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Puesto a dirimir la diferencia que se ha suscitado entre el primer y segundo votante, adelanto que concluiré coincidiendo con el Juez Rebagliati Russell.

En torno al primer punto, donde el casacionista cuestionó la declaración de nulidad del reconocimiento en rueda de personas realizado sin la participación del Defensor, estimo que los argumentos brindados en esa dirección, no se ajustan a la realidad normativa.

Entiendo, como lo ha hecho el Juez preopinante, que el respeto de las formas

impuestas al acto cuestionado, cuya particularidad consistía en que la reconociente era testigo de identidad reservada, bien pudo preservarse sin revelar su identidad, que de cualquier manera iba a ser ventilada con posterioridad una vez resuelta la situación procesal de los imputados, conforme lo establece la normativa respectiva.

Me explico.

Pondero que, dada las características del caso, el Juez debió conjugar los intereses en pugna a través de una solución práctica que los dejara incólume.

En efecto, bien pudo conducir el acto permitiendo el control de la defensa sobre la formación de la rueda de personas, permitiéndosele, por ejemplo, controlar la apariencia de sus integrantes, la concurrencia de su pupilo a esa integración, la relación entre su aspecto físico de él y los personajes de la línea, en fin, inspeccionar la seguridad que la rueda ofrecía, preservándose la identidad del reconociente.

De esa manera, se habrían respetado las formas impuestas tanto para la seguridad en la búsqueda del resultado de la investigación como para el cuidado de las garantías constitucionales del imputado, y todo sin descuidar, de ninguna manera, el resguardo de los testigos que conformaban la prueba de cargo.

Las citas legales formuladas por el colega del segundo voto son atinadas.

Invirtiendo el orden, señalo que el art. 241 del C.P.P (Ley 3155) constituye una derivación del precepto 44 de la Constitución que fue trascripto, y que repercute en la nulidad de los actos cumplidos en infracción, que, como bien señala el sufragante a quien acompaño, constituye una nulidad de orden general susceptible de ser declarada en cualquier estado y grado del proceso.

De otro lado debo asentir en que el reconocimiento en rueda de personas es un acto irreproductible. Nada podrá ser igual en una segunda ocasión.

Ese ha sido el razonamiento de la "a quo" y estimo que, de este modo, ha de ser homologado.

Por esa razón, esta es mi proposición que adhiere al criterio puesto de manifiesto en el sufragio que antecede, justificando el rechazo de la casación en este punto.

II. Respecto a la alteración del ordenamiento ritual que se concretó, a tenor de los dichos del recurrente, cuando se aplicaron las normas del código vigente abandonando las impuestas por la Ley 3155, diré, coincidiendo con mis colegas de Sala, que, jurídicamente, tal cuestión carece de los requisitos para su tratamiento.

En efecto, en la consideración de la

impugnabilidad objetiva, se impone en forma genérica la concurrencia de un interés de recurrir como condición de procedencia.

El artículo 392 del Código Procesal Penal establece: " *... Regla general. Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley.*
El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo ..."

En consonancia con ese criterio el doctor Fernando De la Rúa nos enseña: "*... El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Desde el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva. Debe ocasionarle un gravamen, esto es, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. El elemento "perjuicio" o "desventaja" es esencial en la definición de los medios de impugnación ...*"(La Casación Penal –Editorial Depalma – Año 2000 – p. 186/187).

Si bien el sobreseimiento contenido en la parte resolutiva constituye un agravio que puede servir para sustentar la movilización de la

casación en curso, no lo es en su origen. La variación que denunció el Casacionista no implica un perjuicio concreto por el cambio de las normas procesales y que, mutatis mutandi representa la carencia del requisito exigido por el Ordenamiento Ritual.

Veamos.

La decisión de impedirle al Defensor del imputado la concurrencia al acto de reconocimiento de persona significó una restricción al control del acto por parte de aquel y fue pábulo para nulificarlo por considerarlo irregular y violatorio del derecho de defensa de raigambre constitucional.

Mas ello, nada tiene que ver con la posibilidad de examinar los testigos en la audiencia de debate, que reclama el recurrente, porque en nada habrían podido remediar las carencias del acto en cuestión, que eran inherentes al acto, es decir al tiempo mismo de llevarse a cabo.

Luego, no se puede aceptar como un perjuicio a los intereses de la parte ahora impugnante el no haberse llevado a cabo la audiencia con la citación de testigos.

Por otro lado la oralización del control preliminar no causa agravio ninguno, pues bien que un breve debate al respecto resulta beneficioso antes que perjudicial a los intereses de las partes, de allí que la posición de la

Cámara al tiempo de la audiencia implique sólo la interpretación progresiva del texto aplicable y no un apartamiento o aplicación retroactiva del novel.

Así, entonces, estimo que deberá rechazarse la casación in totum y confirmarse la resolución en crisis.

Así me expido y voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar el recurso de casación cosido a fs. 67/70 de autos, deducido por el señor Procurador Fiscal, doctor Raúl Alberto Coronel, sin costas (artículo 24, inciso 2°, 415 y 485 del Código Procesal Penal –Ley 3155–);

2°) Confirmar la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con fecha 21 de diciembre del año 2006, protocolizada bajo el N° 324 – F°612/616 del año 2006;

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi, R. Russell.-