En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 25 días del mes de agosto del año dos mil diez, y luego de deliberar en Acuerdo los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Nelly García, con la presidencia de la mencionada en primer término, en los **autos caratulados "G., G. s/dcia. Robo Agravado por el uso de arma de fuego r/Víctima F. C. F- Tw" (Carpeta 1945 OJ Tw – Legajo 19488 OUMPF Tw)**, instruidos contra el Sr. E. U., D. N. I.: **.***.***, nacido en la ciudad de Trelew (Pcia. del Chubut) el día 21/04/88, hijo de J. A. y de R. M., con domicilio en xxxxxxxx xxxxxxxxx *** de la ciudad de Trelew y, actualmente alojado en la Alcaldía Policial de esta ciudad. Corresponde resolver la impugnación ordinaria interpuesta por el nombrado junto a la Defensora Pública, Dra. María Ángela Gómez Lozano, contra la sentencia Nro. 2231 dictada en fecha 04/12/09, mediante la cual mediante la cual el tribunal colegiado integrado por los jueces Ana Laura Servent, Sergio César Piñeda y Fabio Monti, condenó al acusado a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidente, por la comisión de los delitos de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa y robo con arma de fuego (arts. 166, inc. 2do., 1er. párrafo, 167, inc. 4to., en relación con el art. 163, inc. 4to., 42 y 55 del C. Penal), con relación a los hechos ocurridos en fechas 27/07/07 y 03/10/08, en perjuicio del comercio "L. S. F." y Sra. G. C. G., respectivamente.

En la audiencia de impugnación (**art. 385 CPP**) celebrada el día 04/08/10 en la sede de este tribunal, estuvo presente el imputado E. U. junto a la Defensora Pública, Dra. María Ángela Gómez Lozano y la Dra. Alicia Susana Vilaseca, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Dra. Mónica Rodríguez, Dra. Nelly García y Dr. Omar Florencio Minatta.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. El imputado E. U. impugna parcialmente la sentencia condenatoria dictada en fecha 04/12/09 por el tribunal de juicio integrado por los Dres. Laura Servent, Sergio Piñeda y Fabio Monti, en cuanto se lo condena como autor del delito de Robo con arma de fuego, por el hecho ocurrido en fecha 3 de octubre de 2008, en la ciudad de Trelew, en perjuicio de G. C. G..

Sostiene el recurrente que el evento respecto del cual plantea impugnación ha sido descripto por la Fiscalía como ocurrido en la fecha indicada más arriba, aproximadamente las 22,45 hs., en circunstancias en que E. U. habría ingresado al comercio denominado "K. G.", ubicado en calle xxxxxxxxxxx N ° **** de Trelew, amenazado con un arma de fuego a la propietaria del negocio –G. C. G.-, y exigido la recaudación del día -gritándole "dame todo o te mato"-. La acusadora agrega que mientras la nombrada abre la caja registradora el imputado extrae una suma aproximada de entre $ 200 a $ 300 en billetes de cambio, disparando el arma de fuego que portaba contra la humanidad de la víctima, quien se protegió con ambos brazos pese a lo cual el proyectil impactó en su antebrazo izquierdo –constatándose orificio de ingreso y egreso- dándose a la fuga el acusado del lugar.

El recurrente niega la autoría del hecho e indica que a lo largo del proceso ha explicado detalladamente el modo en que fuera involucrado en esta causa. Sostiene que la única prueba a partir de la cual se lo vincula al hecho es una diligencia de reconocimiento fotográfico efectuada por la damnificada casi tres meses después de ocurrido el ilícito (el 02/01/09), en la cual señala a cuatro personas más como sospechosas del ilícito. Indica que seis meses más tarde (el 15/06/09) se realiza un nuevo reconocimiento fotográfico, llegándose más de ocho

meses después del hecho (el 30/06/09) a realizar el reconocimiento en rueda de personas en el que, como no podría ser de otro modo en virtud de las diligencias anteriores, la damnificada lo reconoce como el autor del hecho.

Agrega que la conclusión incriminatoria a la que arriban los jueces se basa en conjeturas derivadas de una prueba dudosa, tratándose, por ende, de una sentencia nula por falta de fundamentación. Concluye indicando que la única prueba de cargo es absolutamente relativa e incierta por lo que tal orfandad probatoria impide desvirtuar su estado de inocencia, correspondiendo la absolución.

Asimismo, plantea la nulidad parcial del decisorio en cuanto declara la reincidencia del impugnante, por entender que resulta inconstitucional el art. 50 del Código Penal, en tanto vulnera –sostiene- los principios de inocencia, culpabilidad, *ne bis in idem*, legalidad, igualdad ante la ley y resocialización del condenado.

2. Por su parte el Ministerio Público Fiscal sostiene que los Jueces del mérito han valorado correctamente los dos reconocimientos fotográficos y posterior reconocimiento en rueda de personas realizados por la damnificada, habiendo sido cuidadosamente analizados en la sentencia todos los detalles que rodearon a las referidas diligencias. Agrega que no se trata de una única prueba, señalando que deben tomarse en cuenta los dichos de una testigo entrevistada en la etapa de preparación del juicio –una persona de apellido L.-, mencionada en el debate por el testigo R. W.-. Por otra parte, menciona el Sr. Fiscal, los Jueces también valoran la inspección ocular y croquis ilustrativo del lugar del hecho, la intervención policial, la conservación y actualización del álbum fotográfico, así como distintos testimonios.

En punto al planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal la Fiscalía expone profusos argumentos, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, tendientes a sostener la postura contraria a la que propone el recurrente, esto es, la constitucionalidad de la mencionada norma legal, solicitando el rechazo del recurso también en este punto sustancial del decisorio.

3. En la audiencia prevista en el art. 385 CPP la Dra. María Angela Gómez Lozano, ratifica y mejora los fundamentos de la impugnación, solicitando al Tribunal que, asumiendo competencia positiva, imponga la pena mínima prevista para el delito por el que fuera declarado autor responsable en la Carpeta N° 1945 OJTw. La Fiscalía, por su parte, mantiene la postura asumida al contestar el emplazamiento dispuesto respecto del recurso. El imputado E. U. dijo que no tenía nada que ver con el hecho.

4. Anticipo, luego de haber analizado los motivos de impugnación y examinado exhaustivamente todos los elementos probatorios que fueron puestos a conocimiento del Tribunal del debate -documentos y registros de audio y filmación-, que los fundamentos que objetivamente enuncia la sentencia no configuran, en mi opinión, razón jurídica suficiente como para destruir el estado de inocencia que constitucionalmente ampara al imputado.

Me refiero, puntualmente, al agravio de la Defensa en cuanto a la falta de prueba suficiente respecto de la autoría de Uribe en el hecho. Se trata, ni más ni menos, que de la falta de aplicación del principio de la duda en la determinación fáctica de uno de los presupuestos de la imputación delictiva, cual es la participación –en sentido amplio-, del acusado en el hecho. Ese déficit en el rendimiento de la garantía constitucional vulnera la noción misma de proceso como reaseguro de libertad ciudadana.

Ello es así pues no se ha configurado en el caso concreto, según entiendo, la *mínima actividad probatoria* respecto de tal extremo de la imputación, pues es sabido que todo lo vinculado a la valoración de la prueba sobre

los hechos involucra el ámbito de acción de la presunción de inocencia, y las conclusiones probatorias que, con exigencia de certeza, se fijen en un pronunciamiento de condena deben convencer más allá de toda duda razonable.

5. Entrando al análisis del caso se advierte que los Magistrados basan la decisión sobre la autoría del acusado en el acto de reconocimiento en rueda de personas practicado por la damnificada en fecha 02/01/09, en la etapa de preparación del juicio, obrante a fs. 21 del legajo de prueba fiscal. Dicho medio de prueba reconoce como antecedente el señalamiento que realiza la nombrada en sendas diligencias de “recorrido fotográfico” llevadas a cabo en sede policial, en fecha 02/01/09 y 15/06/09.

Considerando, como lo he señalado en pronunciamientos anteriores, que un reconocimiento en rueda de personas resulta insuficiente por sí solo para acreditar la autoría del acusado en un ilícito, es necesario precisar si tal medio probatorio ha sido el único sustento del fallo o si, acaso, existe algún otro indicio o prueba que permita apuntalar la sentencia de condena, como sostiene la Fiscalía en su respuesta a la impugnación.

Así, surge de la prueba producida en el debate que en el curso de la investigación del hecho, cuya materialidad no ha sido controvertida por las partes, la ofendida, G. C. G., realiza una diligencia de recorrido fotográfico para tratar de individualizar al autor de robo, la que se lleva a cabo el día 02/01/09, esto es, casi tres meses después de ocurrido el hecho. En esa diligencia de investigación la nombrada señala a tres personas, similares en un 90 % al autor -entre las cuales se hallaba el imputado U.-, indicando también a otras dos personas como similares al asaltante en un 80 %.

Como se advierte la incerteza inicial de la damnificada no sólo es cuantitativa, en tanto reconoce a más de una persona -y sólo uno fue el asaltante-, sino también cualitativa, pues la individualización se hace en un 90 % y un 80 % de parecido respecto de los indicados.

La segunda diligencia de recorrido fotográfico en sede policial se realiza en el mes de junio de 2009, a raíz de un nuevo ilícito sufrido por la Sra. G. en su comercio. En esta segunda oportunidad la nombrada señala "en un 100 % (cien por ciento)" a la persona de E. U. como el autor del hecho ocurrido del año anterior, esto es, del ilícito que nos ocupa, sin que se haya acreditado si las fotografías exhibidas en esta ocasión incluían a las de la totalidad de las personas reconocidas en la diligencia anterior.

En su declaración testimonial, durante el transcurso del debate, la damnificada indica que como consecuencia de un segundo robo sufrido en su local, en el mes de junio de 2009, la misma noche del hecho hace un nuevo recorrido fotográfico en sede policial y ve la fotografía de la persona que la había herido en el primer robo, reconociendo como el autor del hecho al acusado.

A partir de dicho señalamiento se efectúa en sede judicial una diligencia de reconocimiento en rueda de personas, realizada el 30 de junio de 2009 (cfr. fs. 21 del legajo de prueba fiscal), en la que la víctima, luego de observar la rueda y reflexionar por unos instantes se limita a decir "es él", agregando que ahora lo nota como más barba, pero el cabello igual.

A fin de valorar la prueba es preciso considerar las particulares condiciones en que se produjo la percepción que da origen al posterior señalamiento de la testigo. En este punto es preciso tener en cuenta que la ofendida dice que en ocasión de producirse el robo trató en todo momento de no mirar al asaltante, quien llevaba cubierto su rostro por una bufanda negra, viéndolo sólo por un

instante, en que se baja la bufanda mientras le apuntaba con el arma en la sien.

Por otra parte, si bien la ofendida dice reconocer en un cien por ciento al acusado en la segunda diligencia de recorrido fotográfico, al momento de realizarse la rueda de reconocimiento en sede judicial no se requirió a la testigo una descripción fisonómica previa del asaltante, como expresamente lo exige el art. 210, tercer párrafo, del Código Procesal Penal.

Asimismo cabe tener en cuenta que no se trata en el caso de la descripción de alguna característica física excepcional o extraña que, a modo de seña particular, arrime convicción acerca de que la señalada sea una misma e idéntica persona. Antes bien, las particularidades brindadas por la damnificada no dejan de ser características físicas de una marcada vaguedad o generalidad. Así, en la diligencia inicial la damnificada describe al asaltante como una persona de tez blanca, cabello negro y altura aproximada a 1,65 mt., datos que tampoco coinciden plenamente con las características del acusado, quien posee tez trigueña o morena y tiene 1,69 mt. de estatura (diferencias ya advertidas por el policía W. y que influyeran en un primer descarte de U. como sospechoso).

El caso concreto muestra diversos aspectos que conspiran, según entiendo, contra la consistencia probatoria que otorga el fallo de condena al señalamiento realizado por la damnificada en rueda de personas. Así: la existencia de dos reconocimientos fotográficos anteriores, uno en relación al hecho en cuestión y otro respecto de un ilícito ocurrido con posterioridad en el mismo local comercial; que el primer recorrido fotográfico se realiza casi tres meses después del hecho; que en esa diligencia la damnificada señala al imputado junto a otras cuatro personas, a las que también encuentra parecido físico con el autor; que el

primer señalamiento no es categórico, sino que la testigo dice reconocer en un 90 % al acusado y en igual porcentaje a otras dos personas; que entre ambos recorridos fotográficos transcurrieron más de seis meses; que se ignora si en la segunda visualización también se hallaban las fotografías de los señalados con anterioridad.

Asimismo advierto que tanto en el último recorrido fotográfico como en el reconocimiento en rueda de personas la damnificada no explica por qué razón reconoce en un 100 % al acusado si con anterioridad lo encontraba sólo parecido. Así, en el debate, interrogada por la Defensa en relación al acta de fs. 12 -en la que la testigo manifiesta que reconoce en un 90 % a tres personas, y en un 80 % a otras dos-, para que diga por qué reconoce en ese entonces a aquellas personas, se limita a indicar: "...noté en esas personas un parecido con la persona que había entrado esa noche a asaltarme, pero donde yo realmente reconozco en un cien por ciento es en el segundo asalto que fue en el mes de junio...".

6. Los Sentenciantes ponderan, también, con pretendido efecto cargoso el testimonio del oficial inspector R. F. W. en el debate, pero considero que nada de lo afirmado por este testigo permite añadir siquiera un débil indicio acerca de la participación de Uribe en el hecho.

El referido testigo afirma haber estado a cargo de la investigación del caso. Refiere haber entrevistado a una mujer de apellido L. quien manifiesta haber visto la noche del hecho correr a dos personas, a unos cincuenta o cien metros del lugar, de características físicas similares a las descriptas por la damnificada, quienes se introducen en el departamento siete del edificio xxxxxxxx. Agrega el policía que ese inmueble es usado como aguantadero por una persona llamada L. U., quien según la pesquisa no sería ajeno a hechos delictivos junto a otros de apellido B. y M. y habiéndose realizado un allanamiento en ese domicilio, se obtuvo resultado negativo.

Asimismo el testigo W. indica que luego de realizada por la damnificada la primera diligencia de recorrido fotográfico se lo comisiona en la investigación del caso. Indica que si bien la Sra. G. había indicado como sospechosas a cinco personas, él descarta en un primer momento a tres de los sujetos “...porque no daban la edad ni las contexturas físicas...”. Subsistiendo la sospecha sólo en las personas de E. U. y de M. J., el testigo descarta también a estos últimos en el informe agregado a fs. 14 del legajo de prueba fiscal. Al primero –J.- con el argumento de que si bien era conocido de la prevención por haber cometidos similares hechos con anterioridad, siempre actuó a no más de 400 metros de su domicilio. Respecto de U., en cambio, entiende que si bien registra antecedentes de ilícitos contra la propiedad, no resulta coincidente su *modus operandi* con el del presente hecho. Así W. señala: “...Respecto a su manera de operar, este individuo generalmente se dedica a robos domiciliarios, cuando estos se encuentran sin moradores, accionando en distintos puntos del ejido urbano de esta ciudad...”.

Así, analizados en forma completa los dichos del testigo W., se advierte que el testimonio no agrega ningún dato probatorio que permita vincular al acusado con el hecho. Es más, queda claro que a partir del subjetivo descarte que realiza de las personas señaladas por la damnificada, la investigación no continuó su marcha, reservando la Fiscalía la causa.

Por ello considero que la mención del testimonio de W. por parte de los Jueces del mérito no agrega ni quita al insuficiente cuadro cargoso arrimado por la parte acusadora al juicio. Al contrario, las afirmaciones de este testigo parecen, incluso, derivar la sospecha hacia terceras personas cuya vinculación con Uribe no ha sido siquiera mencionada por el deponente.

7. Sabido es que el reconocimiento en rueda de personas es "...el medio de prueba tendiente a establecer, entre otras semejantes, la identidad o identificación de una persona por medio de otra que la menciona o alude, afirmando conocerla o haberla visto..." (Eduardo M. Jauchen, "Tratado de la prueba en materia penal", Rubinzal-Culzoni editores, año 2002, p. 464), regulado específicamente en el ordenamiento procesal, en su art. 210.

El denominado "recorrido fotográfico", en cambio, es un medio de investigación que consiste en la visualización, por parte del llamado a reconocer –víctima o testigo-, de fotografías contenidas en álbumes fotográficos de registros que lleva la autoridad de prevención o la fiscalía.

Sin negar validez a un reconocimiento en rueda de personas con exhibición fotográfica anterior, es claro que su valor probatorio disminuye frente a un señalamiento efectuado sin esa visualización previa, máxime como en el caso, en que la diligencia de recorrido fotográfico arroja un resultado incierto, en tanto la reconociente dice reconocer a varias personas como el autor del hecho, en distintos porcentajes.

Por ello, si bien puede decirse que el recorrido fotográfico es un medio investigativo válido, cuya finalidad es orientar la pesquisa, no menos cierto es que su realización previa al reconocimiento en rueda de personas le resta valor convictivo. La jurisprudencia así lo ha señalado reiteradamente, indicando que no puede conferirse idéntico valor conviccional a un reconocimiento en rueda de personas cuando ha mediado uno fotográfico anterior pues resulta imposible saber, a ciencia cierta, si el señalamiento no es producto del registro mnésico provocado a partir de la primer percepción de la persona vista en la fotografía (Cám. Apel. Crim. y Corr. Río Tercero, 27/8/99, "Romero, Carlos F., *LLC*, 2000-459, entre otros).

Jautchen señala con claridad el menor valor probatorio que debe conferirse a un reconocimiento en

tales condiciones, al afirmar: "...no cabe dudas que ante un supuesto semejante este último experimentará una gran pérdida de su idoneidad acreditante. Ello así debido a que la muestra fotográfica habrá de interferir necesariamente en el proceso evocativo del reconociente, quien ante el segundo reconocimiento no podrá recordar con plena espontaneidad por la interposición previa de aquella imagen...". (op. cit. p. 482).

Es claro, en mi opinión, que el señalamiento del acusado por parte de la ofendida, en las condiciones analizadas, no puede ser el único soporte cargoso de una sentencia de condena, circunstancia que sólo podría admitirse en excepcionalísimos casos, en que a partir de esa sola prueba pudiera acreditarse una fiabilidad tal de la que pueda predicarse certeza. Generalmente esa situación se da a partir de la existencia de algún otro elemento de prueba que permita corroborar su fidelidad, tal como ocurre en algunos antecedentes jurisprudenciales en los que, por ejemplo, o son varias las personas que coinciden en el señalamiento (C.N.Crim. y Correcc. Sala IV, "O.B., N.A. y otro s/ robo con armas" el Dial.com –AA60C1), o la víctima y un testigo reconocientes han nombrado por el apodo al sospechoso, a quien conocían de vista (Cám.Apel.Penal Rosario, Sala III, 6/8/01, "Amarilla, Juan R." *LL Litoral*, 2002, 404).

En tal sentido he dicho en un reciente pronunciamiento que "...el reconocimiento en rueda de personas, independientemente del resultado que arroje, es un medio probatorio de escasa fiabilidad por el riesgo de error que presenta. Por ello, así como un reconocimiento positivo no alcanza a constituir la mínima prueba de cargo que brinde soporte suficiente a una condena, uno negativo o dubitativo tampoco resulta dirimente en sentido contrario..." (autos "M., R. y otro p.s.a. robo agravado a A. B.- Trelew" Carpeta Judicial N° 1986 OJTw).

Ello así, pues el señalamiento de una persona en una rueda de reconocimiento constituye un dato probatorio que conlleva, como en general en todas aquellas de naturaleza subjetiva basadas en la percepción visual de un testigo, un importante margen o posibilidad de error o equivocación. La experiencia demuestra que, además de las diligencias con resultados dubitativos o negativos, en un importante número de casos los sujetos reconocientes señalan como autores del ilícito a terceros intervinientes en la rueda (los denominados "muletos"), acerca de quienes hay certeza de su ajenidad en el hecho.

En tal sentido se ha dicho: "...Los errores de reconocimiento no pueden contarse; un volumen no bastaría para relatar todos los que han sido descubiertos, que, por lo demás, no han sido una pequeña parte. Se refieren sobre todo a las personas..." (Francois Gorphe, La crítica del testimonio, sexta edición, Editorial Reus S.A., Madrid, 2003, p. 215 y sgtes.) El autor refiere que los casos más frecuentes de falsos reconocimientos se dan, básicamente, por dos causas de error: la semejanza de las personas confundidas o las condiciones en que el reconocimiento tiene lugar. En este último aspecto pondera particularmente como causas de error las siguientes condiciones en la percepción: a) la noche; b) el influjo de la emoción c) defectos de la atención; d) influencia de la sugestión y e) influencia del tiempo transcurrido. Como se advierte, en el reconocimiento del acusado confluyen la mayoría de los factores que la doctrina señala como de frecuente incidencia en los casos de error o equivocación del reconociente.

8. El reconocimiento en rueda de personas, si bien regulado como medio probatorio autónomo, configura un acto procesal complejo, complementario de la declaración testimonial brindada por la víctima y sujeta, por tanto, a la apreciación que cabe formular respecto de un testimonio.

En dicho marco, si bien no cabe en modo alguno dudar de la sinceridad de las manifestaciones de la damnificada, tratándose el reconocimiento de personas de un acto basado en la percepción visual y, como vimos, con frecuencia no ajeno al error y la equivocación, deviene insuficiente para fundar con certeza un fallo de condena.

9. Un paréntesis. Los Jueces del mérito fundan su decisión a partir de sostener que en el caso existe prueba indiciaria suficiente como para tener por acreditada la autoría del acusado en el hecho. He sostenido en anteriores pronunciamientos que la posibilidad de acreditar el hecho imputado a través de *prueba indiciaria* está fuera de toda discusión. Ello tomando en cuenta la clásica distinción entre prueba directa, como aquella en que la demostración del hecho surge de modo inmediato del medio de prueba utilizado y la indirecta, indiciaria o circunstancial, dirigida a mostrar la certeza de unos hechos (indicios), de los que puede inferirse el hecho atribuido y la participación en él del imputado, por medio de un razonamiento basado en el *nexo causal y lógico* que existe entre los hechos probados y los que se intenta probar.

Pero en el caso de autos entiendo que la alusión a la prueba indiciaria que realizan los Magistrados aparece como una mera enunciación dogmática, pues no encuentro un solo dato probatorio –objetivo o subjetivo- que sirva de indicio corroborante al solitario señalamiento que efectúa la damnificada en el marco del testimonio que brinda en el proceso. Así, los elementos de prueba a que alude la Fiscalía en la respuesta al recurso deducido se limitan a aquellos destinados a acreditar la materialidad del ilícito, más no su autoría.

10. Siendo insuficiente, entonces, el cuadro probatorio reunido en autos para afirmar la autoría del

acusado más allá de toda duda razonable, deviene imperativa la aplicación del principio beneficiante de la duda (Art. 44, VI, CN y Art. 28 CPP), correspondiendo hacer lugar al recurso deducido y disponer la absolución del imputado respecto del hecho, calificado como robo con arma de fuego, cometido en perjuicio de Cristina G. G., ocurrido en la ciudad de Trelew el día 3 de octubre del 2008.

11. En cuanto a las consecuencias jurídicas de la presente decisión, habiendo quedado firme la declaración de autoría y responsabilidad del acusado por el hecho investigado en la Carpeta N° 1918 OJTw, calificado como robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 4°, 42 y 44 del Código Penal), es del caso tratar la pretensión de la recurrente en cuanto expresamente solicita la aplicación del mínimo legal de la pena por parte de este Tribunal.

He sostenido en otras oportunidades que cuando la decisión de esta Cámara importe una modificación sustancial del pronunciamiento de mérito –cambio de calificación o revocación de condena por alguno de los hechos, p. ej.-, corresponde anular parcialmente el decisorio y disponer el reenvío del caso para la realización de una nueva cesura e individualización de la pena, a fin de asegurar la contradicción y la doble instancia.

Sin embargo en el caso de autos, teniendo en cuenta que resulta ajustado a derecho la imposición del mínimo legal de la sanción prevista para el hecho cuya condena ha quedado firme -como lo explicaré-, entiendo que es procedente asumir competencia positiva y acceder a lo peticionado por la Defensa, en tanto no causa agravio al recurrente e imprime mayor celeridad a trámite de la causa.

Para así decidir tengo en cuenta, particularmente, que los Jueces del mérito han considerado en la individualización de la sanción, de modo preponderante, circunstancias agravantes vinculadas al caso por el que

se postula la absolución. Además, en cuanto al hecho que ha quedado firme, los Sentenciantes han valorado circunstancias propias de la tipificación legal escogida: rotura de reja (fuerza en las cosas) propia del robo y trepada al techo del inmueble (escalamiento), específico de la figura agravada que se aplica. El resto de pautas mensurativas tomadas en consideración por los Jueces del mérito resultan ser minorantes de la sanción a aplicar.

Siendo así, considerando como tengo dicho que *las reincidencias* a que alude el Art. 41 sólo pueden ser valoradas como factor de mayor vulnerabilidad del agente frente al sistema penal (autos “C. M. A. p. s. a. robo-Trelew” Carpeta N ° 1796 y ac. 1793 OJTw; “C., J. R. p. s. a. robo agravado en grado de tentativa” Carpeta N ° 1771 OJTw; entre otros), no resulta procedente en esta instancia traer a consideración otras circunstancias más allá de las expuestas por los Sentenciantes del mérito en el fallo de condena.

Por las consideraciones expuestas opino que cabe imponer la pena de un año y medio de prisión, de cumplimiento efectivo, por el hecho por el que recayera declaración de autoría y responsabilidad (Carpeta N ° 1918, caratulado “U. E. y otro (menor) p.s.a. robo tentado- Trelew”), calificado como robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (Art. 167 inc. 4° en relación al Art. 163 inc. 4°, 42 y 44 del Código Penal), ocurrido el 27 de julio de 2007.

12. Por último, considero que no cabe entrar a analizar el planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia planteado por la Defensa –*última ratio* en la labor interpretativa de los magistrados-. Así, además de la absolución que se decide, la condena que ha quedado firme (“U. E. y otro (menor) p. s. a. robo tentado- Trelew”-Caso N ° 1918), se refiere a un hecho ocurrido el 27 de julio de 2007,

esto es, *anterior* a la sentencia de condena tomada en consideración por los Magistrados de mérito para declarar la reincidencia (fallo de fecha 5/8/08, dictado en Carpeta N ° 779 OJTw).

Mal puede, entonces, ser tomado como antecedente a los fines del art. 50 del Código Penal una condena posterior a la fecha del delito que se juzga, dándose un supuesto de concurso real de delitos previsto en el art. 58 del ordenamiento sustantivo, por lo que habrán de unificarse los pronunciamientos.

Por ello deviene incorrecta la declaración de reincidencia dispuesta en el fallo recurrido, la que habrá de revocarse.

En virtud de lo expuesto entiendo que corresponde remitir los autos al Juez de ejecución para que, una vez firme la presente, proceda a la correspondiente unificación de condenas (art. 394 CPP) y a la sustanciación de la solicitud de libertad condicional incoada por el recurrente y su Defensa técnica, por no resultar competente este Tribunal para el tratamiento de dicha cuestión (art. 72 inc. 7°) del CPP).

13. Los honorarios profesionales de la Defensa deben justipreciarse en la suma de un mil doscientos pesos ($ 1200.-) por la labor desarrollada en la presente causa de conformidad a lo dispuesto por los art. 5, 7 y 13 de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2200- y art. 59 de la ley V N° 90 -antes 4920), eximiéndose parcialmente al acusado de las costas causadas en relación al hecho por el que se dispone la absolución (art. 242 CPP).

La juez Nelly García dijo: Para tratar el primer agravio, voy a considerar que la materialidad del robo sufrido por la Sra. G. C. G. el 3 de octubre de 2008, no ha sido cuestionada.

Que para sostener la autoría de E. U. la Dra. Laura Servent, primer votante, tuvo en cuenta, la declaración testimonial de la víctima, los reconocimientos, las actas policiales y las declaraciones de los policías que participaron en estos actos. Así, G. C. G., recordó que el delincuente tenía una bufanda que le cubría el

rostro, que en un momento cuando estaba a su costado empuñando el arma, se bajó la bufanda y le pudo ver el rostro, que vestía un jean oscuro y campera color crema, que estaba muy bien vestido. Que en el mes de enero le hicieron hacer un recorrido fotográfico, que le mostraron muchísimas fotos y sospechó de cinco personas en un setenta a noventa por ciento, que recién lo reconoció el 16 de junio, cuando le hicieron un segundo recorrido fotográfico y allí lo vio al que le había disparado en el primer hecho, que después lo vio en un reconocimiento en rueda de persona en tribunales y es el que se encuentra en la sala.

El acta policial de fs. 1/2 de la que surge que la Sra. G. había manifestado que se trataba de una persona de sexo masculino, de aproximadamente veinte años de edad, vistiendo bufanda negra de lana que le tapaba parte de la cara, con campera de tela de avión color blanca y jean azul.

La testimonial del Oficial Mayor N. S., quien refirió que la mujer shockeada, lloraba y decía que había sido asaltada por un individuo tapado con bufanda, con campera y de jean, de 1,60 o 1,65 de altura.

El acta de recorrido fotográfico del 2 de enero de 2009 obrante a fs. 12/13 del legajo de prueba, que en esa oportunidad la testigo reconoció en un noventa por ciento a U., E., V., I. E. y J., M. y en un ochenta por ciento a L., O. F. y S., H. F..

El informe del Oficial Inspector R. F. W., quien dijo que descartó a V., S. y no recuerda el otro porque no dan la edad 18 a 20 años ni la contextura física, que si bien M. J. daba las características físicas y tipo de hechos anteriores lo descartó porque vive en el barrio Constitución y siempre actuó a no más de 400 m. de su domicilio. Que dejó a Uribe que si bien su piel era trigueña, estaba vinculado a robos con armas y había protagonizado hechos en barrios distantes.

Informe obrante a fs. 15 de la Of. Ayte. A. C. S., quien dijo que la Sra. G. reconoció en un ciento por ciento a la persona bajo prontuario N ° 2905, como quien le disparó en el hecho anterior. A su vez el Sub. Comisario Acosta explicó que las fotografías del prontuario se actualizan con nuevos ingresos de los detenidos en Comisaría.

La Dra. Servent valorando la prueba dijo que si bien la víctima dudó en la primera diligencia, es cierto que posteriormente tanto en la Brigada como en Sede Judicial –con más muletos que lo usual-, resultó contundente, es más lo sindicó con seguridad al momento de su declaración en el juicio. Que los elementos de prueba deben ser valorados en conjunto, que la prueba indiciaria tiene una importancia extraordinaria, que la testimonial y el reconocimiento en rueda de personas de la Sra. G. es prueba contundente y suficiente y que el acusado sólo niega el hecho y cuestiona la diligencia de reconocimiento.

El Dr. Sergio César Piñeda en su voto, valoró la testimonial de la Sra. G., diciendo que resulta creíble por mostrarse segura en sus dichos con un discurso coherente y consecuente con lo antes dicho, sin contradicciones, las declaraciones testimoniales del personal policial y la indicación en debate a U. como el autor del hecho y descartó la prueba de descargo por la contundencia del reconocimiento de la víctima.

A su turno el Dr. Fabio Andrés Monti, trae una cita de Caferatta Nores, afirmando que el recorrido fotográfico es una herramienta útil para orientar una investigación, que por sí solos, no corroborados por medios de prueba, carecen de importancia conviccional, más aún cuando proceden de un solo testigo, por ser frecuentes los errores; pero que por la firmeza de la Sra. G. al reconocerlo en el reconocimiento en rueda considera probada la autoría.

Considero que la prueba de autoría, tenida en cuenta por los magistrados para condenar a U., resulta insuficiente para desvirtuar el estado de inocencia que

goza E. U.. En primer lugar la descripción del autor que realiza la Sra. G. es muy genérica, individuo joven de unos veinte años, de un 1,60 o 1,65m. de altura, pelo negro, tez blanca, con el rostro tapado con una bufanda, lo que dificulta la identificación, ya que son muchas las personas con estas características. No se secuestró en su poder la ropa descripta por la testigo, la bufanda, la campera ni el arma y menos el dinero sustraído, para apoyar en datos objetivos la declaración de la única testigo, por lo que toda la prueba de cargo existente se limita a ese testimonio y su reconocimiento en rueda de personas.

En este punto, resalto la importancia de los actos antecedentes de ese reconocimiento, los dos recorridos fotográficos anteriores en sede policial, después de mucho tiempo de ocurrido el hecho, a tres meses el primero, a ocho meses el segundo, descartando el Comisario Williams a determinadas personas por un criterio meramente subjetivo, quedando la duda si en el segundo caso eran las mismas fotografías o eran otras, tampoco al realizarse el reconocimiento en rueda de personas en sede judicial, dio razones la Sra. G., que expliquen por qué estaba tan segura al indicar a Uribe, sólo dijo: " ahora tiene un poco más de barba, el cabello es el mismo. Sí es él", conforme acta de la Oficina Judicial del 30 de junio de 2009.

Comparto lo sostenido por Maximiliano Hairabedian, en la nota titulada: "Mecanismos para reclamar la supresión de fotografías de registros policiales" publicada en "Ejercicio concreto del poder penal, límites, abusos y desafíos" José I. Cafferata Nores, compilador. Ed. Mediterránea, Pág.311/312, donde con el subtítulo: Consecuencias de los señalamientos y sindicaciones erróneas, dice: "El recorrido fotográfico puede ser una herramienta útil y válida para orientar una investigación, pero como es una medida de

investigación a tal fin, debe tenerse en cuenta que los señalamientos y sindicaciones que se puedan producir, por sí solos, tienen escasa importancia conviccional, más aún cuando proceden de un solo testigo, por ser frecuentes los errores. Experimentos sobre el cerebro humano demuestran que la facultad de reconocer a una persona o su imagen se genera en el hemisferio derecho de dicho órgano, por lo que determinadas lesiones (por ejemplo en el lóbulo parietal derecho) pueden afectar la efectividad del acto. Pero aún bajo condiciones mentales normales, no sólo la práctica demuestra el alto margen de error. En el experimento de Penrod se simuló un ataque a una persona ante 141 testigos, de los cuales el 60% reconoció erróneamente a otros individuos. –en otras pruebas empíricas surgieron palmarios y frecuentes errores en la descripción previa y que no obstante se identifique a la persona. Establecido entonces que los señalamientos equivocados son una realidad comprobada e indiscutible, desde el punto de vista procesal ello puede llevar a que una persona sea imputada o sometida a distintas medidas probatorias o coercitivas (v. gr. reconocimiento en rueda de personas, allanamiento de morada, detención, etc). Si el señalamiento fotográfico no pudo ser confirmado por las diligencias posteriores practicadas o éstas lo desvirtuaron (por Ej. suele suceder que se indique a personas que a la fecha del hecho han estado en la cárcel), el estado de inocencia del señalado quedará sin afectación y se archivará o cerrará el proceso.”

El hecho de que se le hayan mostrado fotografías previo al reconocimiento no impide su realización ni es causal de nulidad, pero su valor será variable según las reglas de la sana crítica. En este punto la Sra. G. se limitó a afirmar que es esa la persona, dijo: “sí es él” y se quedó pensativa, evocando un recuerdo, lo que le resta fuerza convictiva porque ya le habían mostrado su foto dos veces.

Aquí haré una pequeña cita de un clásico, Eduardo Jauchen (Tratado de la prueba penal, Pág. 481), “Por vía

jurisprudencial se ha resuelto reiteradamente que la circunstancia de que en sede policial se haya efectuado una previa identificación fotográfica de los autores del hecho, ello no invalida el reconocimiento posterior en rueda de personas realizado en la instrucción judicial. Sin embargo no caben dudas que ante un supuesto semejante este último experimentará una gran pérdida de su idoneidad acreditante. Ello así debido a que la muestra fotográfica habrá de interferir necesariamente en el proceso evocativo del reconociente, quien ante el segundo reconocimiento no podrá recordar con plena espontaneidad por la interposición previa de aquella imagen”.

Por lo que llego a la conclusión que el testimonio de la víctima y el reconocimiento en rueda de personas en esas condiciones, ante la firme negativa del imputado, son insuficientes para tener por probada la autoría por lo que debe revocarse la sentencia y absolverse a E. U. por este hecho y así lo voto.

En cuanto a la solicitud de la Defensa de que la Cámara Penal asuma competencia positiva y fije la pena por el hecho ocurrido el 27 de julio de 2007 -que no ha sido objeto de la impugnación-, aplicándole el mínimo legal, entiendo que por razones de economía procesal este Tribunal puede asumir dicha competencia e individualizar la sanción, ya que existió un debate sobre la pena y no causa agravio a la Defensa.

Conforme la calificación dada al hecho, robo calificado por escalamiento, de los arts. 167 inc 4 en función del art. 163 inc 4 y 42 y 44 del C. Penal, la escala penal es de tres a diez años de prisión, la que se debe reducir en la mitad el mínimo y un tercio el máximo, aplicando el plenario Villarino, Martín de la Cámara Nacional de Casación Penal, lo que arroja un mínimo de un año y seis meses de prisión.

No voy a considerar los agravantes valorados por este hecho, ya que son circunstancias previstas en el tipo y no pueden valorarse conforme el art. 41 del C. Penal, como ser la audacia al escalar techos e ingresar al negocio por un boquete, por lo que estimo razonable y ajustado a derecho la aplicación del mínimo legal, y así lo voto.

Para contestar al segundo agravio de la Defensa, la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, tendré en cuenta que debe ser una decisión de última ratio, cuando no exista otra alternativa posible, por lo que la prudencia me exige, que primero verifique si en el caso concreto se daban las condiciones legales para que los jueces lo declaren reincidente. Efectivamente surge de la sentencia que E. U. fue condenado en juicio abreviado, a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, por sentencia del 5 de agosto de 2008, en el incidente de ejecución N ° 11, caratulado: "U., E., comprensivo de la carpeta N ° 779 (legajo Fiscal N ° 6658). La segunda condena que ha quedado firme porque no fue objeto de la impugnación es por el hecho ocurrido el 27 de julio de 2007 en perjuicio del local comercial "S. F.", que es anterior a la condena por lo que este caso debió integrar el concurso real con los otros hechos tenidos en cuenta en el juicio abreviado del 2008, por lo que corresponde en este caso unificar las condenas conforme la regla del segundo párrafo del Art. 58 del C. Penal (cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas). Resultando aplicable lo dicho por C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª., 12/11/1992, en Quiroga, Delfor A. (de Codigo Penal Comentado, Horacio J. Romero Villanueva, Pág. 229): "Dictadas dos sentencias independientes por hechos unidos entre sí por la norma concursal del Art. 55 del C. Penal, es aplicable el Art. 58 del mismo Código que subsana la anomalía y manda pronunciar una pena unificada, para lo cual no es óbice que en el otro proceso se haya cumplido íntegramente la sanción privativa de la libertad aplicada."

Por lo que en este caso no se dan los presupuestos del art. 50 del C. Penal para que se declare la reincidencia, por lo que dicha declaración debe dejarse sin efecto y así lo voto.

En cuanto a la posibilidad de tratar su libertad condicional y unificar las condenas, no somos competentes conforme lo dispuesto por el art. 71 inc a del C.P.P., por lo que una vez firme la presente deberá reenviarse al Juez de Ejecución a esos fines.

Por último corresponde regular los honorarios de la Defensa Pública en esta instancia, conforme las pautas de la ley XIII N ° 4 arts. 5, 7, 13 y Ley V N ° 90 Art. 59, por la calidad del trabajo y resultado favorable obtenido, coincidiendo con el monto propuesto por la Dra. Mónica Rodríguez. Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo: que el agravio de la defensa en cuanto a la insuficiencia probatoria para llegar a la certeza de autoría debe prosperar por las siguientes razones. En primer lugar porque la sentencia tiene por verificada la hipótesis acusatoria en base a prueba indiciaria y ésta la construyen los jueces en base a hechos que no se pueden tener por probados en forma inequívoca. En efecto, obsérvese que todo gira en torno a la testimonial de la víctima que refiere, a su vez, al reconocimiento que efectuara la misma del acusado. Pero ocurre que el mentado reconocimiento- si bien efectuado con todos las formas que garantizaron la defensa en juicio- se encuentra seriamente disminuido en su valor conviccional, puesto que hubo dos actos anteriores protagonizado por la víctima que así lo indican: el primero, cuando en oportunidad de efectuar un reconocimiento fotográfico a tres meses del hecho reconoce a cinco personas y el segundo a ocho meses de ocurrido el hecho. Si bien en este último caso no dudó, no podemos tener tal acto como sólido, pues no sabemos si se hizo sobre las mismas o

distintas fotografías. A todo ello, únase que la descripción que da del acusado, previo al reconocimiento, tal como lo dice la jueza García, es muy genérico y se corresponde con las características de gente común y corriente.

Si a todo esto le sumamos que no existió en el caso elemento objetivo alguno corroborante del reconocimiento - secuestro de dinero o prendas, etc.- tenemos un cuadro probatorio muy feble como para sostener la certeza que requiere toda sentencia condenatoria que quiera apoyarse en prueba indiciaria, pues sabido es que tanto doctrina como jurisprudencia exigen de esa prueba que se trate de varios hechos y, fundamentalmente, que ellos se encuentren probados en forma indubitable, lo que , como se observa de las anteriores reflexiones, no se da en este caso.

En cuanto al agravio de la reincidencia hay que declarar que deviene abstracto en virtud de la absolución que se propugna en el presente voto.

Respecto de la pena que le corresponde en definitiva al acusado por el otro hecho juzgado en el presente caso, disiento con los colegas en cuanto a fijar el monto respectivo. Especialmente porque la individualización de la pena debe hacerse después de la contradicción y debate sobre todos y cada uno de los hechos integrantes que señala en forma ejemplificativa el artículo 41 del Código Penal, no pudiendo salvarse tal obstáculo con el argumento de que le corresponde el mínimo al condenado, ya que inclusive puede perforarse tal mínimo si se demuestra en debate que su culpabilidad normativa así lo exige. Además de tal argumento, corresponde señalar que se lo estaría privando al condenado de una instancia ordinaria como para impugnar el monto de la pena y el modo de cumplimiento de ella.

En cuanto a los honorarios, tanto por el trabajo realizado como por el resultado exitoso obtenido, estimo justo los honorarios justipreciados por mis colegas preopinantes. Así lo voto.

Por las consideraciones expuestas la Cámara en lo Penal de Trelew, con la disidencia parcial del Sr. Juez Omar Florencio Minatta, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1°) Revocar parcialmente la sentencia impugnada en lo que ha sido objeto de recurso y absolver a E. U., argentino, soltero, hijo de J. A. y de R. del C. M., DNI N ° **.***.***, domiciliado en calle xxxxxxxx xxxxxxxxxx N ° *** de Trelew, respecto del hecho calificado como robo con armas, ocurrido en esta ciudad el día 3 de octubre de 2008, en perjuicio de G. C. G..

2) Fijar en un año y medio de prisión la pena de E. U., respecto del hecho por el que fuera declarado autor responsable en la sentencia impugnada, ocurrido en Trelew, el 27 de julio de 2007, en perjuicio de S. B., propietario del local “S. F.” (Carpeta N ° 1918 de la OJTw), y que fuera calificado como robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (Art. 167 inc. 4° en función del Art. 163 inc. 4°, 42 y 44 del Código Penal).

3°) Revocar la declaración de reincidencia dictada sobre E. U..

4°) Firme la presente, remitir los autos al Sr. Juez de Ejecución a los fines dispuestos en los considerandos pertinentes (art. 72 inc. 7°, 394 y ccdts. del Código Procesal Penal).

5°) Adecuar el pronunciamiento sobre costas, eximiendo al nombrado del pago de las mismas en relación a la Carpeta N° 1945 OJTw, regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por la labor desarrollada en esta etapa, en la suma de pesos un mil doscientos ($ 1200), de conformidad a lo dispuesto por los art. 5, 7 y 13 de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2200- y art. 59 de la ley V N° 90 -antes 4920).

6°) Regístrese, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (art. 331 CPP).

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**

Se deja constancia que el presente documento no es firmado materialmente por la jueza Nelly García, quien ha remitido su voto en formato digital a esta sede, vía correo electrónico y con su correspondiente firma digital.

Registrada con el Nro. 21 /2010 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Pedelaborde
Secretario