En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de agosto del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Rubén Portela y Mónica Rodríguez, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **“R. J. p.s.a. de Robo Agravado” (Carpeta 2492 OJ Tw – Legajo 23822 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el imputado J. N. R., con la asistencia técnica de la Defensa Pública, contra la sentencia Nro. 1345/11 OJ Tw dictada en fecha 17/06/11.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 08/08/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. N. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron la Dra. María Angela Gómez Lozano como su Defensora técnica y el Dr. César Zaratiegui en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela, y Omar Florencio Minatta.

La juez Mónica Rodríguez dijo:

Como prólogo de mi voto, he de efectuar una sucinta reseña de los antecedentes del caso, así como de los agravios que motivaron la impugnación traída a conocimiento de esta Cámara en lo Penal.

Mediante sentencia Nro. 1345/11 OJ Tw dictada en fecha 17/06/11, el acusado J. R. fue condenado a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en carácter de coautor (arts. 45 y 166, inc. 2do., 2do., párrafo del C.P.), por el hecho cometido el día 04 de marzo de 2010, alrededor de las 20:30 horas aproximadamente, al local comercial “E. M.”, propiedad de S. C., ubicado en calle Pellegrini *** de Trelew.

Impugnada la sentencia, y como argumento central de los agravios –cuyos fundamentos luego fueron ampliados por la Defensa en la audiencia del art. 385 CPP-, el imputado cuestionó la coautoría del hecho ilícito que se le atribuye, así como los fundamentos de la pena impuesta.

1. En orden a la coautoría enrostrada, sostuvo que estamos ante una sentencia nula por haberse valido los jueces de condena de prueba ilegal, cuales resultan ser los reconocimientos fotográficos y en rueda de personas concretados por los testigos R. y C., instrumentos estos últimos sobre los que también observa que no concurren los presupuestos que el código adjetivo impone para su válida incorporación al debate.

Así, luego de reproducir los fundamentos que vertieran los jueces de condena para fundar la responsabilidad de su asistido y los testimonios de la Sra. R. y el Sr. C. durante el debate, afirma que resulta inexacta la valoración de los mismos, toda vez que la testigo R. afirmó durante el debate que en sede policial horas después del hecho se le exhibió una sola foto, la correspondiente a R. y al que reconociera como aquel que le sacara el maletín y pidiera el dinero de la caja. En relación a esta actividad policial, afirma que la misma no correspondía llevarse a cabo, toda vez que la inteligencia ya contaba con un sospechoso, atento que la Oficial T. lo había visualizado dos horas antes a dos cuadras del local comercial y que ésta lo conocía por otro hecho, por lo que,–afirma-, lo debido era efectuar un reconocimiento en rueda por estar ante un sospechoso y saberse el domicilio del mismo.

Sin perjuicio de ello la Defensa cuestiona del Tribunal que sin perjuicio de sostener que la testigo R. fue creíble y veraz en cuanto al citado recorrido fotográfico, sostiene que la testigo se encontraba nerviosa en aquélla actividad y que el citado recorrido se concretó conforme luce en el acta correspondiente, dándole sustento a lo declarado por el Oficial H., responsable de realizar el mismo, quien durante su deposición manifestó no recordar concretamente el mismo, pero que consideraba que se efectuó conforme a procedimientos similares, por lo que entiende que darle crédito al testigo H. quien, reitera, solamente recordó haber realizado un recorrido fotográfico a un hombre y una mujer y no a la testigo R., quien afirmó que se le exhibió una sola foto, correspondiente a su cliente, resulta analizar la prueba en contra de los principios de la sana crítica, no respetando la lógica y la experiencia, tornado a la sentencia en arbitraria por haberse probado en juicio que el reconocimiento fotográfico en el que participó la testigo R., constituye un acto ilegal por entender que se acreditó que se indujo a señalar determinado sujeto, el Sr. R..

En cuanto al reconocimiento fotográfico que concretara el testigo C., sostiene que sin perjuicio de sí haberse efectuado un recorrido, la persona a la que debía reconocer era a quien le había efectuado el disparo, sin perjuicio de ello, luego de haber conversado con su esposa, la Sra. R., identifica a R. pero como aquélla persona que había ingresado dos horas antes al local comercial, suponiendo que era la misma, medida esta que también cuestiona atento que ya se contaba con un sospechoso, habilitando de tal modo un reconocimiento en rueda de personas y no como se procedió.

Con cita doctrinaria, sostiene que el reconocimiento fotográfico resulta ser un acto irreproducible porque en caso de realizarse sin las formalidades y recaudos adecuados, como en el caso de la testigo R. a quien se le exhibiera una sola fotografía y por así considerarlo la doctrina como las teorías psicológicas, ello impacta en la psiquis de una persona, en su memoria y graban la impronta de determinados rasgos que pueden llegar no a desaparecer pero sí mutar los rasgos originales de la persona que debía ser reconocida y que conforme a dicha interpretación el reconocimiento fotográfico de la testigo R. resulta ser nulo y conforme a la doctrina del fruto del árbol envenenado, que apareja la nulidad de los actos posteriores que tuvieran origen en esa pesquisa, el reconocimiento en rueda de personas también se encuentra alcanzado.

2. En cuanto a las actas de reconocimiento en rueda de personas sostiene que en sí mismas resultan nulas, toda vez que no cumplen con recaudos esenciales que lo habiliten como tal, de conformidad con lo normado por el art. 210, 3er. Párrafo y art. 211 del Código Procesal; señalando al respecto que de las actas correspondientes no emerge que los testigos hayan brindado descripción alguna de las personas a reconocer y que sin perjuicio de ello, los jueces unánimemente han entendido que las mismas pueden ser saneadas por obrar en las actas de fs. 1/3 y 5, descripciones efectuadas por la testigo R., destacando que las allí efectuadas resultan ser diferentes, por lo que en modo alguno puede validarse los mismos para el cumplimiento de la medida procesal que cuestiona. Que sin perjuicio de ello señala que tampoco procedía sus incorporaciones al debate, por ausencia de la video grabación de los

mismos, por lo que de conformidad con el art. 211, el cual prescribe como condición su existencia y que su incumplimiento producirá la invalidez de dicha diligencia, solicitando que así se declare, invocando doctrina y jurisprudencia.

3. Como siguiente agravio invoca orfandad probatoria para tener por acreditada la autoría de su cliente.

En tal dirección señala que de acogerse las nulidades de las pruebas que reseñara, afirma que no existen otras pruebas que permitan vincular a su cliente con el hecho, destacando que solamente quedan como elementos, lo sostenido por el Sr. C. que afirmó haberlo visto dos horas antes en su comercio “M.” y lo afirmado por la Oficial T., quien dijo haberlo visto dos horas después del hecho en cercanías al citado comercio, cuestión que el propio R. reconoció cuando se dirigía a su domicilio, que en el allanamiento efectuado en su domicilio no se encontró arma alguna, ni dinero, sí una campera verde que no se relaciona en nada con la campera beige que mencionara la Sra. R.; tampoco hay huellas que pertenezcan a su defendido y no existir otros testigos que lo hayan visto en el lugar, por lo que, con citas doctrinarias, señala que la prueba que queda de la producida en el debate, solamente resultan ser indicios insuficientes como para comprobar la autoría en cabeza de R., no habilitando estos en modo alguno lograr el grado de certeza para el dictado de una sentencia condenatoria, ya que lo único que queda es el indicio que R. estuvo en la zona en algún momento de esa tarde, por lo que solicita de este Cuerpo que asumiendo competencia positiva, anule el fallo y disponga su absolución.

4. Como último agravio, la defensa sostiene que el Tribunal de juicio al imponer la pena de ocho años de prisión a su asistido, incurrió en una doble valoración, al considerar los mismos extremos que consideró el Legislador para elevar el mínimo del tipo penal escogido, esto es, el perjuicio patrimonial, la fuerza en las cosas o violencia sobre las personas y el empleo de un arma de fuego, por lo que solicita que se le imponga el mínimo de seis años y ocho meses.-

5. Por su parte el Ministerio Público Fiscal en su responde y luego de efectuar consideraciones respecto de la labor que entiende debe realizar este cuerpo en cuanto a observar si los jueces de condena han respetado las reglas de la sana crítica racional, sostiene que los jueces han explicado

suficiente las razones por las cuales han considerado que R. es coautor de robo agravado por el uso de arma de fuego y también han explicado la pena impuesta, como asimismo que resultan adecuados las respuestas que los mismos brindaran a los planteos reeditados ante esta Cámara.

Ingresando directamente en los agravios sostenidos por la Defensa, el Sr. Fiscal principia su exposición tratando el cuestionamiento sobre el monto punitivo que le fuera impuesto a R., afirmando que la misma ha sido debidamente sopesada por los Sres. Jueces y que si bien comparte con la Defensa que el tipo penal en tratamiento lleva ínsito un plus de violencia, entiende que la misma debe ser analizada en cada caso para fijar la pena, resultando del caso bajo análisis, un arma fue disparada sobre la cabeza del Sr. C., sino incluso hubo violencia física como así también la utilización de un cuchillo, por lo que la violencia debe ser analizada en cada caso, siendo receptado a su vez en los arts. 40 y 41 del C.P., destacando que el hecho fue de una absoluta gravedad, de un alto nivel de violencia.

5. De seguido, respecto de los planteos nulificantes que formulara la Defensa, rechaza los mismos por entender que no se han incumplido reglas procesales que habiliten dichas sanciones. Así, con cita doctrinaria, sostiene que nuestro Código Procesal rechaza la teoría ritualista, cuando dispone que se agoten todas aquellas tareas a fin de preservar los actos del proceso, recurriendo a la nulidad como ultima ratio, siendo ello lo considerado por el Tribunal de juicio en cuanto señalan que la inobservancia de un requisito para el reconocimiento en rueda no lo hacen nulo cuando el imputado ya venía siendo reconocido, describiéndole en al menos dos oportunidades, como asimismo destaca que en el reconocimiento en rueda de personas estuvo presente la Defensa y que también fue convocada a la realización de los recorridos fotográficos.

Sostuvo que se efectuaron tres reconocimientos en rueda de personas y que los mismos fueron positivos y que si bien el testigo G. no concurrió al debate, lo cierto es que quedó registrada en un acta cuál fue su participación en el reconocimiento positivo de R. y que la contundencia de dichos reconocimientos llevaron a este a reconocer en el debate que estuvo en el lugar del hecho.

En cuanto a los recorridos fotográficos que también se cuestionaran, destaca que los mismos se corresponden con actividades de pesquisa y sin perjuicio de haberse labrado actas de los mismos y que obran a fs. 5 y 6 del legajo de prueba, resulta ser un medio de investigación, citando doctrina al respecto. Así, en relación al acta que se labrara del recorrido fotográfico de la Sra. R., ésta reconoció haber intervenido en dicho recorrido como asimismo su firma inserta en la misma y en igual sentido lo realizó el responsable de dicha diligencia, al Suboficial R. H., que si bien no recordaba puntualmente el acto, sí explicó lo que corrientemente se hace y en cuanto a la sospecha que se efectúa a la Policía, en cuanto se le exhibió a dicho testigo una única foto a los efectos de incriminar a R., no encuentra explicación de porqué no se hizo lo mismo con los testigos C. y G., concluyendo que si lo que se quería hacer era solo individualizar a la persona de R., esa es la forma en que deberían haber actuado, incluso con un informe falso hubiera bastado y si ese era el sentido, no encuentra explicación el no haber hecho igual operación para involucrar a los otros dos delincuentes que habían ingresado con R..

Señaló en relación a las prendas secuestradas en el allanamiento que se realizara en el domicilio de R., en cuanto se obtuvieran dos camperas, destaca que una es la que reconoce la oficial T. como la que llevaba puesta R. y la restante -en cuanto se sostiene que la policía la llevó por que le parecía-, surge claramente del acta que esta última tenía relación con otro hecho, por lo que concluye al respecto que si el sentido también era por este medio involucrarlo en el hecho, también se hubiera podido cargar algún arma o algún otro elemento, lo que no sucedió.

En cuanto a lo sostenido por la Defensa en cuanto a la testigo se le exhibió una sola fotografía, señala que a preguntas de su partes si eran fotos, la misma le respondió que sí, entiende se ha manipulado su declaración, solicitando del cuerpo que se analicen al respecto, lo sostenido por los jueces del debate.

6. Respecto de la orfandad que invoca la Defensa, señala que también emerge una prueba relevante y que fuera recogida por los jueces del debate, resulta ser la propia actividad que realizó la madre de R. y de la que diera cuenta el testigo C. quien sostuvo que fue a su negocio a pedirle por favor que levantara la denuncia porque él no había disparado, siendo

efectivamente ello lo sucedido, esto es, que N. R. no le había efectuado el disparo de arma.

7. Finalmente concluye afirmando que existen elementos suficientes para condenarlo y que las cuestiones traídas por la Defensa fueron correctamente analizadas, rechazadas las nulidades y que respetando las reglas de la sana crítica, J. N. R. fue condenado, por lo que la sentencia debe ser confirmada.

8. La Sra. Defensora agregó que no se objetó oportunamente el reconocimiento fotográfico, pues en el curso del debate toma conocimiento que la testigo R. había visto una sola foto, surgiendo además de la sentencia y audio correspondiente que su parte en modo alguno manipuló a la testigo. En cuanto a las formalidades que señalaran respecto de los reconocimientos en rueda de personas, señala el Código Procesal requiere lo mínimo exigible, por lo que mantiene su pedido de nulidad.

9. Finalmente hizo uso de la palabra el imputado N. R., sosteniendo su ajenidad con el hecho, que no existen pruebas que lo vinculen al mismo, siendo vinculado por hechos anteriores, pero que en modo alguno tuvo participación alguno en el presente caso.

10. Sintéticamente, la Defensa señala que la decisión incriminatoria a la que arriban los Jueces del mérito se funda en una valoración errónea de la prueba de cargo y, particularmente, en la admisión de prueba ilegal.

Sostiene, básicamente, que en las diligencias de señalamiento de su representado, tanto en un recorrido fotográfico hecho en sede policial como en la diligencia judicial de reconocimiento en rueda de personas llevados a cabo en la etapa de investigación, se han cometido graves irregularidades, vicios que no admiten saneamiento posterior alguno en tanto han vulnerado garantías constitucionales de su defendido.

11. El acusado ha negado toda participación en el evento, indicando que se lo involucra a partir de la exhibición de una fotografía suya a la víctima. Manifiesta que si bien ese día estuvo en las proximidades del comercio damnificado y que, incluso, pudo haber ingresado allí a comprar, ello ocurrió aproximadamente dos horas antes del hecho, habiendo demostrado a través de testigos que con posterioridad se volvió a su barrio, distante unas treinta cuadras del lugar en que se cometió el ilícito.

12. He de ingresar derechamente a analizar aquello que constituye el núcleo de la crítica que formula la recurrente, anticipando que, según entiendo, sus cuestionamientos han sido indebidamente rechazados, como he de justificar, particularmente en cuanto a la admisión de prueba obtenida con violación a garantías constitucionales.

A riesgo de abundar en cuestiones que pueden parecer obvias para un investigador penal, cabe recordar que el denominado “recorrido o muestreo fotográfico” es una medida inicial de investigación, que se lleva a cabo cuando se desconoce a los partícipes de un hecho delictivo, consistente en la exhibición -a testigos o víctimas- de fotografías existentes en sus archivos, con el propósito de dirigir la pesquisa tendiente a individualizar a los culpables.

Si bien no constituye una medida de prueba en sentido estricto, como se verá, cabe alertar desde un principio que no puede minimizarse su eventual relevancia, pues ocurre con frecuencia que el recorrido, en lugar de señalar “fisonomías” en forma genérica, concluye con un señalamiento contra persona determinada.

A diferencia de la medida descripta, existe el reconocimiento fotográfico, diligencia procesal que consiste en la exhibición de una foto del sospechoso, junto a otras fotografías de personas con similares características físicas. Este último recaudo obedece a la necesidad de evitar el riesgo de sugestión que provocaría en el reconociente una única imagen. Se trata, en realidad, de un sucedáneo del reconocimiento en rueda de personas, taxativamente regulado en el art. 210, anteúltimo y último párrafo, CPP-, que suple a éste cuando el individuo a reconocer está individualizado pero no puede ser habido. Exige las formalidades de esta última medida y, por ende, cuando ha sido regularmente realizado reúne objetiva y subjetivamente (contradicción y presencia del juez, respectivamente), el carácter de un anticipo jurisdiccional de prueba.

Como se advierte, ambos tipos de diligencias tienen finalidades disímiles y, también, distintas exigencias formales. En un caso se trata –o debería tratarse- de orientar a los investigadores sobre una “tipología” de personas, mediante la observación de numerosas fotografías; en el otro, de afirmar o, en su caso, descartar la identidad entre el autor del hecho y una de las personas cuya foto se le exhibe, junto a otras semejantes, para evitar la inducción.

Sin embargo, siendo que la observación de una fotografía implica una experiencia psicológica única para el reconociente, sea cual fuera el tipo de diligencia de que se trate, como bien explica la doctrina, así como que, además, suele otorgarse al "señalamiento" una importancia sobredimensionada en el proceso -digo así pues el riesgo de error es muy alto y con frecuencia minimizado-, es necesario ponderar con sumo detenimiento las circunstancias que rodearon en el caso la indicación o señalamiento que se ha hecho del acusado como posible autor del hecho.

Liminarmente debo recordar que la doctrina ha dicho, no sin razón, que "...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 mencionado autor advierte acerca de 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 (influjo de emoción, de temor, defectos de la atención, sugestión, tiempo transcurrido, etc).

Por eso, los investigadores deben tener presente que la medida de "muestreo fotográfico", al menos como se la practica habitualmente, merece reparos u objeciones que no deben ser menospreciados. Máxime teniendo en cuenta que en los primeros momentos de la pesquisa es "...donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento...", para decirlo en términos de Andrés P. Ibáñez.

Los reparos vienen dados, de un lado, por el perfil altamente discriminatorio que tienen los "álbumes" policiales, ya que están integrados por fotografías de personas prontuariadas, como si tal circunstancia las convirtiera *per se* en sospechosas de todos los delitos cometidos en la jurisdicción con posterioridad. Al respecto, resultan sumamente ilustrativos los argumentos dados en el voto del juez Mario Alberto Juliano, en la causa: "H., F. G.. Robo" (Expte. T.C. Nº 37-339), del Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Necochea, sentencia del 7/02/2000.

Pero, además de su potencialidad lesiva de los derechos individuales, tal práctica repercute también en la eficacia de la investigación, pues no puede seriamente descartarse que en una segunda diligencia –sea de reconocimiento personal o fotográfico- la imagen histórica resulte desplazada o sustituida por la del primer reconocimiento (el del “álbum”), lo cual ha llevado a un sector de la doctrina y de la jurisprudencia a afirmar que una vez efectuado un señalamiento en particular, aún en un muestreo fotográfico, no puede reproducirse válidamente en el proceso ningún otro tipo de reconocimiento.

Así, se ha dicho: “Es que no puede descartarse que en el reconocimiento en rueda de personas la imagen adquirida en el previo de fotografías persista en el testigo, superponiéndose a la percepción originaria, lo que vuelve dudoso al acto, pues la imagen incorporada viene a interferir en la cadena de evocación espontánea” (Superior Tribunal de Río Negro, SE. 54/08, “Fiscal de Cámara Primera Circunscripción Judicial Dr. J.R.P. s/ Queja en: ‘C., F. R. s/ Robo calificado” (Expte. Nº 22765/08).

13. Sin embargo, aún cuando se considere que la realización de un recorrido fotográfico no impide el reconocimiento en rueda de personas posterior, debe advertirse que cuando las autoridades encargadas de la persecución penal deciden emplear este recurso, sea la policía o el Ministerio Público Fiscal –y en particular este último, que no tiene la obligación de esclarecer el hecho sino de construir la imputación penal, a partir de evidencias capaces de adquirir el carácter de prueba legal en el juicio-, deben extremar al máximo los recaudos en su realización, a fin de asegurar la mayor objetividad y fiabilidad posibles en la obtención de la información buscada, si acaso pretenden que la misma provoque efectos procesales en contra de persona determinada. Asimismo, deben asumir que un eventual reconocimiento en rueda posterior ya no tendrá la misma fuerza convictiva que otro surgido a partir de evidencia independiente.

A modo de conclusión de este primer análisis, viene al caso recordar los conceptos vertidos recientemente por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, en fallo que aborda con profundidad la cuestión en tratamiento, pudiendo leerse: “A partir de los obstáculos indicados, resultaría de mayor eficacia recurrir a los ‘retratos hablados’ en lugar de a los álbumes policiales. Aunque, de no contar con aquellos, el álbum puede suplirlos, en la medida en que sea usado solo como la posibilidad de

restringir el universo de opciones propio de los casos de autores ignorados a uno más pequeño, pues el señalamiento de un individuo en tal álbum debería operar como la descripción de una morfología y no de un sujeto, sin perjuicio de que a partir de allí se desprenda una sospecha sobre tal sujeto, y todos aquellos afines en cuanto a características físicas" (del voto del juez Montenovo, Carpeta Nº 2.399, Legajo Nº 22.972, OJCR, sentencia de fecha 10 de mayo de 2011).

14. En el caso, la cuestión ha configurado el núcleo central de la crítica al fallo, al poner en tela de juicio la legalidad con la que se habría llevado a cabo la cuestionada práctica por parte de la policía, irregularidad que determinaría, lógicamente, la invalidez del acto procesal consecuente (rueda de personas).

La Defensa afirma, por una parte, que esa diligencia de recorrido fotográfico jamás debió realizarse, pues en el momento en que se llevó a cabo ya existía para la prevención policial una sospecha contra la persona de R., según los propios dichos en el debate de la funcionaria actuante, oficial T.. Agrega que en juicio quedó demostrado, a través del testimonio de la víctima R., que se trató de un acto ilegal basado en la exhibición de una única fotografía –la del acusado- como posible autor, lo cual implicó una indebida inducción a señalar a su defendido como uno de los autores del ilícito. Ello así, a pesar de lo que pretendiera plasmarse en el acta policial de fs. 5 del legajo de prueba fiscal como recorrido fotográfico.

Considero que lleva razón la Defensa cuando afirma que no correspondía en el caso realizar un muestreo de fotografías, puesto que instantes después de cometido el ilícito ya existía un estado de sospecha contra el acusado. Así surge de la declaración testimonial en debate de la funcionaria de policía interviniente en el procedimiento, Oficial T., quien convocada a intervenir en el lugar del hecho (confecciona el acta inicial), relacionó haber visto, una hora u hora y cuarto antes –según sus dichos-, en inmediaciones (esquina de C. y P.) del comercio damnificado, a R., persona de antecedentes penales y similares características físicas con las notas descriptivas dadas por una de las víctimas en relación a uno de los malhechores.

Siendo ello así, puede válidamente afirmarse que existían para la prevención posibilidades de encontrar al sospechoso y realizar, directamente con él, una rueda de reconocimiento de personas, con las formalidades previstas en los arts. 210 y 211 CPP.

Opino que este defecto inicial, por sí solo, no alcanzaría para invalidar lo actuado, fruto quizá del vértigo que genera la pesquisa ante un ilícito de tal gravedad, sin que ello implique caer en un excesivo rigor formal.

Pero lo que no ha podido descartarse con certeza en el proceso es la seria sospecha de que la diligencia de muestreo fotográfico haya sido llevada a cabo de modo prohibido, ante el señalamiento concreto de una fotografía, incerteza que debe resolverse en sentido favorable al acusado, pues de haber concurrido el referido vicio no podría, en modo alguno, convalidarse, así como tampoco las medidas derivadas directamente de dicha irregularidad,

Corresponde, pues, analizar en detalle los dichos de la víctima G. N. R., de la que no cabe sino predicar una total verosimilitud y sinceridad, como bien lo resalta la jueza Servent en su voto. La testigo, interrogada por la Fiscalía para que diga si a la persona (ladrón) que ella le describe la reconoció con posterioridad al hecho, contesta: “Si, me mostraron una fotografía primero, a ver si era la persona que yo decía”. El Fiscal, soslayando esta primera luz de advertencia, continúa interrogando “¿Y lo pudo reconocer en fotos? A lo que la testigo responde: “Sí”. “¿Y en tribunales también lo pudo reconocer, en una diligencia en rueda de personas?” “Sí”.

Es la Defensa quien va a intentar despejar esa relevante duda, interrogando nuevamente sobre el tema a la testigo: “Ud. mencionó que le mostraron una fotografía, ¿puede explicarnos como fue el reconocimiento fotográfico? Y la declarante reitera: “Bueno, me llevaron y me lo mostraron, nada más, a ver si era la persona que yo decía, que yo describía”. La Defensa insiste: ¿Le mostraron la foto de ... (no se escucha si alcanza a pronunciar el apellido del acusado), contestando R.: “Si”.

15. Los Jueces del mérito, a partir todos de similares argumentos, a pesar de que otorgan credibilidad a los dichos de la víctima R., descartan la porción del relato en la que la misma refiere que le fue exhibida una sola foto en los instantes posteriores al hecho: la del acusado. Para desechar esa parte del testimonio los Jueces se basan en el contenido del acta de fs.

5 –constancia policial de la diligencia- y, además, en el hecho de que el procedimiento seguido con la otra víctima, C., fue diferente, ya que a éste le exhiben muchas fotografías.

No encuentro razón suficiente en los mencionados argumentos, pues considero que no cabe otorgar mayor fuerza probatoria a una mera atestación policial que a los dichos de la testigo reconociente en el propio acto del juicio oral. Contrariamente, entiendo que debe prevalecer el testimonio frente al contenido del acta, instrumento que no fue oralizado en el debate pues, justamente, comparecieron al juicio quienes intervinieron, a excepción del testigo de actuación que fue desistido por la parte acusadora. Además, el testimonio del policía H. no permite despejar la duda planteada, pues dice no recordar en particular la diligencia, brindando datos de cómo se procede en la generalidad de los casos.

Además, la circunstancia de que otro haya sido el proceder respecto del testigo C., quien dijo haber visualizado muchas fotos, no constituye un argumento de suficiente consistencia para descartar la afirmación de R., si se tiene en cuenta que la nombrada era la única de las víctimas que había visualizado al ladrón que, según la prevención, era morfológicamente similar a R.. Además, no es incompatible que le hayan mostrado a la testigo en particular la foto del acusado y que también haya visualizado otras.

Considero, así, que los elementos enunciados en la sentencia en modo alguno permiten descartar con certeza la posibilidad de que la víctima R. haya sido inducida a señalar al acusado como probable autor del hecho, a través de la exhibición de una única fotografía.

Tengo en cuenta, también, que los dichos de la funcionaria policial T. permiten inferir como viable, justamente, tal posibilidad -que le hayan exhibido a R. específicamente la fotografía del imputado-, contingencia que resultaría inverosímil si no hubiera existido sospecha contra ninguna persona.

16. Va de suyo que exhibir la autoridad policial a la víctima una fotografía de la persona que resulta sospechosa de haber participado en el hecho, es un acto con clara capacidad para inducir el convencimiento del reconociente, con sólo mediar similitud de aspecto físico entre ambas. Por

ello una actividad así debe ser llevada a cabo bajo estrictas formalidades legales, como se explicara más arriba, si acaso se pretende darle fuerza probatoria en el proceso.

Es que tanto para el reconocimiento en rueda de personas como para el fotográfico -actos definitivos e irreproducibles-, el código exige el cumplimiento de recaudos específicos en sus art. 210 y 211 CPP. Así, objetivamente no se satisface la garantía de la defensa en juicio en tales diligencias con el mero resguardo formal del principio de contradicción, sino que se exige la asistencia efectiva del defensor del imputado. Por otro lado, tampoco se conforma con la presencia del juez y el registro de lo actuado, sino que se requiere que el acto sea videograbado, para poder ser reproducido y, recién entonces, valorado por los jueces del debate.

Se trata de formalidades “sustanciales”, pues su estricta observancia no constituye un mero ritualismo sino la esencia misma de la garantía que se intenta proteger: en el caso, asegurar la inalterabilidad o intrastocabilidad del registro mnésico del testigo y la fiabilidad que puede atribuirse a la percepción visual que tuvo del autor en el momento del hecho.

Valorar información obtenida sin estricto cumplimiento de los resguardos formales, plasmados en expresas reglas de procedimiento, implica en el caso una clara afectación del derecho de defensa en juicio del acusado, por lo que no puede sanearse, ni ser tenida en cuenta para fundar una sentencia de condena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, en relación al aspecto analizado, que “...las exigencias incumplidas no revisten el carácter de meras formalidades sino que, desde la perspectiva del derecho de defensa, configuran requisitos estrechamente ligados a la seguridad de la prueba de reconocimiento toda vez que tanto la rueda de personas como el interrogatorio previo a los testigos que hayan de practicarlo constituyen verdaderas válvulas de garantía que operan a favor de la exactitud, seriedad y fidelidad del acto en la medida que tienden a disminuir las posibilidades de error a fin de resguardar la sinceridad de la identificación”. (Fallos 329:5629).

17. Nada puede agregar, desde el punto de vista probatorio, el reconocimiento en rueda de personas posterior, por no haber sido zanjada la duda sobre la legalidad del recorrido fotográfico que le dio sustento.

Así, más allá de señalar que el soporte de videograbación de dichas diligencias no ha sido hallado y, por ende, no han podido los Jueces de mérito visualizarlo y ponderar válidamente su contenido, deviene abstracto, por todo lo dicho antes, profundizar la crítica que en tal sentido contiene la impugnación que se analiza.

18. Habiendo quedado descartada la posibilidad de valorar como prueba de cargo los reconocimientos, tanto fotográfico como en rueda de personas, es necesario precisar si acaso existen otros elementos de prueba que permitan apuntalar suficientemente la sentencia de condena.

Así, en punto a la cuestionada autoría, se ha ponderado el testimonio de una de las víctimas, G. N. R.. Considero que las referencias que hace la testigo sobre la persona de uno de los autores, el que ingresa en tercer lugar al comercio y la encañona con un arma a ella, sólo puede valorarse como demostrativo de la existencia de ciertos caracteres morfológicos similares entre los de ese asaltante y los que corresponden al acusado, en particular la estatura –entre 1.60 y 1.65 mt- y el cabello negro y corto. Sin embargo no resulta coincidente en cuanto al color de la piel, ya que la testigo primero dice que es una persona morocha y, luego, que es de tez trigueña, características ambas que no he advertido en el imputado, según la apreciación que he tenido en la audiencia del art. 385 CPP.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la testigo no ha brindado en su descripción ninguna característica física excepcional o extraña que, a modo de seña particular, permita relacionar específicamente al acusado con el hecho. Antes bien, las particularidades dadas, más allá de ciertas imprecisiones, no dejan de ser características físicas de una marcada generalidad, insuficientes para afirmar un juicio de identidad entre ambos, requisito esencial para su consideración como prueba de cargo.

En cuanto al testimonio de otro de los damnificados, S. D. C., entiendo que sólo puede valorarse en el sentido de que pudieron existir ciertas coincidencias físicas entre el asaltante que atacó a su esposa –según la descripción que ella le hace instantes después del hecho- y una persona que ingresó a comprar al comercio aproximadamente dos horas antes.

Pero quedó claro en el debate que este testigo no ve a la persona que encañona a su mujer, que sólo visualiza al que lo atacó a él –persona alta y vestida de oscuro-, y que en el recorrido fotográfico aparentemente reconoce a otras dos personas, además del acusado R..

Otro elemento valorado por los jueces es el testimonio de la oficial T.. La nombrada, como ya se refiriera, dice haber visto a R. en las inmediaciones del comercio asaltado, junto a dos personas más, aproximadamente una hora o una hora y cuarto antes del ilícito.

Más allá de que el propio R. ha reconocido haberse hallado por esa zona en el horario que indica T., el testimonio de esta última –tomado como indicio de presencia del acusado en cercanías del lugar del hecho- debe relacionarse con el brindado por I. del C. H. y M. B. Y..

Ambas testigos, aunque en particular la primera, exhiben claras notas de objetividad y verosimilitud, y permiten corroborar los dichos del imputado en el sentido de que si bien estuvo en proximidades del escenario de los hechos, luego regresó a su barrio, distante a unas treinta cuadras de la zona en donde ocurrió el asalto.

Por último, se han valorado como indicio de participación los dichos de la madre del imputado al testigo C., a quien entre otras cosas le dice que no había sido su hijo el que había efectuado el disparo. Se pondera en el fallo, en tal sentido, que la mujer sabía detalles del hecho “que sólo un involucrado podía conocer”. Sin embargo, en mi opinión, se trata de una circunstancia que la madre de R. pudo conocer a través de una simple conversación con el defensor técnico del acusado, pues desde el inicio de las actuaciones quedó en claro que el asaltante al que se relaciona con R. no fue el que efectuó el disparo de arma de fuego.

Un párrafo aparte merece, según entiendo, el reconocimiento de una campera secuestrada en el domicilio del acusado por parte de la agente T. en el acto del juicio oral. Lo que en un primer momento fue un categórico reconocimiento de la campera como aquella que portara R. el día del hecho, a partir del contraexamen de la Defensa pudo aclararse que sólo se trataba de una “similar”. La falta de objetividad que en el tema ha evidenciado la testigo no sería llamativa si acaso no fuera la misma persona que, en definitiva, es quien relaciona inicialmente al acusado como posible autor del hecho.

Por último, una breve consideración al argumento de que habría quedado descartada la coartada de R., cuando dijo que ese día había estado trabajando con un vecino, de nombre “R.”, que le pagó doscientos pesos por un trabajo de colocación de una ventana.

Más allá de no advertir por qué razón se valora esa circunstancia como coartada –ya que no coincide temporalmente con el hecho-, menos aún cabe descartar esos dichos a partir de un informe policial que afirma no haber localizado al tal “R.”, a poco que se analice el contenido del referido informe, del que surge que sólo fueron consultadas las familias F., H. y otros vecinos. La vaguedad de la mención, sumada a la ausencia de toda otra diligencia tendiente a esclarecer la cita, imponen restar toda relevancia al referido informe, máxime en perjuicio del acusado.

19. Llegados a este punto, es preciso recordar que la posibilidad de probar un hecho a través de prueba indiciaria o circunstancial está fuera de toda discusión. Sin embargo, tal modalidad probatoria jamás puede configurarse a partir de una sumatoria de sospechas o conjeturas, sino que sólo puede construirse a partir de la *certeza* de unos hechos (indicios), de los que puede *inferirse* el hecho indicado, por medio de un razonamiento basado en el *nexo causal y lógico* que existe entre los hechos probados y los que se intenta probar.

En el caso se advierte que excluidos los reconocimientos, indebidamente valorados como prueba de cargo, no subsiste más que el hecho cierto de haber estado R., aproximadamente una hora y media antes del hecho, en las proximidades del local comercial asaltado.

20. Es sabido que todo lo vinculado a la valoración de la prueba sobre los hechos en el proceso penal involucra el ámbito de acción de la presunción de inocencia, y que las conclusiones probatorias que se fijen –con exigencia de certeza- deben convencer más allá de toda duda razonable.

Es que el íntimo convencimiento por sí solo no alcanza, es preciso justificar lógica y jurídicamente la decisión. En el caso de autos advierto que el fallo no ha podido descartar, fundadamente, la legitimidad de las críticas asumidas por la Defensa en el debate, omitiendo la aplicación del

in dubio pro reo en la determinación fáctica de uno de los presupuestos de la imputación delictiva.

Siendo insuficiente, entonces, el cuadro probatorio reunido en autos para afirmar la autoría del acusado, 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 de J. N. R. respecto del hecho atribuido, calificado como robo con armas de fuego, cometido en perjuicio del comercio denominado “M.”, ocurrido en la ciudad de Trelew el día 4 de marzo del 2010, y su inmediata libertad (art. 333 CPP).

21. Los honorarios profesionales de la Defensa Pública deben justipreciarse en un 35 % de los fijados en la instancia de origen, de conformidad a lo dispuesto por los art. 5, 7 y 13 de la ley XIII Nº 4 –antes decreto ley 2200- y art. 59 de la ley V Nº 90 -antes 4920, y las costas deberán ser cargadas al Estado (art. 242 CPP).

El Juez Roberto Rubén Portela dijo:

Tal como se ha establecido en la carpeta de la Oficina Judicial nro. 2492, se dictó sentencia condenatoria respecto de J. R., por la que se le impuso la pena de ocho años de prisión en orden al delito de Robo agravado por el uso de arma de fuego en el carácter de coautor (arts. 166, inc. 2do. 2do., párrafo y 45 del C.P.), por el hecho que recibiera acusación y que fuera ya descripto suficientemente con anterioridad.

La Defensa impugnó dicha decisión jurisdiccional, centrando sus agravios, tal como puede observarse en el escrito recursivo, en los siguientes motivos: a) Valoración indebida del reconocimiento fotográfico y del reconocimiento en rueda de personas, realizado por la Sra. R.; b) Valoración indebida del reconocimiento fotográfico y rueda de personas del Sr. C.; c) Orfandad probatoria de acuerdo a lo verificado en el debate, a fin de acreditar la responsabilidad de su representado y d) Sentencia arbitraria pues el Tribunal de sentencia incurrió en la prohibición de la doble valoración a los fines de determinar la pena.

Hecha esta suscinta mención de los agravios en la que la Defensa se apoya para requerir la nulidad de la sentencia y como consecuencia de ello la absolución de su representado, paso entonces a analizar dicho pronunciamiento. Previo a ello es menester señalar que en la audiencia

prevista en el art. 385 del C.P.P., la Defensa ratificó el escrito oportunamente presentado; y por su lado la Fiscalía, conforme surge de la audiencia pertinente, rechaza el planteo defensista, solicitando que se confirme la resolución en forma integral.

Introduciéndome a las cuestiones traídas por la Defensa, debo ineludiblemente referirme a la actividad llevada a cabo por Policía en esta tarea desplegada para obtener elementos que permitan dilucidar la individualización del o autores que pudieron haber intervenido en la producción del ilícito cometido en perjuicio de las víctimas, G. N. R., S. D. C. y O. G.. En ese interés detecto que, producido el hecho, a escasas de horas se efectúa en sede policial (ver legajo de prueba), un recorrido fotográfico en el que participan en forma individual G. N. R. y S. D. C.. Esta actividad efectivizada por la Policía, no ofrece ningún tipo de reparos, toda vez que es inherente a la tarea pesquisante y surge ínsita de las prescripciónes contempladas en el art. 120, inc. 4to., del Código Procesal, otorgando facultades a la autoridad policial para cometer ese tipo de diligencias, a fin de orientar la investigación, persiguiendo como objetivo la individualización del sospechoso cuando este es absolutamente desconocido. Esta labor concretada constituye una medida de investigación y no un medio de prueba, por lo que en dicho marco, es incuestionable. No resulta ser lo mismo un recorrido fotográfico que un reconocimiento fotográfico, porque este último presupone la existencia de un sospechoso al que se lo somete a un reconocimiento en las excepcionales circunstancias que se autoriza; en cambio, el recorrido fotográfico se concreta para procurar el hallazgo del o los sospechosos. Por estas razones es que dicho recorrido fotográfico no está sometido al régimen de los actos definitivos e irreproducibles, por no ser justamente un medio de prueba.

Como su nombre lo indica, el “recorrido fotográfico” importa una exhibición de múltiples fotografías contenidas en archivos o “álbunes” a fin de que el testigo o víctima, señale si en dichos soportes, se encuentra el sospechoso –el cual se desconoce- que hubiera participado en cualquier instancia del delito investigado. La diferencia de éste y el reconocimiento fotográfico es sustancial, toda vez que este último requiere la autorización

del juez y la presencia del Defensor y de los acusadores, revistiendo éste acto, carácter de irreproducible y definitivo, ello así, en cuanto deben darse en tal diligencia, los recaudos formales que expresamente nos impone el art. 210 y 211 del C.P.P., siempre que no estuviera presente la persona a reconocer o no fuere habida y de la que se tuvieran fotografías, debiendo presentarse estas placas con otras semejantes de distintas personas.

Tal como lo sostuviera el profesor Caferatta Nores en su obra "Reconocimiento de Personas – Editorial Mediterránea, a partir de página 81 en adelante, debe tenerse presente que este tipo de autorización para la práctica de reconocimientos por vía fotográfica, tiene el propósito de evitar circunstancias problemáticas que puedan generarse de la presentación indicativa de fotografías por parte de los pesquisas o derivados del uso innecesario o apresurado de este procedimiento.

Hecha esta aclaración conceptual y las diferencias que hay entre la práctica de recorrido fotográfico y reconocimiento fotográfico, nuevamente cabe señalar que la diligencia llevada adelante en sede policial con la participación de la Sra. R. y su esposo Sr. C., significan un aporte a la pesquisa para poder encarar y direccionar la investigación. Posteriormente y como consecuencia de este señalamiento fotográfico efectuado por las víctimas, se materializa un reconocimiento en rueda de personas del que obran como únicas constancias, actas incompletas donde se puede verificar la omisión de interrogar previamente a los testigos, respecto a las características distintivas del o los sujetos a reconocer.

Emerge de la inteligencia del art. 211 de la ley ritual, los recaudos que deben observarse en la realización de tales diligencias, a saber: notificación a las partes, implicando la concurrencia de un Defensor, sea particular o en caso de no concurrir este, uno de oficio. Exige además, para que el acta que se labre de tal diligencia pueda incorporarse al juicio, cumpla con las siguientes condiciones: a) que haya sido presenciada por la defensa, que esta actividad haya sido videograbada con la presencia del Defensor y fiscal. Asimismo, el último párrafo de la norma que vengo tratando, en forma lapidaria impone como sanción ante la inobservancia de cualquiera de los recaudos señalados, la invalidez de la diligencia, es decir lisa y llanamente y sin ningún tipo de complejidad en la hermenéutica normativa, declara la invalidez dicha actividad probatoria.

Ahora bien, efectuadas estas consideraciones fáctico-normativas, cabe hacer hincapié en que esta causa no cuenta con el registro visual y auditivo de las diligencias de reconocimiento en rueda, que involucraba la actividad que dice el acta haberse llevado a cabo. Los motivos de esta imposibilidad de contar con los soportes técnicos surgen de la declaración del responsable de la Oficina Judicial, Dr. Marcelo Nieto De Biase, quien manifestó que no se pudo lograr la localización de dichos registros informáticos. Esta circunstancia de no poder contar con tales medios, amén de haber privado a este Tribunal de apreciar el desarrollo de las diligencia de reconocimientos, es equiparable a incumplir con la manda citada, por lo que va de suyo que la conclusión no puede ser otra que la invalidez que el citado artículo ordena (art. 211 del C.P.P.).

Es oportuno dedicarme brevemente al principio de la libertad probatoria referida y sostenida por nuestro código adjetivo, contenido en el art. 165, lo que nos permite afirmar que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, pueden probarse por cualquier medio de prueba. Esta consigna de la libertad probatoria, de modo alguno nos habilita a que aquella pueda obtenerse de cualquier modo, pues va de suyo que el orden jurídico impone limitaciones que derivan del respeto a la dignidad humana y a otros intereses, por lo que este principio no debe tomarse en forma absoluta, debiendo ser tenida como condición para su aplicación, la responsabilidad en su ejercicio, aquéllas probanzas que afecten la moral, que estén expresamente prohibidas y que sean incompatibles con nuestro sistema procesal o que vulneren garantías constitucionales. En ese sentido, reitero que al no contarse con la grabación de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas realizada por los testigos R., C. y G., éstas actividades son absolutamente inválidas.

Habiendo sancionado los reconocimientos con su invalidez, resta determinar si existen otras probanzas que posean entidad suficiente para sostener el fallo atacado. En primer lugar, debo analizar algunos puntos sobresalientes de la declaración de una de las víctimas, la Sra. R., quien en el debate a preguntas varias, concluyó que en la recorrida fotográfica se le había exhibido una fotografía y en base a ella, indicó al imputado como

uno de los involucrados en los sucesos. Esta razón resulta ser otro de los elementos que tengo en cuenta para constatar la contaminación de la testigo que fuera convocada a un posterior reconocimiento. Al respecto de lo descripto precedentemente, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Griguol, Luciano y Otros”, reg.: nro. 2606 del 17/02/99 . Boletín de Jurisprudencia de dicho Tribunal, 1er. Trimestre de 1999 – Pág. 47, sostuvo “*...que es nulo el reconocimiento en el que se le exhibió a la víctima las fotografías de los imputados cuando ya estos habían sido individualizados...*”.

Ante la invalidez del reconocimiento en rueda de personas, estimo innecesario profundizar al respecto. Únicamente vertiré cuáles son las circunstancias a analizar, a los fines de propiciar una conclusión. En esa dirección, la testigo, como he dicho anteriormente, confirma la materialidad delictiva, número de individuos que participaron, la división de funciones, las personas que se encontraban presentes en el lugar, la armas de fuego que blandían los sujetos y la sustracción de una suma de dinero cercana a los diez mil pesos. Por su parte, el testigo C., esposo de la anterior, también confirma los dichos de esta, en cuanto a la materialidad delictiva y el daño causado, realizando un recorrido fotográfico, sirviendo esto para que las pesquisas diera los primeros pasos. Como con la testigo anterior, este recorrido fotográfico posibilitó la conformación de una rueda de personas para reconocer al sospechoso ya individualizado, diligencia que por incumplimiento de formas esenciales (art. 211 del C.P.P.), se declararan inválidas, razón por la cual sus dichos son febles, no contundentes, pese a que durante el debate afirmó que la Sra. E. L., madre del imputado R. fue a verlo días después de producido el hecho a fin de pedirle que levantara la denuncia contra éste ya que no le había disparado, sino que el que lo había hecho era otro y no su hijo. Esto si bien puede ser tenido en cuenta, de modo alguno constituye la fuerza convictiva que se requiere para determinar sin más la responsabilidad penal de una persona, en el caso, J. R..

En esa misma orientación, reparo en las manifestaciones vertidas por C. A. T., pues no poseen la contundencia suficiente para destruir el estado de inocencia del imputado, toda vez que como funcionaria policial, conocía a R. por conflictos de este con la ley penal, y el hecho de que la mencionada testigo dos horas antes aproximadamente, haya visualizado la

presencia de este en la intersección de las calles P. y C., en compañía de otros sujetos, determinan que si bien éstos datos pudieron haber sido tenidos en cuenta por los investigadores, de modo alguno éstos conforman la prueba eficaz para sin más determinar su participación en el hecho.

En definitiva, en consonancia con lo que vengo sosteniendo y, coincidiendo con la argumentación y conclusión arribada por la colega que me precede en el voto, concluyo que los únicos elementos a mensurar, resultan ser meros indicios que se refieren a espacios temporales y geográficos, que no cuentan con entidad suficiente para erigirse como prueba de cargo, por lo que de conformidad con el principio beneficiante de la duda plasmado en el art. 44 de la Constitución Provincial y 28 del C.P.P., corresponde sin más absolver al imputado, disponiendo en consecuencia su inmediata libertad, rechazando de tal modo, los argumentos expuestos por la fiscalía, en darle validez a los reconocimiento en rueda de personas.

En síntesis y de acuerdo a la exposición ut- supra realizada, deviene hacer lugar a la impugnación incoada por la Defensa, declarar la nulidad de los reconocimientos en rueda de personas realizados por los testigos C. y R. y en consecuencia absolver a J. R. de los hechos por los que fuera acusado, y atento al modo en que se resuelve, disponer su inmediata libertad (art. 333 del C.P.P.).

En orden a los honorarios que corresponde regular a la Defensa Pública por su labor desarrollada en la presente etapa, en el treinta y cinco por ciento (35%) de los fijados en la primera instancia de conformidad con lo establecido por los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200). Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

El juez Minatta Omar Florencio dijo: que la defensa técnica impugna la condena de su defendido argumentando, esencialmente, que se valoró en su contra prueba incorporada en forma irregular, además de cuestionar los indicios en que se basan los jueces, pues no son unívocos.

Adelanto que se dará razón a la defensa, por los siguientes argumentos.

Refiere la sentencia, como prueba directa de la autoría, el reconocimiento que la Sra. R. efectúa del acusado R., afirmando que lo hizo en un primer

momento en el recorrido fotográfico en Policía y luego en sede judicial a través del reconocimiento en rueda de personas. Asimismo, tratan los jueces en sus votos las irregularidades de los citados reconocimientos señaladas por la defensa, en cuanto a que a la testigo R. sólo le mostraron en policía la foto de R.- extremo expresamente reconocido por la testigo- y en el defecto del acta en cuanto a la falta de descripción previa de la persona a reconocer y las diferencias entre el momento del acto procesal y aquél en que se produce, amén de que no se exhibieron en el debate los citados videos, tal como expresamente lo dispone el Código Procesal Penal. En este orden, la sentencia, con la finalidad de rechazar los argumentos defensivos, concuerdan en un primer análisis con la postura defensista, reconociendo las citadas irregularidades, pero sosteniendo que ellas quedaron saneadas y, consecuentemente, le asignan validez probatoria.

En este punto corresponde detenerse puesto que, a mi juicio, se le ha dado al régimen de invalidez de los actos procesales de nuestro actual código una interpretación errónea. Esto es así si recurrimos al autor indiscutido de tal régimen- novedoso en nuestro país- el Dr. Binder Alberto, quien explica en forma detallada y suficiente la regulación normativa del sistema de nulidades. (Ver BINDER, Alberto; El Incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal; Ed. Ad- Hoc, Bs As, Argentina, año 2000) . Enseña el autor citado que la nulidad de uno o varios actos procesales que forman una secuencia o etapa, solo podría ser declarada nula si el acto o secuencia no puede ser saneada, argumentando esencialmente en que no se debe tener una visión ritualista del asunto, pues las formas procesales no son fines en sí mismo, sino instrumentos, son garantías para que no se viole un principio constitucional. De ello debe extraerse, en primer lugar, que no basta con demostrar que se incumplieron formas para declarar automáticamente la nulidad, pues lo importante es si la violación de esa forma afectó o no en forma concreta un principio constitucional. Es decir, no basta con que los jueces comprueben simplemente la falta de formas para el acto, sino que deberán adentrarse en la cuestión concreta y efectiva del agravio al principio constitucional que esa forma protege, tratando se reparar o restaurar el principio constitucional, no las formas. Claro que el saneamiento no es ilimitado, es decir, tal actividad está sujeta

a límites; en otras palabras, hay actos saneables y otros en que tal tarea es imposible, correspondiendo la nulidad sólo en este último caso.

Para comprobar lo anterior repasemos brevemente la manera o modo de sanear y los citados límites, ya que señalar con claridad el alcance de estos temas resulta esencial en la decisión de este caso. Hay dos clases de saneamiento, uno- llamado automático- en virtud del cual la forma que se incumplió no afecta para nada un principio constitucional, de manera tal que no puede alegarse por el imputado perjuicio alguno, por lo que la nulidad en tal supuesto sería declarada " por la nulidad misma": ejemplos : simple error material de un acta, falta de firma de un acta porque un interviniente se olvidó, pero estaba presente, es decir que la falta de firma no implica ausencia de aquella persona cuya presencia se consideraba imprescindible o también en los casos en que una actividad procesal subsiguiente reparó el principio, como el caso de que en un primer acto procesal no se le hizo saber con claridad los hechos imputados, pero después en otro acto posterior se los detallaron, siempre que haya sido oportuno. Para decirlo con la terminología antigua, se trata, en algunos casos, de aquellas situaciones en que el acto ha cumplido con su fin, independientemente de las formas procesales, lo que está expresamente recogido en nuestro actual código en el artículo en el que se prescriben las formas de sanear un acto, específicamente en el último párrafo del artículo 162 al afirmar que..." se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados".

El otro modo de sanear un acto procesal puede adoptar diferentes modos: comprobado el defecto, es un deber jurisdiccional adoptar medidas destinadas a que tales defectos sean removidos, lo que se puede hacer disponiendo la renovación del acto, rectificando el error o bien cumpliendo el acto omitido. Como se observa, se trata de casos en que el incumplimiento de las formas- si no se sanea- viola no solo la forma, sino también el principio constitucional que tal forma protege, por lo que se trata de dar una oportunidad para no declarar la invalidez del acto y es por ello que se permite sanearlo de los modos indicados, tal como expresamente lo prevé el artículo 162, primer párrafo, de nuestro Código Procesal Penal.

Sin embargo, la posibilidad de sanear tiene un límite infranqueable consistente en la imposibilidad de tal tarea cuando la renovación o realización del acto, ahora con todas sus formas, implica una nueva situación desfavorable para el imputado, como es el caso de retrogradación a etapas anteriores, salvo consentimiento del imputado- ver art. 162, segundo párrafo- . Es decir, nuestro código establece un sistema ágil y garantizador, con límites claros, en materia de invalidez de los actos procesales ,y las distintas respuestas que se debe dar en esos casos, quedando la nulidad como " ultima ratio", tal como prístinamente lo expresa el artículo 164 al disponer que en todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar su nulidad y solo cuando ello no sea posible corresponde tal decisión por auto fundado, sea de oficio o a pedido de parte.

Aplicando tal marco teórico, veamos qué sucede en el caso en estudio a los efectos de estimar si el saneamiento del acto que consideraron los jueces es o no correcto. Como no hubo un saneamiento expreso en este caso, corresponde determinar si estamos ante un saneamiento automático, único que podría legitimar la cuestión. Entendemos que ello no es posible, pues uno de los requisitos esenciales de tal saneamiento requiere que el acto viciado, no obstante el incumplimiento de las formas, haya cumplido con su finalidad esencial. En el caso, la finalidad esencial del muestreo fotográfico en policía como actividad pronta de pesquisa se efectúa cuando no hay ninguna persona determinada y cierta como sospechoso y, a lo sumo, se cuenta con características físicas borrosas, lo que determina y exige, como procedimiento razonable, que se le muestren a la persona varias fotografías y no solo una, tal como incontrastablemente sucedió con la Sra. R. según sus dichos ante el propio tribunal, no siendo ello ni un simple error o imposibilidad material, pues no sucedió lo mismo con el Sr. C. y G.. De esto cabe concluír en forma más que razonable que la policía, efectivamente convencida de la participación de R.- porque la oficial T. lo observa al imputado cerca del hecho y sus características físicas coincidían parcialmente por lo descripto por la Sra.- le muestra únicamente a la Sra. R. la foto de R.. Va de suyo que ello no era ilegal como actividad de pesquisa- no lo es mostrar a una persona la foto de un sospechoso-, pero sí se transforma en irregular si se pretende efectuar después un reconocimiento judicial con todas las garantías de control para la defensa, ya que se estima que en este caso el reconociente estará influído por aquél

acto. Por esto mismo ya estaría invalidada la probanza, ya que su saneamiento era imposible, pues presupuesto esencial de éste acto procesal es precisamente haber reconocido fotográficamente- junto a otros- al imputado o bien no haber efectuado ningún reconocimiento, extremos ambos claramente ausente aquí. Con este razonamiento no resulta necesario entrar a considerar, por abstracto, la regularidad y legalidad de la incorporación de la prueba del reconocimiento, ya que él estaba viciado antes del defecto de no exhibición en el debate por pérdida de los soportes y también antes de la falta de descripción y diferencias de la persona a reconocer. Agréguese a esto último el obstáculo que significa para la inmediación la falta de exhibición de los videos, pues no le permite a los jueces evaluar en profundidad la referida probanza.

Con este cuadro, nos quedamos sin la prueba decisiva de cargo, restando analizar si existen otros elementos independientes y con entidad suficiente como para sostener la certeza necesaria base de una condena destructora del principio de inocencia. En este camino no puede sostenerse como indicio la presencia del acusado en el comercio antes del hecho, ya que esto es lo que precisamente reconoce el imputado y ello no implica autoría del hecho ocurrido dos horas y media después, es decir, que se trata de un hecho cierto, pero del cual no podemos unívocamente concluir autoría.

Si lo anterior es así, cabe aplicar las reglas básicas de reconstrucción de la verdad fáctica en un proceso acusatorio, una de las cuales sostiene que es suficiente con que la defensa plantee una contrahipótesis que ponga en duda la versión del fiscal para que ésta última sea rechazada, siempre y cuando la versión defensista no sea absolutamente incompatible con las probanzas de la causa. Así lo voto, por lo que deberá absolverse al acusado en esta sede, toda vez que la retrogradación es imposible por la prohibición del “ ne bis in idem”, sobre todo porque el debate fue validamente tramitado.

En orden a los honorarios que procede regular a la Defensa Pública, adhiero a los fijados por la vocal que lidera el acuerdo.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar** a la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa técnica del imputado J. N. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), absolviendo al acusado con relación al delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en el carácter de coautor (art. 166, inc. 2do., 2do. párrafo del C.P.), ocurrido en fecha 04/03/10 en la ciudad de Trelew;

2) **Disponer la inmediata libertad** de **J. N. R.** (art. 333 del C.P.P.);

3) **Regular** los honorarios de la Defensa Pública en el treinta y cinco por ciento (35%) de los que se fijaran en la primera instancia, por la labor desarrollada en esta instancia, con arreglo a lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920); y

4) **Protocolícese y notifíquese**.

Omar Florencio Minatta

Roberto Rubén Portela **Mónica Rodríguez**

Registrada con el Nro. /2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.