En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"S., E. R. y otros p.s.a. Robo Agravado por el uso de Arma de Fuego - Trelew" (Carpeta 6.248 OJ Tw – Legajo 60.216 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado contra la sentencia nro. 2941/15, dictada en fecha 01/10/15 por la que se condenara a E. R. S., W. I. S. y A. L. P., en el carácter de coautores, a la pena de tres años y seis meses de prisión, en orden al delito de robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego y por ser cometido en poblado y banda, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2, 167 inc. 2, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido el día 5 de junio del año 2015 en esta, el local comercial "L" sito en calle.

La Defensa Pública, tanto en su presentación escrita como en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, llevada a cabo el día 09/06/15, centró sus cuestionamientos contra el citado fallo condenatorio en cinco agravios, a saber:
a)Nulidad de la detención; b)Nulidad del secuestro del arma; c)Violación del principio de congruencia; d) Falta de pruebas de la conclusión condenatoria y, en forma subsidiaria, la nulidad de la determinación de la pena.

En orden al primer agravio, cuestionó la validación que la Juez de grado efectuara de la detención de sus asistidos, asumiendo de tal modo que la actividad policial desarrollada se correspondía con la ausencia de orden judicial que habilita la flagrancia que prescribe el art. 217 del Código Procesal. En tal dirección, señaló que la flagrancia siempre requiere la inmediatez, que la detención sea en el momento, que no haya solución de continuidad entre la detención y el hecho, circunstancias que, afirmó, no concurrieron en el caso, conforme a la prueba producida.

Señaló que el hecho investigado ocurrió en un comercio cito en las calles de esta ciudad, arribando al lugar a minutos de acaecido el mismo, personal policial, siendo el numerario R. A. quien por dichos de un joven presente, que no depuso en debate, irradió el número de patente del vehículo, resultando que su titular era E. S.; información esta que determinó a los móviles policiales dirigirse al domicilio del mismo y en cercanías de éste, se los detiene. Al respecto, adunó que el Oficial C. arribó al lugar ya consumada la detención, señalando el mismo en el debate, que la distancia entre el lugar del hecho y en el que se los detuvo, es de sesenta a setenta cuadras aproximadamente, por lo que no se cumple con el requisito de flagrancia del art. 217, no los sindican inmediatamente ni el clamor público ni la víctima y que contrariamente a lo que se requiere, no hay inmediatez, al contrario, hay solución de continuidad y no persecución como se afirma en el fallo que se ataca.

Sostuvo que no es cierta la afirmación de la Juez de grado cuando afirma que la información recibida vía radial, permitió a los uniformados ubicar el recorrido que los sujetos habrían hecho hasta la intersección de las calle L. y F., por cuanto lo que se ubicó fue el domicilio de los hermanos S., determinando ello que no se precisó recorrido alguno ni persecución alguna; todo lo cual, concluyó, impide sostener que el hecho pueda ser exhibido como detención en flagrancia.

Seguidamente cuestionó la validación que efectuara la sentenciante de las detenciones de sus pupilos, al haber afirmado: "*los imputados al ser aprehendidos presentaban evidentes vestigios que hacían presumir vehemente que acababan de participar en la infracción enunciada, observando a simple vista elementos relacionados con el hecho, tal el arma utilizada en el evento*". Al respecto señaló que no se puede convalidar una detención ilegal por los resultados posteriores de esa detención y que los "*los evidentes vestigios que hacen presumir vehementemente y los elementos relacionados*", se refieren exclusivamente a un arma, que se

agrega que fue la utilizada en el evento cuando es difícil determinarlo pues uno de los testigos del evento tenía un mínimo conocimiento de armas de fuego, señalando en el debate que podía ser algo parecido, incluso, identificaron al revólver con una pistola; por lo que, la certeza que se afirma no existe y la pluralidad de "evidentes vestigios y elementos" se reduce a uno solo.

Concluyó el agravio señalando que las detenciones como las efectuadas en el caso, son inválidas, resultan ser inconstitucionales por lo que solicitó se declare la nulidad de las mismas y consecuentemente, la nulidad del resto de las actuaciones posteriores y se dicte la absolución de sus clientes.

En orden al segundo de los agravios - nulidad del secuestro del arma, señaló que en la sentencia se dice que el arma fue vista en el momento de ser detenidos los imputados, que el arma se encontraba a simple vista. Al respecto destacó que los funcionarios policiales que efectivamente detuvieron a los imputados, no sólo no declararon en el debate, sino que tampoco se sabe quiénes son, solamente que eran los que se trasladaban en el móvil 691, siendo que el funcionario policial que declarara en el debate, C., dijo que a su llegada al lugar, los imputados ya estaban afuera del vehículo, el que estaba con las puertas abiertas, al extremo de no poder decir quién conducía el vehículo y la ubicación de los mismos dentro del mismo; por lo que, las afirmaciones de haber visto el arma en el vehículo por parte del testigo de actuación, Sr. M. y del Sr. C., en modo alguno fue corroborado por el personal policial que habría realizado las detenciones. Adunó que formalmente se procedió al secuestro del arma en la Comisaría, acto del cual –afirmó- no intervino ninguno de los imputados, quienes ya se encontraban detenidos en la misma dependencia policial.

En tal sentido, cuestionó lo sostenido en la sentencia en relación a tal procedimiento, al afirmarse que "la requisa ha sido realizada cumpliendo las formalidades que prescribe el rito, documentada, ilustrada y con la presencia de un

testigo civil". Al respecto, el Sr. Defensor puso de manifiesto que el testigo civil que interviniera en el secuestro tampoco declaró en el debate, por lo que no sólo torna cuestionable la requisa vehicular por ausencia de los imputados que estaban detenidos en la misma dependencia, conforme lo establece el art. 171 del código, sino porque que se desconoce lo que el citado testigo pudo observar, sin perjuicio de haber firmado el acta correspondiente.

Seguidamente expuso su tercer agravio -violación del principio de congruencia-, señalando que el Fiscal en su alegato final planteó una mecánica del hecho distinta a la que adelantara al inicio del debate. En tal sentido destacó que en la primera acusación se afirmaba que W. S. y E. S. ingresaron al local comercial, en tanto A. P. los esperaba en el vehículo y que después se fugaron todos en el mismo, para luego afirmar que W. S. ingresó al comercio con P. y que previamente a ello, había ingresado E. S. a efectuar una compra y que la misma fue con fines de efectuar la inteligencia necesaria para luego retirarse, siendo quien también habría conducido su auto junto con los otros dos imputados. Al respecto destacó que las diferencias resultan sustanciales, pues se atribuyó en el alegato final a E. S. unas tareas de inteligencia previa y a P. quien conducía el vehículo en la primera imputación, pasó a ser uno de los que ingresó al local armado.

Señaló que comparte con la sentenciante que la congruencia no es absolutamente mecánica, pero seguidamente se afirma "*ningún elemento sorpresivo ha sido incorporado de modo que la Defensa no hubiera podido ejercer su derecho*", lo cual, destacó el Sr. Defensor, no resulta ser cierto por cuanto su parte se vio privada de interrogar a los testigos sobre los extremos invocados por la Fiscalía. En el caso de E. S., interrogar sobre el espacio temporal entre el egreso de S. y el ingreso de los otros ladrones; ello así, por cuanto sostener que se efectuó tareas de inteligencia, importa necesariamente acreditar que quien la efectuó cumpla determinada actividad, obtener información de la que

necesariamente se sirven los otros para realizar el hecho. En orden a P., señaló que también la Defensa se vio privada de interrogar a los testigos por cuanto en el cambio en la descripción del hecho, se le atribuye a P. haber ingresado y lo cierto es que la Dra. J., médica de policía, declaró en el debate conforme al certificado que la misma labrara en sede policial, que su asistido estaba en un estad de ebriedad, afirmando la citada profesional, con "disartria y pérdida de equilibrio". Sobre esta cuestión, el Sr. Defensor sostuvo que si hubiera sabido que la Fiscalía imputaba a P. haber ingresado al lugar, hubiera preguntado a los testigos si alguno de los imputados estaba ebrio, dado que necesariamente lo deberían haber notado; reiteró que ello no fue objeto de examen, porque el único que estaba ebrio según la hipótesis fiscal, no había participado del ingreso al lugar.

En orden a todo ello, destacó que lo observado por su parte no implica que el Fiscal no pueda cambiar en alguna medida los hechos, pero lo que se cuestiona es el momento, porque de haber advertido el Ministerio Público Fiscal nuevos hechos o la modificación de la mecánica del evento, se debió habilitar el procedimiento que el mismo art. 322 impone; sin embargo, afirmó, tal proceder debe operar en el curso del debate y no al final del mismo, importando sin más, haber privado a la Defensa de poder ofrecer o producir la prueba en contra de la nueva hipótesis realizada. Concluyó el agravio señalando que la falta de congruencia entre la primera acusación y en la que se basó la condena, perjudicó el derecho de defensa de sus asistidos, privación que impone la absolución de los imputados.

En orden al siguiente agravio –falta de pruebas de la conclusión condenatoria-, principió su tratamiento con la prueba que vincula a E. S. con el evento. En tal dirección, señaló que no es materia de discusión la presencia de su asistido en el Comercio "L", toda vez que el mismo señaló tal extremo y además que conocía a la dueña del comercio con anterioridad.

Destacó que lo que sí resulta cuestionable es la asignación de tareas de inteligencia que le efectuara el Sr. Fiscal a su asistido, extremo éste que toma la sentenciante con otros términos cuando sostiene: "*no fue casualidad la presencia de E. S. con el pretexto de adquirir cigarrillos*". Destacó que adjudicar dichas tareas requiere necesariamente determinar el espacio temporal entre el egreso de E. S. y el ingreso de las otras dos personas y ello no se ha acreditado. Señaló que la testigo C. S. sostuvo que "al irse el joven que entró primero, se cruza con otras dos personas", lo cual, afirmó, desvanece o al menos deja en el aire a qué se refiere la sentencia cuando dice "*no fue casualidad que E. S. se cruzara con esas personas*".

En orden a la presencia de P. como uno de los autores, sostuvo que es totalmente difícil acreditar la misma, por cuanto de la prueba producida, con lo único que se cuenta es con su detención a cinco kilómetros del lugar del hecho, entre veinte y treinta minutos después y en un estado de ebriedad bastante elevado. Afirmó que, conforme a lo probado, su asistido es el tercero necesario para hacer coincidir las hipótesis que unifiquen a E. S. que sí estaba cerca del lugar, con otros dos ladrones que ingresaron.

En relación a Walter I. S., señaló que la principal prueba en su contra, es el haber sido reconocido en el transcurso del debate por la testigo L. G.. Reconocimiento que, señaló, también se sostiene como agravio por cuanto estando detenidos los imputados, a la citada testigo se le presentaron fotografías y allí lo habría reconocido, cuya acta no se incorporó por oposición de la Defensa. Que sin perjuicio de dicho reconocimiento, destacó que ninguno de las testigos reconocieron las ropas que W. S. tenía en ese momento.

Adunó en orden al citado recorrido fotográfico, que el procedimiento policial es sumamente irregular y peligroso. El código autoriza a identificar personas cuando no estuvieren presentes y no pudiesen ser habidas, siendo exclusivo objetivo de la misma, orientar una investigación

pero no es un procedimiento para realizar cuando los imputados ya están detenidos como ocurrió en el presente caso. Agregó que resulta un precedente peligroso omitir el procedimiento que el Código establece para el reconocimiento en rueda de personas por cuanto estos se encuentran rodeados de las formalidades que estatuye el rito para evitar la contaminación y la sugestión al testigo. Agregó que este remedio que la ley rigurosamente prescribe fue soslayada en el presente proceso y la convalidación del realizado, señaló, constituiría un precedente sumamente peligroso porque resultaría mas fácil a la acusación, omitir el que regulado la ley y concretarlo en el debate, en donde es mucho más probable que el testigo señale al imputado por ausencia de otras formalidades y mas en el presente caso cuando el reeconocimiento impropio concretado es la principal prueba para incriminar, no sólo a W. S., sino para unificar a éste con E. S. y con A. P.

Concluyó señalando, en cuanto a la prueba, que la misma exhibe diversas irregularidades, unas desde el punto vista formal y otras desde lo sustancial. Así, señaló que, no se sabe quienes realizaron la detención; se hizo una exhibición irregular de fotografías; no se le permitió a los imputados presenciar la requisa del auto y no se identificó al supuesto testigo; lo cual, aseveró, permiten poner en crisis la certeza invocada por la Juez sentenciante. Por lo que, no encontrando justificación las conclusiones de la citada Magistrada, solicitó la revocación del fallo cuestionado y la absolución de los imputados.

Respecto del último de los agravios -nulidad de la determinación de la pena, señaló que su parte, una vez concluido el alegato del Ministerio Público Fiscal, solicitó el desdoblamiento del juicio, planteo que fuera rechazado por entender la Sra. Juez por entender que el mismo resultaba extemporáneo. Al respecto, el Sr. Defensor señaló que el Código no establece ningún plazo para hacer tal pedido y que, de conformidad con lo expresamente impuesto por el art. 31 del rito, se encuentra prohibido toda

interpretación restrictiva de los derechos de la Defensa. Agregó que si la pena impuesta se hubiera correspondido con el mínimo legal, no se agraviaría de la misma, pero la sentencia ha impuesto una pena mayor a los imputados. Por lo que, en el supuesto que la sentencia que cuestiona sea objeto de confirmación, solicitó se haga lugar a la nulidad de la misma y corresponda o se haga una cesura como fue solicitado y se imponga el mínimo de la pena.

A su turno, el Sr. Fiscal principió su responde con la enunciada nulidad de la detención de los imputados. En tal sentido reseñó la secuencia de hechos que principiaron con la información que brindaran dos adolescentes y una tercera persona de apellido M., que tomaron datos de la patente de un automotor que a la postre permitió detener al vehículo que se individualizara como perteneciente a la familia S., en cercanías de su domicilio. Que, en el lugar se hizo presente el Oficial C. y fue este quien observó a simple vista, en el interior del vehículo, un arma de fuego, disponiéndose fajar el mismo y luego, mediante de orden de requisa, se procedió al secuestro del arma.

Sostuvo que la detención fue estrictamente legal desde que el clamor público los indicaba, “estas personas que se fueron en tal auto con tal nro. de patente”. Ello, señaló, habilita al personal policial a iniciar la búsqueda inmediatamente cometido el hecho, a escasos minutos de sucedido el hecho y a cuarenta o cincuenta cuadras, es decir dentro del ejido urbano, lograr la detención de los autores. Sostuvo que el personal policial actuó correctamente, conforme a las circunstancias dadas y que fueran claramente expuestas por el testigo C. y por el resto de personal policial que declaró en el debate. Refirió que el Oficial C. manifestó que “en el lugar llovían piedras, era un lugar problemático, debemos sacar el vehículo de ahí”. Asimismo ante el cuestionamiento efectuado por la Defensa si el arma estaba a simple vista o no, según lo sostuviera el citado C., destacó que el personal policial podría haber secuestrado directamente el arma en el lugar, y lo que

concretamente realizó fue, previo fajar el vehículo, trasladarlo a la Comisaría, lugar en el que se procedió al secuestro formal con la presencia de un testigo de actuación y, en relación a la ausencia de los imputados en tal acto, sostuvo que el código ritual nada dice respecto de la obligación de que los imputados participen de dicha medida, resultando que la actuación del personal policial ha sido absolutamente legal.

En orden a la violación del principio de congruencia que se invoca, sostuvo que en modo alguno se ha visto afectado, toda vez que la Fiscalía imputó desde el inicio del debate, coautoría funcional. Observó que distinto hubiera sido si el cambio de rol en la sustanciación del hecho, hubiese determinado que uno de ellos fuese partícipe necesario y no coautor, entonces ahí podría invocarse cierto grado de sorpresa en cuanto a cómo direccionar la Defensa su estrategia, que no es el caso. Agregó que en la coautoría funcional, las personas hacen un aporte esencial en una empresa en común y que del resultado del aporte de cada uno se llega a un conjunto, a un todo que en definitiva es el resultado buscado y ello fue lo que ocurrió en el presente caso, agregando que si S. o P. fue el entró a hacer la inteligencia previa, no le agrega ni le quita nada en cuanto a la mecánica global del hecho que la fiscalía imputó, concluyendo en que no se le puede exigir al Ministerio Público Fiscal una precisión tal, en cuanto a qué rol desempeñó cada uno en la empresa que los unía, porque es una exigencia desmedida.

En igual dirección, señaló que aquéllas circunstancias surgen del propio debate y se van esclareciendo a medida que van declarando los testigos; distintas vicisitudes se van poniendo de manifiesto, pero que de ningún modo importan modificar el sustento fáctico que le da fundamento a la imputación. Ahondó que para que un hecho sea considerado conducta delictual, deben concurrir el aspecto objetivo y subjetivo, de modo que si alguno de ellos varía de manera sustancial en la imputación y en la sentencia, ahí si se

afecta la congruencia. En el presente caso no se observa una modificación sustancial, los imputados querían el hecho como propio, las tres personas querían el resultado de ese hecho y actuaron en consecuencia y, en el aspecto objetivo, cada uno hizo su aporte, soporte necesario para la concreción del hecho global. Con cita del fallo "Sircovich" de la CSJN, sostuvo que en el presente caso no se mutó la calificación jurídica, se mutó solamente el rol de uno de los socios en el delito en el momento de la sentencia final. Concluyó señalando que la Defensa ha tenido la oportunidad de contestar cada uno de los extremos que se han ido invocando a lo largo del debate, por lo que entiende que no se ha violado el principio de congruencia

En cuanto a la carencia de cuadro probatorio, señaló que el análisis de las pruebas por parte de la Sra. Juez ha sido correcto. La única imposición que tienen los jueces a la hora de analizar los indicios es la sana crítica y en el caso se observa que el discurso es claro, ha explicado claramente cada uno de los motivos que fue dando la fiscalía para poder llegar a su conclusión.

Por último, en relación a la nulidad de la pena impuesta, sostuvo que es de práctica forense que el desdoblamiento del juicio se solicite al inicio del debate. En el caso, la Defensa lo solicitó una vez que la Fiscalía postuló la pena. Observó que no vio qué prueba puede ofrecer la Defensa para la cesura y de tal modo, evaluar las atenuantes y agravantes de la pena, importando que tendría que modificar su enunciado si es que alguna de esas condiciones mutara las pautas del art. 40 y 41, por lo que resulta extemporáneo y consecuentemente no puede prosperar. A todo evento, destacó, la pena impuesta superó el mínimo legal en dos meses, por lo que solicitó que la pena sea confirmada.

Cedida la palabra al Sr. Defensor, sostuvo que si el Sr. Fiscal valida la detención en el clamor público que los indicada, lo correcto debió alguna de las personas que conformaban aquel clamor público, declarado como testigo en el debate y ello no ocurrió, concretamente no concurrió el

supuesto testig que vio salir a los imputados del lugar del robo, lo cual es, afirmó, una grave irregularidad bastante porque lo que corresponde es que se convoque a los testigos presenciales y no a los que escucharon a aquéllos.. En cuanto a la comparación con la requisa personal y la requisa de automotor, señaló que la misma no es un invento de su parte, el Código procesal así lo exige.

En orden a la falta de congruencia que se denuncia, señaló que la Fiscalía no entendió cuál es el agravio concretamente, por cuanto no se trata de establecer, si se mantuvo o no se mantuvo la calificación o la etiqueta de coautoría funcional; lo observado resultó ser la mecánica del hecho, su modificación, lo cual, destacó, cambia las condiciones de la prueba por cuanto prueba se orienta hacia una hipótesis con una calificación legal y después, manteniéndose la misma calificación, el alegato es con una hipótesis diversa a la primigencia.

En orden a la nulidad en la determinación de la pena que procura, sostuvo que en modo alguno la práctica forense puede imponer aquellos plazos que el rito no establece

Invitados que fueron los imputados a dirigirse al Tribunal, los mismos manifestaron no ejercer el derecho que les asiste.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo, Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a consideración de esta Cámara en lo Penal, a resultas de la impugnación ordinaria planteada por la Defensa contra la sentencia registrada bajo el N° 2941, dictada por la Juez Penal, Mirta del Valle Moreno.

En dicho resolutorio, la magistrado condenó a **E. R. S.**, **A. L. P.** y **W. I. S.** a la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por encontrarlos autores materialmente responsables de la comisión del delito de Robo doblemente agravado por el

uso de arma de fuego y por ser cometido en Poblado y en banda, en carácter de coautores, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2 y 167 inc. 2, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido el 5 de junio de 2015, siendo las 21.30 horas, ocurrido en el local comercial sito en de Trelew.

En la misma sentencia, se dispuso el rechazo de las nulidades impetradas respecto a la detención de los nombrados, del secuestro del arma de fuego, del acta de diligencia de la requisa vehicular y el planteo de violación al derecho de defensa por modificación de la acusación (puntos I a III del dispositivo aludido).

2.- Celebrada la audiencia prevista en el art. 385, CPP, el Sr. Defensor ratificó su escrito de impugnación que luce a fojas 97/104 vta., y amplió fundamentos, volviendo a atacar, en primer término, la detenciones sufridas por sus pupilos y del secuestro del arma efectuado en el interior del vehículo de uno de los infractores.

3.- En tal sentido, respecto de la detención, ataca la resolución por entender que la Jueza sostiene su validez, por haber sido efectuada dentro de las previsiones del art. 217 del Código Procesal, mientras que, por el contrario, entiende el defensor que no hubo "flagrancia" y que la sentencia afirma falsamente que los datos recibidos por los policías intervinientes por radio les permitieron ubicar el recorrido que los sujetos hicieron, lo que es incorrecto –dice- puesto que acudieron al lugar por que esa es la dirección del titular registral del vehículo.

4.- Puesto a resolver esta incidencia, debo recordar que, ya en fecha 31 de agosto de 2015, durante la audiencia preliminar ante la Jueza Ana Laura Servent, el abogado Salgado formuló este planteo.

La magistrado de esa instancia resolvió que *"la actuación policial ha sido legal y en el marco de la cuasi flagrancia, tal como lo habilita el clamor público previsto en el art. 217, CPP, ya que al arribar al lugar del siniestro fueron puestos en conocimiento de las características de los*

sujetos, el arma que portaban e identificación del rodado en el que se dieron a la fuga...".

Luego del debate, la jueza de la sentencia, remedando aquella resolución, dice que *"la aprehensión tuvo su origen en la actuación de los empleados policiales, F. C. y R. Z. (acta fs 1 y 2, legajo fiscal), mientras realizaban un patrullaje de rutina en un móvil no identificable de la brigada de investigaciones, toma conocimiento a través de la radio policial que se había producido un robo... que los autores del hecho se habían dado a la fuga a bordo de una camioneta Ford Ecosport, dominio . Verificado el dominio del rodado, los datos que recibía a través de la radio, permitieron a los uniformados ubicar el recorrido que los sujetos habían hecho..."* (textual, fojas 87 vta.).

Culmina su pensamiento diciendo que *"si bien los encartados no fueron sorprendidos en el preciso momento en que cometieron el hecho sí existió, inmediatamente después de su consumación, apenas unos minutos, persecución por parte de la furaza pública guiados por las noticias que dieron los particulares...".*

Entiendo, contra la postulación de la defensa, que el procedimiento ha sido correcto, a estar a las atribuciones que brinda a las fuerzas de prevención el art. 217 del ritual, como excepción a los mandatos del art. 49 de la Constitución del estado.

En efecto, la disposición citada establece no solo la posibilidad sino el "deber" de la policía de "aprehender a quien sorprenda en flagrante, o a quien persiga o **indique el clamor público**", situación que, a estar al testimonio del agente **F. C.**, quien en la audiencia narró cómo tomó conocimiento por equipo de radio de la perpetración de un ilícito en la intersección de las calles, que la Policía Comunitaria irradió el número de patente en la que se conducían los presuntos autores, ello a indicación de unos vecinos (pista 2, 38:20, registro de audio), que el Comando Radioeléctrico, a la sazón, les brindo por vía radial la dirección correspondiente al titular registral, lugar al que

se dirigieron, constituye, sin dudas, el presupuesto para que opere la habilitación de proceder a la demora.

Que si bien podría objetarse que no fueron registradas las filiaciones de las personas que anoticiaron a la prevención de aquel dato, para la posibilidad de recibir su testimonio en juicio, ni que se convocó a juicio al vecino **M.**(indicado en el acta de inicio), lo cierto es que el numerario **J. A.** ratifica haber recibido la numeración del vehículo proveniente de dos jóvenes, confirmado ello por el chofer del móvil 261, **R. C.**, en su declaración en el debate, declaraciones de funcionarios policiales que merecen entera fe, salvo demostración de su falsedad.

5.- Como se dijo antes, el Sr. Defensor pretende invalidar también el secuestro del arma.

Primero, cuestionando la supuesta "simple vista" por cuanto no fue la visión de quienes detuvieron a los imputados sino de los que llegaron después de ellos y, en segundo lugar, atento que el secuestro producido en la Comisaría fue realizada sin el control de los imputados.

Contra ello, la jueza de la sentencia refuta, correctamente, los agravios a partir del testimonio de C., del testigo de actuación M. M. y las fotografías obrantes a fojas 60 vta. del legajo fiscal.

Efectivamente, escuchado nuevamente el testimonio de **F. C.**, a partir de 0:43:20 de la pista 2, se constata que el agente manifestó que *"...en el interior del vehículo, en la parte trasera, del lado derecho, en el suelo... había un revolver, aparentemente viejo, negro... estaba arriba, sobre la alfombra, clarito se veía, no estaba tapado con nada..."*; a su turno, el testigo de actuación **M. M.**, preguntado por la fiscalía si el arma en cuestión se veía a simple vista, contesta afirmativamente; del informe fotográfico N° 399/15, en particular placas 19 a 21, obrantes a fojas 60 vta., se ilustra acabadamente dicha circunstancia.

De todo ello, queda sin base de sustentación la protesta del abogado, así como, a estar a las previsiones del art. 171, quinto párrafo, en el que de ningún modo se exige invitar

a los afectados a exhibir los objetos, máxime cuando a simple vista se encontraba a disposición de la prevención.

6.- En el cuarto agravio de su líbelo, el Sr. Defensor ataca la sentencia por "falta de pruebas de la conclusión condenatoria", la que debe ser revocada por carecer de una argumentación coherente y sostenerse parcialmente en falsedades.

En ese acápite, ataca la condena de **P.**, primero, por ausencia de una argumentación válida.

Refiere que al no poderse afirmar que se persiguió al vehículo desde el momento del delito hasta el de la detención, no puede descartarse que subiera al automóvil después; nadie en el negocio manifestó reconocer al nombrado; no se realizó una descripción que pueda coincidir con él; de todo ello, culmina, no puede sostenerse la certeza de que fuera uno de los autores.

7.- Reseñados los puntos salientes del agravio respecto a la acreditación de la autoría de P., he de transcribir, a riesgo de ser extenso en mi sufragio, las partes salientes del fallo de la jueza Moreno respecto al punto.

Ha dicho que "*...(t)eniendo en cuenta lo precedentemente detallado, no cabe duda alguna que son los propios damnificados de la sustracción, quien aportaron los datos que hacen a la acreditación del hecho en su materialidad y son también quienes en definitiva* ***concurren a la individualización de sus autores...***" (la negrilla me pertenece).

Por el contrario, de los audios contenidos en el registro, y de la propia transcripción materializada por la sentenciante, no surge elemento alguno que permita afirmar que las tres mujeres presentes en el comercio –más allá que acreditar que en efecto fueron tres los protagonistas-, hicieran alusión alguna a la persona de P..

Párrafo inmediato agrega la jueza: "*Ello, encuentra apoyatura, en cuanto a la autoría imputada, en los datos que testigos brindaran al personal policial que se constituyo en*

el lugar, y observaran la salida de los encartados abordando una camioneta Ford Ecosport, dominio ...”.

Evidentemente, de ello sólo puede desprenderse que los tres asaltantes abordaron un vehículo, y sus características, pero, aún, ningún dato certero acerca de identidad o características del nombrado en estos párrafos.

Continúa la jueza Moreno sus intentos de acreditación de la autoría, manifestando, a fojas 90 vta., *“...el conocimiento acerca la identidad de los autores del hecho es brindado por la victima, la Sra. L. G., siendo la principal prueba de signo incriminatorio valorada, en tanto confrontados sus dichos con el resto de las pruebas debidamente incorporadas, nos permite inferir racionalmente la culpabilidad de los acusados...”.*

Recordemos, nuevamente, que la testigo G. se refiere a **E. S.**, a quien conocía del trato comercial, y luego, en la audiencia, reconoce a su hermano W. como quien llevaba el arma; no menciona, en momento alguno, a P. ni lo describe, mas allá de indicar que lucía un polar en el cuello.

Aduna su pensamiento diciendo que: *“...también, las testigos M. F. y C. S., han reconocido en audiencia los distintos elementos secuestrados, entre ello el arma de fuego, camperas y cuello polar que usaban los autores al momento del hecho...”.*

Confrontadas las declaraciones de las testigos mencionadas, la primera, no solo no reconoce la campera exhibida sino que afirma que se trataba de un pullover; la segunda, reconoce el arma y la campera, efectivamente, pero la ubica como la que vestía quien tenía el arma, quien aparentemente era W. S..

8.- De todo ello, resulta evidente que no ha explicado en forma suficiente cómo llega a dar por probado el hecho a acreditar, en concreto, la presencia de P. en el interior del local.

Tengo para mí, siguiendo a pie juntilla al maestro T., que el proceso penal está orientado hacia la búsqueda de la verdad y que *“una reconstrucción verídica de los hechos de*

la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión…" (Taruffo, Michele; "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial"; Boletín mexicano de derecho comparado; 2005, pág. 1285 y ss.). En ese sentido "*el contexto procesal, de hecho,* requiere *que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso…".*

Aquella verdad, aunque probabilística, entendida como la verdad posible en torno a los hechos de la causa, se nutre de la prueba producida en el debate, la que "*no resulta ser un instrumento retórico sino un instrumento epistémico, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos…"* (ibíd., pág. 1296).

En la sentencia, por el contrario, la juez ha conformado su aserto en evidencias de la que no puede extraerse, ni siquiera en forma probable, lo que se afirma que proclaman; extrae de los órganos de prueba asistentes al debate manifestaciones parcialmente ciertas que necesitarían, tal vez, para brindar información necesaria, de algún conector lógico que no se ha explicitado y que, huelga decirlo, no es dable introducir en esta etapa por los jueces de la revisión.

9.- En concreto, a modo de una de las explicaciones posibles a las conjeturas de la sentencia respecto a la autoría de P., se podría intuir que tanto la Fiscalía como la jueza han concluido que del hecho cierto y acreditado que el nombrado fue detenido junto a los otros dos coautores poco después del atraco, podría deducirse válidamente que era uno de los tres que entraron al negocio (otro dato debidamente acreditado; esto sí, por las vecinas que estaban en su interior).

Pero tal conector lógico, tal regla de la experiencia posiblemente utilizada –dándola por válida en forma excluyente a cualquier otra alternativa, lo que tampoco está acreditado-, no fue explicitado en forma expresa en la sentencia, por lo que la aseveración apodíctica de marras

queda sin sustento en la prueba, por un lado, y sólo atada a un estándar probatorio subjetivo de la jueza, in *pectore* guardado, por el otro.

10.- A decir del epistemólogo Larry Laudan ("Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar"; DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho; 2005, pág. 95), *"…un estándar intrínsecamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias… no podemos esperar ni uniformidad ni justicia si cada juez utiliza sus propios criterios…* (proponiendo) *estándares objetivos y exigentes… objetivos, porque no dependen de los caprichos de sí o no cierto juez tenga una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado. Son exigentes porque no queremos condenar a alguien excepto que tengamos una prueba muy solida y robusta…".*

Recordemos, que la jurisprudencia de la CSJN, en el fallo "Casal", a la par de sentar las bases para lograr un recurso amplio a favor del condenado, exige, para poder hacer efectivo aquél control, que el razonamiento del juez se pueda reconocer, que se utilice un método racional en su construcción.

Concretamente, me refiero al considerando 29, Fallos 328:3399, en cuanto dice: *"la doctrina en general rechaza… que pueda ser válida… una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir… el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido, o no, o se ha desarrollado de una u otra manera…".*

En definitiva, reitero, no es posible seguir, y muchos menos criticar, la forma en que ha llegado la juez a dar por cierto que P. ha sido coautor del robo acreditado por cuanto funda su aserto en afirmaciones alejadas a los dichos de los testigos y no se explica el método racional que utilizó para la reconstrucción del hecho del pasado.

11.- Obsérvese, por el contrario, y como prueba de lo que se dice, cuán distinta es, en parte, la construcción

histórica respecto a la situación del consorte procesal **W. S.**.

Una de las afirmaciones de la magistrado resaltadas arriba, tienen sí, respecto a este imputado, correlato con la prueba recibida.

En efecto, es cierta la afirmación que "*los propios damnificados de la sustracción…* ***concurren a la individualización de sus autores...***", si reparamos en que es verdad que la testigo G., en el curso de la audiencia, afirma haber visto un arma señalando espontáneamente a W. S. como quien la portaba.

Pero veamos la afirmación "*...también, las testigos M. F. y C. S., han reconocido en audiencia los distintos elementos secuestrados, entre ellos el arma de fuego, camperas y cuello polar que usaban los autores al momento del hecho...".*

Será necesario extenderme un tanto, a fin de aportar claridad a mi sufragio, transcribiendo, una vez más las constancias del legajo.

13.- a) la premisa que permite al representante de la *vindicta pública* afirmar la autoría en cabeza de Walter fue: *"L. G.… rápidamente identificó a W. I. S. como la persona que llevaba el arma, dado que usaba ese día un cuellito polar, el mismo que reconoció posteriormente"* (ello según la transcripción de la jueza, a fojas 80).

b) Veamos, a fin de corroborar la afirmación de la magistrado, los dichos de las testigos. Doña G. indica que los autores vestían "ropa oscura, gris y negra… (y un) buzo deportivo tipo Adidas", para únicamente adjudicar el buzo a quien tenía el arma.

La señora S., narra que "uno entro de negro encapuchado, el que llevaba el arma, y después el otro de color gris que tenía una gorrita", para agregar poco después, que "uno estaba todo de negro, el que portaba el arma, el otro chico estaba de ropa gris, de buzo con capucha y una gorrita", para sentenciar "el que llevaba el arma estaba todo de negro, campera negra, pantalón negro, no sé si eran zapatillas o

botines negros (agregando que no se le veía la cara) "porque tenía un pasamontañas", reconociendo el secuestro numero 5 (campera).

F., por su parte, dice que "primero vino una persona con **un cuello**", después "vino uno de los chicos que tenía **un pullover gris**… que después me di cuenta del peligro porque el chico saco una pistola"; que solo recuerda "**el pullover** nomas, un **buzo gris**"; reiterando poco después que "primero a un chico entrar con **un polar con cuellito**, después entro otro… que era un **pullover gris**… y ve que saca la pistola"; luego, cuando recuerda un poco más, dice que primero entra un chico y luego uno con cuello polar y después el chico que tenía el arma.

Exhibidos los secuestros, no reconoce el número 5, buzo negro con capucha, porque era un pullover, afirma.

c) Veamos ahora el acta de fojas ½, debidamente incorporada al debate, en el que se da cuenta de las vestimentas que lucían los detenidos: **P.** lucía buzo tipo polera color negra, con chaleco negro, zapatillas oscuras; **E. S.**, campera color negra con capucha, buzo color negro, camiseta color celeste; **W. S.**, campera azul con capucha, remera color blanca, jeans de color azul y zapatillas color blanca.

d) De acuerdo a las diligencias glosadas a fojas 21/23 del legajo, se secuestran las prendas que vestían, ya en la seccional, los demorados:

S. W. I.: zapatillas color blancas con vivos en color celeste, pantalón de buzo **color gris** con una línea color blanca sobre los costados; una campera **color negra** con cierre en color rojo.

E. R. S.: zapatillas color negras, con vivos blancos, pantalón de buzo color negro con una línea color gris; se procede a retirarle la campera de neoprene marca Columbia Titanium, con bolsillos con cierre en los laterales, y sobre el pecho lateral izquierdo, talle M, forrada con símil en corderito, color negra con capucha.

P. A. L.: UN par de zapatillas color negras marca Adidas con vivos en color gris; UN pantalón de jeans **color celeste**; UN chaleco de polar **color gris**, UN pullover color negro con capucha de algodón.

14.- Intentaré, ahora sí, relacionar todas estas informaciones recogidas. No es, como afirma el Fiscal Nápoli en su alegato (a estar a la transcripción de la Juez), que la Sra. G. reconoció a W. como quién lucía un "cuellito", ya que, confrontado su testimonio es evidente que lo indica por lucir un buzo deportivo tipo Adidas, que evidentemente ninguno de los tres usaba.

Pero, a estar al acta de inicio referida, no lucía ni un cuellito, ni un buzo deportivo de la marca indicada aunque sí una campera negra con una más que evidente línea roja en su frente nunca referida.

Veamos si es posible sostener que fuera S. quien lo identifica. Afirma categóricamente, como se dijo antes, que el que tenía el arma vestía todo de negro, hasta el calzado. Del acta de fojas 1, surge con claridad que W. S. lucía campera azul con capucha, remera color blanca, jeans de color azul (pantalón de buzo color gris a fojas 21) y zapatillas color blancas (confirmado el calzado en la diligencia de requisa y su foto). Evidentemente, no es al nombrado a quien señala. A la sazón, no se le veía la cara – dice- por tener un pasamontaña.

Se impone aquí un interrogante más que obvio. Si tenía la cara tapada –por el pasamontañas-, cómo se puede sostener que G. lo reconoció impropiamente en la audiencia.

Pero sigamos. La testigo S. dice que primero entra un chico de cuellito y el otro, el del arma, tenía un buzo gris.

Ello así, como había dicho el Fiscal, y toma como dato relevante la Juez, no era W. el del cuellito, ya que no era el del arma, pero, además, luciría un buzo gris lo que se da de bruces con la constancia del acta.

Por último, si fuera cierto que el que tenía el arma vestía todo de negro, como dice la testigo S., es de notarse que el único que vestía así era P., argumento no expuesto

nunca por la sentenciante –menos por la Fiscalía-, no siendo lícito, como se dijo antes, "emparchar" los razonamientos verdaderamente endebles.

15.- En definitiva, nuevamente, no se puede compartir la construcción fáctica llevada a cabo en la sentencia por cuanto, en primer lugar, no existe prueba independiente que la abone, y, por otra parte, no es posible determinar que caminos ha tomado el razonamiento para llegar a una de las posibles conclusiones, más no la única.

Solo el reconocimiento impropio en la audiencia, valido en lo formal en lo que al suscripto respecta (tal como lo he sostenido en el caso **"R. J. p.s.a. de Robo Agravado" (Carpeta 2492 OJ Tw – Legajo 23822 OUMPF Tw)**, Sentencia Nro. 1345/11 OJ Tw, de fecha 17/06/11), podría acreditar su presencia en el comercio, empero, habida cuenta la escasa credibilidad que tiene la percepción de la testigo mal puede fundar, en soledad, una sentencia condenatoria.

En efecto, si solo se toma como prueba concluyente el testimonio de quien erra en otras consideraciones (existencia de un buzo Adidas no secuestrado y testimonio de la otra vecina que dice que el que portaba el arma tenía la cara tapada y vestía todo de negro) mal puede sostenerse, por orfandad probatoria, la afirmación de la sentenciante.

16.- Respecto al coimputado **E. S.**, más allá de la afectación o no del principio de correlación entre acusación y sentencia (que en realidad ha sido mal planteado por el defensor, puesto que se trato de una modificación de la plataforma fáctica, cuya solución se encuentra en el art. 322 del ritual), lo cierto es que el planteo debe pasar por una cuestión tangencialmente relacionada, pero con el mismo efecto.

A fin que se entienda la idea, rememoraré el razonamiento de la sentenciante. La juez Moreno explicita cómo encuentra a S. **coautor** del delito de Robo agravado a través de los siguientes párrafos extraídos de fojas 90 vta.:

"*…en primer lugar, la presencia de E. S., con el pretexto de adquirir cigarrillos, no fue una casualidad… sabía de los*

movimientos que se llevaban a cabo en el negocio, por cuanto la misma G. dijo haber mantenido una relación comercial con el sindicado tiempo atrás, reconociendo la campera que gastaba el nombrado en aquel momento…".

"…el imputado… reconoció haber estado en el negocio con L. G. aunque aclaro que no fue a comprar cigarrillos sino a efectuar una carga virtual…".

"…Sumando a ello, que la camioneta Ford Ecosport, dominio , fuera vista a escasos metros del local comercial y que… dicho rodado resulta ser de su propiedad y que al mismo ascienden sus consortes de causa…".

De todo lo expuesto, puede compartirse con la sentenciante que es dable acreditar que E. S. ingresó al comercio, pretendió adquirir algún producto –sea cual fuere- y se retiró inmediatamente para ascender a su vehículo.

Ahora bien, mas allá de ello, no es posible entender, puesto que no ha sido debidamente explicitado, cuál es la acción típica que se le endilga, ni en qué grado de participación. Nuevamente, la falta de construcción del razonamiento, impide seguir el relato y con ello se fracasa en la crítica.

Si la jueza ha resaltado que la presencia en el local "no fue una casualidad", ¿se ha pretendido afirmar que lo fue para "ayudar" o para "colaborar" con los que ingresaron después?; ¿tal vez se ha querido decir que eso es un caso de coautoría funcional, sin realizar siquiera parte de la acción reprochable?; ¿tal vez se imputa haber llevado a los cacos en su vehículo, entendiendo tal accionar como parte de un plan ejecutado con división de funciones?; ¿no sería, tal vez, un caso de participación en el hecho de otro, por el cual no fue intimado?.

17.- Nuevamente, debo reiterar que para poder criticar una sentencia, es necesario poder reconocer todos y cada uno de los senderos que ha recorrido el razonamiento para arribar a la conclusión, puesto que, de lo contrario, es imposible,

salvo “rellenando” los saltos lógicos, reconocer el estándar probatorio seleccionado.

Entiendo que si la imputación ha sido la de participar como coautor funcional de un hecho calificado como Robo –mas allá de las agravantes, que demandaría otras construcciones anexas, sobre todo en el aspecto subjetivo del tipo-, es necesario acreditar –y explicitar como se llega al aserto-, como mínimo, cuál ha sido la parte de las tareas previamente asignadas a cada uno, de acuerdo a un plan común, que ha efectivamente realizado el acusado.

En este caso, qué porción del plan común de apoderarse de cosas muebles ajenas ha efectuado E. S.. Es imposible detectarlo, a estar a la sentencia atacada.

Va de suyo, que ingresar a un local poco antes que otros dos se apoderen de lo ajeno, no puede ser considerado, ni mucho menos, la ejecución de una porción de un plan criminal; que haya sido casualidad o no su presencia, o que se le adjudique haber realizado “tareas de inteligencia” – las que a la sazón no se explicitan- resulta ser una afirmación dogmática sin prueba alguna que lo permita siquiera sospechar; nuevamente, la ausencia de explicitación de las premisas que acompañan al único dato cierto –su ingreso al local- impiden acompañar la conclusión a la que se arriba.

De otra parte, dando por cierto que manejaba la camioneta, cuestión no acreditada puesto que al llegar la prevención se encontraban las puertas del vehículo abiertas y los ocupantes habían descendido, no puede seguirse necesariamente que es un caso de coautoría funcional.

Me inclino a pensar, con el grueso de la doctrina, que se trataría de un caso de participación en un hecho ajeno, una colaboración posterior –secundaria, tal vez- que solo podría tener relevancia penal de acreditarse la promesa anterior a los actos ejecutivos –art. 46, Codigo penal-.

Por todo ello, al no haberse acreditado con el grado de certeza la conducta efectivamente realizada por S. y, en su caso, en que forma de participación –en sentido lato- puede

subsumirse aquella, intereso a mis colegas por la absolución del nombrado.

18.- En definitiva, y a fuerza de ser reiterativo, entiendo que por ausencia de prueba incriminatoria respecto a P., por falta de motivación y acreditación de la credibilidad de la testigo que en forma impropia reconociera a W. S. y por falta de descripción suficiente de la conducta atribuida a E. S., es que voto por la absolución de los traídos a proceso.

19.- Las costas deberán ser soportadas por el Estado, de conformidad a lo establecido por el art. 242 y 247 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo la regulación de honorarios profesionales a la defensa pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 de la Ley V, Nro. 139.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Sobre los antecedentes del caso y los puntos de impugnación ordinaria planteada por la Defensa contra la sentencia registrada bajo el N° 2941, ya han sido reseñados por el colega pre opinante, lo que me exime de reiterarlos innecesariamente.

Tras la audiencia prevista en el art. 385, CPP, en donde el Defensor ratificó su escrito de impugnación y amplió fundamentos, y fueron escuchados los argumentos de la vista del fiscal, corresponde resolver. Comenzaré con el tratamiento de las nulidades.

2. <u>De la pretendida declaración de nulidad de la detención de los imputados</u>.

A la lectura de la pieza jurisdiccional en el punto 6.a de la sentencia (fojas 86/vta y siguientes), he de colegir que la jueza de condena ha dado acabados fundamentos para sostener la validez de la detención de los imputados, por lo que votaré por su confirmación.

Tras detallar y transcribir del plexo normativo las leyes aplicables en materia de privación de la libertad de las personas, la juez concluyó razonada y fundadamente en que

existió en el caso una actuación policial legal, que los funcionarios estaban habilitados en ley y procedieron a la detención de los traídos en calidad de condenados.

El tramo de su resolución que sintetiza los fundamentos y que me determinan a su confirmación, reza "*si bien los encartados no fueron sorprendidos en el preciso momento en que cometieron el hecho -es decir, no hay flagrancia en sentido estricto- sí existió, inmediatamente después de su consumación, apenas unos minutos, persecución por parte de la fuerza pública guiados por las noticias que dieron los particulares, algunas de las cuales se transmitían por radio, - características del vehículo, personas involucradas en el asalto, arma de fuego – y además los imputados al ser aprehendidos presentaban evidentes vestigios que hacían presumir vehementemente que acaban de participar en la infracción anoticiada, observando a simple vista elementos relacionados con el hecho, tal es el arma de fuego utilizada en el evento.*"

"*De modo que la detención sin orden judicial practicado por la autoridad policial deviene legítima…*"

Ante el planteo de la pretensa que implica la revisión de una de las diligencias mas gravosas para el ciudadano, como lo es la facultad policial de detenerlos en la excepción a la regla general por la cual solo un juez puede hacerlo, aprecio que en el marco concreto de la intervención que le cupo a las autoridades prevencionales, ha existido una suerte de continuidad temporal desde la comisión del hecho y la inmediata intervención de los uniformados, hasta la detención de los imputados que tenían, como bien ha ponderado la jueza, vestigios que hacían presumir su participación en el injusto.

Con ello se completan los requisitos contenidos en nuestra norma, que se refieren a la flagrancia en sentido amplio: a) la inmediatez temporal, y b) la inmediatez personal, (cfme. el artículo titulado: "Facultad policial frente al delito flagrante", de Hugo Antolín Almirón, publicado en la sección "Actualidad", de la Revista de Derecho Procesal Penal, edit. por Rubinzal-Culzoni, año

2014, tomo 2013-2, "Vías de impugnación en el proceso penal …", volumen II, págs. 687 y ss.).

Así lo entendió y fundó acabadamente la A-Quo por lo que he de de votar por la confirmación de este punto.

3. De la pretendida declaración de nulidad del secuestro del arma.

3.1. El punto de agravio que se refiere a la supuesta "*simple vista*" a la que se encontraba el arma secuestrada del rodado de los imputados, al control de la sentencia en el punto 6.b (ver fs.88 de la carpeta), he de advertir una vez mas, que los fundamentos desarrollados son razonables y suficientes como para sostener la legalidad del acto llevado a cabo por los funcionarios policiales.

Según la defensa, ninguno de los policías que participaron en la detención declaró en el debate, y que el testigo de actuación y los policías de criminalística llegaron con posterioridad, de modo que nadie puede aseverar que el arma se veía cuando se hizo descender a los imputados, como sostiene erróneamente la sentencia.

Sin embargo, para desechar este planteo, la juez ponderó la declaración del Oficial C. que intervino en la persecución y que dijo en el juicio que luego de identificar y "*cachar*" a los hermanos S., estaba la puerta abierta del vehículo y se pudo observar en la parte trasera derecha sobre el piso en la alfombra, un revolver viejo color negro. Que esto se veía desde afuera claramente, ya que no estaba tapado.

A la escucha de su testimonio, efectivamente confirma esta aseveración.

Adunó a esta pieza probatoria, la del testimonio del testigo de actuación M. M., que confirmó los dichos del funcionario policial.

Al control de su versión que se encuentra video grabada y reservada en los soportes respectivos, se confirma lo que correctamente ponderó la magistrada.

También agregó las ilustraciones de las fotografías 15 a 18, obrantes a fojas 59/60 vta. del legajo fiscal, en las

que se observa sin inconvenientes, la ubicación del arma en el interior del rodado.

Tengo para mí que las previsiones que prevé nuestra ley para este tipo de diligencias se encuentran correctamente cumplidas, no existe vulneración a garantía de rango constitucional que determine a hacer lugar a la nulidad pretendida, y la decisión de la doctora Moreno resulta acertada.

A mas abundar, el contenido del agravio llevaría a desechar toda diligencia en la cual no pueda acreditarse que al momento mismo de la intervención de la policía, testigos civiles puedan ver, contemporáneamente a los funcionarios, lo que luego dará causa a su actuación. Algo que implicaría que en cada patrullero y junto a cada policía, existan civiles que los acompañen permanentemente y certifiquen cual escribano, lo que luego se documentará para ponderación de los funcionarios y magistrados de la Justicia.

Los requisitos legales han sido cumplidos y correctamente ponderados por la juez.

3.2 Respecto al segundo punto de queja referida a la falta de control de los imputados detenidos en la seccional donde se realizó la diligencia de registro vehicular, considero que también debe confirmarse lo que se ha decidido.

La juez, siguiendo el dictamen fiscal que entendió que el art.171 del CPP se refiere a la requisa personal, descartó el agravio no haciendo lugar a la nulidad.

Tengo para mi que el registro del rodado en cuyo interior se movilizaban los imputados, ha sido realizada cumpliendo las formalidades que prescribe el código de procedimiento penal: el arma que se observaba a simple vista desde el exterior, se encontraba en su interior, y ello constituyó motivos suficientes para presumir que se ocultaba un objeto útil vinculado a la investigación preexistente. Se requirió autorización judicial, se precintó el rodado y se lo llevó a la Seccional Policial. Luego, se labró un acta, se fotografió y se incluyó en la diligencia a un testigo civil.

Con todo ello, ninguna garantía constitucional ha sido vulnerada como para aplicar la sanción legal que se pretende.

La analogía que la defensa pretende con la requisa personal, en aquello que la ley ordena se realizase *en lo que sea aplicable*, no incluye que los encartados deban estar presentes al momento de la diligencia, por mas saludable que la misma pueda llegar a resultar. Disponer una nulidad por este motivo, sería agregar un requisito que la ley no incluye para este tipo de diligencias.

Por ello, considero que en este punto la decisión de la juez ha sido correcta y voto también por su confirmación.

4. De la pretendida violación de la congruencia entre acusación y condena, y la falta de pruebas de la conclusión condenatoria.

He de incluir en este acápite, dos puntos que la defensa presentara por separado, ya que entiendo que ambas se relacionan y merecen ser analizadas en conjunto.

4.1 Al control de la imputación que se obliga ante un planteo como el de la congruencia, en el soporte de la audiencia del 28 de septiembre de 2015, a partir del minuto tres, se ilustra como fue presentada por el Ministerio Publico Fiscal a la juez al momento de los mal llamados alegatos de inicio, en donde efectivamente el fiscal mantuvo los presupuestos fácticos detallados por la doctora Viviana Mariela Diaz, funcionaria de fiscalía en la acusación. Se logra ver en la videograbacion al titular de la vindicta pública dar lectura en forma textual al punto 2 de la pieza glosada a fojas 15 y siguientes de la carpeta, esto es la "*Sucinta Enunciación del Hecho Atribuido*". En ella, cual se queja el recurrente, se detalló que los hermanos S. habrían ingresado al local en donde se desarrolló el robo, y el tercero que hizo las veces de *campana*, era P., que se habría quedado en el exterior.

Pese a que ni la calificación jurídica ni la evidencia se modificaron en todo el proceso de conocimiento, la

fiscalía no justificó porqué entonces, sí modificó los presupuestos fácticos de la teoría del caso.

No obstante, ya al momento del alegato final formulado por la Fiscalía, la teoría del caso fiscal versó sobre un rol diferente para cada imputado.

Así alegó el fiscal que el día y a la hora indicada, los tres imputados ingresaron al local comercial, primero lo hizo E. S., que a sabiendas y conociendo a la victima a la que saludó, sondeó el lugar, miró e hizo la inteligencia necesaria y luego salió; y detrás ingresaron inmediatamente P. y W. I. S., que extrajeron un arma de fuego con la que Walter S. amenazó a la voz de *"las quemo"*, y le exigieron el dinero y demás elementos para darse luego a la fuga en una Ecosport que conducía E. S..

Sabido es que el conocido principio de congruencia, tiene que ver con la capacidad del juez al decidir sobre una petición, que le impide proceder de oficio, ir mas allá de lo pedido, y que lo obliga a decidir según lo alegado y lo probado (*ne procedat iudex ex officio; ne eat judex ulta petita partium, judex allegata et probata decidete debet).*

Su objeto es el de evitar la lesión de los derechos del encartado, impidiendo que éste se encuentre *sorpresivamente* en el debate con variaciones del marco fáctico, y que le impida el ejercicio del derecho de defensa, base misma de la congruencia.

En el caso, no se advierte que la jueza haya fallado sobre una base fáctica distinta al contenido en la acusación de la fiscalía. En su caso, quien modificó las proposiciones fácticas fue la fiscalía, no la juez.

En la causa "L., S. y otro-A., D. A." (Expte.92-fo.112-año 2003-Letra A), extraído del fallo "M., R. M. s/abuso sexual impugnación" Legajo 21123-fo.53-To.2-año 2008, Letra M, dictado el 23 de septiembre del año 2009, el Dr. Pfleger dijo que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación, que han sido debidamente intimadas y sobre las que tuvo ocasión de ser oído el acusado. Se veda asi

que el fallo se extienda a hechos no contenidos en el proceso, en resguardo de la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (señalando que esto pertenece a Julio B. Maier en su obra Derecho Procesal Penal-Tomo 1, Pág. 568).

Por tanto no es la violación al principio de congruencia lo que se advierte en el presente caso, sino una modificación efectuada por el mismo titular de la acción penal, en el hecho imputado a cada uno de los encartados.

Si la función principal de notificar acabadamente a los ciudadanos de los hechos por lo que se lo ha de acusar y juzgar, es la de asegurar el contradictorio (control de la contraparte de toda la prueba y posibilidad real de refutarlas), el punto neurálgico que llevará la suerte de esta revisión tiene que ver los elementos que en el temperamento de la Magistrada, la motivaron a rechazar el planteo. ¿Que dijo la juez respecto a este agravio?

En el punto cuatro de su fallo, con las citas doctrinarias que estimó necesarias para sostener su decisión, consideró que la defensa durante el transcurso del debate ha podido ejercer en plenitud el derecho de defensa, y que ningún elemento sorpresivo ha sido incorporado de modo que no haya podido ejercer su derecho. Dijo la magistrada que *"…Asi lo ha hecho* (la defensa) *preguntando y contraexaminando a todos los testigos que han depuesto en audiencia. Mas aun, y con su anuencia, el imputado E. S. ha formulado aclaraciones que consideraba pertinentes a su situación procesal. En este sentido, razono, la pretensión acusatoria se ha completado con todos sus elementos en el alegato del fiscal al describir el rol y funciones que en el evento han tenido cada uno de los imputados, es entonces una eventualidad perfectamente previsible, y efectivamente prevista para el defensor y no vulnera de manera alguna, su derecho de defensa…."*

Lo cierto es que la *sorpresa* de la defensa no se refiere entonces a la sentencia, sino respecto al rol que cada uno de sus ahijados procesales fue detallado en la teoría fiscal.

¿Porqué la fiscalía hizo estas variaciones? y, en su caso, pese a ellas, ¿vulneró concretamente alguna garantía de los encartados?.

4.2 Esto tiene vinculación con el segundo punto traído en análisis, referida a las pruebas que sostuvieron la conclusión condenatoria.

En la resolución que se revisa, tras transcribir las partes pertinentes de las versiones de M. I. F., C. S. y L. G., concluyó la señora juez que no cabe duda alguna que los propios damnificados de la sustracción, son quienes aportaron los datos que hacen a la acreditación tanto de la materialidad del hecho, como también a la individualización de sus autores.

A partir del primer párrafo de la parte de la sentencia que se ubica a fs.89/vta, desarrolla el *iter* procesal de lo que se produjo en el juicio y concretamente, en cuanto a la identidad de los imputados, ponderó la declaración de la señora L. G.. De ella dijo que confrontada su versión con el resto de la prueba, le permite inferir racionalmente en la culpabilidad de los acusados.

4.2.1 En comprobación de esta afirmación, se constata que la mencionada testigo reconoció sin lugar a dudas, por conocerlo de antes del hecho, a E. S. como el que ingresó preguntando por cigarrillos y salió del local, tras lo cual ingresaron los otros dos. La juez estimó que no fue casual la presencia de este encartado en el lugar, que la camioneta Ford Ecosport, dominio , fue vista a escasos metros del local comercial, y que de acuerdo a lo informado por la Planta Verificadora, dicho rodado resulta ser de su propiedad, y que al mismo ascendieron sus consortes de causa.

Hasta aquí, la relación de la prueba dan razón a la magistrada, efectuó una correcta interrelación en la labor de testeo de la versión incriminante para darle credibilidad.

Ahora bien, en el punto IV del fallo se advierte que condenó a E. R. S. como co autor del delito de robo doblemente agravado en grado de tentativa, y entiendo que aquí existe un error.

En la coautoría funcional (entiendo que de ella trata la juez) la ejecución del plan implica una división del trabajo, y cada una de las conductas cometidas por los agentes, es un presupuesto indispensable para alcanzar el resultado. Sin esa contribución, el hecho no se produciría.

Si la conducta "no casual" desplegada y comprobada en grado de certeza de E. S., fue que ingresó al local, preguntó por cigarrillos o bien por carga virtual de celular, se mostró algo nervioso, y salió, cruzándose con los otros dos sujetos que ejecutaron el desapoderamiento, el interrogante que se impone es ¿cuál es la conducta típica que le endilga la magistrado en la sentencia?.

Tengo para mí que, con los antecedentes analizados en la pieza jurisdiccional, el nombrado encartado podría haber sido pasible de ser imputado por una participación no necesaria o secundaria en el evento, por imperio del articulo 46 del código penal, mas no como co autor del hecho.

Así es, por la descripción de la conducta tenida por la juez, E. S. mas que ánimo de autor, tuvo ánimo de socio, no realizando el verbo típico del tipo penal enrostrado. En realidad se advierte que colaboró en el hecho en forma dolosa, pero sin dominio del hecho. Si acaso se identificara el razonamiento de la magistrado en este carácter, su temperamento sería pasible de ser confirmado.

Por estos argumentos, entiendo que corresponde revocar la parte de la sentencia que a su respecto resolvió su condena, y consecuentemente absolverlo.

4.2.2 De otra parte, la testigo G. indicó en la audiencia a W. S. como el sujeto que llevaba el arma. La juez descartó el agravio referido al reconocimiento impropio llevado a cabo en la audiencia, temperamento que este revisor comparte, toda vez que al control de la prueba, se advierte que la indicación efectuada por la testigo al momento de declarar fue espontánea a modo de ilustrar al tribunal y al interlocutor, de la persona a la cual se refería en su

declaración, y con ello no se vulnera garantía constitucional alguna.

Apuntaló la juez este testimonio de la señora G. con las versiones de las testigos M. F. y C. S., pero es dable advertir que no es verdad, como afirmó la magistrado, que ellas *"han reconocido en audiencia los distintos elementos secuestrados, entre ello(s) el arma de fuego, camperas y cuello polar que usaban los autores al momento del hecho."*

Repasemos: G. reconoció el arma (se constata al minuto 1.09.28 del soporte de su declaración), e indicó a W. S. como el que la portaba, al igual que el buzo polar negro con capucha exhibido.

La señora S. declaró que uno que estaba vestido de negro *encapuchado*, era el que llevaba el arma, y después el otro de color gris que tenía una gorrita. Concretamente dijo que "el que llevaba el arma estaba todo de negro, campera negra, pantalón negro, no sé si eran zapatillas o botines negros (agregando que no se le veía la cara) "porque tenía un pasamontañas"; agregó que llevaban ropa amplia. A diferencia de lo afirmado por la juez, no reconoció arma alguna.

En tanto la señora F., muy nerviosa en toda su declaración, directamente no reconoció las prendas, y aseguró que quien portaba la utilizada en el hecho tenía pullover gris. Si reconoció el arma.

Existe la particular situación, prolijamente detallada por el doctor Defranco en su voto, de una notable e inexplicable diferencia de prendas descriptas por los preventores en dos momentos en los cuales el encartado no debió tener posibilidad de mudar sus prendas. Al momento de la detención (acta de fojas 1/ 2), los policías dicen que el encartado tenia una campera de color azul con capucha y jeans de color azul, pero cuando se le secuestran las ropas (acta de fs.21/23), tenia un pantalón de buzo gris con línea color blanca sobre los costados, y una campera negra con un cierre muy particular por su contraste de color rojo.

Por otra parte, el único que vestía todo de negro, como dice la testigo S. y quien a sus dichos llevaría el arma,

era E. S., como se advierte fácilmente en las fotos incluidas en el informe fotográfico N° 403/15 PCTW, imputado que justamente no habría participado en el evento de desapoderamiento, sino solo en la inteligencia previa del mismo.

4.2.3 Por último, en cuanto a la condena de A. L. P., la defensa se queja que fue detenido aproximadamente a cinco kilómetros del lugar del robo y entre veinte y treinta minutos después de cometido el mismo con los otros imputados, dentro del automóvil de E. S.. Como no se persiguió al vehículo desde el momento del delito hasta el de la detención, no puede descartarse que P. subiera al automóvil tiempo después.

A la lectura del fallo, se constata que la sentenciante no dio respuestas a estos interrogantes. Si para la jueza es claro que P. participó en el robo, ¿que elementos probatorios acreditan, mas allá de toda duda razonable, que fue el tercer integrante del evento?. De los fundamentos desarrollados por la magistrada, se extrae que el hecho que fuera detenido en el interior del rodado y con una suma de dinero que permite considerar que fuera la sustraída a la damnificada, parecen ser suficientes para tenerlo por autor e imponer condena. Mas considero al igual que los colegas de este Cuerpo, que los interrogantes que impuso la defensa en su recurso, desestabilizan los argumentos de la magistrado.

Acaso la razón está en la vinculación con las ropas que portaba al momento de ser detenido, mas ninguna de las personas que se encontraban en el local siniestrado y que declarara en el juicio las reconocieron y, sobre todo, nada de ello dijo la Juez.

4.2.4 Todo este complicado compendio que debiera servir para identificar fehacientemente a cada uno de los acusados y su rol en el evento, se hubiera superado con una diligencia de reconocimiento en rueda de personas, tanto para resguardo de las garantías de los encartados, como para optimizar la calidad de la información.

Si acaso existieran confusiones lógicas en el recuerdo de las mujeres que pasaron por una situación traumática como la que les tocara padecer, la juez debió de haber considerado dicha circunstancia para superar el estado de duda que la confusión de las ropas y los roles trajo en sus testimonios. Estos extremos bien pudieron ser superados con una adecuada interpretación jurisdiccional desarrollada en su fallo que posibilite a este Cuerpo poder revisarlos.

No corresponde a los jueces de esta Cámara dar los argumentos que no se han dado para sostener una decisión, puesto que nuestra función es la de la revisión, vale decir trabajar sobre las sentencias de los jueces penales, y no mejorar sus argumentos.

5. Por todo lo dicho voto por hacer lugar a la impugnación ordinaria que nos convoca, absolviendo en base a las consideraciones desarrolladas, a A. L. P., a W. S. y a E. S..

6. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1. La defensa se queja de la sentencia condenatoria, porque la misma se basa en elementos probatorios obtenidos de actos inválidos, agregando que, aún en el caso de que se le otorgue validez, ellos no alcanzan para destruir con certeza el estado de inocencia de sus defendidos, por la arbitrariedad de la decisión, toda vez ésta se basa en afirmaciones sin sustento en los testimonios, ya que éstos son insuficientes y contradictorios.

2. Adelantamos que resulta supefluo analizar los agravios en orden a la legalidad de la detención, registros y secuestros del coche, arma y dinero, puesto que de la valoración probatoria surge ya la falta de certeza para condenar. Así procedemos, puesto que ello no agravia garantía constitucional alguna al imputado e, inclusive, puede favorecerlo, ya que la invalidez podría dar pié a que vuelva el procedimiento a etapas anteriores, interpretación a la

que si bien no adherimos, es sostenida por la parte de la jurisprudencia. Por estas mismas razones, no analizamos tampoco el agravio de la falta de correlación fáctica entre la acusación y la sentencia o congruencia.

3. Entrando ahora a la revisión que la sentencia hace de la reconstrucción fáctica, trataremos separadamente la situación de cada uno de los imputados.

Comenzando por E. S., la sentencia condenatoria entiende que el mismo efectuó una conducta que encaja en la coautoría, lo cual es erróneo en el caso. Esto es así, porque ,aún dando por cierto que el mismo ingresó al comercio, charló con la testigo G. y se retiró del mismo, y de que los coimputados fueran detenidos junto a él en el coche de su propiedad, del cual se secuestrar el arma, amén de la requisa del dinero y vestimenta, dinero y las vestimentas, de ellos sólo puede inferirse, eventualmente, una participación- no interesa aquí si necesaria o no-, toda vez que es muy claro que no intervino en el momento de la ejecución de la acción típica, esto es en el momento del desapoderamiento con arma de las cosas muebles. Esta sola circunstancia, ya lo despega como dominador- en el caso, codominador-, puesto que su conducta, de cualquier forma que se la mire, jamás puede tener tal carácter, ya que actuó antes y después del momento de la ejecución del desapoderamiento con arma de las cosas muebles.

Nos resta analizar, ahora sí, los elementos probatorios que prueben con certeza que su conducta constituyó un aporte a los coautores concretos de éste caso, a los efectos de verificar si fue o no partícipe, pero como concluiremos que las imputaciones de estos últimos no pueden ser acreditadas con certeza, nos faltan en el caso los roles concretos que hayan podido co-dominar el hecho, por lo que mal se puede estimar un aporte o participación a roles de coautores que resultan indemostrables en el caso. Esto de por sí hace superfluo el análisis de la conducta de E. S., lo que no quiere decir que no se pueda, en abstracto y en ningún caso ,que alguien pueda ser condenado como partícipe, sin que se demuestre quienes son los autores o coautores, pero cuando

una sentencia así lo afirma, como en el caso, ello es imposible, por la sencilla razón de que la situación imputativa del nombrado fue construida, en la sentencia, con referencia de los otros dos condenados, por lo que, si están no se pueden demostrar, mal podemos analizar, por el principio de accesoriedad, la imputación concreta del partícipe. Es decir, como la sentencia habla de un plan concreto, en el que personas concretas deciden y llevan a cabo el mismo, la falta de certeza sobre la autoría de dos de ellos, arrastra necesariamente, como plan concreto, la del partícipe. A esto hace referencia la doctrina, cuando estudia el plan concreto del autor o coautor, insistiendo en que la ley prohíbe, en el caso, robar, pero lo hace en abstracto, por lo que hay que estar a las diferentes maneras de hacerlo que se dan en la realidad, es decir, al plan concreto diseñado para el caso, sobre todo con personas concretas y determinadas, como lo hace la sentencia.

De todas formas, y aún cuando no se acordara con las reflexiones anteriores, la desincrimnación también surge de la valoración de los elementos probatorios que seguidamente tratamos respecto de los otros imputados y que también se refieren al nombrado, extremos que pasamos a tratar seguidamente:

a) En primer lugar, la testigo G., sostiene que atiende en el comercio a E., a quien conocía, preguntando éste por la venta de cigarrillos, enviando a tal persona al Kiosco de enfrente, pues ella no vendía, relatando que E. no fue a tal comercio, sino que se dirigió a la esquina y dobló, no observándolo más, momento en que ingresan dos personas, a las que no conocía, quienes le apuntaron con el arma y le sacaron la recaudación del día y a las que pudo verles las caras, reconociéndolas fotográficamente luego en sede policial, firmando el correspondiente acta. En la audiencia de debate, reconoce el arma secuestrada que se le exhibe, así como el buzo secuestrado, afirmando que ésta prenda la portaba el que utilizó el arma en el hecho.

b) Por su parte, la testigo S., relata que ingresa una persona al comercio, se saluda con G., pregunta por cigarrillos, se lo envía al Kiosco de enfrente y, al retirarse, justo se cruzan con otros dos jóvenes que ingresan, sosteniendo que uno de ellos, el que utiliza el arma, estaba vestido todo de negro y encapuchado, no pudiendo verle la cara porque tenía un pasamontañas, mientras que el otro vestía un buzo gris, con capucha y con gorrita , al que tampoco pudo distinguirle la cara. Reconoce en el debate el arma secuestrada, la gorra, y la campera negra que vestía el que tenía el arma, único que tenía una campera así de las dos personas agresoras.

c) La otra testigo presencial del hecho, F., relata que primero ingresa uno y luego ingresaron dos personas, una con un polar y otro detrás con buzo gris, que sacó un arma y le pedía que le entregue el celular y lo que tenga de valor encima, a quien observó su cara, pero no puede recordarlo, agregando que hizo un reconocimiento fotográfico, pero no pudo reconocerlo, aunque luego se le exhibe un acta en que sí había reconocido a alguien, terminando por aceptar que reconoció a la persona, pero sosteniendo que le respondió a la policía que creía que éra el. Asimismo, reconoce la campera gris y como similar el arma, no así la campera negra, pues afirma que lo que ella vio era un pullover.

4. Sentado lo anterior, la sentenciante dice que son las mismas damnificadas las que contribuyen a individualizar a los condenados, por lo que hay que analizar si ello es correcto.

En esta senda, obsérvese que la testigo G. comienza por describir la conducta de E. S., afirmando que se retira y se va a la esquina, dobla, y no lo observa más, luego de lo cual ingresan los otros dos jóvenes, mientras que las testigos S. y F., sostienen que E. se cruza en la puerta, al retirarse, con las otras dos personas agresoras.

Por otra parte, la testigo G. reconoce el buzo color gris, afirmando que era el que llevaba puesto quien blandía el arma- en la audiencia lo señala a W. S. -
, mientras que la testigo S. dice que la persona que llevaba el arma estaba vestido toda de negro, reconociendo la campera negra, afirmando que el otro chico estaba de buzo gris y con gorrita, para terminar sosteniendo la tercera testigo, F., que el que tenía un arma vestía un pullover gris, no un buzo.

A las anteriores contradicciones en cuanto a la conducta de E. y las vestimentas, cabe agregar las insuficiencias probatorias cargosas que surgen de los reconocimientos realizados en el debate de los imputados. Estos últimos, debieron hacerse en la investigación, con todas las formalidades establecidas en el código procesal, ya que nada las impedía, por lo que los reconocimientos fotográficos pasan a tener un valor casi nulo, pues- como lo afirmó la misma jueza en el debate, cuando resuelve un incidente al respecto-, el reconocimiento fotográfico es solo una actividad de pesquisa que guía la investigación, pero la prueba o evidencia de reconocimiento que sirve, es aquella realizada y controlada con presencia del imputado y defensor, en la que se impone que se exhiba al imputado junto a otras semejantes, entre otras formalidades, todo lo cual se podría haber hecho sin problema alguno en este caso, cosa que no se hizo. En todo caso, para aquellos que sostienen la viabilidad del mal llamado “reconocimiento impropio”, éste solo es posible como indicio, y en tanto el acusador demuestre la imposibilidad de efectuarlo en la etapa preparatoria, con todas las garantías, repito.

Lo propio debió hacerse con el arma secuestrada y las ropas, porque si bien es cierto que su exhibición a los testigos está permitida por el código, era más que prudente proceder como se indica, con todas las garantías y en la etapa preparatoria, al poco tiempo del hecho, sobre todo ante la escasez de probanzas. Esta deficiencia, si bien no anula, al menos mengua a ellos de fuerza convictiva, porque a ello debe agregarse que tales reconocimientos no fueron

concluyentes al respecto, pues solo se dice que eran similares, cuestión, por otra parte, mas que razonable, porque estamos ante personas legas en el asunto, pero , precisamente por esto mismo, es que debió realizarse tales medidas en la etapa preparatoria, y en con poco lapso después del hecho.

Por último, si se pretende que estamos ante prueba indiciaria, entonces deberá decirse que ella se debe basar en hechos ciertos, probados claramente y plurales, amén de hacer explicito el razonamiento lógico que los une a todos ellos como base de la conclusión condenatoria, nada de lo cual se hizo o se intentó, extremo que, por otra parte, conforme lo analizado también, era imposible, pues no tenemos la base de la prueba indiciaria para condenar, tal como son la existencia y prueba contundente de aquellos hechos ciertos y plurales.

En fin, creemos que todo esto es más que suficiente como para obstaculizar la certeza necesaria para condenar, por lo que deberá absolverse a los condenados, revocando la sentencia impugnada.

5. En cuanto a la imposición de costas y los honorarios de la Defensa Pública, adhiero a lo manifestado por el primer votante. Así voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública y revocar la sentencia nro. 2941/15, dictada en fecha 01/10/15;

2) Absolver a E. R. S., A. L. P. y W. I. S., respecto del delito de robo doblemente agravado por el uso de armas y por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166,2, 167, 2, 42 y 45 del C.P.), ocurrido el día 5 de junio del año 2015, en el comercio "L", sito en calle de esta ciudad;

3) Disponer el cese de las medidas de coerción dictada contra los nombrados, recuperando los mismo la libertad en los estrados de este Tribunal. (art. 333 del C.P.P.). A cuyo fin, líbrese oficio;

4) Eximir de costas a los acusados e imponérselas al Estado (arts. 239, 242 y concs. CPP);

5) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 y concordantes de la Ley V-90 antes ley 4920)y 6) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta **Roberto Adrián Barrios**

Se deja constancia que el Dr. Alejandro Gustavo Defranco, no suscribe materialmente la presente por impedimento ulterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 04/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.