

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24178/09 STJ

SENTENCIA Nº: 262

PROCESADO: NOGAR CECILIO NICANOR

DELITO: ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 30/11/10

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN

//MA, de noviembre de 2010.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Luis Lutz, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “NOGAR, Cecilio Nicanor s/Robo agravado por empleo de arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal s/Casación” (Expte.Nº 24178/09 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:-----

-----1.- Mediante Sentencia Nº 40, del 4 de noviembre de 2009, la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca resolvió condenar a Cecilio Nicanor Nogar, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin autorización legal (arts. 166 inc. 2º y segundo párrafo, 54, 189 bis inc. 2º párrafo 3º C.P.), a la pena de seis años y ocho meses de prisión. Luego efectuó una unificación de

penas.- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa dedujo recurso de casación, que fue declarado admisible por el a quo y por

///2.- este Superior Tribunal de Justicia. Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito, los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.

-----3.- El casacionista señala que la sentencia incurre en carencia de motivación para determinar la autoría de su pupilo en el hecho reprochado. Así, hace un repaso de la prueba y niega que se pueda arribar a una sentencia condenatoria para Cecilio Nicanor Nogar.- - - - -

----- En este sentido, primero se ocupa del reconocimiento fotográfico, al que tacha de ilegal pues habría sido realizado en dependencias de la comisaría, pese a que el imputado ya se encontraba hacía más de un mes y medio detenido, lo que violenta el art. 302 del Código Procesal Penal. Cita jurisprudencia en apoyo de este agravio.- - - -

----- Asimismo, se opone a la afirmación del sentenciante en cuanto a que el mencionado Nogar haya sido reconocido por Cyntia Vanina López en la rueda de personas posterior, porque sólo dijo que era “el más parecido”, en referencia al mentón.- - - - -

----- A lo anterior suma que ninguno de los objetos secuestrados fue reconocido por las víctimas y que el arma individualizada no tenía ninguna particularidad respecto de las producidas en serie. Agrega la inexistencia de manchas o tatuajes en la mano derecha del imputado, lo que se opone a la advertencia de una mancha o suciedad por parte de una de las víctimas. Por último, aduce que el rastro papilar palmar levantado en el lugar del hecho no tenía correspondencia de identidad física humana con las impresiones palmares de Nogar.- - - - -

///3.-- Por los argumentos desarrollados, la defensa solicita a este Cuerpo que haga lugar al recurso y dicte una sentencia que, decidiendo sobre el fondo del asunto, decrete la libre absolución del imputado o, subsidiariamente, por el beneficio de la duda.- - - - -

-----4.- Se le reprocha al imputado y el juzgador tiene por acreditado que en “... fecha 24 de diciembre de 2008, aproximadamente a las 13:50 horas, oportunidad en que el imputado portando un arma de fuego en forma ilegal, irrumpió en el kiosco ‘Platerito’..., donde tras intimidar con el arma a las empleadas Cecilia Zanzana y Cyntia López, lesionó en la cabeza con la culata a Zanzana, y redujo a ambas mujeres, para así apoderarse de pesos doscientos (\$ 200) en efectivo aproximadamente... de

tarjetas telefónicas...” y cartones de cigarrillos de varias marcas.- - - - -

-----5.- Ante la hipótesis de cargo, el imputado opone su versión de descargo, según la cual “el hecho que se le imputa no lo hizo, a esa hora estaba en su casa, no conoce a esas personas ni sabe donde fue el asalto. No tiene moto, ni casco. Ese día, 24 de diciembre del año pasado, estaba en casa de su madre, pues le habían dado las vacaciones un día antes en la empresa. Tiene tatuajes en el brazo derecho... al igual que sus manos... nada más”.- - - - -

-----6.- “En casos como éste, expresa Michele Taruffo, la elección entre hipótesis contradictorias con grados de confirmación independientes es una elección racional, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de aquéllas. La más aceptable es la que

///4.- representa el grado más elevado de probabilidad lógica sobre la base de los elementos de prueba disponibles (La prueba de los hechos, pág. 252)” (Se. 74/08 STJRNSP).-

----- Se trata de una metodología de corroboración de hipótesis para la averiguación de la verdad, en el sentido de que aquella sea corroborada “más allá de toda duda razonable” (Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba, pág. 116), y resulta tarea del jurista -admitiendo la imposibilidad de un cálculo matemático- la de comparar dicho grado de corroboración o soporte inductivo entre las hipótesis de cargo y de descargo.- - - - -

----- En la obra citada (pág. 147), el doctrinario citado agrega que “... para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc”.- - - - -

----- Asimismo, atento al principio de presunción de inocencia, es evidente una preferencia de política jurisdiccional que prioriza la minimización de errores por falsas condenas que por falsas absoluciones, de modo que las razones para elaborar un estándar de prueba muy exigente para la hipótesis acusatoria no se verifica en el caso de la defensa (Ferrer Beltrán, op.cit., pág. 152).- - - - -

-----7.- En este orden de ideas, para fundar su sentencia de

///5.- condena, el juzgador considera los siguientes indicios:- - - - -

- - - - -

-----i) El indicio de mala justificación referido por el imputado en cuanto sostuvo no tener casco ni moto, cuando fue detenido el día del hecho, a las 15:15 horas, movilizándose en un ciclomotor y portando un casco color negro, ocasión en la que le fue secuestrada un arma de fuego.- - - - -

-----ii) La “sugestiva” relación entre su detención y secuestro con otro robo a un mercado, con un similar modus operandi.- - - - -

-----iii) Los reconocimientos fotográficos de las víctimas, luego completados con los de rueda de personas, en donde Cyntia Vanina López identificó al imputado “como el más parecido, teniendo en cuenta su \mentón\’...”.- - - - -

-----iv) El reconocimiento del arma realizado por esta en ocasión de ser llamada a prestar declaración testimonial.-

-----v) La advertencia, también por parte de López, de una mancha o suciedad en la mano derecha del asaltante, la que efectivamente pudo ser advertida, pero en la izquierda.- - - -

-----8.- Frente a tal argumentación se contrapone la de la defensa, que comienza por señalar la nulidad del reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, pues el imputado ya se encontraba detenido.- - - - -

----- Tal postura es conteste -en principio- con la señalada por este Superior Tribunal (Se. 54/08 STJRNSP) en su análisis del reconocimiento fotográfico y de su relación con el realizado en rueda de personas, en el sentido de que “[e]s materia común de análisis doctrinario y

///6.- jurisprudencial que “[e]l núcleo intelectual del acto (de reconocimiento) estará constituido, por lo tanto, por el proceso psicológico reconocitivo de la eventual identidad entre una percepción presente con una pasada. En rigor, se trata, conceptualmente, en forma genérica, de una percepción, desde que es factible el reconocimiento no sólo cuando haya existido una observación visual... El reconociente es llamado a procurar una evocación del recuerdo sobre la imagen o percepción que haya experimentado sobre la persona indicada, y a expresar si de la confrontación con las que se le exhibe puede afirmar o negar entre alguna de ellas la identidad con las percepciones que recuerda. Carnelutti dice que: «Reconocer es un conocer de nuevo, esto es, un conocer lo que ya se ha conocido...» (Jauchen, Tratado..., págs. 462/463).- - - - -

- - - - -

----- “El reconocimiento en rueda de personas, entonces, es un acto de prueba que depende en gran medida de las condiciones y recaudos con que es realizado pues, desde el punto de vista psicológico, se trata de la confrontación de dos imágenes -una percibida antes del proceso y la otra durante el acto- y la formulación de un juicio de identidad o diferencia entre ambas.- - - - -

----- “Las precauciones son necesarias, porque es un acto particularmente expuesto a errores vinculados con las condiciones y formas en que se desarrolla el proceso reconocitivo, a la vez que la evocación es un proceso psicológico influenciado por múltiples causas.- - - - -

----- “De ahí el acierto de los argumentos expuestos por el juzgador respecto de las prevenciones ante dicha medida de

///7.- prueba luego de advertir la realización indebida de un reconocimiento previo de fotografías.- - - - -

----- “Tales prevenciones son también una temática de tratamiento común en los textos jurídicos más generales sobre el tema. Así, Jauchen (obra citada, pág. 480) dice que el reconocimiento por fotografía es subsidiario del anterior (de personas) y procede sólo cuando la persona no esté presente y además sea imposible conseguir su presencia; si no se dan estas condiciones e igual se lleva a cabo, el acto es nulo por tratarse de la persona del imputado, en razón de que se soslaya su participación en el acto, en inobservancia de las formas referidas a la intervención del imputado en el proceso.- - - - -

----- “Tal criterio también se encuentra en Torres Bas (Código Procesal Penal de la Nación, Tº II, pág. 259, con cita de Núñez en Semanario Jurídico -órgano del periódico Comercio & Justicia-, 1981, pág. 246): ‘si el que debe ser reconocido es un imputado que está presente o puede ser habido, el reconocimiento practicado por fotografías es nulo, de nulidad declarable de oficio...’.- - - - -

----- “En un todo de acuerdo con la postura del juzgador, destacamos que las exigencias que posibilitarían el reconocimiento por fotografías no se dan en el sub examine, pues no había obstáculo justificativo para la aprehensión del imputado, y la medida de prueba se realizó de todos modos por indicación de la policía al señor Agente Fiscal, que se la solicitó al Juez, sin que ninguno de ellos tuviera conocimiento de la inexistencia de tales obstáculos.- - - -

----- “Por lo tanto, sin ingresar en la problemática

///8.- invalidante de la prueba de reconocimiento de fotografías como nulidad absoluta

declarable de oficio, respecto de la temática que suscita el agravio cabe decir que la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que la realización de tal clase de reconocimiento es de insoslayable valoración ante otro posterior con las personas.- - - -

----- “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 en el acto viene a interferir en la cadena de evocación espontánea de la persona.- - - - -

-----“Por ello es que el reconocimiento en rueda de personas es un acto irreproducible, por la gran pérdida de idoneidad acreditante que supone la observación previa de una imagen que se entiende vinculada con el imputado, en tanto ésta interfiere necesariamente en el proceso evocativo del reconociente.- - - - -

----- “En este sentido, la ley procesal ofrece un conjunto de reglas orientadas a evitar falsedades o errores producto de la sugestión (ver Ábalos, Derecho Procesal Penal, Tº II, pág. 526), en cuyo marco no puede obviarse que en el sub examine todo estuvo precedido por una muestra de imágenes que incluían al imputado. Esta circunstancia procesal es valorada por el juzgador para explicar el reconocimiento de persona positivo del imputado -cuanto menos por la regla in dubio pro reo- según una evocación influenciada por el reconocimiento de fotografías que era innecesario...”.- - - -

///9.-- Por lo tanto, conforme lo que surge de fs. 46/50, los reconocimientos fotográficos fueron realizados el 11 y 14 de febrero de 2009, cuando la detención de Cecilio Nicanor Nogar fue realizada el 24 de diciembre de 2008 y ya se lo tenía como sospechoso del robo dada la solicitud de “cotejar las prendas de vestir que llevaba puesta el detenido en autos, el arma y elementos secuestrados, con la del autor y lo sustraído en los presentes actuados” (ver fs. 13).- - - - -

----- En consecuencia, no se daban los requisitos necesarios para la realización del reconocimiento por fotografías previo al de rueda de personas, con la trascendencia -en cuanto al mérito convictivo- que dicha realización tiene sobre la rueda de personas posterior.- - - - -

----- Es en tal sentido que no advierto -contrariamente a lo sostenido por el juzgador- la capacidad de representación de cargo que pueda proporcionar el mayor parecido que advierte Cyntia Vanina López entre el mentón del imputado -en relación con los de los otros rostros de quienes participaban en la rueda de personas- del que había visto en la

persona que cometió el hecho del que fue víctima y luego en la fotografía.- - - - -

----- Digo esto en el contexto probatorio en que -en realidad- Cyntia Vanina López en debate manifestó que “[n]o puede afirmar que el sujeto era el mismo, sólo era el más parecido en cuanto a las características que explicó (por el mentón)” (ver fs. 246).- - - - -

----- Por su parte, la otra víctima, Cecilia Beatriz Zanzana Tapia -ambas se encontraban atendiendo el negocio-, no

///10.- reconoció al imputado en la rueda respectiva (ver fs. 65).- - - - -

----- Asimismo, la “valoración del reconocimiento no tiene un valor formal preestablecido, está sujeto a las reglas comunes de apreciación de la prueba...” (Abalos, Derecho Procesal Penal, Tº II, p.534), y su valor representativo se encuentra menguado no ya por quien sólo contestó de modo negativo, sino que quien halló “un parecido” aludió sólo al mentón del imputado, dato este poco significativo del objeto de prueba de quien -en dicho ítem- sólo se consigna que tiene un mentón fugitivo (ver fs.164).- - - - -

----- En síntesis, advierto: i) ausencia de representatividad del parecido atribuido por Cyntia Vanina López, y ii) negatividad en el reconocimiento de Cecilia Beatriz Zanzana Tapia.- - - - -

----- Para la representación de la hipótesis de descargo no puedo sino seguir con la serie de conraindicios mencionados por la defensa en su recurso; son estos: iii) reconocimiento negativo del casco que le fue secuestrado al imputado, dándose razones en la diferencia advertida, y iv) reconocimiento negativo de los anteojos también secuestrados, con igual fundamentación de la falta de similitud.- - - - -

----- Al respecto, destaco que no se trata de una falta o ausencia de reconocimiento, sino de su negativa, expresada por ambas víctimas respecto de tales objetos.- - - - -

----- Así, exhibidos los secuestrados, Cintia Vanina López “en relación al casco expresa que recuerda que no tenía mica, no lo reconoce porque no tenía inscripción. Exhibida que le fue

///11.- la remera CONTESTO que no la reconoce porque la remera era mas oscura. Exhibido que le fueron los anteojos CONTESTO que son muy parecidos en el formato, pero los que tenía puestos eran negros...” (ver fs. 62 vta).- - - - -

----- A su turno, Cecilia Beatriz Zanzana tampoco reconoció la remera, el casco, los anteojos, ni -a diferencia de López, que sí lo hace- el arma de fuego (ver fs. 63 vta).-

----- Por lo tanto, nada de su apariencia física o vestimenta vincula al sujeto detenido horas después con el hecho aquí examinado, por lo que devienen en indicios insuficientes para un juicio de certeza la analogía o similitud que se señala con el otro o por el reconocimiento del arma por parte de una de las víctimas.- - - - -

----- Ello es así pues razones de lógica y experiencia señalan que tal similitud se obtiene a partir de rasgos muy generales en hechos que no tienen ningún detalle que permita una relación específica y toda vez que las características señaladas para reconocer el arma de fuego -cierto que no podría exigirse una mayor precisión a la víctima- son también generales dentro de una producción en serie; todo ello impide superar un estado de duda en relación con la autoría de Cecilio Nicanor Nogar respecto de los hechos reprochados.- - - - -

----- En síntesis, si la vinculación del imputado detenido en otro hecho es ante la sospecha por determinado modus operandi, cuya similitud los relacionaría, esta no puede ser corroborada atento a los contraindicios derivados de las características físicas -el imputado no fue reconocido- y la vestimenta de aquel; se trata de datos específicos y //12.- detallados -el formato de los anteojos, la mica del casco, el distinto color de la ropa- que deben ser preferidos a los otros, por ser generales.- - - - -

-----9.- En tales condiciones, los indicios de cargo son contingentes en su individualidad -es una característica de ellos- y no conforman una serie numerosa, concordante y suficiente apta para contradecir la prueba de descargo; además la hipótesis de la acusación no puede dar cuenta de los contraindicios presentados por la defensa, por lo que considero que -en efecto- la sentencia carece de motivación en los términos del art. 200 de la Constitución Provincial y no advierto nueva prueba que pueda aportar a una instrucción agotada, por lo que estimo necesario asumir una jurisdicción casatoria positiva, revocar el punto primero de la Sentencia 40/09 y absolver al imputado -de condiciones personales obrantes en autos- de los hechos por los que fue acusado en este expediente.- - - - -

----- Advierto asimismo que no puedo formular consideración alguna en relación con la portación de arma de fuego de uso civil sin autorización legal -que concurre de modo ideal con el robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo-, puesto que el reproche se circunscribe a la oportunidad del robo y -como fue dicho- no se encuentra demostrada la autoría del imputado en este. MI VOTO.- - - El señor Juez

doctor Alberto Ítalo Balladini dijo: - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y

VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Luis Lutz dijo: - - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores

///13.- Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir
opinión (art. 39 L.O.)- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por

----- el imputado a fs. 266 y vta. y mantenido por el doctor Eves Omar Tejeda a fs.

270/275 y vta.- - - - - Segundo: Revocar el punto Primero de la parte resolutive de

----- la Sentencia 40/09 de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca y

absolver a Cecilio Nicanor Nogar –cuyas condiciones personales obran en autos- de los

hechos por los que fue acusado en este expediente.- - - - - Tercero: Registrar,

notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 15

SENTENCIA: 262

FOLIOS: 2981/2993

SECRETARÍA: 2