

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº:

SENTENCIA Nº: 15791/01 STJ

PROCESADO: BOGÓN ROBERTO ALEJANDRO

DELITO: ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 07-12-01

FIRMANTES: BALLADINI - LUTZ - SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

///MA, de diciembre de 2001.-

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Luis Alfredo Lutz y Víctor Hugo Soderó Nievas, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Francisco Antonio Cerdera, en las presentes actuaciones caratuladas: "BOGÓN, Roberto Alejandro p/s Robo calificado uso de armas s/Casación" (Exp.te.Nº 15791/01 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., planteándose la siguiente:- - - - -

C U E S T I Ó N

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

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

-----1.- Llegan las presentes actuaciones a mi voto a raíz del recurso de casación deducido a fs. 477/486 y vta. por el señor defensor doctor Mario Altuna, contra la sentencia obrante a fs. 437/466 en cuyo mérito la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche falló -en lo pertinente- condenando a Roberto Alejandro Bogón por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas, a la pena de siete años y seis meses de prisión (arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 C.P.).- - - - -

----- Dicho recurso fue concedido por el grado a fs. 488/490 y vta., decisión confirmada por este Cuerpo según auto interlocutorio N° 28 del 6 de septiembre de 2001.- - - - -

----- En sustento de su pretensión de acceder a esta

///2.- instancia de legalidad, el recurrente alega, en lo sustancial, que se habría violado la prohibición de la reformatio in pejus, atento a que la sentencia condenatoria anterior, que fue nulificada por el Superior Tribunal de Justicia con reenvío de la causa para un nuevo pronunciamiento, imponía a su asistido la pena de siete años de prisión, la que fue consentida por el Ministerio Público Fiscal, en ausencia de recurso.- - - - -

- - -

----- Expresa también que el reconocimiento en rueda de personas de fs. 97 sería nulo en los términos del art. 159 inc. 3° del C.P.P., ya que al testigo se le habían exhibido fotos previamente en sede prevencional.- - - - -

----- Invoca asimismo la nulidad del peritaje de fs. 181/ 184, puesto que su realización no se puso en conocimiento de su parte.- - - - -

----- Solicita, además, la exclusión probatoria de la totalidad de la prueba material y personal que deviene de lo que considera una "ilegítima detención del encartado".- -

----- El casacionista alega, finalmente, que el fallo recurrido sería arbitrario, calificándolo como incongruente y carente de motivación.- - - - -

----- A fs. 360 se dispone que el expediente quede en la Oficina, para su examen por parte de los interesados.- - -

----- Posteriormente, el señor defensor incorpora un escrito de ampliación de fundamentos y el señor Procurador General emite su dictamen.- - - - -

- - -

----- Finalmente, cumplida la audiencia a que se refieren los arts. 434 y 437 del C.P.P. sin la asistencia de las partes -según acta de debate de fs. 369-, el expediente ///3.- quedó en condiciones de recibir el pronunciamiento definitivo.- - - - -

- - - - -

-----2.- Por razones metodológicas comenzaré por el tratamiento de los agravios vinculados con las nulidades de los medios probatorios reseñados.- - - - -

-----2.1.- Nulidad del reconocimiento en rueda de personas (fs. 97), por exhibición previa de fotos en sede prevencional.- - - - -

----- El señor defensor sostiene en este punto que de los dichos de la testigo -obrantes en acta a fs. 278- surge que, previo al reconocimiento que se impugna, ya encontrándose detenido el imputado, compareció a la Comisaría Segunda de San Carlos de Bariloche a

prestar declaración, donde se le exhibieron legajos de fotos.- - - - -

----- El agravio no puede prosperar pues, en coincidencia con lo sostenido por la Cámara Nacional Criminal, Sala VI (Elbert, Argibay, Navarro; Sent. "LL", sec. 42, c. 19.270, "MARTINEZ RODRIGUEZ", del 31-05-90), en el sentido de que "[n]o existe delegación de facultades instructoras por el hecho de que la policía confeccione identikits o exhiba legajos con fotografías, ya que ello es parte del repertorio de los recursos investigativos lícitos de que pueda valerse la policía en su función pesquisante.- La jurisprudencia tiene sentado que '\el reconocimiento fotográfico del autor no desdice norma procesal alguna, ya que el artículo se refiere al modo de procurar una prueba distinta\ (conf. C.N.Crim., Sala de Cámara, J.P.B.A. 32-5565). '\La previa identificación fotográfica policial no afecta el reconocimiento, si la rueda de personas se ha realizado con ///4.- los requisitos legales, pues aquélla no está prohibida por el código de forma y da mayor fuerza de convicción al reconocimiento\ (Conf. C.N.Crim, Sala II, J.P.B.A. 36-6902)."- - - - -

----- Este criterio es compartido por el Superior Tribunal de Justicia de Chaco (Sala 2, Se. 9 del 17-03-94), cuando sostiene que "[l]os reconocimientos fotográficos practicados por la prevención policial como consecuencia de la actividad investigativa que le compete, carecen de capacidad para condicionar la eficacia conviccional del reconocimiento en rueda de personas normado por los arts. 255 y sgtes. del Código Procesal Penal, cuya mayor o menor incidencia en la parte dispositiva del pronunciamiento es determinada por los Jueces conforme a la sana crítica racional. Ambos elementos pueden integrar válidamente el espectro probatorio del que se sirven los sentenciantes para extraer sus conclusiones, dentro de los límites impuestos por nuestro ordenamiento procesal para evaluar la prueba".- - - - -

----- En este orden de ideas, digo que el art. 258 del C.P.P. -en tanto dispone la realización de un reconocimiento por fotografías, cuando la persona por reconocer no estuviere presente o no pudiere ser habida- no sanciona o invalida el efectuado con el imputado ya detenido, pues esto no surge de su texto expreso ni es posible inferirlo. Tampoco ocasiona la nulidad de un posterior reconocimiento en rueda de personas, toda vez que éste admite la posibilidad de que quien deba practicarlo haya visto antes a la persona por reconocer en imagen -ver art. 255 última parte C.P.P.-.- - - - -

- - - - - ///5.-- Para finalizar con este punto, recuerdo que el reconocimiento por fotografías tiene una doble utilidad, pues "procede cuando es necesario identificar a una persona, es decir, cuando se ignora de quién se trata en la investigación. A tal efecto, se

mostrará un álbum de fotografías a la persona llamada a reconocer al imputado o a un tercero, y si la encuentra en aquél se orientará la investigación en torno a la persona identificada. También ... cuando se quiere realizar el acto respecto de una persona que no está presente y no puede ser traída" (Raúl W. Abalos, "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 640).- - - -

-----2.2.- Nulidad de la "pericia" de fs. 181/184.- - -

----- La defensa se agravia pues no fue notificada de su contenido, ni del día, la hora y el lugar de realización, contrariamente a lo dispuesto por los arts. 159 inc. 3º y 192 C.P.P.. También impugna su valor convictivo, dado que la operatoria de recargar las municiones luego peritadas habría sido efectuada por un tercero ajeno al medio de prueba.- - -

----- El agravio debe ser rechazado atento a que el medio de prueba señalado no es un peritaje sino un informe técnico, al que no le son aplicables las normas procesales del primero -arts. 237 y ss. C.P.P.-, por lo que no resulta exigible la notificación pretendida.- - - - -

----- En tal sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Sala 01, in re "BENÍTEZ", Se. 10006 del 12-11-98) dijo que "[d]ebe notificarse al fiscal y a las restantes partes de las pericias dispuestas, pues así se preservan los principios de legalidad y debido proceso. Omitir notificar acarrea la ///6.- nulidad absoluta de la pericia. En cuanto a los informes técnicos, éstos no revisten el carácter de trabajos periciales, por lo tanto, no le son aplicables las reglas previstas por el art. 258, C.P.P.".- - - - -

----- A ello cabe agregar que el autor de dicho informe prestó declaración en el debate oral, explicando las operaciones que realizó y sus conclusiones. De tal modo se garantizó plenamente el contradictorio, al permitir a la defensa el control del medio de prueba mencionado.- - - -

----- Además, sumo que la crítica en análisis no puede ser receptada pues, aun si elimináramos hipotéticamente tal informe, la decisión mantiene una fundamentación adecuada con medios de prueba autónomos que le dan sustento.- - - -

----- Así, en el desarrollo del ítem nº 3 -materialidad- de la sentencia en tratamiento, aquel ni siquiera es tomado en cuenta para los fines de su prueba, mientras que el nº 4 -autoría- encuentra su fundamento en los testimonios de Domínguez, Ruiz Díaz y Ramírez, que, a juicio de la Cámara, proporcionan un "cuadro de por sí esclarecedor en cuanto a la participación del acusado" (fs. 451). Así, los posteriores secuestros -uno de

los cuales da origen al peritaje cuestionado- actúan como un agregado complementario, por lo que si fuera suprimido no variaría la suerte de lo resuelto.- - - - -

- -

----- De tal modo la nulidad interpuesta aparece en el solo beneficio de la ley, por lo que debe ser rechazada toda vez que "[p]ara que proceda la declaración de nulidad el vicio debe influir de manera decisiva sobre el acto, a punto de ser capaz de producir su ineficacia... En sede casatoria no ///7.- proceden las declaraciones abstractas, de modo tal que si la declaración de nulidad del acto impugnado no afectaría en nada la validez o eficacia de la resolución, no privándola de su presupuestos ni alterando su requisitos internos de forma y contenido, corresponde rechazar el recurso sin pronunciarla, aunque para decidirlo el Tribunal deba, en ocasiones, hacer una valoración probatoria para decidir si la prueba válida restante constituye sustento eficiente del fallo" (De la Rúa, "El recurso de casación", págs. 133/134).- - - - -

-----2.3.- Nueva nulidad de los medios probatorios obtenidos luego de la detención del imputado, por ser esta ilegítima.

----- El señor defensor sostiene que su pupilo fue absuelto por el Juzgado Correccional N° 8 de la IIIa. Circunscripción Judicial, de los delitos de resistencia a la autoridad y daño por los que fue requerido. Transcribe parte del razonamiento de dicho fallo, según el cual habría quedado demostrado que Bogón fue detenido de modo ilegal, sin orden judicial y fuera de los supuestos que prevé el art. 269 del C.P.P.. Así, puesto que la detención mencionada sería parte del iter del sub examine -decisión judicial firme y consentida-, imposibilitaría valorar contra el imputado la prueba obtenida de ella.- - - -

- - - - -

----- Entiendo que el agravio debe ser rechazado con los mismos argumentos expresados supra. Ello es así toda vez que, aun si le asistiera razón al señor defensor, sería necesario excluir los medios probatorios obtenidos de la detención ilegal, mientras que para los señores Jueces resultaban suficientes para arribar a un pronunciamiento ///8.- condenatorio -en lo que interesa, para el ítem autoría- las declaraciones testimoniales reseñadas, que son previas a dicho acto.- - - - -

----- En este razonamiento, la nulidad que se alega no puede prosperar pues la sentencia encuentra fundamento suficiente en elementos probatorios no cuestionados.- - - - -

-

-----2.4.- Arbitrariedad de sentencia.- - - - -

----- El recurrente sostiene que los testimonios merituados son contradictorios entre sí,

lo que impide sostener que alguno de los testigos pudiera reconocer a Bogón como coautor del ilícito. En tal sentido, aduce que la testigo Domínguez fue inducida acerca de la fisonomía del imputado, previo al reconocimiento en rueda de personas; reitera las manifestaciones desinriminatorias de Arbazúa -chofer del colectivo al que se habría subido el imputado, luego del delito-, y señala otra serie de discrepancias.- - - - -

----- Este Superior Tribunal ha sostenido reiteradamente que el recurso de casación es de tipo restringido, reservado al análisis de la aplicación del derecho a los hechos establecidos por el a quo. Empero, no es ajeno a dicho control el análisis de la racionalidad de la valoración de la prueba y de la observancia de las leyes de la lógica y la experiencia. "En conclusión, en la casación no es posible un control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba que dependen en forma directa de la inmediación. Pero nada impide el control en la casación de los otros aspectos, es decir, de los que conforman la infraestructura racional de dicho juicio" (Enrique Bacigalupo, "La impugnación de los hechos probados en la casación penal", pág. 33).- - - - - ///9.-- En este orden de ideas, la atribución de responsabilidad penal al imputado no aparece arbitraria, atento a la correcta merituación de las diferentes declaraciones testimoniales.-

- - - - -

----- Así, la afirmación de Domínguez se da en un contexto de motivación que le brinda razón suficiente -los obligaron a tirarse al piso, pero mantuvo la cabeza erguida tratando de observar los distintos movimientos que realizaron los autores del robo, lo que le permitió con posterioridad reconocer al procesado.- - - - -

----- Lo mismo debe decirse de lo dicho por Ruiz Díaz, donde el juzgador extracta como referencias relevantes su descripción de características físicas similares a las del imputado. En este sentido, al igual que en el supuesto anterior, la conclusión del sentenciante responde al principio lógico de razón suficiente.- - - - -

----- Similares apreciaciones cabe sostener respecto de lo declarado por Ramírez.- - - - -

- - - - -

----- Por su parte, la declaración desinriminatoria de Arbazúa tiene un correcto tratamiento -se la juzga endeble, distante de una idea de solidez-, y esta determinación es incontrolable en casación, pues se vincula directamente con una percepción inmediata de la prueba. Posteriormente, el magistrado que se pronuncia en último término desarrolla las premisas que le niegan credibilidad al relato, las que tampoco pueden ser tachadas de ilógicas.- - - - -

----- Este tercer votante expone también los motivos que llevaron a Ruiz Díaz a

equivocar el orden de salida de los partícipes en el hecho investigado -"el nerviosismo y la ///10.- llovizna que había estado cayendo le impidió ... apreciar desde el auto mayores detalles" (fs. 463), lo que responde a las reglas de la lógica y la experiencia.- - -

----- Atento a lo expuesto, el juzgador ha desarrollado, conforme con el sistema de la sana crítica, la determinación de la autoría de Bogón, sin incurrir en el excepcional supuesto de arbitrariedad.- - - - -

-----2.5.- Violación de la prohibición de la "reformatio in pejus".- - - - -
- - - - -

----- El impugnante argumenta que la nueva sentencia de la Cámara Criminal incurre en una violación de tal principio, al imponerle a su defendido, luego del reenvío, una pena superior a la de la primera decisión anulada, cuando ésta había sido consentida por el señor Fiscal, en ausencia de recurso.- - - - -

----- Digo en este punto que el agravio debe prosperar. Doy razones.- - - - -
- - - - -

----- En efecto, la prohibición de la "reformatio in pejus" impide al juez superior "empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario" (Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pág. 367).- - - - -
- - - - -

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente "Mario Sixto Gomez" (Fallos 234:270), le reconoce jerarquía constitucional desde que se vincula con la garantía de la defensa y en la de la propiedad (Fallos, 248:612) y con el problema de los límites de la jurisdicción de alzada (Fallos 287: 458), conforme lo señala Miguel A. Almeyra ("Reformatio in pejus y juicio de reenvío", LL. ///11.- Doctrina Judicial, 1986-II, págs. 1 y ss.).- - - - -

----- En este sentido, el precedente "LENCI" del más Alto Tribunal (Fallos 307:2236) toma una línea conceptual adecuada según la cual "[l]a sentencia de reenvío no puede desconocer su indiscutible filiación recursiva... de donde sus límites y extensión no pueden a su vez ir más allá que los que quedaron fijados en la instancia superior en las respectivas actividades impugnativas que provocaron el fallo casatorio. Dicho de otra manera, la sentencia de reenvío no remite a la situación anterior al fallo anulado, sino que es tributaria del que lo anuló" (Almeyra, op. cit., pág. 4).- -

----- Así, no puedo más que extractar, por su pertinencia para el sub examine, el considerando 6º del fallo citado supra, según el cual "asiste razón al recurrente pues se ha vulnerado su derecho al elevarse la pena impuesta en la primera condena. En efecto,

la jurisdicción de la Cámara para dictar la sentencia impugnada nació del pronunciamiento de la Corte provincial que descalificó la anterior, y ésta última fue consentida por el ministerio público. Cabe señalar que la anulación se dispuso a instancia exclusiva del condenado, sin que en la oportunidad mediara agravio del acusador, y así se afectó de manera ilegítima la situación del procesado originada en el fallo anterior de la alzada

-posteriormente anulado- conculcando la garantía establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional... No cabe duda de que resultaría arbitrario concederle la facultad de impugnación, y al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de dicha facultad, y sin existir recurso de la parte acusadora, su situación procesal se vea empeorada, ///12.- colocándolo en la disyuntiva de correr el citado riesgo o consentir una sentencia que considera injusta".- -

----- Según esta doctrina, "el concepto de pena ilegal no debe derivarse de manera exclusiva de los máximos y mínimos previstos por el legislador en los tipos respectivos sino que ha de integrarse con aquellas otras limitaciones que la Constitución impone y que, en el caso, se presentan bajo la forma de la garantía que prohíbe la '\reformatio in pejus\' sin recurso acusatorio" (CNCasación Penal, S I, in re "RAFELICH", en JUBA, T. 89, pág. 241).- - - - -

----- Así, el límite máximo legal para la imposición de pena en la segunda sentencia condenatoria estaba dado por la de la primera que condenaba a Roberto Alejandro Bogón, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas, a la de siete años de prisión, accesorias legales y costas -arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 C.P.- (fs. 295), por lo que la sentencia en crisis, al imponerle una mayor, transgrede la prohibición en tratamiento.- - - - -

-----3.- En este sentido, atento a que se ha dado tratamiento y se han rechazado los restantes agravios del recurrente, y en el entendimiento de que el derecho de defensa en juicio hace necesario que se resuelva la situación de los imputados sometidos a proceso del modo más rápido posible para terminar con la situación de incertidumbre que éste provoca, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación y revocar la sentencia en el punto segundo del resolutorio (fs. 466), condenando a Roberto Alejandro Bogón, de circunstancias ///13.- personales obrantes en autos, como coautor del delito de robo calificado por el uso de armas, a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 C.P.). MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Luis Alfredo Lutz dijo:- - - - -

----- Comparto en un todo el criterio sustentado y la solución propuesta por el señor Juez preopinante, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

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

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación

----- interpuesto a fs. 477/486 y vta., en lo relativo al monto de la pena, rechazándolo en lo demás, con costas.- - - Segundo: Revocar el punto segundo de la sentencia en crisis

----- (fs. 466) y condenar a Roberto Alejandro Bogón, cuyas circunstancias personales obran en autos, como coautor del delito de robo calificado por el uso de armas, a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 45, 166 inc. 2º, 12 y 29 C.P.).- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: FRANCISCO A. CERDERA - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA Nº: 132

FOLIOS: 1051/1063

SECRETARÍA: 2