

Sentencia N°205

Ministro Redactor:
Dra. Myriam E. Méndez

Montevideo, 30 de setiembre de 2013.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia los autos caratulados “ **F. P. J. D. DOS DELITOS DE RAPIÑA EN REGIMEN DE REITERACION REAL**” IUE 97-152/2009, venidos a conocimiento de este Tribunal en apelación interpuesta por la Defensa del encausado contra la sentencia definitiva de primera instancia No 111 del 6 de agosto de 2012, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 10º Turno Dra. Dolores Sanchez, con intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 3º Turno

RESULTANDO:

1º) Que se acepta y da por reproducida la relación de antecedentes procesales de la sentencia de primer grado, pues se ajusta a las resultancias de autos.

2º) La antedicha sentencia condenó a J. D. F. P., como autor responsable de dos delitos de Rapiña especialmente agravados a la pena de siete (7) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo las demás prestaciones legales que correspondan (art. 105 del CP) y la suspensión de los derechos políticos y de cargo u oficio público (fs 327 a 349)

3º) La Defensa del encausado impugnó el fallo. Fundó sus agravios a fs. 350/363 vto. abogando por revisión absoluta.

4º) El Ministerio Público contestó la apelación a fs 365/383 solicitando el mantenimiento de la impugnada.

5º) Recibidos los autos en este Tribunal, citadas las partes, previo

pasaje a estudio se acordó sentencia en forma legal (fs. 390 y ss.).

CONSIDERANDO:

I) Que el proceso accede al grado en virtud de la impugnación movilizada por la Defensa contra la decisión de primera instancia. En virtud del efecto devolutivo pleno del recurso de apelación las facultades del Tribunal no están limitadas por los agravios articulados sino que comprenden el examen de todos los aspectos procesales y sustanciales de la causa.

II) En el orden adjetivo se impone destacar las manifiestas deficiencias de la instrucción en la etapa presumarial, en que desordenadamente se indagan únicamente tres hechos, siendo que de las actuaciones policiales resulta que existieron otros, con apariencia delictiva, sobre los que se informa.

Lo primero a señalar es lo caótico del expediente en este estadio; empezando por las actuaciones policiales en las que en distintas “novedades” referentes a denuncias de rapiñas se insertan las mismas declaraciones de M. A. (“E. T.) M. P., M. d. C. D. la madre de A. y J. F. P.. Resulta, por lo demás, de esas actuaciones que se ocuparon efectos en las fincas de A. y F. donde se practicaron allanamientos no obstante no se cumplió el mandato judicial de fotografiar dichos efectos que consta a fs 19.

En realidad las actuaciones policiales que llevan a la detención de F. derivan de una indagación respecto al hurto de motos o repuestos de motos.

El hecho ocurrido en el supermercado el 13.2.2009 no dio lugar a otra averiguación policial mas que en relación a dos empleados del comercio y un cliente, consignándose en el resumen policial que los asaltantes eran cuatro menores que portaban un revólver.

El 20.2.2009 la policía amplió la investigación, en base a información recabada, e interrogó a G. R., a su padre, a los hermanos M. J. y M. P., a la hermana de los mismos María Jessica Cazalous y al hermano J. F. P. En esa oportunidad R. y los hermanos P. se hicieron cargo del asalto al supermercado y coincidieron en que el cuarto integrante fue "E. C." quien no fue ubicado ni interrogado en ese momento. El Juez en relación a los menores dispuso entrega a responsables y el Penal de Turno ordenó la libertad (de F.) por falta de pruebas (fs 2/3).

Mucho tiempo después el 19.5.2009 personal de la misma sección policial realiza actividad indagatoria respecto de hurtos de motos en la zona, y es entonces que resulta detenido nuevamente J. F. en función de la información proporcionada por la Sra D. La policía remite las actuaciones respecto de la rapiña en el supermercado, en el Cyber y en un almacén así como las relativas a un "ajuste de cuentas" con lesionado a los Juzgados Penal y de Adolescentes. Es entonces que se toma conocimiento judicial de estos hechos.

En relación a las actuaciones judiciales no se dio cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 114 y 133 CPP ya que contienen una escasa indagatoria. Como viene de señalarse la detención de F. se origina en averiguación de hurtos de motos y por la información proporcionada por la madre de A. . No obstante no se indaga judicialmente estos hechos. Por ejemplo en el domicilio de A. se encontró una moto matrícula SEI XX que había sido sustraída el 15.5.2009 del patio de la casa de E. N. (fs 11) y que se encontraba requerida. No fue siquiera averiguado al respecto A. .

Quien resultó luego procesado J. F. no fue interrogado sobre los repuestos de motos encontrados en su domicilio (pese a que dijo ser vendedor de estos repuestos en un puesto de Feria) ni se le preguntó

sobre lo que manifiesta a nivel policial la madre de A. que se dedica al hurto de motos y autos y sobre un hecho concreto que presenció cuando “E. C.” y J. (F.) se llevaban una moto que estaba escondida en una casa y que luego el primero le dijo que era robada.

En relación al hecho ocurrido en el Cyber se tomó declaración a D. S. y se formuló un breve interrogatorio a la Sra B. S., (quien se refiere al Cyber como “mi comercio”, y que luego resultó ser el de su hijo) en la misma acta y a continuación del reconocimiento.

No se le preguntó a que hora salió del comercio y si ya estaba en el mismo el testigo S., como estaba vestido F., si habían llegado en moto, si tenía casco, etc. Se limita a decir que salió por cinco minutos y que cuando lo hizo estaban en el comercio F. y A. sin precisar que estaban haciendo y desde cuando estaban allí.

A. fue erróneamente interrogado, en cuanto a la fecha, sobre el hecho ocurrido en el Cyber el 12 de marzo por la tarde. Se le averiguó si participó en una riña en el cyber “ en el mes de febrero”. Contestó negativamente agregando que los autores fueron E. C., con el cuñado. También la hermana de F., M. J. P. C. dice haber escuchado comentar que los autores de ese hecho fueron “E. C.” y el cuñado. Y al ser especialmente preguntada indica que el primero tiene ojos celestes.

El menor G. O. (“E. C.”) no fue nunca interrogado sobre el hecho ocurrido en el Cyber en este proceso ni en el que se le siguió en el Juzgado de Adolescentes (fs 32/33).

Es mas de autos no resulta que se le hubiera indagado a F. si ese día había ido al local. Se le preguntó si iba, limitándose a indicar que lo hizo cinco o seis veces los días de lluvia.

No se interrogó a ninguna de las persona que estaban en el Cyber, pese a que una de ellas resultó también damnificada. La identidad de

dos de los clientes se pudo establecer “ad ulteriora”, cuando se interrogó al dueño del comercio quien dijo haber recibido esa información de D. S. .

Y al único testigo del hecho D. S. , no se le averiguó inicialmente a que hora llegó al Cyber y cuanto tiempo hacía que su hermana había salido circunstancialmente cuando ocurrió el hecho, para establecer si F. salió estando él. Recién fue indagado al respecto cuando se le recibe declaración por segunda vez y por disposición del Oficio, como diligencia para mejor proveer.

Tampoco se practicó la debida averiguación para determinar en que lugar y quienes estaban vendiendo los juegos que sustrajeron del Cyber.

D. S. ampliando su denuncia dijo que los estaban vendiendo en una finca en Campamento de los Orientales No XXXX domicilio de los menores que cometieron la rapiña al Supermercado (fs 5). En Campamento Solar XX vive el adolescente G. O. (E. C.) mientras que el encausado F. y sus hermanos habitan una finca en la misma calle identificada con el No XXXX. Solo se indagó a M. P. en marzo del 2011 preguntándole como explicaba que el denunciante hubiera manifestado que en su domicilio se estaban vendiendo Play Station (lo que no surgía de sus dichos) y contestó que ese mismo días dos botijas que no conocen se los ofrecieron en venta y ellos apurados se fueron. Esta declaración permite inferir que efectivamente estaban en el domicilio de la familia F. los juegos siendo inverosímil el motivo que indica M. P. Al tenor de los dichos de la testigo E. G. era él quien estaba vendiendo los juegos (fs 133).

Ahora bien cuando se practican diligencias probatorias para mejor proveer se advierten deficiencias similares a las de la etapa

presumarial, en el interrogatorio que se le formuló a B. S. No se le pidió que describiera la campera que tenía puesta F. cuando estaba en el Cyber (visto lo declarado por la testigo E. G. a fs 133) ni se le preguntó por lo manifestado por el testigo R. en cuanto a su presencia en el Ciber el día del hecho y en compañía de F..

Igualmente deficiente es la instrucción respecto del hecho ocurrido en el supermercado el día 14 de febrero de 2009.

No se indaga en etapa sumarial al “reponedor” A. , ni a la cajera M. Según indica el primero a él nunca lo citaron.

No se despeja una cuestión decisiva: si la persona que apuntó al empleado A. ,y que según S. sería F., tenía el cabello oxigenado. Esta lo dice inicialmente, M. lo ratifica dos años después. Y también A. indica que cree que estaba teñido de R.o. No se le averiguó a F. ni a las personas que lo conocen si tuvo el cabello teñido de esa forma en algún momento. Tampoco se despejó una cuestión que no es menor: los testigos R., P., S. y A. ven un arma en el lugar del hecho sin embargo dos años después M. (fs 240) afirma que había dos armas (una la que tendría quien identifica como F. y otra el que abordó a la cajera mencionada).

En relación a un tercer hecho: una rapiña ocurrida el 8.5.2009 en un almacén propiedad de Elsa Diaz, esta dijo que los autores fueron “E. C.”, M. P. y “E. T.” A. ,(“los pibes chorros”) quedando este último en la puerta. Y lo reconoció a A. sin ningún genero de dudas.

M. P. al declarar en sede de Adolescentes admitió haber participado del hecho y que estaba en compañía de “E. C.” O. y de M. A. coincidiendo con la damnificada en que éste se quedó en la puerta.

A. negó el hecho al ser indagado en autos. Pero nunca fue citado a declarar en sede penal el menores G. O.. Y M. P. que también declaró

en autos no fue preguntado al respecto.

Además de deficiencias instructorias se apuntan otras irregularidades que en definitiva inciden sobre la eficacia de la prueba. Las diligencias de reconocimiento judicial de varios de los testigos: M. A. S., A. P., L. C. Y. C., E. M. D., M. E. H. y H. R. (al igual que ocurrió con B. S.) tienen lugar antes de haberlos interrogado. Esto determinó que no se hiciera descripción previa de las características físicas de los agentes, ni de la ropa que portaban.

En suma existen carencias instructorias en relación a los dos hechos y a lo largo de todo el proceso se van recogiendo versiones de distintas personas sobre lo que escucharon respecto de quienes eran los autores de la rapiña al supermercado y al Cyber que no son coincidentes sino que no constituyen aportes probatorios sobre los hechos objeto de indagatoria.

III) En relación a la cuestión de mérito el Tribunal por el voto de la unanimidad de sus integrantes, y después de debatir las conclusiones de cada uno de ellos, revocará la sentencia de primera instancia absolviendo al encausado por la comisión de los dos delitos de rapiña por los que fuera procesado.

III.1) La sentencia en cuestión dio por probado que el día 14 de febrero de 2009, por la tarde el encausado, en compañía de los adolescentes G. O. ("E. C."), M. P. y otro joven no identificado, ingresaron al supermercado Red Market No 11, sito en la calle Ideario Artiguista No XXX en forma violenta. Dos de ellos se dirigieron a las cajas y el tercero se colocó en el medio del salón en tanto F. apuntó con un arma a un reponedor y sustrajo a un cliente H. R. una billetera que contenía \$ 1.000 y documentos.

Se apoderaron de \$ 15.000 y un teléfono celular que tenía una de las

cajeras A. S., que fue quien reconoció al encausado como uno de los partícipes precisando que momentos antes del hecho estaban en la puerta del comercio gritando y que al ingresar se taparon la cara con medias y pasamontañas.

Dio igualmente por probado la decisoria de primer grado que el día 12 de marzo del mismo año, el encausado y otra persona no individualizada ingresaron al local comercial, que gira en el ramo de Cyber, sito en la calle Zanja Reyuna XXXX y que F., con un arma, amenazó a la persona que hacía las veces de encargado y le sustrajo la riñonera que contenía \$ 2.500. A la vez les exigió a todos los clientes la entrega de los teléfonos celulares, lo que hicieron. Llevó a D. S. a punta de revolver a la cocina, retornando al ver que no había nadie, y después de preguntarle a su compañero si había tomado todo golpeó a S. y le manifestó que dijera que le había dado al minimarket se fue. Blanca S. , hermana de D. S., había salido minutos antes del local y vio en la puerta al encausado junto a A. D.

Se establece en la sentencia que pese a la negativa del procesado los hechos están probados por el reconocimiento de M. S., quien vio a los autores antes de que ingresaran al supermercado y con los rostros descubiertos y de D. S. , quien reconoció sin duda alguna al procesado como quien lo amenazó con el arma y cometió el hecho en el Cyber. Hizo causal igualmente de que B. S. lo vio junto a su amigo A. , al salir un momento del local, que en juzgado de Adolescentes fueron enjuiciados los jóvenes mencionados y no F. R. quien pretendió hacerse cargo de la rapiña entrando en franca contradicción con el resto de la prueba hasta respecto del número de partícipes y que la persona que la defensa indicó como partícipe en el hecho, en lugar del procesado su hermano M.P. niega haber portado un arma siendo que

los testigos indican quien cometió el hecho en el supermercado la tenía y con ella amenazó al reponedor. Y concluyó que los testigos que dicen haber estado con el procesado el día del hecho en el supermercado no logan conmovier la prueba de cargo colectada.

III.2) La Sala considera que la prueba reunida a través de las diversas etapas del proceso, pudo ser suficiente para decretar el procesamiento pero no lo es para arribar al necesario juicio de certeza que conlleva la decisión de condena que pone fin al proceso penal por lo que corresponde el dictado de sentencia absolutoria(art. 260 inc. 1, 245 N° 4 y 247 del C.P.P.).

III.2.1) El procesado ha negado ser autor de los dos hechos, en sede policial y judicial.

III.2.1.1) Respecto del ocurrido en el Cyber la sentencia hace caudal como elemento incriminatorio de la declaración y el reconocimiento efectuado por D. S. , tío del dueño del comercio y hermano de B. S., que llegó al lugar como cliente y que quedó momentáneamente encargado, cuando su hermana salió por breve lapso: 8 minutos según D. S. (fs 208), 5 minutos según su hermana (fs 39).

S. , quien prestó declaración más de dos meses y medio de ocurrido el hecho, en este proceso y en el seguido en el Juzgado Ltdo de Adolescentes (fs 14/15 del expediente acordonado), reconoció al procesado como la persona que lo amenazó y golpeó con el arma lo llevó a la cocina y le quitó la riñonera que portaba. Dijo que era el único que vio bien porque el otro participe no estaba cerca.

No resulta de autos que el testigo conociera a F. ni a su acompañante, por lo que no tenía motivo para incriminarlo. Y parece claro que el testigo no es proclive a reconocer a cualquier persona como autor de

un delito puesto que dijo que el único que había visto bien era quien directamente lo encaró apuntándolo con el arma y despojándolo de la riñonera. Y no reconoció a A. como uno de los partícipes (fs 24).

Pero existen elementos que permiten dudar de que el testigo no se haya equivocado.

En primer término sus testimonios no se recibieron en sede penal y en la de Adolescentes enseguida del hecho, sino mas de dos meses y medio después. En segundo lugar de los dichos del testigo resulta que al agente solo le vio la cara porque tenía colocado un casco de moto. En el Juzgado de Adolescentes precisó que sólo le vio la parte superior de la cara. Y aunque el testigo no describe el casco, ni se le pregunta por sus características, en el expediente acordonado indica que tenía casco el que lo agarró a él “y el del otro era mas abierto”. Lógico es concluir que del rostro pudo sólo ver la parte superior del mismo y especialmente los ojos. Pues bien el testigo dice que el autor del hecho tenía ojos medio claros, siendo que los del encausado son marrones según se establece en la planilla prontuarial, ya que ninguna constancia se dejó en autos sobre sus características físicas y en la fotografía de fs 63 escasamente se ven los ojos.

Pero el elemento que permite concluir, a juicio de este Tribunal, que el testigo cometió un error al identificar a F., deriva del testimonio de su hermana B. S. . Esta no manifiesta, como señala la sentenciante que hubiera visto en la puerta y cuando salió al encausado y a A. , a quienes conocía del barrio y porque el primero concurría al Cyber, sino que expresa.... “antes de retirarme en el comercio estaban el que está detrás del No 1(F.) y el que está detrás del No 3 (A.)”. O sea que antes de irse ve a F. en el interior del Cyber.

Ahora bien, D. S. manifestó inicialmente que cuando llegó el local todas

las máquinas estaban ocupadas, por lo que estuvo esperando poniéndose a mirar como jugaban los otros y que enseguida que su hermana se fue del comercio, a los dos minutos entraron las personas que efectuaron la rapiña. Al ser nuevamente averiguado en autos indica que habrá estado unos diez minutos y que cuando su hermana se fue pasaron sólo 2 minutos hasta que llegaron los rapiñeros y que nadie se retiró del local en ese lapso (fs 307 y vto).

Por manera que si cuando se fue la Sra S. , F. estaba en el comercio, no afuera del mismo ni en la puerta, y nadie salió en el lapso que ella se fue e ingresaron los agentes, según afirma su hermano, es imposible que hubiera sido quien entró a los dos minutos al local , armado y con un casco de moto. O se equivoca D. S. que no conocía a F. cuando lo identifica como uno de los autores del hecho, o lo hace su hermana que lo conocía por ser cliente del Cyber, cuando afirma que estaba en el mismo cuando ella se retiró.

F. nunca dijo que hubiera estado en el Cyber el día del hecho, ni tampoco indicó donde se encontraba cuando fue indagado mas de dos meses despues .

Pero curiosamente el testigo E. R., quien depone a solicitud de la Defensa durante el manifiesto, esto es 9 meses después del hecho expresa que concurre al Cyber y cuatro o mas veces lo hizo con F. y concretamente el día del robo al mismo estaban allí con éste. Llegaron a eso de las cinco y media y pagaron una hora y media salieron a las siete y veinte mas o menos y lo hicieron después que se retiró la persona que describe como “ la muchacha del Cyber” (siendo que se trata de una persona de 47 años de edad). También afirma este testigo que en la esquina se encontraron con la hermana de F. y de allí fueron para su casa y estuvieron como hasta las 11. Cuando se iban vino un

conocido y se enteraron que habían robado el Cyber.

Pues bien cuando se ampliaron las declaraciones de los hermanos S. a ninguno se le preguntó siquiera si conocían a Requiélme. Y a Blanca S. no se le averiguó si iba al Cyber si lo hacía con F. y si era él y no A. a quien vio con el procesado el día de la sustracción .

Cabe señalar que la declaración de R. no coincide con la de la testigo E. D., que también declara a solicitud de la Defensa y que afirma que no fue F. quien efectuó la sustracción en el Cyber porque a esa hora estaba en su comercio al que fue a comprar leche para los hermanos (fs 133).

Esta testigo declara que los autores del hecho del Cyber fueron el hermano de F. M.P. y “ E. C.” porque se lo contaron a ella y a varios vecinos y porque el primero estaba vendiendo los juegos de “ Play”.

También esta testigo indica que la Sra. S. le dijo que F. tenía puesta la misma campera que el autor de la rapiña. Pero manifiesta que los hermanos se prestan la ropa. Como se señaló no se averiguó a B. S. como era la campera de F. cuando lo vio en el Cyber el día del hecho, ni a su hermano las características de la del agente de la rapiña.

Con los elementos de juicio que obran en el proceso- y aunque no sean muy creíbles los dichos de los testigos que indican que F. a la hora del hecho no estaba en el Cyber- lo cierto es que de la posterior declaración de D. S. y de la primera de su hermana B. S. resulta que no pudo ser F. uno de los partícipe del hecho porque estaba en el Cyber y no salió del mismo luego que lo hizo esta última .

Por manera no es posible concluir que esté plenamente probado que F. fue uno de los autores del hecho cometido el 12 de marzo de 2013.

III.2.1.2) En relación al hecho ocurrido en el supermercado de las actuaciones cumplidas ante el Juzgado Ltdo de 1ª Instancia de

Adolescentes de 1º Turno resulta que fueron responsabilizados los menores de edad M. E. P. C. y G. F. O. (“E. C.”) quienes admitieron su participación, pero no dijeron quienes eran las otras dos personas que los acompañaban. El primero se limita a establecer que fueron “dos pibes de Paso de la Arena”. Indican que tenían sólo un arma y la llevaba O..

En este proceso penal declaró F. A. R. (fs 164/166) quien había sido indagado a nivel policial por este hecho y dejado en libertad por disposición del Juzgado interviniente, lo que fue corroborado por su padre al declarar e autos a fs 188/189..

R. dijo ser autor de la rapiña al supermercado conjuntamente con tres menores. Expresa “Fui yo y tres menores”. Aunque luego se contradice afirmando que eran tres y que se equivocó. Individualizó como acompañantes a M. P. (M.) y “E. C.” y dice que lo invitaron a M.A. pero no quiso ir. Niega que J. F. hubiera participado manifestando que quedó “engarronado” por el hermano.

M.P. al declarar en el Juzgado penal afirmó que su hermano J. no participó del hecho e incrimina como autores a A. R., M. “ E. T.” A.y G. que le dicen “E. C.” que eran quien tenía un arma y que tanto el como este ultimo tenían una media y los demás estaban a cara descubierta (fs 212 a 213 vto).

En este proceso penal en etapa presumarial declararon los testigos V. P., H. R., M. A. S. y M. E. H. realizó únicamente un reconocimiento.

V. P., vecina que estaba en el supermercado, se limita a indicar que vio entrar y salir corriendo del supermercado a “unos muchachos”, 3 o 4. Uno de ellos de “Hering” azul, que tenía una media en la cabeza portaba un arma. Solo los vio de espalda. En la diligencia de reconocimiento indica que podría ser de espaldas F.. Pero no está

segura (fs 46/47 y 37). Similar había sido su deposición en el Juzgado de Adolescentes en la que afirman que eran tres los agentes, portando uno de ellos una cosa negra en la mano y que gritaban “ somos menores” (fs 49).

H. R. H. estaba en la caja pagando cuando ocurrió el hecho. Coincide en que uno de ellos tenía revolver y tenía puesta una capucha y una media en la cara. Le apuntó al empleado que estaba empaquetando y luego a él y le sacó luego de tantearlo la billetera que se había guardado cuando ellos llegaron. No les vio la cara por lo que no puede reconocer a nadie. Por el físico podría ser F. (fs 48/49y 43).

M. E. I., quien estaba con su hijo en el supermercado, no fue indagada sólo se la hizo efectuar una diligencia de reconocimiento. Y reconoció como partícipe a una persona que no era indiciado (fs 42).

En setiembre del 2010 y agosto del 2011 fueron indagados los otros dos empleados del supermercado C. A. (fs 162/163 vto) el empaquetador o reponedor y M. A. M. ena, una de las dos cajeras (fs 240 y vto).

C. A. indica que sólo pudo ver a la persona que lo apuntó con un revolver , lo llevó al pasillo. Era más chico que él, que mide 1.73 de estatura. Era delgado y cree que estaba teñido de R.o. No lo podría reconocer, no se acuerda de la persona, a él le hizo bajar la cabeza y todos tenían una media en la cabeza.

M. A. M. ena indica que eran cuatro los autores del hecho y que dos estaban armados. Precisa que uno amenazó con el arma a la cajera y el otro apuntó al reponedor y se la puso en la garganta porque eran mas bajo que él, el otro se dirigió a ella, sin armas y al cuarto no lo vio porque se metió entre las góndolas. El que apuntó al reponedor tendría no mas de 1.60 de estatura “ flaquito” y no se le veía bien la cara

porque tenía una media en la cabeza y estaba encapuchado como los otros. Cuando se sacaron las medias dos de ellos no les pudo ver los rostros porque estaban de espaldas. Agrega que uno tenía un “oxigenado” y que le dijeron que éste había entrado antes al supermercado. Tuvo la impresión de que todos eran adolescentes. El que le sacó el dinero de su caja y el que apuntó al reponedor mediría 1,50 mts y el que le apuntó a la cajera no mas de 1.50 o 1.60 mts porque no la pasaba a ella. No puede reconocer a nadie porque no les vio el rostro.

A ninguno de estos dos declarantes se lo hizo reconocer a F. puesto que dijeron que no podrían identificar a los agentes.

La única testigo que identifica a F. como uno de los autores del hecho es la cajera M. A. S., quien según manifiesta perdió el conocimiento luego del hecho, lo que también corrobora el testigo A. (fs 36 y 44/45).

Al declarar en el Juzgado de Adolescentes S. manifestó dudas en cuanto al reconocimiento. Indicó que a uno, el más alto de todos, R.o teñido quien mejor podría reconocerlo es el reponedor A., “ porque uno de los ladrones había entrado antes a comprar” (fs 52).

No obstante en sede de adolescente S. reconoce a M. P. como uno que no llevaba armas (fs 53).

En este proceso penal S. declara mas de dos meses despues del hecho. Antes de declarar y en consecuencia de hacer una descripción física de los agentes se practica la diligencia de reconocimiento. Manifiesta que reconoce a F. como el que tenía el arma (ella vio sólo una) porque lo vio antes de entrar al comercio con la cara descubierta, después se la tapó (fs 36).

Pues bien, esta testigo en medio de las dudas que dijo tener a efectos

del reconocimiento terminó reconociendo a dos personas en dos días seguidos y en cada sede da cuenta de un detalle distinto respecto a porque los reconoce.

En sede penal reconoce a F. porque junto con otros tres estaba afuera, en la calle, antes de encapucharse y ponerse media para entrar. En sede de adolescentes reconoce a M. P., que no tenía armas y dice, como se señaló que al que las portaba quien puede reconocerlo mejor es A. porque había entrado antes al comercio expresando .

La prueba de cargo en consecuencia de este segundo hecho está constituida esencialmente por el reconocimiento de F. por parte de M. A. S. ya que algunos testigos manifestaron que no podían reconocer a los agentes, (ni siquiera A. al quien lo amenazó con un arma y lo hizo desplazarse y que según S. era quien lo podía reconocer mejor) y otros dos creen que podría ser F. visto de espaldas, después de haber dicho uno de ellos en sede de Adolescentes que no podía reconocer a nadie.. Los testigos que describen al que portando un arma encañonó al empleado A. , indican que eran de una estatura muy inferior a la de F. y que tenía el cabello teñido de R.o (lo que también expresa S.). Y de autos no surge que F. se hubiera teñido a esa fecha el cabello.

Quienes admitieron ser autores del hecho en sede de Adolescente M.P. y G.O. no mencionan a F. como autor y quienes dicen en sede penal que lo fueron M. P. y F. R. afirman que el procesado no participó del hecho.

Por lo demás la Defensa del procesado ha aportado el testimonio de su hermana y de otras dos personas W.Z. (fs 96/97) y P. M. (fs 100/101) que aseguran que el día y a la hora del hecho F. estaba trabajando en su puesto de Feria dando una razón creíble de que pueden determinarlo: la coincidencia con el cumpleaños de la hermana y en el

caso de M. el hecho de haber sido abordado ese día por la Protectora de Animales.

En suma de lo expuesto surge que se arriba a una sentencia condenatoria en base esencialmente a dos reconocimientos judiciales, bien que realizados con todas las garantías del debido proceso aunque no en forma inmediata al hecho, sino tiempo después.

En relación al reconocimiento de S. ha quedado probado que el testigo no pudo ver más que la parte superior del rostro según manifestó por tener un casco de moto puesto, y que el elemento que pudo determinar con mayor precisión: el color de los ojos no coincide con el del procesado.

Cabe por lo demás inferir que incurrió en un error porque de los dichos de su hermana cuando declara enseguida de los hechos resulta que el procesado estaba en el interior del comercio cuando ella se retiró por escasos minutos del mismo y ninguna persona salió del local antes de que ingresaran los autores de la rapiña, según precisa D. S. al volver a declarar tres años después del hecho.

1. El reconocimiento por parte de la empleada del supermercado M. A. S. fue hecho sin previa descripción de las características del agente y por quien sufrió un impacto emocional que determinó que perdiera el conocimiento. Y después de haber manifestado en sede de Adolescentes sus dudas sobre que pudiera reconocer a alguien porque tenían capuchas, termina reconociendo en esa sede a M. P. y en la penal al día siguiente a J. F..

Y en este último caso el procesado probó por testimonios que el día y a la hora del hecho estaba trabajando en un puesto de feria.-

Analizada la prueba, conforme con las reglas de la sana crítica (art 174CPP) no resulta que pueda servir para emitir un juicio de

certeza que permita a responsabilizar al encausado por su vinculación con ninguno de los dos hechos de autos . Como ha señalado este Tribunal en anterior fallo (Sent No 157 del 10.11.2011) citando a Gorphe: *“El fin de las pruebas debe ser obtener una certeza, aunque a menudo se detienen a mitad del camino, es decir, en una simple probabilidad o verosimilitud. No se podría pretender llegar en este punto a una certeza apodíctica, y sólo excepcionalmente se obtiene una certeza física, basada en verificaciones materiales precisas, como en el caso de identificación por impresiones mensurables, especialmente por las huellas digitales, que da corrientemente varios millones de probabilidades de exactitud, contra una de error. Generalmente, sólo se trata de una certeza empírica, como todo lo que recae sobre las acciones humanas; en la vida corriente habrá que contentarse con esto; se trata de una gran probabilidad o verosimilitud”* (Gorphe, F., “La apreciación judicial de las pruebas”, p. 493 a 494).

Dicha certeza razonable sobre la autoría de los dos hechos por el encausado no se obtuvo, por lo que corresponde su absolución a todos los efectos legales (art. 7, 10, 12, 20 de la Constitución; 1 y 85 del C.P. y 247 del C.P.P.).

Por los fundamentos expuestos, lo dispuesto en las normas citadas y en los artículos 255 inc 2º, 247 y 260 del Código del Proceso Penal **EL TRIBUNAL,**

FALLA:

REVOCASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA; EN SU MÉRITO SE ABSUELVE A J. D. F. P. DE LOS DOS DELITOS DE RAPIÑA EN REITERACION REAL POR LOS QUE FUERA CONDENADO Y DE OFICIO LOS GASTOS CAUSADOS.

DECRETASE SU LIBERTAD PROVISIONAL, BAJO CAUCIÓN

JURATORIA, COMETIÉNDOSE AL “A QUO” EL CUMPLIMIENTO DE LAS DILIGENCIAS DEL CASO; LIBERTAD QUE SE VOLVERÁ DEFINITIVA UNA VEZ EJECUTORIADA LA PRESENTE SENTENCIA. OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.

Dr. Jorge Catenaccio Alonso
-Ministro-

Dra. Myriam E. Méndez
-Ministro-

Dr. Ángel M. Cal Shabán
-Ministro-