

SENTENCIA N° sesenta /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **once días del mes de agosto de dos mil diecisiete**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los **Dres. Alejandro Cabral, Florencia Martini y Andrés Repetto**, presididos por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el Legajo registrado bajo **MPFNQ N° 54298 Año 2015** y caratulado **"GONZALEZ, ISAAC VICENTE S/ROBO"**, en el cual se encuentra imputado **Isaac Vicente González**, Argentino, soltero, titular del D.N.I. nro. 30.432.760, analfabeto, jornalero, nacido el 22/01/84 en Neuquén, hijo de Gabriel Antonio y de Gabriela Patricia García, con domicilio en Manzana 14, lote 13 calle 3 de Barrio Hipódromo de Neuquén.

Que esta instancia de impugnación ordinaria se celebró en audiencia el día 28 de julio de dos mil diecisiete, en la que intervino por la Acusación, el Fiscal del Caso, el Dr. Marcelo Silva y por la defensa, el Dr. Carlos Vaccaro.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia de fecha 31 de marzo de 2017 el Tribunal de Juicio unipersonal integrado por la Dra. Ana Malvido dispuso declarar responsable penalmente a Vicente Isaac González por el delito de Encubrimiento, art. 277 inc. 2), en carácter de autor, art. 45 del C.P.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del C.P.P.N.) contra la sentencia de responsabilidad.

B) El Dr. Vaccaro expresó que el recurso es formalmente admisible en virtud en que estamos ante una sentencia definitiva, y ha sido interpuesta por el suscripto, legitimado en virtud del art. 239 del CPP.

Entiende que en el debate llevado a cabo se violaron el derecho de defensa y el debido proceso. Su asistido fue imputado de un hecho ocurrido el 17 de octubre de 2015, sostenido en que había recibido 56 lechones faenados que habían sido sustraídos por autores ignorados entre las cuatro y las seis de la mañana del matadero municipal. Dichos animales luego fueron reconocidos y entregados al denunciante Rubén Alegría. Al cierre de la investigación la fiscalía ofreció como documental la copia del acta de allanamiento, el acta oficio 5436, el formulario y acta de allanamiento en el que se secuestraron los lechones de fs. 811, el oficio de entrega de los 56 lechones, el acta de denuncia de Rubén Alegría, la planilla prontuarial y copia de un escrito presentado por González informando su domicilio. En oportunidad de ofrecer la prueba la defensa, ofreció elementos a los que no tuvo acceso, el acta de secuestro y el acta de reconocimiento de los 56 lechones. La jueza no se los admite por cuanto si no

existen no pueden ser utilizados en el debate. Teniendo en cuenta que se le imputa una receptación de bienes sustraídos, debía probarse el origen doloso y la recepción. Debía probarse que los lechones eran propiedad de Alegría. La sentencia tiene por probado este extremo a través del reconocimiento de los lechones por Alegría y de las fotos exhibidas al Sr. Alegría durante la audiencia. En relación al reconocimiento que realiza en el acto de allanamiento se viola lo regulado por el art. 139 del CPP en tanto se realizó sin las formalidades legales. No hubo acta de reconocimiento, no hubo funcionarios judiciales presentes, no hubo ningún control judicial. No se le notificó a la defensa este acto. Respecto de las fotos, no habían sido ofrecidas ni admitidas en la audiencia de acusación, por lo que no podían ser exhibidas en juicio. Por ello en cada oportunidad en que la fiscalía solicitó su exhibición la defensa se opuso no haciendo lugar a tal oposición la magistrada. La magistrada sostiene que al juicio sólo ingresan las testimoniales y los objetos son introducidos por los testigos y peritos, como sucedió en el presente. Relata a continuación las circunstancias narradas en el acta de allanamiento. La sentencia se funda en el reconocimiento de los lechones realizado al margen de las normas rituales. El tribunal ya se ha expedido respecto a que no se puede realizar un reconocimiento sin notificación

y control de la defensa. Su asistido estaba demorado al momento en que se realiza el allanamiento, por lo que estaba en condiciones de designar un abogado defensor y que el mismo fuese notificado de la diligencia a realizarse. La policía debió informar la diligencia que pretendía realizar para que se diese intervención a la defensa. No habiéndose acreditado por ningún medio que los lechones hallados en el domicilio de su asistido fuesen los sustraídos en el matadero municipal, entiende que debe revocarse la sentencia y absolverse a González de culpa y cargo.

C) A su turno el Dr. Silva dijo que mantiene una posición diferenciada. Considera que el nuevo procedimiento ha otorgado amplísimas facultades recursivas y no cumple en este caso la defensa con el deber de motivación suficiente. En el escrito no le explica los antecedentes del caso, ni cumple con una crítica razonada de la sentencia. Sólo transcribe algunos párrafos que exhiben una mera disconformidad donde se vierten afirmaciones dogmáticas, citándose normas que no se vinculan, los arts. 139 y 155 del CPP. Aun cuando la parte central del agravio tiene que ver con una decisión vertida dentro de la audiencia respecto de los lechones que fueron secuestrados en el allanamiento. El defensor pretende la nulidad del secuestro de los elementos que son el objeto de la imputación central y reproche al imputado que fue

realizado en el marco de un allanamiento. A falta de un relato circunstanciado, tratando de suplirlo, es cierto que se produjo la sustracción de lechones en el matadero municipal y el mismo día la fiscalía pidió un allanamiento en el marco de otro hecho, en Toma Las Flores, domicilio de Aron Isaac, donde encuentran a tres adultos y un menor y sobre la mesa tres lechones faenados. El subcomisario Soto había escuchado de la sustracción, recaba información, requiere la presencia de un encargado del matadero, el Sr. Benítez quien reconoce que se trata de sus lechones. Al mismo tiempo el Sr. Alegría estaba radicando la denuncia, dándose entonces conocimiento a la fiscalía para que siguieran la pista sobre el Sr. Isaac González porque lo consideraban incursos en otros hechos de similares características. A raíz de ello se pide el allanamiento en el domicilio de González y se encuentran 56 lechones que estaban apilados en un baño. Por ello se convoca a Alegría a identificar a los lechones. Nunca estuvieron imputadas las personas habidas en el primer domicilio de Toma Las Flores, sólo demorados por la policía. No se trata de un reconocimiento del art. 139 del CPP sino de un reconocimiento integrativo de la diligencia del allanamiento que realiza el denunciante y se limita a describir lo que observa. El reconocimiento era necesario para precisar los elementos a incautar, complementando la

orden judicial. Por eso la jueza de la audiencia de control de acusación sostuvo que no podía ofrecerse un acta de un reconocimiento que no existe. Se efectuó dentro del allanamiento realizado de modo regular. Era una diligencia necesaria para asegurar el resultado del secuestro ordenado por el juez de garantías. Que se trataran de las mismas que estaban contenidas en la motivación de la orden. Los testigos corroboran esta situación. La defensa cuestionó el allanamiento por falta de motivación y la jueza resolvió rechazar porque resultaba extemporáneo porque debió plantearlo en el control de acusación, previo a la admisibilidad de la prueba. Las actas del allanamiento no están cuestionadas, fue un acto espontáneo del Sr. Alegría, quien explicó que se trataba de animales de diversos productores y que él es el encargado del establecimiento. Las fotos forman parte del mismo allanamiento. Luego de ello se realiza la imputación a González. Por lo tanto entiende que la decisión de la jueza es ajustada a derecho correspondiendo el rechazo de la impugnación puesto que no hubo violación del derecho de defensa o debido proceso legal.

D) La defensa replica respecto de la inadmisibilidad planteada por la Fiscalía, que el escrito expresa los agravios y es suficiente. El sistema es oral y es en la audiencia en la cual amplia los fundamentos sobre

los agravios expresados en el escrito. Considera que se debe resolver sobre lo que se debate en la audiencia. Aun si el Tribunal considerara que existe una falencia no puede perjudicar al imputado como ya lo ha sostenido la Corte.

El fiscal dijo que en el momento en que su asistido estaba demorado respecto de los tres lechones habidos en la primera diligencia en relación a otro hecho y por lo tanto no estaba imputado de nada ni debía designar abogado defensor. Esto es una falacia absoluta, o bien estaba sospechado de ser el autor de un hecho y en condiciones de nombrar un abogado o no lo estaba. En este último caso el allanamiento sería improcedente: ¿Cuál es entonces la base del allanamiento?. Si no la van a usar como prueba que haga lo que quiera la fiscalía, pero si pretende utilizar el reconocimiento como prueba, debió cumplir con las formalidades legales.

E) Dada la última palabra al imputado se abstuvo de declarar.

Practicado el sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Alejandro Cabral** y finalmente el **Dr. Andrés Repetto**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria-

del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Corresponde rechazar el planteo de inadmisibilidad formal introducido por la Fiscalía respecto de la insuficiencia del escrito presentado, en cuanto del mismo emergen los dos agravios y sus fundamentos de hecho y derecho de modo que no se sorprendió a la contraparte, permitiéndole preparar el caso. Ello sin perjuicio de la ampliación oral de fundamentos realizada por el impugnante en la respectiva audiencia (cuando describe las incidencias planteadas y resueltas en el curso de la audiencia de control de acusación), de conformidad a lo dispuesto por el art. 245 segundo párrafo del CPP.

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Por coincidir con los fundamentos dados por quien iniciara la votación me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Andrés Repetto** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el colega preopinante, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Habré de adelantar que la impugnación tendrá recepción favorable.

La defensa se agravia por considerar que la sentencia viola el derecho de defensa y el debido proceso legal: **1)** porque se funda en un reconocimiento inválido en cuanto se realizó sin previa notificación de la defensa lo que impidió su debido control; **2)** por la indebida introducción de las fotos extractadas a los cerdos faenados en la diligencia de allanamiento, en cuanto dicha documental no fue ofrecida oportunamente por la fiscalía y en consecuencia, no fue admitida como prueba válida para el juicio conforme emerge de la resolución adoptada en la audiencia de control de acusación.

La Fiscalía argumentó que no se trató de un reconocimiento del art. 139 del CPP sino de un reconocimiento integrativo de la diligencia del allanamiento que realiza el denunciante donde se limita a describir lo que observa, precisando los elementos a incautar. En el mismo sentido sostuvo que las fotos

formaron parte del mismo allanamiento cuya acta fue introducida al debate de modo regular, habiendo sido ofrecida y admitida por la magistrada en el control de acusación.

En primer lugar se advierte la ausencia de una crítica razonada de la sentencia por parte de la Fiscalía, en tanto se limita a afirmar que lo resuelto por la magistrada fue ajustado a derecho. De este modo los argumentos sostenidos en la audiencia de impugnación no se contrastan con los fundamentos dados por la magistrada en lo atinente al reconocimiento de los lechones realizado en el domicilio allanado y a la valoración de las fotos como prueba de cargo. Los argumentos sostenidos por el Sr. Fiscal en la audiencia de impugnación no han sido desarrollados por la magistrada en la sentencia. Respecto de las circunstancias de realización del reconocimiento la sentencia reza: "Corrida la pertinente vista a la Fiscalía a tenor de la nulidad peticionada por la Defensa solicitó no se hiciera lugar, a lo que este Tribunal también rechazó tal petición por los fundamentos expuestos en la audiencia respectiva".

Claro está que toda sentencia debe autoabastecerse. Los registros fílmicos de la audiencia de debate no suplen la exigencia de escritura de lo acontecido en el juicio, máxime cuando se trata de la resolución de

una cuestión atinente a vicios esenciales en la producción de una prueba dirimente.

El art. 194 del CPP que regula los requisitos esenciales de la sentencia dice: "la sentencia contendrá: (...) 4) los fundamentos de hecho y derecho". Mientras que el art. 195 del mismo ordenamiento ritual refiere a la "redacción" de la sentencia (lo que da cuenta de la exigencia de escritura).

El art. 95 del CPP por su parte, establece que "no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Provincia y en este Código".

Las normas que regulan la realización del juicio no prevén el planteo de cuestiones preliminares relativas a la prueba, por cuanto ellas deben ser introducidas en la audiencia de control de acusación. No obstante lo cual, cuando se trata de actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado (art. 95, primer párrafo), no resultando saneables (art. 96) ni convalidables (art. 97), el juez deberá declarar su nulidad (art. 98 del CPP).

Por tanto, al presentar el defensor, las líneas de su defensa, aun cuando se trate de un acto insaneable, corresponde que el juez difiera su tratamiento conjuntamente con las peticiones presentadas en los alegatos finales, realizando una valoración integral del plexo probatorio. Máxime cuando en la respectiva audiencia de control de acusación la defensa ofreció el acta de reconocimiento como así las placas fotográficas -elementos que no había tenido oportunidad de controlar- y la magistrada actuante, Dra. Gagliano no admitió dicha prueba, sin darle la palabra a la fiscalía para que se expida sobre éstas, que no habían sido ofrecidas por esa parte. Los fundamentos dados por la Dra. Gagliano para no admitir dicha prueba fueron que esa prueba era inexistente y por tanto no podía admitirse sin perjuicio de que tampoco podían las partes valerse de ellas en el juicio.

Realizada la presentación de las líneas de la defensa al iniciar el debate, la Defensa sostuvo que el reconocimiento que la fiscalía afirmaba había realizado el Sr. Alegría de los lechones faenados, no era válido por cuanto no constaba registro del acto y la defensa no había tenido oportunidad de controlar dicha diligencia, por cuanto al momento de realizarse, su asistido estaba demorado y no se le había dado oportunidad de designar defensa alguna. Es por ello que el acto de reconocimiento

no se realizó en las condiciones estipuladas por el código ritual, sino en el transcurso de la diligencia de allanamiento del domicilio del imputado. Lo mismo sucedió con las placas fotográficas (fueron extraídas en la diligencia del allanamiento) que la Fiscalía no ofreció como prueba en la audiencia de control de acusación.

La Dra. Malvido le dio la palabra a la Fiscalía y luego resolvió oralmente en el curso de la audiencia, sin dejar constancia alguna en la sentencia, conforme a lo previsto para las audiencias *cuando no se difiere la decisión*, respecto de las cuales se dispone que: "las resoluciones del tribunal durante las audiencias se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento" (art. 76 segundo párrafo).

Se entiende que el juicio es único aun cuando se desarrolle en varias audiencias y que, como acto unitario, la sentencia que no se pronuncia inmediatamente en la misma audiencia, por disponer de un plazo distinto (como es el caso de la sentencia de juicio, previsto por el art. 196 del CPP), debe redactarse por escrito y resolver todas las cuestiones relevantes acontecidas en el juicio.

Es por ello que la magistrada debió dejar registro escrito en la sentencia de lo resuelto respecto de la invalidez del reconocimiento de los efectos, oportunamente petitionado por el Dr. Vaccaro y en todo

caso, analizar el valor probatorio que le asignó a dicha prueba en el contexto de las demás pruebas producidas en el debate.

No obstante ello, habiendo accedido al registro fílmico de la audiencia de juicio, donde la magistrada resuelve rechazar la invalidez del reconocimiento planteado, se observa que los argumentos introducidos por la fiscalía difieren de los introducidos en la audiencia de impugnación e incluso de los sostenidos por la magistrada al rechazar el planteo.

La fiscalía en aquella oportunidad sostuvo que no se vulneró el art. 139 del CPP por cuanto el reconocimiento se motivó en la urgencia de la diligencia atento al carácter de percederos de los elementos hallados en el domicilio (por cuanto la dilación perjudicaría a los productores de los lechones) y que la diligencia de allanamiento fue cumplida con regularidad dado que la orden que le dio origen se fundó en los antecedentes de "reiterancia" de Vicente González, los cuales si bien no pueden ser utilizados por un magistrado, son motivos válidos para el personal policial para solicitar un allanamiento, y que el hallazgo de los lechones faenados dio respaldo al "olfato policial" para solicitar la orden respectiva, en tanto Alegría manifestó que los lechones

tenían las marcas de sus productores y en consecuencia, los lechones respondían a los sustraídos en el mismo día.

Sin embargo, la magistrada no acogió los argumentos de la fiscalía sino que resolvió rechazar el planteo por considerar extemporáneo el mismo, considerando que debió ser realizado en la etapa de control de acusación donde se define la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba que ha de valerse para el juicio. Sin argumentar sobre el fondo del planteo (la realización de una diligencia probatoria sin cumplir las formas legales, en perjuicio del imputado). La magistrada rechaza el planteo por una cuestión formal (extemporaneidad) sin advertir que tratándose de actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado no es posible sanear ni convalidar el acto, por lo cual "el juez deberá declarar su nulidad" (art. 98 del CPP).

Aun cuando considerase que el planteo resultaba extemporáneo, debió al momento de tratar la responsabilidad de González por el hecho imputado, analizar el reconocimiento irregular y explicar qué valor probatorio le asignaba dando razones suficientes al respecto en el marco de la valoración integral de la prueba producida, toda vez que el art. 95 del CPP ya citado, impide la valoración de los actos cumplidos con inobservancia de los

derechos y garantías del imputado para fundar una decisión judicial.

No habré de analizar los argumentos introducidos por la fiscalía en la audiencia de impugnación puesto que no coinciden con los expuestos (u omitidos) en la sentencia, cuando es ésta la pieza que cuya razonabilidad y regularidad se está impugnando, máxime cuando tampoco coinciden con los argumentos alegados por el Sr. Fiscal al momento de litigar el planteo de invalidez (nulidad).

En cuanto al segundo agravio, considero asiste razón a la defensa en cuanto no pudo legítimamente valerse la fiscalía de una prueba no ofrecida ni admitida en el control de acusación, cuyo contenido desconocía la defensa. Máxime cuando la propia defensa la ofreció en la audiencia prevista por el art. 168 del CPP con el objeto de tomar conocimiento de la misma y en función de ella preparar su estrategia de defensa, y no fue admitida por la magistrada aduciendo que dicha prueba no existía y no podía entonces utilizarse en el juicio. Se evidencia una palmaria contradicción entre la decisión de la magistrada que interviene en el control de acusación y los alcances que le asigna al elemento no admitido en juicio la sentenciante.

En síntesis, el primer agravio prospera - más allá de la irregularidad de la sentencia que omite

redactar los fundamentos en la pieza condenatoria- por haber rechazado la magistrada el planteo por motivos estrictamente formales (extemporaneidad) sin analizar que se trata de un acto insaneable e inconvaleable respecto del cual debió declararse su nulidad por afectar derechos y garantías en favor del imputado, concretamente por haberse practicado el reconocimiento sin intervención de la defensa en violación de lo previsto por el art. 139 del CPP. Asimismo por cuanto la fiscalía no realizó una crítica razonada de los fundamentos dados por la magistrada en la sentencia e incluso tampoco lo hizo respecto de los argumentos dados por la magistrada oralmente en el debate, introduciendo un argumento novedoso en relación al sostenido por la misma parte al litigar el planteo en el debate.

El segundo agravio también prospera por haberse utilizado en el juicio un elemento no admitido como prueba en el control de acusación, que sorprende a la defensa, lesionando su derecho a controlar la prueba. Aun cuando el mismo debía ser incorporado por el testigo (funcionario que intervino en el allanamiento en el cual se extractaron las placas) resultó indispensable -como paso previo- que el elemento en cuestión hubiese sido ofrecido y admitido como prueba válida para ser utilizada en el debate.

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó:

No voy a adherir al voto de la Dra. Martini, porque no comparto que la identificación de los objetos -y la participación de la víctima en el allanamiento- para identificar los eventuales objetos a secuestrar (en el caso, unos lechones ya faenados), constituya un acto cumplido con inobservancia de los derechos y garantías del imputado.

El art. 124 del CPP establece que el fiscal formará un legajo sin formalidad alguna donde constarán todos los elementos que recabe. Estas actuaciones no tienen valor probatorio alguno, salvo que sean como un anticipo jurisdiccional de prueba. También el art. 170 establece la libertad probatoria para probar los hechos por cualquier medio de prueba, mientras no afecten garantías constitucionales.

A su vez, el art. 139 del CPP a mi entender distingue lo que es un reconocimiento, de lo que es la exhibición de los objetos ya sea al imputado, a los testigos y a los peritos tanto para su reconocimiento como para que informen sobre ellos.

Tan es así que el art. 140 del CPP específicamente regula la forma de llevar a cabo el reconocimiento de personas y no la de un objeto. El Código no regula la forma de llevar a cabo estos últimos, es decir

el reconocimiento de objetos, por lo que cabe suponer que es de aplicación el art. 170 CPP.

En la presente investigación, el Juez autorizó al fiscal a allanar el domicilio del imputado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 145 CPP, diligencia a la que concurrió la víctima para identificar los eventuales objetos sustraídos (lechones faenados) y allí identificó por sus marcas a los lechones que se encontraban en el lugar, como aquellos que le habían sido sustraídos del frigorífico. Es así que se procedió a secuestrarlos e inmediatamente se los entregó a la víctima por ser elementos perecederos.

Considero que allí no existe nada irregular, ni inobservancia de las garantías del imputado.

La cuestión relativa al valor probatorio de dicha identificación de los elementos sustraídos por parte de la víctima, es una cuestión absolutamente distinta de la validez o no de dicho acto de secuestro en función de la identificación que hace la víctima de los elementos que le fueran sustraídos. En el presente caso, todo fue en un mismo momento, concurrió la víctima a la diligencia de allanamiento para identificar los elementos sustraídos, los reconoce como los sustraídos y a fin de que no se pierdan - por ser perecederos-, le son entregados (art. 154 CPP).

La defensa cuestiona que esta identificación de los objetos para su secuestro como su posterior entrega al denunciante, por el hecho de no haber sido notificada dicha diligencia a la defensa en los términos que establece el art. 139 tercer párrafo del CPP.

Considero que ello no torna nulo el secuestro, la posterior entrega al denunciante, ni la identificación que hace de los efectos sustraídos. Lo que restaría analizar es si esta identificación tiene suficiente valor probatorio como para acreditar que eran los mismos bienes que le fueran sustraídos.

Al respecto entiendo que sí, en función de lo expresado por la jueza en la sentencia al decir que el testigo *"Joaquín Manuel Domínguez: declaró que fue requerido por personal policial para ser testigo de un allanamiento, lugar donde se encontró a tres muchachos y un nene y en el interior se hallaron tres lechones que por sus marcas los identificaron como parte de unos animales que habían sido robados de un matadero, circunstancia que fue reconocida por una persona que se hizo presente en el lugar; este testigo también menciona que los porcinos tenían marcas en las frentes"*. También se refirió a la declaración de *"Mario José Huespe oficial de policía, declaró que prestó colaboración en la requisita domiciliaria realizada en la toma Las Flores, lugar donde se procedió a*

demorar cuatro sujetos y fueron hallados tres lechones, dispuestos en una mesa, dichos animales tenían marcas visibles; durante dicha diligencia se hizo presente una persona que reconoció las marcas de los animales y los relacionó con la sustracción de cien y pico de lechones del matadero Nueva Esperanza". Agregó a todo ello que "El testigo Rubén Alejandro Alegría declaró que en momentos en que efectuaba la denuncia por el robo de lechones del matadero le comunican que habían sido encontrados tres animales, agrega que fue al domicilio donde se hallaron varios porcinos en un baño, reconociéndolos como los sustraídos, tenían marcas en las orejas, de allí que los identificó". Para finalmente expresar "que dichos porcinos fueron reconocidos por su propietario, Sr. Alegría. Resulta necesario señalar en este punto que los animales encontrados en la vivienda del imputado eran susceptibles de ser reconocidos, puesto que se acreditó que tenían marcas en las orejas, conforme los dichos de los testigos al respecto".

Todo ello, sumado a otra prueba que menciona en la sentencia, como un anterior allanamiento en otro domicilio donde se encontraba el imputado y en el que había otros tres lechones de iguales características, entiende -la jueza- que es suficiente para acreditar que

tales lechones se correspondían con los sustraídos en el frigorífico de Alegría.

En definitiva, considero que no hay nada ilegal en el acto llevado a cabo por la fiscalía y que no se violaron garantías constitucionales, siendo suficiente la prueba testimonial del debate para acreditar la identificación que realizara el denunciante de los elementos sustraídos, en función de las características que rodearon todo el hecho y que fueran descriptas en la sentencia.

Sí coincido con la Dra. Martini en cuanto al segundo agravio relativo al haber permitido en el juicio exhibir unas fotografías que no habían sido admitidas como prueba en el control de la acusación. El fiscal no había aportado las fotografías en el control de la acusación, sí la defensa, pero ello no fue admitido por la jueza del control de la acusación. De esta forma se sorprendió a la defensa, lesionando su derecho a controlar la prueba. Aún cuando dicha prueba se incorporó por el testigo (funcionario que intervino en el allanamiento en el cual se extractaron las placas), era necesario que tales fotografías hubiesen sido admitidas como prueba, lo que no sucedió, por lo que tales fotografías debieron exhibirse y por tanto tampoco pudieron tenerse en cuenta para fundar la condena.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado en el párrafo que antecede -es decir, sin tener en cuenta las fotografías-, entiendo que por las razones expresadas en los párrafos anteriores, existía prueba suficiente y válida para fundar la condena -tal como lo hizo la jueza-, por lo que corresponde confirmar la sentencia de responsabilidad y la pena impuesta.

Sin costas en esta instancia, en el entendimiento que una condena en costas en esta instancia podría llegar a vulnerar el derecho al doble conforme.

El Dr. Andrés Repetto, dijo:

He de coincidir con el voto de la Dra. Martini. Al respecto considero que efectivamente la Sra. Jueza de grado debió realizar un análisis del planteo efectuado por la defensa, resolviendo el fondo de la cuestión planteada, sea permitiendo o no la producción de la prueba que se cuestionaba, toda vez que se encontraban en juego garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio del imputado. No puede admitirse la aplicación ciega de la fría letra de la ley cuando lo que está en juego es la legitimidad misma de las pruebas que se pretenden utilizar en el juicio, más allá de lo que se haya resuelto en la audiencia de control de acusación. Entiéndase bien que de ninguna manera postulo que los jueces de juicio puedan libremente disponer qué pruebas

deciden aceptar y cuáles no, en razón de que ello violaría lo dispuesto por el artículo 5 -última parte- del CPP. Sin embargo, tampoco podrán considerar, en un caso puntual, que un acto procesal trascendente como la producción de una prueba irreproducible, queda saneada o convalidada por la defensa por aplicación del principio de preclusión procesal, es decir, por el mero transcurso del tiempo.

El artículo 97 del CPP expresamente determina que los defectos formales que afectan a la defensa no pueden ser convalidados, mientras que el artículo 96 del mismo código no autoriza que el proceso se retrotraiga a etapas anteriores cuando la convalidación de la invalidez de un acto se funda en la violación de una garantía establecida a favor del imputado (v.gr. el control que debe efectuar la defensa de la producción de pruebas consideradas irreproducibles).

En función de todo ello considero que la jueza debió haberse expedido sobre el fondo de la cuestión planteada, no pudiendo considerar extemporáneo el planteo efectuado por la defensa, por encontrarse en juego garantías constitucionales.

Respecto de la utilización durante el juicio de material fotográfico expresamente excluido como prueba admitida por la Sra. Jueza de la etapa intermedia, no puedo más que coincidir con el primer voto. Resulta poco

menos que ilógico pretender que se admitan como prueba de cargo elementos que no fueron admitidos como prueba de descargo por una jueza en la audiencia de control de la acusación. Si bien la juez no admitió las fotografías como prueba para el juicio, porque creyó que no existían, lo cierto es que de la filmación de esa audiencia se advierte con absoluta claridad que el fiscal que se encontraba presente, el Dr. Jara, nada dijo respecto de que éstas sí existían, a pesar de que la defensa reclamaba su inclusión como prueba en el juicio, omitiendo además ofrecerlas como prueba de cargo. Si no fue admitida su incorporación, a pesar de haber sido expresamente solicitada por la defensa, mal puede la fiscalía luego pretender usarlas alegando una suerte de incorporación tácita por encontrarse mencionadas en un acta de allanamiento. La jueza de juicio expresamente debió prohibir la exhibición de cualquier elemento de prueba de cargo cuya incorporación al juicio no fue expresamente admitido, por lo que su valoración en la sentencia constituye una clara violación al derecho de defensa en juicio del imputado.

Por último, respecto de las facultades o no del fiscal y/o de la policía de efectuar reconocimiento de objetos sin la presencia del defensor, en los casos en los que ya exista un imputado individualizado (en el presente caso no sólo estaba individualizado el imputado

sino que además estaba detenido), debo decir que aparece como extravagante la afirmación de que sí pueden hacerlo en función del principio de libertad probatoria (Art. 170 del CPP). Esa norma no autoriza a que las partes puedan hacer cualquier cosa en función de probar su teoría del caso, sin límites ni controles de la otra parte o del juez. En el proceso penal el fin no justifica los medios. El código, de hecho, regula la forma en la que la prueba será producida y admitida para el juicio, colocando a las partes en un pie de igualdad al momento de producir la prueba (Art. 135 CPP).

No hay ninguna duda de que un reconocimiento, sea de personas o de objetos, es una prueba de carácter *irreproducible*. Ello surge de la propia naturaleza y características de la prueba de que se trata. No puede admitirse reconocer un mismo objeto dos veces por una misma persona en razón de que en definitiva no podría nunca determinarse si el objeto fue reconocido porque se lo identificó en función de los hechos del caso, o porque el testigo lo vio en un reconocimiento anterior. Por otra parte el hecho de que el código procesal regule o no expresamente el reconocimiento de objetos, no modifica su naturaleza de prueba irreproducible.

Aclarada la naturaleza irreproducible de esa prueba, surge evidente que corresponde aplicar lo

dispuesto por el artículo 155 inc. 1, el cual dispone que *las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente... cuando se trate de una diligencia de prueba que deba ser considerada de naturaleza no reproducible... Se podrá prescindir de la autorización judicial si existe acuerdo de las partes.* Queda así perfectamente en claro que siempre que estemos frente a un reconocimiento, sea de personas o de objetos, el mismo se debe realizarse con la intervención de ambas partes por tratarse de una prueba irreproducible.

Si las partes acuerdan las formas en la que el reconocimiento se sustanciará, podrán prescindir de la intervención del juez (art. 155 in fine). En cualquier caso resulta obvio que debe haberse notificado a la defensa previamente para poder realizar el reconocimiento. Ello no fue lo que en el presente caso ocurrió, a pesar de que no existía ningún impedimento para ello, en razón de que el imputado estaba detenido en la comisaría, por lo que se encontraba identificado y ya tenía el derecho a ser asistido por un abogado (art. 49 inc. 2 CPP).

Si aplicáramos el criterio del juez del voto disidente podríamos llegar al absurdo de que cada parte podría producir su propio reconocimiento de objetos individualmente, sin la intervención de la otras partes, pudiendo llegar a situación descabelladas como por ejemplo

que un mismo objeto fuera "reconocido" y "no reconocido" por un mismo testigo en dos reconocimientos distintos, efectuados por cada una de las partes. El código no podría admitir tremendo absurdo. El hecho de que se trate de una prueba de carácter irreproducible impide que ello ocurra, y a la vez garantiza que ambas partes puedan participar del acto, controlando su producción.

Siendo evidente que se violentó el derecho del acusado al control de la producción de una prueba de naturaleza irreproducible, la misma no puede ser utilizada y valorada en su contra, por verse afectado el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal.

En función de todo ello coincido con la solución propuesta por la Dra. Martini. Tal es mi voto.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Sin costas atento el resultado de la impugnación ordinaria.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: adhiero a la solución propuesta por el colega que me antecede en la votación.

El **Dr. Andrés Repetto**, expresó: por compartir los fundamentos adhiero a la solución propuesta.

Por todo lo hasta aquí expuesto, por mayoría el Tribunal de Impugnación Provincial,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa a favor de su asistido (arts. 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa por constatarse los agravios y en consecuencia revocar la sentencia, absolviendo a Vicente Isaac González por el hecho que fuese formalmente imputado (art. 246 último párrafo del CPP).-

III.- Sin costas (art. 268 C.P.P.N.).-

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación, para su registración y notificaciones pertinentes.-

Reg. Sentencia N° 60 T° V Año 2017.-