En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 21 días del mes de febrero del año 2008, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia bajo la presidencia del señor ministro Juan Pedro Cortelezzi; integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en "P., A D s/Robo agravado por el uso de arma de fuego" (Expte. 20.20.955-Folio 7 tomo II-P-2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 365: Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia que el día 16 de abril del año 2007 condenó a A. D. P. a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por el uso de arma de fuego, por el hecho ocurrido en esa Ciudad, el día 31 de octubre de 2005, en perjuicio de N D G..

El hecho sobre el que versó el debate (y haré extracto del requerimiento de elevación a juicio) es el que sigue: "... el día 31 de octubre de 2005, aproximadamente a las 23:30 hs. en Avda. Rivadavia de esta ciudad, el imputado A. D. P. descendió del vehículo marca Renault 9, dominio XXX -*** que conducía J M M junto al menor M S S y abordó a N D G. que venía caminando por la vereda de Rivadavia con el pretexto de pedirle un cigarrillo para luego sacar de entre sus ropas un arma de fuego tipo revólver calibre 22 largo, color negro, serie número ****, cargada con cuatro cartuchos a bala igual calibre y apuntándole le exigió la entrega de la guitarra modelo criolla que transportaba dentro del estuche colgado en el hombro izquierdo, apoderándose de ella, se dio a la fuga ascendiendo al vehículo. La intervención policial que con motivo de la denuncia realizada por la víctima que aportó las características y el dominio del rodado, permitió, una hora después, interceptar al mencionado rodado en la intersección de Cayelli y Cabo Valdés, detener en su interior a P. y el secuestro en su parte trasera del arma de fuego cargada y tres cartuchos sueltos..."

II. A fs. 339/43 luce recurso de casación presentado por el Defensor Público, doctor Eduardo Marcelo Cerda. Este citó como motivo justificante de la impugnación, la causal prevista en el artículo 415 inciso 2do. del Código Procesal Penal-Ley 3155- denunciando vicios en el procedimiento, que tornaban nulos los actos procesales consecutivos y dependientes como así también la sentencia misma.

El ataque lo centró en el secuestro del arma que habría utilizado P. para cometer el atraco; fustigando especialmente el acto de requisa del vehículo Renault 9 en el que se conducían en el momento de llevarse a cabo la detención.

Previo dejar aclarado que coincidía con lo sostenido por la Jueza Pettinari sobre las facultades que tenía la policía para requisar a una persona por razones de urgencia y seguridad, puso de relieve que la disidencia con el criterio del Tribunal de Grado radicaba en el tratamiento que le había dado al pedido de nulificación del acto, porque se había basado en un hecho distinto al que se desprendía del procedimiento policial cuestionado.

Criticó los argumentos del Juez que voto en segundo lugar porque compartió los que puso de manifiesto la autora del primer voto.

Atacó los fundamentos que se apoyaron en la convicción de que, cuando fueron detenidos, los imputados no se encontraban en situación de flagrancia.

Entendió que el hecho de haber transcurrido entre la denuncia y la interceptación del vehículo un lapso de una hora, aproximadamente, y de haber tenido lugar –la interceptación- a unos tres kilómetros de distancia hacía necesaria la correspondiente orden escrita y fundada de autoridad competente (artículo 49 de la Constitución Provincial).

Asimismo, consideró que la denuncia realizada por el damnificado exigía la comunicación inmediata al juez competente para que el mismo evaluara la necesidad de la detención y que, en su caso, la dispusiera legalmente.

Afirmó que tampoco se daba la hipótesis contemplada por la Ley 815, toda vez que la demora allí contenida procede cuando la persona se niegue a identificar o carezca de documentación, circunstancia que como quedó demostrado desde el comienzo estaba descartada ya que los ocupantes del automotor se identificaron con la documentación pertinente.

Arengó sobre la ilegitimidad del secuestro del arma y su posterior utilización como elemento de cargo tenido en cuenta para la calificación del injusto endilgado.

En el final, hizo reserva del caso federal y culminó peticionando que este Cuerpo declarara la nulidad de la requisa del automotor dominio XXX-*** y de todos los actos dependientes del mismo (arts. 149 inc. 3ro, 150 2do. párrafo y 154 del C.P.P. y art. 46 de la Constitución Provincial)

Asimismo, y como lógica consecuencia de la nulidad acaecida, solicitó se cambie el encuadre jurídico seleccionado por el consagrado en el artículo 166 inc. 2º último párrafo del Código Penal, y se le imponga a su defendido la pena mínima de dicho encuadre.

III. Sentado lo que es el meollo de la discusión, echaré dos palabras sobre algunos puntos que estimo válidos a la solución.

En primer término reiteraré que el examen que se hará de la sentencia será amplio, aún cuando atenido al contorno de los agravios.

Lo será a tono con los precedentes a cuyo través la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró la teoría del "máximo rendimiento" o de "máxima capacidad de rendimiento" en la revisión impulsada por la defensa, traducida en que el Tribunal posee respecto de los hechos sometidos a su control las más amplias facultades con el solo límite de lo que es propio de la inmediación y, naturalmente, del marco dado por el recurso. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N, 8.2. h. de la CADH y 14. 5 del PIDCP, casos "Casal", "Martínez Areco" entre otros).

En segundo término, y en atención a que el agraviado ha sometido a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena, me remitiré a lo que profusamente he tratado en causas en que se plantean similares problemas en los que orbita los tópicos de la verdad, la certeza y la sana crítica, y, por añadidura, la arbitrariedad por ausencia de motivación.

Esta remisión implica ratificar cada uno de aquellos conceptos y dejar sentada idea de que la tarea del Juez implica la reconstrucción histórica de un hecho y que sólo puede materializar mediante ejercitando la razón crítica, apreciando el todo que se las partes le presentan con agudeza, con método, con honestidad intelectual.

Solo así estará "en lo cierto", en la creencia, mas allá de toda duda de poseer la verdad que es aquello "...que la razón reconoce exactamente...un juicio abstracto con razón suficiente...".

Por eso es correcto el proceder de los sentenciantes si, en la decisión han predicado certeza luego de un proceso de evaluación de la evidencia realizado con apego a las reglas de la sana crítica, fundando debidamente el relato que traduce la opinión.

Más adelante, ya se verá, expresaré mi punto de vista en lo que atañe a las nulidades, especialmente en el supuesto en que se denuncia una expansión indebida del poder estatal en perjuicio de las garantías individuales.

IV. Bajo estos parámetros, penetraré en el examen del caso y, al respecto, anunciaré mi disidencia con el planteo del recurrente pues el fallo está suficientemente motivado.

Veamos.

El ataque que el Defensor del incuso realizó a la sentencia se apoyó en dos aspectos, cuales son: 1. la nulidad del secuestro y de todos los elementos de pruebas derivados de ese acto, por haber sido llevado a cabo sin respeto de las formas previstas por el rito, y

2. la falta de motivación de la sentencia por haberse fundamentado tomando como base un hecho extraño a la plataforma fáctica del proceso.

IV.1 Con relación a lo sindicado en el primer punto he de decir que no observo en el accionar llevado a cabo por el personal policial interviniente ilegalidad alguna o, en otras palabras, exceso en el ejercicio de sus facultades o, aún más finamente, actitudes que hayan violentado la sana lógica de una conducta que se compadecía con las circunstancias imperantes.

Así, estimo alineado con el sentido común que concilia el interés particular con el interés colectivo, el hecho de que, luego de haber detenido en la vía pública a tres sujetos sospechosos de haber sido los autores de un crimen con la utilización de armas, la fuerza interviniente tomara los mayores recaudos posibles para minimizar los riesgos tanto para los propios sospechados cuanto para el personal policial interviniente y para el colectivo general que pudiera verse afectado por las eventualidades propias de la situación.

En ese sentido, la necesidad de manda jurisdiccional fundada para disponer requisas y secuestros está consagrada en el ordenamiento procesal como una valla limitadora del poder omnímodo del Estado ante el derecho de privacidad de los individuos; pero cierto es que ese valladar se flexibiliza cuando se dan determinadas circunstancias contenidas en la ley adjetiva.

En primer término, técnicamente hablando, no ha ocurrido requisa personal sin orden sino registro de automotor sin orden.

Ello nos conduce a considerar que no se trató del avance sobre el domicilio de una persona-fortaleza inexpugnable por principio- sino solo de un rodado en el que se trasladaban sospechosos después de haber sido indicados de cometer un delito.

El automóvil no es domicilio. Cuando circula el sujeto expone su privacidad y es por ello que el Estado se encuentra facultado a actuar de modo diverso.

Si nos remitimos a las previsiones legales del ordenamiento ritual vigente al momento del hecho, vemos que la conducta policial criticada por el casacionista está perfectamente delineada como posible y legal.

Es más, los actuantes pudieron hacer lo más, indagar en el cuerpo de los sospechados con base en el artículo 199 in fine que prescribe : "...ante la posible comisión de un delito o la existencia de peligro para la seguridad de la persona, de terceros o de los funcionarios policiales,

éstos podrán proceder a la requisa de una persona para el secuestro de las cosas que llevare consigo, observando las previsiones de este artículo..."

Con más razón, hicieron lo menos, la inspección de un automotor que, por sus posibilidades de traslación, opera como la extensión de un individuo y el lugar donde éste puede guardar objetos de los que dispone a voluntad en el lugar en que se encuentre.

Es que no se debe perder de vista que -en la especie- existieron actitudes de los prevenidos que pintaron en estos un afán direccionado a ocultar un arma y de esa manera preparar, tal vez, algún intento posterior de resistencia con el peligro potencial inmanente de esa conducta para el bien público en general, lo que justificó premura en el ánimo policial de secuestrar el arma en cuestión.

Pero hay más, la norma ritual estatuye esa facultad y el secuestro de objetos, aún en caso de "...operativo público de prevención...", sin que medie siquiera sospecha, que – repito- existía en este supuesto.

Sin perjuicio de lo dicho, como he sostenido en causas pasadas, en materia de nulidades debe andarse con cuidado.

Los Tribunales han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es último recurso y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica.

En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna- Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569).

En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto- y de modo fundamental de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que "...de otra modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse.." (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel s/ robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498).

IV.2 Respecto del segundo aspecto del ataque del Defensor del imputado, estimo que también debe ser rechazado por encontrarse basado en un error de interpretación del recurrente.

En efecto, en la sentencia, la "a-quo", cuando resolvió la nulidad articulada por la defensa técnica del prevenido, no se equivocó al enunciar el hecho base, solo completó la construcción del desarrollo de su razonamiento con el agregado de citas jurisprudenciales y doctrinarias entre las cuales ofreció el fallo de la CNCCorr., Sala IV, 3-9-2001, "D. , N. ", c 16.635, que contiene, en parte de su texto, la referencia de un secuestro con un arma, diferente al que ocupaba la lucubración del Tribunal colegiado.

La cita de referencia, por haber sido correctamente introducida por la Cámara del Crimen, desbarata los argumentos del recurrente y autoriza su rechazo sin más esfuerzo que su indicación.

Luego, queda en pié la valoración realizada por el Tribunal acerca del secuestro del revolver y su utilización para cometer el ilícito y de los actos posteriores relacionados con aquella: Pericia Nro. 140/05-URCR (UEC) que demostró su aptitud para el funcionamiento; resultando correcta, en consecuencia, la adecuación legal de la plataforma fáctica en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego previsto en el artículo 166 inciso 2º del Código Penal.

Propicio, entonces, el rechazo de la casación y la confirmación de la sentencia.

V. Por último, considero que deben regularse los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de quinientos pesos ($ 500.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes-Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez Cortelezzi dijo:

Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido lo suficientemente detallados en el voto precedente, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir con la propuesta del juez Pfleger.

Sostiene el recurrente que la detención y requisa practicadas contra su asistido han sido ilegales e implican una directa afectación al artículo 18 de la Constitución Nacional.

Este planteo traído por la defensa ha sido materia de debate en la audiencia, y compartiendo los argumentos expuestos por la A-quo, sostengo que el accionar policial ha sido razonablemente desplegado y conforme a las prescripciones del C.P.P., arts. 164 y cctes.-
Así, el damnificado, en la oportunidad de formular la denuncia –v.fs.2-, aportó datos concretos respecto del sujeto que lo interceptó violentamente y del vehículo en el cual circulaba, lo que fue comunicado a la red policial y permitió, momentos después, dar con el rodado y el imputado.
Que las tareas de prevención de delitos son propias de la actividad policial, y, en este caso en particular, estuvieron enderezadas para lograr localizar el vehículo descripto por el damnificado, no desprendiéndose de las actuaciones que dicha diligencia haya sido realizada fuera de los límites de la ley.
Además, este acto fue avalado por la jueza de menores, quien inmediatamente ordenó la declaración como imputados de los tres detenidos, y luego el testimonio y reconocimiento por parte del damnificado del imputado.
Por lo expuesto entiendo que deberá rechazarse en esta instancia el planteo de la defensa relacionado con la nulidad de la detención y requisa de A. D. P..
Por último, en relación a los honorarios, coincido en el monto indicado en el primer voto.
El Juez Panizzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Juan Pedro Cortelezzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.
Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

S E N T E N C I A

1º) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 339/43, con costas (arts. 385,386, 388 y concordantes del Código Procesal Penal-Ley 3155)

2º) Confirmar la sentencia número 15/2007 de fs. 321/36 vta.

3º) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de quinientos pesos ($ 500.-), no incluye I.V.A.(Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920 art. 51).

4º) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Cortelezzi, Pfleger y Panizzi.-