En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de Mayo del año 2007, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia -Presidido por Juan Pedro Cortelezzi; integrado con los señores Ministros Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en "R., S. A. C., C. R. s/ Hurto agravado por abigeato en grado de tentativa (Expte. 20.588-Folio 233-R-2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 452: Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, que el día 26 de junio de 2006 condenó a S. A. R. como autor material y penalmente responsable del delito de hurto agravado por abigeato, en grado de tentativa (arts. 163 inc. 1ro. y 42 del C. Penal) a sufrir la pena de dos años de prisión condicional y al pago de las costas del juicio (art. 29 inc. 3º, 26, 40 y 41 del C.P.).

El hecho que diera lugar al debate fue presentado en la requisitoria fiscal de elevación a juicio del modo que sigue: "...el día 9 de enero de 2002, aproximadamente a la hora 22,00, en un callejón vecinal ubicado dentro del establecimiento ganadero Río Frío de la localidad de Trevelin, en circunstancias en que los procesados procedieron a apoderarse ilegítimamente de un animal vacuno, toro Hereford, al cual le pegaron un disparo en la cabeza, degollándolo al estilo capón, no logrando su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad, siendo interceptados por personal policial a bordo de un vehículo Renault Dacia color azul, en ruta Pcial. Nº 17 mas precisamente en la zona conocida como subida de Miguens..." (ver al respecto el documento agregado de fs. 256 a 257).

Esa posición fue mantenida por el titular de la acción pública quien, en el epílogo del debate dirigió la acusación hacia el luego condenado, y expuso que se había reconstruido el hecho materia de juzgamiento y probado que el 9 de enero de 2002 "...en el callejón las Mentas de la estancia R. F...." se le había efectuado un disparo en la cabeza a un torito de cuatrocientos kilos aproximadamente, para luego degollarlo al estilo capón con un corte de ocho centímetro; que ese animal era de propiedad de la estancia "V. F."; que la muerte había tenido por objeto hurtarlo y que por las razones que dio, el episodio debía ser atribuido a S. A. R., a quien debía también tenerse como autor del delito de hurto agravado por abigeato en grado de tentativa (arts. 163 inc. 1° y 42 del C.Penal) y aplicársele la sanción de dos años de prisión en suspenso (ver el contenido del acta de debate a fojas 378 y su vuelta.

II. A fs. 394/99 vta. el doctor Eduardo Marsal, Defensor de Cámara a cargo de la asistencia del condenado, interpuso casación.

Luego del introito de rigor, el impugnante consideró como motivo de la casación a la configuración de la hipótesis del art. 415 ap 2° del C.P.P. (Ley 3155), por haber ocurrido en la sentencia un error de procedimiento, pues faltaba motivación

Sostuvo que aquella era una mera apariencia, pues, textualmente, "...no alcanza a sortear la exigencia contenida en el art. 357 del CPP...", y que, por consecuencia, resultaba nula en atención a lo normado por el art. 363 del citado código, propiciando que se dictara otra por un Tribunal subrogante, conforme a derecho.

Cuando abordó el ítem IV)- "Desarrollo del Motivo casatorio", el encargado de la asistencia letrada cuestionó la fuerza probatoria otorgada por la Cámara de Juicio a las manchas de sangre que fueron detectadas en las ropas de los imputados y en el automotor en que estos se conducían, cuando fueron aprehendidos, afirmando que había sido un error considerarlas un indicio unívoco de cargo.

Denunció que era inadmisible enervar los dichos de R., relacionados con la herida cortante que había sufrido su compañero, valiéndose de prueba introducida ilegalmente al proceso, ya que los certificados médicos invocados por el Procurador Fiscal no fueron ofrecidos como prueba y consecuentemente no fueron introducidos al debate.

Puso de relieve que la pericia de fs. 193 no significaba un aporte objetivo de cargo, ya que, en el caso del machete, determinó un resultado "positivo leve", fundamentalmente porque no se pudo determinar si las manchas hemáticas provenían de sangre humana o animal, luego, no debió incidir como sustento del estado de certeza sobre la autoría del hecho reprochado.

Atacó la valoración en contra del imputado del resultado del Nitro dermo test realizado a R., porque no era –en su opinión- un medio confiable para apoyar un fallo condenatorio, destacando la existencia de otras técnicas más modernas y eficaces.

Criticó la ponderación de los testimonios de G. W., de V. I. y de E. M.; este último porque fue introducido al debate pese a haber sido prestado ante autoridad policial sin el debido control de partes.

Discrepó con la manera en que la Cámara había establecido el momento de ejecución del animal, lo que hacía caer el vínculo entre ese instante y la presencia del imputado en el lugar y a la par atacó el razonamiento en punto a las imprentas halladas en el automóvil y en el machete y en los pañales que estaban en su interior; pero a la par puso en tela de juicio la lógica empleada para repeler la defensa material de R., sobre lo que se explayó.

Predicó defectuosa la prueba de parafina, tal lo había anunciado, refutando la valoración que de ella se hiciera en la sentencia y agregó que le parecía

extraño que el causante no ocultó el machete, el cuchillo y el pañal con sangre, y sin embargo no había aparecido el arma.
Culminó la alegación con la solicitud de que se declarase procedente el recurso de casación y que conforme a la ley de rito se remitiese el caso a un tribunal subrogante en aras de obtener un nuevo pronunciamiento.

III. Esta breve sinopsis, que ha excluido ex profeso los argumentos de la sentencia, será el prólogo de la ponencia que desarrollaré de continuo, tarea que principiará, como es de mi método, con algunas consideraciones sobre aspectos que estimo válidos a la solución.

Una declaración "a priori" es que el examen que se hará de la sentencia será amplio, aún cuando atenido al contorno de los agravios. Esto será así 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 de una condena a instancias de la defensa y que se traduce, concretamente, en que este 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).

Otro punto a destacar, siempre en primer orden, es que 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, es bueno evocar una idea acerca de la verdad, la certeza y la sana crítica, sin ninguna otra pretensión que aquella expuesta al comenzar estos párrafos.

En ese sentido digo acerca de la certeza que ella significa –básicamente- "estar en lo cierto" acerca de lo que se predica sobre algo que es objeto de análisis. Poco añado al mundo del conocer si, al mero fin exponer un punto de vista, añado que en el proceso penal ese estado implica discernir acerca de la existencia de un hecho delictual y de la culpabilidad del imputado y que, además, es nada menos que estar en posesión de la verdad.

Sobre la verdad no innovo si reconozco que se trata de una categoría que resulta de difícil aprehensión en el devenir de un proceso y en particular en el debate, cuando se intenta la reconstrucción ideológica de un hecho presentado por el Ministerio Fiscal como plataforma o campo de discusión. Ello así pues los jueces sólo podrán configurarlo en su mente, debiendo dar razones fundadas al momento de pronunciarse positiva o negativamente.

Como ha ocurrido otras veces se me ocurre importante, sí, dejar planteado que el concepto de verdad no es unívoco.

El vocablo permite variados enfoques pues, desde una primera noción que la describe como la correspondencia entre la cosa y la idea que tenemos acerca

de ella, o, acaso, la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que el objeto es en realidad, puede discurrirse en que es aquello "...que la razón reconoce exactamente...un juicio abstracto con razón suficiente..." (Arthur Schopenhauer) y llegarse al concepto que señala que no existen sino criterios o niveles de verdad y que el conocimiento acerca de algo se emparienta con la ética profesional, pues verdad será lo que sabremos luego de un trabajo paciente, sistemático y honesto (Sobre eso último Giovanni Sartori en su "Política o Lógica y método de las ciencias sociales").

Por fin, estimo relevante memorar que el método para llegar a ese estado espiritual acorde a nuestro sistema es la sana crítica racional que como tal es el modo de conocer, de llegar a la verdad posible, a la certeza, caracterizado, este método, por la aplicación de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial.

Se evita de ese modo el error que, otra vez con palabras de Schopenhauer, es una decepción de la razón, teniendo especial cuidado en no incurrir en la necedad que es la falta de razón en su aplicación práctica (ver el autor en su "El mundo como voluntad y representación" Ed. Orbis Hyspamérica pág. 35)

Para resumir, es ajustado el proceder del que sentencia si, en la decisión, ha 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.

Además- y con ello intento brindar contenido al concepto de labor paciente, honesta y metódica, o sana crítica en acto - pondero que es una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone, expresar un mero criterio discordante.

IV. Estas "consideraciones" que me permito calificar como denotativas de un sistema de ideas, son las que alumbran el criterio en pro de la casación intentada y mi propuesta de que el fallo en crisis sea revocado y que, en ejercicio positivo de la jurisdicción, el imputado sea absuelto libremente.

Daré explicaciones.

No he de discrepar con los distinguidos jueces que sentenciaran en punto al hecho en su objetiva materialidad. No es posible abrir polémica al respecto, como no lo ha hecho el recurrente.

Es de toda verdad que el animal vacuno mentado en la acusación fiscal, apareció muerto a la vera de un camino adonde seguramente pastaba y que su muerte fue consecuencia de una conducta humana.

Ello lo traduce el disparo en la cabeza y el degüello que lo tumbó para siempre.

El contexto espacial es igualmente irrefutable. No hay signo exterior que ponga en evidencia que el “t.”, pesado si lo era, hubiera sido movido desde un lugar a otro, de suerte que el proceder de los terceros sucedió, reitero, en el contexto el acta de fs. 21/22 y el plano que está añadido a fs. 23, todo lo cual fue incorporado por su lectura al debate, a instancias de la Fiscalía y analizado en la bajo escrutinio.

Sin embargo, este acontecer histórico- sostengo sin hesitar- no puede ser puesto en cabeza del prevenido, pues el predicado no se afirma en prueba que, mas allá de toda duda razonable, así lo indique.

Es que, en este caso, la razón se decepciona toda vez que toma el sendero que, por aproximación, parece conducir en sentido imputativo autorizando a una conclusión como la que se anuncia.

Y se decepciona, aventando a la verdad posible, por que basada en prueba indirecta o indicativa, la argumentación que se ha dado para afirmar que R. munido de un arma disparó contra el vacuno, lo degolló e intentó despostarlo, carnearlo o rapiñarlo o como quiera que fuese, tomando la de V. cuando aparecieron testigos, no resulta consistente.

He opinado, en más de una oportunidad, que una condena puede cimentarse en indicios. También he señalado que, en la apreciación de esa evidencia, siempre se llegará a un punto límite en que podrá aparecer algún síntoma de ambigüedad y que esa situación se resolverá desde la lógica prevaleciente.

Pero distinto es cuando no todos los caminos conducen en un sentido o acaso no hay síntomas de ambigüedad sino ambigüedad a secas, cuando la evidencia da lugar a dos opiniones encontradas.

Y ese es el caso.

Ha sido loable y exitoso el esfuerzo del señor Defensor Público. Con ahínco ha intentado descalificar a la sentencia acudiendo, con inteligencia, a discutir la argumentación del primer voto; y ha conseguido su objetivo.

Es verdad que parcelar el análisis de la prueba puede conducir a una visión miope del caso, pero aún cuando se analice el complejo como un todo la solución no varía.

Me explico.

Que el causante y el luego sobreseído estaban en inmediaciones del lugar del hecho, no ofrece dudas.

Que fueron vistos por testigos en las inmediaciones y que éstos- los testigos- descubrieron el animal muerto, tampoco es un tópico que merece armar polémica.

Que maniobraron por allí y se marcharon, siendo luego “seguidos” por personal de la estancia damnificada que, para más, dio aviso a la policía, también es verdad.

Que en la ropa secuestrada existían improntas que sugirieron sangre, es de la misma manera aceptable y que otro tanto ocurrió con dos elementos cortantes hallados en el auto, es evidente.

Que se pudo percibir rastros que parecían sangre en la puerta del “Dacia”, que había restos de gramilla y excrementos animales dentro del coche, y que existía una cubierta de plástico extendida en el baúl del rodado que guiaba R., es correcto.

Que la prueba del test de nitritos en la piel fue positiva en el causante y que un cartucho a bala idéntico al que tenía el “Hereford” en su testa también fue hallado en el vehículo en que se conducía, no son datos que puedan soslayarse

Sin embargo, nada de esto resulta unívoco, ni sirve de vehículo, bajo los cánones de la sana crítica para conducir a la certeza (la posesión intelectual de la verdad) que motive a una condena.

La construcción de un caso corresponde a la Fiscalía. Sobre él pesa y pesaba, bajo el procedimiento antiguo, la carga de la prueba de la acusación.

De hecho, aún cuando formalmente a manos del Juez de Instrucción, incumbía al Ministerio Público asegurarse que su hipótesis materia de debate tuviera como destino el éxito, si acaso para sí ya era una tesis.

En lo que se examina, las cosas no pasaron de esa manera y entonces sólo retazos pudieron quedar en la zaranda a la que fueron sometidos los medios compilados.

El hecho de la presencia arriba comentado es ciertamente un indicio; que pudo fortalecerse si se hubiera obtenido un dato relevante acerca del momento del sacrificio.

Pero aún aceptando que el paseo por el sitio hubiera sido contemporáneo no es en sí definitorio, por que el tránsito inocente por un camino vecinal, en verano, no resulta por demás extraño.

Los testigos los vieron a quienes luego se imputara en el contexto indicado. Es más. Los conocieron y saludaron. Y nada parece haberles resultado sugerente a los órganos de prueba, salvo el saludo con una mano que usualmente no se emplea para saludar.

Este dato es poco útil. Digo así pues: a. se trató de testigos de lo inmediato y nada anormal notaron. b. no existe constancia de cuál es la mano hábil del incuso, o acaso si es ambidextro.

La policía, al detenerles, no anotó ninguna particularidad al respecto, ni lo denotaron los denunciantes al poner el hecho en conocimiento de la autoridad (ver el acta de inicio incorporada por lectura)

Los cuchillos y los pañales tenían improntas, es verdad. Pero los investigadores se conformaron con el informe de fs. 194, que de haber sido leído correctamente hubiera conducido, a un espíritu inquieto, a prestar atención al último apartado que anunciaba que "...si la sangre es animal o no es imposible de determinar sin contar con los antisueros específicos para la especie que se quiere determinar, las reacciones realizadas detectan únicamente la presencia del grupo Hem de la hemoglobina, componente principal de los tejidos líquidos de mamíferos aves, etc...".

El coche también las poseía, como la ropa secuestrada y un mínimo de diligencia – levantar las improntas y preservarlas y realizar, luego, un test bioquímico relativamente sencillo- hubiera podido comunicar el vestigio con el animal muerto o, a lo sumo, cohonestar la excusa alzada. Repito, tampoco se comprobó, por examen de experto, que las manchas de las ropas fueran hemáticas o, acaso, que se correspondieran con aquellas encontradas en los objetos.

La presencia de restos de gramilla y bosta en el auto es poco significativo. Es posible que los personajes bajo proceso hubieran caminado por los alrededores. Es más, podría se arriesgar que se acercaron al animal muerto, pero de ningún modo esto valida el endilgue a R., como se formulado, de ser autor de la muerte del bovino y peor aún del conato de llevarse los restos.

Ha sido muy atinado el defensor a la hora de resaltar la importancia de que el arma de fuego no fue secuestrada a la sazón.

Si los personajes se deshicieron de ella, los investigadores no se dieron a la tarea de rastrillar la vera del camino andado por los del "D." o los lugares en que pudieron haber estado hasta ser aprehendidos, en aras de obtener el objeto de marras.

Y atinado fue también cuando, poniendo la pica en F., deslizó que si se tomaba por hipótesis que el procesado y otro, ya sobreseído, se deshicieron del arma, era extraño que no se desembarazaran de otros elementos comprometedores de fácil ocultamiento (enterrar los pañales, por ejemplo).

Otra actividad deseable hubiera sido examinar los cuchillos y los cortes en el cuello del vacuno para establecer, de ese modo, la capacidad de los filos para provocarlos o la correspondencia entre ellos y los estigmas del degüello, pero tampoco pasó esa tarea por las que pudieron administrar los pesquisantes o el titular de la acción.

En fin, aún asumiendo la peor de las hipótesis que es que los causantes estuvieron en el sitio en que yacía el “Hereford” en tiempo más o menos cercanos a su muerte y que ayudaron a pasarlo a mejor vida cortándole el cuello, máximo riesgo que puedo asumir a la hora de extremar el análisis, no necesariamente se deduce, con la orfandad probatoria que existe que ejecutara R. la acción endilgada: el disparo y la intención de despostar al toro o de llevarse una tajada y que esa intención se viera tronchada por la acción de un tercero.

La sentencia, entonces, se ha construido con prueba incorrectamente ponderada por la “a quo” que, pese a su dedicación, no ha podido justificar la condena.

La solución es, indefectiblemente, la del prólogo. El fallo debe revocarse, pero apartándose la Sala de la solución de lege lata del problema, que conduciría a la declaración de nulidad y reenvío (art 429 del C.P.P, Ley 3155).

Al respecto sostengo que la nueva característica de la casación, en el marco que le otorga “Casal”, estimula la acción positiva de los Tribunales y, en consecuencia, a la definición del caso en la instancia salvo que los errores del procedimiento impidieran la valoración de la evidencia, que no es el supuesto.

Así, propicio que se acceda al recurso y se revoque la sentencia apelada, absolviéndose libremente al causante de los cargos levantados en su perjuicio por la Fiscalía.

VI. Para concluir, creo que deben regularse los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de ochocientos pesos ($ 800.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes-Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).

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.

Así, las pruebas reunidas en autos no permiten acreditar, con el grado de certeza que se exige en esta etapa procesal, que el imputado haya intentado sustraer el animal vacuno que se encontraba pastando en el interior del establecimiento ganadero “Río Frío”, y que con tal finalidad le haya dado muerte mediante un disparo de arma de fuego, y luego degollarlo.

Como bien indica el juez Pfeger, ninguno de los meros indicios analizados en la sentencia alcanzan para poner en cabeza de R. la muerte del animal y, menos aún, que haya intentado moverlo de un lugar a otro, con intenciones de sustraerlo.

Por todo ello voto por revocar la sentencia apelada, y, asumiendo competencia positiva, absolver a Santiago Aníbal R. del hecho que se le adjudicara.

Párrafo aparte merece la situación descripta en el acta de fs. ½, que refleja el procedimiento por el cual S. A. R. y C. R. C. fueron aprehendidos y trasladados a la comisaría.

Se advierte claramente que el proceder policial ha sido extremadamente arbitrario e inconstitucional, por haberse prescindido de la orden escrita del juez competente. La detención se fundamentó en los datos aportados, en forma telefónica, por el administrador de la estancia damnificada.

Es evidente entonces que esta aprehensión se efectuó fuera de las facultades legales del personal policial, ya que ni siquiera había motivo ni sospecha objetiva que habilitara dicho proceder.

Siendo ello así, corresponde la extracción de testimonios de las piezas pertinentes y remitir los mismos al juez que corresponda para que se investigue el delito de acción pública que pudiera corresponder.

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 procedente la casación interpuesta a fs. 394/9, con costas (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2º) Declarar la nulidad del punto 1º y 2° de la parte volitiva de la sentencia protocolizada con el número 53/2006, de fs. 380/92.

3°) Absolver libremente a S. A. R. del delito de Hurto Agravado por abigeato, en grado de tentativa (arts. 163 inc. 1° y 42 del C. Penal); hecho del dia 9 de enero de 2002 en perjuicio del establecimiento ganadero “Río Frío”.

4º) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de trescientos pesos ($ 300.-), no incluye I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14 y ley 4920, artículo 59).

5º)Remitir el expediente a la Cámara de origen a sus efectos.

6°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Dres. Cortelezzi, Panizzi, Pfleger.-