En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 21 días del mes de mayo del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"A., M. y otros p.s.a. Robo agravado"** (Expte. 20.993 - Folio 15 – A - 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 956: Pfleger, Panizzi y Cortelezzi.

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 Puerto Madryn, que el día 25 de junio del año 2007 condenó **J. N. Q.** como coautor material y penalmente responsable del delito de Robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo ser demostrada, en concurso ideal con Robo en poblado y en banda (arts. 45 y 54, 166 último párrafo; 167 inc. 2° último párrafo del Código Penal), a cumplir la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas (Arts. 12, 19, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C.P.); y a **A. A. A.** como coautora material y penalmente responsable del delito de Robo con armas cuya aptitud para el disparo o pudo ser demostrada, en concurso ideal con Robo en poblado y en banda, (arts. 45 y 54,

166 último párrafo; 167 inc. 2° último párrafo del C.P.), a cumplir la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas (Artículos 12, 19, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C.P.), ambos por el hecho cometido en esa ciudad de Puerto Madryn, el 12 de mayo de 2006 en perjuicio de la firma T. y de A. I. S. y E. F. P. .

El hecho investigado sobre el que versó el debate es el que sigue: *"...El día 12 de mayo de 2006, aproximadamente a la hora 20,00, el Sr. F. P. al disponerse a entrar a su domicilio sito en Apeleg N° xxx de esta ciudad* (Puerto Madryn*), es abordado por dos hombres, quienes a punta de pistola lo reducen y lo ingresan al interior de la vivienda, donde estaba su esposa A. S., quien también fue reducida por otros dos hombres y una mujer, todos munidos de armas de fuego. Cuando ya estaban todos en el interior del domicilio, uno de los imputados les manifiesta que conocían todos sus movimientos y que venían a llevarse el dinero de la Agencia "T.", de la cual P. es empleado; seguidamente les explicaron lo que iban a hacer y es así que A. A. A., junto a dos de los imputados -uno de ellos vistiendo ropa de policía y munido de un equipo de comunicaciones como el que utiliza la fuerza policial- introducen a P. en su vehículo y se dirigen hacia la casa de cambios "T.", ubicada en la intersección de las calles Roca y Sarmiento, una vez allí P. desconecta la alarma, ingresa, detrás de él*

entran A. A. y otros de los imputados, quedándose el tercero que vestía de policía, fuera del negocio simulando ser un efectivo que vigilaba el lugar. Que a través el equipo de comunicaciones se enteraban del accionar policial en esos momentos. En el interior de la Agencia, se apoderaron de aproximadamente $ 287.000.- discriminados en distintos tipos de moneda, así como también de cheques de viajero, luego regresaron al domicilio de P. y se dan a la fuga en el vehículo Lada. Allí, luego de atar a la pareja, se dan a la fuga en el vehículo Lada. Las armas utilizadas en el evento resultaron ser un revolver marca "Colt" calibre 38, serie N° xxxx; un revólver marca "Orbea", calibre 32 largo, serie n°xxxx , y una pistola marca "Browning", calibre 9 mm. serie n° xxxxx, las que resultan aptas para realizar disparos. El cuarto hombre que protagoniza el hecho no pudo ser identificado..." (ver el requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs. 740/743 y el auto de elevación a juicio de fs. 752/754, ver el acta de debate a fs. 849 y la sentencia de fs. 862).

En su decisión, recurrida, el Tribunal de Juicio declaró que con las probanzas de autos se habóa acreditado aquella situación, ajustando el relato en parte, pues declaró que P. se desempeñaba como gerente de la casa "T." y que en la casa "...*les explicaron lo que iban a hacer y así que A. A. A. junto a J. N. Q. y otro*

individuo vistiendo ropa de policía, quien tenía un equipo de comunicaciones como el que usa la policía, introducen a P. en su vehículo marca Lada Niva y se dirigen hacia la casa de cambios "T."..(omissis)...Una vez allí, P. ingresa al local, previo desconectar la alarma, haciéndolo detrás de él A. A. A. y J. N. Q., quedándose el tercero afuera del negocio simulando ser realmente un Policía que vigilaba en el lugar....(omissis)...En el interior de la agencia se apoderaron de aproximadamente $ 287.000.- discriminados en distintos tipos de moneda, como así también de cheques de viajero. Luego regresaron al domicilio de P. donde permanecía la señora S. con otros dos delincuentes. Allí, luego de atar a la pareja, se dan a la fuga en el vehículo Lada, llevando de la casa dinero propio de P., aproximadamente 3.000 pesos, un porta-cosméticos, un pantalón negro y una campera negra de S. y una botellas de vino y champagne. Gran parte del dinero sustraído y elementos utilizados para la perpetración del hecho, fueron recuperados en Comodoro Rivadavia en el domicilio de la Sra. A. A., sito en Calafate xxx y en Pastor Scheneider xxx..." (ver la sentencia recurrida en la foja 865 y su reverso, voto de la doctora Martos y en líneas generales, que es acorde al respecto, el voto de la doctora Mallo, que aplicó otra técnica discursiva fs. 874)

II. A fs. 885/95 vta. luce recurso de

casación presentado por el doctor E. A. M., Abogado Defensor de J. N. Q., quien citó como motivo justificante de la impugnación, las causales previstas en el artículo 415 incisos 1ro. y 2do. del Código Procesal Penal -Ley 3155-

Sostuvo, en una primera parte, que la Cámara del Crimen había incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva por cuanto la calificación elegida por aquella era absolutamente incorrecta toda vez que se había sustentado en una errónea valoración de la prueba producida en autos, "...vulnerando de esta manera el principio de congruencia procesal ..."(sic).

Afirmó, al respecto, que los argumentos en los que se basó el fallo, tuvieron como sustento sólo pruebas indiciarias que no demostraron categóricamente ni la participación ni la autoría de su asistido en el ilícito endilgado.

Denunció que el fallo carecía de fundamentación también porque no se explicaron las pautas mensurativas previstas en los artículos 40 y 41 del Código de Fondo y su errónea aplicación vulneró de manera flagrante el principio de legalidad penal en función de la proporcionalidad de la pena y de la prohibición de doble valoración.

Sostuvo que el Tribunal realizó una identificación de las valoraciones tenidas en cuenta por la Ley para establecer el tipo penal, para lo cual no estaba habilitado, y que

constituían el fundamento del ilícito, y posteriormente las evaluó como agravantes en la fijación de la pena.

Consideró que la "a-quo" vulneró el *"...principio de prohibición de la doble valoración de las circunstancias..."* Ello, porque –sostuvo–valoraron en el momento de graduar la pena, elementos genéricos tenidos en cuenta por el legislador cuando tipificó la conducta prohibida.

También puso de relieve la ponderación de la concurrencia de dos calificantes en el hecho, en el momento de determinación de la pena, que consideró constitutiva de una doble valoración que violentó el principio "Ne bis in idem".

En segundo lugar, entendió que en la sentencia en crisis, se habían quebrantado las normas sustanciales establecidas expresamente bajo sanción de inadmisibilidad, caducidad, o nulidad por interesar disposiciones concernientes a la defensa del imputado.

Afirmó que en el procedimiento de allanamiento y secuestro (acta N° 947/06) que se llevó a cabo el 14 de Mayo de 2006, en el domicilio de Calafate N° xxx de la ciudad de Comodoro Rivadavia cuando se produjo la detención de los imputados se realizó en condiciones ilegales por cuanto los testigos de actuación que firmaron los sobres que contenían los secuestros, los señores R. H. P. y V. H. V., no estuvieron

presentes cuando los elementos secuestrados fueron introducidos en los sobres; que tuvieron que firmarlos con posterioridad, cuando ya estaban cerrados sin conocimiento de su contenido.

Denunció, asimismo, que los testigos de actuación mencionados no estuvieron presentes en el momento en que se llevó a cabo el procedimiento y que fueron obligados a suscribir el acta con posterioridad.

Afirmó que tal omisión de los recaudos legales dio lugar a la nulidad del acta incompleta y redujo la prueba de cargo así obtenida a la condición de ilegal, con menoscabo del derecho constitucional del debido proceso pues tornó dubitativo el control de legalidad de los elementos de prueba obtenidos en el lugar del hecho.

En el final, hizo reserva del caso federal y culminó reclamando se revocara la sentencia condenatoria contra J. N. Q. .

A fs. 896/900 se encuentra glosado recurso de casación interpuesto por el doctor F. G., Abogado Defensor de la imputada A. A. A., donde impugnó la sentencia relizando dos planteos: uno principal y otro subsidiario.

En el principal que titulo: "Calificación legal errónea a la luz de las probanzas de la causa", sostuvo que el encuadramiento realizado se apartó de las constancias probatorias de la

causa, las cuales indicarían que sería de aplicación otro dispositivo legal (art. 277 inciso 1ro., b) del C. Penal, aunque resultaría de imposible aplicación a esta altura por una cuestión de índole procesal como lo es el principio de congruencia.

Puso de relieve que, en el juicio, no se demostró la causación del desapoderamiento por parte de A., porque la misma no fue reconocida por ninguna víctima y la hendidura que presenta en su rostro en nada coincide con la cicatriz que P., el damnificado, dijo haber observado en la mujer que lo asaltó.

Manifestó que la circunstancia de haberse hallado parte de la res furtiva en su domicilio (de A.) y de contar con la compañía de Q., a más de cuatrocientos cincuenta kilómetros de distancia de donde ocurrió el hecho, no era prueba de su participación en el robo investigado.

Asimismo, desestimó el valor probatorio que le otorgó el tribunal "a-quo" a las escuchas telefónicas por considerar que nada determinado surgía de las mismas.

Subsidiariamente alegó sobre el apartamiento de la "a-quo" de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal por parte del tribunal sentenciante.

Sostuvo, que hubo doble valoración de las circunstancias del hecho que los Jueces tuvieron

en cuenta en la etapa de adecuación de la conducta reprochada al tipo penal, y una segunda cuando juzgaron su culpabilidad al momento de mensurar la pena a imponer. Circunstancia que a los ojos del impugnante constituyó una afectación de la coherencia interna de la sentencia y la regla "ne bis in idem".

Insistió sobre la diferencia que existe entre banda y la simple concurrencia de tres o más personas, que en el cuerpo sustantivo se ve reflejada -en su opinión- en los artículos 167 "quater" inciso 6° y 142 "bis" inciso 6 °.

Arribó a la conclusión de que el hecho no fue cometido en banda, ello por cuanto no pudieron ser invocadas las circunstancias como agravante de concurrencia ideal con el robo de armas de fuego cuya aptitud para disparo no pudo ser demostrada, luego ante la falta de una causal de agravante meritada, la pena debe ser necesariamente menor.

Finalmente, hizo reserva de caso Federal y solicito a esta Sala que revocara la sentencia en crisis y dictara un pronunciamiento conforme a derecho.

III. Materializada esta breve relación que traduce lo necesario para la faena, penetraré en el examen del caso y, al respecto, anunciaré mi disidencia con el planteo de los recurrentes pues considero que el fallo fue construido con respeto de la ley y merece ser validado.

Veamos.

Poniendo en limpio las tópicas arrimadas por los impugnantes congrego las que siguen sobre las que iré inmediatamente.

1) Violación al principio de congruencia
2) Inobservancia de la ley procesal
3) Ruptura de la cadena de custodia de la prueba
4) Errónea aplicación de la ley sustantiva, y
5) Equivocada aplicación de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

III. a. Vulneración del principio de congruencia.

El Abogado Defensor de J. N. Q. manifestó expresamente: *"...La aplicación del encuadramiento legal (art. 166 último párrafo y 167 inciso 2° ultimo párrafo del Código Penal) al que arriba el fallo atacado, en mi opinión es absolutamente incorrecta, toda vez que ha sido sustentado en una incorrecta valoración de la prueba producida en autos, vulnerando de esta manera el principio de congruencia..."*

Bastante escrito existe sobre el problema de la congruencia y de la afectación del debido proceso con su trasgresión.

Al respecto me he pronunciado en otros precedentes y no quiero pecar en éste del abuso de argumentos, de modo que sólo referiré lo esencial.

En causa "Liempi", fallada por esta Sala y con el criterio que he sostenido inveteradamente, expresé que no había disvalor procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave -y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello sí vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve, en el caso de marras, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –básicamente– tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

La opinión dada es consecuente con la postura que asumí y asumo en relación con el principio que ocupa traducido en el vínculo inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación (en este caso la

requisitoria de elevación a juicio y el auto de elevación a juicio) el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece.

Es que no se trata, el así pensar, de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc. 22 CN y art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba.

En el examinado, y con el afán de descartar la existencia de la trasgresión indicada, diré que no descubro en el texto de la sentencia ningún quiebre al principio señalado.

He confrontado una y otra vez la requisitoria de elevación a juicio y el auto de elevación a juicio con la decisión inspeccionada y encuentro coincidencia, existiendo sólo una variación baladí.

Una concierne a la descripción de algunos objetos sacados desde la casa que en nada incide en la reconstrucción de los hechos.

La otra provoca beneficios a los atribuidos, pues recorta la imputación en tanto que

representa la supresión de las armas secuestradas, al no haberse establecido cuáles habían sido las utilizadas en el evento.

Como lo anticipé, estas mutaciones no constituyeron una metamorfosis sustancial.

La primera porque no cambió el núcleo del reproche; la otra porque lejos de perjudicar a los perseguidos atenuó la carga en su favor de ellos, al quitarle pábulo al endilgue que terminó enmarcándose en una calificación menos gravosa.

La atribución original de robo con armas (producto de las definiciones acusatorias) resultaba más grave que el de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada (conclusión de la sentencia), siendo como es que se dio por comprobado el uso de esos elementos por los medios que indicaré más adelante, soslayándose los objetos requisados en los allanamientos, mencionados por el Fiscal.

Siendo así, lo sucedido no constituyó una circunstancia que agravara el reproche del cual se vieran privados de responder los acusados; sí, por el contrario, fue un aspecto contenido en el factum de la imputación originaria, representando, el fenómeno que se analiza, una disminución en su gravedad, vuelvo a insistir.

III. b. El problema de la violación de las formas procesales en la sentencia.

Sobre este particular he de expresar que no comparto el parecer de los defensores de

confianza, sin con ello menguar el mérito de sus trabajos.

Pero esta breve proposición, que será fundada en los renglones que siguen, merece algunas consideraciones que estimo prudente aludir, ya que se ha puesto en picota no sólo la validez y nulidad de un acto, medio de convicción, sino el modo mismo de justificar el discurso que derivó en la condena.

Así, resulta oportuno expedirme sobre algunos conceptos, que creo capitales poner en claro en la emergencia.

En primer lugar hablaré de la certeza, estado de conciencia del Juez al tiempo de la sentencia definitiva; y de sana crítica, método de interpretación de la prueba, capaz de generar o no aquella certeza.

Sobre la primera nada descubro si refiero de ella que es, básicamente, "estar en lo cierto" acerca de lo que se predica sobre algo que es objeto de análisis: en el proceso penal la existencia de un hecho delictual y la culpabilidad del imputado. Ni tampoco deslumbraré al lector cuando exponga que ese estar en lo cierto es, nada menos, que estar en posesión de la verdad; verdad que es tan difícil asequir en el juicio penal en cuyo decurso se intenta la reconstrucción ideológica de un hecho presentado por el Ministerio Fiscal como plataforma o campo de discusión y que –insisto- los jueces sólo

podrán configurar en su mente, debiendo dar razones fundadas al momento de pronunciarse positiva o negativamente.

Es más, 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 llegarse al concepto que señala que no existen sino criterios o niveles de verdad y que el conocimiento acerca de algo se emparenta con la ética profesional, pues verdad será lo que sabremos luego de un trabajo paciente, sistemático y honesto; reflexión a mi juicio la más atinada si la hay.

Y de allí la sana crítica racional que, como método, como camino, 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.

Por fin, sobre esta tópica, haré mentas de que la tarea de interpretación de la prueba no es una labor esotérica; el privilegio de algunos iniciados.

No hay demasiada distancia entre la percepción del hombre común, la impresión simple

o la idea simple de la que habla David Hume en su "Tratado de la naturaleza humana", y la que podemos adquirir los jueces, salvo el hecho de que técnicamente estamos preparados para afinar esas impresiones o ideas que nos traen las evidencias legalmente adquiridas (ver obra citada Ed. Orbis páginas 87 a 94)

Y aún en el proceso de confronte entre el mandato de una norma, en este caso procesal, y los sucesos reales, no hay que develar secretos órficos sino sólo aplicar la inteligencia para determinar si el comportamiento del obligado se ha cumplido y si una eventual inobservancia ha vulnerado algún derecho.

Ese es el quid de la materia, pues de lo que se trata es de que el poder no se salga de madre, que no ocurra lo que, con maestría, Miguel Angel Ekmedkjian llama en su "Tratado de Derecho Constitucional" el disvalor del exceso de poder (ver el autor citado en la obra de marras, Ed. Depalma T I, páginas 79 y ss).

Por fin, he de citar algunas decisiones respecto del modo en que -aplicando el método de marras- ha de ponderarse la prueba compilada.

III. b. 1. El acta de allanamiento de fs. 84/89

No me parece necesario explicar el sentido que tienen las actas en el procedimiento penal.

Sólo resulta del caso evocar las prescripciones de los arts. 121, 122 y 123 del

C.P.P.(Ley 3155) y en particular aquellas que conciernen al contenido y formalidades de esos documentos y su nulidad por inobservancia de aquellas.

Desde esa perspectiva, debe de señalarse que sólo esta prevista la fulminación procesal cuando se den las condiciones que la norma prevé, en particular: la ausencia de indicación de la fecha o la firma del funcionario actuante o de los testigos de actuación, o la indicación de que quien firma es analfabeto o es ciego.

Luego, advertido el cumplimiento de las reglas formales en el caso, el planteo involucra estudiar dos cosas: a. la falsedad del acta b. la alteración de la cadena de seguridad de los secuestros.

Si el recurrente consideró que el contenido del acta no se correspondía con la verdad de lo acontecido debió argumentar al respecto en la audiencia o antes que aquella -la que le causaba reparos- se incorporara como prueba válida. Las actas son instrumentos públicos y en ese sentido resulta menester redargüirlas de falsedad para extirparlas del proceso y en especial señalar, con precisión, en qué punto la actividad documentada por el funcionario actuante no se condice con la verdad.

Nada de ello ha sucedido. Es más, durante el debate el señor defensor apuntó en su alegato al hecho de que "... También dio resultado negativo

el allanamiento efectuado en el domicilio de la familia A., Calafate xxx. Allí se secuestraron armas, lentes, celulares, handys, que nunca fueron reconocidos por la víctima. Tampoco se secuestraron pelucas. Sí se secuestró un bolso de cosméticos de mujer, dinero y una libreta de Q....” (ver fs. 859), aunque a posteriori, hubiera deslizado la posibilidad de que algunas cosas (los cosméticos y los cheques de viajero) fueran introducidos subrepticiamente durante el acto de que se trata.

Nada más impropio, a mi parecer y sin mengua del respeto moral e intelectual del colega, que la aceptación de una posición y luego la mutación cuando las cosas no son favorables.

Si bien a diferencia de otras legislaciones procesales no está previsto aquí que el abogado sostenga una línea de defensa y no deba apartarse, so riesgo de sanción, al menos me parece inadecuado un comportamiento discursivo como el que entiendo ha ocurrido, oscilante.

El Código Procesal Penal de todas formas tiene resguardos para preservar la sana progresividad del caso.

Por ello es que las nulidades ocurridas durante la instrucción deben ser siempre planteadas antes de la apertura del debate, salvo las insanables, pudiendo derivarse de ello que la redargución de falsedad debe también suceder al menos durante el debate o en el alegato si de su

curso surgieran elementos que la justificasen.

Es claro que no desconozco la importancia de las formas como reaseguro para el orden regular del proceso en todo su contenido y –por añadidura– para la adquisición legal de la evidencia; pero otra cosa diferente es la descalificación de la actividad estatal basada en supuestos no comprobados y, para peor, sostenidos por los elementos con los que el acta puede confrontarse.

Porque nada indica que el procedimiento no se realizó en el lugar, en la fecha o en la hora en que los actuantes impusieron, ni que se hubieran secuestrados otros efectos o añadido, como evidencias, objetos que no estaban en la casa al tiempo del ingreso de la policía.

No es extraño que las fuerzas de seguridad –habilitadas para ejecutar un allanamiento– procedan a tomar los recaudos que preserven a las personas de eventuales incidentes.

El ingreso por la fuerza con una dotación del Grupo Especial de Operaciones Policiales, es una cuestión que cada uno de los encomendados evalúa teniendo en consideración las circunstancias especiales de cada procedimiento.

Y si esa táctica es anterior a la entrada de los testigos de actuación, no por ello puede derivarse que el acto quede inficionado por el veneno de la ilegalidad.

Por otra parte la lectura de los testimonios

de los de actuación explican, y es una paradoja, lo que la defensa ha puesto en vilo.

En el documento de fs. 364/366, R. H. P., no ha negado la existencia del procedimiento y, básicamente, ha reconocido que en la cocina arriba de la mesa había bolsas, que éstas se abrieron y que había dinero de distintas denominaciones e incluso dólares y que marcharon al patio para ver que encontraban y no hallaron nada en un galpón, volviendo a la casa, aún cuando permaneció en el patio, siendo llamado luego a firmar los sobres cuyo contenido dijo que no había visto y un acta que dijo que no había leído, aceptando que durante el allanamiento tuvo que ir varias veces al baño por lo que sus percepciones pudieron ser incompletas.

No obstante, reconoció la existencia de uno o dos gorros de lana y aclaró que el dinero estaba todo junto pero en distintas bolsas.

En líneas generales, aunque más escueto , el testimonio de V. H. V., ver fs. 688, se mueve dentro de los mismos parámetros.

Expresó que vio dinero nacional y extranjero, aunque no recordó qué había secuestrado la policía, y en especial si había otras cosas en el lugar.

De todas maneras resulta pueril el argumento esgrimido en apoyo a la razón por la que no leyó el acta, lo que en todo caso va en su propia incuria que, en determinados actos, no puede

cargarse a los funcionarios estatales.

Como todas las cosas es menester, por último, analizar los contextos. Ya se sabe de las dificultades de la policía para obtener el concurso de los testigos de actuación cuando se trata de situaciones en que aquellos pueden sentirse comprometidos por el entorno en que desarrollarán su actividad.

Los afectos, las lealtades, y porqué no la falta de compromiso cívico o el miedo, son factores que los jueces no han de eludir de sopesar a la hora de analizar los términos en que se comportan los testigos de actuación, lo que por añadidura puede condicionar, negativamente, el accionar de la policía.

Por ello, y cierro el círculo, la necesidad de tratar el asunto dentro del marco de análisis de toda la prueba.

III. b. 2. La cadena de resguardo de la prueba

Este concepto connota que todo cuanto sea adquirido procesalmente debe preservarse de modo adecuado para procurar su intangibilidad hasta la realización de actos procesales que lo exijan durante la preparación del caso o el debate.

En otras palabras, la cadena de custodia impide la posibilidad de toda modificación en lo que atañe a los objetos que son expropiados legalmente para el proceso. Que las mismas cosas en su naturaleza, calidad y cantidad permanezcan

incólumes en la medida de lo posible para operar sobre ellas cuando las exigencias lo hagan necesario.

De allí la razón que motiva las previsiones que la norma adjetiva, Ley 3155, que exige en el Capitulo III del Título II “De la instrucción”, especialmente en el art. 202 cuanto trata de la preservación de los secuestros.

En el caso de autos, el señor Actuario dejó constancias de la recepción de secuestros acorde el informe de fs. 100 y ocurrió una verificación por el propio Juez actuante conforme lo documentó el acta que yace a fs. 114, cuyo contenido nadie discutió, emitiéndose, luego, la providencia de fs. 115.

A fs. 116, el señor Actuario volvió a verificar los secuestros, algunos les fueron exhibidos al testigo P. acorde el acta de fs. 161 y otros a la testigo A. I. S., lo que provocó, inclusive, la intervención de la defensa; se añadieron fotografías tomadas durante el allanamiento 947/06 en Comodoro Rivadavia (ver fs. 168/ 193); se entregó parte de lo obtenido a los que demostraron ser legítimos propietarios (ver fs. 195); se tornó a dejar nota de la recepción de secuestros que se identificaron (ver fs. 219); cuando se entregó parte de ellos para pericia -debidamente noticiadas las partes- se lo hizo formalmente, anotándose las devoluciones (ver fs. 219 y vta. y 220, 240 y 248, 376/377,

436 vta.); se certificaron nuevos secuestros (ver fs. 240 vta.); se dejó copia certificada de las anotaciones en una libreta que se consideró que guardaba relación con el caso (ver fs. 249/250, 252); se efectuaron reconocimientos con asistencia de la defensa (ver fs. 328/330) y se entregó el dinero labrándose el acta de fs. 388.

Esta es una porción de las actividades centradas en los secuestros que para nada hacen presumir que en algún punto esa sucesión se hubiera quebrado, de manera que el agravio debe ser desestimado.

IV. El examen integral de la sentencia.

IV. a. Los hechos y la prueba.

El imperativo que implica el examen integral de la sentencia me impone la obligación de verificar los extremos de hecho y prueba que se han debatido y que han justificado la condena.

Sobre este particular adelanto opinión en sentido de que la posición de las quejosas, ambas, no puede prosperar.

En esa inteligencia señalo que es posible verificar desde las constancias de lo actuado una destacable diligencia del personal policial que actuó en la resolución del caso para esclarecerlo desde el principio mismo de la pesquisa, pues fue recolectando evidencia y construyendo de modo correcto el hilo que condujo al develamiento.

Lo señalo como importante porque fueron los controles, observaciones y constancias realizadas

por el cuerpo policial en su quehacer, los que permitieron encontrar la punta del ovillo que remató en el hallazgo y secuestro de la res furtiva y de otros elementos de cargo, llevados a muchos kilómetros de distancia del lugar del atraco.

En efecto, perpetrado el hecho y a partir de distintos elementos aportados por la Brigada de Investigaciones, relacionados con vigilancias de días anteriores al ilícito, se estableció la sospecha de la participación de la "Banda de los x" integrada por Q., Á., S. y otros, que no era desconocida a los investigadores.

Pero ello no significó actuar con una actitud prepóstera, todo lo contrario, chequearon esa intuición fundada (por llamarla de alguna manera) hasta transformarla en sospecha encaminándose, por vías permitidas, a confirmarla o desecharla.

Ocurrió lo primero.

Percibo, entre las labores destacables, el parte informativo realizado por el Oficial Sub-inspector G. J. que daba cuenta de la individualización, la misma mañana en que tuvo lugar el hecho, de una camioneta blanca en Playa Paraná, en proximidades del club Hípico, en la que se conducían los hermanos J. Q., J. Q. y M. R., y con conocimiento de que otra camioneta color bordó, también utilizada por Q., había sido vista en cercanías de la damnificada en vísperas

del atraco, lo que motivó la decisión de llevar a cabo distintos allanamientos en domicilios vinculados con los personajes en juego

Allanado el domicilio de J. Q. sito en calle Necochea xxx de la ciudad de Puerto Madryn, se encontró, entre las cosas, una fotocopia de tarjeta de identificación de un automotor dominio xxxx, a nombre de E. R. F. correspondiente a un vehículo marca Ford F-100, una carpeta conteniendo póliza del mismo vehículo a nombre de Q. J., una caja de equipo Yaesu modelo FT –x R- con número de serie, entre otros elementos.

En la búsqueda de la camioneta blanca (y naturalmente del paradero de Q. y Á.) se tomó conocimiento que aquella había sido localizada en la ciudad de Comodoro Rivadavia donde se tenía la noticia de que habría sido usada, antes, en la aparente comisión de un hecho delictivo perpetrado en aquella, y por el que resultaran detenidas dos personas (M. Á. y C. F.).

Ese mismo rodado, dio cuenta la Policía, fue visto en el domicilio de calle Pastor Schneider xxxx ocupado por J. F. O., de donde se alejó conducido por M. Á. en compañía de un sujeto que podía ser J. Q., con destino al inmueble ubicado en Avda. Chile xxx, donde O. poseía un locutorio. Allí permanecieron varios minutos y luego se dirigieron a calle Calafate xxx, vivienda ocupada por A. A. A., quien presentaba características físicas similares a las que poseía la mujer que

había intervenido en el atraco.

Esa medulosa información preliminar, justificó el allanamiento de los inmuebles, lo que permitió recuperar casi la totalidad del dinero sustraído, los equipos de comunicaciones, capuchas y otros elementos utilizados para la perpetración del delito que aquí se ha juzgado.

Entre lo secuestrado en la oportunidad estaban algunas cosas que eran de propiedad de la esposa del damnificado, señora A. S. M., como por ejemplo un estuche porta cosméticos, y ropa.

Casi inmediatamente después se realizó allanamiento en el domicilio de F. O. sito en Scheineider xxxx, donde se encontraba estacionada la pick-up marca Ford F- 100 dominio xxxxx, oportunidad en la que se encontraron distintos elementos de cargo entre los que sobresalía una libreta de anotaciones que estaba en el rodado de mención, con manuscritos de J. Q. que hacían alusión a los vehículos de los P., a las frecuencias de los canales utilizados por la Policía, a la dirección de la casa de cambio T. y a ella misma, etc.

Esta tarea policial ha servido para recreación o reconstrucción del caso, ya que permitió la recolección de prueba sobre la que se ha cimentado la condena de ambos J. N. Q. y de A. A., evidencias que, pese a ponerse en crisis, emergen airosas de los ingentes esfuerzos de los defensores.

Estimo que la intención de fragmentar el análisis de la prueba, aislando la evidencia objetiva de las especulaciones que pueden formularse a partir de ellas -tema sobre el que se ha trabajado en la sentencia, no dan resultado aquí, como no lo dieron en el momento del debate.

Me detengo un instante.

No se ha puesto en duda, pues fluye con nitidez de cuanto se ha ventilado en el debate, el hecho en su objetiva materialidad. El asalto en las circunstancias de modo, tiempo y lugar persistentemente narrado por las víctimas, de suerte tal que se pondrá en foco el juicio de autoría contenido en la sentencia.

Ya hemos visto que el hilo que condujo a los allanamientos ha sido desovillado de manera inobjetable.

Las constancias dejadas por la policía en su labor de pesquisa y los resultados obtenidos a partir de aquellos datos son decididamente hechos incontrovertibles, contestes y unívocos de los que, sin demasiado esfuerzo, pueden obtenerse operaciones de cargo que desfavorecen a los atribuidos.

Comenzaré con J. Q., siguiendo un orden cronológico, por así decir, de los medios de prueba que resultan de cargo.

1. El merodeo del que se hablaba en párrafos anteriores, percibido por personal de la División de Investigaciones de Puerto Madryn, (ver el

informe del Oficial C., fs. 72/73 y la alusión que hiciera en el debate) es un elemento vinculante de relevancia.

Ese informe hace mentas de el día lunes 8 de Mayo de 2006, entre las 19:00 y las 20:00 horas, el automóvil Ford F 100, color bordó, dominio colocado xxxxx partió del domicilio de Necochea xxx y permaneció en inmediaciones de la casa de los P. desde las 19:20 hasta las 20 horas.

Los P. fueron las víctimas personales de este episodio, que se inició en la calle Apeleg xxx de Puerto Madryn, su residencia de ellos, ubicada en la intersección con la calle Matthews, ver plano de fs. 9.

Esa camioneta pertenecía a J. Q., pues en su casa se hallaron los comprobantes que así lo acreditaban; estos objetos fueron tomados en el allanamiento sucedido en Necochea xxxx Puerto Madryn, el lugar consignado por el informante citado (ver fs. 41/42).

Luego de lo dicho (he acudido a reiterar cuestiones conocidas para exponer la operación intelectual) es lógico pensar en que Q. realizó tareas de "inteligencia" sobre la casa asaltada, como parte del plan que condujo a la producción de los hechos.

2. En ese allanamiento se secuestro la caja de un "Handy". Posteriormente al penetrarse a la finca de Pastor Schneider xxxx de Comodoro Rivadavia se encontró la factura de un aparato

similar comprado tres meses antes por el imputado (ver fs. 93 vta.) desde lo que puede inferirse que aquél, Q., lo tenía en Puerto Madryn, sitio de perpetración del delito. Ese objeto de comunicaciones fue usado en el robo, según confirmaron los testigos, y además se hallaba en frecuencia capaz de captar las comunicaciones policiales.

He aquí otro hecho relevante a la prueba.

3. La Policía lo vio conducir una camioneta Ford F 100 xxxxx junto a dos personas, en la mañana del hecho. Dio datos falsos y hasta es posible que los demás no hayan sido quienes dijeron a las autoridades. La falsedad del domicilio quedó patentizada a la hora de ocurrir los allanamientos (y luego al verter sus datos en las sendas declaraciones). De manera entonces que puede válidamente especularse en una actitud era furtiva frente a la ley.

Nuevamente aquí una circunstancia que en el contexto que se viene desarrollando perfila la autoría que se ha predicado.

4. La camioneta Ford blanca fue hallada en Comodoro Rivadavia, en la casa de Pastor Schneider xxxx. En esa ciudad estaba, en otro domicilio, J. Q. . El procedimiento sucedió dos días después del hecho que ocupa y durante su curso se pudo traer al proceso varios objetos de importancia relevante, así: a. los documentos que acreditan la posesión, por Q., del vehículo, b.

una libreta con anotaciones cuyo contenido traduce, particularmente la hoja 17, la manera en que el personaje había controlado a los P. y a la agencia "T.", en un verdadero quehacer de "vigilancia" que puede atribuirse a la preparación del atraco.

5. Estos datos lo atan, aún más intensamente al episodio, hablando en términos probatorios.

J. Q. fue detenido en la casa de calle Calafate xxxx de Comodoro Rivadavia. Allí se secuestró dinero y cheques de viajero, cuya cantidad y manera en que estaban embalados es coincidente con el botín dejado por el episodio materia del juicio, y, entre otros efectos, un pantalón negro y una cartera de plástico color negro con cosméticos varios que fueron tomados ilegalmente de la casa de los P. (ver el acta de fs.84/89 y las fotografías de fs. 168/175).

Esta evidencia completa el tramado del que fluye claramente la actuación que le atribuyó la sentencia puesta en crisis.

Sobre este último hallazgo, dos palabras dada su relevancia.

Ha sido correcta la posición sostenida en la que se inspecciona acerca del valor de convicción que poseen esos secuestros.

Coincido con ella en punto a la evidencia que implica la suma en sí y el modo de estiba, concordante con lo expuesto por P. y S. M. y –repelida la hipótesis del contrabando de objetos

en el tramite del allanamiento, para perjudicar a los imputados– creo cerrada cualquier posibilidad de duda con la información de la agencia "T." en torno a los cheques de viajero, y válido el reconocimiento de objetos de fs. 328.

Debo destacar, sobre este particular, que el acto de marras fue controlado por la defensa que, a la sazón, no lo objetó ni se opuso, por ejemplo, a la entrega de efectos ordenada por el señor Juez de Instrucción de entonces, como nada señaló en punto a las otras devoluciones.

6. La información de que la mañana de los hechos Q. gastaba barba tupida (ver la mención que se realizó en la sentencia) se corresponde con la descripción de uno de los sujetos asaltantes que formularan las víctimas; del que entró en la agencia.

Es más, en el reconocimiento en rueda de fs. 209, que el acta de debate soslayó consignar aún cuando fue ingresado por el decreto de fs. 809, el propio P. intuyó que el personaje resultaba Q., aun cuando no fuese asertivo.

Si esa prueba hubiera sido solitaria, decididamente carecería de valor. Pero el compuesto de evidencias resulta de tal modo consistente, que esa indicación puede sumarse al plexo para provocar la certeza en los términos definidos arriba.

Desde este conjunto, de cada uno de ellos, se derivan las operaciones intelectuales que

confluyen en un punto: la validación del juicio de los Magistrados de la instancia pasada.

Es que la crítica sobre la prueba, quizás expresada de otro modo en la sentencia, autoriza a generar la posesión de una verdad o a estar, pese a las exclamaciones de descargo, a que J. N. Q. cometió el hecho endilgado en la manera en que lo declaró el fallo, más allá de toda duda razonable.

En cuanto a la mujer, A., caben idénticas consideraciones. Existe un conjunto de pruebas que, analizadas como un todo, la vincula con el hecho de autos a saber:

1. En primer término, vale poner de resalto que en el episodio que fue enjuiciado participó una mujer. Esta circunstancia da pie para comenzar a ponderar los medios acopiados.

2. Como lo ha consignado la sentencia, la percepción de los jueces en punto a la "hendidura muy sutil en el lado izquierdo de su rostro", su morfología (tez mate, más bien morocha y de ojos oscuros) y las constancias dejadas en el examen de fs. 214 (peso y altura) coinciden con la relación que de la asaltante diera el testigo P. durante el juicio.

Esto, que está fuera de la posibilidad de análisis por que pertenece al mundo de la inmediación, no puede ser desdeñado pues no es ilógico y por ende arbitrario, sino basado en las propias convicciones que los jueces se formaron

en la audiencia.

3. El secuestro en su casa de ella del dinero y demás efectos ajenos, merece idénticas reflexiones que las formuladas respecto de Q. .

Bien predica el segundo voto en punto a la manera en que se hallaron las cosas furtivas en Comodoro Rivadavia, desperdigas en el sitio en que vivía; y altamente sugestivo es el hecho de que las prendas de vestir y los aprestos de belleza secuestrados eran para uso femenino.

4. La conversación mentada por la doctora Mallo en la sentencia tampoco puede ser despreciada como hecho indicativo. El texto denota que los individuos parlantes conversaron sobre una manera de proceder que se condice con lo ocurrido en el asalto, y uno de ellos era la mujer.

En suma, la participación en el atraco de una mujer, las manifestaciones de P. en relación con las características del rostro de la ladrona que se compadece con las de A. -tema advertido por el Tribunal-, el hallazgo de las cosas robadas en su casa, en Comodoro Rivadavia, son vehículos de verdad construida mediante la sana crítica racional que importa, como tantas veces he dicho, una ética profesional nutrida del trabajo intelectual honesto, metódico y fundado en la razón.

No debe perderse de vista, y torno a repetir una jurisprudencia a la que acudo con frecuencia

por cuanto es a mi juicio certera que *"...Constituye 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..." (SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/ 07/ 2003 en JPBA t. 123 F. 200, pág. 84) y que "...Si los elementos de juicio de los que dispone el sentenciante para elucidar la participación de los imputados en el hecho son de valor indiciario, ello no constituye "per se" óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza, toda vez que hoy en día ya no se discute que los indicios tengan tal aptitud con la condición de que sean unívocos y no anfibológicos...Sin embargo, la valoración de los indicios exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio, desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de pruebas....el análisis separado de cada elemento de juicio constitutivo de prueba indirecta, instaura siempre una alternativa anfibológica que necesita ser contrastada con el resto del marco convictivo para evaluar si aún así se mantiene la duda o si es posible llegar a una certeza positiva o negativa acerca del aspecto discutido..." (TSJCBA PENAL c. Sent 97 Paglione M. A. 29/09/ 2003 en JPBA t. 122. 150, pág. 73/74).*

Luego de lo expuesto, y para dar fin a este punto, he de rechazar, como lo hicieran los jueces del juicio, las explicaciones vertidas por los inculpados, en algún casos reñidas con el sentido común, que no han sido capaces de desbaratar la evidencia criminosa.

Basta evocar, para justificar este predicado, las explicaciones dirigidas a legitimar el porqué tenía el dinero en la cantidad vista, atendiendo a la forma de vida de J. N. Q., situación fuera recreada en el curso de juicio y que no resultaron fiables a los jueces.

Nadie dispone de una suma tan relevante sin documentos que aseveren el traspaso, por un lado; es decididamente insólito que, quien es sindicado por un cúmulo de evidencias como autor de un delito, explique de tan pueril manera la detentación de la misma cantidad, sumado a cheques de viajeros que pertenecían a la empresa atracada.

Es imposible superar la categórica señal de cargo -una y otra vez ha menester exponerlo- que significa del hecho de que las bolsas en que se encontraron los fajos de billetes aludidos sean las mismas que sacaron del negocio damnificado y que se usaron para trasportar los caudales hasta Comodoro Rivadavia.

De igual manera está la libreta de notas secuestrada a bordo de la camioneta Ford, dominio xxxx, en el domicilio de F. O., en la que se

constataron los datos acerca de del domicilio de los P., de los autos que éstos poseían, de las frecuencias utilizadas por la policía, como demostración de la actividad que se endilgó, y el secuestro de los equipos VHF utilizados en el atraco, de las pelucas, del porta cosméticos de la señora de P., entre otras, como muestra de la falsedad de las excusas.

En realidad, poco más se puede considerar en esta tarea de inspección ante la evidencia ya calificada. De suerte tal que con esto culmina la revisión de la que la escrutada sale airosa.

IV. b. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

Creo del caso señalar, en primer lugar, que cuando el doctor M. aludió a la inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva no señaló, particularmente, en qué punto la sentencia recurrida había errado.

También creo en que la razón no está del lado de la defensa cuando, en su alegación aquí, predicó de la sentencia que ésta había incurrido en un doble juzgamiento, llamado por ellos infracción al principio "ne bis in idem", al tiempo de establecer la pena.

En efecto, en la ponderación de las características propias del hecho que conformó el desapoderamiento investigado, los jueces de la mayoría tuvieron en cuenta, acertadamente, un cúmulo importante de detalles que no se

encuentran presentes necesariamente en todos los hechos de desapoderamiento, ni en todos los robos de igual calificación penal, que brindan un mayor disvalor a la acción desplegada e inciden sobre la culpabilidad.

Y ello es así, porque un robo en banda lo es con la sola concurrencia de tres o más personas que se distribuyen roles, pero, en el caso que nos interesa, el despliegue de medios a saber: el traslado necesario desde otra ciudad, la utilización de varios vehículos, la intercomunicación entre los coautores por medio de equipos de comunicación sofisticados, el control auditivo de los canales de comunicación que utilizaba la policía, las tareas de inteligencia previa, la provisión y utilización de disfraces para ocultar la identidad, la privación de la libertad de la mujer de P. para doblegar en forma segura la voluntad de aquél dirigida a la entrega de los valores exigidos, son, entre otras, notas características propias que le otorgaron al hecho una gravedad inusitada que necesariamente tenían que sopesar los jueces como agravantes a la hora de determinar, bajo los parámetros de una correcta adecuación, la pena a imponer.

Va de suyo que las políticas de prevención especial que orientan a los legisladores, en su tarea de creación de las leyes sustanciales, establecen la medida de las penas que en todos

los casos se configura mediante la determinación de una escala que va desde un rango mínimo a un nivel máximo, y es a los Tribunales, según los casos, a quienes les corresponde juzgar, en particular, establecida la correspondencia entre el hecho hipotético legal y la especificidad real, adecuar un castigo de acuerdo a los extremos comprobados.

Asimismo, no cabe duda que la concurrencia de dos circunstancias agravantes por la forma comisiva en que fue llevado a cabo el robo, esto es: "en poblado y en banda" y, "con el uso de armas cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada", constituyeron una pluralidad en el modo que se tradujo en una mayor delictuosidad en cabeza de los incusos, la misma que los magistrados de la "a-quo" evaluaron correctamente en el momento de imponer la sanción, ya que –los condenados– atentaron con mayor fuerza contra el orden jurídico, resultando adecuadas, en consecuencia, las penas elegidas por el Tribunal de Mérito.

IV. c. En cuanto al desconocimiento de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, que se denunció, he expresar que no comparto la crítica formulada en ese aspecto.

Se ha dicho con justeza que el basamento de la sentencia debe alcanzar no sólo a la justificación acerca de la existencia de los hechos y su tamiz a través de los niveles

analíticos de la dogmática penal, sino también –y especialmente– la justificación del "cuanto" de la sanción, a través de la exposición del análisis de las circunstancias agravantes y atenuantes puestas de manifiesto en el caso, con remisión a la culpabilidad del autor.

La técnica legislativa de establecer magnitudes variables tiene por objetivo proporcionar un marco dentro del cual el juez determina la pena concreta, adecuada a la valoración jurídico-social del hecho, aplicable al caso según sus particularidades y al sujeto a quien se impone. En esta determinación, el juez cumple una función acotante del poder punitivo estatal. En palabras de Zaffaroni, "*...el juez debe cuantificar la pena dejando pasar sólo el poder punitivo que no es obstaculizado por las normas de un sistema jerarquizado de fuentes que provienen del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto consagran niveles medios de formulación provisional (principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad o proscripción de la crueldad y proscripción de doble valoración) que vinculan la interpretación de la legislación infraconstitucional. Estos elementos cardinales con los que debe combinar... con los criterios*

del artículo 41 del código penal...” (Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000, p. 951 y ss.).

Es por ello que encuentro acertadas las manifestaciones de la Juez del primer voto cuando expresó: “...*En cuanto a la pena a imponer, es tendrá en cuenta la magnitud del injusto. En ese sentido juzgo al igual que el Fiscal, que este hecho ha sido extremadamente grave dado que se realizaron trabajos de inteligencia con escuchas de las frecuencias policiales. El trabajo previo totalmente planificado demuestra una puesta mayor de peligro para el bien jurídico protegido por la figura, dado que actuaron sobre seguro. Como agravante tengo en cuenta el impacto que tuvo el hecho en as víctimas. El Sr. P. relató al Tribunal que su vida cambió; él era una persona que creía que si no molestaba a nadie, nadie lo podía dañar. Por otra parte, lo mantuvieron en vilo amenazándolo de que matarían a su mujer pues le advirtieron claramente que si algo pasaba, la represalia sería con ella. Como atenuante pondero la falta de antecedentes de los imputados y el trato correcto con la mujer a quien alcanzaron un vaso de agua y le aflojaron un poco las ataduras antes de huir. Por otra parte el hecho encuadra en dos calificantes, lo que agrava el hecho a la hora de fijar la pena. Teniendo en cuenta que la pena para el delito de robo con armas en las que no se acreditara la aptitud de disparo es de tres a diez años y que*

la misma pena está fijada para el robo en poblado y en banda por lo que siguiendo las reglas del concurso ideal de delitos y las circunstancias agravantes y atenuantes considero justa una pena de siete años de prisión para J. N. Q. y cinco años para A. A. A., accesorias legales y costas. Juzgo que corresponde más pena a Q. dado que tuvo un plus en toda la organización y planificación del hecho, tal como se ponderara..."

Habiendo hecho lo propio la autora del segundo voto, estimo que tanto la cuantificación de la pena como así también su justificación se ajustan al derecho vigente.

V. Propicio, entonces, que se declaren improcedentes las casaciones, confirmándose la sentencia atacada, con imposición de costas procesales.

VI. Por último, considero que deben regularse los honorarios profesionales de los Abogados Defensores, doctores E. M. y F. G., en forma individual, en la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200.-), no incluye I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) Quedaron establecidos con claridad, en el primer voto, los motivos de los recursos de casación deducidos por los defensores de los acusados y los hechos que fueron objeto del juicio.

II) Tal como lo juzgara mi colega prevotante, no existió en el fallo transgresión alguna al principio de congruencia, puesto que el relato del hecho endilgado se ha mantenido inmutable desde la requisitoria de elevación a juicio, pasando por el auto de elevación a juicio y en el pronunciamiento atacado. Así, los acusados fueron condenados por un suceso que se ajustó al contenido de la imputación, respecto del cual aquéllos habían ejercido su derecho a ser oídos.

Las nimias variaciones que sobre la imputación se produjeron –enumeradas con detalle en el considerando III del voto que antecede– cercenaron el reproche en beneficio de los acusados y, por ende, redujeron su gravedad. Por ello, descartaré el agravio deducido por la defensa de don J. N. Q.

III) El ataque al acta de allanamiento de fs. 84/89, tampoco prosperará porque no hubo irregularidad en el procedimiento policial del que da cuenta dicho instrumento. El personal interviniente actuó con legitimidad, prudencia y razonabilidad, la diligencia se realizó en el marco de las normas adjetivas que regulan su producción, por lo que se incorporó de manera legítima al proceso.

Por otra parte, en el artículo 123 del rito se encuentran enumerados en forma taxativa los supuestos de hecho sancionados con pena de

nulidad, entre los que no se encuentra incluida la hipótesis que planteó el casacionista.

El recurrente dirigió la impugnación contra un acto producido durante la instrucción, de manera que la nulidad que promueve en esta instancia debió impulsarla durante aquella etapa del proceso o en el término de citación a juicio, por imperio del artículo 152, inciso 1° del Código Procesal Penal.

Surge de la causa que es ésta la primer oportunidad en que la defensa suscitó la nulidad del acta obrante a fs. 84/89 por la cuestión planteada, de modo que resulta, además, extemporánea.

IV) No hay elementos en la causa que le otorguen razón a la defensa, para poder plantear un quiebre en la cadena de custodia de los elementos secuestrados.

El minuciosos análisis de las actividades realizadas por el magistrado de instrucción, y su actuario, que el ínclito doctor Pfleger realizó en el considerando III "b" 2, de su voto, me eximen de reeditar la tarea, estudio al que por su prolijidad y razonabilidad adhiero sin más, rechazando el argumento defensivo bajo examen.

V) El tema relacionado con la doble valoración de la circunstancias para determinar la pena, ya fue resuelto por esta Sala Penal en la causa caratulada "**C., M. L. p.s.a. de doble**

homicidio y lesiones graves en accidente de tránsito - Trelew" (Expediente 20.414 – 205 – 2006, Sentencia N° 29 del 28 de abril de 2008).

En autos, los magistrados valoraron y compatibilizaron las condiciones que aumentaron la culpabilidad de los acusados con las que la mitigaban, como así también las demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Esta razón, se acentúa ante la falta de contradicciones en los criterios del a quo para dosificar el monto de la sanción punitiva, por cuanto las norma del ordenamiento sustantivo reseñadas no contienen bases taxativas de fijación sino que la dejan librada al juez, dentro de los límites de la ley.

Los magistrados cumplieron con la exigencia que les impone el principio de culpabilidad, concerniente a que la acción punible les pueda ser atribuida a los imputados tanto objetiva como subjetivamente, lo que exige para aplicar una sanción la posibilidad cierta de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas.

Es decir, valoraron la culpabilidad del autor por el hecho y aplicaron ese principio al momento de mensurar la pena correspondiente, a la luz de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

La doble valoración de la que se queja el

recurrente no es más que el estricto acatamiento de la ley. Porque los jueces, en primer lugar, comprobaron la culpabilidad de los acusados para poder aplicar una condena y, en segundo, lo hicieron para determinar la mensura de esa condena.

Por los argumentos expuestos, también rechazaré este planteo casatorio.

VI) El ataque de la defensa sobre el sentido otorgado por el a quo al concepto de banda, ya fue resuelto por esta Sala Penal en la causa caratulada "**S., J. M.– P., M. S. s/ robo agravado en poblado y en banda**" (Expediente N° 20396 – S – 2006, Sentencia N° 40 del 28 de septiembre de 2006).

Allí se resolvió que la banda puede ser considerada calificante del robo, cuando concurre una pluralidad de sujetos con el único fin de cometer ese ilícito determinado, sin necesidad de que configuren una asociación ilícita, figura ésta cuyo objetivo es cometer delitos en general, indiscriminadamente.

Yerra la defensa al plantear la violación al principio constitucional de "ne bis in idem" por la concurrencia de dos agravantes en la apreciación legal que del hecho llevó a cabo el Tribunal.

Resultó legítima la aplicación al suceso investigado de las calificantes de robo con armas cuya aptitud para el disparo no puedo ser

demostrada y en poblado y en banda, porque la relación de especialidad que enuncia la defensa se da únicamente en tipos básicos y calificados, pero no entre estos últimos.

Siempre la ley especial se aplica con preferencia de la general, pero cuando son género y especie o una conducta es elemento típico de la otra.

Por ello, encuentro ajustada a derecho la calificación legal otorgada por la Cámara al suceso objeto de condena y rechazo el agravio que, contra ella, ha esgrimido la defensa.

VII) Con los argumentos hasta aquí expuestos, concuerdo con la solución propiciada por el Juez Pfleger, pues se rechazarán los recursos de casación deducidos por la defensa de J. N. Q. y A. A. A., a fs. 885/895 y fs. 896/901 vta. respectivamente, con costas, y se confirmará la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn a fs. 862/882 vta. de autos (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).

VIII) Estimo ajustada a derecho la regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en esta instancia, que realizó el primer juez que sufragó, a la que adhiero sin más (artículos 14 y concordantes de la Ley 2200, modif. por la Ley 4335, artículo 59 de la Ley 4920).

Así voto.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, se ha integrado la mayoría de votos necesaria para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia, por lo que haré uso de la facultad de abstención prevista en el art. 357 del C.P.P. (Ley 4550).

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar los recursos de casación deducidos a fs. 885/895 por la defensa de J. N. Q., a cargo del doctor E. A. M., y a fs. 896/901 vta. por el doctor F. G. en representación de A. A. A., con costas (artículo 24, inciso 2, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);

2°) Confirmar la sentencia dictada a fs. 862/882 vta., por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn, registrada bajo el N° 25/07;

3°) Regular los honorarios profesionales de los Abogados Defensores, doctores E. M. y F. G., en forma individual, en la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200.-), no incluye el importe correspondiente al I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14);

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Pfleger, Cortelezzi, Panizzi.-