En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 10 días del mes de Febrero del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada "R., H. D. y otro s/ robo" (Expte. 21.411 - F° 90- Letra R- Año 2008).
El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 435: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez Daniel A. Rebagliati Russell dijo:

I. La Jueza a cargo del Juzgado en lo Correccional N° 2 de la ciudad de Puerto Madryn, mediante sentencia del día diez de junio del año 2008, condenó a O. A. W. y E. D. R. a la pena de seis meses de prisión en suspenso y costas, por hallarlos autores penalmente responsables del delito de encubrimiento, por el hecho ocurrido en esa ciudad el día 11 de noviembre de 2005.

Que el hecho imputado se describió en el requerimiento de elevación a juicio, el cual indica: "… el día 11 de noviembre ppdo. a las 22.40 hs. en el puesto caminero 204 de ingreso a esta ciudad, son sorprendidos O. A. W. y E. D. R., trasladando en el interior del vehículo Fiat Uno, dominio XXX *** los siguientes elementos: (01) un teléfono fijo sin auricular, color bordó marca "Domo", con la inscripción de telefónica; (01) plancha color blanca, marca "Womdere" con el recipiente para almacenamiento de agua color celeste; (12) copas de vidrio con su respectivo embalaje; (01) bolso color negro marca "LSD"; (1) máquina de coser color blanca con tres carreteles de hilo color negro marca "Godeco"; (1) amplificador marca "ESN" color gris metalizado; elementos que aproximadamente una hora y media antes habían sido sustraídos del domicilio de F. Q., sito en la calle T. *** de esta ciudad…" -v.fs. 201 y vta.-

II. A fs. 377/86 vta. el Defensor Adjunto, doctor Diego Ariel Trad, interpuso casación citando como motivos de justificación del recurso la causal prevista en el artículo 415 inciso 2do. del Código Procesal Penal-Ley 3155, por no haberse observado las normas de procedimiento.

El primer motivo radica en cuestionar la imparcialidad de la juez sentenciante, al haber participado como subrogante en actos de trascedental importancia en la etapa de instrucción.

Así menciona la recepción de las declaraciones indagatorias de los imputados, y la circunstancia de que la jueza rechaza la nulidad planteada por la defensa, bajo el argumento que fue ella misma la que como juez subrogante libró la orden de requisa.

El segundo motivo del recurso plantea la nulidad de la sentencia por sustentarse en una acusación nula.

A su juicio la formulación del hecho efectuada en el requerimiento de elevación a juicio no es valida, y resulta indeterminado e impreciso, ya que no se especifica ninguna de las tres acciones que establece el tipo del artículo 277, inc. 1°, supuesto "c".

El hecho informado se limita a decir que los imputados son sorprendidos con la mercadería sustraída, lo que implica que se desobedeció la obligación de precisar el hecho imputado consistente en la atribución concreta del tipo penal.

Finaliza este punto afirmando que la falta de determinación del hecho invalida la sentencia, toda vez que se condena a una persona sin saber qué hizo y cómo lo hizo y por una acción que no constituye delito.

En tercer lugar pretende demostrar que la sentencia también es nula por falta de fundamentación.

Vuelve a mencionar en esta instancia las irregularidades que, a su criterio, se cometieron en el procedimiento policial, sosteniendo que la detención de W. y R. no pudo basarse en la denuncia de F. Q., la cual se efectivizó más de una hora mas tarde. Reitera que la detención es ilegal, ya que se produce sin que existan razones objetivas para la aprehensión.

Continúa sosteniendo que cuando se le requiere al imputado la documentación pertinente, se aclaró que todo estaba en orden, desapareciendo de esta manera cualquier motivo que justifique la detención.

Otra de las nulidades que vuelve a plantear en esta instancia es la relacionada con la requisa del vehículo. Alega que la orden de requisa se impartió varias horas después de la detención del rodado, y que no entendía cómo la policía pudo divisar los elementos en el interior del automóvil, cuando los testigos de actuación refirieron que se encontraban en el baúl.

Asimismo reitera la nulidad del reconocimiento de cosas.

III. Sentado lo que es el meollo de la discusión, penetraré en el examen de la sentencia.

En primer término me referiré al cuestionamiento de la defensa por la intervención de la doctora L. en actos de la instrucción.

Únicamente diré que los actos desplegados por la sentenciante en la primer etapa del proceso no la inhabilitaron para intervenir como jueza del plenario.

Su actuación, como bien lo indicó la defensa, se limitó a recibir declaración a los imputados, librar orden de registro y secuestro, y otras medidas de prueba que no se relacionan con el fondo de la cuestión.

Así, las distintas situaciones descriptas, no encuadran en ninguno de los supuestos del artículo 49 del Código Procesal Penal (Ley 3155), por lo que el planteo debe ser rechazado.

IV. Respecto a la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, también habré de rechazar este punto.

La acusación obrante a fs. 201 y vta. describe un hecho claro y preciso, el cual ha sido informado a los encausados, y éstos pudieron defenderse válidamente de dicha imputación.

Si bien es cierto que ninguna de las acciones establecidas en el artículo 277, inc. 1° supuesto "c", fueron descriptas en el requerimiento, los imputados pudieron entender en qué consistía la incriminación.

Y digo esto porque en la etapa de instrucción, cuando prestaron declaración indagatoria, se les informó la subsunción jurídica correspondiente, optándose en dicha oportunidad por una acusación alternativa, y luego se definió adecuadamente la postura cuando se elevó la causa a juicio.

Los imputados sabían perfectamente que el reproche radicaba en tener en su poder objetos que habían sido sustraídos momentos antes en la misma jurisdicción.

Que por las características del hecho -robo en ausencia de moradores- la posibilidad de encontrar algún elemento probatorio que permita vincularlos al desapoderamiento en cuestión resultaba muy complicado, y de esta manera, los funcionarios judiciales optaron por la adjudicación de la tenencia del botín.

Todas estas circunstancias no eran desconocidas por R. y W., y prueba de ello es que la estrategia defensiva consistió en argumentar que personal policial "le había armado la causa", y que habían denunciado esta situación ante la Fiscalía -según consta en acta de debate-.

En síntesis, los objetos cuestionados estaban en poder de los imputados, y la descripción efectuada en la requisitoria ingresa cómodamente en la figura jurídica seleccionada, más allá de no haberse especificado el verbo utilizado por el tipo.

Ahora bien, en cuanto al segundo punto del recurso relacionado con la falta de fundamentación suficiente, y más precisamente con la nulidad de la detención por considerarla arbitraria e ilegal, diré que asiste razón a la defensa.

En efecto, la arbitrariedad surge de la misma acta policial obrante a fs. 12, en donde consta que por vía radial se había dado la orden de interceptar al vehículo marca Fiat Uno, color rojo, con chapa patente XXX-***, en el cual se trasladaban tres personas, quienes minutos antes habían estado ofreciendo mercadería presuntamente robada.

Continúa la transcripción dejándose constancia que el Oficial de Guardia del puesto caminero nro. 204, Agente R. R. había interceptado a dicho automóvil con sus ocupantes, identificado a los mismos, y al consultarles por la propiedad y procedencia de los elementos que transportaban en el asiento trasero, respondieron con evasivas y contradicciones, al mismo tiempo que se pusieron nerviosos.

Surge también, que mientras continuaban con el ´procedimiento identificatorio´, vía radial les informan del hecho ocurrido en la calle T., y por corresponder los elementos sustraídos con los divisados en el rodado, proceden a la apertura del baúl, y notan la presencia de más objetos, disponiéndose la demora de los ocupantes y el secuestro del rodado en "Averiguación de Antecedentes y Medios de Vida" (Ley 815).

Indefectiblemente el procedimiento a cargo de la Agente R. devino en arbitrario e inconstitucional.

Así, cómo bien lo indica la Oficial, el motivo de la demora y posterior aprehensión de los imputados fue la posible comisión de un delito, para lo cual era necesaria, al menos, la comunicación previa al juez competente (C.P.P., arts. 199; 199 bis y Constitución Provincial, art. 49).

Sin embargo, se utilizó la Ley 815 para justificar una detención que era, desde su inicio, irregular.

La Oficial a cargo del procedimiento indicó que los ocupantes del Fiat Uno fueron debidamente identificados y exhibieron la documentación correspondiente, lo cual le quitaba cualquier posibilidad para proceder a la demora y posterior traslado de los imputados a la comisaría.

Por otro lado, si la sospecha radicaba en la comisión de un delito, debieron proceder conforme a las normas procedimentales vigentes.

Que por las circunstancias señaladas no puede avalarse la actuación policial desplegada en esta causa, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado y la absolución de O. A. W. y E. D. R. por el delito de encubrimiento.

De acuerdo a la decisión adoptada, el tratamiento de las demás cuestiones plateadas en el recurso deviene abstracto.

En cuanto a la regulación de honorarios, estimo adecuada fijar la suma que le corresponde a la Defensa Pública en pesos doscientos.-

Así me expido y voto.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. La sentencia y el recurso

Ha recalado en la Sala la sentencia emitida por el Juzgado Correccional 2 de la ciudad de Puerto Madryn que condenó a O. A. W. y a E. D. R. a la pena de seis meses de prisión en suspenso y costas, como autores penalmente responsables del delito de Encubrimiento (art. 277, inciso 1ro. "C" del Código Penal),

en relación con el hecho cometido en la Ciudad de asiento el día 11 de No-viembre de 2005, en perjuicio de la Administración Pública.

El llamado es consecuencia de la casación deducida por el doctor Diego Ariel Trad, Abogado Adjunto de la Defensoría Pública (fojas 377/386 vta.), de cuyos contenidos y fundamentos ha dado cuenta el Juez Rebagliati Russell.

Esta circunstancia me autoriza a emitir el voto sin otro prólogo, siguiendo el método que marca la enunciación de los motivos del recurso.

II. Breve reseña de los motivos de la casa-ción, realizada a los fines expuestos precedente-mente. La solución del caso.

Los acápites que tradujeron las intenciones del recurrente son los que siguen; tres.

a) "…NULIDAD DE LA SENTENCIA POR HABERSE VIOLADO EL PRINCIPIO DEL JUEZ IMPARCIAL…"

b) "…NULIDAD DE LA SENTENCIA POR SUSTENTARSE EN UN ACUSACIÓN NULA, VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DEFENSA EN JUICIO Y DEBIDO PROCESO…" y,

c) "… NULIDAD DE LA SENTENCIA POR FALTA DE FUNDAMENTACION - VIOLACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA…".

Trataré aquellos que conducen a la definición del caso pues, como se verá, no es preciso conside-rar todos los ítems sino dos, y uno en aras de de-finir una cuestión que se ha repetido en varias de-ducciones.

III.1. "... NULIDAD DE LA SENTENCIA POR HABERSE VIOLADO EL PRINCIPIO DEL JUEZ IMPARCIAL…"

Con relación al ataque formulado respecto de la actuación que le cupo a la Juez de Sentencia en el curso de la Instrucción, expresaré mi plena coincidencia con el Ministro preopinante.

Me explico.

Los actos denunciados por la parte, en los que intervino como Juez de Instrucción la Titular del Juzgado en lo Correccional, fueron: las declaraciones de los imputados, la emisión de orden de registro y secuestro, la citación de la víctima a prestar declaración testimonial y la audiencia de reconocimiento de objetos.

Asiste razón al distinguido doctor Rebagliati en que esas situaciones no se encuentran previstas entre las causales de excusación (y su contracara la recusación) enumeradas taxativamente en el Código Procesal Penal derogado, aplicable en la especie (Ley 3155- Rama XV Procesal Penal del Digesto Provincial- Capítulo IV, artículo 49).

Y digo enunciadas taxativamente pues, íntimamente ligadas al principio del Juez Natural, son de interpretación restrictiva y sólo operables en la medida en que la hipótesis normativa se corresponda con un hecho específico real, lo que no ha sucedido.

Es entonces que, y por lo tanto, los actos procesales protagonizados por el Magistrado sentenciante no poseyeron ninguna cualidad que lo inhabilitara para intervenir en el plenario.

Estimo, así, que debe rechazarse la tacha articulada por inexistente.

III.2. "…NULIDAD DE LA SENTENCIA POR SUSTENTARSE EN UN ACUSACIÓN NULA, VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DEFENSA EN JUICIO Y DEBIDO PROCESO…" y "…NULIDAD DE LA SENTENCIA POR FALTA DE FUNDAMENTACION - VIOLACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA…"

a. Zanjado el tópico anterior, ingresaré en otro de los asuntos planteados por la Defensa Téc-nica y, aplicando un criterio que coincide con la posición crítica expuesta en el recurso, llegaré a la misma solución del primer votante aunque por senderos diferentes.

Me pronuncio de este modo pues -a mi manera de ver- la sentencia padece de defectos que merecen su revocación.

Veamos.

He sostenido en causas anteriores que el meo-llo de la cuestión, en el proceso de construcción de una sentencia, es la precisión con la que el Juez fija los hechos sobre los que, después, opera-rá jurídicamente.

Porque el primer ladrillo con el que se cons-truye todo pronunciamiento, por decirlo de alguna manera, se compone -inobjetablemente- con el hecho que ha sido planteado como objeto procesal del pleito, fundando esa aserción en la prueba legal-mente adquirida.

Esta determinación incluye notas de modo, tiempo y espacio que permiten la localización de un suceso que modificó el mundo exterior por obra de la conducta de una persona y que, anclada, autoriza a las operaciones jurídicas que determinan el re-sultado, sobre la base de confrontar lo real con la hipótesis legal que se escoja.

Porque sobre ello, lo específico real, se aplican las categorías de tipicidad, antijuridici-dad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad, elementos que la teoría brinda al sentenciante y que éste analizará teniendo en consideración la norma del catálogo penal que hubiere seleccionado, lo dicho.

Ya lo expone, con toda claridad, Enrique Baci-galupo en su "Técnica de resolución de casos pena-les" (Editorial Hammurabi, página 82), autor que brinda una serie de elementos para aplicar en la solución de un caso, y expone, de movida, que "…Toda solución requiere poner en claro cuál es el hecho que se quiere juzgar…", luego sugiere la bús-queda de "…la selección de textos legales aplica-bles al caso…" e indica que "…Cada tipo penal prima facie aplicable se deberá verificar respecto del hecho que se juzga…" para concluir en que "…La ve-rificación de cada tipo penal se efectúa comproban-do cada elemento del tipo penal con relación al hecho que se juzga…" (ver sobre esto último en pá-gina 83 de la obra).

Cierto es que estas son indicaciones y que ca-da Juez puede adoptar el sistema que mejor exponga el discurso de justificación de lo que decide. Pero no menos cierto es que resulta insoslayable sepa-rar, con nitidez, el concepto "hecho" en su especi-ficidad real del "hecho" como hipotésis legal.

b. En el caso, desafortunadamente, la Juez de Mérito, no ha procedido acorde.

Ella, en su discurso, fijó una base fáctica sobre la que no podía operarse jurídicamente en términos del Código Penal: haber sido sorprendidos los imputados E. D. R. y O. A. W. trasladando en el interior del vehículo Fiat Uno, dominio XXX ***, una serie de elementos que, aproximadamente una hora y media antes, habían sido sustraídos de F. Q., sito en calle T. Nro. *** de Puerto Madryn.

No resolvió el error cuando, en la motivación, luego de enumerar los actos de la instrucción con sus fojas correspondientes, manifestó que, a su criterio, había quedado demostrado que tanto W. co-mo R. resultaban responsables por el delito de En-cubrimiento tal como lo había solicitado la Fisca-lía, compartiendo su calificación, prevista en el art. 277, inciso 1ro. "c" del Código Penal.

A esta alusión que no pasó de ser una mani-festación puramente dogmática agregó: "... El plexo probatorio de lo arriba detallado se encuentra de-mostrado coincidiendo el accionar de los encartados con el resto de las pruebas agregadas, esto es: tiempo, modo y lugar, además de las circunstancias que rodearon al hecho ilícito, por lo que ninguna duda me cabe respecto de la autoría y responsabili-dad penal que les cabe. Por tanto entiendo que la conducta ilícita, típica y antijurídica venida a juicio se encuentra probada, tal como lo indica y configura el art. 277 inc. 1ro. "c" del Código Pe-nal, por lo que resultan responsables penalmente W. y R.; así lo declaro ..."

Y es que, como bien lo señaló la impugnante, el delito que se le reprochó al imputado, previsto en el artículo 277, inciso 1º, c) del Código Penal, contiene tres acciones prohibidas posibles: "adqui-rir", "recibir" u "ocultar" dinero, cosas o efectos provenientes de un delito y ninguno de esos tres verbos campeó en la designación de lo fáctico.

La Juez, y ya lo había hecho el Ministerio Fiscal, soslayó la causa que había puesto al impu-tado en la tenencia de la res furtiva y por cierto que eso resultó un impedimento a la hora de razonar sobre las circunstancias de modo, de tiempo y de lugar anteriores al episodio de la detectación.

Este defecto en la tarea de circunscribir el hecho, desde mi perspectiva, trajo como consecuen-cia la representación de un hecho atípico, pues la posesión sin derecho del bien despojado a otro po-día ser en todo caso un "objeto de prueba", mas no un delito.

Sirven para ilustrar la diferencia los concep-tos del maestro Clariá Olmedo cuando nos enseñaba: "... Objeto de la prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad; lo que se puede o debe probar. No se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capa-cidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada..." (el autor en su Derecho Procesal Penal, Tomo II, edición Marcos Lerner, año 1984, p. 390)

La circunstancia de haber sido encontrado los incusos transportando objetos sustraídos poco tiem-po antes, sin poder otorgar una justificación acep-table, constituyen elementos que servirían, en todo caso, para fundar un predicado que sentara que los acusados recibieron o adquirieron los elementos co-nociendo su origen ilícito, pero de ninguna manera constituye un hecho con relevancia jurídico penal.

Luego, no puede fundarse una condena en esa circunstancia, pues la sentencia no es ya una deri-vación razonada del derecho vigente sino una cons-trucción basada en el mero decisionismo, lo que re-sulta inaceptable.

Propongo, entonces, que se haga lugar a la casación, que se revoque la sentencia en crisis y se absuelva sin más a los imputados por el delito que habían sido condenado.

IV. Conclusión.

Dicho esto, y conforme fuera señalado al principio, llego a la meta que el señor Ministro que precede ha marcado por un camino distinto. No es obstáculo, el argumento, para dar concordancia al fallo.

Por fin, estimo adecuado el monto propuesto por el Juez Rebagliati Russell para la regulación de honorarios de la Defensa Pública.

Asi me expido y voto.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los Jueces Jorge Pfleger y Daniel A. Rebagliati Russell, 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. 377/386 vta.

2º) Revocar la sentencia protocolizada con el número 61/2008.

3°) Absolver a O. A. W. y a E. D. R., cuyos datos filiatorios obran en autos, del delito de Encubrimiento por el hecho cometido en Puerto Madryn el día 11 de Noviembre de 2005, en perjuicio de la Administración Pública (artículo 277, inciso 1ro. "C" del Código Penal).

4°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de doscientos pesos ($ 200.-) sin I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, R. Russell.=