En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de mayo de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI,** en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Mónica RODRIGUEZ**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 18.432**, **carpeta individual n° 1.747**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. **Carlos Adrián Cabral**, el Sr. Defensor Público Dr. **Fernando Vicente Serer** y los imputados **L. A. A. y G. F. S.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 26 y 27 de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. A. A. y G. F. S., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de A. y S. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente la Dra. Mónica Rodríguez.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de impugnación interpuesto por el Dr. Fernando V. Serer, Defensor Público de los imputados *G. F. S. y L. A. A.*, en la Carpeta de la Oficina Judicial Nº 1747/08, Legajo de Investigación Fiscal Nº 17204/08, contra la Sentencia dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Hugo Américo JUAREZ, Daniel Luis María PINTOS y Roberto CASAL, de fecha 14 de Octubre de 2010, protocolizada bajo el Nº 59/2010, por la que se condenó a sus representados como coautores penalmente responsables del delito de *Robo Agravado por el uso de armas de fuego (arts. 166 inc. 2º y 45 del CP) y en el caso de A. además como autor del delito de portación de arma de fuego en concurso ideal (arts. 189 bis inciso 2º párrafo tercero, 45 y 54 del CP)*, a la pena de **SIETE (7) AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales y costas** (arts. 12 y 29 inc. 3ºCP y arts. 239 y sgtes. del CPP) a cada uno de los nombrados, por el hecho ocurrido el día 24 de Octubre de 2008 y que tuviera como víctima a A. A. R..-

Que el Tribunal concede la impugnación interpuesta (art. 384 del CPP).-

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, el tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.-

Que el recurrente -en lo que aquí interesa- en extenso escrito, expuso los siguientes puntos de agravios: “1) Falta de Requisitos esenciales de la Sentencia –artículo 372 inc. 7) CPPCh. a) Ausencia de datos personales de los imputados. b)Falta de motivación suficiente en dos de los votos del Tribunal respecto de los hechos que tienen por acreditados en los términos del inc. 3) del artículo 330 del CPPCH que hace a los fundamentos de hecho y de derecho. c)Incongruencia omisiva o fallo corto: generado por falta de tratamiento de cuestiones que surgen del debate, en particular la cuestión referida a la falta de acreditación de la cadena de custodia de elementos secuestrados y peritados, que no fue tratada por el Dr. Casal en su voto en los términos del inc. 2) del art. 330 CPPCh, en tanto se ha omitido la descripción de hechos que han sido objeto del” (fs. 208).-

Previo a ello, el impugnante en su Punto II de su libelo expone que el motivo de la interposición del recurso: art. 372 inc. 3º del CPP lleva a la nulidad de la sentencia condenatoria en contra de sus pupilos, por carecer de elementos esenciales y asimismo por motivación insuficiente, al no haber dado respuesta a todas las cuestiones planteadas durante el debate, en base al sistema de la sana crítica racional que impone el Código de Rito, para valorar la prueba producida y valoración de prueba que no fue incorporada al juicio, lo que impone una adecuada solución al caso por parte del Tribunal, que no puede ser otra que la absolución de sus asistidos, en tanto el Estado ha tenido ya la oportunidad de juzgar debidamente a los mismos y ha fallado, no correspondiendo darle una nueva oportunidad, ya que afectaría el principio “non bis in idem”, ya que un reenvío para producir una nueva pieza jurisdiccional significa retrotraer el proceso a etapas ya superadas teniendo en cuenta que el

debate se realizó en forma regular y en estas condiciones no se puede juzgar nuevamente por los mismos hechos, además de importar un dispendio jurisdiccional innecesario, solicitando en tal caso que se resuelva con la correcta aplicación de la ley penal que aquí se propone.-

En forma subsidiaria, para el caso de considerarse sólo parcialmente nula la sentencia en base a lo preceptuado por el inc. 3º del art. 372 CPPCh, adecue el encuadre legal de los hechos probados, teniendo en cuenta la falta de acreditación de aptitud para disparos del arma de fuego utilizada, en los términos del artículo 166 in fine del CPPCh y como lógica consecuencia se disminuya la pena impuesta a sus pupilos, que deberá quedar cerca del mínimo previsto para la figura penal mencionada en tanto el debate fue realizado en forma regular y la realización de un nuevo juicio cuando los imputados se encuentran privados de su libertad hace dos años, resulta un dispendio jurisdiccional totalmente innecesario y contrario al espíritu del legislador al sancionar al Código Procesal Penal según ley 5478, aún con las últimas modificaciones producidas en su normativa.-

En base a lo expresado, el recurrente comienza entonces con: **“I. Descripción de los hechos:** De acuerdo a la presentación del caso por el Ministerio Fiscal tomada por el Aquo al resolver la primera cuestión en la sentencia atacada, el hecho traído a juicio es el siguiente: En la madrugada del día 24 de octubre de 2008 el testigo P. A. R., chofer de remis de la agencia “30 de Octubre”, fue abordado en el Bo. Moure -zona donde hay un polideportivo, en las cercanías de una “casita de machimbre de color blanca”-, por dos personas, inicialmente, una de las cuales había sido llevada por este mismo conductor un rato antes hacia el Bo. Ceferino, y otra que le exhibió un revólver

calibre 22 color negro, la que le apoyaron en la cara diciéndole que era un asalto, mientras que el primero de ellos le exhibió una navaja, y le pidió que apague las luces del vehículo y se calle. En definitiva, ascendieron al automóvil un total de cinco individuos, de las cuales se han identificado a lo largo del proceso a tres: uno se encuentra rebelde M. E. C., y los otros dos son los acusados en el debate G. F. S. y L. A. A.. En el tramo final del hecho, los autores le piden a R. que los lleve hasta el Bo. Ceferino, luego hacia una estación de servicios EG 3, y más tarde por una callecita donde lo hacen meter en un pasillo donde entra un solo auto; la víctima fue bajada del automóvil, y desapoderada de una suma de dinero que correspondía a la recaudación del día, la cual se hallaba oculta en el lado interno de la puerta del conductor, y un teléfono móvil marca “Motorola”, nº de abonado 15*-******; para finalmente ser encerrado en el baúl del auto, de donde logró escapar, en un momento en que el vehículo frenó. Salió corriendo, pudiendo advertir que los autores del hecho también descendieron del vehículo, y escuchó disparos con arma de fuego. El testigo víctima relató que en su camino encontró a una señora, a la que le dijo que era remisero, y que ello determinó que se avisara a la Policía, que arribó al lugar minutos después. L. A. A., fue detenido aproximadamente a unos setecientos metros del lugar donde quedó el vehículo remis, y habiendo sido requisado por personal policial que circulaba en un móvil policial, se le encontró entre sus prendas de vestir un arma de fuego. En tanto G. F. S. fue detenido horas después a raíz de un reconocimiento fotográfico realizado por la víctima R. en sede policial que motivó una orden de detención y allanamiento de su domicilio”.-

Evidentemente la parte medular del escrito impugnativo radica en el análisis que la Defensa realiza sobre la “Falta de Motivación suficiente” como respuesta dada por los señores jueces al planteo respecto de la cadena de custodia de los secuestros practicados en la causa. Da comienzo entonces tratando el voto del Juez Dr. Juárez al decir: “El votante en primer término enuncia como cuestiones planteadas por esta defensa de acuerdo al alegato inicial en el que se fijó las pretensiones, particularmente identificando como cuestión a tratar en el acápite c): “El Ministerio Público Fiscal no aportó los comprobantes de la cadena de custodia del arma de fuego y de la blanca, por lo que se ignora sus procedencias”. Ya este enunciado resulta erróneo, en cuanto a que el señor juez pone en pie de igualdad el reclamo planteado por esta parte, respecto del arma de fuego y del arma blanca lo que amerita una pequeña digresión a pesar que la existencia y utilización de ésta última no fue tenida en cuenta por el Tribunal en pleno acuerdo, al momento de subsumir el hecho en la figura penal correspondiente.-

Con relación al arma blanca entonces, la situación, la situación se planteó en forma radicalmente diferente a la del arma de fuego, esta parte aclaró y obra en el audio en el audio del debate que si bien se ofreció la constancia de su recepción en la oficina de secuestros, el sobre que contenía el arma blanca se encontraba evidentemente abierto y sin sello, firma u otra constancia que permita acreditar su origen … defecto que fue también observado por el propio funcionario policial que certifica la recepción en sede prevencional y que fuera ofrecido como documental en el que consta la misma descripción que luego realiza el personal de la oficina de secuestros, y que difiere totalmente del secuestro original que obra en el acta prevencional de

inicio y que da cuenta del secuestro colocado en **“un sobre que es cerrado, rotulado y rubricado por los intervinientes” (SIC).** Esta irregularidad resulta a criterio de esta parte suficiente como para impedir al tribunal arribar a la certeza que esa arma blanca fue la que se secuestró en poder de uno de los supuestos partícipes del hecho y por ende la que se utilizara conjuntamente con el arma de fuego. Por ello debe ser descartada como elemento que permite acreditar el tipo objetivo de la figura penal escogida, aún cuando el Tribunal por diferentes motivos pareciera no haberla tomado en cuenta en orden a la agravante que significa la utilización del arma de fuego, pese a haber tratado su existencia y acreditación en la primera cuestión por parte de los tres jueces intervinientes. Respecto del arma de fuego refiere el primer votante: **“el testigo Cristian Omar Ansaldo, jefe de la Policía Científica de Comodoro Rivadavia, manifestó que realizó una pericia balística de un arma de fuego y de tres vainas servidas que recibió en un sobre cerrado que él abrió… que efectuó un hisopado del alma y de los alveolos, se realizaron pruebas de disparos obteniéndose vainas testigos y efectuándose un cotejo con las tres vainas debitadas se concluyó que las mismas fueron disparadas por esa misma arma; que el hisopado se preserva en un sobre por separado y se lo devuelve a la oficina de secuestro salvo que se lo entreguen a la Bioquímica S. V.. La testigo S. V., perito Bioquímica dijo: que recibió un sobre cerrado con los hisopos correspondientes a un revólver calibre 22 largo y determinó la presencia de restos de pólvora en el mismo, por lo que concluyó que el arma fue recientemente disparada, que el sobre le fue entregado por la oficina de secuestros, si actuó el perito Ansaldo debe estar firmado por el mismo y todo tiene una cadena**

de custodia.” “Aunando los testimonios precedentemente expuestos me llevan al convencimiento, de la inconsistencia por apresurada de la postura de la defensa al sostener que no está probada la procedencia de dicho secuestro”. De la transcripción textual de los dichos de la lic. V. surge en lo que aquí interesa: “Recibo los hisopos que fueron tomados por el perito balístico”. Se le pregunta quién le envió los hisopos y contesta: “la oficina de secuestros en un sobre cerrado y sellado, firmado… aparte eso tiene una cadena de custodia, entonces en la cadena de custodia figura quien recepciona y cuando yo envío el punto de pericia, eso tiene que estar en la cadena de custodia.” No se advierte de lo expuesto, de qué manera tiene el sentenciante por acreditada la correspondencia entre el arma de fuego secuestrada en un primer momento por el personal policial y el arma de fuego examinada por el perito Ansaldo, en virtud que no explica esta circunstancia, si es que la tuvo en cuenta, ya que únicamente se refiere que los dichos de los peritos tornan inconsistente la postura de la defensa al sostener que no está probada su procedencia. En consecuencia este razonamiento así expresado constituye una enunciación dogmática y torna aparente la fundamentación del voto que ya debe ser tenido entonces como arbitrario por falta de fundamentación adecuada. En efecto, al haber obviado el Ministerio Fiscal el ofrecimiento del formulario correspondiente a la cadena de custodia del arma de fuego torna incierto y por consiguiente litigioso el origen de dicho secuestro no acreditando ciertamente tal circunstancia, que es lo que esta defensa reclama desde el comienzo del debate y por consiguiente genera dudas razonables que no permiten arribar a la certeza necesaria para considerarla como el arma de fuego utilizada en el hecho… Con esta información mal puede acreditarse con certeza

-por no existir constancia alguna que confirme sus dichos- que las muestras extraídas del arma de fuego por Ansaldo, fueron las que examinó la Bioquímica V., porque tampoco pudo la perito aportar datos respecto al supuesto sobre que los contenía no recordando quién lo firmó y para ello claramente indica las formas en que debió acreditarse tales circunstancias, y que de cumplirse, la liberan de tener que recordar datos que no hacen a su trabajo específico. La propia testigo V. informa al Tribunal que existe una cadena de custodia que permite determinar el camino recorrido por los secuestros, en este caso los hisopos, desde su origen hasta su presentación en juicio en un elemental ejercicio de buen criterio que no fue recogido por el tribunal: **Conclusión :** Simplemente con ofrecer los secuestros y su correspondiente certificación de preservación de la cadena de custodia se hubiera zanjado la cuestión, pero esto no ocurrió y por lo tanto no se probó que el arma de fuego analizada por el Lic. Ansaldo hubiera sido recientemente disparada, tal conclusión a la que arriba la Lic. V.. No se aprecia cual fue el análisis intelectivo que lo llevó a semejante conclusión en tanto se limita a transcribir parcialmente dichos de los peritos actuantes… Esta Defensa no ha discutido en ningún momento el resultado de tales pericias, lo que está en discusión es el origen de los efectos secuestrados y peritados, tal y como bien lo entiende el segundo votante Dr. Pintos… El voto así expuesto, aparece visiblemente infundado al menos en los términos del artículo 25 del CPPCH, toda vez que no puede analizarse lógicamente la reconstrucción mental de los hechos que lleva al señor Juez a concluir lo que expone respecto de la postura de esta defensa y tampoco queda claramente expresado que es lo que tiene por acreditado en cuanto al arma de fuego y el arma blanca secuestradas.-

Continúa el impugnante con citas sobre el punto de los distinguidos autores Eduardo M. Jauchen “La Prueba en Materia Penal.” Ed. Rubinzal-Culzoni. Pags 49, 52/53 y Fernando Díaz Cantón, La motivación de la sentencia penal y otros estudios, Editores del Puerto S.R.L., 2005, pags, 118,119 y ssgtes. Acentúa asimismo que: “Resulta entonces poco calara la manifestación del pronunciamiento del tribunal sobre la declaración de autoría que pertenece a la primera cuestión para analizar y que aún no había sido desarrollada en la pieza jurisdiccional bajo examen, lo que indica además una falta de claridad que la hace susceptible de ser declarada al menos parcialmente nula”.-

Del voto del Dr. Pintos hace un análisis sobre: “Incorporación de prueba documental de oficio no autorizada por el Código - artículo 372 inc. 4) CPPCh”.-

“El segundo votante trata la cuestión planteada por la defensa respecto de la falta de los formularios acreditantes de la cadena de custodia, haciendo referencia al acuerdo extraordinario nro 3550 del Superior Tribunal de Justicia que describe en que forma debe realizarse el resguardo de los efectos secuestrados por parte de la oficina judicial y que “se incorporará en el expediente principal en la forma en que el ministerio Público Fiscal, el Juez o el Tribunal competente los dispongan”. Así considera que el acusador demostró en debate que la oficina de Efectos secuestrados, recibió los secuestros detallados como una caja cerrada y precintada que ingresa con el nº 18432/1 y un sobre papel madera conteniendo una navaja, identificado con el nº 18432/2, y continúa: “Con relación al recibo del secuestro identificado como 18432/3, no se acompañó el referido formulario; sin embargo, advertimos que la Sra. Juez

de la audiencia preliminar ha admitido en el auto de apertura de juicio “el secuestro del arma marca Pasper SRL, identificado con el número 18432/3”. Lo mismo se observa en la pericia realizada por el Sub-Comisario Christian Omar Ansaldo, que recibió para realizar la misma el sobre cerrado, identificado con el nº 18432/3, conteniendo el revólver, el cartucho a bala calibre 22 largo; y con referencia a la pericia bioquímica realizada por la Lic. S. G. V. surge, en forma coincidente y correlativa con todo lo expuesto, que recibió para realizar dicho informe un sobre de papel con nº de secuestro 18432/4, conteniendo hisopado de cañón e hisopados de alvéolos (ocho) de arma de fuego tipo revólver, cal. 22 largo. Si a todo lo expuesto en el párrafo anterior, le agregamos el contenido de las declaraciones testimoniales en el juicio oral, de los nombrados Ansaldo y V., como así también todo lo explicitado en el precedente apartado II, 2) y 3); entonces, debe concluirse, que no es posible poner en tela de juicio que tanto el arma de fuego peritada y exhibida en a audiencia de debate, como el hisopado, ya referidos, presentan identidad con el material incautado en el momento del hecho, por lo que se descarta la tesis propuesta por la Defensa, en el sentido contrario.” Y continúa: “ 2) Despejada entonces la duda sobre este particular, tenemos que computar como prueba de cargo válida, incorporada al debate, de acuerdo a los testimonios concordantes del Sub-Comisario Inspector Christian Omar Ansaldo, Licenciado en Criminalística y la Lic. S. G. V., los informes periciales : pericia balística nº 191/08, de fecha 4 de noviembre de 2008,… y la pericia bioquímica nº 67/09, de fecha 17 de Abril de 2009…”.-

En este fundamento del voto, el sentenciante se basa; además del secuestro en sí mismo admitido por la juez de garantías en el auto de apertura a juicio; en medios de prueba que no fueron receptados como tales

en debate, concretamente los informes periciales confeccionados por los testigos Ansaldo y V., para determinar que el revólver exhibido en juicio tiene correspondencia con el que fuera secuestrado por personal policial. Así las circunstancias que acreditan la identificación de los secuestros como 18432/3 y 18432/4 surgen de la lectura de los informes periciales que mencionan su recepción y descripción del contenido. Ocurre que tales informes escritos no fueron incorporados por lectura como autoriza el artículo 314 del CPPCh. Como excepción toda vez que se recepcionó declaración testimonial a sus autores el Lic. Ansaldo y la Lic. V., quienes en ningún pasaje de sus declaraciones mencionan estas circunstancias… Al respecto insiste esta parte en que al no haberse ofrecido el certificado de cadena de custodia respecto del arma de fuego, no puede acreditarse la correspondencia entre el arma de fuego secuestrada por personal policial y la exhibida en debate, aún cuando dos testigos, luego de dos años de ocurrido el hecho la reconocieran en circunstancias que resultaron por demás llamativas y que no fueron tomadas en cuenta por el tribunal. Así respecto del funcionario que dirigió el procedimiento que permitió el secuestro del arma. Oficial Z., reconoce el arma exhibida, aún sin tener que acercarse para examinarla, teniendo en cuenta que le fue exhibida por el Señor Fiscal desde su escritorio encontrándose el testigo sentado a unos metros de distancia, pese que también reconoció posteriormente que no se trata de un arma que llame la atención por alguna característica particular, lo que es un claro indicio de falta de objetividad y mucho más llamativa resulta entonces la circunstancia que el Lic. Ansaldo, dos años y luego de haber realizado aproximadamente doscientas pericias de armas de fuego (según lo informado por el propio testigo), recordara no sólo las características del arma, sino

también un dato por demás significativo y que indica al menos la subjetividad de su testimonio: al serle preguntado por el Señor Fiscal, menciona el nro. de serie del arma correctamente, en un asombroso ejercicio de buena memoria. Pero a continuación y respecto de preguntas formuladas por esta defensa, del secuestro y su embalaje nada pudo aportar manifestando no recordar quién lo había firmado, por supuesto tampoco menciona el nro. de identificación del mismo, limitándose a señalar que recibió el secuestro en sobre cerrado porque es el procedimiento habitual y para el cual el personal de criminalística está "entrenado"… en tanto la Lic. V. recuerda haber recibido muestras de la oficina judicial en sobre cerrado, sin aportar más datos respecto a su numeración e identificación de firmantes del sobre, limitándose a mencionar que esa información debe surgir del correspondiente formulario de la cadena de custodia.-

Es decir, de la producción de tales muestras y su recorrido no se ha aportado evidencia alguna, y tampoco se han ofrecido como secuestro para su incorporación al debate el mentado sobre cerrado y firmado por quienes intervinieron en su manipulación… por lo tanto no pueden formar parte del plexo probatorio que permita arribar a la conclusión de que el arma de fuego funcionara y hubiera sido recientemente disparada. **Conclusión:** A criterio de esta parte y contrariamente a lo expuesto por el sentenciante, no ha probado el Ministerio Público Fiscal que el arma secuestrada en un primer momento por personal policial, fuera la misma que llegó a manos del perito balístico, y tampoco la existencia de los hisopados producidos por éste último y su correspondencia con los examinados por la lic. V.. El Señor Juez, para arribar a la solución contraria, completa la información que no brindaron los peritos en

sus testimonios y que no se les preguntó, con la que surge de sus informes periciales escritos, lo que permite concluir que existe identidad entre el arma de fuego secuestrada y el hisopado mencionado, con el material incautado en el momento del hecho…".-

Por último respecto del voto del Dr. Casal, el impugnante expresa: "*… emite sus conclusiones en una dirección completamente diferente a la de los preopinantes, tomando exclusivamente en cuenta los dichos de la víctima como testigo único y analizando los motivos por los cuales corresponde plena validez probatoria… refiere: "Por lo demás dicho testimonio concuerda, en lo sustancial, con la restante prueba producida en la audiencia de debate, esto es con los testimonios rendidos por Cristian Andrés Ansaldo, R. A. Z., A. E., J. B. H., M. A. L., A. O. L., C. O. G. y C. A. G. y con el secuestro de parte del armamento utilizado en la comisión del ilícito. Entiendo, pues, que tanto L. A. A. como G. F. S. son los autores del hecho de autos y por el habrán de responder".-*

Continúa por tanto el recurrente subrayando que en este voto no trató debidamente el planteo de la defensa referido a la falta de acreditación de la cadena de custodia respecto del arma de fuego y los hisopos, cuestionando la falta de una respuesta a todas las cuestiones planteadas, entiende que no es una cuestión menor, *"… teniendo en cuenta que de la solución que adopte el Tribunal al respecto, depende el adecuado encuadre legal que corresponde darle al hecho por el que mi representado debe penalmente responder, dentro de alguna de las figuras típicas que el Código Penal expresamente prevé, y por lo tanto se encuentra en términos de nuestra Corte Suprema, íntimamente vinculada con la resolución del caso y*

directamente conectada con principios constitucionales procesales básicos como el debido proceso y la fundamental garantía de la debida defensa en juicio. Al no dar respuesta a la cuestión planteada, no es posible conocer el motivo de sus conclusiones respecto de la acreditación del funcionamiento del arma de fuego (fundamentalmente cuando para ello se basa en forma exclusiva en los dichos de la víctima) y por lo tanto el encuadre legal del hecho enrostrado a mis pupilos, resulta arbitrario y sin adecuada o suficiente motivación. Esta situación provoca lo que la doctrina ha descripto como: "incongruencia omisiva o fallo corto", se produce cuando la sentencia no resuelva sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa".-

*F*inaliza el impugnante haciendo reserva del Caso Federal.-

Por su parte el Ministerio Público Fiscal representado por el Dr. Adrián Cabral -Fiscal General- al contestar el emplazamiento corrido, en sintético escrito rechaza los agravios de la impugnante y solicita la confirmación de la sentencia condenatoria en todos sus términos.-

Emitiré mi voto.-

Han ratificado las partes, tanto la Defensa como el Ministerio Público Fiscal, los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.-

Tal como lo acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa de los imputados ***G. F. S.*** y ***L. A. A.*** resulta admisible toda vez que, debidamente fundada, se dirige contra una sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal Penal). Idéntico argumento cabe predicar en cuanto amplitud del recurso intentado,

toda vez que tal como lo expone Gabriel Pérez Barberá en su artículo “Casación penal y posibilidad de control.-

Alcance del fallo ‘Casal’ y del método alemán invocado por la Corte” (publicado en el sitio elDial.com, el 15/05/07), “… la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca de cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí ‘amplitud’ significa, simplemente, **revisión integral de la sentencia impugnada**…”. También expresa el articulista de mención “… Que la revisión sea ‘integral’, por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a **que su caso sea examinado ‘una vez más’ en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo,** en tanto no sea posible revisarlos…” (cfme. Publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).-

Como así también que “… la sentencia debe ser debidamente fundada de modo que se perciba claramente el itinerario lógico-jurídico del que deriva la resolución final, para permitir el control de legalidad, siendo la obligatoriedad de la motivación de las sentencias un requisito ineludible de validez constitucional, desde la perspectiva federal, conforme lo consagra indirectamente la constitución nacional en su artículo 18. También hay una garantía innominada a la ‘no arbitrariedad’, que fluye del artículo 33, y que constituye un derecho a la exigencia de razonabilidad en los pronunciamientos judiciales…” (cfme. SCBA, 9-5-2001, “L., M. A.. V., O. E.. Robo calificado por el uso de armas”, c.P. 62.071, Ac. 2078).-

En lo concerniente al defecto formal que se denuncia en la pieza impugnativa, cual es la omisión de consignar los datos personales de los traídos a proceso en su encabezamiento, entiendo que puede tenerse por

subsanado con los audios que registran la realización de la audiencia y sus distintas alternativas, que acreditan acabadamente que el pronunciamiento emitido lo es respecto de los coimputados **L. A. A.** y **G. F. S.**, por lo cual el agravio esgrimido con sustento en el mentado déficit, debe ser desestimado. Ello con fundamento en el carácter restrictivo que consagra el ordenamiento adjetivo en relación a la invalidez de los actos procesales en su artículo 31, como así también la Constitución Provincial en su artículo 44, párrafo 6° sobre el mismo tópico.-

De la lectura de los votos del Tribunal, surge en forma evidente que, a excepción del sufragio emitido por el Dr. Daniel Luis María Pintos, quien ha dado completa respuesta a la petición de los planteos defensistas, los restantes ostentan un marcado déficit en dar adecuada fundamentación sobre la cuestión referida a la falta de acreditación de la cadena de custodia de elementos secuestrados y peritados, por los que la recurrente se ha agraviado, sin duda alguna el eje central del reclamo recursivo.-

Ello da como resultado, y así se ha concluido en la deliberación, que corresponde nulificar parcialmente la sentencia en lo atinente a la falta de fundamentación sobre la acreditación de la cadena de seguridad, por adolecer de arbitrariedad.-

Y ello es así toda vez que de las pruebas aportadas por el Ministerio Público Fiscal, entre ellas un arma de fuego e hisopos del alma y alvéolos de la misma, que fueron peritadas por el Licenciado en Criminalística Christian Ansaldo y la Licenciada V. respectivamente, ha omitido el titular de la acción pública el ofrecimiento del formulario correspondiente a la cadena de

custodia del arma de fuego, al igual que los hisopos que ha peritado la licenciada bioquímica V. como establecen las normas del ritual (arts. 267 y 278 CPP); es entonces que requisitos que hacen a la certeza total de una correcta investigación, que en el súb-examine no ha sido traída pone un manto de duda que ha de ser a favor de los imputados y que nos ha permitido arribar durante la deliberación que ha de prosperar la petición subsidiaria de la defensa de los encartados.-

Ello es así, ya que no está en tela de juicio que el remisero R. fue asaltado por un grupo entre los que se encontraban los encartados; tampoco de la utilización de un arma de fuego, es más el imputado A. al ser detenido a unas siete cuadras del lugar teatro de los hechos portaba una entre sus prendas, que fuera numerado al proceder a su secuestro con el nro. 18432/3, pero en un juicio adversarial toda evidencia ha de transformarse en prueba siguiendo los pasos establecidos en el ritual; y demostrar que ha sido así, va en seguridad del principio de igualdad de partes. Favor rei por lo tanto para los imputados que con sustento en el resto de la prueba colectada, deberán responder por la figura penal que establece el art. 166, 2. tercer párrafo y 45 del CP.-

En conclusión: los encartados **L. A. A.** y **G. F. S.** son coautores penalmente responsables de los delitos de Robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada de ningún modo.-

Así fijada la significación jurídica del suceso que protagonizaran los imputados -y por el que fueran juzgados y condenados a

través de la pieza ahora recurrida-, corresponde readecuar la sanción punitiva oportunamente fijada, sin necesidad de reenviar las actuaciones a tal fin.-

A tal fin habré de recordar, tal como lo que tengo dicho en plurales pronunciamientos, que la función judicial de individualización de la pena constituye, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez y representa la cúspide de su actividad probatoria (Jescheck, “Tratado de derecho penal”, p. 787, Ed. Comares, Granada, 1993). La misma debe interpretarse como una discrecionalidad jurídicamente vinculada, por ello deben seleccionarse los principios o criterios de orden valorativo que deban regir dicha función evitando decisiones arbitrarias o desiguales.-

En nuestro Código Penal los factores enunciados en ambos incisos del art. 41 del Código Penal determinan las pautas a seguir, debiendo interpretarse, como unánimemente sostiene la doctrina nacional, que los criterios decisivos son tanto el ilícito culpable como la personalidad del autor (Ziffer, “El sistema argentino de medición de la pena”, p. 23, Universidad Externado de Colombia, 1996).-

Sentado ello, a fin de dosificar el quantum de la pena a imponer habré de tener en cuenta los parámetros precedentemente consignados, ponderando como atenuantes, en el caso de **A.**, su juventud y su carencia de antecedentes penales, y como agravantes, respecto de ambos, la pluralidad de agresores, la nocturnidad y las circunstancias que rodearon al hecho y, en relación a **S.**, además, la condena anterior que registra.-

Por ello y por todo lo expuesto hasta aquí, voto por aplicar a **L. A. A.** y **G. F. S.** la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo,

con las costas del proceso (art. 29 inciso 3° del CP), debiendo asimismo hacerse cesar el encarcelamiento preventivo en atención al tiempo de detención cumplido (artículo 226 inciso 2° del CPP). Así voto.-

Corresponde imponer las costas a los imputados y regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, su incidencia en el resultado del proceso, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de dos mil pesos ($ 2.000).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios planteados por el impugnante contra la Sentencia venida en revisión, los argumentos del Ministerio Fiscal ni los del A-quo, remitiendo para ello, en honor a la brevedad, a lo expuesto por la colega preopinante.-

El primer agravio de la Impugnación ha sido dirigido a la ausencia de los datos personales de los acusados, excepto sus nombres de pila y apellidos, en el texto de la Sentencia, aserto que puede simplemente verificarse de la mera lectura del acto cuestionado, pues solo figuran allí, en lo que tradicionalmente se denomina “exordio”, los mentados nombres de L. A. A. y G. F. S..-

También asiste razón al impugnante cuando arguye que el art. 330 inc. 1ro. del CPPCh. denomina como “Requisitos esenciales de la Sentencia”, entre otros, a la consignación de los datos personales de los acusados.-

Los arts. 162 y 164 del rito resultan una muestra acabada de lo que el legislador ha pretendido respecto del régimen de nulidades procesales: reducirlo, para que opere solo en los casos en los que el vicio no haya podido ser saneado, no se encuentre convalidado, y afecte ciertamente garantías de raigambre constitucional. Es decir, se halla previsto de forma mas restrictiva que el sistema anterior, y continúa obedeciendo al antiguo principio que desaconsejaba declarar una nulidad “por la nulidad misma”.-

Ahora bien, puede también observarse a simple vista, a fs. 172 de la Carpeta judicial inherente a este caso, que en el acta de la Audiencia de Juicio Oral fueron perfectamente identificados los acusados, con la consignación de sus datos personales, por lo cual no caben dudas que la Sentencia que se impugna se ha correspondido con ese Juicio y los imputados, en ambos actos, tienen la misma identidad.-

Es más, si de apreciar el menoscabo a garantía constitucional alguna se trata, la Defensa pudo ejercer el derecho que aquí estaba en juego, el derecho al recurso, y por ello nos encontramos resolviendo estas cuestiones, como se verá, con bastante éxito para sus pretensiones.-

En definitiva, no puede atribuírsele a un error material, de eso se trato la omisión de consignar otros datos personales en la Sentencia más allá de sus nombres, el carácter de vicio de un entidad relevante, por lo cual hemos coincidido en el Acuerdo que este agravio no debe prosperar.-

II.- Los restantes agravios remiten a la falta de fundamentación suficiente del fallo y a su incongruencia omisiva, los que generarían la invalidación total del acto. –

Concretamente, el impugnante aduce que un vocal del Tribunal, el Dr. Casal, no trató uno de sus argumentos de crítica al procedimiento llevado a cabo por el Acusador Público, el más importante, referente a que no se pudo acreditar que el arma de fuego exhibida en el Juicio fuera la efectivamente utilizada en el hecho, por falencias en la verificación de la "cadena de custodia" del instrumento.-

Luego, arguye que otro vocal, el Dr. Juárez, dio una respuesta inmotivada al planteo, vulnerándose así otro recaudo del art. 330 del rito, el inc 3ro., en lo referente a los fundamentos de la Sentencia.-

III.- Adelanto, más allá de la decisión ya hecha conocer a las partes oportunamente, que asiste razón al recurrente en cuanto a que uno solo de los miembros del Tribunal dio una respuesta fundada a su planteo, el Dr. Pintos, pero no los restantes, lo cual coloca al pronunciamiento atacado en una de las hipótesis de invalidez.-

Aunque, en lo que no hemos de coincidir es en los alcances que el impugnante pretende darle a tal irregularidad. Nótese la diferencia con la cuestión tratada anteriormente, ya que la ausencia de los datos personales de los acusados no tuvo incidencia en ningún aspecto que derivara en mengua alguna al derecho de defensa en juicio, y por el contrario, la aptitud para el disparo del arma de fuego impactaba nítidamente en la calificación legal del hecho, la cual podía variar si se determinaba que el instrumento de tales características secuestrado podía no ser el luego peritado, por existir falencias en su cadena de custodia.-

En tal hipótesis, y en el supuesto de que la prueba directa del suceso (declaración de la víctima, eventuales testigos y rastros hallados en

la inspección ocular realizada), no pudieran despejar tal interrogante sobre el funcionamiento del arma, se hubiera concretado la situación descripta, y peticionada, en subsidio por el recurrente, concerniente a la utilización del precepto jurídico del último párrafo del art. 166 inc. 2do. del CP, no la del segundo párrafo aplicado por el Tribunal de Juicio, que contiene una escala penal inferior al contenido en la Sentencia.-

He allí el perjuicio propio de la invalidación requerida, declaración de nulidad que debe ser parcial, pues la Sentencia trata correctamente, como analizaremos a continuación, los ítems materialidad y autoría delictivas.-

Incluso, tampoco será menester profundizar en si se dio estricto cumplimiento a la acreditación de los pasos propios de la “cadena de custodia”, sino a los argumentos utilizados por el Tribunal para descartar el planteo defensista, los que o no han sido dados por uno de los Magistrados, o la construcción en cuanto al punto de otro sufragio puede calificarse como de fundamentación aparente, extremos que desplazan la cuestión a un vicio propio de la Sentencia, tal como, también, sostiene el recurrente.-

IV.- El día 24/10/08 entre la 1:30 y las 2 de la madrugada, P. R., peón de un vehículo de alquiler afectado a la remisería 30 de Octubre, efectuó un viaje con un pasajero, “gordito de pelo largo, alto” desde el local hasta el Barrio Ceferino, donde lo dejó, subió otro pasajero que le dijo que se dirija al Barrio La Floresta, y de allí al Barrio Moure, donde al llegar a una casa de machimbre lo hizo detenerse, volviendo a aparecer en escena el “gordito”, y subiendo en el asiento del acompañante otra persona que le apuntó con un arma de fuego. Eran cuatro sujetos que lo trasladaron a otro sitio, en el que le

sustrajeron la suma de $350, y lo colocaron en el baúl del auto, de donde pudo evadirse instantes después dándose a la fuga, percibiendo detrás de sí el sonido de disparos de arma de fuego. Luego, pudo dar aviso a la Policía. En líneas generales, así se expresó R. en Juicio.-

Instantes después, en calle Juan XXIII e Islas Leones se produjo la detención de A., en condiciones de “cuasi flagrancia”, el cual portaba un arma de fuego (cuya cadena de custodia fuera objetada), A ello cabe adicionar. la aprehensión de M. C. en idéntica situación que A., portando un arma blanca, hoy rebelde, y luego, la orden de detención librada contra S..-

El plexo testimonial del Debate resultó abundante y conteste en lo referente a reconstruir todos los tramos mencionados, mediante la deposición de los Funcionarios del orden que actuaron en los procedimientos indicados, como de las personas que ocasionalmente auxiliaron a R., el que señaló en Juicio a los acusados, S. y A., como algunos de los partícipes en el hecho.-

Toda la trama probatoria ha sido analizada correctamente en la Sentencia por los tres Magistrados, en lo concerniente al suceso y las aprehensiones de A., C. y posteriormente de S., el primero y el último reconocidos por la víctima.-

De allí que la ausencia de fundamentación en dos de los sufragios respecto de la imposibilidad de reconstruir el camino de “la cadena de custodia” del arma de fuego que fuera incautada en poder de A., no afecta la conceptualización realizada por los Jueces sobre el hecho en sí.-

V.- Pero no ocurrió lo mismo con el planteo de la Defensa destinado a objetar el debido resguardo de las evidencias, concretamente el arma de fuego.-

Aquí se impone reiterar que asiste al Defensor razón cuanto asevera que no obtuvo respuesta por parte del Tribunal colegiado, estando allí el vicio, pero por tal motivo no hemos de introducirnos en la cuestión propiamente dicha de la “cadena de custodia” del arma, pues para ello deberían haber argumentos de rechazo de la invalidación pretendida, por el A-quo, y es lo que precisamente falta.-

El Dr. Juárez consideró al planteo de la Defensa como “inconsistente y apresurado”, basando su enfoque en los testimonios de los peritos Ansaldo y V.. Y el Dr. Casal, directamente, no lo trato en su exposición.-

En tales condiciones, es obvio que la Sentencia presentaba un vicio, pues el mentado art. 330 inc. 3ro. del rito impone que tales actos jurisdiccionales sean fundados, lo cual aquí en cuanto al tema aludido, no fue cumplido.-

VI.- Ello impacta decisivamente en la calificación legal En cuanto debe prosperar, el agravio de la Defensa si bien no acarrea la nulidad de toda la Sentencia, si lo hace respecto de la conceptualización del arma de fuego utilizada en el hecho, la cual al no poder determinarse si ostentaba identidad con la exhibida en Debate y previamente peritada, debemos tomarla como un instrumento cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse.-

Si bien R. percibió en su huida del baúl del rodado sonidos asimilables a disparos, tal percepción, en el contexto de una fuga, con el estado de nervios y excitación propios de ello, no alcanzan para adquirir la certeza

requerida en orden a determinar que el arma de fuego utilizada en el evento podía emitir disparos, que lo hizo y menos aún que dicha arma resultó ser la incautada.-

Entonces, el efecto de viabilizar el agravio aludido resulta el cambio de precepto jurídico, siendo aplicable al caso el art. 166 inc. 2do. del CP , último párrafo.-

VII.- La Defensa ha impetrado, en subsidio de la petición principal, el cambio de calificación que en definitiva ha prosperado, y la fijación del mínimo de la pena prevista, tres años de prisión.-

En una escala que iba de los seis años y ocho meses de prisión a los veinte años, el Tribunal de Juicio condenó a S. y A. a siete años de prisión, es decir, un monto cercano al mínimo.-

Sintéticamente, el A-quo valoró como atenuantes la edad de los acusados y sus circunstancias de vida, formación socio cultural , familiar etc, y como agravantes las notas que parten del injusto en sí, violencia, intimidación nocturnidad, superioridad numérica.-

En rigor, y en virtud del sentido de este acto, procedería el reenvío a los fines que se realice un nuevo Juicio sobre la pena. Pero los argumentos del Tribunal han sido correctos en lo que hace a la evaluación de la situación de los imputados frente al reproche punitivo, en virtud de lo cual, para evitar un desgaste estéril, resulta posible respetar el razonamiento seguido por los Jueces de grado, con la siguientes modificaciones.-

En primer término, la escala que aquí se impone es inferior, pues va de los tres a los diez años de prisión. Luego, si bien, insisto, cabe reiterar sobre el punto el enfoque de los Jueces, no puede soslayarse que si

estos hubiesen tratado la cuestión atinente a la cadena de custodia en la Sentencia, quizás la calificación legal del hecho allí hubiera variado y el tiempo de detención de los acusados se hubiera acortado.-

En tal inteligencia, correspondiendo estar muy próximos al mínimo legal, por tratarse de una extensión de escala más reducida, y debiendo computar aún otra circunstancia favorable a los acusados, la fijación de la condena debe quedar en el vértice inferior de dicha escala, es decir, tres años de prisión.-

Hemos deliberado y coincidido en que no resulta adecuado al caso la utilización de la herramienta del art. 26 del CP, posible en virtud de la perna a la que arribamos, más allá que no fue solicitada por la Defensa, por las propias circunstancias del trámite, según las cuales los imputados ya soportaron un prolongado tiempo de prisión preventiva y medida alternativa a esta, lo que, de alguna manera, desnaturalizaría a esta altura un pronunciamiento referido a una condena en suspenso.-

Por último, imponiéndose el principio de la duda (art. 28 del CPPCh.), en lo concerniente a la aptitud de disparo del arma incautada en poder de A., debe caer la concurrencia ideal, resuelta por el A-quo, con el delito de Portación de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo CP). Así voto.-

En lo que respecta a la regulación de honorarios e imposición de costas coincido con lo manifestado por la Sra. Juez que vota en primer término.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **RODRIGUEZ** dijo:

1. Entrando al tratamiento de los agravios propuestos por el recurrente, remitiéndome a los antecedentes del caso prolijamente enunciados en el primer voto, anticipo que habré de coincidir con los colegas preopinantes en cuanto sostienen que la falta de consignación en el acto sentencial de los datos completos de los acusados, sin dejar de ser una omisión cuestionable, no alcanza a erigirse en una causa invalidante del fallo por cuanto, pese a que sólo se consignan los nombres y apellidos, el decisorio hace una remisión a los datos completos que obran en la causa y, además, la descripción del hecho contiene elementos suficientes como para discriminar con claridad la individualización de cada uno y la concreta atribución de responsabilidad que se les atribuye.-

Constituiría, en mi opinión, un exceso ritual inadmisible invalidar el fallo como consecuencia de la mencionada irregularidad, en tanto no se ha invocado siquiera la existencia de error o confusión alguna en la identificación, como tampoco en el tratamiento de la situación procesal de cada uno de los recurrentes, siendo que durante el curso del proceso los acusados han sido debidamente identificados.-

La sanción de nulidad, *última ratio* dentro del elenco que prevé el rito para tratar un procedimiento irregular, sólo resulta procedente ante la constatación concreta de una lesión constitucional, circunstancia que no se ha verificado en autos, correspondiendo por ende rechazar el primer planteo postulado en la impugnación.-

2. El segundo agravio propuesto por la Defensa consiste en señalar que el fallo de condena carece de fundamentación acerca de un aspecto esencial y oportunamente planteado por su parte, cual es la denuncia

formulada en el juicio acerca de la falta de acreditación de la cadena de custodia del arma de fuego, elemento que fuera tomado como base para aplicar la figura agravada del robo que prevé el art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, del Código Penal.-

Indica el impugnante que en el caso la Fiscalía, no habiendo acreditado la regularidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad tendientes a la preservación del referido objeto, no pudo demostrar la correspondencia entre el arma de fuego secuestrada en la causa por personal policial y aquella que llegó a manos del perito balístico, como tampoco la existencia de los hisopados producidos y su correspondencia con los examinados para elaborar la pericia bioquímica.-

Para fundar su planteo el Sr. Defensor repasa detalladamente la postura asumida al respecto por cada uno de los Sentenciantes, indicando que el primero de los votantes, Dr. Juárez, descarta el referido planteo con un argumento más aparente que real, en tanto pretende que una mera transcripción de los dichos en juicio de los peritos –balístico y bioquímica- resulta suficiente fundamento para concluir que la postura defensista es inconsistente por apresurada. Agrega que el tercer votante, Dr. Casal, omite completamente el tratamiento del asunto.-

3. Cabe recordar que el cuestionamiento de la Defensa se refiere a un aspecto medular del proceso penal, cual es el vinculado a las reglas que tienden a asegurar que los objetos de prueba obtenidos por los órganos de la persecución penal no sean modificados o alterados. Dicho en otras palabras, se trata de garantizar un *continuo de integridad* de la evidencia para garantizar “con plena certeza que las muestras y objetos analizados posteriormente y

expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos...Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por distintas razones debe manipular dichos elementos" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, fallo citado por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado,* UCI, San José, 1998, ps. 469-472).-

Así, en el citado fallo el máximo tribunal costarricense afirmó el deber de todos los funcionarios penales de garantizar la seguridad e integridad del material secuestrado durante "seis diferentes momentos: recolección, extracción o levantamiento; preservación y empaque; transporte; entrega a las autoridades jurisdiccionales; análisis pericial; custodia definitiva hasta el final del juicio", y en todos ellos, obviamente, existen reglas procedimentales que cumplen la esencial función de asegurar ese continuo.-

4. Dicho lo anterior, he de coincidir en la crítica que formula la Defensa pues entiendo que el razonamiento del primer votante configura en el punto una fundamentación aparente, que no da respuesta satisfactoria al cuestionamiento planteado al respecto, lo cual equivale a ausencia de fundamentación.-

Por un lado, por cuanto no se advierte de qué manera ha valorado el Sentenciante los testimonios a partir de los cuales pretende dar contestación a la crítica pero, además, no surge del razonamiento seguido el

modo en que aquellos se relacionarían con el cumplimiento en el caso de las normas que regulan el levantamiento, traslado y preservación del objeto secuestrado, reglas cuyo incumplimiento había denunciado la Defensa.-

En efecto, considero que a partir de la mera transcripción de los dichos de los peritos intervinientes acerca de las operaciones practicadas sobre el arma sólo podría derivarse lógicamente que durante la etapa de manipulación de dicho objeto se habrían cumplido dichas reglas, pero nunca la conclusión de que la crítica de la Defensa en el punto es “inconsistente por apresurada” sin otro argumento que así lo demuestre.-

Y si bien podría aceptarse que el cumplimiento de la cadena de custodia, ante la falta de demostración de las formalidades prescriptas por la ley, se acreditara de modo independiente –por caso a través de testigos- es preciso contar con una ponderación racional y suficiente que permita suplir válidamente, sobre la base de la aplicación de los principios generales sobre valoración probatoria, aquella omisión.-

5. Al referido déficit de fundamentación que exhibe el primer voto en el tema en cuestión se suma la absoluta omisión de tratamiento del asunto por parte del tercer votante, Dr. Casal, quien prescinde de toda consideración sobre el punto, tal como si la cuestión –esencial para la postura de la Defensa- no se hubiese planteado.-

Siendo ello así, y pese a que el segundo votante –Dr. Pintos- ha fundado suficientemente su postura contraria al requerimiento defensivo, su solitaria opinión no alcanza para conformar la voluntad de la mayoría del tribunal colegiado, careciendo por ello de motivación el fallo en el punto en crisis.-

6. Es sabido que, tratándose de un tribunal pluripersonal, la decisión para ser válida debe estar fundada en la opinión concordante cuando menos de la mayoría absoluta de sus miembros. Y si bien no hay reglas rígidas acerca del modo en que los tribunales deben proponer las cuestiones a tratar, es claro en el caso que la apuntada cuestión configura un aspecto del juicio -perfecta y claramente individualizado por la Defensa- de ineludible tratamiento individual por parte de los Jueces, por resultar esencial para la subsunción jurídica del hecho.-

La doctrina explica que "...la exteriorización del razonamiento permite el control de la corrección sustancial y de la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución Nacional (art. 18, CN), para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva... La *demostración* de la imputación supone que la convicción a que llegue el juez a partir de los elementos probatorios se forme –o al menos se justifique- a través de inferencias legítimas. Y la única forma de controlar la legitimidad de dichas inferencias es, precisamente, frente a una motivación expresa donde quede reflejado ese razonamiento..." (Díaz Cantón, Fernando, con cita de De la Rúa, "Los recursos en el procedimiento penal", ed. Del Puerto, Buenos Aires, año 2004, p. 164).-

Sin la exigencia de fundamentación de la sentencia perderían sentido la mayoría de las reglas de garantía del proceso, particularmente las vinculadas al derecho del acusado a ofrecer pruebas, a refutar las alegaciones de la parte acusadora o a resistir sus conclusiones. Si al

concluir el proceso los jueces no estuvieran obligados a explicitar por qué hacen prevalecer unos argumentos sobre otros o no debieran evaluar las críticas dirimentes de descargo, la garantía de la defensa en juicio sería una mera expresión retórica carente de todo contenido.-

7. La ausencia de motivación denunciada impide constatar la corrección del razonamiento seguido por los Sentenciantes –a excepción de uno de ellos, insisto- para descartar el cuestionamiento de la Defensa, concretamente la ausencia de prueba acerca de la identidad del arma de fuego secuestrada con aquella que fuera objeto de peritación en la causa.-

La decisión se presenta, en el punto concreto, como arbitraria y, por ello mismo, carente de validez el encuadramiento escogido, ya que el tipo penal agravado del segundo párrafo del art. 166 inc. 2º incluye el elemento descriptivo “arma de fuego” en tanto y en cuanto pueda predicarse con certeza que sea *apta* para producir disparos.-

Idéntica consideración cabe formular respecto del tipo penal previsto por el art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo, esto es, la portación de arma de fuego de uso civil, cuya aplicación debe dejarse sin efecto por los mismos fundamentos.-

En otras palabras, la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto debe ser necesariamente restringida, ya que la falta de fundamentación del fallo respecto de un hecho que sirve de base al encuadramiento escogido, esto es, la identidad del objeto secuestrado respecto del peritado, torna incierta la conclusión de tenerlo como apto para producir disparos y, por ende, no puede subsumirse el hecho en los pretendidos preceptos penales.-

8. Sin embargo el señalado vicio no expande sus efectos al resto de la decisión, resultando impropio el planteo de nulidad del fallo y el pedido de absolución de los acusados solicitado en primer término por el recurrente. Insisto, en modo alguno se advierte que la apuntada irregularidad, vinculada a los alcances de una circunstancia agravante, afecte al resto de las conclusiones de hecho y de derecho que contiene el fallo y que demuestran la autoría responsable de los acusados en el hecho.-

Cabe, pues, privar de efectos al pronunciamiento sólo respecto del punto cuestionado, haciendo lugar al planteo subsidiario de la Defensa, y mutar la calificación legal del hecho atribuido por la de robo agravado por uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (art. 166, inc. 2º, tercer párrafo, del Código Penal), pues ha quedado fuera de duda la utilización para cometer el robo de un elemento de esas características, circunstancia que no cabe sino subsumir en la mencionada norma sustantiva.-

9. Habiendo acogido el Tribunal el planteo subsidiario de la Defensa resta analizar si, tal como lo solicita, resulta procedente readecuar la pena en esta instancia o, en su caso, reenviar el proceso a la instancia anterior para que se realice un nuevo juicio de cesura de pena.-

En esa senda he de coincidir con los Magistrados preopinantes en punto a que no cabe efectuar un reenvío, toda vez que la pena que estimo justa se ubica en el mínimo de la escala penal, lo cual implica que imponerla en esta instancia ningún perjuicio causa al recurrente.-

La posición de entender ajustada al caso una pena de tres años de prisión surge de considerar, por un lado, que la sentencia impugnada

ha aplicado, para la calificación legal oportunamente escogida, una pena que se ubica prácticamente en el límite inferior de la escala penal y, por ende, ya no cabría apartarse de dicho margen punitivo sin lesionar el principio que prohíbe la *reformatio in pejus*. Por otra parte, relacionando dicho monto sancionatorio y el tiempo en que han estado privados de libertad los acusados, es claro que han superado holgadamente en prisión preventiva el lapso necesario para acceder al beneficio previsto en el art. 13 CP y tal situación merece compensarse.-

Esta última circunstancia –el tiempo de encierro cautelar cumplido-, que motivara el dictado del cese de prisión en los términos del art. 226 inc. 2º CPP, neutraliza la necesidad de valorar la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena.-

Adhiero, pues, a la postura de fijar la sanción a imponer a los acusados en el mínimo de la pena prevista para el delito de Robo agravado cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada (art. 166 inc. 2º, tercer párrafo, del Código Penal Argentino), esto es, en tres años de prisión de efectivo cumplimiento. Así voto.-

Corresponde imponer las costas a los imputados (art. 239 y concordantes del C.P.P.), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de Pesos dos mil ($ 2.000.-), por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA (art. 5, 7, 9, 13 y ccdtes. del decreto-ley 2200, t.o. ley 4335, actual ley XIII Nº 4)y art. 59 de la ley V Nº 90 -antes 4920.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------**1º)** **HACER LUGAR** parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa de

los acusados **L. A. A. y G. D. S.**, contra la sentencia Nº 59/10 dictada en fecha 14 de octubre de 2010 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria Nº 59/10 dictada respecto de L. A. A. y G. D. S., condenándolos en definitiva a la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, con costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser coautores penalmente responsables del delito de Robo agravado por el uso de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada de ningún modo (arts. 45 y 166 inciso segundo, último párrafo, del citado cuerpo legal), en orden al hecho ocurrido el 24 de octubre de 2008 en esta ciudad y en perjuicio de P. A. R., e imponer las costas a los imputados (art. 239 y concordantes del C.P.P.).----------

3º) DISPONER en atención al tiempo de detención cumplido, el cese del encarcelamiento preventivo de L. A. A. y G. D. S. art. 226 inciso 2° del CPP), a cuyo fin se librará oficio a la Directora de la Oficina Judicial de esta ciudad ordenando la libertad de los nombrados, la que se hará efectiva previo constatar la inexistencia de medida privativa de la libertad dispuesta a su respecto por otro magistrado en otro proceso judicial, debiendo constituir domicilio hasta tanto quede firme la presente y se inicie el trámite de ejecución de la pena -transformación en libertad condicional- por parte del Juez competente.----------

4°) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($ 2.000).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrado por impedimento ulterior de la Dra. Mónica Rodríguez (art. 331, *in fine*, CPP).-