CAUSA: "FROVINCIA DEL CHUBUT c/ C., R. A. (Carpeta de la Oficina Judicial Esguel NIC N° 624-Legajo de Investigación Fiscal N° 5619).-

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de agosto de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por el **Dr. Víctor Alberto SARQUIS**, en su carácter de Presidente, y **los Dres. Omar Florencio MINATTA y Rafael LUCCHELLI**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ C., R. A." (Carpeta de la Oficina Judicial Penal de Esquel, N° 624, Legajo de Investigación Fiscal N° 5619)**, en las que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, **Dr. Hernán DAL VERME**, en representación del Ministerio Público Fiscal, **el Dr. D. A. S.**, como Abogado Defensor Particular del imputado **Sr. R. A. C. y éste.**

Y CONSIDERANDO.

Que el día 10 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Víctor Alberto SARQUIS, en la que el Sr. Abogado Defensor Particular del imputado R. A. C., Dr. D. A. S., ratificó y mejoró los fundamentos de los agravios contenidos en la impugnación ordinaria que oportunamente articulara (conf. escrito fs. 73/85 vta, de la Carp. Of. Jud. Esquel NIC N° 624, Leg. Fisc. N° 5619), tanto contra

la sentencia definitiva que dictara el Tribunal de Juicio Colegiado de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. Cristina Isabel Jones, Jorge Eyo y Jorge Alberto Criado, el día 09/02/09, que declarara a aquél autor responsable de los delitos de Robo Agravado por Escalamiento y Efracción en Concurso Ideal con Privación de la Libertad Agravada por el uso de Violencia (arts.167, incs. 3 ° y 4 ° , 163,inc. 4 ° , 142, inc. 1 ° y 54 del C.Penal), que fuera registrada bajo el N°184, F° 231/252, Año 2009, Of. Jud. Penal Esquel (conf. fs.43/63 CJ cit.), como también contra la dictada por el mismo Tribunal en el juicio de cesura sobre la identificación y mensuración de la pena.- Según esta última, el Tribunal referido, por sentencia del 13/02/09, registrada bajo el N° 205, F° 277/282, Año 2009, Of.Jud. cit., le impuso a R. A. C. la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, de cumplimiento efectivo, y las costas del juicio, como autor material y penalmente responsable de los hechos cometidos en esta ciudad de Esquel, el día 09 de junio de 2008, que damnificara a la Sra. N. N. M.-

Reiteró el Sr. Defensor Particular citado, los fundamentos por los cuales requiriera en el escrito impugnatorio referido, en primer lugar, se decrete la nulidad absoluta de las audiencias de los días 17, 18 y 19 de julio de 2008, celebradas en el marco de la Solicitud Jurisdiccional de Prueba Anticipada N ° 2734, en el cual se receptara con el apoyo técnico de la Cámara Gesell el testimonio de la única testigo víctima del hecho -que citara más arriba-, y las diligencias de reconocimientos de objetos secuestrados y de voz; en segundo lugar, la revocación de la sentencia impugnada por diversas violaciones a las garantías del debido proceso y de la Defensa en Juicio, que puntualizó; en tercer término, la modificación de la calificación legal escogida por el fallo y en su caso, y en cuarto lugar la

modificación de la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena, que le impusiera a su pupilo la decisión impugnada.-
Tales agravios fueron contestados en la audiencia por el Sr. Fiscal General Dr. Hernán Dal Verme, quien no obstante reiterar la postura que asumiera en la audiencia de juicio el Sr. Fiscal General, Dr. Martín E. Zacchino, con más la ratificación y mejora de sus fundamentos, respondió puntualmente tanto al pedido de nulidad absoluta propiciado por el impugnante, así como a los cuestionamientos de éste a las sentencias antes citadas, propiciando el rechazo de la impugnación y la confirmación en todos sus términos del decisorio puesto en crisis.-
Replicó brevemente el Sr. Defensor sobre aspectos puntuales señalados por el Fiscal dándosele finalmente la palabra al imputado C. para que manifieste lo que considerara pertinente en relación a su defensa material, manifestando no tener nada que agregar. -
Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a las cuestiones que fueran objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 50 párrafo, CPP).
A esos fines, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: 1°) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación planteada por el Sr. Defensor del imputado R. A. C. contra la sentencia que lo declarara autor responsable de los delitos antes referidos, como contra el decisorio que le impusiera la pena y su modalidad de cumplimiento, tal como se individualizara más arriba? y
2°), en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.
Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 50 pár., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: Sarquis - Lucchelli- Minatta.-

El Dr. Víctor Alberto SARQUIS, dijo:

I.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA: Conforme la síntesis de los antecedentes reseñados, llegó el presente caso a conocimiento y decisión de este Tribunal con motivo de la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor Particular del imputado, Dr. D. A. S. contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. Cristina Isabel Jones, Jorge Eyo y Jorge Alberto Criado, dictada el día 09/02/09, que declarara al imputado Sr. R. A. C. como autor material y penalmente responsable de los delitos de Robo Agravado por Escalamiento y Efracción en Concurso Ideal con Privación de la Libertad Agravada por el uso de Violencia (arts.167, incs. 3 ° y 4°, 163 inc. 4°, 142, inc. 1° y 54 del C.Penal), la que fuera registrada bajo el N°184, F° 231/252, Año 2009, Of. Jud, Penal Esquel (conf. fs.43/63 CJ cit.), en relación a los hechos cometidos en esta ciudad de Esquel, el día 09 de junio de 2008, que damnificara a la Sra. N. N. M., que se juzgara en el debate oral y público que precediera a su dictado.-

Realizada la audiencia en la que se planteara el contradictorio sobre la identificación y mensuración de la pena (Juicio de Cesura, conf. arts. 329, tres últ, párr., 343 y 344 del CPP), se aplicó al causante, como autor responsable de los delitos citados, la sanción de tres años de prisión, de efectivo cumplimiento, con más las costas del juicio (arts. 29 inc. 3°,40 y 41 del C. Penal), ordenando la devolución al imputado de los objetos que le fueran secuestrados, a excepción de los trozos de alambre y del guante de látex, sobre los cuales se dipuso su decomiso y destrucción (arts. 23 del C. Penal y 333 del CPP); todo según sentencia antes citada del 13/02/09, registrada bajo el N° 205, F° 277/282, Año 2009, Of.Jud. cit.-

Las pretensiones del recurrente, expuestas en su escrito impugnatorio de fs 73/85 vta, de la CJ cit., apuntaron, en

primer lugar a que se decrete la nulidad absoluta de las audiencias de los días 17, 18 y 19 de julio de 2008, celebradas en el marco de la Solicitud Jurisdiccional de Prueba Anticipada N ° 2734, en el cual se receptara con el apoyo técnico de la Cámara Gesell el testimonio de la única testigo víctima del hecho -que citara más arriba-, y las diligencias de reconocimientos de objetos secuestrados y de voz; en segundo lugar, a que se revoque la sentencia impugnada por diversas violaciones a las garantías del debido proceso y de la Defensa en Juicio, que puntualizó; en tercer término, a que se modifique la calificación legal escogida por el fallo y en su caso, y como cuarto punto, que se cambie la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena, por la imposición de ésta en forma condicional.-

II) RESEÑA DE LOS AGRAVIOS PLANTEADOS.-

El desarrollo de los agravios implicó los puntos que trataré de reseñar a continuación, sin perjuicio del mayor desarrollo contenido en el escrito impugnatorio y del que resulta del mejoramiento de fundamentos planteados en la audiencia que precediera a este decisorio.-

En cuanto al primer agravio, la Defensa Técnica del imputado, como vimos, volvió a reeditar en esta instancia el planteo de nulidad de lo actuado en las audiencias celebradas el 17, 18 y 19 de julio de 2008, en que se recepcionara con el soporte técnico de la Cámara Gesell, la declaración testimonial de la víctima, Sra. N. M. así como las diligencias de reconocimiento por ella de objetos y de voz, en el marco del Anticipo Jurisdiccional de Prueba N ° 2734, requerido por el MPF (conf. constancias de las actuaciones y respaldo de audios y video contenidos en la ev. "H" del Leg. Fiscal) y que tramitara durante el desenvolvimiento de la etapa penal preparatoria, planteo de nulidad que efectuara primeramente ante la Sra. Juez Penal, Dra. Graciela Anabel Rodríguez, el que fuera sustanciado en

la audiencia del 25/07/08 convocada al efecto y promovida por la Defensa y que correspondiera a la Solicitud Jurisdiccional N° 2902, de la CJ cit., en que fuera rechazado por la citada Magistrada, formulando el Sr. Defensor reserva de volver a plantearlo en las instancias procesales siguientes, lo que hizo al celebrarse la audiencia preliminar, con sostén en idénticos fundamentos y resultado y formulando reserva de plantearla nuevamente en el debate (conf.const. acta aud. Cit, fs. 21/23 CJ cit., en esp. 21 vta, y audios respectivos, que revisamos), tal como ocurriera, introduciendo allí similar planteo como cuestión previa, que también fuera resuelta negativamente por el Tribunal de Juicio Colegiado que interviniera en el mismo (conf. const. acta de la aud. cit., y res. jurisd., fs. 38 y 38 y vta. CJ cit., y audio respectivo). -

Sostuvo el impugnante que como ya lo reiterara en sus anteriores planteos, su agravio apunta a la forma irregular e inconsulta en que se realizaran las audiencias fijadas en el marco del anticipo jurisdiccional de prueba, enmarcada en la solicitud jurisdiccional N° 2734, obteniéndose allí evidencias procesales -como la declaración testimonial de la víctima, y el reconocimiento por parte de ella de objetos y de voz-, que a la postre fueran utilizadas para sostener la atribución de los hechos investigados a su defendido, incorporándoselos como prueba (Ev."H" del Legajo de prueba del MPF), sin que, por falta de notificación fehaciente y previa a la Defensa de la realización de tales audiencias y diligencias, el impugnante, Defensor de confianza del imputado Sr. C. -que venía actuando desde el inicio del proceso-, haya tenido la posibilidad de controlar la producción de tales pruebas, formular preguntas o repreguntar, en el marco de la estrategia que previamente planificara.- Entendió que tal falencia no ha podido suplirse -como se pretendiera-, con

el reemplazo del Defensor Particular del imputado por la designación de oficio por el Juez de un Defensor Público, para que asista a su defendido en dichas audiencias, "...con violación a la manda ritual y constitucional del ejercicio de la defensa de su confianza..." (citó arts. 9 y 10 del CPP, 18.9, 44 y 45 de la Const. Prov. y ex Ley 4558), sumándose a los vicios señalados, la inobservancia de los arts. 91 y sgtes. del CPP, a más de la aplicación "...en forma unilateral y sin atribución para ello...", de las posibilidades previstas en el art. 96, 3er.y 4to. párr. del rito, lo que "...torna nula, de nulidad absoluta, las audiencias celebradas el día 17 y 18 julio 2008...".- Y luego de explayarse sobre la importancia, necesariedad e imprescindibilidad de la defensa técnica del imputado en un proceso penal, más si es de tinte acusatorio como el nuestro, reiteró que en el caso se ha afectado la garantía de la defensa en juicio, desde que el anticipo jurisdiccional de prueba citado, "...se ha llevado adelante sin cumplir las formalidades de ley...", pues el testimonio así obtenido no pudo ser controlado por el defensor de confianza del imputado -que fuera desplazado unilateral y arbitrariamente del ejercicio de la defensa-, acotando que por más que se convoque "...a un tercer defensor ajeno al proceso, la defensa se encuentra a cargo exclusivamente del abogado de confianza...", cuestionando también que se observa en el video respectivo, que en el reconocimiento de objetos, no "...se pusieron piezas de similares características a las que fueron secuestradas...", tratándose entonces de una mera exhibición de objetos y no de un reconocimiento de ellos, violando los arts. 208 y 210 del CPP, puntualizando también las irregularidades formales que pudo observar en el reconocimiento de voz, que también detalló, anunciando que no obstante, ello integrará el marco del siguiente agravio.-

Asimismo advirtió no haber convalidado actos que pudieran surgir de las audiencias celebradas, a los efectos procesales pertinentes, desde que en cada instancia ha reiterado similar planteo nulificante y formulado las reservas pertinentes para los planteos posteriores que fue realizando, entendiendo que convalidar estas actuaciones "... es poco menos que desconocer el debido proceso garantizado...". -

Finalmente afirmó su convicción de que se ha vulnerado el debido proceso y la defensa en juicio, porque sin perjuicio de haberse designado en forma incorrecta un abogado de la defensa pública, el abogado participante de la audiencia no tenía a su cargo la debida teoría del caso que se plantearía en el debate, desde que sólo se lo designó para esa audiencia, lo que implica que se haya lógicamente privado al imputado de ejercer plenamente su defensa correspondiente. - Y ello, no es reprochable al abogado defensor actuante ocasionalmente, porque se estaba ante una clara violación de la defensa en juicio, dejando al abogado de confianza sin el verdadero control de la prueba y del contradictorio que se debe producir en este tipo de audiencias.-

Por ello entendió que esta forma de obtención de pruebas, a más de rayana en la ilicitud, es por su simple observación, nula,"... y de allí surgirá también la arbitrariedad de la sentencia final por la utilización... de este medio probatorio...", lo que, por otro lado, la hace pasible de ser impugnada en los términos del artículo 372, inc. 4° del CPP.-

El segundo agravio apunta a la crítica que merece el fallo en cuanto a las falencias advertidas en la valoración de la prueba referida a la autoría y materialidad del ilícito imputado, así como también a la orfandad del material probatorio colectado y a los defectos de motivación que a

su juicio el señor Defensor observara que padece la sentencia en crisis.-

Abordando el tratamiento del mismo y luego de efectuar una extensa reseña doctrinaria y jurisprudencial tanto sobre el sistema de valoración de la prueba adoptado por nuestro código, marcando las limitaciones a las que debe estar sometido el juzgador a tales fines, como en relación al principio constitucional de presunción o estado de inocencia del imputado, como a las limitaciones en la búsqueda de la verdad que impone el resguardo de sus derechos y garantías, entre los cuales resaltó el respeto del principio "in dubio pro reo" que impone absolver al imputado ante la falta de certeza sobre la existencia del hecho o su autoría, remarcando las falencias que advierte en la sentencia, en cuanto a que los tres votos que la componen "...han incurrido en la valoración de indicios anfibológicos convirtiéndolos en prueba, cuestión ésta que no surge de las mismas piezas procesales que llevó al ministerio público fiscal al juicio como pruebas de cargo...", resaltando, que si bien "... el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en el proceso penal pueda formularse sobre la base de...prueba..." indiciaria, para ello "...se deben satisfacer al menos dos exigencias: los hechos base o indicios deben estar acreditados y no pueden tratarse de meras sospechas...", y "... el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios llega a la convicción sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado...".-

Asimismo discurrió sobre el concepto y la necesidad de motivación de las decisiones jurisdiccionales, citando abundante importante doctrina, como así también sobre el control de la motivación de la sentencia por el tribunal de alzada.-

Descendiendo ya a la crítica del fallo, cuestionó los votos de los tres magistrados intervinientes, aseverando que han efectuado sólo meras enunciaciones, sin una correcta valoración de la prueba, ya que en el proceso de valoración de éstas, el tribunal ha incumplido con las exigencias de la sana crítica racional y en consecuencia la determinación de los hechos que se consideran probados, adolece de falta de motivación.- Y en lo que atañe a las evidencias recolectadas por la fiscalía y puestas a consideración del tribunal sobre la autoría y materialidad de los hechos que pesan sobre su defendido, ellos sólo son meros indicios y además, anfibológicos, ineficaces por ello para conformar la certeza necesaria para arribar a un fallo condenatorio como el atacado.-

Seguidamente formuló críticas particulares a los votos de cada uno de los jueces, reiterando las falencias citadas.

En particular y referido al voto de la Dra. Jones, cuestionó que sólo se limitó a la enumeración de los elementos de cargo traídos al debate por el MPF, los cuales entendió no son lo suficientemente cargosos como para fundar en ellos una sentencia condenatoria, pues sólo son meros indicios, agregando que para fundar una sentencia condenatoria a partir de un indicio, se requiere seguir un razonamiento lógico y fundado que los una, atribuyendo a cada uno de ellos el valor suficiente para arribar a la certeza requerida. -

Aseveró que, a su criterio, la Magistrada no pudo unir lógicamente los indicios para conectarlos y convertirlos en pruebas de cargo.

Por otro lado, afirmó el impugnante que de la declaración testimonial de la víctima, analizada por la Dra. Jones, no puede inferirse prueba de cargo alguna que vincule al imputado C. con el hecho ; y ello porque no surge del relato de aquella que lo haya reconocido como uno de los

autores del hecho, por lo que a su modo de ver, la citada Magistrada no ha probado con certeza la autoría de C. en el hecho.

Además refirió el impugnante que a su criterio, tampoco se advierte de su voto, que se haya podido determinar con certeza cuál fue el lugar de ingreso al patio de la vivienda ni tampoco quien fue el segundo interviniente en el hecho; tampoco trató la Magistrada el tema de la huella de calzado, sin perjuicio de considerarla como prueba de cargo cuando en realidad debe ser tomada como prueba en favor del imputado, pues el perito señaló no poder afirmar que la huella de calzado encontrado en el baldío en cercanías del paredón de la parte posterior del patio de la casa sea la misma que la de la zapatilla del imputado, afirmando en concreto que sólo tiene similitud, existiendo también diferencias en la longitud de ambas.-

Por otro lado cuestionó la significación probatoria incriminante que le diera la Magistrada al reconocimiento realizado por la víctima del gorro de lana negra y del reconocimiento de voz, cuando en realidad la propia víctima no fue terminante al respecto, afirmando en el primer caso que "... era un gorro como ese...", y en relación al reconocimiento de voz aseveró que "... es parecida a la segunda...".- Igualmente se expidió en cuanto a la valoración que efectuara la Magistrada respecto del comentario que le hizo el propio imputado a la víctima de que había trabajado con ella como jardinero, aseverando al respecto que si el imputado era tan conocido para la víctima, debía haberlo reconocido en forma inmediata, lo que no ocurrió en el caso.-

Por ello concluyó que como lo reconociera la propia Magistrada, los elementos señalados constituyen meras coincidencias, no certezas, por lo que la decisión jurisdiccional tiene sólo una fundamentación aparente.-

Similares embates realizó el impugnante sobre los votos de los Dres. Eyo y Criado cuestionando finalmente "... que el tribunal en general no valoró los elementos de prueba favorables a la defensa derivados de la declaraciones del imputado, de testigos y peritos, sino que se limitó a contradecir genéricamente y en abstracto la teoría defensiva, la que no fue evaluada, ni mucho menos confrontada..." agregando que "... la única manera de desestimar el valor de convicción de tales elementos, según las reglas de la sana crítica, obliga a realizar una valoración individualizada de la prueba dirimente para la resolución del pleito...". Por ello y con base en las consideraciones formuladas, entendió debería prosperar la impugnación planteada.-

Respecto del tercer agravio el mismo se vincula con lo que llamó errónea calificación legal asignada por el Tribunal a la materialidad ilícita que tuvo por acreditada, sin perjuicio de la afirmación del impugnante de que su defendido no fue el autor ni participó en el hecho que la sentencia le atribuyera.- Sintetizando concretamente las críticas efectuadas por el impugnante a la calificación legal escogida por el Tribunal, tales agravios consistieron; primero, en cuestionar la significación que le atribuyera el fallo al accionar consistente en atarle a la víctima con alambre pies y manos al perpetrar el robo y dejándola en ese estado luego de consumado el mismo, privándola de su libertad ambulatoria por un lapso prolongado (de casi ocho horas), elementos éstos que los Magistrados interpretaron como configurativos del delito autónomo de privación ilegal de la libertad, el que debía concursar idealmente con el de robo doblemente agravado por escalamiento y efracción en los términos del art. 54 del C. Penal.- Al respecto, y por el contrario, indicó que las ataduras señaladas, sólo formaron parte -tanto desde el

punto de vista del tipo objetivo, como del subjetivo-, de la violencia ejercida para la perpetración del desapoderamiento como configurativo del delito de robo, en el acto de cometerlo y luego de cometido, para procurar su impunidad, como lo requiere el art. 164 del C. Penal.- Y en segundo lugar, cuestionó el impugnante que se haya configurado el escalamiento como agravante propia del robo, desde que no se ha acreditado con la certeza requerida sí el escalamiento del paredón posterior de la casa de la víctima -con el corte consiguiente del alambre de púas que lo sobrepasaba - , se habría producido para ingresar al patio de la casa o para salir del mismo; ello, dado que en el caso de escalamiento posterior a la perpetración del robo, el mismo no configuraría un agravante de éste.-

Por ello, solicitó que en caso de no prosperar los agravios anteriores, se califique el hecho atribuido a su pupilo sólo como configurativo del delito de robo, agravado por efracción.-.-

El cuarto agravio, lo refirió al modo de cumplimiento de la pena impuesta por el Tribunal, el que, por las circunstancias referidas por el impugnante, amén de no satisfacer las disposiciones de los arts. 40 y 41 del C. Penal, y a pesar de que el monto de pena impuesto haya sido el correspondiente al mínimo de la escala penal correspondiente, cuestionó que la misma haya sido impuesta bajo la modalidad de cumplimiento efectivo, cuestionando la apelación del Tribunal al criterio de "pena shock" o "pena sacudón" o "pena para hacer volver en sí",que orientó la decisión en tal sentido, según lo marcara el párrafo transcripto del primer voto -con el seguimiento de los restantes Magistrados-, requiriendo se modifique tal temperamento y se aplique dicha pena en la modalidad condicional (art. 26 del C. Penal), con sostén en la probada falta de antecedentes penales de su pupilo, su buen

concepto, y la innecesariedad de efectivización de la pena dada la imposibilidad de que en tan corto tiempo de eventual cumplimiento de pena (8 meses, conf. art. 13 C.Penal), pueda pensarse en algún tipo de tratamiento resocializador, propiciatorio de la readaptación social del condenado, como finalidad propia de la pena de encierro; citó en tal sentido los arts.5°, ap. 6 de la CADH y 10, ap.3 del PIDCP y 1° de la Ley 24.660.-

Finalmente, y para el caso de confirmarse la sentencia impugnada en los aspectos que fueran materia de agravios, considerando vulnerados diversos derechos y garantías constitucionales que citó, formuló expresa reserva de plantear el caso federal por ante la CSJN por la vía respectiva (art. 14 Ley 48) y eventualmente ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Asimismo, de receptarse los agravios citados por las razones y fundamentos expuestos, solicitó del Tribunal se anule la sentencia impugnada absolviéndose a su pupilo, Sr. R. A. C.- Tales reservas y peticiones fueron reiteradas al mejorar en esta instancia, los fundamentos de la impugnación planteada.-

III. - TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS RESEÑADOS. -

Previo a abordar tal tarea, considero útil consignar brevemente dos circunstancias a tener en cuenta.- En primer lugar, que el hecho que motivara la acusación fiscal y que llevara a juicio al imputado (conf, acta aud. prel. fs. 21 CJ cit.), fue descripto como ocurrido el día 9 de junio de 2008, en un horario cercano a las 21, 50 hs, es circunstancias en que dos sujetos del sexo masculino –uno de ellos, el imputado-, ocultando sus rostros con capuchas o cuellos polares y con guantes de látex en sus manos, procedieron, primeramente a trasponer el cerco de la vivienda ubicada en calle S. M. ****, entre calles A. y P.,

ocupada por la Sra. N. N. M., de 81 años de edad, cerco de aproximadamente 2 m de altura, con extensión de un metro más de alambres de púas (siete hilos), y previo cortar dichos alambres con una pinza o tenaza que tenían, para luego, ya en el patio de la morada, ejercer fuerza sobre la puerta lateral derecha de la casa logrando la rotura del sistema de cerradura.- Tras ello, ingresaron sorprendiendo así a la única moradora, a quien redujeron mediante el empleo de fuerza física, sujetándola y atándola de pies y manos mediante la utilización de alambres y colocándola en esas condiciones boca abajo sobre una cama.- Así, privando ilegítimamente de libertad de la víctima, le exigieron la entrega de dinero y que les indique dónde estaba la caja fuerte.- Ante la negativa de la señora, procedieron a buscar por sus propios medios, apoderándose ilegítimamente de $ 240,00 y de un anillo de oro, dándose a la fuga en poder de lo sustraído, dejando a la víctima en la situación descripta, la que se prolongó hasta el otro día a las ocho de la mañana, constatándose en ella (fundamentalmente en las muñecas y producto de las ataduras de alambre y la luxación de un hombro, debido a la posición en que fue dejada), lesiones de importancia.- Idéntica proposición fue tenida en cuenta al presentar el MPF su caso en el inicio del debate oral, adelantando que tales extremos serían acreditados con la prueba que aportara y que se produciría en el debate.- Por su parte, la Defensa Técnica del imputado, adelantó también en el alegato de apertura, que su caso estaría dirigido más que a cuestionar dicha plataforma fáctica, a acreditar la falta de autoría de su pupilo en el hecho referido, probando que al momento de producirse el mismo, su defendido se encontraba en su vivienda, aseverando que con las pruebas aportadas, el MPF no podría quebrar el estado de inocencia de C. ni vincularlo en modo alguno al hecho de marras.- Por tanto,

la discusión en el debate se centró en dilucidar si C. fue o no uno de los dos individuos que según la damnificada participaran del evento antes descripto.-

En segundo lugar, creo útil también tener en cuenta, como antes lo apuntáramos, que el planteo de nulidad en esta sede, contenido en el primer agravio, es reiteración de otros similares sobre la misma cuestión, articulados en distintas etapas del proceso, que señalé, con resultado adverso.-

Agrego también que en oportunidad de responder al mismo el MPF, ahora en la persona del Dr. Hernán Dal Verme, requirió, como antes lo hicieran sus colegas (Dres. Zacchino, en dos oportunidades y Dra. Révori), su rechazo, considerando que tal reiteración ha generado ya tres respuestas jurisdiccionales negativas, con dictámenes previos del MPF expidiéndose en el mismo sentido que lo hicieran los Jueces, por lo que reiteró y dio por reproducidos tanto los argumentos vertidos en el alegato de la fiscalía al momento de defender su evidencia, como por los vertidos por todos los jueces que intervinieran con anterioridad, destacando que dicho planteo fue inicialmente efectuado en la etapa investigativa, en la que se había acordado un plazo de investigación muy acotado y que, contrariamente a lo sostenido por el impugnante, la etapa de investigación no se vio interrumpida por la feria judicial de invierno, habiéndose resuelto en ese marco realizar este anticipo jurisdiccional de prueba, que tuvo por objeto la declaración testimonial de la victima, que era "...una persona de 80 años, con la posibilidad de prever cualquier peligro en relación a la producción de dicha prueba con el transcurso del tiempo...". También resaltó que la fecha de realización de la medida dispuesta había sido notificada previamente a la Defensa, sólo que ésta, frente a tal decisión jurisdiccional, se conformó

únicamente con efectuar una presentación en que Manifestara "...que no podría estar presente..." en las audiencias, solicitando su suspensión, petición que no fuera acogida por el Magistrado interviniente, dictando la resolución pertinente en tal sentido, cuya forma de notificación a la Defensa, fue luego cuestionada por ésta, atacando su regularidad, desde que ella se realizó vía correo electrónico, que por otro lado era medio acordado para efectuar las notificaciones...". - Además, destacó que el propio imputado estuvo presente en la diligencia, lo que posibilitó el acto mas importante de defensa que es el material, no obstante lo cual y a fin de evitarle cualquier perjuicio o lesión a sus derechos, se le designó también un defensor oficial, sin haber objetado, ni el Defensor ni el imputado dicha intervención, ni la realización de dicha prueba.-

Finalmente, sobre este punto, agregó que "...sería muy fácil para un defensor ya sea oficial o particular, negar su presencia en un acto para poder suspenderlo...", por lo que considero "....acertado lo resuelto por el Dr.Rolón..." - aclaro, Juez de la Carpeta citada-, destacando que el mismo no sólo "...garantizó plenamente los derechos del imputado..." sino que "...a la vez cumplió con la realización de un acto de la investigación imprescindible en aquel momento..." y puso de resalto que en ninguno de los argumentos defensistas, se puntualizó la existencia de "...alguna irregularidad durante el cumplimiento de este acto que pudiera agraviar el derecho de defensa...", ni ha precisado ni demostrado la existencia de un perjuicio que en concreto pudiera sumarse a los agravios formales denunciados, por lo que entendió que la pretensión de nulificar el anticipo jurisdiccional de prueba, no debe ser acogido favorablemente por el tribunal..-

Asimismo, creo útil recodar los fundamentos expuestos por el Tribunal a quo, al resolver en forma adversa al impugnante -como cuestión previa y en el marco de la audiencia de debate-, idéntica pretensión nulificante.-
Allí, en una resolución oralizada -conf. const. acta aud. debate fs. cit CJ cit., fs.38/38 y vta, y registro de audio que examinamos - , el Tribunal mencionado, luego de considerar que el Defensor estaba habilitado para reeditar el planteo de nulidad en esa instancia -pues tanto el art. 164 in fine como el art. 299 in fine del CPP, disponen que las decisiones sobre admisión de prueba no vinculan al tribunal de juicio-, sostuvo que "... tratándose de una medida de anticipo jurisdiccional de prueba... el art. 279 establece un mecanismo garantizador de la producción de la prueba de que se trate, y del contradictorio entre las partes...", agregando que la resolución que admite el anticipo jurisdiccional de prueba no es impugnable..."; sí lo es cuando tal resolución se pronuncia por su rechazo, "...conforme lo prevee el art. 280 3 ° párafo del C.P.P..." y que "...en este caso, habiéndose hecho lugar a la medida, no es reeditable cualquier discusión sobre la procedencia o no del anticipo jurisdiccional de prueba, contestando así a los argumentos de la Defensa respecto de su producción durante la feria y las razones por las que fue solicitada...".- Asimismo entendió que "...en el caso se ha cumplido con este mecanismo garantizador, que establece el Código, porque se permitió la comparecencia del imputado y el debido control del acto, ya sea en forma personal como través del representante de la Defensa Pública, que además pidió una prórroga para interiorizarse del caso y para comunicarse con el imputado..." y "...las partes reconocieron que la Dra. Saulo ha llevado adelante una participación activa en el acto realizado interrogando a la testigo...", entendiendo también el Tribunal, que "...más

allá de lo expresado.., el Dr. S. no ha precisado cual es el perjuicio concreto producido...", no advirtiéndose "... conculcación alguna de sus derechos...".- Y con relación a las referencias efectuadas por el nulidicente en relación al régimen que rige en las ferias judiciales, agregó el a quo que conforme las disposiciones de los arts. 19 y 20 del RIG, se ha establecido que no se suspenden los plazos en las investigaciones criminales...", pero además, "...el nuevo Código Procesal impone una celeridad y una dinámica que hace que no se suspendan los plazos para la investigación preliminar...".- Atento las razones referidas, el Tribunal citado resolvió rechazar el planteo de nulidad del anticipo jurisdiccional de prueba, el cual fuera acompañado como tal por la Fiscalía, admitido en la audiencia preliminar, e identificado como evidencia h) del Legajo Fiscal; además, el Tribunal a quo dispuso tener presente la reserva formulada por el Sr. Defensor respecto de la eventual utilización de las vías extraordinarias pertinentes, que mencionó.-

Teniendo en cuenta tales referencias y la explicitación de lo medular de ambas posturas en pugna –la que es materia del primer agravio, por un lado y las transcriptas de la Fiscalía y de la Jurisdicción, por el otro-, para pronunciarme fundadamente sobre el agravio en análisis, como primer paso, procedí a examinar todos los antecedentes que generaran la cuestión (constancias registros documentales, audio visuales correspondientes a la diligencia referida y registros de audio de los planteos y resoluciones que antes citáramos), de los que he podido extraer los datos que trataré de precisar lo más sintéticamente que me sea posible, sin perjuicio de lo que iré apuntando sobre algunos de ellos.-

En tal sentido, parto por destacar que de la solicitud jurisdiccional N ° 2734, surge que el MPF, en la persona

del Sr. Fiscal General, Dr. Martín E. Zacchino , que ya con fecha 20 de junio de 2008, había solicitado la realización, con carácter de urgente por las razones invocadas, del anticipo jurisdiccional de prueba mencionado, el que fuera dispuesto por el Sr. Juez Penal de la Carpeta Judicial citada, Dr. Ricardo R. Rolón, con fecha 22 de junio de 2008, ponderando seguramente dichas razones, notificando la Oficina Judicial que la audiencia para llevar a cabo tales actos, se realizaría el 17 de julio de 2008, concretando tal notificación el día 04/07/08 en relación al MPF, el 12/07/08, respecto al imputado Sr. C., y el día 14/07/08, en relación al Dr. S.- Apunto aquí que el mismo día de notificado, el impugnante presentó un escrito requiriendo la postergación de la audiencia fijada, pues no se encontraría en la ciudad para el día establecido para la realización del anticipo jurisdiccional referido.- Ante ello y también en ese mismo día (14/07/08), en un horario aproximado de las 12,30 hs., el Sr. Juez Penal citado, resolvió denegar tal solicitud de prórroga, dado el carácter de la medida probatoria dispuesta y la urgencia en su realización (citó arts 279 C.P.P).- Asimismo, también se desprende de las constancias obrantes en la solicitud jurisdiccional citada (N° 2734), que la notificación de esta última decisión denegatoria de su pedido, se cursó al impugnante en esa misma fecha, utilizando la vía de su correo electrónico ("X"), forma ésta de notificación, que según lo aseveraran en la audiencia en que se resolviera el primer planteo de nulidad articulado por el Dr.S. tanto la Fiscalía como la Sra. Juez Penal interviniente Dra. Graciela Anabel Rodríguez, era incuestionable, no sólo porque su utilización era frecuente en la jurisdicción, sino porque además, su validez había sido consensuada previamente al ponerse en marcha el nuevo sistema procesal penal, por todos los operadores del mismo (conf. const.

audio correspondiente a la Sol. Jurisd. N° 2909 del 25/07/08).-

Apunto al respecto, que sobre esta cuestión, la Dra. Rodríguez en su resolución denegatoria de la nulidad, entendió "...que las circunstancias apuntadas por la Defensa, en cuanto a que se podrían haber hecho otras gestiones o utilizado otras vías para notificarlo de la decisión del Juez, no conmueven la aseveración de que la notificación efectuada el 14 de julio, como se indicara, estuvo bien realizada...", remarcando que el impugnante sólo se limitó a pedir la prórroga de la audiencia, pero no esperó, ni tuvo en cuenta, ni se cercioró acerca de qué decisión tomaría el Juez asignado a la Carpeta respecto de su solicitud de prórroga (conf. audio resol. Jurisd. oralizada en dicha audiencia).- Y agrego, ni tampoco previó -como creo debía hacerlo, ante la posibilidad del rechazo jurisdiccional a su solicitud de prórroga-, qué decisiones podría adoptar frente a esta posibilidad desde la Defensa, teniendo en cuenta no sólo la importancia de la diligencia sino también el debido resguardo a la invocada estrategia defensista planificada en pos del interés de su pupilo; sobre todo teniendo en cuenta que si no le resultaba posible asistir personalmente a la audiencia fijada previamente -cuya fecha de realización ya conocía-, tenía a su alcance la posibilidad de ejercer el derecho conferido por la propia ley ritual de designar un defensor auxiliar de su confianza para que lo reemplace (conf. art. 96, 3er. y 4to.párr. CPP), debidamente interiorizado de dicha estrategia e instruído convenientemente para controlar el desarrollo y regularidad de la diligencia.- Sin embargo, ni tal recaudo, ni ningún otro fue adoptado por el impugnante, como bien lo marcara en la resolución referida, la Dra. Rodríguez.-

No obstante ello y tal como estaba previsto, el 17/07/08, se intentó realizar la audiencia dispuesta, a la que obviamente no concurriera el impugnante, y a la que si bien lo hiciera el imputado Sr. C., decidió retirarse del edificio de Tribunales antes de su realización.- Ante ello, a instancias del MPF -responsable de llevar adelante la investigación penal-, requiriendo la realización de audiencia fijada y la producción de la prueba mencionada, el Dr. Rolón, así lo dispuso, fijándola para el día 18/07/08, adoptando los recaudos pertinentes a los fines de que el imputado pueda contar con la debida asistencia técnica para intervenir en la diligencia probatoria anticipada, dándole intervención por ello a la Defensa Pública, que lo hiciera en las personas de los Dres. Bruno Deias y Nora Saulo, quienes participaron activamente en la diligencia, sobre todo la segunda, como puede observarse claramente en el registro audiovisual de la declaración testimonial de la víctima, Sra. N. N. M., tomada con el auxilio técnico de la Cámara Gesell, en que la Defensora Pública tuvo oportunidad, y así lo hizo, de interrogar y repreguntar a la víctima, sobre algunas circunstancias del hecho que ésta narrara, direccionadas a lograr un mejor posicionamiento del imputado en el marco de la narración de la víctima, luego de escuchar a aquélla y a las preguntas que le hiciera el MPF (conf. CD acompañado a la Ev. "H" del Leg. Fiscal); por similares carriles transitaron las diligencias de reconocimiento de voces como de objetos.- Al respecto, agrego que tampoco la Defensa ha denunciado puntualmente alguna irregularidad o deficiencia en la recepción del testimonio citado, ni tampoco en el desarrollo de las diligencias de reconocimiento citadas, que pudieran fundar la invalidez invocada, más allá de sus quejas sobre la decisión de tomar la audiencia sólo con la asistencia de la Defensa Pública, obviando su intervención

- a su criterio obligatoria e ineludible, dada su condición de abogado de confianza del imputado-; de allí que en todas las decisiones jurisdiccionales negativas tomadas ante los diversos planteos de nulidad que hemos ya referido, sostuvieron la inexistencia de invocación por parte del impugnante, de perjuicios serios o agravios concretos derivados de aquellas diligencias, limitándose su reclamo a sostener una presunta violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, por las circunstancias que acabo de citar.-

Otro dato que surge de los antecedentes referidos, que también debe tenerse en cuenta, es que cuando el MPF requirió la producción anticipada al debate de la prueba referida, invocó razones de urgencia -que detalló el MPF al contestar el primer planteo de nulidad, conf. Audio Sol.Jur. N°2902-, que si bien no tenían las características ni la naturaleza de una medida definitiva e irreproducible como las señaladas en el art. 279, inc. 1° CPP, sí eran de las previstas en el inc. 2° de dicha disposición ritual, tal como lo puntualizaran, con razón, los representantes del MPF en las diversas instancias procesales en oportunidad de responder los reiterados planteos nulificantes del impugnante (el Dr. Zacchino en la Sol.Jur. 2902 y al contestar el planteo en la audiencia de debate -conf, acta aud. fs. 38 y vta. CJ cit y audio respectivo-, y la Dra. Fernanda Révori al hacer lo propio en la audiencia preliminar, conf. acta y audio aud., en esp. fs.21 vta. CJ cit.).-

En este punto, hago notar que no por obvio es menos cierto, que tales razones de urgencia fueron ponderadas por el Sr. Juez Penal Dr. Rolón, al momento de hacer lugar, en el marco de sus facultades jurisdiccionales, al pedido de prueba anticipada propiciada por el MPF.- También hago notar la coincidencia existente entre las partes y los

órganos jurisdiccionales que intervinieran en tales instancias, que no obstante la incorporación de la prueba allí producida (como ev. "H" del Leg.Fiscal), no tratándose precisamente de prueba definitiva e irreproducible, su producción podría ser reeditada en el debate, si las partes así lo hubiesen requerido.- Prueba de ello es que en la audiencia preliminar, ante la decisión del Juez de la misma, de admitir e incorporar como prueba documental de la Fiscalía a la mentada Ev."H" -que propusiera el MPF en su escrito acusatorio, y que contiene la prueba anticipada referida, conf. fs.10 CJ cit.-, la Defensa formuló reserva de requerir su reedición en el debate; igualmente la Fiscalía también hizo reserva de requerir la citación a debate de la víctima en caso "...de ser necesario..." (conf. const. acta aud. prel., fs. 21/23 CJ cit. y audio que la registrara). - Sin embargo, seguramente en consonancia con la estrategia propia de las partes para sostener las proposiciones fácticas y jurídicas propias del caso de cada una, ellas no hicieron uso de las citadas reservas. - De allí que -agrego-, no resulta razonable –ni atendible- la queja del impugnante en relación a que se le negó su derecho personal a interrogar o contrainterrogar a la testigo víctima, o controlar las pruebas de reconocimiento de cosas y de voz, desde que bien lo hubiese podido hacer en el debate y en pleno ejercicio de la Defensa Técnica de su pupilo, con sólo apelar al uso de la reserva probatoria citada. - Además, reiteramos, el Juez interviniente no dejó huérfano al imputado de la asistencia técnica que requería un acto de trascendencia para el proceso como el que nos ocupa -como se sugiere desde distintos ángulos en el agravio en tratamiento - , sino que por el contrario no sólo lo dotó de la misma con la intervención y participación que le diera y efectivamente ejerciera la Defensa Pública, en la persona de la Dra.

Saulo, sino que le dio la posibilidad que vimos de reeditar la prueba en el debate.-

Por todo lo que llevo dicho, si el impugnante conocía el objetivo y alcances del anticipo jurisdiccional de prueba solicitado casi un mes antes por la Fiscalía y al que el Juez de Garantías hiciera lugar; si conocía la fecha de la audiencia en la que se producirían las medidas probatorias dispuestas; si no obstante ello, atento la inminencia de la fecha referida, y su decisión de ausentarse de la jurisdicción, sabiendo desde entonces la imposibilidad de concurrencia a la misma para ejercer la Defensa Técnica asignada, sólo atinó a presentar un escrito manifestando tal circunstancia, despreocupándose de la decisión que adoptaría el Juez frente a su pedido -que por su experiencia e idoneidad profesional no podría desconocer que podía ser positiva o negativa-; si ante esta última posibilidad, no tomó ningún recaudo que pudiese neutralizarla o atemperarla, como el ejercicio del derecho que como Defensor le otorga el art.96, 3er. y 4to. párr. del CPP; si se denegó la prórroga de la fecha de la audiencia respectiva, requerida por el impugnante; si se notificó tal decisión a éste por una vía usual para el trámite conforme los usos locales acordados por los operadores del sistema penal en nuestra jurisdicción, cuestión no ajena al quejoso, como explicáramos más arriba; si ante la ausencia del defensor de confianza, y obviamente para garantizar la asistencia técnica del imputado -que por otro lado, debía necesariamente concurrir a la audiencia por ser la misma, por su materia y objeto, un anticipo del debate-, el Juez le dio adecuada intervención a la Defensa Pública; si la representante de ésta, no sólo asistió técnicamente al imputado y controló la regularidad del desenvolvimiento de la audiencia, sino que tuvo una participación activa en la recepción de la declaración de

la víctima -como también explicamos más arriba con el sostén de los elementos analizados-; si no obstante lo dicho, todavía le quedaba la posibilidad de reeditar tal prueba anticipada en el marco del debate, realizado frente a un Tribunal colegiado, atento las reservas formuladas en ese sentido en la audiencia preliminar, ejerciendo en plenitud su ministerio; si no obstante tener tal posibilidad, ella no fue utilizada por el impugnante, pues entonces no se advierte lesión alguna ni a la garantía del debido proceso ni menos a la garantía de defensa en juicio.- Tampoco se advierte que tal decisión del Juez -necesaria por las circunstancias que apuntamos, a más de criteriosa-, haya implicado menoscabo alguno a la actuación del Defensor de Confianza del imputado, desde que no sólo se han explicitado sobradamente las causas -a las que como vimos, tampoco fue del todo ajeno el impugnante-, por las cuales se le diera necesaria, ocasional y circunstancialmente intervención a la Defensa Pública en su reemplazo, por lo que ello no ha implicado un apartamiento inconsulto y arbitrario de aquél, sino la cobertura de una situación coyuntural, resuelta racionalmente en el marco de las disposiciones rituales pertinentes (conf. arts. 9, 10, 91, 92 , 211 y ccdtes. del CPP).-

Por todos los antecedentes reseñados y los fundamentos que acabo de exponer, propongo sin más se rechace el primero de los agravios citados.-

Entrando al tratamiento del segundo de los agravios formulados por el impugnante, debo aclarar de inicio, con el objeto de delimitar adecuadamente los aspectos centrales de los cuestionamientos efectuados por éste a la sentencia atacada, que si bien los embates contra ésta son dirigidos indiscriminadamente tanto en relación a la materialidad ilícita del hecho juzgado, como a la participación de su pupilo en el mismo, es más que claro que sólo fue materia

de disputa en el debate el segundo de los aspectos; y ello además, porque al delinear su caso en el alegato de apertura del debate, la propia Defensa precisó que sus proposiciones en el juicio apuntarían sólo a demostrar la inocencia de su pupilo por no haber participado en el hecho (más allá de cuestionar la calificación legal que se le asignara al hecho, cuestión que abordaremos al tratar el agravio siguiente) y porque no pueden ser materia de agravio, lo vinculado a un aspecto de la sentencia -cual es la acreditación de la materialidad ilícita-, que no fuera cuestionada en el debate por el impugnante.- De allí que en los párrafos que siguen, limitaré el análisis del agravio a lo atinente a la autoría - o coautoría- del imputado en el hecho, negada por la Defensa y sostenida por el fallo en crisis.-

Hecha tal salvedad, recuerdo que en el aspecto citado, las críticas centrales a la sentencia, apuntaron esencialmente a atribuirles a los votos de los Magistrados que la suscribieran, falencias en su fundamentación derivadas de una errónea y sesgada valoración de la prueba producida; lo primero, desde que no sólo fundaron su decisión en meros indicios, que además en su mayoría serían anfibológicos , sino que tampoco pudieron unirlos razonada y adecuadamente para apoyar en ellos el juicio de certeza que requiere toda sentencia de condena; y lo segundo, porque apoyaron su decisión sólo en las pruebas aportadas por una de las partes, el MPF, desoyendo o al menos descartando sin mayores fundamentos, tanto la prueba de descargo aportada por la Defensa, como las circunstancias desincriminantes explicitadas por el imputado al momento de ejercer su defensa materia.- Ello sin perjuicio de otras críticas menores a las que me he referido más arriba y a las que remito brevitatis causa.- De allí que sostuvo que la sentencia adolecía de una fundamentación sólo aparente, que

la descalificaba como tal y que justificaba la articulación de esta vía impugnativa ordinaria para lograr su revocación por este Tribunal.-

Confrontando las críticas reseñadas con el análisis de los fundamentos centrales de la sentencia, que he leído cuidadosa y reiteradamente, adelanto que tampoco en este caso, deben receptarse los agravios citados.-

En tal sentido, y como una primera aproximación al decisorio en crisis, ya desde una primera lectura de los votos de los Sres. Magistrados que lo suscribieran, se observa en ellos una ostensible preocupación por abordar y agotar puntillosamente el análisis tanto de los aportes probatorios producidos por las partes en el juicio, como de los fundamentos esbozados por ellas para sostener sus casos, no advirtiéndose por ello que los Magistrados hayan limitado su análisis a una mera enunciación o enumeración de las pruebas aportadas sin una adecuada valoración individual y conjunta de las mismas, como lo sostuviera la Defensa.-

Y ya entrando al análisis del voto de la Dra. Jones, que lidera el acuerdo, que con similares fundamentos fuera seguido por los Dres. Eyo y Criado, puede afirmarse que en la primera parte de su voto, la Sra. Magistrada, no obstante advertir que no fue materia de disputa "...existencia del atentado a la propiedad sufrido por la víctima, Sra. N. N. M..." ni las circunstancias que rodearon el episodio, se ocupó de analizar pormenorizadamente su verificación, mediante la enunciación y valoración individual y conjunta de todas las pruebas llevadas a esos fines al debate por el órgano acusador, mostrando detalladamente cómo a partir de los datos revelados por la testigo víctima citada, se fue encauzando la investigación y mostrando detalles del hecho; en ese sentido, la víctima manifestó detalladamente como se

iniciara, desarrollara y concluyera el ilícito contra su propiedad, perpetrado por dos individuos cuyas contexturas físicas describiera, entre los cuales detallara la forma y el elemento (alambre) que utilizaran los autores del hecho para inmovilizarla, tirándola en esas condiciones boca abajo sobre una cama ubicada en un dormitorio de la casa, mientras revisaban diversos sitios de ésta casa, tirando y desordenando todo, exigiéndole entrega de dinero, hasta que ella misma le indicó que en la cocina de la casa estaba su billetera en que tenía $.240,00, habiendo durado el episodio alrededor de media hora.- En base a tales datos, complementados por los suministrados por los testigos policiales y civiles que llegaran al lugar del hecho, a más de las constataciones policiales y periciales realizadas por el personal de criminalística, cuyos aportes detalló y meritúo, mostró con claridad la acreditación de la materialidad ilícita del hecho sometido a juzgamiento (conf. sent.cit., fs. 44/47 CJ cit. en las que desarrollara con justeza todo el esquema argumental y probatorio que la acreditara).-

En relación al aspecto que aquí interesa, es decir, en cuanto a la acreditación de que fuera C. uno de los dos individuos que cometieran el hecho, la Sra. Magistrada luego de adelantar coincidencias con el caso fiscal por la existencia de suficiente prueba directa e indiciaria que la avalaría, a pesar de que "los elementos aportados no son numerosos...", aseveró no obstante, que "un examen exhaustivo y correlacionado de los mismos siguiendo los principios de la lógica y la experiencia común tal como lo hiciera...” el Fiscal General Dr. Zacchino en su alegato, le permitiría pronunciarse receptando la postura acusatoria (fs. 47, CJ cit.).- En el marco de tales pautas interpretativas y metodológicas, la Sra. Magistrada abordó el tratamiento y análisis del material probatorio con el

que contaba, indicando que "...a partir de la prueba directa conformada por el relato de la víctima, efectuado en los primeros momentos al personal policial que tomó intervención en el caso..." (conf.acta ident. como ev. "A" del Leg. Fiscal, reconocida y ratificada en debate por los policías E. C. A. y Subcom. B.)),"...se fueron perfilando datos, que tal como lo afirmara expresamente el Sub Comisario B. en el debate, les permitió orientar la investigación..." hacia el autor del hecho.- Entre tales datos, resaltó la Sra. Magistrada las referencias de la víctima a: la considerable altura, contextura física e importante tamaño del calzado -zapatillas-, de uno de los autores; a un comentario que el mismo hiciera a la víctima (si bien ésta en el acta no precisó quien lo hiciera, sí lo hizo al testimoniar en Cámara Gesell,conf. ev. "H" del Leg. Fiscal), referido a que en una oportunidad había "cortado el césped de su casa, como así también la de su hija y le pagaron miserias..."(conf. acta ev. "A" Leg. Fiscal), rememorando la víctima tal comentario al declarar en Cámara Gesell, habiendo transcurrido más de un mes del hecho, en parecidos términos" "cállese la boca que yo he trabajado acá de jardinero y bien poco me pagaba vieja de mierda..."; que ambos usaban gorros negros, cuellos y guantes de cirugía; que el más alto parecía que conocía la casa y la forma de entrar, encontrándolo que actuaba "muy suelto de cuerpo" y se dirigía a ella con expresiones como "yo sé que acá tenés plata"; que tenía una voz pausada, e incluso le habló al oído, preguntándole si conocía el automóvil Fiat Duna azul o medio celeste que se encontraba en el frente de la casa.- Y también entre los datos recogidos en el acta de inicio, se encuentra la constatación por personal policial y de criminalística, en las primeras horas del hecho, de dos rastros de calzado de tamaño importante : uno, difuso, verificado sobre la puerta violentada del domicilio de la

víctima y otro nítido, detectado sobre un baldío adyacente al paredón posterior; y en ese sector, también se detectó el corte de la alambrada de púa de cinco hilos -y uno que en forma oblicua, colocado en dirección y ascendente y descendente- ubicada sobre el citado paredón que posibilitaba el paso por la parte superior de éste, y en el sector posterior del patio, un rollito de alambre, que adelanto, tenía características semejantes al utilizado para maniatar a la víctima, según se verificara pericialmente en el desarrollo de la investigación. - Y también a partir de los datos de la víctima y de su hija y de la pesquisa realizada sobre la posible identificación del por entonces sospechado ex jardinero (datos consignados en ev. "B" Leg. Fiscal), se ubicó su domicilio, solicitándose la pertinente orden y realizándose allí el registro domiciliario y secuestro de efectos -atento las referencias suministradas por la víctima y los rastros de calzado- encontrándose un par de zapatillas marca "Adidas" modelo "Torsión System", N ° 45 color celeste y blanco, con suela blanca, una tenaza, un gorro de lana negro, y cuello tipo polar negro con interior gris y cordón de ajuste, un rollo de alambre y un guante de látex transparente- este último hallado en el suelo, frente a un vehículo Fiat Duna estacional en el patio del inmueble (conf. Ev."C" Leg.Fiscal cit.).- Asimismo otros datos relevantes a tener en cuenta fueron el reconocimiento de voz del imputado C. por la víctima -conf.anticipo prueba Ev. "N" Leg. Fiscal, reiteradamente referido en el punto anterior-, identificando la similitud entre la que se le hiciera escuchar en esa audiencia y la de quien en el desarrollo del hecho, le hiciera referencias a trabajos pretéritos de jardinería realizados en la casa donde se produjera el hecho; también las coincidencias físicas entre la descripción que hiciera la víctima de uno de los autores

del hecho con las resultantes de la pericia antropométrica realizada al imputado a instancias de la Defensa por el Sr. Médico Forense Dr.R.

A partir del relevamiento de este cúmulo de datos y desarrollando una cuidadosa y prolija tarea, la Sra. Magistrada fue confrontando y relacionando cada uno de ellos con todas las demás pruebas -documentales, testimoniales y periciales-, lo que le fue permitiendo avanzar en el análisis de los elementos de cargo, corroborando con certeza algunos de los datos indiciarios incriminantes y descartando otros que no alcanzaron tal grado, justamente por su equivocidad o por su falta de corroboración probatoria a través de otros elementos, como puede observarse y constatarse en la parte pertinente del desarrollo de su voto, que no transcribiré para no dilatar en exceso el presente (ver especialmente, los fundamentos volcados en el sector pertinente del voto, fs.48 y 49 CJ cit.).- Asimismo, debo poner de resalto, que además de lo dicho, la primer sufragante se ocupó y preocupó de expresar claramente el resultado del análisis integral de los elementos de cargo citados; al respecto, comenzó por cuestionarse sí "...las coincidencias halladas entre los dichos de la víctima y los rastros materiales verificados en el lugar del hecho, con las características personales del imputado en cuanto a voz, altura y contextura corporal y el calzado y prendas de vestir que se le secuestraran en su domicilio (zapatillas y gorro de lana)..." resultan "...meras casualidades, fruto de una combinación desafortunada del destino o conforman ciertamente indicios de su participación en el hecho..."; y ante ello se pronunció por esto último, remarcando, con la seguridad propia de quien posee plena certeza acerca de la atribución delictiva que formularía al imputado, que "...si alguna duda cabría al respecto, las expresiones efectuadas durante

el desarrollo del hecho por el autor a la víctima de que había trabajado con ella como jardinero, que tengo por ciertas en base a lo ya expuesto sobre el punto, unidas a la impresión transmitida también por la damnificada de que el autor conocía la casa, ya que se movía "muy suelto de cuerpo" como lo graficó la nombrada, lo que se corroboraría con la particular ubicación de la puerta lateral por la que ingresaron, que permanece oculta al observarse la vivienda de frente o de su parte posterior, despeja la posible duda, creando un grado de convicción suficiente para hacer lugar a la propuesta acusatoria fiscal de tener al Sr. C. como uno de los autores del hecho investigado..." (fs.49 y vta. CJ cit.).-

Y aún no conforme con ello, y cumpliendo adecuadamente su tarea de análisis integral del plexo probatorio, también se ocupó puntualmente de analizar la prueba testimonial, informativa y pericial aportada por la Defensa, señalando en cada caso las razones por las cuales ni individualmente ni en su conjunto, tienen idoneidad bastante como para conmover el juicio de certeza elaborado como se explicitara más arriba, exponiendo algunas imprecisiones y contradicciones observadas entre las mismas, e incluso con la versión expuesta por el imputado al ejercer su defensa material -basada en lo que indicó como imposibilidad de encontrarse en el domicilio de la víctima en la fecha y hora en que se produjera el hecho, pues en tales circunstancias se encontraría cenando en su casa con su madre y dos amigos-.- Y ello, sin perjuicio de ponderar adecuadamente que muchas de las evidencias y datos que se desprendían de la citada prueba pretendidamente de descargo, por corresponder a referencias personales, antecedentes familiares y laborales y a concepto y antecedentes del imputado, debían ser objeto de análisis y evaluación en el juicio de cesura en que se debatiría sobre

la individualización y cuantificación de la pena a imponerle.-

Por todo lo que llevo, no hallo razón a las críticas formuladas por la Defensa en el marco del agravio en tratamiento. - Aunque las explicaciones de esta afirmación se desprenden simplemente de confrontar el análisis precedente con la transcripción del agravio efectuada en el capítulo anterior, sólo pondré de resalto que contrariamente a lo sostenido por el impugnante, la elaboración del juicio de certeza realizado por la Dra. Jones -y seguida por los sufragantes posteriores, Dres. Eyo y Criado - , no se limitó a enumerar meros indicios, sin tener en cuenta su carácter unívoco o anfibológico y tratándolos separadamente sin lograr unirlos, sino que partiendo de una fuente de información directa sobre las características, y datos obtenidos durante el desarrollo del hecho, como lo fuera el testimonio coherente de la testigo víctima, Sra. M., fue analizando todos y cada uno de los indicios de cargo obtenidos a partir de allí, ocupándose primero y especialmente que cada uno de ellos tuviese el respaldo probatorio pertinente -cuidando de no tomar en su tarea indicios de indicios- para luego abordar la tarea de relacionarlos lógica y racionalmente entre sí, y ponderarlos en su conjunto y ensamblarlos con el resto de evidencias incorporadas al proceso, de manera tal que ha quedado a todas luces evidenciado que en el abordaje del análisis probatorio realizado por el a quo se han respetado debidamente los principios de la lógica y de la experiencia común, y por ende el método de la sana crítica racional -o de libre convicción-, que los jueces deben atender atento las preceptivas procesales que así lo imponen (conf. arg. arts. 25, 3er. párr., 329, 2do, Y 3er. párr. CPP); de allí que la certeza de la coautoría de C. en el hecho, afirmada por la sentencia impugnada, resulta inconmovible.- Por las

mismas razones precedentes, y ante la certeza alcanzada en las condiciones apuntadas, es más que obvio que resulta inaplicable al caso el principio "in dubio pro reo" reclamado por el impugnante.-

No hace falta decir que tales méritos del voto analizado, se reiteran en los votos del Dr. Eyo y del Dr. Criado; el primero puntualizando con la contundencia que le es propia, todos los elementos de cargo que hemos citado y su interrelación para concluir atribuyéndole con certeza al imputado, la coautoría del hecho en juzgamiento.- Y el segundo, ostentando una esforzada tarea de analizar meticulosamente las evidencias colectadas, relacionando y refiriendo en cada caso las corroboraciones que surgen de otras evidencias o datos indiciarios (conf. partes de su voto, fs. 57/59 vta. CJ cit), y extrayendo de tal análisis, al igual que lo hicieran los votantes anteriores, la determinación certera de la coautoría del imputado en el hecho; asimismo, y contrariamente a lo sostenido por el impugnante, el Dr. Criado se ha ocupado puntualmente de analizar tanto el valor de los aportes de la prueba de descargo propuesta por la Defensa, como de la versión de descargo propia del imputado, dando razones sólidas y convincentes de porqué ni aquéllas ni ésta resultan suficientes para desvirtuar los fundamentos de la decisión condenatoria adoptada (conf. partes de su voto fs. 60/61 CJ cit.).-

Por todo lo dicho, advirtiendo que la sentencia impugnada ha logrado exponer suficientes razones y fundamentos para sostener certeramente que el imputado C. fue uno de los autores del hecho que damnificara a la Sra. M., y porque ha quedado demostrado que no existen razones atendibles para endilgarle al fallo falta de fundamentación o motivación aparente, como para descalificarlo como acto jurisdiccional válido, es que concluyo no debe acogerse el agravio en

tratamiento, confirmándose en este aspecto, la sentencia impugnada, lo que así propongo se declare a los colegas que votan a continuación. -

En sintonía con lo que vengo diciendo, resulta atinente e ilustrativo el siguiente concepto extraído del voto del Dr. Jorge Pfleger en un caso reciente resuelto por la Sala Penal del Excmo. STJCh:"...he indicado que los hechos indiciarios son relevantes a la hora de encarar la tarea de reconstrucción histórica de un suceso planteado a debate. He señalado que, si bien han de analizarse con suma precaución, han de serlo de modo armónico, entrelazando unos y otros, poniéndolos a prueba en solitario y en conjunto, pues allí donde uno no alcanza la perspectiva de conjunto resulta suficiente. - Esta es opinión de Morello quien ha enseñado que "...si hay un sector del mapa probatorio que lleva al operador jurídico (juez, jurado, árbitro, abogado) a trabajar en un frente de conjunto, en una red que, interactuante, anude y teja es el de los indicios dispersos acaso débiles o insuficientes, si son tratados en solitario, pero que multiplican e interactúan en la recíproca articulación y en función unitaria, el valor de convicción de las evidencias.

Las parcelas, los indicios abastecen a las presunciones (así, en plural) que, se reflejan en el paciente armado de la totalidad de esos cabos sueltos.- Tan delicada y compleja trama se dibuja, a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada.- No hay modo de captar esas partes sino en un todo; sólo así se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta.- Y es indebida fractura y dispersión hacerlo aisladamente (mentamos la balcanización) porque el intérprete de la prueba le atribuye al conjunto la aparente debilidad de lo que quedó

desarticulado; por tratarse de un examen incompleto la anemia que podría exhibir cada indicio, contrariamente, de ser aprehendidos en visión totalizadora, cobra un nuevo espesor y su verdadera y definitiva significación..." (Morello, Augusto "El peso de los indicios y la valoración de la prueba de presunciones en el delito de violación", LL 1998- A, 132)..." (Voto Dr. Pfleger en autos:"F., M. F. s/ Homicidio r/ victima Rawson" Expediente 21.179 - Letra "F" - F ° 48 - T ° II – Año 2007, 21/08/09)..- Y también del mismo Ministro, extraigo conceptos similares al que volcara más arriba, en un caso también reciente, cuando recordaba "que en el proceso de reconstrucción ideológica que los jueces producen en la sentencia nada debe descartarse...,sus decisiones pueden basarse, perfectamente, tanto en prueba directa o circunstancial, los hechos indiciarios, desde los que es posible formular operaciones intelectuales conductoras de certeza... y aquellos, fuente de presunciones, han de estar debidamente fijados (no puede especularse a partir de una especulación anterior, valga la reiteración) deben resultar unívocos y además variados...no hay obstáculo para que el Juez pueda erguirlas airosamente como vehículos de plena convicción sin alterar los principios arriba vertidos. Esta aceptación sobreviene a mi idea de que el sistema de presunciones admite plantearse el problema y resolverlo acudiendo al argumento de la lógica prevaleciente; o en otras palabras, aceptada la posibilidad de cierta anfibología en los indicios, lo unívoco de la operación intelectual estará dado por la concurrencia de lo que resulte más lógico, dentro de un esquema de reflexión medio normal..,"; además, "...correcto es decir también que los indicios deben ser analizados en conjunto y no fragmentadamente para evitar la dispersión de evidencias, siendo 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..." (sobre este punto SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/ 07/ 2003 en JPBA t. 123 F. 200, pág. 84) Nro. de Sentencia: 058 Protocolo de Sentencia: Definitiva Año: 2009)...” y que actividad de apreciación de la evidencia legalmente incorporada al debate, es un proceso de construcción en el que nada puede desdeñarse por que sí, ni analizarse fragmentadamente. - La sana crítica - como método- importa precisamente eso: la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial; implica, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su contenido en la medida en que el Código Procesal Penal (a tono con sus pares del sistema mixto) no impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas. (STJCh, Sala Penal, 27/10/09, causa "N., N. G. s/ homicidio simple en concurso real con incendio intencional", Expte N ° 21.211- Letra "N" -Año 2008, Voto Dr. Jorge Pfleger).-

Reitero, como lo he dicho que en el caso de autos, el Tribunal "a-quo" ha reseñado prolijamente abundantes elementos de prueba que en forma indiciaria, relacionados lógicamente entre sí, abonaron la hipótesis propuesta por el Acusador Público en lo que a la autoría de C. en el hecho se refiere y, además, el Tribunal "a-quo" ha cumplido con la explicación de cómo llegó a construir el estado de

certeza invocado, respecto a la responsabilidad del acusado en la perpetración del delito.-

En cambio y en cuanto al tercer agravio, cuya formulación efectuara en el punto anterior, al que remito, adelanto que por las razones que expondré, entiendo que el mismo debe prosperar.-

Partiendo de la plataforma fáctica que el Tribunal tuvo por cierta y que como vimos no fuera cuestionada puntualmente por la Defensa, focalizaré primero el accionar del imputado en relación al escalamiento, como agravante de la figura del robo (conf. art. 167 inc. 4 ° y su rem.al 163, inc. 4 °).- En este sentido, apunto que para la Sra. Magistrada del primer voto, la configuración del mismo se habría acreditado a partir de la impresión de la víctima que vinculara el corte de la alambrada de púas, que no podía pasar desapercibido para ésta - alambrada ubicada sobre el paredón posterior de considerable altura: 1.83 mts. Medido desde el suelo de la parte posterior del patio de la vivienda y de 2,00 mts. medido desde el suelo del baldío-, con la posibilidad de que el imputado y su acompañante ingresaran al patio posterior de la casa por el espacio que tal corte dejara expedito, teniendo en cuenta además similar hipótesis de ingreso elaborada por el perito E., que la vinculara con el rastro de zapatilla constatado en el baldío y similar al que mostrara la suela de la secuestrada al imputado; también en este aspecto, los Dres. Eyo y Criado fundaron la configuración del escalamiento efectuado para ingresar al patio y luego a la morada de la víctima, en similares consideraciones.-

Sin perjuicio de que tales razones puedan servir para construir una hipótesis probable de configuración del escalamiento, en cuanto los autores debieron superar la considerable altura del paredón, previo a cortar las hebras del alambre de púa citado e ingresar al predio, sin embargo

con los mismos elementos podría sostenerse, con el mismo grado de probabilidad, que tal accionar de los autores fue desplegado no para ingresar, sino para salir del predio, como bien lo sugiere la Defensa, en cuyo caso, la agravante no se configuraría, lo que generaría una duda insuperable acerca de sí en realidad se dio la primera o la segunda de las hipótesis posibles; adviértase que esta última, a más de explicarse por los mismos motivos que la anterior, se suma el hecho de que el alambre -un rollito- que se encontrara en la parte posterior del patio, cuyas características, tal como se acreditara pericialmente, resultaran similares a las utilizadas para inmovilizar a la víctima, ello sugeriría, también razonablemente, que se les haya caído a los autores luego del hecho y al iniciar la huida egresando por el paredón, lo cual intensificaría las dudas planteadas, sin perjuicio de que en base a los elementos analizados, sólo se podría aseverar con certeza que fueron los autores del hecho quienes subieron el paredón y cortaron la alambrada; sólo que resulta imposible determinar si ello fue para ingresar o para salir del patio de la casa.-

En relación a esta última cuestión, se ha resuelto que si sólo se ha acreditado el escalamiento de los autores para egresar del inmueble, no resulta de aplicación el art. 167 inc. 4 ° , pues tal como advierte gran parte de la doctrina y jurisprudencia, debe rechazarse que la salida del lugar del robo por una vía que no sea la destinada a tal efecto lo califique.- Así Núñez sostiene que esta es la tesis exacta, pero no porque al salir el ladrón, el delito ya esté consumado y, por lo tanto, el escalamiento se efectúa no para perpetrar el robo como exige la ley, sino para lograr la impunidad o transportar la cosa fuera del lugar, sino porque tanto en el sentido general del idioma como en su especial acepción jurídica -si el término no se define

de otra forma-, "escalar" significa entrar o penetrar en un lugar cerrado.- Lo expuesto es sin desconocer el criterio autorizado de Soler, según el cual para que haya escalamiento basta con que se haya ascendido o descendido venciendo un reparo preconstituido, sin necesidad de que concurran las dos acciones..." (CNCP, Sala II, 22/04/02, "Iglesias, A.E.. s/recurso de casación, c.3717, cit. Por Marún E. en Baigún-Zafaroni-Terragni, "Código T ° 6, págs.369/370).

Todas estas razones imponen, aquí sí, aplicar el principio de la duda beneficiante a favor del imputado, y por ello no considerar configurada la agravante de escalamiento que le atribuyera la sentencia (Conf. arts. 44, 6° párr. de la Const. Prov. del Chubut y 28, 329 2do párr. in fine y ccdtes. del CPP); y con ello, acoger el agravio que en tal sentido planteara la Defensa.-

Igual suerte debe correr, según lo hemos analizado y decidido en la deliberación, la decisión de la sentencia de atribuir al imputado, a más del robo calificado por efracción -la que sí se ha configurado, por el modo de ingreso a la vivienda, la fuerza aplicada y la intensidad de los daños ocasionados a la puerta lateral de la morada, como defensa predispuesta para el resguardo de los bienes de la víctima ubicados en el interior de la misma-, la privación de la libertad de la Sra. M., que concursaría idealmente con el delito contra la propiedad citado.- Ello desde que para el Tribunal, el efecto de las ataduras con el elemento utilizado -alambre- y la forma de sujeción -en especial respecto de sus manos-, impidieron ilícitamente a la víctima ejercer su derecho a su libertad ambulatoria, durante un tiempo prolongado (transcurrieron alrededor de diez horas desde la perpetración del hecho, cerca de las 22,00 hs. hasta que la víctima fuera socorrida por su hija y yerno, y el personal policial que acudió de inmediato al

lugar ante el llamado de éstos, lo que ocurriera aproximadamente a las 08,00 hs. Del día siguiente), configurando tal comportamiento un accionar delictivo independiente, que admite su subsunción en la figura del art. 142 inc. 1° del C. Penal (privación ilegítima de la libertad agravado por violencia física contra la víctima) .-

Sin embargo, debe advertirse, como bien lo ha hecho el impugnante, con cita de calificada doctrina, que si en el desenvolvimiento de la consumación del robo, la violencia ejercida sobre la víctima para la configuración de tal atentado a la propiedad, se integre con acciones anteriores, concomitantes o posteriores a su consumación que tengan como efecto privarla de su libertad ambulatoria con el objeto de procurar su impunidad, tal accionar debe considerarse contenido en el tipo del robo, como parte de la violencia ejercida para cometer el desapoderamiento de efectos del damnificado, o para lograr su impunidad luego de cometido.-

Compartimos esta postura, por lo que en el caso, el efecto limitador de la libertad ambulatoria derivado de la sujeción de la víctima en la forma varias veces referida, primero para facilitar el desapoderamiento antes y en el momento de lograrlo y luego de consumado, para evitar posibles acciones de delación de la víctima, con el riesgo que ello conllevaría para su propia situación de los autores del desapoderamiento frente a la ley penal.- Como es sabido, en la descripción del accionar configurativo del tipo del robo, al referirse a las características que puede revestir la violencia física ejercida sobre la víctima, prevé que ella "tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad" (art. 164 C. Penal).-

Sin perjuicio de lo dicho, no debe soslayarse la significación que en el caso tuvo la extensión temporal relativa de la sujeción de la víctima por efecto de las ataduras y el elemento utilizado para ello, lo que fue determinante para llevar al Tribunal a seguir a la Fiscalía en punto a considerar configurada también la privación ilegítima de la libertad de la víctima, concursándola idealmente con la figura del robo agravado.- Sin embargo, tampoco pueden soslayarse dos circunstancias que a mi juicio, conmueven la conclusión citada a la que arribara el fallo.-

Una, que la limitación temporal de la libertad ambulatoria, no fue absoluta, ni tan extensa como lo indicara la sentencia, desde que como lo esclareciera la propia víctima, pudo liberarse por su cuenta de las ataduras de los pies pasadas alrededor de unas dos horas de consumado el hecho, e incluso pudo arrimar una silla y ponerla contra la puerta dañada lateral dañada por la que ingresaran y egresaran los autores del hecho, para evitar que quedara abierta; asimismo, podía deambular por la casa, no animándose a otra cosa por temor a que aquellos regresaran, aclarando que incluso fue hasta su habitación a calmar a su perra, "que estaba furiosa" -lo que sugiere la cercanía temporal de esta secuencia con el momento del hecho-; ello sin perjuicio de que al tener las manos atadas, no podía accionar el teléfono para pedir auxilio a las autoridades o a sus familiares, como también lo explicara, ni tampoco se animaba a salir en esas condiciones por temor a eventuales represalias de los autores.- Y otra, que resulta por demás claro del propio relato de la víctima, que el único propósito que guió a los autores al ejercer violencia contra la víctima, fue para facilitar el desapoderamiento del dinero que afanosamente buscaban, como lo revelan las manifestaciones que le hiciera a ésta en tal sentido, por

lo que se carece de todo elemento para sostener certeramente que las condiciones en que dejaran a la víctima, pudo obedecer a otro propósito distinto, vinculado más que procurar la impunidad, a atentar contra el derecho a la libertad ambulatoria de la víctima, produciéndose lo que se llama "cambio de dolo" o "cambio de objeto del hecho" (conf. Marún E.A., com.al art.164 CP, en Baigún-Zaffaroni- Terragno," CódigoPenal y normas complementarias...", Ed. Hammurabi,feb/2009, T° 6, págs. 187/188), que de haber existido, debió haber sido acreditado por la Fiscalía.- Y, por otro lado, todos los pormenores del suceso indican inexorablemente el direccionamiento unívoco del accionar de los imputados hacia el atentado a la propiedad perpetrado y nada sugiere que el contendido doloso del mismo también abarque el ataque al bien jurídico protegido por la figura citada, esto es la libertad de locomoción o ambulatoria (conf. Miño, L.D. "Privación Ilegal de la Libertad", en "Delitos contra la Libertad", Niño, L.F. y Martínez, Stella M. Coord., Ad Hoc, págs.65/68).- Por todas estas razones y fundamentos, interpretando la cuestión en favor del imputado, y en sintonía con lo sostenido sobre el punto por los demás integrantes de esta Cámara, concluyo que no debe tenerse por configurada la privación de la libertad atribuida a C., acogiéndose, también en este punto, el agravio defensista en tratamiento.-

Teniendo en cuenta lo expuesto, concluyo entonces que el imputado debe responder finalmente por el delito de robo agravado por efracción -desde que esta última agravante que le impusiera el fallo a C., no fue materia de impugnación-, debiendo modificarse en consecuencia y en tal sentido la calificación legal atribuida al hecho por las sentencias citadas al comienzo (la reg. bajo el N°184, F° 231/252, Año

2009, Of. Jud. Penal Esquel, conf. fs.43/63 CJ cit. y la reg. bajo el N° 205, F° 277/282, Año 2009, Of.Jud. cit.).- En cuanto al último de los agravios formulados por el impugnante, vinculado sólo a la modalidad de cumplimiento de la pena (requirió se imponga en suspenso, en contra de la pena efectiva impuesta por la sentencia), debe tenerse en cuenta en primer lugar, que como consecuencia de lo resuelto en los párrafos precedentes, queda sólo en pie la condena al imputado por el delito de robo agravado por efracción (conf. art. 167 inc. 3 ° C. Penal); en segundo lugar, que como consecuencia de ello, es razonable propiciar una adecuación de la pena impuesta al menor grado de reproche que tal modificación conlleva.- En tercer lugar, debe tenerse también en cuenta, que la sentencia dictada luego de producido el debate sobre la pena, ha efectuado un pormenorizado análisis de los elementos aportados por las partes y ha puntualizado, correctamente a mi entender, cuáles circunstancias tomó como agravantes y cuáles como atenuantes, en el marco de las pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 del C. Penal, en que como ya lo adelantáramos, se valoraron especialmente en su favor, los aportes de la Defensa en punto al buen concepto personal del imputado –ampliamente acreditado en el debate por profusa prueba testimonial y por el informe social que se realizara-, y a su falta de antecedentes penales condenatorios, que surgiera del informe pertinente del RNR, también aportado por la Defensa y la entidad del daño patrimonial sufrido por la víctima. – Y ponderando tales circunstancias, entendió como justo y razonable la aplicación del mínimo de la pena prevista por la escala penal resultante, esto es la de tres años de prisión y las costas del juicio, sólo que propició que la misma sea de cumplimiento efectivo por las razones que dieran los Magistrados del Tribunal a quo.-

Pues bien, teniendo en cuenta tales cuestiones y circunstancias, que fueron materia de análisis particularizado en la deliberación, entendimos que, sin perjuicio de ser razonable la aplicación del monto mínimo de la escala penal que ahora debe tenerse en cuenta (tres a diez años, conf. art. 167 C.Penal), por la incidencia del menor reproche que sugiere el cambio de calificación que indicáramos, sería razonable y justo, a más de ajustado a derecho, disponer que el cumplimiento de dicha pena, deba ser de cumplimiento condicional (conf. art. 26 C.Penal), tal como lo requiriera la Defensa al formular este agravio.- Por ello, así debe resolverse.- De allí que, con las precisiones citadas, también este agravio debe prosperar.-

Por todo lo dicho, corresponde rechazar los dos primeros agravios, confirmando a su respecto la sentencia impugnada y receptar los restantes, revocando parcialmente en su mérito, el decisorio cuestionado con las precisiones indicadas en cada caso.- Y por ello, considerar al imputado como autor material y penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO POR EFRACCION (art. 167 inc. 3° del C. Penal), imponiéndole la PENA de TRES AÑOS DE PRISIÓN, de CUMPLIMIENTO CONDICIONAL (art. 26 del C. Penal), con COSTAS (arts.29, inc. 3° del C. Penal y nal y 239, 240 y 241 y 250 del CPP), en relación al hecho cometido en esta Ciudad de Esquel, el 09 de junio de 2008, en un horario cercano a las 21,50 hs., que damnificara a la Sra. N. N. M.- Con ello doy respuesta a la segunda cuestión propuesta.-

Asimismo, corresponde regular los honorarios devengados por el Sr. Defensor Particular del Sr. R. A. C., Dr. D. A. S., por su actuación en esta instancia, los que se fijan en $. 1.500,00 (PESOS UN MIL QUINIENTOS), atento la importancia, extensión y resultado obtenido y demás pautas previstas en el art. 6 de la Ley XIII, N ° 4, los que

deberán ser abonados por su defendido dentro de los diez días de quedar firme la presente (conf. arts. 3, 4, 6, 7, 14, 45, 46 y ccdtes. Ley XIII, N° 4).-

Así voto.-

El Dr. Rafael LUCCHELLI, dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Señor Defensor D. A. S., junto su pupilo R. A. C., contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio Colegiado de la ciudad de Esquel, el 13 de septiembre de 2008 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por escalamiento y efracción en concurso ideal con Privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia (arts. 167 incs. 3° y 4°, 163 inc. 4°, 142 inc. 1° y 54 del C. Penal) a la pena de Tres años de prisión y costas (arts. 29 inc 3°, 40 y 41 del C. Penal), por el hecho ocurrido en Esquel el día 9 de Junio de 2008, en perjuicio de la Sra. N. N. M.-

El impugnante interpuso recurso contra el fallo condenatorio solicitando se anule el fallo dictado y absuelva a su defendido por los delitos enrostrados.-

Motivó la impugnación en 1) Nulidad de resolución de audiencia de los días 17, 18 y 19 de Julio de 2008 2) Falta de motivación de la sentencia en la valoración de la prueba para la materialidad de hecho y la autoría de su pupilo 3) Errónea atribución de la calificación legal 4) Exceso en la pena impuesta.-

En el desarrollo del primer agravio señaló que tal como lo expresara en la oralización de las diferentes impugnaciones, plantea la nulidad de la prueba incorporada como Evidencia H, elemento que lleva a la identificación compuesta por el testimonio de la víctima, reconocimiento de cosas y reconocimiento de voz.-

Dijo que esa Defensa ha sido literalmente desplazada al enterarse de la celebración de la audiencia del día 18 de julio de 2008 mediante una comunicación telefónica efectuada ese mismo día, a la que no pudo concurrir por no encontrarse en la zona, por lo que se le designó a su pupilo, en esa oportunidad, un defensor de oficio en forma inconsulta en clara contradicción a lo normado por los arts. 9 y 10 del C.P.P. y arts. 18.9, 44 y 45 de la C. Prov, y la ley N° 4558.-

Así advirtió que en la solicitud jurisdiccional que lleva el n° 2723 el Juez actuante mencionó que en audiencia celebrada el día 17 se notificó a esa parte de la convocatoria vía correo electrónico, lo que niega, manifestando que dicha comunicación fue recepcionada en el correo electrónico "X" en días posteriores a la celebración de la audiencia.-

De esta forma consideró que dicha violación acarrea la inobservancia prevista por el art. 91 y sig. del C.P.P., toda vez que se aplicó lo normado por el art. 96, tercer y cuarto párrafo del C.P.P. de forma unilateral y sin atribución para ello, lo que hace al acto nulo de nulidad absoluta -audiencias celebradas el día 17 y 18 de julio de 2008.-

Argumentó la complicación de los actuales sistemas procesales a fin de hacer hincapié en la necesidad de contar con un abogado de confianza del imputado en un proceso. Citó al Profesor Binder y a Luigi Ferrajoli a fin de reforzar su postura, haciendo mención que en el caso bajo análisis el testimonio no fue controlado por esa defensa sí bien se invoca a un defensor ajeno a este proceso, cuestionando el acto de reconocimiento de objetos y tachándolo de violatorio del art. 208 en cc. con el art. 210 del rito.-

Calificó a tal evento de violatorio del debido proceso y la defensa en juicio y al incorporarse dicha prueba en la sentencia, surge de allí su arbitrariedad y en consecuencia solicita la nulidad de dicho acto y todos los que de éste dependan.-

En el tratamiento del segundo agravio hizo una extensa introducción teórica acerca de las reglas de la sana crítica racional y la fuerza probatoria del indicio, sosteniendo que el valor de convicción que surge del llamado principio de razón suficiente es más empírico que lógico.-

Criticó la pieza atacada advirtiendo que los tres votantes han incurrido en la valoración de los indicios anfibiológicos convirtiéndolos en prueba, cuestión que no surge de las piezas procesales que llevó la parte acusadora con pruebas de cargo, violando lo prescripto por el art. 25 del C.P.P. Citó doctrina alusiva. Calificó por ello a la pieza falta de motivación, considerando que los elementos que pesan sobre su pupilo C. son meros indicios anfibológicos. Descalificó el voto de la Dra. JONES señalando que la Magistrada no ha podido unir los indicios para poder convertirlos en prueba de cargo, no surgiendo del testimonio de la víctima elemento que pueda vincular al imputado al proceso, no contándose entonces con certeza alguna al respecto, no habiéndose probado siquiera cual fue el lugar de ingreso ni quien fue el segundo participante del evento así como tampoco que las zapatillas utilizadas hayan estado vinculadas con la huella hallada en el baldío contiguo al paredón lindante al inmueble y a su vez que éstas fueran las de su pupilo, cuestión que ni el perito pudo dilucidar.-

Aludió a la cita efectuada por dicha Magistrada al respecto al utilizar la palabra "coincidencia" y no "certeza". Luego analizó en iguales términos el voto del Juez EYO.

Citó pasajes del voto del Dr. CRIADO y dijo que el mismo adolece de defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornan ilusorio el derecho de defensa y conducen a la frustración del derecho de defensa en juicio, sosteniéndose en el sutil método de la apariencia de fundamentación, encontrándose así ante el armado forzado de una hipótesis sobre la base de elementos equívocos y de la lisa y llana supresión de elementos relevantes que contradicen a los anteriores, constituyendo así un medio incorrecto de condenar ante la duda, en violación al art. 28 del C.P.P. y art. 44, VI, C.Ch..-

Destacó que lo referido por su pupilo en el juicio no encontró acogida ni siquiera para su análisis por los Sres. Magistrados, sin dar razones de tal motivo como tampoco se trató la abundante información probatoria producida por esa parte y que corroboraba tales dichos.-

Continuó detallando pasajes de los votos en referencia a la valoración efectuada respecto de los indicios, los que a su parecer, no son suficientes para arribar a la condena de su defendido.-

En tercer lugar se agravió por la errónea aplicación de la calificación legal impuesta, cual fue la de Robo doblemente calificado por haber sido cometido mediante escalamiento y por efracción en concurso ideal con Privación ilegal de la libertad agravado por violencia (art. 167 inc. 3° y 4° , 164 y 163 inc. 4°, 54 y 142 inc. 1° del C. Penal.-

Bajo ese lineamiento expresó que el tipo penal escogido se aleja de la descripción de los hechos, el que requiere de una descripción del accionar, lo que no sólo no se ha probado, sino que se ha adecuado la conducta en el art. 164 en función del art. 163 inc. 4°, señalando que a más de ello no se puede concebir que la calificación impuesta pueda conjugarse en concurso ideal con el delito previsto en el art. 142 inc. 1° del C.P., negando que su defendido

haya participado del robo.-Por otra parte, tras citar doctrina puso de resalto la existencia en el caso del concurso aparente entre el robo y la privación de la libertad, en tanto que tal conducta se lleve a cabo con las finalidades propias del art. 164 del C.P., constituyendo una forma de violencia propia que es contenida en el delito de robo, ya que lo que el sujeto pretende es dominar y limitar las posibilidades de acción de la víctima.-
Desarrolló argumentos doctrinarios para concluir en que se deduce fácilmente que la privación de la libertad que siguió al momento del robo al haber dejado atada de manos y pies a la Sra. M., fue integradora del delito de robo, surgiendo de los dichos de la misma que los autores procuraron inmovilizarla para que no tuviera acceso al teléfono para llamar a su hija.-
Por otro lado sostuvo que no deberá prosperar la agravante prevista en el art. 167 inc. 3° y 4° en función del art. 163 inc. 4° del C.P. en virtud de no haberse acreditado la materialidad del escalamiento.-
Aseveró que no quedó acreditado el lugar siendo técnicamente insuficiente para enervar la mentada prueba indiciaria del lugar de ingreso al predio siendo ella equívoca; sumado ello a la total ausencia descriptiva en el sentido requerido por el tipo penal, lo que impide la condena por el delito de robo en su modalidad agravada de escalamiento, observándose aquí también la arbitrariedad en la que incurre la sentencia, además de advertir que si tal escalamiento hubiese sido para salir y no para entrar, se excluiría el tipo por el escalamiento, ya que el escalamiento posterior no agrava la figura tratada.-
Por último y en el hipotético caso que no encontraren acogida favorable los demás planteos efectuados en puntos anteriores, solicitó el cambio de la calificación por la de Robo agravado por efracción.-

En consecuencia solicitó se case la sentencia impugnada en torno de la calificación y se deje sin efecto la agravante cuestionada.-

Se agravió también por la pena impuesta, considerando la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., señalando además que se ignoró en su aplicación el art. 5° , apartado 6 de la C.A.D.H. en referencia a las penas privativas de libertad y su fin, haciendo mención a que esa parte había solicitado la condena de ejecución condicional. -

Aseveró, al referirse al tratamiento carcelario que la condena impuesta es típica del desconocimiento carcelario y de la aplicación de la ejecución de la pena, que es la responsabilidad de la resocialización del reo. Transcribió pasajes del voto de la Jueza JONES para invocar el criterio de "pena shock" o "pena sacudón" o "pena para hacer volver en sí" el que se vio materializado en la pieza atacada. Luego resaltó también pasajes del voto del Dr. EYO para reafirmar su crítica, desarrollando criterios generales, concluyendo en que el Tribunal ha recurrido en interpretaciones contradictorias, con sustentos erróneos y arbitrarios de los elementos que ha tenido en cuenta la legislación para establecer la forma del cumplimiento de la pena.-

Hizo reserva del caso federal por la vía del art. 14 de la ley n° 48.-

Efectuado el emplazamiento el Ministerio Fiscal no hizo uso de su facultad de exponer su postura.-

En audiencia prescripta por el art. 385 del rito la defensa del imputado R. A. C. reiteró sus argumentos vertidos por escrito detallando cada agravio.-

Comenzaré a tratar en primer término el planteo de nulidad incoado. En ese sentido, debo señalar, conforme lo enseña toda la doctrina procesal, que la nulidad es una sanción procesal, la cual por imperativo legal constitucional debe

ser interpretada en forma restrictiva (Arts. 31 del C.P.P. y 44, V, cláusula I, de la Constitución Provincial). Entiendo que a la sanción solicitada se le pretende dar un carácter extensivo en el presente caso, vulnerando la exigencia constitucional y legal de interpretar en forma restrictiva la aplicación de la misma. No existe ningún indicio que haga suponer que en la audiencias que se realizaron sin la presencia del abogado de confianza de C. pero con la asistencia de la Defensa Pública, se haya menoscabado alguna garantía del imputado, por lo que entiendo que el planteo debe ser rechazado.

El segundo agravio denuncia que los tres Magistrados han incurrido en la valoración de los indicios anfibiológicos convirtiéndolos en prueba para fundar una sentencia de condena.

A fin de dar fundamentos al análisis que efectuaré del valor probatorio de los indicios que han sido tenidos en cuenta para formar la convicción del Tribunal, me apoyaré en los conceptos vertidos el Ministro Dr. Jorge PFLEGER en autos: "H., S. D. S/ Privación ilegítima de la Libertad" Expte. N ° 21268, Letra H, Año 2008 dijo: "... Resulta importante resaltar que en el proceso de reconstrucción ideológica que los jueces producen en la sentencia nada debe descartarse. Sus decisiones pueden basarse, perfectamente, tanto en prueba directa como en evidencia circunstancial. A esta especie pertenecen los hechos indiciarios, desde los que resulta posible reformular operaciones intelectuales conductores de certeza. Considero al respecto que aquellos, fuentes de presunciones, han de estar debidamente fijados (no puede especularse a partir de una especulación anterior, valga la reiteración) deben resultar unívocos y además variados. En la otra mano, he aceptado que frente a un hecho indicativo - y en algún punto- pueda razonarse en otro sentido y que con ello

aparezcan fisuras en la construcción de presunciones unívocas. Sin embargo no hay obstáculo para que el Juez pueda erguirlas airosamente como vehículos de plena convicción sin alterar los principios arriba vertidos. Esta aceptación sobreviene a mi idea de que el sistema de presunciones admite plantearse el problema y resolverlo acudiendo al argumento de la lógica prevaleciente; o en otras palabras, aceptada la posibilidad de cierta anfibología en los indicios, lo unívoco de la operación intelectual estará dado por la concurrencia de lo que resulte más lógico, dentro de un esquema de reflexión medio normal. Lo que resulta inadmisible es que – despejado el tema de la variedad y la existencia de base firme – el proceso de reflexión sea infundado o arbitrario; que se genere a partir del mero discurso del Juez; que sea el producto de un análisis prejuicioso o infundado o que se utilice un argumento "ad hoc" para la validación del predicado. Correcto es decir también que los indicios deben ser analizados en conjunto y no fragmentadamente para evitar la dispersión de evidencias, siendo 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..(Sobre este punto SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/07/2003 en JUBA t. 123 F. 200, pág. 84). Si el Magistrado tuvo por probado una lesión y razonó frente a ciertas evidencias en sentido cargoso, motivado en circunstancias de modo, tiempo y espacio debidamente acreditadas y ese razonamiento prevaleció a los opuestos, la solución es válida."

Luego de haber analizado detenidamente el proceso lógico llevado a cabo por los Jueces del Juicio he llegado a conclusión que el agravio formulado por la esforzada defensa de C. no va a tener acogida favorable. -

Así la Dra. Jones pondera cuidadosamente el acta identificada con la letra "A", donde consta la primera declaración que realiza la víctima ante la prevención, pocas horas después del hecho, la cual fue ratificada en su integridad por los intervinientes en la misma A. y B. en el transcurso del debate.

En dicha acta surge el relato de la víctima, quien señaló que uno de los autores que había entrado a su casa era de gran porte, y su calzado muy grande. En ese momento, dicha persona le habría dicho que en una oportunidad había cortado el césped de su casa, como así también la de su hija y le pagaron miserias. La victima le relató a los testigos de actuación que le parecía que los autores la conocían tanto a ella como al lugar. Usaban guantes de látex, como así también cuello polar.-

Luego de colectar estos datos M. E. B. efectúa tareas de inteligencia que vuelca en el informe del 10 de junio de 2008 y sobre esta base, obtiene las ordenes de registro del domicilio de A. C. quien respondía a las características antropométricas dadas por la víctima y en una oportunidad le había cortado el césped a su hija y a ella.

En el allanamiento se secuestraron, un par de zapatillas que el condenado llevaba puestas en el momento de su requisa, un gorro de lana color negro, un cuello tipo polar color negro con parte interior color gris y cordón de ajuste y un guante de látex transparente.

Lo aportado por la víctima lo compara cuidadosamente con lo declarado por la misma en Cámara Gessel, un mes después del hecho.- La Magistrada luego de ver el registro audiovisual señala que: "...hemos podido apreciar a una víctima octogenaria, pero muy lúcida, prudente en sus comentarios, sin animadversión alguna en contra de C., que contestó afirmativa o en forma incriminante algunas preguntas y otras no, lo que puede interpretarse como una actitud veraz

despojada de toda intención de perjudicar al imputado a ultranza. Así por ejemplo, reconoció el gorro de lana pero no el cuello polar y admitió haber visto sólo parte de las zapatillas...”

Por su parte el Dr. Eyo al momento de valorar el testimonio de la víctima N. N. M. señala que: “...no advertí circunstancias ni motivos que disminuyan la fuerza de sus declaraciones. Si bien se trata de una persona de 81 años de edad, se advierte en la grabación audiovisual de la audiencia de anticipo jurisdiccional, su lucidez mental así como la coherencia interna de su relato y falta de animosidad hacia el acusado...." Al ponderar el reconocimiento de voz, el Dr. Eyo expresa que: “...con relación al reconocimiento de voces, con absoluta prudencia, no afirma que esa sea la voz del acusado, sino que la reconoce por su parecido con la escuchada el día del hecho...."

Los tres jueces parten de dotar de absoluta credibilidad al testimonio de la testigo víctima, haciendo una ajustada ponderación del mismo. Luego de ello, van enhebrando uno a uno, cada indicio hasta arribar a la certeza requerida en una sentencia de condena. Así van aunando el testimonio de M. con lo que le habría expresado uno de sus victimarios, en cuanto a que le habría cortado el césped.

Así llegan a C. Se suma a ello el reconocimiento de voz, el reconocimiento del gorro, el conocimiento que mostraba de la casa, etc. Sin duda alguna muchos de estos indicios, tomados en forma aislada son anfibológicos. Pero debidamente concatenados, como lo hacen los Jueces del mérito, haciendo uso de argumentos aportados por la lógica prevaleciente, conforme lo explicara el Ministro Pfleger en el voto citado, llegan a despejar cabalmente la prueba de descargo arribando a la justicia del caso con la condena de R. C.-

El tercer agravio consiste en la crítica efectuada a la aplicación de la calificación legal impuesta, cual fue la de Robo doblemente calificado por haber sido cometido mediante escalamiento y por efracción en concurso ideal con Privación ilegal de la libertad agravado por violencia (art. 167 inc. 3° y 4° , 164 y 163 inc. 4° , 54 y 142 inc. 1° del C. Penal.-

El robo con efracción ha quedado debidamente acreditado por la rotura del marco de la puerta trasera constituyendo el delito tipificado en el art. 167 inc. 3° del C.P.-

Con relación a la calificante del robo por escalamiento la misma debe ser descartada conforme lo propone la Defensa. Esto es así, ya que no se ha podido probar en modo alguno si el escalamiento ha sido para entrar o para salir de la vivienda de la víctima.

La doctrina enseña que: "El escalamiento debe efectuarse para penetrar en el lugar cerrado donde se halla la cosa objeto del hurto....Como consecuencia, no se considera agravado el hurto si el ladrón usa de agilidad, esfuerzo o de un medio artificial para salir del lugar, después de intentado y consumado el hurto, así como tampoco si, en puridad, no penetra." (Tozzini, Carlos A." Los delitos de hurto y robo.", Editorial Depalma. Edición 1995. pág. 217).-

En igual sentido la jurisprudencia ha dicho que: "El escalamiento debe efectuarse para penetrar al lugar cerrado donde se halla la cosa objeto del hurto, puesto que lo que fundamenta la agravante es el vencimiento con esfuerzo de una defensa particular predispuesta en resguardo de cosas muebles; como consecuencia, no se considera agravado el hurto si el ladrón usa su agilidad, esfuerzo o un medio artificial para salir del lugar, después de intentado o consumado el delito"(CNCCorr., sala I, "G., J.G.", c. 18.700 BCNCyC, N° 3/2002, p. 294.).-

Por lo expuesto, haciendo una interpretación de los hechos, favor rei mediante, corresponde hacer lugar al agravio esgrimido en ese sentido por el Dr. D. S.

También corresponde descartar la privación ilegal de la libertad agravada por violencia ya que esta figura penal, conforme el principio de consunción, se encontraría encerrada materialmente dentro de la figura del robo con efracción. La privación de la libertad que sufrió M. es lo que la doctrina llama un "hecho típico acompañante", vale decir fue efectuado con el propósito de posibilitar la fuga de los autores del hecho y por ese motivo se encuentra comprendido en la figura del robo.

En ese sentido, la doctrina explica que: "La privación de la libertad personal, inherente al modo violento usado por el ladrón, es absorbida por el robo, en tanto constituye precisamente la forma de obligar a soportar la consumación o de impedir la persecución y recuperación de la cosa o la detención del culpable. Aclara Creus, al respecto, que si bien la privación de libertad que constituye el ejercicio mismo de la violencia tipificante del robo queda absorbida por él, no sucede lo mismo con lo que se autonomiza de ese ejercicio. Se absorbería en el caso de la inmovilización del sereno de obra para impedir su reacción mientras se produce el apoderamiento, pero no en la toma de un rehén para impedir la posterior persecución policial". (Donna, Edgardo Alberto. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B". Editores Rubinzal-Culzoni. Edición 2001, pág. 30).-

Asi las cosas, entiendo que se debe modificar la conducta desplegada por R. C. calificándola en definitiva como constitutiva del delito de Robo con efracción. (art. 167 inc. 3 ° del C.P.). Así lo voto.-

Por último, con relación a la pena a imponer, habiéndose modificado en forma favorable la calificación jurídica,

corresponde morigerar la pena por la cual fuera condenado C.

En ese sentido, se lo ha condenado a cumplir con la pena mínima establecida para el delito de robo con efracción, es decir, tres años, pero en la modalidad de cumplimiento efectivo. Toda vez que el condenado carece de antecedentes penales, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho resulta aplicable lo establecido en el Art. 26 del C.P, por lo que entiendo que la pena más adecuada conforme a la calificación legal que ahora se le impone es la de tres años en suspenso.

En cuanto a la regulación de honorarios del Sr. Defensor particular del imputado, Dr. D. A. S., por compartir los fundamentos y monto de los mismos consignados en el primer voto, adhiero a la misma sin más.

Por todo lo expuesto considero conforme a derecho modificar parcialmente la sentencia recurrida, modificando la calificación legal por la cual fuera condenado C., por el delito de Robo con efracción (art. 167 inc. 3 ° del C.P.). Modificando la forma de ejecución de la pena la que deberá ser de tres años de prisión dejándose en suspenso el cumplimiento de la misma. Así lo voto.-

El Dr. Omar Florencio MINATTA, dijo:

El juez Minatta Omar Florencio dijo: que respecto del primer agravio de la defensa, entiendo no corresponde hacer lugar a la petición de privar de efectos a los actos procesales de testimonio de la víctima y reconocimiento de cosas y voz.

Esto es así, porque la defensa sostiene el agravio en un perjuicio genérico consistente en haber obviado su intervención, pero no concreta específica y efectivamente cuál fue la afectación que esos actos llevados a cabo sin su presencia le produjeron en su estrategia. Es cierto que

el juez penal dispuso el anticipo jurisdiccional de prueba sin una clara fundamentación de la necesidad y urgencia del caso -adviértase que hizo lugar a la medida solicitada por el fiscal varios días después de su solicitud-, pero ello no borra su procedencia, teniendo en cuenta de que se podía temer por la fidelidad de su testimonio basado en la pérdida gradual de memoria, tal como lo indica la experiencia común.

Sí corresponde hacer lugar al segundo agravio en cuanto a la insuficiencia de probanzas que puedan sostener la certeza jurisdiccional condenatoria. Esto es así, puesto que en el caso la sentencia se basa en prueba indiciaria, la cual los jueces construyen en base a los dichos de la víctima y a los reconocimientos de cosas y de voz que ella efectuara. Respecto del testimonio de la víctima, es cierto que la misma no aparece rodeada de algún tipo de subjetividad sostenida en animadversión y, por ello, la imputación que ella vierte – en cuanto a que el agresor le dijera que había trabajado para ella y que el mismo era físicamente parecido a un jardinero que había contratado tiempo antes-, no puede decirse que sea una mentira. Sin embargo, en el marco de las evidencias de cargo en un proceso penal, ello no deja de ser una conjetura, si estamos a la llamada coherencia externa o correlatos objetivos que la sostengan. En efecto, respecto de la voz correspondiente al imputado, sostiene la víctima que ella es parecida, pero no lo puede afirmar y, en cuanto a los guantes y gorro, va de suyo que no son reconocimientos que puedan traerse como pruebas sólidas tanto porque se trata de objetos comunes, como por la circunstancia de que los actos no se llevaron a cabo con la exhibición de cosas semejantes a los efectos de garantizar una mayor objetividad.

En fin, es sabido que tanto doctrina como jurisprudencia exigen que los indicios o hechos bases en los que se sostenga el razonamiento o inferencia en la que consiste la prueba indiciaria, se traten de hechos probados en forma indubitable, no en simples posibilidades o probabilidades, tal como ocurre aquí con el testimonio de la víctima junto a los citados reconocimientos. Si esto es así, debe estimarse que la hipótesis condenatoria de la sentencia en crisis no cumple con la primer regla establecida para la reconstrucción de la verdad fáctica en cuanto a que para que una imputación se estime confirmada, debe estarlo por la pluralidad de probanzas rendidas en el proceso, lo cual significa que, tratándose de indicios, los mismos deben ser no solo varios, sino también concordantes y que apunten todos en forma razonable en el mismo sentido, de forma tal que ellos no puedan servir de base para otra explicación o para poner en duda la citada regla. (Cfr. Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón; ed. Trotta, Madrid, España, 1995, pag. 150 y sstes.).

Lo señalado inmediatamente anterior es lo que ocurre en este caso, pues todos los hechos bases sobre los que los jueces sostienen la sentencia condenatoria son anfibológicos – tanto la declaración de la víctima como los reconocimientos - , es decir, todos ellos pueden sostener tanto la imputación como la exculpación, lo que nos lleva a un estado de duda y a propiciar el correlato procesal de este estado conviccional consistente en la absolución del condenado.

Conforme lo sostenido en el segundo agravio, no corresponde que me pronuncie por los demás, al haber mayoría respecto de los demás puntos por parte de mis colegas.

En cuanto a los honorarios y demás costas del proceso, estimo justo lo señalado por los votos que me anteceden.

En mérito a los votos que anteceden, la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel,

FALLA

I) RECHAZANDO PARCIALMENTE la impugnación planteada por la Defensa Técnica del imputado **R. A. C.**, argentino, con escolaridad primaria completa, soltero, sin hijos, ayudante de albañil, e instalador de agua, gas y luz, ayudante de pintor de obra, y jardinero, DNI **.***.***, de 27 años de edad, nacido en esta ciudad de Esquel, el día 26 de noviembre de 1982, hijo de R. A. C., con domicilio en calle R. ***, de Esquel, en cuanto requiriera la nulidad Y/o revocación de las Sentencias de Responsabilidad y de Imposición de Pena **registradas bajo el N° 184, F° 231/252, Año 2009, de fecha 09/02/09 de la Of. Jud. Penal Esquel, y bajo el N ° 205, F° 277/282, Año 2009, de fecha 13/02/09, respectivamente**, por las razones invocadas en los dos primeros agravios del escrito de impugnación (fs.73/85 vta. CJ NIC 624, NUF 5619).-

II) CONFIRMANDO parcialmente la **Sentencia de Responsabilidad Registrada bajo el N° 184, F° 231/252, Año 2009, de fecha 09/02/09 de la Of. Jud. Penal Esquel, en cuanto declarara a R. A. C.**, cuyos datos personales se consignan en el punto anterior, **autor material y penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO POR EFRACCIÓN (art. 167 inc. 3 ° del C. Penal), y RECHAZANDO la agravante de ESCALAMIENTO (art. 167 inc.4 ° y 163, inc. 4 ° C. Penal),** en relación al hecho cometido en esta Ciudad de Esquel, el día 09 de junio de 2008, en un horario cercano a las 21,50 hs., y que damnificara a la Sra. N. N. M.-

III) RACIENDO LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa Técnica del imputado, **ABSOLVIENDO a R. A. C., del delito de PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR EL USO DE VIOLENCIA (art. 142, inc. 1 ° del C. Penal),** también en relación al hecho cometido en esta Ciudad de

Esquel, el día 09 de junio de 2008, en un horario cercano a las 21,50 hs., y que damnificara a la Sra. N. N. M.

IV) MODIFICANDO LA PENA impuesta a **R. A. C.** por la Sentencia de Condena Registrada bajo el **N° 205, F°277/282, Año 2009, de fecha 13/02/09** la que se fija, , en **TRES AÑOS de PRISIÓN, de cumplimiento CONDICIONAL (art. 26 C.Penal),** como autor material y penalmente responsable del delito cometido en esta Ciudad de Esquel, el día 09 de junio de 2008, en un horario cercano a las 21,50 hs., que damnificara a la Sra. N. N. M.-

V) REGULANDO los honorarios profesionales devengados por el Sr. Defensor Particular del imputado **R. A. C., Dr. D. A. S.**, por su actuación en esta instancia, **en la suma de** $. **1.500,00 (PESOS UN MIL QUINIENTOS), sin IVA**, los que serán abonados por el Sr. C. dentro de los diez días de quedar firme la presente (conf. arts. 3, 4, 5, 13, 44, 45 y ccdtes. Ley XIII, N° 4).-

VI) La presente es suscripta sólo por el Dr. Víctor Alberto Sarquis, por no encontrarse los Dres. Rafael Lucchelli y Omar Florencio Minatta en la Jurisdicción, habiendo remitido sus votos respectivos por correo electrónico con firma digital en el día de la fecha, e incorporados al cuerpo de este decisorio.-

VII) Cópiese, Protocolícese y Comuníquese

Vìctor Sarquis. Juez de Cámara

María Cecilia Ragnato. Prosecretaria

Oficina Judicial Penal. Registrada bajo el N° 1217. Folio 2266/94. Año 2010. Conste.