En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los un días del mes de octubre de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Nelly GARCIA**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 16.959**, **carpeta individual n° 1.456**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Patricia CÁRCAMO**, el Sr. Defensor Público Dr. **Eduardo Marcelo CERDÁ** y los imputados **J. E. J.**, hijo de J. E. y de F. A., nacido en esta ciudad el día 30 de octubre de 1984, DNI nº **.***.***, domiciliado en calle M. F. nº *** y A. F. del Bo. C., soltero, estudios secundarios incompletos, alojado en la Unidad Penitenciaria nº 6 de la localidad de Rawson y **D. A. A.**, hijo de R. y de G. S., nacido en esta ciudad el día 26 de diciembre de 1988, DNI nº **.***.***, domiciliado en calle L. nº **** del Bo. P. P. de esta ciudad, alojado en la Alcaidía Policial local; y

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

Que los días 16 y 17 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. y A., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo,

CPP).-

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

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

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

I.- Llegan las actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de los imputados **D. A. A.** y **J. E. J.**, en contra de la sentencia Nº 39/09 del 26 de junio de 2009, por la que se condenara, al primero, a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, al declararlo coautor penalmente responsable del delito de Robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 166 inciso 2° del Código Penal); y a cuatro años de prisión, accesorias legales y costas como autor penalmente responsable de Robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa, en concurso ideal con Portación ilegítima de arma de guerra sin la debida autorización legal al segundo (arts 43, 45, 54, 166 inciso 2° y 189 bis, párrafo 4°, del citado cuerpo normativo), por el hecho ocurrido el 28 de julio de 2008, en perjuicio de la Agencia de Turismo “H. **”, situada en calle R. R. N° *** de esta ciudad.-

El recurrente, en su escrito de fs. 246/250, expone como agravio el hecho que la Sra. Jueza *Aquo*, aún considerando como probable que

los sucesos se desarrollaran como fueron presentados -y sostenidos en la discusión final- por la Defensa, concluyera que C. (presunta víctima) debía quedar fuera de la causa, cuando la solución que se imponía era, ante la imposibilidad de adjudicarles un hecho distinto (art. 332 CPP), que sus asistidos quedaran excluidos del caso. Cita en apoyo de esta postura un extracto doctrinario de la obra “La verdad en el proceso penal”, Nicolás Guzmán, editores del puerto, Bs. As. 2006, pág. 28 y el precedente jurisprudencial de este Tribunal en causa N° 17/04 caratulada: “R., A. A. s/ Homicidio simple”.-

En función de ello, sostiene, la probable y casi segura participación de C. en el hecho, deja en pie otro quizás también de índole delictual, pero imposible de ser endilgado a sus defendidos a esta altura del proceso. Ante ello, interpreta, la duda debe prevalecer y determinar la desvinculación inevitable de sus representados.-

Destaca luego la correcta apreciación del *Aquo* en cuanto a la desconfianza del propietario de la firma damnificada, R. C. P. H., hacia el empleado y testigo C., que determinó la extinción del vínculo laboral con posterioridad al hecho que acá se ventilara.-

En tal contexto, recuerda, H. refirió que es normal recibir paquetes y encomiendas, pero aclaró que fuera del horario comercial es excepcional y con aviso previo, para que alguien esté presente para recibirlo, y ese día no había noticias de tal circunstancia. Agregó que en la caja fuerte se guardaba, además del dinero del negocio, el de los Rapipago y Telecentro de Kilómetro 3 y del centro; y C. conocía dichos movimientos y el lugar secreto donde se guardaba la llave de la caja fuerte.-

Memora también que, según expresara, P. H. luego del hecho tomó conocimiento por personal militar de Río Mayo, donde trabajó muchos años, que C. tuvo acontecimientos similares allí y en Sarmiento.-

Aduce que a estas manifestaciones, que fueron atendidas razonadamente por la sentenciante pero no reflejadas en su conclusión, se adicionan innumerables evidencias y contradicciones que reafirman la hipótesis que sostuviera en el debate.-

Pone de relieve la incoherencia que emerge del relato de C. sobre el hecho bajo juzgamiento, desmenuzando las contradicciones en que, a su juicio, incurriera.-

Interpreta que la maniobra hubiera sido perfecta de no ser porque un vecino, L. B. T., alertó a la Policía al ver a dos personas sospechosas alrededor de las 21.30 hs. Por tal motivo, personal policial concurre al lugar horas después y desbaratan el hecho, pero se conforman con la versión fabulada por C. y el testigo Q., también empleado de la empresa.-

Entiende que los dichos de ambos testigos deben valorarse en su ya inocultable condición de testigos-imputados.-

Al internarse en el análisis de los dichos de Q., subraya que refirió no conocer al imputado **J.**, poniendo de relieve que del descargo de este surge que en todas las oportunidades en que debía referirse a Q., lo hizo con un G. o G..-

Remarca las contradicciones que observa en el relato de Q..-

Afirma que en relación a **A.** no hay ninguna evidencia de que haya ingresado al local y menos aún de que conociera a **J.**.-

Destaca que nadie vio a aquel arrojar algo en el cesto de la basura. Las declaraciones policiales coinciden en señalar que lo vieron cerca de él pero de espaldas, por lo que no pueden afirmar que haya arrojado algo. Interpreta que, ante ello, cobra veracidad su dicho exculpatorio cuando señala que observó que una persona arrojaba algo al canasto de la basura de entre sus ropas, y como se dirigía a tomar el colectivo a la parada de la Anónima, se detuvo y miró que era lo que habían tirado, y al ver algunas cosas de valor las tomó y las guardó (descartando otras), siguió caminando y fue detenido.

Aduce que, en definitiva, la intervención de C. en el hecho con la intervención de Q., posibilidad deslizada por el *Aquo* en su decisorio, resulta suficiente para desvincular a sus defendidos del suceso incriminado, por verse corroborado por las evidencias que enumera y las numerosas contradicciones en que cayeron los nombrados.-

Enumera, en abono de su postura, citas doctrinarias extraídas de la obra de Eduardo Jauchen, “La Prueba en materia penal” de Rubinzal-Colzoni, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Falos 188:482; 190:50; 228:409; 192:104; 193:135; 303:1099).-

Para el supuesto de una decisión adversa a su pretensión, formula reserva del caso federal (arts. 18, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional; 10 y 11 inciso 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 incs. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 de la Ley 48).-

El Fiscal General, en respuesta al emplazamiento que se le formulara a tenor de lo normado en el artículo 384 del ritual, sostiene que se equivoca la Defensa al considerar la sentenciante aceptó la posibilidad de un

suceso diferente pero, aún así, mantuvo la responsabilidad de los imputados. Transcribiendo el párrafo de la sentencia que estima pertinente, afirma que de él resulta clara aquella y el modo en que quedó acreditada.-

Entiende también que el *Aquo* desarrolló una valoración pormenorizada de las pruebas colectadas para dictar sentencia condenatoria por el mismo hecho contenido en la acusación.-

Interpreta que la congruencia entre hecho y derecho ha sido plenamente respetada por lo que la crítica defensista debe desestimarse.-

En lo que atañe a este agravio, se apoyó en fragmentos doctrinarios extraídos de “Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia” (Julián Horacio Langevín, Ed. Fabián Di Plácido, págs. 113 y 114), como también jurisprudenciales expuestos en el caso “Fermín Rodríguez c/ Guatemala” (CIDH, rta el 20 de junio de 2005, parágrafo 67, serie C, N° 126); “Sircovich, Jorge Oscar y otros s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados” (CJN, 31/10/06, S. 1798, XXXIX, publicada en “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Leonardo Pitlevnik, Ed. Hammurabi, pág. 31); “Duarte, Sergio Gastón y Maggio, Miguel Angel s/ Recurso de casación”, fallo del 19/04/07, publicada en el sitio elDial.com.ar; “F., D. D. s/ recurso de casación”, TCPBA, rta el 11/04/06), a cuya lectura me remito en homenaje a la brevedad.-

En lo concerniente a la valoración de la prueba, señala q1ue la mera discrepancia con lo resuelto por el juzgador no es motivo suficiente para descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido ni tildarlo de arbitrario.-

Sostiene que de la sola lectura de la sentencia, puede observarse que los planteos y pruebas ofrecidos por la defensa han sido valorados en su totalidad. Y la sentencia condenatoria, se ha basado en prueba producida en el debate y no son simples conjeturas o indicios como pretende.-

Entiende que el vicio de la arbitrariedad debe descartarse si los aspectos más relevantes del plexo probatorio han sido relacionados con arreglo a las normas de la lógica para determinar la autoría del hecho, sus motivos o circunstancias.-

En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, las partes -el Ministerio Publico Fiscal representado en la ocasión por la Doctora Patricia Cárcamo- mantuvieron las posturas esgrimidas en los escritos respectivos.-

II.- Hemos concordado en la etapa de deliberación, en que la solución que mejor se ajusta al caso, es la de receptar favorablemente el pedido de nulidad de la sentencia impugnada, que formula el Sr. Defensor Público en representación de sus pupilos, J. E. J. y D. A. A..-

1) En primer término, y como aproximación general al tema, comenzaremos por señalar –al igual que en otros precedentes de este Tribunal (vg. la sentencia n° 16/09)-, que nos encontramos frente a un supuesto de “motivación aparente” de la sentencia; que es lo que ocurre cuando la misma, “no obstante incluir una exposición en apoyo o justificativa de la decisión, en realidad **elude dar cuenta de las razones** de ésta, de manera que lo argumentado no guarda relación con lo decidido o ésta es **puramente superficial y no explicativa**. La motivación aparente se da con muchísima frecuencia **en materia de hechos**, es lo que sucede **por ejemplo**, cuando la

sentencia contiene alguna evasiva referencia a la calidad de las pruebas, por lo general, presentando la conclusión obtenida a partir de ellas como una **obviedad**. También concurre en materia de fundamentos de derecho, cuando se opera por yuxtaposición, es decir, cuando junto a la simple afirmación de lo que se entiende probado se coloca una afirmación igualmente simple de que ese hecho constituye un determinado delito. Cierto que esto último puede no presentar graves dificultades de comprensión en los casos sencillos. Pero, aparte de que evidencia un *modus operandi* que continúa impropiamente sugiriendo algo de mecánico en la aplicación del derecho, representa la elusión de un deber constitucional que es incondicionado. *Una cuestión sencilla exigirá una motivación asimismo sencilla, pero no justifica la ausencia de motivación*" (cfme. Ibáñez, Andrés Perfecto, en su obra "La sentencia Penal", publicado, entre otras obras, en la recopilación de sus trabajos titulada: "Justicia penal, derechos y garantías", editado en la colección "Pensamiento Jurídico Contemporáneo", dirigida por Manuel Atienza, de los editores "Palestra" de Lima y "Temis" de Bogotá, págs. 153 y ss.; el destacado no pertenece al original).-

Más puntualmente, en relación con el caso concreto, si se repasa el contenido del alegato defensista, en la etapa correspondiente a la discusión final del juicio oral y público, que precedió al dictado de la sentencia ahora recurrida, se advertirá inmediatamente que muchos de los planteos formulados por la parte, haciendo efectivo el principio de contradicción (garantía que se asimila, justamente, a "la posibilidad de la refutación o de la contraprueba", y que permite al imputado desarrollar en mejores condiciones su derecho de defensa en juicio -cfme. Guzmán, Nicolás: "La verdad en el proceso penal", pág. 137-), los mismos no han sido objeto de ningún tratamiento de el

decisorio. A título meramente ejemplificativo, hemos de mencionar algunos de ellos:

a) Cuestionamientos a la credibilidad de los testimonios de cargo –en particular, acerca de la verosimilitud de sus dichos-, como ser en extremos relevantes vinculados a: los motivos de la presencia de A. G. C. y J. G. Q. en el lugar del hecho, en un día feriado y a altas horas de la noche; examen a la luz de las máximas de la experiencia –que integran la sana crítica racional- de las modalidades que se utilizaban en la firma damnificada, para recibir la correspondencia, los envíos postales, etc. (es decir, si el personal de la misma concurría a retirar aquéllos, previo aviso, o si bien alguna empresa distribuidora practicaba las entregas en el mismo local comercial, y en su caso, en qué días y horarios); en particular, y ya en relación con el momento del hecho, si existe alguna prueba que permita corroborar la versión de los testigos, respecto a que el autor se habría valido de un ardid para lograr que le abrieran la puerta del local, apareciendo como un repartidor de cargas (v.g. hallazgo de algún efecto que aquél llevara consigo, y que avalara el presunto objetivo de entregar un bulto en ese negocio; identificación del sujeto por medio de algún uniforme, y/o logotipo perteneciente a alguna empresa de servicios de correo, etc.).-

b) Objeciones en torno a la veracidad del testimonio de Q.: recordemos que a partir de la defensa material del acusado J., se sostiene una presunta vinculación del mismo con el testigo mencionado, lo que lleva a la Defensa a concluir que J. G. Q. ha incurrido en falsedad, cuando en su deposición niega conocer al imputado.-

c) En cuanto a la situación del coimputado A., puntualmente se halla cuestionado su efectivo ingreso al lugar de hecho –dado que este acusado sólo ha admitido haber estado cerca de un cesto de basura que está ubicado en el exterior-, y en general si existen suficientes pruebas para condenarlo como coautor, como lo hiciera la Magistrada en la sentencia- teniendo por acreditada, incluso, una “división de tareas”-.-

2) La Cámara Nacional de Casación Penal, cabe recordar, sostiene a través del voto del Dr. Yacobucci (causa: “P., G. C.…”, sentencia del 8 de marzo de 2010), que: “El control de la Casación se diferencia … del análisis de la arbitrariedad asumido por la Corte, en tanto la revisión de la Cámara ha de controlar el **respeto por el método** en la fundamentación del fallo. En ese campo **no pueden quedar abiertas hipótesis** a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido **se imponga a las demás con un grado de certeza** que permita su descarte…” (el destacado ha sido agregado al original).-

Este mismo magistrado, previamente, nos recuerda que: “la interpretación de los hechos que los tribunales realizan a través de los medios de prueba debe ser sometida a control a través de tres instancias diferentes: a) la lógico formal, b) la de naturaleza material –emergente de criterios técnicos y morales-, c) y de orden persuasivo. Si bien los sucesos humanos están abiertos a una multiplicidad de formas casi infinita, es posible razonar a su respecto a través de ciertos patrones de comportamiento surgidos de la experiencia, el sentido común, la lógica de las reacciones y las referencias tópicas. En abstracto, las posibilidades de ocurrencia de hechos, comportamientos y

respuestas no parecen tener un límite preciso. Sin embargo, en concreto, las determinaciones de tiempo y lugar, los modos empleados y las referencias lógicas, éticas y de sentido común permiten cerrar esas posibilidades hasta **determinar con 'certeza moral' como habrían sucedido los hechos**" (el destacado me pertenece).-

La Sala Penal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, en la misma línea argumental, por su parte –y a título meramente comparativo e ilustrativo-, vemos que ha sostenido como fundamento de la confirmación de una sentencia condenatoria, el hecho de que los jueces del debate en la evaluación de la prueba "dieron las razones del porqué" los relatos de los testigos de cargo eran creíbles, "poniendo en valor su capacidad de convencer"; y: "Una vez ponderados los testimonios considerados sinceros y los que no daban esas notas se expidieron sobre el **sentimiento de certeza respecto de lo que había acontecido** el día en cuestión, brindando **razones suficientes y acabadas** de sus conclusiones" (del voto del Dr. Pfleger en la sentencia n° 37/09, dictada en los autos "S., J. O. p.s.a. Homicidio s/ impugnación", originario de esta Circunscripción Judicial –el destacado ha sido agregado al original-).-

3) Por su parte la doctrina procesal penal nos enseña, a partir del dictado del fallo "Casal" de la CSJ, que los testimonios deberán ser valorados con arreglo a la sana crítica racional, "lo que incluye, nos parece, **la correcta utilización de este método *también* para concluir sobre su *sinceridad* (o insinceridad)**. Sólo así las conclusiones que de esos testimonios se extraigan **no serán puros actos de voluntad** de los jueces del tribunal oral o exclusivo fruto de sus meras impresiones, sino **un resultado de la consideración racional de los dichos de esos testigos y de sus aspectos**

‘no verbales’, exteriorizada como una **explicación razonable sobre *por qué* se concluyó de esa manera (que el testigo dijo la verdad) y no de otra (que el testigo mintió)**, explicación que deberá ser *comprensible* (comprensión que es imprescindible para poder luego adherir a ella o resistirla) y *contrastable* (confrontable en su exactitud, por el uso de argumentos opuestos) por *cualquier otra persona,* también mediante el uso de su razón (v.gr., partes, público, etcétera)” (cfme. Cafferata Nores, en la obra colectiva: “Proceso penal: nuevos estándares y controversias”, págs. 13 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

También específicamente en torno a la valoración de la prueba testimonial, la CN Cas. Pen., Sala II (voto del Dr. Luis M. García, en la causa “S., C. D. s/ Rec. de Cas.”) sostiene que la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba depende de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, En tal sentido leemos: “Al sopesar las informaciones de un testigo, debe examinarse la existencia de razones objetivas que quiten valor convictivo al testimonio. Al emitir mi voto en la causa n° 9149 de esta Sala, "M., H. R. s/recurso de casación", rta. 24/10/2008, Reg. N° 13.401), he señalado que en la crítica del testimonio se han de observar…: a) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad, que podrían sospecharse, por ejemplo, de las relaciones de interés del testigo, o de relaciones de amistad, enemistad, ánimo de favorecimiento o de perjuicio; b) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la medida de las posibilidades por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones disponibles que pudieran ser corroborantes o poner en

duda la exactitud de lo declarado; … En el primer abordaje, la veracidad atiende principalmente a una actitud subjetiva del testigo, y a sopesar su compromiso con la verdad, sobre la base de indicios objetivos; en el segundo se atiende principalmente al examen objetivo del contenido de su declaración, que busca desentrañar si lo que se declara puede corresponder con la realidad de lo ocurrido; … El examen de veracidad … es un examen dirimente, puesto que el mejor y más verosímil y coherente relato puede ser falso en el sentido de no veraz…".-

Contrariamente a todo cuanto se viene reseñando, en la sentencia impugnada leemos, acerca de la "convicción" que se deriva de uno de los testimonios de cargo: "…Llama la atención a esta sentenciante las declaraciones del dueño del local al referirse a su empleado C., su desconfianza hacia él, además de su parentesco con un tercer delincuente que habría huído. Además de existir una más que razonable duda sobre su trabajo esa noche en el local, amén de su conducta posterior ya que no entró en la línea de investigación de la Fiscalía…".-

4) Si bien lo expuesto hasta aquí, entiendo es suficiente para fundamentar la declaración de nulidad de la sentencia impugnada, también debe consignarse que es posible añadir otra causal de invalidez, y siempre en relación con la valoración de la prueba de cargo, consistente en el vicio denominado de "autocontradicción" -o "contradicción interna", como lo ha dicho la CSJ, en el marco de su doctrina en materia de sentencias arbitrarias (Fallos: 310:233; 315:2607;317:177;319:1625 y 322:963, entre otras)-; por ejemplo, cuando la sentenciante expresa que "el plexo cargoso se encuentra más que concretamente probado", o bien que "la prueba cargosa es contundente", y sin

embargo más adelante tilda de “incoherente” al testimonio de C. –que es uno de los principales testigos de cargo-.-

A mayor abundamiento, sobre el supuesto de arbitrariedad de sentencia por autocontradictoria, la doctrina constitucional nos enseña que esta clase de decisorios, se caracteriza por ser inconsecuentes consigo mismos; y que en los casos de sentencia autocontradictoria “…su defecto se refiere a la propia *estructura* del fallo, incumpliendo las prescripciones legales sobre la obvia armonía que debe mediar primero entre los fundamentos de la resolución, y después entre esos fundamentos y lo decidido. Sin embargo, y como el mismo Carrió apunta, la *contradicción interna* puede versar sobre los hechos (afirmándolos y negándolos a la vez), circunstancia que –en los casos donde ocurra- derivaría el problema, quizás, al ámbito de la **arbitrariedad fáctica**” (cfme. Sagüés: “Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario”, t. 2, 4ª. edic., edit. Astrea, pág. 246, el destacado me pertenece).-

III.- Luego de acordar por unanimidad en la deliberación, como ya se anticipara, en la solución expuesta precedentemente, es decir la invalidación de la sentencia impugnada, en razón de su deficiente fundamentación; en cambio, hubieron de suscitarse opiniones diversas –en un rico intercambio-, en lo relativo a las consecuencias procesales de tal decisión.-

1) En lo personal, soy partidario del reenvío para la realización de un nuevo juicio, sobre la base de lo dispuesto en el art. 387 CPP, y tal como este Tribunal resolviera –con integración parcialmente distinta- en las sentencias n° 4, 15 y 16/09.-

A mayor abundamiento, he tenido en cuenta que al no hallarse comprometidas, en el caso, ni la garantía de la duración razonable del proceso (art. 146 C.P.P., argumento *a contrario*), ni la del límite máximo del encarcelamiento preventivo (a todo evento, el contralor/modificación, etc. de la prisión preventiva actualmente en vigencia, está suficientemente asegurado por las disposiciones de los arts. 226, 227, 234, 235, 236 y ccs. del C.P.P.), entonces la solución propuesta no parece comprometer el derecho de los imputados, a obtener un pronunciamiento que defina su situación; y además, no se afectan tampoco los principios de progresividad, ni de preclusión, ya que al limitarse la nulidad a la sentencia –y consecuentemente al juicio oral-, por la inobservancia de formas sustanciales de la misma, siempre a solicitud de la Defensa en la impugnación de la condena, no se está retrotrayendo el proceso penal a etapas anteriores, válidamente cumplidas y ya superadas (v.g. la investigación preparatoria; la acusación; etc.).-

2) En el artículo dedicado a reflexionar sobre el caso "Casal" de la CSJ, ya citado *ut* supra, Cafferata Nores advierte que si bien es verdad que el reenvío "puede generar el riesgo de una dilatación exagerada del proceso, aspecto que no debe ser descuidado"; mucho ayudará a "**evitar** este peligro de prolongación irrazonable del proceso **tomar en cuenta seriamente las limitaciones que el fallo de casación impone a los jueces del reenvío**, ya que 'el nuevo juez de mérito queda jurídicamente vinculado a las *consideraciones subyacentes* en la anulación' (con cita de Roxin)…De allí que se diga, con acierto, que el juez del reenvío debe 'juzgar sobre la huella y los rieles, de hecho y de derecho, indicados por la Casación' (con cita de Leone)" –aut. cit. "¿Un nuevo recurso de casación?...", en la obra colectiva: "Proceso

penal: nuevos estándares y controversias", José I. Cafferata Nores compilador. También en la obra "Estudio sobre justicia penal", homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, en el artículo "El reenvío en la casación penal", de José I. Cafferata Nores y Gustavo A. Arocena- (el destacado ha sido agregado al original).-

En particular, en el caso que nos convoca, adviértase que en el nuevo juicio se ha de reeditar sobre la misma prueba producida en el debate anterior -que no ha sido de gran complejidad, ni tampoco numerosa, como para suponer que la preparación y celebración de la audiencia futura demandarán excesivo tiempo-.-

3) A título comparativo, tengo en cuenta el precedente del TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el expte. "Ministerio Público – Defensoría Contravencional y de Faltas n° 3 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'M. M., M. N. s/ infracc. art. 71 –apelación'-", sentencia del 9 de marzo de 2005; en el cual sostuvo, por el voto del Dr. Luis F. Lozano, en un caso en que la impugnante había sufrido una condena luego declarada nula por la Cámara de Apelaciones, que: "El juicio frustrado genera con respecto al procesado dos situaciones. La primera es la dilación excesiva del proceso, situación que por sí podría justificar que el procesado fuera eximido de ulteriores padecimientos derivados de una prolongación excesiva de las actuaciones. Esto no sería en virtud de la garantía del *ne bis in idem* sino en atención al derecho a un juicio razonablemente rápido. Un ejemplo claro de este supuesto lo da, en nuestra jurisprudencia, el caso 'Mattei' … En los casos en que el juicio se extiende más allá de lo razonable, los fundamentos que impiden retrotraer el proceso se basan en los principios procesales de progresividad y preclusión y el derecho, que la Corte estimó como parte del art. 18 CN en

‘Mattei’, ‘de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal tiempo y forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal’. Los principios de progresividad y preclusión son principios procesales que, como tales, son reglamentados por los legisladores locales (art. 5 y 121 CN), con la evidente salvaguarda de que no reduzcan las garantías consagradas en las constituciones nacional y local. Los supuestos que comprometen tales principios no afectan, necesariamente, también, la garantía del *ne bis in idem*. La segunda situación que la renovación de un juicio frustrado suscita es la posibilidad de que se incremente, por esa vía, el riesgo que el procesado debe soportar. En este orden de ideas, nuestra corte federal, en el caso ‘Polak’, con cita de **jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América**, sostuvo que ‘el imputado **no** tiene un derecho a la absolución cuando el reenvío del juicio se funda en **errores ordinarios del procedimiento** (‘Lockhart v. Nelson’, 488 U.S., at. 685; ‘Oregon v. Kennedy’, 456 U.S., at. 685; “Tibbs v. Florida’, 457 U.S., at. 21, 40, 1982), [pero] ello no debe hacer perder de vista que el gobierno –en nuestro caso el fiscal- no puede manipular el primer juicio para evitar una posible absolución y mantener abierta la chance de un nuevo juicio al imputado …’. La idea de que la parte acusadora no puede frustrar un primer proceso para mejorar la posición en otro ulterior aparece también expuesta en el precedente Taussig (Fallos 314:377). Ello lleva a analizar… si existen razones que justifiquen que el juicio sea retrotraído en algunas de sus etapas… En el caso en examen, **no** surge que la Cámara *a quo* haya constatado que el vicio que la llevó a decretar la nulidad haya sido **el**

resultado del obrar intencionado de los magistrados o funcionarios que el estado destaca al servicio del proceso. Por el contrario, la nulidad decretada por la Cámara encuentra fundamento en un ‘error ordinario del procedimiento’ -según la denominación de la Corte en ‘Polak’-; y como tal **no constituye un óbice a la reiteración total o parcial del proceso ni puede desembocar, por si misma, en la absolución** a la imputada… Dadas las especiales características del proceso, … y que la nulidad decretada por la Cámara encuentra fundamento en un ‘error ordinario del procedimiento’ la continuación del proceso **no viola, por si sola, la garantía constitucional de *ne bis in idem***. Por otra parte, tampoco surge de las constancias del caso que el hecho de retrotraer el proceso esté sometiendo a la imputada a ‘molestias, gastos y sufrimientos y obligandol[a] a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad’ (‘Polak’) más allá de lo razonablemente producido por un proceso” (el destacado me pertenece).-

Por su parte el Dr. Maier, en su voto, nos enseña que: “…El imputado que ha sufrido un juicio injusto, por omisión de algún proceder obligatorio según la ley o por la realización de una acción que importa un proceder contrario a la ley, tiene **derecho a recurrir** el resultado de ese juicio –la sentencia- para que se lleve a cabo **un nuevo juicio** ahora justo (leal: *fair trial*), que legitime correctamente la decisión del tribunal competente (llamado *juicio de reenvío*). Por lo contrario, el imputado **no** tiene un derecho a la absolución, ni la cláusula de garantía del *ne bis in idem* funciona frente a su recurso. De allí emerge la carencia de agravio de la imputada, porque el tribunal de apelación, mal o bien, ha respondido y dado razón a la vía recursiva por ella intentada… y, consecuentemente, ha ordenado lo que corresponde frente al

supuesto yerro que la Cámara encontró en el procedimiento anterior a la sentencia".-

Y más adelante, agrega: "…se trata en el caso del ejercicio de un derecho del imputado -y de la defensa mientras no lo inhiba el propio imputado- de recurrir la sentencia condenatoria, recurso que reconocen las convenciones internacional y regional sobre derechos humanos…, vinculantes para nuestro país, y que el defensor ha utilizado en este caso con éxito, pues ha logrado anular la condena y remitir a un nuevo juicio en el que, supongo, procurará la absolución o, al menos, una condena más benigna. A propósito de esto último, es absolutamente claro… que ese llamado *juicio de reenvio* no debe conducir a una sentencia más grave para el recurrente que aquella que se impugna; a lo sumo podrá conducir a la **confirmación** de la sentencia anterior (*doble conforme*)…" (el destacado en todos los casos me pertenece).-

4) El jurista citado (Maier) en un trabajo anterior, ya había explicitado que: "El 'derecho al recurso' del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el 'derecho a poder lograr un nuevo juicio', cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable (regla de la *doble conforme*), y, por ende, la sentencia no se sostiene frente al recurso" (cfme. aut. cit., artículo titulado: "Acerca de la garantía procesal del recurso contra la condena penal en las convenciones internacionales sobre derechos humanos", publicado en: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Ed. del Puerto, Bs. As., 1997, p. 407, y más recientemente

en: “Julio B. J. Maier. Antología. El proceso penal contemporáneo”, edit. Palestra, 2008, Lima, p. 721).-

Finalmente, acerca de la forma en que el tema se interpreta en la jurisprudencia norteamericana, destacamos que: “La corte de los EE.UU. ha dicho que la prohibición contra la *double jeopardy* tiene un rol protagónico en la escena de la justicia criminal norteamericana, y que su protección no es sólo contra el gobierno federal sino contra el de los estados. También ha señalado que la finalidad de la garantía tiene por objeto evitar que el Estado, con todos sus recursos y poderes, abuse de su autoridad y hostigue a un ciudadano con múltiples procedimientos intentando conseguir su condena por la comisión de una misma conducta delictiva. La Cláusula así lo protege de vivir ansioso e inseguro en la incertidumbre de que, aun siendo inocente, pueda ser encontrado culpable en cualquier ocasión. Por otro lado, **evita** que el Estado tenga una segunda oportunidad para presentar prueba y **tome ventaja** sobre lo aprendido en el primer juicio en cuanto a la defensa y a las debilidades de su propio caso. Aunque se dan otras razones, la idea es que el Estado **no** debe oprimir a los individuos a través de un **abuso** de procesos criminales. Sin embargo frente a tal interés del imputado el Tribunal ha señalado que existe el **interés del Estado** de hacer cumplir y aplicar el derecho criminal, y que ello solo es posible cuando la sociedad tiene una posibilidad única completa e inmaculada de establecer la culpabilidad del imputado. De modo que cuando las circunstancias del juicio han denegado a la sociedad ese derecho, su vindicación por la comunidad **pesará más** que la *double jeopardy* que protege al imputado”. De allí que, si el imputado es quien solicita la nulidad del juicio, la *double jeopardy* no prohíbe al Estado intentar un nuevo juicio. Ello se sustenta -

como ya lo señaláramos- en que esta última **también tiene un interés legítimo** en una completa y justa oportunidad para demostrar la culpabilidad del imputado. Este interés sería lesionado si todo imputado que esgrime la nulidad pudiera escudarse en la *double jeopardy* para evitar un nuevo juicio…" (cfme. Márquez Urtubey, Luis Oscar en el artículo publicado en La Ley 2005-A. 1033, "Jurisprudencia sobre 'non bis in idem' y 'double jeopardy'").-

Por su parte, Almeyra, (Miguel A.), en un nota a fallo publicada en LL 1998-C, 408, explica que: "…En el derecho norteamericano donde rige la prohibición constitucional del double jeopardy la restricción a un nuevo juzgamiento en los supuestos de nulidad es relativamente flexible y un juez que hace lugar a un mistrial regularmente contempla la posibilidad de que un nuevo juicio ha de llevarse a cabo, aunque deba admitir que en ciertas situaciones la regla de la prohibición del double jeopardy deba ser aplicada aún antes de que se hubiese llegado a un veredicto, impidiendo con ello el nuevo juicio. Pero si el mistral ha sido propugnado por la defensa, **no habría obstáculo en renovar el juicio** a menos que ella haya actuado en respuesta a un excesivo celo judicial o por causa de la inconducta de la acusación…" (el destacado ha sido agregado al original).-

IV.- Por todo lo expuesto, a la presente cuestión voto en forma afirmativa.-

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

I.- No he de reiterar la completa, prolija y ordenada reseña del caso, argumentos del Tribunal de grado y posiciones de las partes efectuada por el colega que me precedió en orden de sufragio, a la cual, en honor a la brevedad, remito.-

II.- Me permito reproducir dos párrafos de la Sentencia impugnada, los cuales fueron resaltados por la Defensa técnica de los imputados: “Llama la atención a esta Sentenciante las declaraciones del dueño del local al referirse a su empleado C., su desconfianza hacia él, además de su parentesco con un tercer delincuente que habría huido. Además de existir una más que razonable duda sobre su trabajo esa noche en el local, amén de su conducta posterior ya que no entró en la línea de investigación de la Fiscalía”.-

“En fin, solo quedan como responsables dos personas: A. y J., aún cuando este último refiere una versión distinta e involucra a C., no existe en la causa pruebas de su participación por lo que solo, aún siendo incoherente su testimonio, queda fuera de la causa”

Solo contextualizando tales expresiones de la Magistrada con el hecho llevado a Juicio por el Acusador Público, es posible dimensionar sus alcances.

Así, el Ministerio Fiscal propuso que el día 28 de Julio del año 2008, a las 23: 15 hs. aproximadamente, en la Agencia de Turismo “H. **”, sita en calle R. R. nro. *** de esta ciudad, propiedad de R. C. P. H., se encontraban al momento del suceso A. C. y J. Q., cuando se presentó J. J. diciendo que tenía un paquete para entregar, y una vez dentro del local sacó un revolver 38 mml. marca Colt cargado, y apuntó a C., le indicó que atara con un cable a Q. y luego ató a aquel, pidiéndole las llaves de la caja fuerte de donde extrajo dinero y lo colocó en una bolsa de papel, mientras A. se apoderaba de diversos elementos, para luego, A., salir del local, cruzar la calle y arrojar la bolsa en un cesto. Allí, a 15 mts. del mencionado cesto, lo detuvo la Policía,

incautó la bolsa y parte del botín entre sus ropas, haciendo lo propio con J. dentro del comercio, secuestrando el arma de fuego.

No caben dudas que merced a dicha plataforma fáctica, la cual no contó con una hipótesis alternativa, el Ministerio Fiscal pretendió endilgar a los acusados un evento lesivo del bien jurídico propiedad, en la modalidad agravada por la utilización de un arma de fuego, cargada (art. 166 inc. 2do. 2do. párrafo del CP), en el cual las víctimas eran P. H., propietario de "H. **", y C. y Q., los que habrían sufrido directamente la intimidación, siendo inmovilizados y maniatados.

Pero H., en Debate, refirió que se recibían encomiendas permanentemente, más a esa hora era excepcional, por lo cual solían estar avisados previamente de tal circunstancia para que alguna persona esté presente para recibirlas y esa noche ello no estaba previsto. También expresó que tenía un buen concepto de C., el cual en una época dormía en el comercio, pero no al momento del supuesto atraco, no obstante, al tomar conocimiento que este estuvo relacionado con sucesos similares en las localidades de Sarmiento y Río Mayo, que su hija sería pareja de uno de los autores del hecho, y recibir una opinión negativa por parte de empleados policiales sobre su dependiente, opto por despedirlo.

A ello cabe agregar la versión de los acusados. J. directamente habló de una connivencia entre él, Q. y C. para simular un atraco, perjudicando al dueño del comercio. Y A. sostuvo que no tuvo nada que ver con el suceso, limitando su intervención a sacar la bolsa del cesto de residuos.

III.- Entonces, existían dos hipótesis, claramente diferenciadas, pues implicaban dos supuestos completamente distintos, debido

a que resulta manifiesto que un atraco con reducción de personas difiere claramente de una “entrega” realizada por empleados de un comercio.

Pero es en términos de vigencia del derecho de defensa en que debe medirse tal diferencia, y allí esta adquiere una entidad notoria, desde el momento en que las eventuales argumentaciones y posibilidades probatorias son completamente distintas en uno u otro caso.

La Jueza sostuvo en el fallo que la tesis alternativa propia del ejercicio del derecho de defensa material de J. no contaba con aval probatorio, y si de buscar elementos del plexo rendido que permitan inclinarse por una u otra hipótesis se trata, la declaración del denunciante y habitante de uno de los departamentos que se hallan sobre el comercio nada aporta a tal cometido, pues el Sr. L. T. solo aportó que vio dos personas merodear por el local, uno con capucha, el que ingresó al negocio, egresó luego con una bolsa, la arrojó la cesto y fue detenido por la Policía. Es decir, aspectos del suceso que pueden encajar en cualquiera de las versiones propuestas.

Y lo demás, apelando a los testimonios, documentos e indicios arroja convicciones en ambos sentidos.

Es real que los preventores al ingresar al comercio encontraron a J. con el arma de fuego en su poder, los empleados atados, y fuera, en las ropas de A. al demorarlo, parte de la “res furtiva”, todo lo cual surge de las expresiones de los empleados policiales y de los propios C. y Q., extremos que avalarían la hipótesis del Acusador Público.

Pero también resulta sumamente extraño el horario de recepción de la encomienda, de presencia de C. en el local con una persona ajena a él (Q.), de autores que salen del sitio del hecho para dejar parte del

botín en un cesto de residuos, y de las expresiones de P. H., el cual desde sus propios actos se inclinó por la segunda hipótesis, ya que despidió a su empleado, a su criterio, “infiel”.

Aquí corresponde hacer la salvedad que la versión de A. debe ser desatendida por el mentado hallazgo de parte del botín entre sus ropas, pero ello no implica que, si bien es posible asimilarlo a la situación de J., derive en la adjudicación del reproche.

Es que, realmente, la prueba rendida no arrojaba indicadores para poder inclinarse hacia alguna de las hipótesis planteadas. Y tal resulta el punto crucial del fallo.

Aquí ingresa en el análisis el beneficio de la duda.

En lo que hace a como debe interpretarse tal beneficio, y cual debe ser el razonamiento del Sentenciante ante hipótesis fácticas contrapuestas, suelo citar un viejo precedente del Superior Tribunal de Justicia provincial (Sentencia nro. 20 19/12/2000, “N., F. E. s/ Homicidio simple”), en el que se dice que no alcanza para endilgar responsabilidad penal, con brindar las razones por las que se consagra una hipótesis, si no se enumeran las idóneas para descartar otras más beneficiosas para el acusado. Y en el supuesto que no se haga, emerge la arbitrariedad, pues debió imperar la duda, y con ella la absolución, si tal hipótesis contrarresta la imputación.

Tal es el cuadro en el sub-júdice. La ausencia de acusación alternativa y el art. 332 del CPPCh. impiden reconceptualizar el hecho en los términos, por caso, del art. 162 del CP., en la inteligencia que de la segunda de las hipótesis planteadas, la expuesta por J., él y todos los demás, C., Q.,

debiéndose incluir a A. en virtud de lo ya expuesto, pretendían apoderarse de lo ajeno, de bienes de P. H., simulando un suceso de características violentas.

Pero ello lesionaría gravemente el derecho de defensa, ya que los imputados debieron oponerse durante todo el proceso a otro tipo de Acusación, como ya hemos dicho, completamente diferente.

Retornando al contexto en que cabe analizar aquellas expresiones de la Magistrada, le asistía razón en cuanto a que su “más que razonable duda” en torno a C. estaba justificada, pero debió llevarla a adoptar otro temperamento, y no a la adjudicación de responsabilidad penal a los acusados pues solo estos fueron los que ingresaron en la “línea de investigación de la Fiscalía”, y aquel no.

No se trata de la situación en que el Ministerio Fiscal opta por no ejercer o continuar ejerciendo la acción penal, en los supuestos previstos legalmente (por ej. art. 44 del CPPCh.), respecto de alguno de los imputados en un hecho, sino en que para que C. y Q. ingresaran en la consideración de alguna clase de reproche penal, el Acusador debería haber barajado otras hipótesis, y no lo hizo.

En definitiva, a la Jueza de grado le quedaba inclinarse entre alguna de las versiones del evento, pero dando las razones por las que descartaba la opuesta, que es precisamente lo que no llegó a argumentar, con la claridad y solvencia que un pronunciamiento de condena merece.

En tales condiciones, la nulidad solicitada por la Defensa debe prosperar (arts. 161 y 330 inc. 3ro. del CPPCh., 18 CN.).

IV.- Hemos deliberado arduamente en cuanto a cual debe ser el corolario de esta decisión, si el reenvío o la absolución.

El art. 387 del rito parece encajar perfectamente en la primera opción. El vicio se produjo en la Sentencia, correspondería el reenvío a otro Tribunal a los fines de un nuevo Juicio, el cual si culmina en una absolución, esta quedaría automáticamente firme, y si lo es en condena, la misma no podría superar la que hoy estamos revisando.

Pero existen una serie de motivos para apartarse de tal criterio.

Primero, que la Jueza de grado debió absolver, tal como se le presentó el cuadro probatorio y argumental de las partes. Luego, el tiempo de detención cumplido por los acusados, desde el hecho hasta hace algunos días atrás, excarcelados por imperio de esta decisión; incluso el respeto a un elemental criterio de economía procesal, ya que un reenvío derivaría en un nuevo Debate, donde el Acusador Público, en base al transcurso del tiempo, no contaría con otros elementos de cargo que los ya presentados para el Juicio anterior.

Incluso un reenvío hubiese derivado en la continuación de la medida cautelar sobre los acusados, para muy posiblemente derivar, el caso, en un pronunciamiento absolutorio.

Un último argumento se relaciona con la vigencia del principio “ne bis in idem”, y la posibilidad de otorgarle al Ministerio Fiscal una nueva chance para readecuar la Acusación.

Una manera de analizar las causas de la nulidad que en definitiva se terminó declarando es que el vicio se originó en la Sentencia. Pero, la Jueza hubiese debido tratar una hipótesis alternativa de los sucesos en la medida que esta hubiese existido, y allí quizás, su decisión hubiera sido otra.

También se impone recordar que las expresiones de P. H. de seguro eran conocidas por el Acusador Público desde antes del Debate, y los indicios que avalan de alguna forma la versión de J. surgen desde las circunstancias del hecho mismo.

Ello también coadyuva a la decisión que hemos adelantado, en la medida en que el Ministerio Público quizás debió tomar nota de tal situación al desplegar su estrategia para el Juicio, por lo cual un reenvío significaría darle una nueva oportunidad para que lo haga, interponiéndose el principio aludido.

Por ello me pronuncio por la absolución y el cese de todo tipo de restricción hacia los imputados. Así voto.-

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

En primer lugar tengo en cuenta que la Defensa, califica el fallo como contradictorio, ilógico y arbitrario, que no ha alcanzado la certeza necesaria para condenar, por lo que solicita que se anule la sentencia y se disponga la absolución de sus defendidos.-

Escuché los audios del registro del debate, para tomar un posicionamiento frente a este cuestionamiento y el contradictorio quedó plasmado en dos posibilidades, es como denunció A. C., que imprudentemente, aproximadamente a las 23:15hs. le abrió la puerta a un desconocido, que decía que llevaba un paquete para la Agencia, que una vez adentro lo apuntó con un arma de fuego le dijo que era un asalto, lo obligó a atar a su amigo Q. y a entregarle el dinero disponible y el que se encontraba en la caja fuerte, que lo dejó atado con cables de computadora, que después escuchó que le abría la

puerta a otro individuo y que cuando se llevaban las cosas fueron sorprendidos por la policía que los liberó.-

O bien, es como dice el imputado J. E. J., que fue invitado por Q. ir al lugar, que C. le ofreció el “trabajo” de simular un robo y llevarse el dinero, que C. ató a Q., fue C. quien sacó el dinero de la caja fuerte, que el arma era de C., que fue él quien salió del interior y dejó en el cesto algunas pertenencias, que a D. A. A. no lo conoce y no estaba con él y que fue sorprendido por la policía antes de salir con el dinero.-

Entiendo que la Jueza, Dra. Julia Lazcano considera probada la versión de C., ya que en el punto I del considerando, tiene por probado que el 28 de julio de 2008 aproximadamente a las 23:15 hs. en la Agencia de Turismo “H. **”, ubicada en R. R. N° *** de Comodoro Rivadavia, propiedad de R. C. P. H., en circunstancias en que se encontraban en el lugar A. C. y J. Q. ingresó al lugar J. J. argumentando que tenía un paquete para entregar y sacó de entre sus ropas un revólver calibre 38 marca Colt, cargado con el que apuntó a C., manifestándole que era un asalto, le indicó que ate a Q. y le pidió la llave de la caja fuerte a C., después le abrió la puerta a A., quien se apoderó de diversos elementos mientras que J. abría la caja fuerte y guardaba el dinero en una bolsa de papel. Seguidamente A. salió, cruzó la calle y arrojó la bolsa en un cesto ubicado en la vereda norte de Inmigrantes Gallegos entre 9 de Julio y Moreno. Que alertada la autoridad policial detuvo a A. a 15 metros del cesto encontrando lo sustraído en el mismo y otros bienes entre sus ropas, y a J. dentro del local donde le secuestró el arma liberando a los empleados.-

Sin embargo, no da razones de por qué le cree a C. ni por qué son mendaces los imputados, no puedo saber cual es su razonamiento ya

que en el punto II identifica la prueba sin hacer referencia a su contenido. Por ejemplo cita la pericia papiloscópica, aunque el informe dice que la huella dactilar levantada en la caja fuerte no pertenece a los imputados.-

En el punto IV, afirma que ha quedado constatada, por los dichos de los policías P. y H., la circunstancia en que detuvieron a A. cerca del cesto donde depositó el bulto. Y que H., T. y G., cuando ingresan al local desarman a J. y desatan al empleado Q. y ven al empleado C.. Sin embargo surge de la testimonial de H. que J. tira algo al suelo, que resultó ser un arma y se entregó sin ofrecer resistencia y que Q. no era empleado de la Agencia.

También sostiene la jueza que A. fue detenido fuera del local después de haber depositado dinero y bienes en un cesto y J. en el local con un arma en la mano, que evidentemente actuaron con ánimo de apoderarse de lo ajeno llevando a cabo una empresa delictiva con división de tareas y ejecución común de las mismas. Sin embargo, justamente está cuestionada la conexión entre A. y J. y la existencia de un plan común, la Jueza no expresa como hace para llegar a esa conclusión.-

En los considerandos del fallo continúa afirmando que ambos fueron detenidos en el lugar, uno fuera y el otro dentro, aún cuando los mismos lo nieguen, principalmente A., resulta mendaz en sus afirmaciones. Considero que es posible llegar a esta conclusión si se confronta la declaración del imputado con la de los policías H. y A.; pero la Jueza debió decirlo, tal como lo exige el art. 25 del C.P.P.-

Es verdad que los policías alertados por L. B. T., quien da aviso que andaban dos personas sospechosas merodeando el lugar, llegan y observan que uno tiraba algo al cesto de basura y lo detienen a A., después

advierten la puerta semiabierta de “H. **” ingresan y ven salir a J., quien habría arrojado al suelo un arma de fuego y se entrega sin ofrecer resistencia. M. C. G. dijo que encontró detrás de un mueble, a Q. sobre una cama con las manos atadas y H. dijo que en la habitación donde estaba la caja fuerte encontraron a C. también atado.-

Este tramo de los hechos no está controvertido; pero nada aporta sobre el plan, A. G. C. fue víctima de un asalto o estaba en connivencia con J. para desapoderar a H., resolver esta cuestión es esencial porque tiene incidencia directa en la calificación legal, es robo con violencia en las personas o es hurto simple.-

La Dra. Lazcano no lo resuelve, es contradictoria en su argumentación, por un lado dice que es un robo, le cree a C., después duda de su actitud y dice que es incoherente en su testimonio, que quedó fuera de la causa porque no entró en la línea de investigación de la Fiscalía. Y que además le llama la atención la desconfianza del dueño hacia C. y el parentesco con un tercer delincuente que habría huído.-

La exigencia de la motivación de la sentencia se relaciona con la forma republicana de gobierno que establece la responsabilidad de los funcionarios por sus actos y deriva de la garantía del debido proceso, especialmente de la presunción de inocencia, al decir de Fernando Díaz Catón: el principio de inocencia, “constituye un resorte que impide al estado considerar culpable y condenar a una persona hasta tanto sea probada y demostrada la verdad de la imputación. Esta demostración implica la adquisición del óptimo grado de conocimiento (certeza) que, al menos para la condena, sólo puede adquirirse en la oportunidad procesal de la sentencia condenatoria, es decir,

luego de la tramitación total del proceso penal. La demostración de la imputación supone que la convicción a que llegue el Juez a partir de los elementos probatorios se forme –o al menos se justifique- a través de inferencias legítimas. Y la única forma de controlar la legitimidad de dichas inferencias es, precisamente, frente a una motivación expresa donde quede reflejado ese razonamiento.” (La motivación de la sentencia penal y otros estudios, Fernando Díaz Catón, pág. 108).-

Por los motivos expuestos llego a la conclusión de que efectivamente la sentencia es contradictoria e inmotivada, por lo que no cumple con los requisitos del art. 169 de la Const. Provincial, art. 25 del C.P.P. y art. 330 inc 3 del C.P.P., en consecuencia debe hacerse lugar a la impugnación y declarar su nulidad.-

En cuanto a los efectos de la nulidad, a mi criterio el reenvío no es obligatorio en todos los casos, la renovación o rectificación de un acto nulo debe realizarse cuando ello es necesario y posible, atendiendo principalmente a la incidencia del agravio causado y del interés particular de quien recurre. Así, merituada la prueba encuentro que la acusación Fiscal tiene debilidades, la sospecha sobre la vinculación del empleado A. G. C. con J., conforme la declaración de la verdadera víctima R. C. P. H., y los indicios que surgen a partir de los siguientes hechos y actitudes: abrirle la puerta a un desconocido un lunes feriado después de las once de la noche, la inexistencia del paquete que supuestamente recibió, la falta de lesiones en las víctimas, que el delincuente armado se confíe en que C. ate a Q., que lo amenace con aplicarle electricidad a su compañero cuando tenía un Colt 38 en la mano, como pudo J. exigir más dinero si no sabía de la existencia de una caja fuerte.-

La falta de conexión entre A. y J., los imputados negaron conocerse, el testigo L. B. T. dijo que a las nueve y media vio a dos jóvenes que merodeaban el lugar, no hay certeza si eran estas personas u otras, A. era uno de ellos, el que detuvo la policía y llevaba buzo con capucha, según T.. El controvertido testigo C. dijo que J. hizo entrar a otro individuo del que no puede aportar características porque le pidió que no lo mire. Y J. G. Q. que escuchó que entró otra persona a la que el delincuente le dice quedate acá que no se mueva, pero que él no lo vio porque ni se movió.-

El dilema es, fueron juntos a efectuar el atraco, o A. solamente aprovechó la situación.-

La Defensa desde el inicio del proceso involucró a C., J. dijo que fue un arreglo, simulaban un robo, se llevaba el dinero y después se lo repartían, que conoce a Q., quien fue el nexo con C., que fue él quien arrojó esos elementos en el tacho y volvió. El dueño de la Agencia “H. **” R. C. P. H. dijo que cuando fue a hacer la denuncia la policía le advirtió sobre la sospecha contra su empleado, pero no se investigó nada en esa línea.-

La versión de J. tiene verosimilitud, esta posibilidad del arreglo, explica la presencia de Q. en la Agencia a las once de la noche y la facilidad con que entró J. y obtuvo el dinero de la caja fuerte. Es el Ministerio Público Fiscal el que debe probar que verdaderamente C. y Q. fueron víctimas de un asalto y que A. y J. tenían un plan común.-

En estas condiciones ante la duda, que no puede resolverse con la prueba traída por la Fiscalía, la Juez de grado debió absolver. A lo sumo quedaría como remanente un hurto tentado, que como no fue planteado como acusación alternativa, ni hubo contradictorio al respecto, este

tribunal de la revisión, no puede condenar aunque sea por una calificación más leve, ya que violaría el principio de congruencia, que protege la garantía de la defensa en juicio.-

Teniendo en cuenta que se trata del recurso ordinario de los imputados, para que se revise la sentencia que los condena violando garantías constitucionales, como el debido proceso, el estado de inocencia y la defensa en juicio, no pueden ser perjudicados por el reenvío para que se haga un nuevo juicio, en atención a que están detenidos desde el día de su aprehensión por parte de la policía el 29 de julio de 2008, y la dificultad de Comodoro Rivadavia para hacer un juicio a la brevedad, por la escasez de jueces, esta Cámara Penal debe asumir competencia positiva y absolver, como lo resolvió el Superior Tribunal de Justicia Sala Penal, en sentencia definitiva N°024 año 2010,en la causa caratulada: “U.R.,F s/ denuncia en Rep. de su hijo U.P.J. (Expediente N° 21.207-U-2008), conforme los fundamentos del voto del Dr. Daniel A. Rebagliati Russel, quien dijo al respecto: “En ausencia de una adecuada descripción típica del hecho, la requisitoria resulta inválida y no procede a esta altura del proceso, declarar su nulidad y ordenar el reenvío a la instancia de origen, pues ello implicaría retrotraer el proceso, en perjuicio de quien ha recurrido la sentencia y con el objeto de facilitar otra oportunidad a la parte acusadora a fin de que realice una nueva y válida imputación en su contra. Por el contrario, resultando nulo el reproche por las razones que he dejado señaladas, resulta irrelevante tratar los demás agravios detallados por el recurrente y consignados al comienzo de este sufragio, por lo que propicio que se absuelva libremente al imputado del delito por el que fuera condenado en la sentencia recurrida”.-

Por lo expuesto propongo, absolver sin costas a J. E. J. y a D. A. A. por el delito de robo agravado por ser cometido con arma de fuego (arts. 166 inc 2 segundo párrafo, 42 y 45 del C. Penal) por el que fueran condenados, conforme lo dispuesto por los arts. 162 segunda parte del C.P.P. y art. 28 del C.P.P. y hacer cesar en forma inmediata la prisión preventiva que vienen sufriendo. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo

En base al resultado alcanzado, por mayoría, en la votación de la primera cuestión, corresponde que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados D. A. A. y J. E. J.; declarar la nulidad de la sentencia condenatoria nº 39/09, de fecha 29 de junio del año 2009; absolver a los imputados A. y J., hacer cesar la prisión preventiva que vienen cumpliendo y ordenar su inmediata libertad (art. 333 del CPP).-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos dos mil ($2.000).-

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

De acuerdo al resultado arribado en la votación de la primera cuestión, corresponde que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados A. y J.; declarar la nulidad de la sentencia condenatoria nº 39/09, de fecha 29 de junio del año 2009; absolver a los imputados, hacer cesar la prisión preventiva que vienen cumpliendo y ordenar su inmediata libertad (art. 333 del CPP).-

De igual forma coincido con el Sr. Juez que me precede en el orden de votación en lo que refiere a la regulación de honorarios.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **GARCIA** dijo:

Teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, corresponde que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados A. y J.; declarar la nulidad de la sentencia condenatoria nº 39/09, de fecha 29 de junio del año 2009; absolver a los mismos, hacer cesar la prisión preventiva que vienen cumpliendo y ordenar su inmediata libertad (art. 333 del CPP).-

Asimismo adhiero con los Sres. Jueces que me preceden en el orden de votación en lo que refiere a la regulación de honorarios.-

Agotado el proceso deliberativo, esta Cámara en lo Penal, con la disidencia parcial del Dr. Daniel Luis María Pintos,

RESUELVE:

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados D. A. A. y J. E. J., y **DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia condenatoria nº 39/09, de fecha 29 de junio del año 2009 (arts. 330 incs. 2 y 3, 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).---------

2º) ABSOLVER a **D. A. A.**, debidamente individualizado en la presente en orden al delito por el que fuera acusado, y por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 28 de julio de 2008, en perjuicio de R. C. P. H..----------

3º) ABSOLVER a **J. E. J.**, debidamente individualizado en la presente en orden al delito por el que fuera acusado, y por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 28 de julio de 2008, en perjuicio de R. C. P. H..----------

---

4º) HACER CESAR la prisión preventiva con respecto a **D. A. A.** y ordenar su inmediata libertad (art. 333 del CPP).----------

---

5º) HACER CESAR la prisión preventiva con respecto a **J. E. J.**, y ordenar su inmediata libertad (art. 333 del CPP).---

6º) Líbrese oficio a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de arbitrar los medios necesarios para que se haga efectiva la libertad, de los mencionados, previo a constatar la inexistencia de medida privativa de la libertad dispuesta a su respecto.----------

7º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos dos mil ($2.000).----------

8º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------