En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto A. Barrios y Omar Florencio Minatta, y con la presidencia del nombrado en primer término acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., M. y otros p.s.a. robo agravado – Trelew" (Carpeta 6436 OJ Tw, legajo 61.787 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público, Dr. J. A. A. en representación de M. A. C. y A. E. G., contra la sentencia Nro. 1390/16 OJTw dictada en fecha 31/05/2016 por la que los nombrados fueran declarados coautores materiales y penalmente responsables del delito de robo doblemente agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con escalamiento, en grado de tentativa (arts. 167, incs. 2 y 4 en función del art. 163, inc. 4, 42 y 45 del C.P.), a la pena de un año y medio de prisión de efectivo cumplimiento con mas la declaración de reincidencia para ambos, por el hecho ocurrido el día 29/09/15 en el domicilio sito en calle X XX de esta ciudad, propiedad del Sr. J. P..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 17/08/16 en la sede de este tribunal, intervinieron los imputados M. A. C. y A. E. G. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos- y el Sr. Defensor Público, Dr. J. A. A..

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto A. Barrios y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- El Juez Penal Cesar Zaratiegui, a través de la sentencia registrada bajo el número 1390/16, encontró a M. A. C. y a A. E. G. coautores materiales y

responsables del delito de Robo doblemente agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con escalamiento, en grado de tentativa (arts. 45, 167 inc. 2° y 4, en función del art. 163, inc. 4 y 42 del Código Penal), por el hecho ocurrido en la ciudad de Trelew, el día 29 de septiembre de 2015, en la vivienda ubicada en calle X XX.

2.- El letrado patrocinante de los nombrados, Abogado J. A. A., ha interpuesto recurso ordinario contra la sentencia en la forma prevista por el art. 382 del ritual, sosteniendo su escrito al momento de celebrarse la audiencia a tenor del art. 385 ante estos estrados.

Argumenta el defensor en el sentido que la falta de rastros dactilares en el lugar del hecho, a pesar de que los condenados no usaban guantes, acreditan que no estuvieron en el lugar.

Agrega textualmente que: *"si los encartados fueron los que entraron, debieron dejar un rastro y si no hay rastro alguno de ellos, entonces que no entraron ellos. Lo mismo decimos con la presunta entrada al patio de la casa, a la salida de la casa donde también deberían haber dejado rastros de cualquier tipo, es decir, al subir o trepar al techo, al bajar al patio, transitar el patio, entrar a la casa, volver a trepar para subir al techo, todo eso cómo no va a dejar un solo rastro?."*

De otra parte, si bien admite que *"la presencia en el techo... es un hecho incontestable, los detienen en el techo. Ahora, derivar de ahí la autoría de este hecho y concluir en la misma es imposible porque no hay como llegar a esa conclusión. Los argumentos fueron la falta de explicación de los imputados y la falta de prueba de otra alternativa posible que explique esa presencia..."*.

Asimismo se agravia del presunto *"avasallamiento del onus probandi, porque sostener la falta de explicación*

de G. y C. y la falta de prueba de hechos alternativos validan la acusación, es castigar la libertad de ejercer la defensa material que se considere conveniente, en este caso el silencio, y se pone en cabeza del encartado tácitamente la obligación de probar otros hechos que validen la acusación...".

Argumenta en el sentido que *"otro de los fundamentos fue la intención de robo de los encartados que lo deduce de los elementos secuestrados en la requisa de C. destornilladores, alicate y linterna- que utilizan los delincuentes –según la opinión del juez- para cortar cables, forzar puertas o ventanas, iluminarse en la noche y no ser sorprendidos. En realidad, se han usado para eso pero también se utilizan para trabajar, básicamente son herramientas de trabajo. Por eso, afirmar esto desde ése hallazgo es muy ambiguo."* Ataca, a la sazón, el procedimiento por el cual se obtienen los elementos incautados en la Alcaldía.

Por último, se agravia sobre la declaración de reincidencia por afectar los principios de culpabilidad, arts. 18 y 19 C.N., y el de non bis in idem, art. 14. 7 del PIDCyP.

3.- Puesto a resolver, de la lectura de la sentencia atacada, surge que el Juez ha deducido del hecho incontrastable de la presencia de los acusados en los techos de la vivienda que se intentó saquear, la autoría material del intento de sustracción violenta.

Este hecho, que resulta acreditado en forma certera, incluso reconocido por la Defensa- es tomado como dato del cual *"puede inferirse... que fueron ellos y no otras personas las que perpetraron el delito endilgado"*, no admitiéndose *"otra conclusión, ni ha surgido otra explicación posible o razonable de su estancia en el lugar en que fueron detenidos..."* (ver fojas 9 vta. de la sentencia).

4.- En primer lugar, ha de advertirse que la presencia de C. y G. en el techo resulta acreditada con certeza. De ello da cuenta el Suboficial F. V., quien explica como suben desde la casa del vecino, que en los tejados había tres personas de negro y con gorro y que a estas personas las

conocía por sus nombres desde cuando trabajaba en la Seccional Segunda.

Que esto se encuentra corroborado por el cabo A., de Criminalística, quien no solo observó a los detenidos –a los que conocía de su trabajo-, sino que procedió a fotografiar un cortafierro al lado de los aprehendidos y un cuchillo a pocos metros.

Quien identificó también a los cacos fue el Oficial Paulino A., quien subió al techo, encuentra a las personas con gorros, guantes, observa un cortafierro y un cuchillo tramontina; les pide identificación verbal y dicen ser C., G. y R..

Ello así, es válida la conclusión del Juez de la sentencia. La referencia a la mas elemental regla de la lógica permite afirmar que las personas detenidas en los tejados de un domicilio son, evidentemente, los autores de la rotura de la ventana y la intentona de ingresar al predio.

5.- Y no se violentó, como alega el Sr. Defensor, principio relativo con la carga de la prueba alguno. No ha dicho el Juez Penal que debían los condenados acreditar su inocencia, ni nada siquiera parecido a ello. Se limitó a decir, en forma atinada, que del hecho acreditado de encontrarse en los techos de la vivienda saqueada infería que ellos eran los que habían entrado poco antes y que, en lo que aquí se viene diciendo, que no había otra hipótesis atendible para explicar sus presencias en ese lugar, ni habían dado los imputados –en caso que hubieran querido- otra explicación plausible.

No es del caso exigir a los imputados que acrediten su inocencia, situación desde donde se parte legalmente, sino que, por el contrario, ha tomado como cierta el sentenciante la teoría del caso fiscal dando razones de ello y sosteniéndolo con prueba válidamente adquirida que permite tenerla por veraz. En caso de pretender los acusados desterrarla, atento su contundencia, podrían haber ensayado otra explicación plausible, la cual, en

caso de acreditarse, podría hacer tambalear a la primera. Pero no ha sido así el caso en estos folios.

6.- Tampoco se puede atender la queja en cuanto a la ausencia de rastros dactilares, o rastros de cualquier índole, como conjetura luego la Defensa.

En efecto, si bien el razonamiento es lógico en un principio, esto es, que por lo general se dejan rastros si se toca alguna superficie lisa con los dedos; que también es cierto que, de existir una impronta dactilar en algún mueble acredita la presencia del dueño de las huellas en dicho sitio, no puede acompañarse el razonamiento inverso. La ausencia de rastros no acredita que esa persona no estuvo allí por la inmensa cantidad de explicaciones posibles para no haberlas hallado, por caso, la posible utilización de guantes, el haberse borrado las huellas intencionalmente o en forma casual, o por el simple hecho que no se tocó nada de las cosas ubicadas en el hogar.

7.- El mismo razonamiento debe seguirse respecto a la alegada ferocidad de los perros que cuidaban la casa. El hecho acreditado que los intrusos no estuvieran heridos no significa, necesariamente, que no hubieran bajado hasta el patio, quedando las razones por las cuales no fueron mordidos o rasguñados por los canes dentro de las cuantiosas hipótesis imaginables pero ninguna acreditada con certeza.

8.- Tampoco puede atenderse el reclamo acerca de la requisa entre las pertenencias de C. habidas en un gabinete de la Alcaidía Policial.

En efecto, en primer lugar, puesto que la entidad probatoria de la existencia en su poder de elementos de trabajo es ínfima y solo ha sido considerada por el Juez a modo de indicio para reafirmar la -ya suficiente- consideración de la existencia en los techos de los prevenidos.

Dicho sea de paso, también hay que compartir el razonamiento del Juez en el sentido que esos elementos son normalmente usados por la clientela penal para intentos sustractores, no siendo descabellada la aplicación de esa máxima de la experiencia.

En segundo término, toda vez que no se puede dudar de la legalidad de la diligencia de requisa, por un lado, por existir en el legajo la resolución emanada de un Juez competente –Juez Penal Darío A.- en el curso de una investigación, ante un testigo de actuación, siendo plenamente hábil para serlo cualquier persona aunque tenga el carácter de detenido; por el otro, porque al tratarse de un mueble existente en una dependencia policial donde los detenidos dejan sus cosas al ingreso, no se viola intimidad alguna del propietario de esos enseres al abrirlo ya que aquella, en todo caso, había sido afectada antes al momento de tener que exhibirlas y entregarlas.

9.- Respecto a la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, he de decir que, a pesar de votos anteriores en los que he sufragado en el sentido que el instituto previsto en el art. 50 del Cod. Penal viola los principios de *ne bis in idem* y de culpabilidad, entre otros, repasados en esta instancia los antecedentes del cimero Tribunal local, en los casos "**B., F. N. y Otros psa Infracción Art. 189 bis. Trelew 2012**" y "**M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación**" (en los que sus miembros se limitaron a reproducir lo sufragado en *"B., V. A. p.s.a Robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N° 20387- Letra "B" - Año 2006, sentencia N° 45/2006, del 10 de octubre del año 2006))*, los recientes fallos de la CSJN (autos "Arévalo" y "C. A."), no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada por el Alto

Tribunal *in re* "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), mas allá de mi opinión personal al respecto, que continuaré exponiendo en la cátedra, es que no haré lugar a la queja del defensor y confirmaré la sentencia también en este sentido.

10.- Cabe resolver, por último, el planteo de la defensa materializado ya en la audiencia ante estos estrados, en cuanto a la ausencia del representante del Ministerio Publico Fiscal y su pretensión de que, por ese solo hecho, ante la falta de contradicción, se impone que prospere el recurso.

Desde ya adelanto que el ingenioso argumento del Defensor no puede prosperar.

Por el contrario, es sabido que el procedimiento que el ritual impone para el recurso ordinario tramite en una audiencia oral en las que las partes, en caso de concurrir, explicarán ante el Tribunal los fundamentos de sus agravios.

Que en el caso de no concurrir alguna de las partes, la audiencia seguirá su curso de todos modos con los presentes. Es que, en realidad, poco importaría que estuvieran las partes o no, puesto que, como requisito de admisibilidad del recurso debe presentarse los motivos por escrito en forma previa.

De aquí, se desprende que sea posible verificar o no los yerros de la sentencia atacada con o sin la presencia efectiva de los litigantes.

Ello, se desprende en forma evidente del fin de este recurso en contra de la sentencia, que en nada se parece a la mecánica de un juicio de conocimiento. En este último, dos teorías del caso se enfrentan con encono, dos litigantes tratan de imponer su versión de los hechos para que el Juez Penal, tercero impartial, abrigue una de las dos hipótesis; en la audiencia del art. 385, se parte de la base de una sentencia que la defensa intentará sea revocada por argumentos que introdujo por

escrito, teniendo la posibilidad de ampliarlos y explicitarlos ante los Jueces del Recurso del imputado, restando al representante del MPF, en caso de querer hacerlo, comparecer a sostener la sentencia del Juez Penal, no una nueva teoría del caso que deba imponerse.

De esta sola y simple circunstancia es que el argumento del abogado A. no puede prosperar.

11. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la suma de TREINTA (30) JUS, por las labores desarrolladas en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII -15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920).

El Juez Roberto A. Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde ahora revisar la resolución Nro.1390/16 OJTw dictada el 31 de mayo del año 2016 por el juez penal Dr. Cesar Zaratiegui, que condenó a M. A. C., y a A. E. G. como coautores materiales y penalmente responsables del delito de robo doblemente agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con escalamiento, en grado de tentativa, (arts 167 incs 2 y 4 en función del art.163 inc. 4, 42 Y 45 del C.P.) por el hecho ocurrido en Trelew el día 29 de Septiembre de 2015, en la vivienda ubicada en calle X XX, a la pena de un año y medio de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, y reincidentes en los términos del artículo 50 del C.P. a ambos sujetos.

2. Analizada en detalle la pieza jurisdiccional recurrida, no he de volver sobre los antecedentes del caso que ya han sido reseñados en esta sentencia, y culminada la deliberación con los integrantes de este cuerpo pasaré a la resolución de los puntos de agravio cual fuera presentados.

2.1 La Cuestión de los Guantes y la falta de rastros.

Acusa el pretenso que en el fallo se trató de explicar la falta de rastros en el hogar siniestrado por el uso de guantes, circunstancia que si es cotejada con el acta de fs 1vta -incorporada- torna parcial la conclusión del juez, puesto que G. y R. en ese momento no usaban guantes.

Sabido es que el objeto de una impugnación es revertir una decisión, y que una de las formas para conseguirlo es imponer al menos duda de alguna situación tenida como cierta o no cierta en una sentencia. Desde un plano epistemológico, dudar es estar en estado de suspensión del asentimiento frente a una proposición, ("LA ARGUMENTACIÓN, Historia, Teorías, Perspectivas", Christian Plantin, ed Biblos, pagina 57).

La defensa intentó convencer de falta de certeza en la autoría del hecho de sus clientes, en consideración a proposiciones tales como: no hubo hallazgo dactilar o palmar de G. o RAMON; no tenían guantes; no existieron otros posibles y usuales rastros, comunes para en éste tipo de hechos, tales como restos biológicos, pelos o pisadas. El silogismo del contraargumento lleva así la siguiente secuencia lógica: sin guantes puestos en los imputados, sin ningún tipo de rastros, entonces no hay elementos de autoría de los acusados en el hecho.

Al control de los fundamentos de la sentencia, se advierte que el magistrado, en afán de fundar en la sentencia los elementos que lo llevaron al pleno convencimiento del extremo de autoría de su análisis, introdujo proposiciones ciertas y validas que dan suficiente contrapeso al planteo de la defensa, y que determinan a tener por cierta su conclusión.

En el punto concreto de agravio de la falta de rastros, ha dicho el juez que "…, *por regla de experiencia común, puede explicarse y replicarse la*

aseveración del Sr. Defensor en cuanto que no han colectado rastros dactilares de sus representados en el interior de la vivienda. Que es conocido por los operadores del sistema de justicia penal, con algún grado de experticia, que la utilización de guantes por parte de los malhechores tiene por objeto, precisamente, no dejar rastros presenciales….” (penúltimo párrafo de la foja 126 de la carpeta judicial 6436).

De ello, si bien no ha agregado otra circunstancia vinculada al uso de guantes al momento de la redacción del acta citada por el defensor, lo cierto es que sentenciante invocó las tomas fotográficas y el secuestro de esa prenda en la requisa personal del imputado C., el acta de requisa de fs. 09 y fotografía de fs. 10, persona que si poseía esa prenda en sus manos al momento de ser detenido.

De otra parte, de la prueba ventilada en el juicio y considerada por el juez, en el informe fotográfico 625/15, se advierten fotos (19, 22, 25/30) en donde se observan que dos de las personas detenidas tenían puestos guantes en sus manos.

Por ello, pese a la falta de rastros biológicos, de calzados, o de otro tipo de huellas tanto en la entrada, el patio, la casa, o la salida de la misma, la premisa que trajo la evidencia ponderada por el juez, es de suficiente entidad como para superar la duda que la defensa pretende imponer.

Si bien la existencia de prendas de abrigo pudo tener que ver con el clima de esa noche, también sin dudas, en las circunstancias en que fueron encontrados los encartados, léase en el techo de una vivienda sin moradores, hicieron suponer al juez con toda razón, que su empleo fue para evitar dejar rastros de cualquier tipo en el injusto.

2.2 <u>De la presencia de los imputados en el techo</u>.

2.2.1 El impugnante se agravió que la autoría de G. y C. fue cimentada en su presencia en el techo de la vivienda de la victima, y por no haber surgido otra explicación de su estancia en el lugar. Que los argumentos fueron la falta de explicaciones por los imputados y la falta de prueba de otra alternativa posible que explique esa presencia allí. Mas, dice la defensa, "…*el contexto de la prueba rendida, conforme al régimen de la sana crítica, no permite esa afirmación al no encontrarse rastros, testigos u otros datos que en su conjunto permitan asegurar, unívocamente, el descenso de los encartados al patio, entrar a la casa sin que suene la alarma, entrar y salir indemnes de entre dos perros guardianes exaltados, y alcanzar el techo sin escalera, soga o cualquier adminículo para hacerlo.*"

Quien recurrió separó éste agravio en acápite aparte, mas tengo para mí que su ponderación debe llevar la misma apreciación en conjunto con el planteo del punto anterior: la falta de rastros en la vivienda y lugares en donde los autores del hecho debieron haber pisado y estado.

Por ello, la solución a este punto se remite a la misma lógica empleada y analizada en el punto que antecede: la ausencia de todo tipo de rastros no desvincula *per se* a quienes fueran condenados.

El denunciado avasallamiento de los derechos del imputado y la inversión del *onus probandi* en el razonamiento del juez penal no es así, puesto que se advierte claramente que no fue la falta de explicación de G. y de C. del motivo que los encontró en el lugar en donde fueran detenidos lo que determinó su condena, sino la ausencia de una teoría que contrarreste la presunción de cargo que los puso en ese lugar.

Aclaremos: el juez dijo que "*….Que de la presencia de los acusados en los techos de la vivienda de la víctima puede inferirse entonces, que fueron ellos y no*

otras personas las que perpetraron el delito endilgado. No se admite, a la luz de las probanzas rendidas, otra conclusión, ni ha surgido otra explicación posible o razonable de su estancia en el lugar en que fueron detenidos."

Tengo para mí que por las máximas de la experiencia, el sentenciante hizo lugar al indicio llevado por el acusador, sentado en que los imputados fueron sorprendidos en los techos de una vivienda. Encuentro justeza de la decisión, en el hecho que el magistrado hizo constar que no ha surgido otra premisa invocada que ponga en crisis esa conclusión.

2.2.2 Es mas, el juez tuvo en cuenta el descargo de G. y de C., ambos en una negativa genérica de autoría, y de ello realizó un razonamiento: *"…no han dado entonces, ninguna explicación a su ubicación en los techos de la vivienda de la calle X XX, que fuera objeto de la invasión con fines de robo." "Que no se vislumbra, repito, otra alternativa posible a la presunción que fueron ellos y no otros individuos los que cometieran el delito de robo, que quedara en grado de conato." "Que no ha emergido, siquiera tímidamente, la inverosímil posibilidad que ellos hubieran subido al techo, vaya a saber con qué intenciones, y en el mismo momento o en un tiempo cercano otras personas hubieran ingresado a la casa del dr. P.; personas claro que no inquietaron a los perros, porque lo cierto es que al momento que los perros ladraban con fuerza, sólo los imputados y un tercer sujeto se hallaban en la parte superior y exterior de la vivienda."*

Para el juez penal de condena, y a los ojos de este revisor, la prueba recibida fue suficiente para sostener la acusación, y de esa manera se resolvió, dando fundamentos para ello. La versión de los imputados solo encuentra anclaje en su propia e interesada subjetividad.

Surge claro el juicio hipotético llevado a cabo por el doctor Zaratiegui, en el cual, reitero, no tuvo una contra hipótesis que lo determinara a llegar a una conclusión distinta a la arribada.

Ello así, no se castigó la libertad a ejercer la defensa material, a modo de imponerles a los imputados la obligación de probar otros hechos o a probar su inocencia, como se queja el pretenso. Lo que hizo el magistrado fue hacer constar que no hubo una proposición alternativa que pudiera llevar a la misma conclusión que llevó la prueba del acusador público.

2.2.3 Se incluye aquí también el tema referido a la fiereza de los perros guardianes, que a dichos de quien recurre, fuera tratado de manera parcial por el sentenciante.

Adelanto que no daré razón al planteo, toda vez que al control de la decisión, advierto que el juez no valoró de manera parcial el testimonio de V. o de P., como se alega, sino que en realidad, la defensa afirmó una circunstancia que hace a una supuesta agresividad de los canes, que no tiene basamento en la prueba que se produjo. Así lo resolvió con buen tino el juez.

En efecto, los únicos testigos que pueden tenerse como calificados como para dar una descripción concreta de los animales, son la empleada de la vivienda, señora V., y el dueño de casa, y ninguno de los dos hablaron de una agresividad de las mascotas al punto de ser fieras como para morder o lesionar a extraños.

Este punto fue ponderado debidamente por el juez penal que trajo lo que el doctor P. afirmó en el debate, en cuanto nunca observó a sus mascotas atacar a otras personas; y los de la encargada que los describió como "re buenitos". Ello motivó al sentenciante a decir "…(s)*urge aquí nítidamente otra hipótesis posible y distinta; que lejos de ser feroces en el ataque no arremetan contra seres humanos, lo que convierte al*

indicio traído por el Dr. A. en anfibológico y carente de peso propio que desvirtúe el sólido cuadro cargoso que se yergue contra sus asistidos.”

Como finalmente concluye, la tesis de la defensa fue dejada de lado, puesto que no existió otra prueba que lo corrobore, mas que una débil presunción que trajo la versión de los policías, cuya consideración de la cualidad de los canes, es de menor calidad que la traída por el propietario de los mismos, y la empleada que tuvo mayor trato con ellos.

Por todo lo dicho hasta ahora, tengo para mí que no existió violación constitucional ni axiomática del Derecho Penal alguna, siendo por lo tanto valido el temperamento del juez en este sentido que merece ser confirmado.

2.3 <u>De los efectos secuestrados y la supuesta violación a la ley</u>.

Dijo el recurrente que no existió requisa para con su cliente C., por lo que los objetos que fueran secuestrados (destornilladores, alicates y linterna) no pueden ser tomados como elementos de cargo contra C. y G.. Que no se ha podido verificar la regularidad y legalidad de la prueba.

Si bien es cierto que en lo que se refiere a las diligencias que llevaron al secuestro de distintos elementos que fueran tenidos en cuenta por el juez en su sentencia, no importó una verdadera requisa personal, puesto que como alega el defensor, no se ha inspeccionado a la persona sospechada (en este caso, a C.), a fin de encontrar en sus ropas o adheridos a su cuerpo, objetos útiles para la investigación, lo cierto es que no existió irregularidad alguna que determine a considerar invalida la medida.

2.3.1 En primera instancia, cual consta en el acta de foja 9 del LPF, ponderada por el juez, existió una orden judicial extendida por el juez penal doctor Darío

A., por lo que el requisito de autorización judicial de la medida ha sido cumplida.

2.3.2 De otra parte, se cumplimentó la formalidad de confección del acta y la participación de un testigo de actuación que firmó.

2.3.3 En ultima instancia, sin perjuicio de la posible discusión que puede originarse en torno a si los elementos que las personas detenidas dejan en los boxes o gabinetes policiales al momento de ser detenidas, permanecen o no dentro de su esfera de intimidad, lo cierto es que la misma ley prevé que se procederá del mismo modo que para las requisas personales, en cuanto al procedimiento y las formalidades, cuando se trate del registro de armarios, escritorios, gabinetes u otros muebles cerrados.

Todos estos fundamentos han sido plausiblemente desarrollados por el sentenciante en su resolución, que por lo tanto, merece ser confirmada.

2.3.4 También se incluyó en este agravio, que no hay un acta que demuestre que C. haya sido inspeccionado en su persona y le encontraran las cosas luego secuestradas, ni tampoco hubo testigo que haya declarado sobre la existencia de esa inspección. Que del acta circunstanciada de fs 1/2 no surge que el personal que detuvo a C. incautara en su poder ninguno de estos elementos.

"*De allí* –dice textualmente el defensor- *que No puede sostenerse que C. tuviere en su poder o lugares cerrados que usara los elementos recibidos por C..*" Agregó que con el testimonio de este oficial, no puede acreditarse que esos bienes hallan estado en poder de su cliente, ni entre sus cosas o lugares cerrados que tuviere bajo su uso.

Revisada la sentencia, coincido con el juez penal que nada ilegal puede observarse del procedimiento

llevado a cabo para concluir del modo pretendido por el defensor.

El itinerario que tuvieran los objetos secuestrados, ha sido valorado correctamente por el magistrado, que remitiéndose a la norma procesal, lo llevó a concluir que la diligencia llevada a cabo en la dependencia policial, que supuso el secuestro de elementos que se encontraban en poder de C., fue llevada a cabo respetando las mandas legales. De esta manera, estructuró su tesis argumentativa con premisas de contenido fáctico, ciertos y fácilmente constatables en el juicio: *"hubo venia jurisdiccional del Dr. A., el funcionario policial se constituyó en la Alcaidía y secuestró distintos objetos tal como se desprende del acta de fs. 10 y 11, labrado el respectivo instrumento y fungiendo como testigo de actuación una persona ajena a la institución policial (O. M. V.)."* Tras ello, hizo constar que el testigo civil fue desistido por ambas partes, lo que analizado en su conjunto a modo de argumentación deductiva, lo llevo a hacer lugar al presupuesto fáctico que integró la teoría del caso fiscal.

Es así que la inferencia de la tenencia de esos objetos por parte del acusado deviene en correcta, a lo que he de agregar, como afirmó el Juez de condena, importa elementos normalmente usados para acciones como las enrostradas, sin perjuicio de su naturaleza de ser herramientas para el trabajo.

Cada una de las premisas analizadas por el juez, sobre la tenencia de los objetos secuestrados en poder del imputado, son validas, y el razonamiento deductivo efectuada a través de ellas, llevaron a una conclusión razonable y suficientemente fundada, por lo que corresponde no hacer lugar al agravio de la defensa.

3. <u>Violación de principios de culpabilidad y non bis in ídem, inconstitucionalidad arts 14 y 50 C.P.</u>

En a este agravio de la defensa, he de sostener mi postura que se enfila en considerar que los institutos de reincidencia no repugna normas de nuestra constitución.

Así es, cual he venido sosteniendo en precedentes en los cuales me ha tocado intervenir en calidad de juez penal, soy de la idea que la reincidencia no afecta garantías que resguarda nuestra Carta Magna, ni los Tratados Internacionales con jerarquía de tales.

El hecho objetivo en la vida de una persona de haber cumplido, al menos en forma parcial, una condena por un hecho anterior juzgado, constituye un parámetro válido de consideración jurisdiccional para la declaración del instituto, puesto que lo único que prescribe es un particular seguimiento en la ejecución de la pena.

Como ya lo vengo sosteniendo en casos como "C. M. A. P.S.A. DE HURTO TENTADO – TRELEW"- (Caso: No. 18413- año 2009), y acumulada "C., M. A. p.s.a. robo – Trelew" (Caso: No. 18428 – año 2009**)**, la reincidencia *se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (precedente que corresponde a la cita del tribunal A-Quo, CSJN G.724, XXI, 7-7-88, Gelaberto Rubén , LL, 1988-E, p.351*).

Considerando entonces que es reincidente quien con anterioridad a la comisión de un nuevo delito ha cumplido efectivamente en forma total o parcial una pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme (concepto dado por la C.N.C.P. sala IV, 8-3-1996, B.J.F., reg.548), la declaración de tal de una persona no vulnera el principio *non bis in ídem*, puesto que lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Recapitulando, la declaración de reincidencia sólo ajusta el régimen de cumplimiento de la condena, tanto de la que fuera impuesta en un antecedente pronunciado por sentencia firme y cumplida efectivamente aunque sea

en forma parcial, con la que corresponde ejecutar por el nuevo hecho.

De otra parte he de descartar la presunta violación del principio de culpabilidad de autor, vedado por nuestra Constitución.

Entiendo que el juicio de culpabilidad que ha de realizar el juzgador al momento de mensurar la pena, lo ha de hacer sobre el evento ventilado en un debate, y no sobre el que recayera condena anterior, juzgado en otro juicio.

Ese es el sentido y a su vez el límite que debe tener el tribunal para estimar la pena, y sobre esos rieles correrá el control del Ad-Quem mediante una impugnación ordinaria como la que me convoca.

Como se advierte en los tramos de la sentencia revisada, el juez en el acápite e) de su sentencia, titulada "Sanción punitiva Reincidencia" tomó como datos objetivos los antecedentes condenatorios de los imputados G. y C. y el cumplimiento real y parcial con privación de libertad. En consecuencia, no agravó la sanción que en definitiva impusiera.

Como cita el juez penal, ésta es la postura que ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en distintas causas a partir *"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006)*, y así también se expidió en *"L., L. A. p.s.a. de abuso sexual a J.B.L." (Expediente 20.402 – L – 2006)*.

Al dictar sentencia en los autos *"M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación" (Expediente N° 23229 – F° 196 – Año 2013)*, la Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la reincidencia, por no vulnerar garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

En fallo unánime, los ministros evocaron los fallos en donde impusieron su postura respecto al tema, e

incluso agregaron la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos en que ese Alto Tribunal Nacional justamente se inclinó proclive a la constitucionalidad del instituto, tales como *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. M. C. A. en la causa C. A., J. M. - causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014*, y en *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. A. en la causa A., M. S. s/ causa N° 11.835", del 27/5/2014.*

No fue la única vez que la sala penal así se pronunció, días antes de la resolución tomada en "M.", en idénticos términos los ministros se expidieron en *"Pcia. del Chubut s/S, P.P., U.D. M..-B., C. s/ impugnación", Expte. 23325 – F°13, año 2014.-*

Por compartir esos criterios, me mantengo enrolado en las filas que estiman que no existe razón para declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, pues no vulnera el principio de culpabilidad por acto en tanto se refiere a una modalidad en el cumplimiento de la pena, y no a la imposición de la pena en sí misma; ni tampoco al principio que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que el imputado no es juzgado ni acusado nuevamente por la comisión del hecho anterior, no repugnando en consecuencia, garantías veladas por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales incorporados por obra del art.75 inc. 22 en la reforma del año 1994 (art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Mi voto será por el rechazo de la impugnación, y la confirmación integra del fallo atacado.

4. En la audiencia del articulo 385 del CPP, surgió un interesante planteo de la defensa, en cuanto a la ausencia del representante del Ministerio Publico Fiscal, y la consecuencia que esa ausencia imponía a este Tribunal.

No obstante la correcta definición de los conceptos que un sistema adversarial o acusatorio posee y que fueran traídos por el pretenso, se impone volver a mirar el sistema, y examinar la naturaleza del recurso y la competencia que poseen las Cámaras Penales, por cuanto las estructuras de los recursos de impugnación hoy día se dan en el marco de un proceso por audiencias.

Dicho esto debemos decir que se desprende claramente de la ley que las Cámaras revisoras actúan en los recursos del imputado: en contra del fallo de condena, en lo penal y en lo civil, en contra de la aplicación de una medida de seguridad y corrección, en contra de la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba y del procedimiento abreviado (articulo 71, a) a del CPP).

Ello así, en perfecta consonancia con el derecho supremo de recurrir el fallo de condena por parte del imputado, consagrado en el bloque constitucional [Artículo 75 (22), C.N. ; Artículo 8, 2 (h), CASDH ; Artículo 15 numeral 5, PIDCP ; Artículos 22 y 44, IV, C.Ch.].

El proceso previsto en la ley para el recurso importa una audiencia oral y pública previa a la decisión, la que se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados.

Con ello es dable concluir que la audiencia del articulo 385 del CPP (de ella estamos hablando) para casos de recursos ordinarios (es decir de condena) prevé la contienda del imputado y su defensor, ya no con el fiscal que lo acusó, sino, groseramente dicho, contra la sentencia del juez que lo condenó. Es por ello que las reglas establecidas en la norma mencionada, posee prescripciones particulares y distintas que pueden confundirse con las de un sistema recursivo propio de un sistema inquisitivo.

En efecto, la ley prevé que si alguno no concurre, la audiencia se lleva a cabo igual con quienes estén. Si

no concurre nadie, la cámara deliberará y decidirá con el recurso escrito presentado y emplazado.

Si las partes concurren a esa audiencia, la ley prevé un debate oral, pero esa discusión solo podrá versar sobre el fundamento de los recursos, y la posibilidad de ampliar la fundamentación o desistir de algunos motivos, y no se podrá introducir otros nuevos a los ya presentados.

A mas abundar, hay una proactividad admitida a los jueces de esta etapa, que a diferencia de los magistrados de instancias anteriores, podrán interrogar a los recurrentes sobre las cuestiones planteadas, sus fundamentos legales, doctrinarios o jurisprudenciales. Solo en el caso de ofrecimiento de prueba que el tribunal estime necesaria y útil, podrá ser recibida en esa misma audiencia, y solo en estos casos se llevaran las formas en cumplimiento a las reglas del juicio.

El legislador consideró los mismos principios rectores de todo el proceso adversarial que mantuvo y trasladó a la impugnación, estableciendo que los recursos deben resolverse en audiencia donde las partes concurran, para explicar sus agravios y sus fundamentos. Y el debate que se puede hacer en esa audiencia tiene que ver con el agravio, que pasa a tener un lugar central en la nueva dinámica.

Por lo tanto, la ausencia de alguna de las partes a la audiencia de impugnación no determina a "ganar" el recurso a la parte que concurre, como alegó el defensor.

5. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto por el colega que lidera el Acuerdo.

Así voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia por orfandad de pruebas para condenar a sus defendidos, argumentando que los elementos cargosos principales son equívocos, ya que

de ellos no se deduce necesariamente la conclusión de autoría de los condenados. Asimismo, postula la inconstitucionalidad de la reincidencia, afirmando que el instituto viola principios constitucionales.

2. En cuanto a las pruebas que sostienen la condena, no lleva razón la defensa, pues la misma se basa en prueba indiciaria, construida conforme los cánones que la mejor doctrina exige como para que ella sea idónea y destructora del estado de inocencia.

En efecto, el juez parte de hechos ciertos, empíricos, y verificados mediante prueba directa, tal como es la presencia indudable de los imputados en el techo de la casa, portando elementos propios para vencer la resistencia de defensas materiales de cosas muebles, los que pasamos a tratar.

El primero de los hechos, surge de las testimoniales de los policías V. y A., en tanto aquél refiere que observó en los tejados a tres personas vestidas con prendas oscuras y gorros, a quienes conoce por sus nombres desde su trabajo policial, mientras que el segundo no solo corrobora los dichos de V., sino que, en su carácter de miembro del área Criminalística, documenta fotográficamente un cortafierros y un cuchillo, al lado y a pocos metros, respectivamente, de los aprehendidos. Asimismo, el oficial A. es concorde con los citados testimonios, en cuanto a la presencia de los condenados en el techo, la identificación de cada uno de ellos, además de observar los gorros, guantes y demás instrumentos señalados.

En cuanto a los elementos propios para vencer la resistencia a la apropiación de cosas muebles, valen los mismos testimonios, a los que hay que adunar la requisa a C. llevada a cabo en la Alcaidía, sobre la que no cabe alegar ilegalidad alguna, toda vez que, necesariamente debía, en definitiva, entregar las cosas que portaba antes de ingresar al establecimiento, lo

que indica que su descubrimiento era inevitable, con o sin orden judicial, situación fáctica que constituye, sabemos, una de las excepciones a la doctrina del fruto del árbol envenenado.

Todo lo anterior quiere decir que la acusación y condena respectiva parte de hechos ciertos y probados, los que unido por la lógica, experiencia y reglas científicas, permiten inferir la autoría. Esto es así, porque no resulta ilógico, ni es contrario al sentido común, considerar que tres personas, en tal contexto, tenían la intención de apoderarse de las cosas muebles del domicilio, venciendo las defensas eventuales que ellas podrían tener, puesto que otras alternativas o versiones, aparecen como absurdas en tal cuadro, como por ejemplo, si interpretáramos que los mismos estaban paseando por los techos con fines recreativos, o como parte de un deporte extremo.

En suma, si podemos concluir razonablemente uniendo, mediante el razonamiento señalado, los indicios graves y concordantes, ello es legítimo como título de la presunción o prueba indiciaria idónea como para destruir el estado de inocencia, y sirve, además, para descartar cualquier violación al *onus probandi* que alega el defensor, punto sobre el que también tiene importancia lo que decimos a continuación.

Con esto, tenemos con creces cumplida la primera regla o garantía epistemológica que debe seguirse en la reconstrucción de los hechos, cual es la necesidad de prueba de cargo, grave y concordante, de la tesis fiscal. Esta tampoco pudo ser refutada por la defensa, ya que no pudo ser contradicha por ninguno de los datos probatorios disponibles, pues otra versión es totalmente incompatible con ellos, cumpliéndose así con la segunda regla en el tema probatorio, tal como lo indica el maestro Ferrajoli, que tantas veces citamos en el tema.

(Cfr. FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, Madrid, España, año 1995, pags. 150/151).

3. Asimismo, deben descartarse como defensa, en el caso, la falta de rastros dactilares, pues el punto no se presenta como ineludible o necesario, ya que los imputados pudieron no haber tocado nada con sus manos o, en caso de que lo hayan hecho, pudieron haber utilizado guantes, o haberlas borrado, entre otras alternativas, argumento que también sirve para desechar la alegada ferocidad de los perros, en tanto tengamos en cuenta que necesaria e ineludiblemente los perros no muerden en todos los casos.

5. Respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, lleva razón la defensa, porque, como ya nos explayamos en profundidad en varias causas, el instituto se da de bruces con el principio de culpabilidad y con el de la prohibición de la doble desvaloración, pues el mismo implica, en esencia, agravar una pena por hechos anteriores ya juzgados y penados, lo que en un estricto derecho penal de acto, ello no es posible, pues se está persiguiendo un modo de vida o personalidad de los condenados. Agréguese a estos argumentos, el hecho de que la declaración de reincidente, conspira contra el mismo principio constitucional de la resocialización, pues le impedirá al condenado obtener la libertad condicional, y de esta manera, no participar del régimen de salidas anticipadas, como medios de acercamiento gradual del penado al mundo libre, entre otros perjuicios que se le agregan a la ya fracasada pena de prisión.

Es de advertir aquí, que, a nuestro entender, claramente no resulta aplicable la doctrina del leal acatamiento, toda vez que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el reciente fallo " Arévalo" (CSJN: 27/05/2014) que trató el tema en pocos renglones, no refuta ni contesta expresamente los

anteriores argumentos, sino que se remite a sus precedentes, sobre todo a los fallos " L'Eveque", " G. Ávalos" y "Gramajo", los que precisamente son algunos a los que se critica desde hace años, porque ninguno de ellos contesta los argumentos señalados sobre la inconstitucionalidad. Esto es señalado en forma clara no solo por los mejores doctrinarios argentinos y extranjeros, además de la legislación vigente en países europeos, sino también por los fallos de innumerables tribunales del país, incluidos los superiores de varias provincias, como por ejemplo Entre Ríos (2011) y Tucumán (2012), entre otros.

6. **Costas:** Respecto a las costas y regulación de honorarios del profesional interviniente, comparto lo propuesto por el Juez del primer voto.-

De conformidad con los votos precedentes y con la disidencia parcial del Dr. Omar Florencio Minatta, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación de los imputados M. A. C. y A. E. G.;

II) Confirmar la sentencia Nro. 1390/16 OJTw dictada en fecha 31 de mayo del año 2016;

III) Imponer las costas del proceso a los acusados (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la suma de TREINTA (30) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII -15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 y concordantes ley V-90 antes ley 4920);

IV) Regístrese, protocolícese y notifíquese .

Roberto Adrian Barrios

Alejandro Gustavo Defranco **Omar Florencio Minatta**

Registrada con el Nro. 21/16 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.