En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"N., J. P. s/denuncia robo, Gaiman" Carpeta 6605 OJTw Legajo 63635 MPFTw"**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Penal Juan Manuel Salgado contra la sentencia 1585 dictada en fecha 21/06/2016.

Mediante la resolución referida la juez penal, Dra. Ivana González, declaró a R. D. U. y a E. U. coautores materiales del delito de robo simple, consumado, en orden al hecho ocurrido el 2/2/2016 en la vivienda de D. Z. sita en la calle C. XXX de la ciudad de Gaiman, e impuso a ambos la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento, más la declaración de reincidencia respecto de R. D. U. (art 164 y 45 del CP).

Contra ella el Dr. Salgado presentó impugnación ordinaria y en la audiencia de impugnación, celebrada el día 20 de septiembre ppdo., con su solitaria asistencia, sostuvo y amplió los requerimientos (art. 385 CPP).

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. En el presente legajo se ha presentado recurso ordinario contra la sentencia número 1585/16, por la que la Juez Penal Ivana González, en fecha 21 de junio del corriente año, condenó a R. D. y E. U. a la pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento, por encontrárselos

autores materiales y responsables del delito de Robo Simple (arts. 45 y 164, Cód. Penal).

2. En efecto, el Sr. Defensor Público, Juan Manuel Salgado, interpone recurso ordinario al agraviarse de la resolución mencionada por cuatro motivos que explica detalladamente en su escrito.

En primer lugar, denuncia la nulidad de la decisión que impidió declarar a E. M. S., quien fuera detenido junto con sus pupilos procesales. Explica el Defensor que la Juez impidió su declaración atento la oposición de la Fiscalía en tal sentido, motivado ello en el hecho que se encontraba en condiciones de realizar la apertura de investigación a su respecto a fin de imputarle el mismo hecho que se estaba juzgando, a pesar de su conformidad con dicha prueba en la audiencia preliminar.

3. En segundo orden, se queja el recurrente de la irregularidad del procedimiento por el cual se secuestran diversos elementos en poder de sus clientes.

Explica el Abogado Salgado que "según el relato policial R. D. U. 'espontáneamente' sacó los elementos secuestrados del interior del vehículo en donde se hallaban… ", empero, se queja, el art. 171 del CPP no contiene como excepción a la requisa sin orden el presunto consentimiento del afectado y que no se encontraban dadas las circunstancias previstas en el cuarto párrafo de dicho artículo. Cita fallo "Florentino".

4. Denuncia luego la nulidad de la posterior requisa realizada en el vehículo y el consecuente secuestro de una camisa propiedad del damnificado, por no haberse precintado el automotor, no siendo preservada la cadena de custodia, siendo requisado más de dos semanas después.

5. Por último, se agravia el defensor de lo que llama "ausencia de pruebas que sostengan la condena", capítulo en el que interesa a esta Cámara en lo Penal acerca de que la única prueba de cargo contra los imputados es que fueron detenidos, en Trelew, con parte de las cosas robadas en

Gaiman, no existiendo prueba alguna de que los imputados hubieran estado en dicha localidad ese día, no habiéndose desacreditado la versión de sus pupilos.

6. Escueto será mi voto en esta ocasión, habida cuenta el andarivel por donde entiendo debe transitar la resolución de este caso.

En efecto, no me detendré en analizar el impedimento de declarar del adolescente S., quien, al momento en que tenía que hacerlo, todavía no había sido imputado de delito alguno, por lo que mal podía "declarar en causa propia", ni tampoco me detendré en demasía en las cuestiones relacionadas con las pretendidas nulidades.

Solo diré, con respecto al primer asunto, que entiendo desajustada la resolución de la magistrada interviniente toda vez que, en primer término, no era el joven S. imputado en proceso alguno por lo que podía declarar como testigo, con la advertencia previa, claro ésta, de que no podía ser obligado a declarar en extremo que lo perjudique, pero, eventualmente, hasta podría confesar, si en forma libre y espontánea así lo prefiriera, los hechos por los cuales venían siendo acusados los U., versión, a la sazón, coincidente con sus descargos.

De otra parte, ya el MPF había aceptado, en la audiencia preliminar, la comparencia del órgano de prueba al juicio, por lo que ahora, ya en debate, se priva a la defensa de un testimonio con el que contaba para su estrategia defensiva, ante la eventualidad de corroborar la coartada de U..

Pero no está aquí la solución del caso.

7. Respecto a los secuestros efectuados por la prevención, y su eventual nulidad, no es cierto tal como lo afirma el Sr. Defensor que se hubiera vulnerado garantía alguna, ni violentada la ordenativa procedimental.

Por el contrario, tal como dan cuenta los policías J., P., P., todo lo que fuera fotografiado por L. A., los elementos incautados eran visibles desde el exterior, por

encontrarse en el asiento trasero, e incluso, interrogados por su procedencia, el conductor manifestó que los habían encontrado y que no eran suyos.

Con buen tino, la Jueza del caso, apelando a la doctrina de la *plain view doctrine*, validó el secuestro, mas allá de cimentar exclusivamente en la tenencia de la *res furtiva* su veredicto condenatorio.

8. Y aquí está, a mi criterio, el meollo de la cuestión.

La Juez González sentenció –fojas 125- que *"adelanto que el hecho concreto que daré por probado se encuentra… dentro del contexto fáctico endilgado por el fiscal, esto es: la existencia de un hecho de robo simple consumado perpetrado en perjuicio del ciudadano D. Z.… ".*

Mas luego afirma que *"… en efecto y como adelantara al iniciar el presente apartado de mis considerandos, a juicio de esta magistrado, de las pruebas reseñadas y de la propia declaración de los imputados –la cual es claramente inverosímil-, se desprende con certeza la existencia de un hecho de robo consumado… "*

Surge de la pieza acusatoria referida por la Juez que el MPF endilga a los imputados que *"...el día 2 de febrero del año en curso, en horas de la tarde… **ingresaron** a la vivienda sita en calle C. XXX de la localidad de Gaiman, previo **dañar** el vidrio ubicado en la cocina, **apoderándose** de… "* diversos elementos.

He resaltado los verbos contenidos en el relato del hecho puesto que con ellos se han denotado las acciones que conforman el aspecto objetivo del tipo seleccionado por el acusador.

También, al momento de la apertura del debate, la Fiscalía describe el hecho por el cual acusa del siguiente modo: *"previo a **romper** el vidrio de la ventana **ingresaron** a la vivienda sita en calle Chubut de la localidad de Gaiman, una vez adentro se **apoderaron** de gran cantidad de*

elementos de electrónica...", repitiendo en lo sustancial el mismo hecho en su alegato de clausura.

9. A poco de revisar la prueba rendida en el debate, es fácil colegir –tal como lo ha hecho la Juez- que se encuentra debidamente acreditado que los hermanos U., a bordo de un vehículo Volskwagen Senda, dominio XXX-XXX, color gris, transportaban diversos elementos que poco antes habían sido sustraídos del domicilio de Z..

Que dichos extremos están efectivamente acreditados a partir de las diligencias de requisa de los elementos mal habidos –actos válidos como ya se dijo-, validada por los testimonios de los agentes de policía que actuaron en la diligencia y la propiedad ajena, a partir del reconocimiento de las cosas efectuado por el legítimo tenedor.

Sin embargo, de dichos extremos no es posible afirmar en forma categórica que fueran los portadores de las cosas sustraídas los autores del atraco.

Siguiendo la teoría del caso fiscal, y considerando los verbos destacados en párrafos anteriores, no es dable afirmar de la sola circunstancia de tener las cosas ajenas que los hermanos U. hubieran **ingresado** a la propiedad ni, mucho menos, **dañar** el vidrio o **apoderarse** de las cosas desde el interior, mas allá que, como hipótesis alternativa, se hubieran hecho de las mismas en otro momento del día y de manos de otras personas.

10. Si bien podría compartirse que es estadísticamente lógico que el tenedor de una cosa sustraída es, por lo general, el autor del atraco, cierto es también que deben admitirse otras explicaciones no menos probables que aquella: por ejemplo, la intentada por U. al momento de ser detenido por la prevención y mantenida a lo largo de todo el procedimiento.

No se ha escuchado en el debate un solo testigo que coloque a los imputados cerca siquiera de la casa siniestrada; han dado una versión de sus actividades del

día las que no fueron confutadas con prueba independiente, mas allá de tildársela de inverosímil al cotejarla con la teoría que se creyó correcta, pero sin apoyatura en evidencia concreta y aún contra las explicaciones dadas por el defensor; han brindado una teoría –tan probable como la tenida por cierta- que se constituyeron en Barrio INTA a solicitud de S. a realizar un flete y que era el nombrado quien portaba el monitor y la mochila secuestradas, lo que bien podría fundar una imputación contra el adolescente, por caso, y menguar la responsabilidad de los hermanos por una participación en el hecho ajeno –de demostrarse el concurso previo- o, por ejemplo, una ayuda posterior al entuerto, de las previstas en el art. 277 del código sustantivo.

11. Por todo ello, siendo como es que no se ha logrado destruir el estado de inocencia del que gozan los imputados en estos folios, por no ser suficiente los extremos invocados por la *a quo* para lograrlo, amén de no haberse permitido la declaración del joven S. quien es de pensar que daría crédito a la teoría del caso de la defensa, es que voto por la revocación del fallo recurrido y el dictado de la absolución de los prevenidos.

12. Costas y Honorarios: Propongo al pleno eximir de costas a los imputados (art. 242 del C.P.P.) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por su actuación en esta etapa, en un 30 por ciento de lo ordenado en la instancia anterior (arts.5, 7, 44 y cctes. Ley XIII-4, antes Decreto Ley 2200 y art. 59 y concordantes de la Ley V-90, antes 4920), los que serán soportados por el Estado.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde ahora revisar la resolución Nro.1585/2016 OJTw dictada el 21 de junio del año 2016 por la juez penal Dra. Ivana González, que condenó a R. D. y a E. U. como coautores material y penalmente responsables

del delito de robo simple consumado (art. 164 y 45 del C.P.), en orden al hecho ocurrido en fecha 02 de febrero de 2016, en horas del atardecer, en la vivienda sita en C. XXX de la ciudad de Rawson y en perjuicio de D. Z., imponiendo la pena de un año de prisión de ejecución de efectivo cumplimiento a cada uno de ellos, más la declaración de reincidencia para el caso de R. D.

No he de volver sobre los antecedentes del caso que ya han sido prolijamente reseñados en los resultas de esta sentencia por lo que tras analizar en detalle la pieza jurisdiccional recurrida en aquellos extremos que ataca la defensa, y deliberado cada punto con los colegas que integran este Tribunal Revisor, pasaré sin más a dar los fundamentos de mi voto, llevando el orden en que fueran presentados los agravios.

2. De la imposibilidad de recibir la declaración de M. S..

La Defensa se ha agraviado que la juez de debate hizo lugar a la oposición del fiscal para no recibir el testimonio del joven M. S. que, al momento de la detención de los imputados, estaba junto a ellos en el interior del rodado en el que se desplazaban, pese a que su testimonio había sido propuesto y autorizado en la audiencia preliminar, sin ninguna oposición por entonces de la acusadora.

2.1 Al control de la sentencia, nada dijo la magistrada respecto a este punto.

Al control del debate, se advierte que la incidencia acaeció en la jornada vespertina del juicio, al minuto 3.20.40 del soporte que contiene la audiencia. Se observa el ingreso del testigo de la defensa a la sala, y al minuto 3.23.23, se observa que el fiscal se opuso a la recepción de la declaración.

Argumentó diciendo que, en ese momento, el Ministerio Público Fiscal estaba en condiciones de formalizar una apertura de investigación preparatoria por ese hecho de

robo que estaba siendo juzgado, y por el que damnificara a la señora Z. Invocó los artículos 278, 146 y 282 del CPP, e indicó que se le enrostraría la coautoría en el evento. Afirmó que es inviable que declare en el debate, bajo juramento, atento los hechos en los que puede autoincriminarse. Que en todo caso tendrá todo el derecho a declarar en la audiencia de apertura de la investigación.

Por su parte la defensa dijo que la oposición del fiscal era extemporánea, ya que su ofrecimiento fue hecho y autorizado en la audiencia preliminar. Dijo también que no se puede privar a un imputado del testimonio de una persona que tiene conocimiento del hecho. La declaración es voluntaria, por lo tanto si es posible que se auto incrimine, puede eximirse del juramento.

La juez, en su resolución, dijo que la defensa puede decir que la fiscalía puede ser desprolija, más no extemporánea, ya que el plazo para abrir investigación contra el joven estaba vigente. Que no puede recibir juramento, sin atentar contra la garantía de la autoincriminación. Por ello no recibió el testimonio y permitió al testigo retirarse de la sala sin ser interrogado.

2.2 Puesto a resolver esta cuestión, se impone traer a este voto, lo acaecido en la revisión de la sentencia de la causa “Mircevich, Oscar Daniel r/víctima de homicidio - Trelew” (Carpeta 3706 OJ Tw, legajo 34835 MPF Tw). Allí compareció al juicio una persona, en carácter de testigo, que reconoció haber sido el autor de la puñalada fatal, pero el tribunal de juicio (que integré por cierto) resolvió no ponderar sus dichos, incurriendo, a criterio del entonces pretenso, en arbitrariedad elocuente por una errónea interpretación de la cláusula constitucional contra la autoincriminación, del art. 18 de la Constitución Nacional.

Si bien en ese caso, la declaración del testigo, ya había sido recibida por el tribunal, el supuesto de

admisibilidad de la prueba, con estos bemoles, justifica su evocación aquí.

2.2.1 En el precedente referido ha dicho el colega preopinante, doctor Alejandro Defranco: *"…siendo de toda evidencia que mal podría valorarse como elemento de cargo la declaración auto incriminatoria de quién comparece como testigo y bajo juramento de decir verdad, es que deviene correcta, en principio, la decisión del Tribunal sentenciante (art. 26, CPP) en cuanto no le adjudica valor probatorio a la declaración testimonial de (…)"*

"Y digo "en principio" por cuanto la garantía resguardada en el caso debe operar, exclusivamente, en favor de la persona que se auto incrimina bajo juramento y no respecto de otros participantes del proceso. La garantía examinada solo hace operativo el derecho a no incriminarse que tiene el compareciente pero no se hace extensivo, sin más, a la situación del imputado traído a juicio (…)."

"Por el contrario, repito, si bien es evidente que no puede tenerse en cuenta la declaración así lograda de (…) en su contra, por atentar contra garantías constitucionales básicas –art. 18, CN-, nada impedía que sean merituadas –en caso de reunir visos de verosimilitud- en favor del imputado (…) al tener, evidentemente, contenido de descargo."

"…ha de darse razón al Sr. Defensor en punto a que no puede decidirse, sin más, que la declaración de (…) no existió o no será valorada. La declaración fue efectuada por el testigo, se encuentra grabada incluso en soporte de audio y transcripta su versión mecanográfica; tuvo contenido desincriminador respecto a Guzmán y, aunque no puede tenerse en cuenta para incriminar al órgano productor, debía valorarse conjuntamente con toda la prueba rendida en el juicio."

2.2.2 A su turno, en el mismo sentido, votó la doctora Mónica Rodríguez diciendo: "…*La crítica, en lo sustancial, postula que al haber prescindido los Jueces de la*

valoración de prueba conducente para la resolución del caso, como es la declaración del testigo de la defensa (G… L…), la decisión resulta arbitraria y, en consecuencia, inválida"

"En principio debo decir que es claro, y en ello he de coincidir con la Defensa, que si la omisión de tratamiento probatorio estuviera vinculada a un extremo relevante, esencial o decisivo para la solución del caso, la sentencia dictada con prescindencia de esa información sería arbitraria y, por tanto, inválida como acto jurisdiccional."

"…Pero, además, no cabe sino coincidir con el experto abogado respecto a que el temperamento adoptado por el Tribunal de Juicio para resolver esta cuestión no fue correcto. Es cierto que en el momento en que un testigo se autoincrimina ante un tribunal es deber de los jueces hacer operativa la garantía contra la autoincriminación relevándolo del juramento prestado y haciéndole saber que puede retirarse si lo desea, toda vez que no puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Lo que no debe hacer el juez es obligarlo a retirarse, máxime tratándose de un testigo de la defensa."

"Es claro que la persona, en tal caso, puede optar por dar por finalizada su intervención o seguir declarando –sin juramento-, pero en caso de que decidiera continuar con su deposición deberá hacérsele saber que sus dichos no podrán ser usados en su contra. En tal supuesto la declaración podrá ser ponderada por los jueces tal como si se tratara, por ejemplo, de los dichos de un coimputado…"

2.2.3 Con esta jurisprudencia que aclaró debidamente el marco legal en el que una persona puede ser citada y escuchada por el tribunal, ya sea que el Estado tenga iniciada o vaya a iniciar una causa en su contra, soy de la idea que la decisión de la A Quo en este caso ha sido errónea.

En efecto, al momento de la audiencia preliminar, la recepción del testimonio del joven había sido admitida, y esperando a que el mismo comparezca y se siente en el banquillo de la sala, presto a la Justicia, el argumento dado por el Ministerio Público no debió de ser admitido por la juez de condena.

El hecho que solo y hasta ese momento, el titular de la acción penal pública decidiera iniciar una apertura en contra de S., aún encontrándose habilitado por el plazo, no eximía a que, bajo los recaudos necesarios para no vulnerar la garantía de auto incriminación, el joven decida y en su caso responda voluntariamente las preguntas que le pudieran ser formuladas por las partes.

Va de suyo que si bien, con la decisión de la juez, se han respetado las garantías del testigo, se vio afectada la defensa en juicio de los imputados U., que estaban siendo juzgados, puesto que, en la evidencia que conformaba desde un inicio su teoría del caso, la versión de joven era de prístina importancia.

Ello así, luego que S. se identificara, la juez, advertida de la decisión de la fiscalía de abrir una investigación en su contra, podría, válidamente, haberle recibido declaración no jurada, con todas las garantías pertinentes, tanto de declarar o de no hacerlo, inclusive, consultar previamente con un defensor. Si optaba por no declarar, la defensa nada podía alegar para compulsarlo; si declaraba, acaso podría haber mejorado la situación procesal de los encartados, sin perjuicio de la ponderación que, de sus dichos, hiciera la sentenciante.

Por ello, en este punto de agravio, he de dar razón al planteo de la defensa.

3. <u>De la nulidad del secuestro realizado en la detención, posterior requisa realizada en el vehículo y del consiguiente secuestro.</u>

El impugnante ha dicho que su cliente E. U., al momento de la detención iba de acompañante en el rodado, su hermano

conducía y atrás iba S., que en esta causa no fue imputado, y junto a él la mochila y un monitor plano. Que la policía abrió la mochila y secuestró los elementos que había en su interior sin orden judicial, por lo tanto dicha diligencia es nula, ya que el código requiere la orden judicial, salvo urgencia o peligro, extremos que no fueran debidamente fundados por la Juez.

Analizado el agravio, adelanto que no advierto que en el procedimiento policial haya existido alguna vulneración a garantía constitucional que amerite la sanción que se reclama.

En la sentencia la juez dijo que el procedimiento aparece regular en todos sus aspectos, temperamento que comparto. Que los objetos estaban siendo a simple vista observados por la prevención (doctrina de la plain view) y que guardaban similitud con los denunciados como sustraídos. Dijo también que fueron espontáneamente bajados del auto por el conductor del rodado, haciendo abierta alusión a que no les pertenecían, que no querían tener problemas con la policía y que por ello los entregaban allí mismo, versión que mantuvieron desde la audiencia de revisión de la prisión preventiva.

En cuanto a la simple vista en que se encontraban los objetos, dieron cuenta la versión de los policías J., P., P., y L. A., que tomó fotografías de los elementos incautados.

En lo que respecta al secuestro de la camisa, dijo la juez que fueron los propios imputados quienes indicaron que la llevaba puesta sobre una musculosa el menor, quien además iba en la parte trasera del vehículo con los objetos restantes de la res furtiva; que la cuestión relativa a la mochila, *"…a esa altura y frente a la posible comisión de un hecho delictual, que la prevención verificara rápidamente el interior claramente obedece a cuestiones de seg(u)ridad común y por tanto se hallan presentes los*

presupuestos del peligro y la urgencia que niega el defensor técnico…"

Con ello, cual valoró la magistrada, surge que los elementos eran visibles desde el exterior, por encontrarse en el asiento trasero, y las circunstancias que hacen al peligro y urgencia del procedimiento, tenidos en cuenta por la magistrada, justifican la diligencia, y no se advierte avasallamiento alguno a garantías constitucionales.

Por estos argumentos, voto en este punto no hacer lugar al planteo de la defensa.

4. Sobre la ausencia de pruebas que sostengan la condena

Entiendo que en este punto se encuentra la clave de la sentencia, y su revisión llevará su suerte.

La magistrada consideró que existe certeza acerca de la realización del desapoderamiento consumado por los hermanos R. D. y E. U., en la forma en que ha sido descripto por el Sr. Fiscal interviniente en el debate. Se basó en las pruebas reseñadas en su sentencia para justificar la certeza, y en que las declaraciones de los imputados son claramente inverosímiles.

Sin embargo, he de disentir con esta consideración, puesto que de la prueba valorada por quien juzgó, no es dable arribar a un estadio de conocimiento certero del delito contra la propiedad que les fueran imputados a los hermanos U..

La producción probatoria llevada a cabo a instancias de la acusadora, han puesto en evidencia que R. D. U. y E. U. fueron sorprendidos en un vehículo marca Volkswagen Senda, patente XXX-XXX, transportando elementos sustraídos del domicilio de Z. De ello sin dudas, hay certeza.

Lo que no se advierte de la sentencia revisada, son los elementos que llevaron a la juez al mismo grado de conocimiento respecto a la fuerza que los imputados emplearan en las cosas (roturas del vidrio de la ventana

de la vivienda), al posterior desapoderamiento de los elementos, ni siquiera de la prueba que acrediten que estuvieron en el lugar de los hechos.

Las diligencias policiales que hacen al estado de cosas al momento de la detención de los acusados, llámese interceptación, requisa, registro y secuestro, han sido válidamente incorporados al debate, mas ello no determina a considerar que los acusados hayan sido los autores del robo. Por el contrario, dentro de un análisis macro, las proposiciones fácticas probadas con la evidencia producida encuadrarían en una calificación jurídica distinta de la que fueran acusados. Si así se hubiera diseñado la teoría del caso fiscal, acaso la sentencia que le hiciera lugar merecería ser confirmada.

La sentenciante se ha esmerado en analizar en detalle la versión de descargo de los imputados, lo que es digno de destacar positivamente. Su conclusión, bien fundada, es la de su descreimiento.

Pero en el contexto de esta impugnación ordinaria, aún en el caso de acompañar los puntos detallados en la sentencia, que delatarían la mendacidad del descargo de los U., esa ponderación no lleva a los acusados al lugar del hecho, ni a romper los vidrios, ni a desapoderar. La única certeza que se evidencia de las pruebas del debate y del descreimiento del descargo, es la que corresponde a otro grave delito, como lo es el encubrimiento, no al robo.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma reiterada, que cuando se ha prescindido de la evaluación de pruebas esenciales para la solución del caso y el pronunciamiento no aparece como derivación razonada de las constancias obrantes en el litigio, ello hace aplicable la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 312:1332, disidencia de los jueces Caballero y Belluscio; 314:1898, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Moliné O'Connor; 316:2464).

Por lo dicho, la valoración en conjunto de la prueba de cargo producida por el Ministerio Fiscal en el juicio reseñada por la jueza, no permite arribar a un grado de certeza acerca de la participación de los acusados en el hecho que les endilgara el Ministerio Público Fiscal, por lo que mi voto será por su revocación y consecuente absolución de los condenados.

5. En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios de la Defensa, adhiero a la propuesta del primer vocal.

Así lo voto. **El juez Omar Florencio Minatta dijo:**

1. La defensa se agravia porque la sentencia condenatoria valora los frutos de actos ilegítimos de la prevención, tales como las detenciones y requisas del automotor, amén de habérsele denegado una prueba considerada esencial, como es la declaración de un menor que acompañaba, en el móvil y al momento de su detención, a sus defendidos. Asimismo, se agravia porque la sentencia ignora por completo la versión que de los hechos dan sus defendidos, quitándole credibilidad en base a elementos no comprobados en la causa, peticionando finalmente que se revoque la sentencia y se absuelva a los condenados.

2. Adelanto que lleva razón la defensa en orden a que se debe revocar la sentencia impugnada y absolver a los condenados, porque la acusación no ha podido destruir con certeza la hipótesis en competencia que presenta la defensa, pues ésta desmiente con razonable probabilidad a aquella, lo cual ya es suficiente como para estimarla refutada, sin que sea necesario considerar la legitimidad o no de los actos de prevención relativos a las detenciones y secuestros.

3. Es así que la postura defensista relata que ellos -los hermanos U.- retiraron el automóvil del taller entre las 21:30 y las 22:00 hs., porque no podía quedar allí y que lo volverían a llevar al otro día para continuar

las reparaciones, luego de lo cual, R. D. U. es llamado por teléfono por S., quien le pide que lo traslade desde el Barrio Inta hasta la casa de su madre en el Barrio Don Bosco, para transportar cosas, respondiendo U., en primera instancia, que ello no era posible porque el coche no estaba en condiciones, pero luego aceptó porque aquél insistió y le ofreció $ 200 para el combustible. Luego, se dirigen junto a su hermano E., a quien pidió que lo acompañara ante la eventualidad de que se rompiera el coche, hacia el lugar en el que se encontraba el peticionario, quien asciende al vehículo con una mochila y un monitor. Regresando del Barrio Inta, son interceptados por la Guardia Urbana, en la ruta, en la que son detenidos y secuestradas las cosas referidas.

4. La sentencia afirma que tal versión es inverosímil, argumentando, esencialmente, que existe contradicción con lo declarado por el tallerista en cuanto a los horarios de retiro del móvil, amén de rechazar el descargo en cuanto a que las condiciones del coche les imposibilitaba un viaje hasta Gaiman, agregando que los testimonios de la prevención aseguran que el coche venía en dirección desde Gaiman.

Sin embargo, la defensa rebate con éxito cada uno de esos puntos en particular. Así, en cuanto a los horarios de retiro del coche, amén de no exigirse una hora exacta para la estimación, lo que es imposible, se apoya en el mismo mecánico que sostiene, textualmente, que el retiro se produce a las siete u ocho de la noche. Ante una pregunta de la defensa sobre si era de día o de noche, responde “ahí nomás, de día”, por lo que no puede ser que haya sido a las ocho de la noche, sino cerca de las 21 hs, en más o en menos, pero nunca la diferencia de tres horas que toma la sentencia como hecho cierto para inferir la contradicción.

También con suerte es contradicho el hecho de que el automóvil se encontraba en condiciones de ir hasta Gaiman,

presunción que la jueza extrae del hecho de que si estaba en condiciones de hacer el flete señalado, también pudieron ir hasta Gaiman y volver. Sin embargo, es claro y notorio que las distancias no solo no son compatibles, sino que tampoco han sido verificadas con certeza, por lo que tal argumento debe rechazarse de plano.

Por último, el argumento de que al momento de ser interceptados en la ruta el mismo venía desde Gaiman, se controvierte certeramente no solo porque el sargento Peña fue el único que nombra tal ciudad, sino porque, ante la pregunta del fiscal sobre la dirección desde la que venía el coche, solo afirmó textualmente "como que vendría de Gaiman", que es completamente diferente a una afirmación categórica sobre el punto. A esto agréguese que la prevención estaba buscando un coche que venía desde el barrio Inta, por otro hecho distinto, por lo que, si lo interceptaron es porque observaron que podía venir de allí, extremo que, por otra parte, coincide con la versión de los mismos imputados.

Con todo este cuadro, del hecho cierto de que los imputados fueron encontrados junto a otra persona que portaba las cosas sustraídas en Gaiman, en todo caso hubiera alcanzado para comenzar una investigación por Encubrimiento, pero son insostenibles para tener por probado con certeza el ingreso al domicilio, la fuerza en las cosas y el apoderamiento de las cosas muebles ocurridos en Gaiman, tal como se les imputa en carácter de coautores.

5. Si bien con lo anterior es más que suficiente para revocar la sentencia y absolver a los condenados, obsérvese que se le ha privado a la defensa de una prueba esencial, cual es el testimonio de la persona sobre la cual existían indicios mucho más densos en cuanto a la comisión de los ilícitos y, sin embargo, nada se hizo a su respecto para aclarar el punto.

En efecto, debió imputarse también al menor y darle oportunidad de ejercer todos sus derechos, ya que, abundando, éstos cuentan, por lo menos, con las mismas garantías que los adultos. Ello conforme, no solo con la Convención Internacional de los derechos del Niño, sino que así lo expresa textualmente la Constitución de la Provincia del Chubut en el artículo 50, y los artículos 402 y 405, primer párrafo de nuestro CPP, al afirmar que los niños y adolescentes gozan de todas las garantías y que, en todos los casos, se deberá establecer la verdad sobre la existencia del hecho delictivo atribuido y la su participación.

Como así no se hizo, esto es, no existió formalización alguna de la imputación contra S., va de suyo que la calificación de testigo, al inicio del debate, es irreprochable, por lo que lo que no advertimos obstáculo alguno para que sea privado de declarar en tal carácter, extremo que transforma la negativa en infundada.

Recordemos aquí que la inadmisibilidad de una prueba no puede ser una cuestión arbitraria sino que tal decisión se enmarca siempre en la ley, tal como lo ilustran no solo las causales clásicas de impertinencia, superabundancia o inutilidad, sino también cuando ella está prohibida por si sola, o porque ha sido incorporada sin guardar las formas establecidas como garantía para los imputados. Nada de ello ocurrió aquí con S., por lo que la decisión de la jueza del debate carece de soporte legal alguno.

Si esto es así, se afectó gravemente una de las dimensiones básicas del derecho de defensa en juicio, cual es el derecho del imputado a probar todos y cada uno de sus dichos, como ingrediente indispensable para oponerse y resistir la persecución penal, en igualdad de condiciones con el acusador, lo que se encuentra garantizado, constitucional y convencionalmente, específicamente, en los artículos 8.2.g) de la CADHU y 14.3.e) del PIDCyP,

entre otras normas superiores inderogables para los poderes públicos, y de aplicación directa en el proceso penal.

6. Respecto de la imposición de costas y honorarios, adhiero a lo postulado por el primer votante.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de los imputados R. D. U. y E. U., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, y revocar la sentencia 1585 dictada en fecha 21/06/2016.

2) Absolver a R. D. U. y E. U., como coautores materiales del delito de robo simple, por el hecho ocurrido el 2/2/2016 en la vivienda de D. Z. sita en la calle C. XXX de la ciudad de Gaiman.

3) Eximir de costas a los imputados (art. 242 del C.P.P.), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por su actuación en esta instancia, en un 30 por ciento de lo ordenado en la instancia anterior (arts.5, 7, 44 y cctes. Ley XIII-4, antes Decreto Ley 2200 y art. 59 y concordantes de la Ley V-90, antes 4920), los que serán soportados por el Estado.

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

ALEJANDRO G.DEFRANCO **ROBERTO ADRIAN BARRIOS**

Registrada bajo el número **27** del año 2016. Conste. El Dr. Omar Florencio Minatta no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo. (art. 331 in fine del CPP)

Pilar Sofía Maza
Secretaria de Cámara