En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de septiembre de dos mil catorce, 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. **Guillermo A. MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO**, 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° 47683**, **Carpeta individual n° 5404**, caratulada: "B., M. s/ Robo en grado de tentativa" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Fiscal general, Dra. **Camila Banfi Saavedra**, y el Sr. Defensor de Confianza Dr. **F. R. C.,** y

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

Que los días 4 y 8 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo A. Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. A. B., 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 M. A. B. 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. Guillermo A. Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Ha generado la intervención de esta Alzada la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado M. A. B., contra la sentencia protocolizada bajo número 2019/14 del 3 de julio de 2014, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable del delito de Robo simple en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 164 del Código Penal), en relación al hecho cometido el 5 de octubre de 2012, y se lo condenara a la pena de un meses de prisión de efectivo cumplimiento, con costas (art. 29 inciso 3° del citado cuerpo normativo), declarándolo reincidente por primera vez (artículo 50 CP).-

1) El recurrente en su libelo impugnativo cuestionó la vulneración de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* y planteó subsidiariamente la inconstitucionalidad de la reincidencia declarada.-

En relación al primero de los vicios alegados, señaló que el principio de inocencia consagrado tanto en la Constitución Nacional como Provincial, conlleva como efecto jurídico que toda persona debe ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario, y ello amerita un juicio con evidencias contundentes y precisas de certidumbre respecto de un hecho delictivo y su autoría. Para superar tal principio, arguyó, se requiere convicción y conocimiento preciso, siendo insuficientes para tal cometido las situaciones grises o dudosas; éstas en definitiva deben ser resueltas recurriendo a la aplicación del principio *in dubio pro reo*.-

Adujo que el Ministerio Público Fiscal, como promotor de la acción penal pública, ofreció prueba documental -acta policial- y testimonial de la supuesta víctima y de los policías intervinientes en el hecho bajo examen y en la confección del referido instrumento. Todo lo demás, agregó, carecía de relevancia a los fines de la acreditación del *factum*.-

Destacó que en el acta no figura el nombre de ninguna de los particulares que habrían detenido a B. y tampoco, el órgano acusador, citó a ninguno de ellos al juicio.-

Alegó que en la causa no hubo ni un mínimo esfuerzo estatal para ubicar a esas personas, y sólo se cuenta con los dichos de los policías que no estuvieron presentes al momento del hecho, por lo que no pueden dar fe de su existencia y no pudieron con sus relatos vincular el hecho

padecido por la Sra. P. con la golpiza recibida por su pupilo. Aditó a ello que la damnificada, R. L. P., tampoco reconoció al imputado como autor del hecho durante el juicio.-

Objetó que el *Aquo* haya valorado la declaración del Suboficial V. como prueba directa, cuando en verdad llegó al escenario luego de ocurridos los hechos circunstancia que hace perder la calidad de testigo presencial. Además de ello puntualizó que después llegaron los restantes policías, M. y H., quienes tampoco aportaron nada a la verdad de los hechos.-

Criticó que en el punto II de la pieza recurrida, la Señora Jueza haya expresado que el testimonio de la Señora P. se ve sincero, pero no tuvo en cuenta que dudó si el imputado fue o no autor del hecho al que no pudo reconocer, incluso a su propuesta, en la audiencia.-

Como cierre en la exposición de este primer agravio, sostuvo que el punto merece la revocación de la sentencia.-

En lo concerniente al segundo de los agravios, la inconstitucionalidad de la reincidencia, expresó que no corresponde sancionar a una persona en razón de lo que ella es, sino por lo que ha cometido, es decir, por sus hechos y, puntualmente, los que están en conocimiento del juez en un proceso determinado. De lo contrario, adujo, se pone en cabeza del imputado una consecuencia imputable al Estado: el fracaso del sistema penitenciario. Señaló que Maier enseña que la reincidencia afecta el principio

de culpabilidad y Zaffaroni, Alagia y Slokar interpretan que lesiona el principio *non bis in idem*.-

Objetó que el *Aquo* haya omitido un juicio serio sobre esta cuestión y descalificó que la argumentación de un aspecto tan importante, se haya ceñido a la reproducción de fallos ajenos que, contrariamente a lo que afirma, no son doctrina legal.-

Por consiguiente solicitó que subsidiariamente se deje sin efecto la sentencia sobre este punto.-

2) A su turno la Fiscal General, Dra. Camila Banfi en su responde de fs. 105/107, expresó que la sentencia dictada por la Señora Juez Penal cumple con todos los requisitos exigidos por el ritual para su validez, toda vez que se encuentra dotada de logicidad, ha fundado cada uno de los aspectos sobre los que se expide, lo que se verifica en el análisis de la prueba de cargo que efectuara.-

Adujo que la magistrada concluyó que en base a la prueba producida en la audiencia de debate quedó acreditada la hipótesis fiscal y que el plexo probatorio descarta la teoría negativa propuesta por le defensa técnica.-

Hizo notar que todos los testigos fueron contestes en manifestar cómo había ocurrido la secuencia fáctica con solución de continuidad desde la salidera bancaria hasta el posterior arrebato y finalmente

la aprehensión, agregado que la sentencia se refiere puntualmente a la violencia ejercida por el autor -B.- para doblegar la resistencia de la víctima R. L. P. y concretar el apoderamiento de la cartera.-

Negó que se produjera menoscabo alguno al principio in dubio *pro reo*. Respecto de ello, destacó que quedó descartada la postura de la defensa en el sentido de que B. hubiera concurrido a la entidad a realizar un trámite bancario y que desistió del mismo por haber mucha gente, por cuanto al ingresar como detenido en la dependencia policial lo hizo indocumentado lo que permite desbaratar la estratagema urdida.-

Sostiene que con ello -contrariamente a lo alegado por la Defensa- se han sopesado las pruebas otorgando a los testimonios de cargo un valor fundamental y decisivo y también se han expuesto los fundamentos jurídicos que condujeron a la Juez a encuadrar el hecho en la figura escogida.-

En lo concerniente al segundo de los agravios indicó que el instituto de la reincidencia no violenta principios constitucionales ni garantías procesales.-

Hizo notar que la parte recurrente al fundar este agravio apeló a profusas citas doctrinarias pero sin hacer referencia a ningún fallo. Y ello es así, precisó, por cuanto la inconstitucionalidad del art. 50 del CP no se ha consolidado.-

Por todo ello concluyó solicitando que se confirme la sentencia dictada en el juicio y la pena impuesta en todos sus términos.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas precedentemente reseñadas como así también las peticiones formuladas.-

Ante una pregunta puntual sobre la omisión de identificar a las personas que aprehendieron al imputado formulada a la Defensa, se hizo notar que en la audiencia preliminar no demostró interés en ello ya que por un lado dijo que son sobreabundantes los testigos del Fiscal y en otra parte que no ofrecerá prueba; concretamente preguntó el Magistrado si en el debate se interrogó a los policías en orden a este punto específico de la identificación y en su caso qué dijeron, a lo que respondió que fue omisión de la investigación que la policía no identificara ni citara a quienes participaron en la aprehensión privada; dijeron que cuando tomaron intervención en el hecho no se percataron de un robo, sino de un linchamiento; y cuando se los interrogó sobre el punto refirieron que fueron todos reticentes en dar sus datos por entender que ellos mismos estaban ejerciendo un hecho de violencia que les podría traer consecuencias negativas aclarando que asumió la defensa ya en la etapa del juicio.-

La Fiscal General expresó que sobre el punto, resultó muy valioso el testimonio del Policía G. V., del numerario de la Policía montada,

que estaba franco de servicio y había ido al centro a realizar un trámite a la Unidad Regional quien manifestó que la gente golpeaba a B. y la señora que estaba al lado, gritaba y también golpeaba al imputado; y durante el debate quedó claro que el hecho se inicia en la puerta del Banco y concluye en el medio de la Avenida Rivadavia por la propia turba que lo arrastró hacia allí.-

II.- Producto del proceso deliberativo hemos coincidido que asiste razón al Sr. Defensor de confianza en cuanto la prueba producida en el juicio no resultó suficiente para vencer el principio de inocencia por lo tanto, liderando la votación, propongo hacer lugar a la impugnación y revocar la sentencia recaída en autos.-

En principio corresponde dejar sentado que no se encuentra en discusión la existencia del hecho ya que el órgano acusador pudo establecer que el día 5 de octubre de 2012, a las 9:00hs. aproximadamente, en oportunidad que la Sra. R. L. P., se retiraba del Banco Galicia, Sucursal Centro de esta ciudad, transitando por Av. Rivadavia entre calles Moreno y 9 de julio, fue abordada por un sujeto desde atrás para sustraerle la cartera oponiendo resistencia; debido a ello cayó y fue arrastrada hasta que el autor logró hacerse del elemento en el que llevaba dinero. La víctima pidió auxilio a viva voz y personas que transitaban por el lugar reducen y detienen a un individuo que fue entregado a la policía una vez que tomó intervención.-

La cuestión radica en la construcción de la imputación, como nace la sospecha de autoría en cabeza del acusado, que otras evidencias se incorporaron para aumentar el grado de sospecha para ir superando las instancias procesales y arribar al juicio oral del que debe surgir, en base a las pruebas producidas, la certeza necesaria para atribuir responsabilidad penal.-

Examinadas las pruebas rendidas extraigo que la investigación se inicia a partir de una actuación policial, de la que surge la detención de un individuo por particulares, siendo sindicado por estos y por una Sra. como el autor de la sustracción de su cartera cuando se retiraba de un banco, por lo que fue trasladado a dependencias de la Seccional Primera de Policía, haciendo lo propio la víctima a efectos de radicar la correspondiente denuncia.-

Sobre el particular prestaron declaración el Oficial a cargo C. A. S. y los Sub-Oficiales C. A. M. y J. O. H., resultando plenamente contestes en cuanto a la descripción de la situación con la que se encontraron, un individuo reducido en el piso y con signos evidentes de haber sido golpeado por las personas que lo detuvieron.-

La intervención se debe al aviso que dio otro funcionario policial, G. V., perteneciente a la Policía Montada que circulaba en una camioneta de la repartición por el lugar percibiendo un tumulto de personas, por lo que detiene el vehículo y advierte que estaban golpeando a un sujeto

por lo tanto lo retira e ingresa a la camioneta y aparece una señora que le dice que le había querido arrebatar la cartera y la gente clamaba que era “el chorro que había robado”.-

Individualizado el sujeto resultó ser el traído a juicio, quien al prestar declaración, y en ejercicio de su defensa material, dijo que efectivamente se encontraba en el lugar puesto que esa mañana concurrió al mencionado banco para cobrar por ventanilla su sueldo haciéndolo con varios compañeros, negando cualquier tipo de participación en el hecho, diciendo que había mucha gente y que se le aproximó una persona mayor que la inculpó y le decia “vos que le hiciste a esa mujer” comenzando un forcejeo recibiendo unos golpes para después sumarse a la golpiza otras personas, llegando la policía para retirarlo y quedar detenido.-

Ahora bien, debemos reparar que no obstante la cantidad de personas que intervino en la detención particular ninguna de ellas fue individualizada y cabe hacer algunas observaciones a lo actuado. La sentenciante dijo en un pasaje que “La prueba de cargo ha demostrado que la aprehensión de B. por parte de los particulares se presenta como resultado de haber sido sorprendido en flagrancia, esto es, en el momento de cometer el delito o inmediata a su comisión, encuadrando en el supuesto del art. 217, cuarto párrafo del C.P.P. que autoriza a proceder a la detención de quien sorprende en flagrancia “y desde luego no corresponde poner en tela de juicio

la potestad que otorga la ley; pero ello debe mínimamente contar con un respaldo probatorio y resulta llamativo que el personal policial que se hizo cargo no haya procedido de tal manera y/o ante el eventual de negarse los particulares disponer que no se alejen del lugar (art. 215 del C.P.P.) y por otra parte el procedimiento llevado adelante no contó con testigo de actuación como exige el art. 170 del C.P.P., así surge del acta de intervención policial.-

Cabe señalar que la cuestión es propia de las que deben tratarse en la audiencia de control de detención, y en esta instancia tiene impacto puesto que indiscutidamente la víctima no ha efectuado un reconocimiento del autor; puntualmente en la audiencia señaló que no lo recuerda, que no puede hacer una descripción de la persona y que no podría efectuar un reconocimiento en rueda de personas, incluso el propio defensor en el juicio propuso un reconocimiento impropio.-

Queda al descubierto que la autoridad prevencional no tenía pleno conocimiento de lo que sucedía, y solo refiere a la poca información que recoge en el lugar. Lo más relevante es la coincidencia del relato de la víctima cuando señala que pudo ver un funcionario con ropa mimetizada que tomo intervención resultando ser el Sub-Oficial V. y que le dijo que esa persona es la que le había intentado robar.-

Cabe destacar que no cuestiona el impugnante los testimonios en cuanto a su veracidad pero cierto es que no resultan

suficientes para superar el estado de sospecha; es más se puede advertir alguna deficiencia en el relato de la Sra. P. con el de los funcionarios policiales en cuanto al lugar donde fue aprehendido el sujeto y la Sra. Juez se ha esforzado en justificarla.-

Lo concreto es que no hay prueba directa de autoría y la construcción se hizo en definitiva sobre indicios que no alcanzan para vencer el estado de inocencia resultando operativo en principio "in dubio pro reo" (art. 44 C.CH. y 28 del C.P.P.). Interesa aquí resaltar que la inferencia lógica o relación de la causalidad, como proceso de operación mental a fin de conectar el hecho indicante con el indicado no se verifica, puesto que el hecho indiciario –presencia- no pudo amalgamarse con otros.-

Ajustadamente señala el impugnante que el Ministerio Fiscal omitió prueba esencial y vale relacionarlo con lo que he expresado al iniciar mi sufragio en relación a la construcción de la imputación, pues nada nuevo aportó para aumentar el grado de sospecha ya que la prueba que se produjo es la que se obtuvo inmediatamente, versión de los funcionarios actuantes y de la víctima, sin desplegar actividad conducente en función de arribar al juicio con pruebas suficientes para acreditar los extremos de la acusación con la certeza que requiere la instancia.-

En definitiva solo se estableció la presencia de B. en el lugar y ello, sin temor a equivocación, no resulta suficiente por ser único

indicio para imputar seriamente la autoría del robo al inculpado, en tanto el beneficio de la duda opera a su favor, correspondiendo la absolución, lo que así voto careciendo de virtualidad tratar el restante agravio planteado por el impugnante ante tal resultado.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) En primer lugar, ha de destacarse que durante la etapa de la deliberación, advertimos en relación con los agravios de la Defensa, que el art. 217 del CPP no previó un trámite específico –desde lo formal-, en orden a la aprehensión privada, a cargo de "cualquier persona"; por ejemplo, exigiendo la identificación de el, o los, autores de la detención, su comparecencia a la audiencia de control de detención, y/o al debate posterior a fin de brindar su versión de los hechos, etc.-

Sin embargo, también hemos acordado en aquella oportunidad procesal, que mal podría derivarse de tal estado de cosas, que todo esto no resulta de importancia para el proceso, ni que aparece indiferente contar -o no- con dicha información. Viene al caso recordar, sobre este

particular, que oportunamente cuando comenzaron los procesos de reforma procesal en nuestro país, y también en América latina, se indicó que: "Las recientes experiencias evaluadas en la región permiten sostener que la justicia de garantía debe funcionar sobre la base de un sistema de audiencias orales públicas. La evaluación de esta práctica es altamente positiva porque: … Impactan en forma directa sobre la vigencia concreta de los derechos y garantías de los imputados, tanto en **supuestos de** detención como de **flagrancia**, al posibilitar su control efectivo al instaurar la contradicción/inmediación pública de las partes; al tiempo que **transparentan las prácticas policiales** …" (cfme. María Elena Godoy B.: "Detención y derecho de defensa del imputado en la jurisprudencia de la CIDH", en la obra colectiva: "El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos", Daniel R. Pastor –Director-, Nicolás Guzmán –Coordinador-, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2009, págs. 181 y ss.; el destacado me pertenece).-

A mayor abundamiento, cabe evocar también que de conformidad a lo dispuesto en el art. 9 de la ley V, n° 94 Orgánica del Ministerio Público Fiscal, son funciones penales de dicho Ministerio: "Dirigir a la Policía de Investigaciones Judiciales" –en nuestro caso en particular, el procedimiento en flagrancia-; así como también "… promover, preparar y ejercer la persecución penal ante los tribunales competentes …" (de aquel

caso de flagrancia).-

2) Todas estas observaciones generales cobran mayor sentido, en el presente, desde que surge de la prueba rendida en el debate, que los preventores intervinientes declararon que ellos debieron actuar para "evitar un linchamiento" –del acusado M. A. B., por parte de los aprehensores y la víctima del delito de Robo simple en grado de tentativa en la vía pública, la testigo R. L. P.-.-

Adviértase que la propia sentencia –apartado I.- 3.- dió cuenta que el primer funcionario policial que pasó por el sitio de los acontecimientos, fue el Suboficial G. V., quien solo por obra de la casualidad estaba en el lugar, es decir no lo hizo en cumplimento de deberes propios de su competencia (territorial) -prestaba servicios en la División Seguridad Rural, mientras que el suceso tuvo lugar en pleno centro comercial y bancario de la ciudad, dentro del ámbito de la Comisaría Seccional Primera-; habiendo declarado el nombrado, que él "no entendía qué había pasado", hasta que se acercó la víctima y manifestó: "sí, este me robó".-

Si tenemos en cuenta que el concepto de flagrancia supone, por definición, que se trata de supuestos en los que se sorprende a alguien en la comisión de un delito, y en los cuales no es necesario adoptar ningún procedimiento adicional para poder verificar dicho estado; vemos que en el caso motivo de juzgamiento, sin dudas, hubiera sido necesario contar

con los valiosos testimonios de los aprehensores, para poder así acreditar la continuidad entre el hecho que damnificó a P.; la inmediata intervención de los particulares; y por último la aparición de los preventores, que se hacen cargo de la situación (primero por casualidad, y luego por competencia jurisdiccional propia de la Seccional Primera).-

Y ello no solo por una cuestión de –necesaria- transparencia acerca de la manera en que fue privado de libertad el imputado –como ya lo destacáramos precedentemente con la cita de autoridad conforme el sistema interamericano de DDHH-, sino además por requerimientos del juicio de certeza de la autoría de B., como basamento de la condena; si tomamos en cuenta que la víctima ha declarado no estar en condiciones de practicar ninguna prueba de reconocimiento de personas, ni propio ni impropio, del sujeto responsable del atentado a su propiedad. A su vez los preventores, como ya lo indicáramos, arriban más tarde al lugar –sobre todo los competentes por razones de jurisdicción-, y se orientaron solamente por las indicaciones, tanto de P. como de los particulares aprehensores -hoy de identidad desconocida, lamentablemente-.-

Me interesa remarcar que, a diferencia de otros casos muy habituales en la práctica, el presente excede un supuesto de déficit en la litigación –v.g. el testigo no fue ofrecido como prueba de cargo; el testigo no compareció al juicio; etc.-; sino que lisa y llanamente nunca se ha

consignado, ni siquiera en las actuaciones prevencionales iniciales, la identidad de los mismos.-

3) También resulta pertinente efectuar, todavía, una consideración adicional en este tema, con el fin de reforzar la línea de argumentación que se viene exponiendo: supongamos a título de hipótesis de trabajo, que el detenido hubiera sido gravemente lesionado por ese "tumulto" de gente al que aluden los preventores –ni hablar si el hecho le costaba la vida-, entonces quién respondería eventualmente por ese resultado exhorbitante?.-

La dogmática penal, si bien admite la legitimidad de esta "transferencia" de atribución a un particular, en el marco de "circunstancias extraordinarias", exige -además de que la misma se ajuste taxativamente a las situaciones que describe la ley procesal penal-, que se pondere siempre "la necesidad y proporcionalidad de la intervención", que condujo a la privación de la libertad ambulatoria; con la salvedad expresa que: "… De resultar **otra** conducta típica como p. ej., **lesiones** corporales, cuando no fuera necesaria en el **caso concreto**, esta **no** estará justificada" (cfme. "Delitos contra la libertad", Luis F. Niño-Stella M. Martínez, Coordinadores, edit. Ad hoc, Buenos Aires, año 2003, págs. 79 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

III.- Procede en consecuencia, aplicar el principio de la

duda. El Superior Tribunal de Justicia ha sentado posición sobre el principio de referencia en general, en estos términos: "...Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las **circunstancias fácticas** e, incluso, los **elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas**, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena..." (cfme. Superior Tribunal de Justicia, sentencia nº 14/05, con cita de Maier, el destacado me pertenece).-

Por su parte, el STJ provincial con cita de Maier, en la misma sentencia, señala que: "...la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena **sólo** puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la **absolución**. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la *duda* o la *probabilidad*, **impiden** la condena y desembocan en la absolución...".-

Asimismo, Roxin enseña: "El principio del derecho vigente reza: 'sobre el resultado de la recepción de la prueba' –por tanto, sobre los hechos,- 'decide el tribunal según su libre convicción extraída del la totalidad del juicio'. Esto significa que el juez debe considerar cierto un

estado de cosas determinado, sin duda alguna ... por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado... El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces y que no se base en meras suposiciones" ("Derecho Procesal Penal", edit. Del Puerto, pág. 103).-

Y en relación a la duda, señala el autor que un importante principio probatorio del proceso penal, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado (*in dubio pro reo*); con la salvedad de que este principio "no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba...".-

IV.- Por todos los argumentos expuestos, sumo mi voto por la afirmativa a la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes y términos del fallo impugnado, remitiendo para ello a la reseña que principia el primer sufragio de la presente.-

Solo, a tal efecto, he de remarcar que el recurrente ha

basado su crítica en la ausencia de un documento que testimonie la aprehensión privada (art. 217 4to. párrafo del CPPCh.), de B., acto "fundacional" de este proceso, tanto desde el punto de vista de la validez como de la apreciación probatoria, solicitando por ambos senderos, en el último por imperio del beneficio de la duda, la absolución de su pupilo.-

II.- Cierto es que el rito vigente no establece formalidad específica en cuanto a la aprehensión realizada por particulares. Remite a la efectuada por Funcionarios del orden, la que puede decidirse, sin orden judicial, en caso de flagrancia, o indicación del clamor público o la víctima hacia una persona, él en definitiva aprehendido, como autor o partícipe de un delito, inmediatamente después de cometido este. Tal es el supuesto que nos ocupa, la llamada "cuasi flagrancia".-

Evidentemente, no se le puede exigir a un particular, que en la emergencia actúa asimilado a una autoridad pública, en ejercicio de una derivación del principio consistente en que "el Derecho no ha de ceder frente a lo injusto", cuyo último fundamento se encuentra en el art. 34 inc. 6to. del CP. (conf. Jauchen, Eduardo "Tratado de Derecho Procesal penal", Tomo II pag. 548, Ed. Rubinzal Culzoni.), que además de ello, confeccione el instrumento idóneo para reflejar lo acontecido, simplemente por que ya ha hecho demasiado, y no tiene por qué poseer los conocimientos para ello.-

Pero la que sí tiene la obligación de hacerlo en los

términos que analizaremos a continuación, es la Autoridad policial o judicial, pues la legitimación de los particulares en carácter de "subrogantes" del Estado, culmina cuando este ya está en condiciones de intervenir.-

El día del evento (5/10/012, en horas de la mañana en las inmediaciones de las calles Rivadavia y 9 de Julio de esta ciudad), el clamor público, y la víctima, presuntamente identificaron al acusado como autor de una Tentativa de Robo. Arribó un oficial de la Policía montada (G. V.), que se encontraba realizando un trámite personal, pero vestido con uniforme de fajina, y evitó que un grupo de personas continuaran reduciendo, y golpeando, a B..-

Y luego, sin solución de continuidad, efectivos de la Seccional Primera, M. y H., se hicieron cargo del procedimiento, a las órdenes del Oficial S..-

El principio general sobre la manera en que deben documentarse los actos escritos en el orden adjetivo se encuentra en el art. 130 del CPPCh. Allí se consigna expresamente que la omisión de las formalidades (lugar, fecha, hora, autoridad encargada, participantes y sus rúbricas), no inhibe que la diligencia pueda acreditarse mediante otros elementos de prueba. Ello compatibiliza con otro principio, el de libertad probatoria, contenido en el art. 165 de dicho orden legal.-

Pero, cuando se trata de inspeccionar el lugar del hecho,

existe, a título de excepción, un recaudo de forma, establecido en el art. 170. Es necesario recabar la firma, e intervención, de un testigo de actuación que no pertenezca a la autoridad que dirige el procedimiento. Solo así el instrumento puede ser incorporado al Juicio por su lectura (art. 314 inc. 3) CPPCh.).-

Ahora bien, mencionamos que la aprehensión privada carece de formalidades específicas, pero si uno de los supuestos del acto reglado en el art. 170 es que allí "puede efectuarse la detención del imputado", resulta evidente que, en el caso que nos ocupa, la aprehensión supuestamente ya había sido efectuada por particulares y la autoridad policial llegó en forma inmediata, por lo cual la forma de registrar el acto ingresaba dentro de los alcances de la norma referida.-

Ella faculta a los Funcionarios del orden a decidir que las personas presentes no se ausenten del sitio, e incluso a hacerlas presentarse, e interrogarlas, lo que encuentra también compatibilidad con las prerrogativas enunciadas en los arts. 119 inc. 2) y 215 del CPPCh.-

Es sabido que el orden ritual penal vigente en Chubut desalienta las nulidades, y recepta de alguna manera, el principio consistente en que, cuando se trata de determinar la incorporación de evidencias al Debate, cuanto más formalidades se exige a dicha incorporación, menos esfuerzo procesal deben desplegar las partes para probar el extremo fáctico

que pretendan acreditar con ellas; y en contrario, cuanto menos resulten las formalidades exigidas, mayor la actividad a realizar para probar aquello que con ellas se pretende demostrar, como bien lo explica el maestro A. Binder, (Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc).-

En definitiva, se trata de la estrategia del Acusador Público, tanto para el logro de sus pretensiones en Juicio, como para la determinación de las instrucciones que debe comunicar a sus órganos auxiliares, en este caso la Policía, en lo que hace a los recaudos que se deben tomar respecto de la documentación de actos que luego puedan ser objeto de incorporación al Juicio Oral.-

Es por ello que la crítica en cuanto a la validez del procedimiento cede ante la cuestión de la acreditación en Juicio del sustento fáctico de la Acusación, sin perjuicio que ante la ausencia de testigos de actuación no comprometidos con la investigación, el acta inicial no podía ingresar al Debate, tal como la propia norma del art. 170 del CPPCh. consigna, aspecto sobre el que retornaremos seguidamente.-

III.- La coherencia interna del testimonio de la víctima, R. P., deja luego del análisis, un saldo ambivalente.-

Si bien, conforme V., indicó airadamente en el lugar del hecho que el aprehendido, B., era quién había pretendido arrebatarle la cartera, luego expresó que no podría reconocerlo en una rueda de personas, ni

siquiera de modo impropio en el Juicio Oral.-

Ello pudo deberse a que fue arrastrada desde adelante por aquel que intentó quedarse con su bolso, por lo cual no tuvo manera de observar su rostro. Pero, si fuera así, lo que desentonó fue aquel señalamiento inicial.-

Es claro que V. no fue un testigo presencial, menos aún los miembros de la comisión policial del numerario de la Seccional Primera.-

Corresponde a esta altura reparar en el factor tiempo. Sí todo ocurrió tan rápidamente, hecho-aprehensión-actuación policial, no se entiende la razón por la cual no existe en el acta inicial la identidad de, al menos, una de las personas que detuvo al imputado, o presenció el intento de arrebato.-

Ya expresamos que la formalidad del instrumento lo exigía, y también un recaudo mínimo de estrategia en pos de la acreditación en Juicio: obtener testigos directos del hecho. El interrogante adquiere mayor dimensión al considerar que se trataba de zona céntrica, bancaria, y se ha hablado de clamor público, lo que instaló una idea de masividad que la referida acta no refleja en datos de personas.-

Si el lapso entre los segmentos mencionados fue mayor, el inconveniente subsiste, y se agrava, pues habría que determinar si aquellos que procedieron a la demora del encartado, fueron los que observaron el

arrebato, a lo que se agrega la cuestión del espacio, que ya tuvo un principio de contradicción, pues el sitio donde V. dijo haber resguardado al aprehendido no coincidió con el señalado por P..-

En la ausencia de quienes pudieran atestiguar que fue efectivamente el acusado quién pretendió quedarse con lo ajeno, se insertó su versión, consistente en que ese día, y a esa hora, estaba allí, pero que fue increpado como autor de un hecho con el que nada tuvo que ver, por personas allí presentes, que lo comenzaron a golpear, atribuyendo el evento a una confusión.-

Ciertamente resultó una versión que mediante la prueba de cargo incorporada no era posible descartar, aún apelando al acta cuya validez ya hemos analizado, y a los indicios, los que posibilitaban a la Magistrada ubicar a B. en el sitio de suceso, señalado como autor del mismo por personas que no dieron su versión en Juicio, y no mucho más.-

Por ello, por la vigencia del estado de inocencia por vía del instrumento de la duda razonable (art. 28 CPPCh.), que la lógica del fallo no ha tutelado, habiendo sido un agravio expreso de la Defensa impugnante de la condena, es que al deliberar hemos coincidido en que se impone un pronunciamiento absolutorio, careciendo de interés práctico por ende el tratamiento del resto de los motivos del recurso.-

IV.- Por último, si bien la colaboración de los ciudadanos

en la investigación penal es valiosa, tanto como en la administración de justicia, mecanismos que se encuentran previstos ritual y constitucionalmente, no deben ser considerados como un valor absoluto, en el sentido de reemplazo permanente de los órganos estatales encargados de lo primero, y de lo segundo.-

Resulta demasiado frecuente hoy en día que los denunciantes sean anónimos, los testigos presenciales de delitos no se identifiquen por temor a represalias, y en este caso, los aprehensores privados tampoco lo hagan por miedo a que se los responsabilice de algún presunto ilícito al maniatar al sospechoso.-

Debemos, como sistema judicial, abogar por que los encargados de las pesquisas no se valgan de estas realidades, en caso de que existan, para consagrar un criterio de eficiencia en la investigación penal con desprecio de las garantías legales. Pero también, para que se suministre a los ciudadanos la información necesaria que auspicie su participación, aunque dentro de los límites establecidos.-

Si bien los particulares pueden reemplazar a la autoridad estatal en los supuestos de flagrancia o cuasi flagrancia delictivas, esta claro que no han sido entrenados para ejercer fuerza o violencia administradas, a diferencia de los agentes del orden, por lo cual el criterio para evaluar su intervención se impone como mucho menos estricto.-

Tal concepto, como tantos otros, les debe ser comunicado en dichas emergencias, más allá de las facultadas coactivas supra mencionadas con que cuenta la autoridad para lograr que den cuenta de sus actos. Para ello, los Funcionarios policiales deben ser entrenados, lo que involucra al Acusador Público, quién es en definitiva el que también debe rendir cuentas de todo ello, en el proceso, y eventualmente en el Juicio.-

Pero fundamentalmente, se trata de evitar la "justicia por mano propia", fenómeno que toda Sociedad que se precie de civilizada, y pretenda impedir la anarquía, debe desterrar. Así voto.-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. B., contra la sentencia Nº 2019/14 de fecha 3 de junio de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver al nombrado del delito de Robo simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esta ciudad el 5 de octubre de 2012 en perjuicio de R. L. P..-

De igual forma corresponde regular los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza, Dr. F. R. C. en la etapa de impugnación, en la suma de 20 (veinte) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 -antes Ley 2.200-).-

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

En base al resultado al que se ha llegado en la primera cuestión por unanimidad, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. B., contra la sentencia Nº 2019/14 de fecha 3 de junio de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver al nombrado del delito de Robo simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esta ciudad el 5 de octubre de 2012 en perjuicio de R. L. P..-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta, por hallarse ajustada a la extensión del trabajo realizada en esta instancia de impugnación ordinaria, resultado del pleito, y demás pautas que prescribe la ley arancelaria.-

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

Atento al resultado arribado en la cuestión precedente coincido con lo propuesto por mis colegas y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. B., contra la sentencia Nº 2019/14 de fecha 3 de junio de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver al nombrado del delito de Robo simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esta ciudad el 5 de octubre de 2012 en perjuicio de R. L. P..-

De igual forma coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. B., contra la sentencia Nº 2019/14 de fecha 3 de junio de 2014 (arts. 374, 376 inc. 5° del CPP y 18 CN).----------

2º) REVOCAR la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** a M. A. B., del delito de Robo simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esta ciudad el 5 de octubre de 2012 en perjuicio de R. L. P..----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Defensor de Confianza , Dr. F. R. C. en la etapa de impugnación, en la suma de 20 (veinte) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 -antes Ley 2.200-).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia el Dr. Guillermo A. Müller con posterioridad a la deliberación.-

Sentencia nº 26/14

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo.-