En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintidós días del mes de octubre de dos mil quince, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Leonardo Marcelo PITCOVSKY**, Jueces de Cámara, procede a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 7086**, **carpeta individual n° 1381**, caratulada: **"J., D. A. s/ p.s.a. Robo"** de la Oficina Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación las Funcionarias de Fiscalía Dras. **Marisol S.** y **Rita Barrionuevo**, el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Gustavo Oyarzún** y el imputado **D. A. J.**; y

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

Que el día 7 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. A. J., 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 D. A. J. 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. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky.-

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

I.- El hecho por el que se comenzó el presente trámite fue detallado por el Ministerio Fiscal en el libelo acusatorio de la siguiente forma: entre las 14:30 del día 7/6/014 y las 5:30 hs. del día 8/6/014, D. A. J., luego de romper el vidrio de la ventana del frente del domicilio ubicado en calle Gral. P. nro. XXX de la ciudad de Sarmiento, propiedad de M. C., cuando no había moradores en la casa, ingresó en la misma y sustrajo un televisor, un equipo de música, dos celulares, una computadora notebook, un equipo de play station, dos camperas de vestir, novecientos ($ 900) pesos, una mochila, y dos controles remoto, uno de DIRECTV y el otro de un Home Theater.-

Allí se calificó el suceso como Robo, en calidad de autor para el imputado (arts. 45 y 164 del CP), y se estimó una pretensión punitiva de tres años y dos meses de prisión.-

En el Juicio Oral la Fiscal actuante mantuvo su postura, pero la Defensa objetó el informe efectuado por el oficial Palleres en orden a un rastro dactilar hallado en el sitio del hecho, en el marco de la ventana cuyo vidrio fuera roto y en una botella de Fernet, el cual ingresado al sistema AFIS, base de datos que contiene las huellas digitales de una generalidad de personas con antecedentes penales, arrojó compatibilidad con un indubitado perteneciente a J. Más tarde el oficial Ríos realizó una pericia dactiloscópica,

la cual también fue enervada.-

El Dr. Oyarzún cuestionó el no ofrecimiento como prueba del resultado arrojado por el AFIS, la cadena de custodia de los rastros dactilares, la ausencia de posibilidad de controlar la pericia respectiva, de allí sostuvo que todo ello debía excluirse del plexo cargoso, derivando en la absolución de su pupilo. En subsidio impetró la aplicación del mínimo de la pena del delito de Robo simple.-

J., en su defensa material, afirmó que el día del evento se hallaba en esta ciudad trabajando, por lo cual no pudo estar también en Sarmiento.-

El A-quo, acreditó la materialidad de lo acaecido, no cuestionada por otra parte, sobre la base de los testimonios de las víctimas, de los funcionarios policiales D., D. y M., de la perito A. A., y del acta de inspección ocular.-

Rechazó la invalidación de la pericia dactiloscópica ponderando la constancia de notificación de la misma cursada a la Defensa, la total inactividad de esta en cuanto al examen, tanto contemporáneamente a este, como en la Audiencia Preliminar. Sostuvo no tener que expedirse en cuanto al informe del sistema AFIS pues no fue ofrecido como prueba.-

Valoró íntegramente, entonces, el plexo, el que incluyó el dato aportado por la Sra. N.O., esposa de C., quién adujo haber visto en días posteriores el suceso, a la hija de D., pareja del acusado, ostentar en Sarmiento una mochila marca "Roxy", similar a la sustraída, artículo que no se encontraba a la venta en la ciudad de los Lagos. El extremo fue confirmado por el Oficial Morales,

de la Brigada de Investigaciones.-

En conclusión, y luego de aseverar que el contra examen al que fueron sometidos los testigos de cargo no fue eficiente para los intereses de la Defensa, en virtud de indicios, la huella dactilar y la mochila, consideró superado el estado de inocencia, por lo cual condenó a J. como autor responsable del delito de Robo simple, sin perjuicio de brindar su desacuerdo con la calificación seleccionada por la Fiscal, la cual a su criterio debería haber sido la de Robo agravado por Efracción (art. 167 inc. 3ro. del CP).-

En lo referente a la pena, decidió conforme lo peticionado por el Ministerio Fiscal en la Acusación y Debate, considerando como agravante la rotura del vidrio de la ventana, defensa predispuesta a su criterio, lo que hubiese llevado la escala a un mínimo de tres años, propio de la efracción. Como atenuantes, el A-quo evaluó solo la juventud de J..-

El Dr. Oyarzún dedujo impugnación ordinaria contra la condena, y en ella, por escrito y en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., reiteró sus cuestionamientos respecto del informe del sistema AFIS, y la pericia dactiloscópica. Por tanto solicitó la absolución de su pupilo.-

El Ministerio Fiscal no contestó por escrito, pero sí lo hizo en la mentada Audiencia a la cual concurrieron las Funcionarias Dras. S. y B. La primera, calificó al informe del AFIS como una medida de investigación preliminar, que como tal no necesariamente debe ser controlada por la Defensa, afirmó que la realización de la pericia indicada fue debidamente notificada, resaltó la inactividad de su contra parte al respecto, y aseveró que la argumentación actual del letrado de J. resultaba tardía. En

resumen, impetró la confirmación del fallo en su totalidad.-

El acusado, en sus últimas palabras, insistió en que el día del hecho no se encontraba en Sarmiento.-

II.- Por razones metodológicas y legales (art. 329 CPPCh.), se impone comenzar por las invalidaciones requeridas.-

Considero que asiste razón a la Dra. S. y al Juez de grado cuando sostienen que el hallazgo de un rastro dactilar en el sitio de la sustracción, y posterior cotejo con similares incluidos en un sistema informático como el AFIS, reviste el carácter de medida de investigación preliminar, propia del art. 268 del rito, sencillamente pues hasta allí, no se podía dirigir una imputación jurídico penal a persona alguna, pues los autores del suceso eran ignorados.-

De un universo indeterminado de posibilidades, el Ministerio Fiscal utilizó la información que poseía, huellas dactilares de individuos con antecedentes, para comenzar la pesquisa. Establecida la compatibilidad del rastro dubitado con el indubitado "archivado", si se permite la expresión, de J., sí existía chance de formular imputación.-

Podrá gustar o no la aplicación del avance tecnológico a la investigación criminal, en lo personal lo creo valioso, pero lo concreto es que a esa altura no había nadie legitimado para controlar tal medida pues, insisto, no había sospechados.-

Ahora bien, ya dirigida la imputación hacia J., se le pusieron a disposición al experto R. los elementos de trabajo, previo notificar a la Defensa de la realización de la experticia dactiloscópica.-

La adulteración de la cadena de custodia de los mismos, y la queja respecto de la fecha del examen, no pasaron de ser argumentos retóricos, pues en el primer caso se sostuvo que existía la posibilidad de que lo peritado no fuese el rastro hallado en la vivienda de C., y no mucho mas, y en el segundo más allá de la fecha, la asistencia letrada del acusado supo previamente de la realización de la medida.-

De haber existido semejante actividad de adulteración de evidencias, lo hubiese sido con el propósito de perjudicar al imputado, y no hemos escuchado la descripción de quienes, y por qué, lo habrían efectuado. Por eso sostengo que se trato de un argumento meramente retórico.-

En cuanto al control de la pericia, la Defensa pudo hacerlo pues fue previamente notificada, no lo hizo, y no efectuó planteo alguno hasta el Juicio oral. Los arts. 161/164 del orden adjetivo establecen un sistema que pone a la invalidación de los actos procesales como último recurso, previendo eventualmente, modos de saneamiento.-

Aquí, si se trata de identificar la existencia de vicios generadores de nulidades absolutas o relativas, las primeras insusceptibles de convalidación y declarables aún de oficio, las segundas no, en el mejor de los casos para los intereses de la Defensa, se trataría de una situación vinculada a estas últimas, pero tal como ha transcurrido el trámite, el conocimiento, y la incorporación de la evidencia cuestionada al Juicio ha sido consentida por el hoy quejoso.-

Un último tema, tiene relación con el AFIS. No hubo planteo al respecto pero dicho examen bien pudo haber sido incorporado al

Debate, pues el Acusador Público debe poder demostrar como desplegó la imputación desde sus inicios, tanto como incorporar al proceso las pruebas idóneas para impetrar una declaración de culpabilidad.-

No obstante, por las mismas razones aludidas de convalidación, ello no debe acarrear consecuencia alguna en cuanto a la decisión que debemos adoptar.-

III.- La Sentencia es clara y correcta en lo que hace a las razones de la adjudicación de responsabilidad penal.-

En un hecho de autores ignorados, desde la obtención de una evidencia, huella digital del imputado, que no tendría motivo de haber estado en la vivienda de las víctimas sino fuera por que J. fue el autor del Robo, al menos no se dieron otros, confluyó otro indicio, el relativo a la mochila.-

El Juez de grado hizo jugar ambos de manera racional, y arribó a la determinación de culpabilidad. Y de ese modo consagró una explicación posible de lo sucedido, la que presentó el Ministerio Fiscal.-

Contra ella no hubo hipótesis contra fáctica. Solo una negación genérica, tanto del letrado como del propio J..-

En muchos pronunciamientos hemos expresado que la reconstrucción de la verdad real se halla condicionada en un sistema ritual acusatorio por la actividad de las partes. Y solo sí él o los Acusadores explican lo acaecido mediante hipótesis posibles, y avaladas en pruebas, debemos pasar a las otras hipótesis, las enarboladas por los Acusados.-

En el sub-lite ocurrió lo primero, no lo segundo, y

mediante la existencia de indicios serios, plurales y concordantes, fue posible arribar a la condena.-

Contra ello no hubo agravio, y de la forma en que fue emitida la Sentencia, no existe razón alguna para modificarla, sobre todo por que reviste el carácter de acto jurisdiccional válido y correcto en la ponderación probatoria.-

Por ello, en los tramos indicados, propongo al Acuerdo su confirmación.

IV.- No ocurre lo propio con la cuantía de la sanción. Allí sí se verifica un desajuste entre la argumentación y la individualización de la pena, que más allá de la inexistencia de agravio concreto, habilita a ser tratado desde el prisma del último párrafo del art. 369 del rito.-

La única agravante tenida en cuenta por el A-quo fue la rotura de la ventana, lo que a todo evento, constituyó la fuerza en las cosas propia del art. 164 del CP., extremo evaluado en el análisis de la tipicidad, que no puede retornar en este tramo, a riesgo de violación de la garantía del "ne bis in ídem". Por ende, la Sentencia queda sin factores de agravación para la condena.-

Respetamos, aunque no compartimos, el criterio del Dr. Casal respecto de la correcta calificación que debió darse al caso, pero los límites marcados por el Acusador Público lo obligaban (art. 332 CPPCh.).- En tales condiciones, pasar de un mínimo de un mes de prisión a la cantidad de tres años y dos meses, no parece posible.-

Es real que la nocturnidad y el ingreso a vivienda ajena

para sustraer lo no propio, pudieron haber sido consideradas de manera disvaliosa para la determinación de la sanción.-

Soy de la idea, desde un enfoque de mínima intervención penal y limitación de la respuesta contingente, que a las escalas se ingresa desde los mínimos, y aquellos factores operan para elevar desde allí la cuantía, pero nunca con aptitud para arribar al monto seleccionado por el A-quo.-

Por ello, considero que la cantidad de seis meses de prisión, de cumplimiento efectivo debido a la existencia de antecedentes computables, se adecua a la situación perfectamente, y es el que corresponde consagrar, partiendo del principio de economía procesal, el que nos obliga a no generar un dispendio procesal, el cual consistiría en un reenvío parcial, y la renovación del juicio de cesura.-

En última instancia, y de acuerdo a lo que propongo al Acuerdo, J. se ve beneficiado en cuanto a su situación, merced a la amplitud del recurso contra la condena, sin perjuicio de la ausencia de agravio respectivo.-

Así voto.-

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

I.- En honor a la brevedad me remito íntegramente a la reseña realizada por el Dr. Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en esta etapa del proceso, los que deben ser analizados en este decisorio.-

Afirma el impugnante que ha existido por parte del Juez una errónea interpretación de la prueba y observa una clara parcialidad

tendiente a condenar a su asistido, cuestionando además la metodología seguida para tratar la nulidad planteada, con la que insiste en esta instancia, ya que primero el Juez analizó la prueba de cargo y luego se expidió en relación a la invalidez de la pericia dactiloscópica confeccionada por el Oficial Ariel Ríos, cuando debió proceder inversamente y ello también es causal de nulidad de la sentencia.-

1.- Para iniciar el análisis de los planteos de la Defensa considero relevante destacar que D. A. J. resultó condenado por haber sustraído diversos bienes y dinero de la vivienda del Sr. M. A. C. cuando sus moradores no se encontraban. Que para acceder al interior de la misma, produjo la rotura de un vidrio de una ventana; por allí se introdujo y egresó con los elementos detallados en la acusación. Tal conducta ha sido calificada como constitutiva del delito de Robo simple –art. 164 del C.P.-

El Magistrado parte analizando los dichos de los damnificados y constataciones efectuadas por personal policial para tener por acreditada la materialidad del hecho, lo que no se encuentra controvertido, para luego introducirse en el análisis de la restante prueba con la que arriba a la certeza de que J. resulta el autor material del hecho.-

El curso causal de la investigación para dar con la identidad del o los autores parte de los rastros hallados en la escena de los hechos.-

De acuerdo al acta policial de constatación, inspección ocular y croquis con que se inicia la investigación, cuya incorporación al juicio se realizó por lectura producto de una convención probatoria de las

partes, tenemos que pudieron levantarse huellas dactilares en la ventana por la que ingresó el autor y en una botella de Fernet que se encontraba sobre una mesa siendo consecuentemente sometidas al sistema de identificación automáticamente de huellas dactilares –AFIS-, que arrojó como resultado de las comparaciones con huellas existentes en la base de datos, que las mismas correspondían a D. A. J., para lo cual la dependencia policial elaboró el correspondiente informe remitiéndolo al órgano a cargo de la investigación, que a la postre dispone la realización de una pericia dactiloscópica notificando la defensa de la realización de la medida probatoria conforme fue acreditado en el juicio.-

Sobre el particular debo destacar que la pericia fue ofrecida por el Ministerio Público Fiscal como prueba para el debate resultando admitida por el Juez de la audiencia preliminar sin ningún cuestionamiento de la defensa, declarando en el juicio el perito interviniente, Ariel Ríos, sobre los trabajos realizados en función de elementos sometidos a examen, métodos empleados y resultado obtenido o conclusiones, las que ya conocemos.-

Desde luego esta prueba adquiere relevancia porque con ella se construye la hipótesis de autoría y por ende el ataque de la defensa como estrategia. Puedo convenir con el Sr. Defensor que por razones metodológicas resulta más conveniente en algunos supuestos abordar inicialmente la invalidez o nulidad de actos procesales; ahora bien mas allá de ello la exigencia constitucional y legal de motivación y adecuada fundamentación lógica y legal se encuentra cumplida acabadamente en el

caso (arts. 169 C.Ch. y 25 del C.P.P.), el ritual no impone formas sacramentales relacionadas al orden de tratamiento de las cuestiones, solamente los requisitos esenciales (arts. 319 y 330 C.P.P.), los que contiene el acto atacado, brindado el Juez respuesta al planteo formulado por la Defensa en el debate.-

Alega el impugnante que la cadena de custodia de las huellas recolectadas por personal de criminalística se vio cortada (alterada) al momento en que el Oficial Palleres realizó el cotejo con la base de datos del sistema AFIS, sin poder controlar dicha diligencia puesto que no fue notificado y que bien pudieron ser manipuladas para imputar el hecho a su asistido.-

Como acabo de señalar el aquo ha tratado con profundidad el planteo nulidicente del Sr. Defensor y adelantando opinión comparto en todo los fundamentos brindados para desestimarlo.-

Al respecto entiendo necesario destacar que por imperio legal el Fiscal inmediatamente después de tomar conocimiento de la existencia de un hecho ilícito debe proceder a practicar todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal y los partícipes (art. 268 C.P.P.). En el desarrollo de la investigación puede exigir información a cualquier funcionario o empleado, quienes están obligados a colaborar con la tarea y también deben adoptar medidas para proteger y aislar elementos de prueba.-

En este caso no se podía dirigir una imputación contra

una persona determinada pues los autores eran ignorados por ello las huellas dactilares fueron sometidas inicialmente a operaciones técnicas informándose el resultado, para luego disponer la realización de una pericia dactiloscópica de la cual anotició con buen criterio a la defensa conforme fue acreditado y aceptado por la impugnante cuando no existía obligación legal de hacerlo y por otra parte tampoco correspondía practicarla como anticipo jurisdiccional pues no se trataba de un acto que por sus características resultaba definitivo e irreproducible (arts. 278 y 279 C.P.P.).-

La información inicial obtenida del sistema AFIS realizada en el marco de la averiguación preliminar no tiene el valor probatorio para fundar la condena (art. 258 del C.P.P.) y ella se apoya en el resultado de la pericia que a la postre realiza el Oficial Ariel Ríos con el pleno control de la defensa e incorporada debidamente al juicio.-

Sin perjuicio de ello también merece destacarse que, si bien la conclusión del magistrado se apoya fundamentalmente en los resultados del trabajo pericial, ha procedido a ponderar otros elementos que arrojan información útil que viene a corroborarla, lo que no ha sido observado o cuestionado por la defensa; así prestó testimonio la damnificada, Sra. N.O., y manifestó que pudo identificar uno de los bienes sustraídos en poder de la hija de la pareja del imputado J. tratándose de una mochila, y el Oficial Emanuel Mauricio Morales, perteneciente a la Brigada de Investigaciones, al deponer sobre las averiguaciones practicadas, señaló haber visto a J. en la localidad de Sarmiento el día de los hechos sin saber que el imputado en ejercicio de su defensa material había manifestado como

coartada encontrarse en la ciudad de Comodoro Rivadavia, y ello a preguntas del propio defensor, lo que fue acertadamente considerado y valorado por el Dr. Casal.-

De acuerdo entonces a todo lo actuado es indiscutible que la defensa ha tenido la posibilidad de controlar la prueba propuesta por el órgano acusador, que la misma ha sido tratada y ponderada adecuadamente por el Juez conforme las reglas de la sana crítica y el razonamiento suficientemente argumentado brindando respuesta a todas las cuestiones planteadas y por ello corresponde confirmar la sentencia en este punto.-

2.- Si bien la competencia de este Tribunal queda ceñida a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio, en el proceso deliberativo hemos acordado que el caso amerita una sensible disminución del monto de pena impuesta en virtud de verse afectados principios de raigambre constitucional conforme lo habilita el art. 369 del ritual, sin dejar de atender la evolución que ha tenido la garantía del "doble conforme" a lo largo de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal (Fallos 311:274, 318:514, 328:3399, 328:3741).-

Conforme la acusación el hecho fue calificado como constitutivo del delito de Robo Simple (art. 164 C.P.) manteniendo la Titular de la Acción tal conclusión a lo largo del debate, pretendiendo la imposición de una pena de tres años y dos meses de prisión sin mayor argumentación, en tanto la defensa subsidiariamente solicitó que la pena se ubique en el mínimo legal –un mes-, no encontrándose controvertida la significación jurídica asignada; no obstante ello el sentenciante al tratar la adecuación legal de la

conducta expone su posición en el sentido que tal proceder configura el delito de robo agravado con fractura del art. 167 inc. 3ro. del C.P. pero que no puede avanzar en virtud de los claros límites que impone el art. 332 del ritual.-

Desde luego no se encuentra impedido el Juez de dejar expuesta su opinión o posición frente a una situación como la que acabo de exponer, pero al momento de determinar la dosis de pena indudablemente no se despojó de su posicionamiento, haciendo impactar considerablemente tal circunstancia en la dosis de pena resultando el único argumento para elevar el monto en forma desproporcionada al injusto que en definitiva se le reprocha.-

Tal situación desde ya implica ausencia de debida y suficiente motivación, y constituye un defecto que puede ser sancionado, no obstante hemos determinado asumir competencia positiva y readecuar el monto de pena como ya adelantara, compartiendo con mi par que lidera la votación lo propuesto en cuanto quede establecida en seis meses de prisión, con costas y que debe ser de efectivo cumplimiento en virtud de lo previsto en el art. 27 del C.P..-

La C.S. J. N. sostiene que para resguardar "la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso se ha de exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa, evitándose de ese modo arbitrariedad y que la decisión se sustente en la exclusiva voluntad de los magistrados intervinientes (Fallos, 297:100; 311:948), así las decisiones

jurisdiccionales reclaman, en virtud del principio de proporcionalidad, que se especifiquen los presupuestos legales, los motivos de la medida y la finalidad perseguida con esta. El deber de motivación constituye el aseguramiento del control de la actividad judicial, deben mostrar el sustento prudencial o jurídico de la decisión, que no quiere significar que sean sucintos o escuetos, lo importante es que guarden relación y sea proporcionada y congruentes con el problema que se resuelve.-

Sabemos que el principio de proporcionalidad se constituye en la columna vertebral del principio de culpabilidad al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche (cfr. Zaffaroni, "Derecho Penal", 2da. edición, Ediar pág. 130 y ss) y uno de los puntos más delicados en esa cuestión está dado por la necesaria proporcionalidad entre la restricción que produce la sanción penal y el ilícito que lo justifica, dentro de ese marco integrado al principio de culpabilidad debe evaluarse la naturaleza y grado de la pena.-

Partiendo entonces de esa premisa, corresponde excluir de las consideraciones sobre culpabilidad aquellas referidas a la modalidad del hecho, que en definitiva ha sido el único argumento para elevar en semejante desproporción la pena, porque el modo corresponde a cuestiones ya resueltas en la sentencia quedando fijado el injusto como un robo simple cometido con fuerza en las cosas.-

Para concluir el caso ciertamente amerita apartarse del mínimo de la escala penal aplicable en función de haber ingresado el autor a una vivienda habitada en la que ocasionalmente no se encontraban sus

moradores, el daño producido y la existencia de antecedentes penales computables para quedar fijada en seis meses de prisión y costas, y así voto.-

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

Los agravios de la Defensa contra la sentencia de condena recayeron, además de la nulidad sobre la pericia dactiloscópica, también sobre una errónea interpretación de la prueba en violación al debido proceso.-

Conforme lo hemos analizado en la deliberación, la petición se ha de rechazar.-

Tal como ya lo he manifestado en reiterados precedentes, la declaración de nulidad de un acto procesal resulta ser de aplicación restrictiva, conforme lo dispuesto por los arts. 31 del CPP y 44, V, cláusula I de la Const. Prov., ya que únicamente debe extirparse del proceso aquello que no ha sido cumplido conforme lo dispuesto por la ley y que además afecta de manera irreconciliable las garantías que protegen el regular procedimiento judicial, ocasionando un perjuicio a las partes, y en particular al imputado en un proceso penal.-

Sobre lo resuelto en este punto coincido con el Dr. CASAL en la sentencia atacada, quien manifestó que: *"No es exacto que la defensa no estuviera notificada de su realización. Basta con señalar que se le notificó en tiempo y en forma mediante la cédula que presentada como evidencia 5/1 fue incorporada al debate por su lectura. La misma está fechada el 1 de julio de 2014, y fue recepcionada en la Defensa Pública el 2 del mismo mes y año. En ella la Funcionaria de Fiscalía anoticiaba de su*

realización en la sede del Asfis el día 11 de julio, el nombre del perito designado y los puntos periciales, aclarándose perfectamente que para la misma se tendría en cuenta el informe técnico 863/14. Si la Defensa jamás se opuso al informe, al perito, o a la pericia, o dicho de otro modo, si consintió expresamente tales extremos, mal puede ahora pretender cuestionarla, por aquello precisamente, de que 'nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz'. Teoría de los actos propios. (CSJN Fallos: 184:361; 246:172, y otros.".-

Claramente se observa del estudio de la Carpeta Judicial y sus legajos anexos, que al tiempo de levantarse las huellas digitales del lugar en que se había cometido el atraco, las mismas ocurrieron conforme las pautas legales que regulan su ejercicio, más luego, las mismas se remitieron al Organismo pertinente para proceder a su cotejo, también con los controles correspondientes. Que tal remisión, como acto de la etapa preliminar, no corresponde se notifique a la Defensa, pues se trata, sin lugar a dudas, de una medida propia de la investigación. Esta observación, tal como bien la hiciera el Magistrado sentenciante, no es una mera apreciación antojadiza, sino que va de la mano de lo que también claramente prevé el Código Procesal en su artículo 120 en cuanto a las facultades que tiene la policía judicial.-

Conforme vengo de expresar, entiendo que en el tópico en examen no se ha violado garantía constitucional alguna, por lo que el planteo de nulidad de la pericia en cuestión se ha de rechazar. (Art. 161 *contrario sensu* del C.P.P.).-

En lo demás, se aprecia que el Juez Penal al tiempo de efectuar el análisis del total de la prueba ventilada en el debate, lo hace correctamente, siguiendo con las pautas que la Ley Procesal le exige al ponderar la misma, la que fue hecha con adecuada fundamentación lógica y legal (Art. 25 del C.P.P.), contrarrestando con ello precisamente la invocación del encartado cuando señala que al tiempo de cometerse el hecho no se encontraba en la localidad de Sarmiento.-

Vale destacar finalmente, que *"(...) En el régimen de la libre convicción o sana crítica racional que imperan en el sistema de enjuiciamiento vigente, no existen reglas que limiten la posibilidad de convencimiento del juzgador, aquel describe, selecciona y valora la prueba de convicción que toma como relevante y pertinente para fundar la conclusión que en ellas se apoya. Ello así, por cuanto como lo señalaba Vélez Mariconde, en el régimen de la libre convicción el juzgador no está ya aprisionado por el antiguo de prueba legal, sino que debe ajustarse, en la motivación de sus resoluciones, a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia; de tal manera que, por principio general, todo se puede probar y por cualquier medio. Las limitaciones son excepcionales y las normas que las establecen deben ser interpretadas restrictivamente, de lo contrario el sistema se desvirtúa.(...), en causa "M., O. R. s/Homicidio r/víctima s/impugnación."*.-

En cuanto a la pena impuesta, se advierte que el Juez cuando procede a mensurar la misma la agrava, atendiendo a que en la especie debió acusarse sobre la base del delito de robo agravado por

efracción. Sin embargo, la Fiscalía omitió solicitar en su acusación –acaso porque consideró que no procedía-, la aplicación de dicho tipo penal, por lo que el Judicante no debe agravar la sanción, tanto porque no fue pedida en esos términos, tanto porque no fue materia de discusión en el contradictorio correspondiente –debate-. Determinar que fue un yerro de la Fiscalía no habilita al Magistrado a considerar la sanción –agravándola- partiendo de un mínimo de pena de tres años de prisión.-

El mérito final que realizó el Dr. CASAL, salvo lo antedicho, evaluando el resto de las circunstancias que rodearon el hecho y la gravedad del injusto atendiendo las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del C.P., es la correcta, por lo que estimo justo y razonable se le imponga al condenado J. la pena de Dos años de prisión. Así lo voto.-

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

De conformidad al resultado al que se ha llegado por unanimidad en la primera cuestión, con la disidencia del Dr. Pitcovsky en cuanto a la adecuación de la pena a imponer, propongo al Acuerdo que se dicte el siguiente pronunciamiento: rechazar impugnación interpuesta por la Defensa del acusado D. A. J., contra la sentencia Nº 399/15 dictada en fecha 18 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria dictada respecto de D. A. J., readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo (arts. 164 y 45 del CP), por el hecho ocurrido entre los días 17 y 18 de junio de 2014 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de M. A. C.

y N. P. O. (art. 239 y concordantes del C.P.P), y tener presente la reserva del caso federal.

Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

En orden al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente, adhiero a lo propuesto por el colega que vota ut supra es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: rechazar la impugnación interpuesta por la Defensa del acusado D. A. J., contra la sentencia Nº 399/15 dictada en fecha 18 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria dictada respecto de D. A. J., readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo (arts. 164 y 45 del CP), por el hecho ocurrido entre los días 17 y 18 de junio de 2014 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de M. A. C. y N. P. O. (art. 239 y concordantes del C.P.P), y tener presente la reserva del caso federal.

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

Adhiero a la propuesta de dictado del pronunciamiento, que formula el colega que lidera el Acuerdo en cuanto a que se debe rechazar la impugnación interpuesta por la Defensa del acusado D. A. J.,

contra la sentencia Nº 399/15 dictada en fecha 18 de mayo de 2015; no así en cuanto a la adecuación de la pena a imponer al condenado J., conforme lo ya expuesto al desarrollar la primera cuestión, es decir: confirmar parcialmente la sentencia condenatoria dictada respecto de D. A. J., readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo (arts. 164 y 45 del CP), por el hecho ocurrido entre los días 17 y 18 de junio de 2014 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de M. A. C. y N. P. O. (art. 239 y concordantes del C.P.P), y asimismo tener presente la reserva del caso federal.

Asimismo adhiero a la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría con la disidencia parcial del Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY respecto al monto de condena,

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

1º) RECHAZAR la impugnación interpuesta por la Defensa del acusado **D. A. J.**, contra la sentencia Nº 399/15 dictada en fecha 18 de mayo de 2015 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria dictada respecto de **D. A. J.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo (arts. 164 y 45 del CP), por el hecho ocurrido entre los días 17 y 18 de junio

de 2014 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de M. A. C. y N. P. O. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).-

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).--

4º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados, por encontrarse en su jurisdicción, el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky, quien ha enviado su voto vía correo electrónico.-

FDO. Dres. Martín R. Montenovo. Presidente. Cámara en lo Penal.

Guillermo A. Müller. Juez. Cámara en lo Penal.

SENTENCIA N° 29/2015