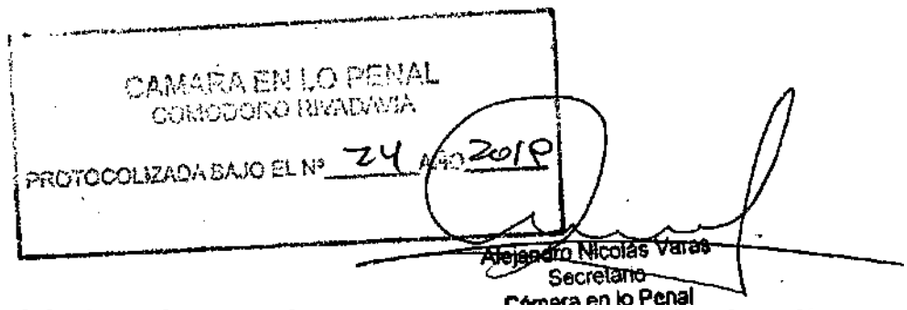


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de agosto de dos mil diecinueve, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS,** en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 43189, Carpeta individual n° 5559,** caratulada: **"M. P., V. s/ Robo agravado",** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General **Carlos A. Cabral**, las Defensoras Públicas **Vivina Andrea Barillari y María de los Ángeles Garro,** y el imputado **M. J. B.;** y

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

Que los días veinticuatro y veintinueve de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación ordinaria presentada por la Defensa técnica de M. J. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada ala cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de M. J. 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, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Ha generado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por las Defensoras Públicas María de los Ángeles Garro y Viviana Andrea Barillari, por la defensa de **M. J. B.,** contra la sentencia protocolizada bajo el Nro. 1344/2019, de fecha 10 de Abril de 2019, por cuanto el Tribunal Colegiado integrado por las Jueces Penales, Jorge E. Odorisio, Mariel A. Suárez y Raquel S. Tassello, condenó a su asistido a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, más accesorias legales y costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por haberse cometido con arma de fuego en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2, párrafo segundo, 42 y 45 del Código Penal), por el hecho acaecido en esta ciudad el día 30 de Marzo de 2012, en perjuicio de V. M. P..-

1) Las Defensoras Públicas solicitaron la revocación parcial de la sentencia devenida en revisión, readecuando la calificación legal a Robo agravado por la utilización de arma de fuego cuya aptitud no pudiera tenerse acreditada en grado de tentativa (arts. 166, última parte, 42 y 45 del C.P.), y en consecuencia imponer el mínimo de la pena prevista en la escala penal para dicho delito, dejando su cumplimiento en suspenso.-

Se refirieron en primer lugar, a la aptitud de disparo del arma utilizada en el hecho por el imputado, en ese sentido señalaron que de las imágenes tomadas por las cámaras de seguridad del local, no se visualizó el destello o fogonazo que produce un arma de fuego al ser percutada, tampoco se observa que la dienta que se hallaba en el interior del local comercial al momento del disparo, se haya alarmado o asustado ante el estruendo que provoca el accionamiento de un arma de fuego. Refirieron, además, que no se pudo probar con el testimonio del Oficial A. que el revoque saltado de la pared se corresponda con el impacto de bala.-

Otro de los agravios planteado por las impugnantes estribó en la no exhibición durante el debate, por parte del Ministerio Público Fiscal, del resto de plomo deformado que fuera secuestrado en el lugar del hecho; lo que quedó evidenciado al momento de la declaración testimonial de la Perito M. E. L. y, a contarlo de lo que sostuvieron los sentenciantes, afirmaron que esa Defensa no prestó conformidad durante el Juicio para que se omitiera su exhibición, siendo ello un mandato legal prescripto en el art. 326 del C.P.P.-

Indicaron, a los fines de abonar al pedido de readecuación de la calificación legal, que si bien se peritaron dos armas de fuego secuestradas tres días después del hecho, en el domicilio de Arigoni N° X, no se pudo probar que el pedazo de plomo secuestrado se corresponda con alguna de ellas, además, señalaron que producto de dicho allanamiento y en razón de aquel hallazgo se inició la correspondiente causa judicial, en la cual B. no se encontraba entre los imputados.-

Finalmente en relación a la pena, luego de reseñar los agravantes y atenuantes que el *a quo* tuvo en consideración al momento de graduar

el monto de la pena, solicitaron se aplique el mínimo de la escala penal prevista para el delito tipificado en el art. 166, inc. 2, y 42 del C.P.; calificación legal que más se ajusta al accionar que se le endilga a su asistido, imponiéndole en definitiva un año y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso. -

En esa inteligencia, las impugnantes señalaron los principios rectores que rigen la aplicación de la pena (principio de humanidad, proporcionalidad, resocialización), como así también hicieron hincapié en su función (prevención especial), para finalmente alegar que su asistido es padre de tres niños de 6, 8 y 10 años de edad, que conviven con él al igual que la progenitora de aquellos, además se encuentra inserto en el mercado laboral formal desde el año 2012 como empleado Municipal, y resulta ser único sostén de familia. Hizo reserva del caso federal.-

2) La Fiscal General, Dra. Camila L. Banfi Saavedra, en oportunidad de contestar la impugnación ordinaria, solicitó su rechazo y la confirmación de la sentencia atacada en todos sus términos.-

En primer lugar refirió que el *o quo* analizó y valoró los elementos de prueba bajo las reglas de la sana critica. En cuanto a la aptitud de disparo del arma de fuego, señaló que el Tribunal tuvo en consideración la pericia balística ingresada al Debate mediante el testimonio de la Perito M. L., como así también el rastro correspondiente a un impacto de bala en la pared del comercio damnificado.-

Recordó que, conforme lo dicta la regla de la libertad probatoria, la idoneidad del arma puede probarse por cualquier medio probatorio, siempre bajo las reglas de la sana crítica, tal ha sido el caso, primero a través del testimonio de la víctima que dio cuenta de la utilización del arma por parte del

imputado y sus características, que es conteste con el resto de la prueba como el secuestro del arma, las imágenes captadas por las cámaras de seguridad del local comercial, la inspección ocular y la pericia, que llevó en definitiva al Tribunal a valorar el testimonio de M. como

verosímil.-

Indicó que los jueces fueron claros al decir en sus votos que el disparo se produjo detrás del mostrador, lo cual impidió ver el fogonazo, y respecto a la ausencia de signos de alarma de la dienta que se encontraba en el local, en primer lugar se encontraba de espaldas, y en el momento en que el imputado saca el arma ella se dirige hacía el fondo del local saliendo del plano de las cámaras, por lo que difícilmente podría haberse observado su expresión.-

Refirió que, si bien no le fue exhibido a la Perito L. el resto de plomo secuestrado en el comercio damnificado, ese Ministerio ofreció llevarlo al día siguiente pero la propuesta fue desechada por las Sras. Defensoras por no ser de su interés verlo, es dable aclarar que dicho secuestro se encontraba plasmado fotográficamente en el informe técnico N° 449/12, incorporado al debate como convención probatoria, por lo que no corresponde que la Defensa se agravie sobre el particular.-

Finalmente, requirió la confirmación de la pena impuesta

a M. J. B., de tres años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, consideró que responde a los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, como así también con el fin resocializador, que conforme a las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P, resulta adecuada, en virtud de que el *a quo* tuvo en consideración su situación familiar, laboral y la falta de antecedentes como atenuantes, y sólo consideró

como agravante la puesta en peligro a la integridad física de la víctima, optando por el mínimo de la escala penal del delito que se le reprocha.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia prevista en el arto 385 del C.P.P. se hicieron presentes las Defensoras Públicas, Dras. María de los Ángeles Garro y Viviana A. Barillari, quienes ratificaron en todos sus términos el escrito presentado y expusieron sobre los fundamentos que motivaron la impugnación de la sentencia. Hicieron hincapié en el cambio de calificación, en base a que no se pudo tener por acreditada la aptitud de disparo del arma de fuego, ello en virtud no solo de que no se logró observar el fogonazo en el video ni tampoco escucharlo por la falta de audio, o que el empleado policial A. no pudo dar por cierto que el daño en la pared se correspondía con un impacto de bala, sino también porque las armas secuestradas y peritadas no pudieron ser relacionadas con el hecho.

Insistieron en que el Tribunal no debe valorar como prueba el plomo secuestrado, en razón a la falta de exhibición durante el debate, y finalmente solicitó la pena de un año y seis meses de prisión que resulta de aplicar el mínimo de la escala penal de la calificación jurídica pretendida por esa Defensa.

A su tumo el Sr. Fiscal General, Dr. Carlos A. Cabral, ratificó en todos sus términos la presentación escrita de la Dra. Camila Banfi Saavedra en contestación a la impugnación deducida, y expuso sobre los argumentos allí vertidos para postular la confirmación del fallo devenido en revisión. Refirió que no comprende el agravio sobre la pena porque se impuso el mínimo de la escala penal, asimismo señaló que si bien en el caso hubo un único testigo, su declaración fue contrastada con el testimonio del personal policial interviniente, los videos y las pericias realizadas. No hay dudas que se encontró

restos de plomo y que el orificio en la pared coincide con este; en cuanto a su exhibición, indicó que el informe técnico fue incorporado como convención probatoria, y éste contenía las fotografías del resto de plomo.-

Finalmente se concedió la palabra al imputado, reconoció haber estado en el hecho pero que no disparó el arma, manifestó estar arrepentido de ello y que desde ese momento no tuvo problemas con la justicia; expresó que es sostén de familia y que sería injusto que lo condenen por algo que no hizo. Concluyó su exposición diciendo que espera no perder su trabajo y poder seguir alimentando a su familia.-

II.- 1) En primer término, la sentencia ha valorado el testimonio de la víctima V. M. P., quien depone en calidad de damnificada como dueña del local comercial asaltado; pero también, en tanto directa destinataria de la intimidación y del peligro concreto para su integridad física que provoca la utilización de un arma de fuego, ya que el disparo la rozó muy de cerca, y además depuso sobre el impacto que hubo de dejar en una pared (“saltó” el revoque) -esta circunstancia luego fue verificada, en su materialidad, por el preventor (Oficial de servicio de la Comisaría Seccional 5ª) J. R. A., y asimismo corroborada técnicamente por el personal de la División Policía Científica-.-

Se secuestró un resto de plomo deformado en el sitio, y el Agente de la División referida precedentemente, A. S. A., produjo el informe técnico (fotográfico) nº 449/12.-

2) Si bien durante la audiencia preliminar, no se han explicitado *in extenso* razones para la celebración de acuerdos, o convenciones, probatorias -en particular, aquel que implicaba prescindir de la comparecencia al juicio del nombrado Agente A. S. A., quien fuera responsable de la confección

del citado informe técnico fotográfico n° 449/12, correspondiente a la escena del hecho-; la experiencia y la teoría procesal nos indican que ello obedece a que la Defensa (en ese entonces de confianza), claramente, acepta como ocurrido un tramo -al menos- de los hechos, que serían luego motivo de la audiencia de debate. Téngase en

cuenta, especialmente, que tampoco se ofreció prueba para la etapa del contradictorio, por parte del Defensor particular.- Según la doctrina procesal penal, se trata de hechos que son "neutros" para la teoría del caso; en el presente supuesto, cabe inferir que la estrategia se anunciaba como circunscripta a la (negación) de la tenencia de las armas de fuego, que habían sido secuestradas *a posteriori* del hecho

-tal como lo estableció la sentencia de condena, pero no consistía en controvertir que se había perpetrado un robo con la utilización de armas-. En tal contexto, más tarde en el juicio oral y público, la perito balística M. L. confirmó que se había secuestrado un proyectil, en el lugar teatro de los sucesos, a lo que se sumó el cuadro probatorio conformado por el testimonio de la víctima M. P., y las filmaciones de las cámaras de vigilancia en el local comercial, según lo expuesto por el oficial P. J. G. de la División Criminalística.-

Más allá de la genérica invocación del art. 326 del ritual, en la impugnación ordinaria, no se ha puesto en tela de juicio seriamente la identidad entre el material incautado en el lugar del hecho, y el secuestro n° 43189/1, según el informe pertinente de la Oficina respectiva; tampoco hubo de solicitarse ninguna diligencia de reconocimiento de objetos, art. 208 del CPP, que pudiera haberse frustrado por la ausencia de exhibición alegada; ni menos se vio impedida la perito balística, en su deposición ante el Colegiado de juicio, de expedirse sobre

su experticia en algún punto que fuera relevante para el ejercicio del derecho de defensa -por el contrario, hubo de manifestarse al Tribunal que se carecía de interés en cualquier diligencia probatoria, que pudiera estar vinculada con aquella exhibición-.-

Concluyo que el tema no resiste un análisis más exhaustivo, en el sentido que no es posible receptar favorablemente la propuesta de un cambio de calificación, hacia la figura más atenuada -pero de expresión compleja (cuya "aptitud" no puede tenerse de ningún modo por acreditada, ... etc.)-, del art. 166, inc. 2, 2° párrafo del CP, dado que existe suficiente prueba de cargo en el sentido que se ha utilizada un arma de fuego. Tal como lo anticipáramos ya, *ut supra*, la estrategia que utilizó la Defensa en la preparación del juicio oral, sin dudas contemplaba no controvertir en esta etapa el uso de un arma de fuego; por lo cual luce contradictorio, pretender ahora en la impugnación, desandar esa senda y achacar a la acusadora pública una pretendida "omisión" (de exhibición), durante la deposición de la perito, que debería provocar la operatividad del principio *favor rei*.-

En apoyo de lo expuesto, tengo en cuenta que se ha sostenido respecto de los acuerdos probatorios, que "...no es que las partes pueden de común acuerdo inventar una realidad, sino que en la audiencia de prueba, se acuerda no discutir sobre esos puntos y por lo tanto no ofrecer prueba. La ventaja de los acuerdos probatorios, es que uno llega al juicio a discutir lo que debe discutir de acuerdo a su teoría del caso, y por tanto **no es necesario presentar y contraexaminar 'toda' la evidencia, ..."** (cfr. Alejandra Alliaud, *Audiencias preliminares al juicio oral*, colección: Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Director Dr. Alberto Binder, ediciones Didot, Bs. As., año 2017, p.

168, el destacado me pertenece).-

3) Tal como hubo de poner de resalto la Fiscal general Banfi Saavedra en su responde escrito, impera en nuestro sistema procesal el principio de la libertad probatoria; de manera entonces que tanto la testimonial, como la pericial, más la inspección ocular y secuencias fotográficas, etc. todo ello conforma un cuadro idóneo, en el presente caso, para tener por acreditado que existió un disparo de arma de friego en el lugar del hecho. En apoyo de lo expuesto, reiteradamente hemos recordado que: ".. .El **paradigma** de las inferencias hipotéticas es el argumento del signo o **indicio...** Cuando no sabemos a qué atenemos, cuando los hechos no son accesibles, *prima facie,* **necesariamente nos acercaremos al conocimiento** de ellos **a través de** sus signos, señales o indicios, que ... contribuyen al conocimiento de la verdad material, aproximándonos a sus umbrales. En este sentido, podemos definir el signo o indicio como todo **hecho visible** que sugiere o permite conjeturar la existencia de otro que no conocemos. La fuerza del argumento del signo o indicio va de la mano de la certeza con la que podemos afirmar **la correlación entre hechos ...** En algunos casos cuando la correlación entre el signo o indicio y el hecho es muy estrecha, estamos ante **un indicio concluyente,** de suerte que la relación entre signo y significado es tal que autoriza, una conclusión necesariamente inequívoca, pero estos no son los signos más frecuentes, porque en la mayoría de las argumentaciones sobre los hechos los indicios existentes son equívocos o no concluyentes porque pueden sugerir varios significados, aunque alguno de estos signos pueda parecemos más plausible de constatación real que el resto dadas determinadas circunstancias. Entonces, cuanto **mayor sea su posibilidad mayor será la certeza** sobre su existencia... La inferencia hipotética ofrece, por tanto, **la mejor de las explicaciones posibles**

conociendo todas las circunstancias...la abducción es la inferencia clave para el análisis de los hechos cuando estos no se conocen o son controvertidos. Por eso la mejor respuesta ante la conjetura de los hechos se da por medio de la inferencia hipotética, que **arroja una explicación retrospectiva que permite conocer de qué modo han sucedido los** hechos. Nuestra certeza acerca de la verdad de dicha explicación será mayor

cuantos **más indicios existan a favor de la explicación hipotética de los hechos"** (cfr. *La motivación de las resoluciones judíeteles*, de Tomás-Javier Aliste Santos, edit. Marcial Pons, año 2011, colección "Proceso y derecho", ps. 282 y ss.).-

Por su parte, la jurisprudencia de la CSJN tiene dicho que la eficacia de la prueba de indicios, depende de la valoración conjunta que se hiciera de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia., pero no su tratamiento particular, pues por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva frecuentemente de su pluralidad (cfr. *Fallos:* 300:928 y 314:351, entre otros). Siendo que, en virtud de ello, se estableció que constituye causal de arbitrariedad la ponderación de testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, sin haberse efectuado un visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de los elementos indiciarlos *(Fallos:* 311:621).-

En suma, aplicando los estándares de prueba tanto de la "lógica prevaleciente", como de la certeza "más allá de toda duda razonable", como lo hace la Sala Penal del STJ en algunos de sus precedentes, podemos concluir que merece confirmarse el temperamento expuesto en la sentencia de condena. Así, se ha dicho que: "En todo proceso de definición jurisdiccional-y valga la digresión-los Jueces han de escoger entre las dos hipótesis que confrontan.

Y si bien es harto difícil que la imposición de una sobre otra sea total, la opción sensata y epistemológicamente aceptable, es aquella en que una se yergue sobre la otra según los cánones de la lógica prevaleciente. La certeza, como lo he afirmado en un sinnúmero de pronunciamientos desde este curul, se construye desde la ética profesional. Implica, a mi entender, un trabajo sistemático, completo e intelectualmente honesto que conduzca a dar por cierto lo que es objeto de análisis. De otro lado estar más allá de toda duda razonare, palabra polivalente si la hay, es trasponer el límite de la indeterminación del ánimo entre dos juicios, que la caracteriza y define (según la Real Academia Española) mediante los fundamentos que fluyen de la ponderación de la evidencia convertida en prueba, en la forma que hemos señalado. Plantear la duda, de adverso, **no puede constituir una mera afirmación;** la proposición ha de abastecerse con elementos contrapuestos de cierta consistencia, que den pábulo a la hesitación" (cfr. entre otras, sentencia n° *7/2*013 dictada "in re" "B., N. R. p.s.a. Homicidio a M. H. - Trelew *si* Impugnación" - Expte. 22.788 - Año 2012 - Folio 120 - Letra "B"- rta. el 21-03-2013, el destacado no pertenece al original, voto del Ministro Pfleger).-

Cabe destacar, finalmente, que la denominada prueba indirecta edificada básicamete sobre indicios y presunciones, "... no es un acontecimiento aislado en el razonamiento probatorio de un proceso, sino que se trata de una constante en cualquier enjuiciamiento, dado que siempre se intenta la averiguación de unos hechos delictivos (hechos presuntos) a través de la reflexión (criterio lógico) sobre la existencia de unos vestigios (indicios). De hecho, solamente los delitos flagrantes podrían ser condenados teóricamente sin acudir al razonamiento presuntivo, ..." (cfr. Nieva Fenoll, J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Pena*, edit. BdeF, año 2012, p. 276). Se encuentra reconocido de manera

pacífica, asimismo, que la prueba indirecta no es una clase de prueba de inferior calidad, sino todo lo contrario, hasta inclusive puede ser más concluyente y categórica, que la denominada como directa.-

III.- El monto de la pena, la escala aplicable y su modo de ejecución.-

1) En reiterados precedentes, hemos tomado en cuenta como atenuante del monto de la pena a aplicar, la duración excesiva del proceso, por ejemplo imponiendo el mínimo legal posible, aunque el encartado registrara antecedentes, v. g. la sentencia n^{0} 28/2014; u homologando un acuerdo de juicio abreviado, en el que se había pactado el mínimo de la escala, cuando se admitía la comisión de más de un hecho, en concurso real, etc. -con citas concordantes en este punto de doctrina muy

destacada, como ser: Ziffer, Pastor, Roxin, etc., y a modo de "compensación" por la falta de actividad del Estado-.-

No se nos escapa que esta "solución compensatoria" -aplicada por la jurisprudencia en el Derecho comparado- ha merecido severas críticas doctrinarias (cfr. Pastor, Daniel H. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho,* edits. Konrad -Adcnaurr- STIFTUNG y Ad.Hoc, Buenos Aires, año 2002, ps. 522 y ss.); sin embargo, dadas las especiales condiciones que se presentan en el caso -según ya se explicara precedentemente-, que no ofrece un margen de decisión amplio, pareciera ser que es la única solución posible a esta altura del proceso, para acercarse al ideal de una pena justa -además que también cuenta con autorizado respaldo, en la teoría de la pena del Derecho Penal argentino (cftne. Ziffer, Patricia S.: *Lincamientos de la determinación de la pena,* edit. Ad.hoc, 2ª. edición, Buenos Aires, año 1999, ps. 143 y ss.:"... Se admite la

posibilidad de tomar en cuenta estas circunstancias atenuando la pena, pero esto no tiene que ver con el sufrimiento concreto que haya padecido el procesado, sino más bien con el deber estatal de indemnizar los daños provocados para el logro de un fin.")-.-

La doctrina y la jurisprudencia en el Derecho comparado, nos recuerdan sobre el particular que: "... el Tribunal Supremo Federal (alemán) ... exige continuamente que, en el caso de retrasos del procedimiento contrarios al Estado de Derecho, se examine la clase y medida de estas demoras para establecerlas en la sentencia y **considerarlas efectivamente en la medición de la pena"** (Roxin, *Derecho procesal penal*, edit, del Puerto, Bs. As, año 2000, p. 118, el destacado ha sido agregado al original).-

2) Por otra parte, también es cierto que hemos rechazado la denominada "perforación" del mínimo de la escala penal, procurando respetar siempre las decisiones legislativas que se plasman en el Código de fondo, inclusive con cita concordante de la jurisprudencia de nuestra Sala Penal del STJ. Pero, en el presente caso, existen razones excepcionales para apartamos de tal criterio ordinario, teniendo en cuenta que desde la fecha de comisión del hecho han transcurrido ya más de siete años, y que buena parte de este plazo se ha consumido en una suerte de indefinición, en orden a la situación procesal del acusado B..-

En efecto, ya en el mes de abril del año 2012, se dejó constancia en el Legajo de Investigaciones -que he tenido a la vista al momento de resolver-, por parte de un Funcionario de Fiscalía de la identidad

del autor del hecho, según la información brindada por la División Policial de Investigaciones Comodoro Rivadavia, en base a lo actuado durante las diligencias de allanamiento, practicadas inmediatamente *a posteriori* de sucedido el hecho, en el domicilio de la calle Arigoni nº X -agregándose que B. se hallaba en su lugar de trabajo, al momento del registro-; aunque, inexplicablemente, recién en el mes de noviembre del año 2016 se produjera la Apertura de investigación, luego de un largo período donde la única medida dispuesta en contra del imputado, fue una "averiguación de paradero", y sin resultado alguno concreto.

También se tiene en cuenta para reducir el monto mínimo de la escala, que solo con una disminución de cuatro meses, se alcanza el cuántum compatible con la aplicación del art. 26 del CP, siendo que además B. no registra antecedentes, y su situación social, familiar, laboral, etc. es aceptable. Asimismo, cabe atender a la edad del acusado al momento del hecho, cuando contaba con 19 años, circunstancia que merece computarse como un factor de atenuación, máxime siendo que luego tampoco ha recaído en el delito.-

En orden a la conducta posterior al hecho, recordemos que la doctrina sostiene que: "Si bien el Código Penal no prevé expresamente a la conducta posterior como elemento para atenuar la pena, la Corte la ha

> tenido en cuenta en varios de sus antecedentes..." (v.g. casos "Viñas", Fallos, 315:1658; "Miara", 320:1463; y "Carroñe" del 6/03/2007, entre otros) -cfme. análisis de este último fallo publicado en *Jurisprudencia penal de la CSJN*, edit. Hammurabi, dirección de Leonardo G. Pitlevnik, t. 5, año 2008, ps. 59 y ss.-; con cita de De la Rúa: "... la enumeración de los arts. 40 y 41 no es

taxativa", mencionando casos afines al supuesto de "conducta posterior del autor que deben tomarse en consideración", entre ellos refiere "... la valoración de que se imponía la pena poco antes de que ocurriera la prescripción de la acción, **la inusitada duración del proceso, el hecho de que estuviera gozando de libertad y el perjuicio que podía provocarle obligarlo a volver a prisión"** (cfr. ibídem, el destacado ha sido agregado al original).-

Más adelante, el autor (Pitlevnik) agrega que: "Conforme sostiene la Corte en 'Maldonado', la pena se impone de acuerdo con la culpabilidad del autor, pero el juez tiene obligación de no desentenderse de sus posibles efectos desde el punto de vista de la prevención especial... Ello parece compatible con la idea de que deben evaluarse las condiciones personales del sujeto en el momento en que se fija la pena, no en el de la comisión del delito. La pena se impone al autor en el presente, por el hecho cometido en el pasado. Lo atinente al injusto y a la culpabilidad se valora con relación al hecho, pero la necesidad o no de imponer pena incluye, también, una lectura de lo que el sujeto es al momento de dictado de la sentencia".-

3) Art. 27 bis CP. Deben imponerse las siguientes reglas de conducta: fijar residencia, y presentarse por el tiempo que dure la condena (tres años), cada seis meses, en la Agencia de Supervisión (art. citado, inc. 1).-

IV.- Por todo lo expuesto, me expido en sentido parcialmente afirmativo a la procedencia del recurso ordinario intentado.-

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

I. - No he de reiterar el detalle de los antecedentes del caso sometidos a decisión, para evitar repeticiones estériles, remitiendo a tal fin a la reseña que principia este acto, sin perjuicio de invocar algunos aspectos de ellos a fines expositivos.-

II. - Por una cuestión de orden metodológico, lo primero que corresponde abordar es lo atinente al tempo de duración del proceso, tema sobre el que si bien no hubo planteo alguno, como veremos posee cierta incidencia en el último de los aspectos a tratar en esta exposición.-

El hecho, tipificado desde un comienzo como Robo agravado por el uso de arma de fuego, es decir, un suceso de notoria relevancia penal, ocurrió en fecha 30/3/2012. Tres días después, la Prevención logró identificar a B. como el presunto autor, se ordenó el registro de su domicilio, donde fueron incautadas armas de fuego, pero no se dispuso otra medida a su respecto, e inexplicablemente, dos meses después fue solicitado su paradero a la Unidad Regional de la Policía, a pesar de contarse con información sobre el sospechoso vivía y trabajaba en esta ciudad.-

Fracasada una primer audiencia de apertura de investigación, por inasistencia del imputado, no habiéndose solicitado medida de coerción alguna no obstante los extremos fácticos acreditados, insisto que consistentes en que B. vivía y trabajaba en esta ciudad, logra concretarse el acto inicial del proceso en noviembre del año 2016, la Acusación en Febrero del año siguiente, la Audiencia Preliminar en Septiembre del mismo, y el Debate en Abril del corriente año, es decir, más

de un año y medio después de la mentada Audiencia Preliminar.-

El art. 146 del CPPCh. establece que el término de duración, total y razonable del proceso, no puede superar los tres años, a contar desde la audiencia de apertura de investigación. Sobre ello existe jurisprudencia de la Sala Penal del STJ que no es del caso reseñar aquí, aunque desde tal línea interpretativa, en el sub-judice dicho plazo no habría expirado.-

Ahora bien, el dispositivo no deja de revestir el carácter de reglamentación estadual de garantía constitucional incorporada al vértice de legalidad federal por Pacto internacional (arts. 75 inc. 22 CN, cláusula 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos).-

Si se admite que el término de Averiguación Preliminar del art. 268 del rito no resulta perentorio, y el Órgano Acusador se encuentra facultado para solicitar la apertura de investigación en cualquier momento, aún contando con evidencias idóneas para hacerlo en cuanto a formular una descripción del hecho, e imputar el mismo a un sujeto, poseyendo incluso herramientas a efecto de compelerlo a estar a proceso, la garantía materialmente desaparece, y el único límite de razonabilidad del término de juzgamiento vuelve a ser la extinción de la acción penal por prescripción, es decir el estadio de la cuestión anterior a la vigencia de la garantía que se intenta tutelar mediante el art. 146 del rito, lo cual, desde ya, no sería admisible.-

Pero el plazo razonable de juzgamiento implica zozobra e incertidumbre respecto de la definición de la persecución penal, es decir, fenómenos de impacto subjetivo en quién la padece, por lo que es el imputado quién debe así manifestarlo, o su Defensa técnica, como primer paso del

análisis de la operatividad del instituto, lo cual aquí no ha ocurrido.-

Sin perjuicio de ello, el largo tiempo transcurrido entre el hecho y el Debate, más de siete años, introdujo elementos a tener en cuenta respecto del ítem sanción, proporcionalidad de la misma, finalidad, los que serán materia de la última parte de este sufragio.-

III.- La Defensa ha solicitado un cambio de calificación legal, y con ello de la escala punitiva, sobre la base de sostener un razonamiento arbitrario de los Jueces de grado respecto de la aptitud para producir disparos del arma de fuego usada en el evento.-

No he de extenderme en cuanto al punto. La damnificada relató claramente que un sujeto al que conocía, en definitiva el acusado, rápidamente identificado tanto como su morada, registrada breve tiempo después, le exigió que le entregue dinero, accionó el arma de fuego que portaba, de allí salió un proyectil que impactó en una pared. Corroborado ello por la filmación de la cámara de seguridad del local comercial, la inspección ocular efectuada por la Prevención, y a título de indicio, por el secuestro en el domicilio de B. de armas de fuego, más allá que las pericias respectivas no hayan podido determinar si el proyectil referido, deformado, fue disparado por alguna de ellas.-

No fue cuestionada la aludida inspección ocular, ni la filmación, ni el testimonio de la víctima. En tales condiciones, afirmar que el arma usada en el hecho no funcionaba, no encuentra un sustento siquiera mínimo. A lo sumo, era posible aseverar que el proyectil de la escena del suceso no fue eyectado por alguna de las armas incautadas, que ciertamente, no solo no es lo mismo, sino que dejaba indemne la calificación atribuida al evento, un Robo agravado por la

utilización de un arma de fuego apta para producir disparos.-

Así lo determinaron los Magistrados de grado, de forma incuestionable, y por ende su decisión al respecto merece ser confirmada.-

IV.- Comparto el criterio en que ir por debajo de las escalas punitivas fijadas por el Legislador, puede generar una violación a la garantía de igualdad ante la Ley del art. 16 de la CN, además de una intromisión indebida en un ámbito de determinación de política criminal ajeno a los Jueces. Así lo he expresado con anterioridad (Sentencias n° 7/13, 36/13, 25/15 y 17/18 entre otras).-

Pero también resultan de operatividad los principios constitucionales de proporcionalidad de las penas, y prevención especial como finalidad de las mismas, los que a modo de excepción, limitan el aserto anterior cuando el mínimo de la escala a aplicar implica notoriamente una violación a sus alcances.-

Aquí la Defensa solicitó, si bien como consecuencia de un cambio de calificación legal desechado, la aplicación de una condena de cumplimiento condicional. Pero fue el imputado en ejercicio de su defensa material quién adujo sus circunstancias actuales de vida, con grupo familiar constituido, del cual es sostén, trabajo y ausencia de conflictos con la ley penal durante los largos más de siete años que insumió este trámite. Además, asumió su conducta en el hecho.-

Si las penas conjugan una finalidad retributiva con otra de carácter preventivo especial positivo, esta última ya estaría cumplida desde la evolución de dichas circunstancias de vida de B. luego del evento que se le reprocha. Y el aspecto retributivo a considerar quedaría satisfecho mediante una condena en suspenso, el cumplimiento de reglas de conducta mínimas, y el condicionante a futuro que ello implica en calidad de antecedente.-

El impedimento residiría en el mínimo de la escala, que supera la chance que otorga el art. 26 del CP. También, procede considerar el imperativo de no trascendencia de la sanción a terceros, en este caso el grupo familiar del encartado, en el supuesto de determinación de una pena de cumplimiento efectivo,.

En dicho contexto se configura el cuadro de excepcionalidad que permite ir por debajo del mínimo de la escala aplicable, también con fundamento en los principios de mínima y adecuada intervención, y pro homine, pues claramente aquí la respuesta contingente que significa una solución justa del caso, indica que corresponde asignar una sanción, pues se cometió un delito, pero adaptarla al contexto actual, que se modificó desde el transcurso indebido de un extenso término entre el suceso y su definición.-

Por ello, procede revocar la sanción impuesta, individualizarla en tres años de prisión de cumplimiento condicional, fijando en calidad de reglas de conducta, las del inc. 1) del art. 27 bis del CP. Así voto.-

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

I.- La completa y detallada reseña del caso traído a conocimiento de este Tribunal que luce al comienzo de este acto me exime de hacerlo, y a ella me remito en honor a la brevedad. -

Brevemente he de señalar que la Defensa Pública reedita en esta instancia el planteo efectuado al Tribunal de Grado, insistiendo que el reproche debe atenuarse y quedar limitado al delito de Robo agravado con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, en grado de tentativa (arts, 166 inc. 2, últ. párrafo y 42 del C.P.) y de tal manera lograr una sensible reducción de la pena impuesta. -

1.- El agravio es dirigido básicamente a la valoración de la prueba producida en el juicio, considerando que de ellas no se puede extraer con el grado de certeza que requiere la instancia que en la ocasión su asistido efectuó un disparo con el arma que portaba. -

Desde luego tal postura, como así también la del mismo imputado en ejercicio de su defensa material, importa el reconocimiento del hecho prácticamente en todo su desarrollo, excepto aquel tramo en que emplea el arma efectuando un disparo dentro del local comercial.-

Sobre el particular expuso la damnificada en forma clara y precisa, destacando que el individuo que ingresó esa tarde a su comercio era un cliente habitual, que luego de sacar el revolver exigiéndole entregue el dinero, al dirigirse a abrir la caja le dispara impactando el proyectil en la pared para salir

corriendo del local y los magistrados han ponderado adecuadamente sus dichos confrontando la versión con los demás elementos probatorios, entre ellos la inspección realizada por la prevención que constató el orificio producido por el proyectil, rescatando un resto de plomo deformado para luego someterlo a las pericias del rigor, tarea a cargo del personal de criminalística, y por si considerara insuficiente todo quedó registrado en cámaras de seguridad del local que reflejan lo sucedido, en particular los movimientos desplegados por el autor dentro del mismo, sumando como indicio el secuestro de dos armas de fuego en el allanamiento practicado en el domicilio de B. a pocos días del atraco, más allá que la pericia balística no pudo determinar, en razón de la deformación del plomo, la hipótesis de que el disparo fuese realizada con alguna de ellas.-

En definitiva el plexo probatorio ha resultado categórico y los jueces adjudicaron valor a cada uno de estos elementos, sin advertir transgresión alguna a las reglas que rigen la apreciación de la prueba (art. 25 del C.P.P.).-

Por último solo corresponde señalar en relación al cuestionamiento que formulan las defensoras relativo a la no exhibición en la audiencia del material balística secuestrado, que el mismo carece de sentido,
desde que dicho elemento fe levantado en la escena del hecho, secuestrado y sometido a pericia, operaciones que no fueron observadas por la defensa, además de no indicar las consecuencias que derivarían de la no exhibición como por ejemplo si contribuye a generar dudas sobre el lugar donde fue secuestrado o sobre el resultado de la pericia y en definitiva de que manera podría llevamos a la calificación legal que proponen las impugnantes, en consecuencia corresponde rechazar el agravio y confirmar el pronunciamiento en cuanto a la significación

jurídica asignada a la conducta atribuida a M. J. B., lo que así voto.-

2.- También se agravian por la dosis de pena impuesta aunque desde la perspectiva de la atenuación del reproche en los términos que lo solicitan, que como acabo de señalar no es de recibo.-

Ahora bien el Tribunal de grado se inclinó y sancionó con el mínimo legal posible poniendo énfasis en las circunstancias atenuantes que la defensa se encargó de detallar en el recurso *y* que no escaparon a la consideración de este Tribunal.-

En el control amplio que corresponde efectuar a esta alzada, siempre en función de los motivos de agravio, nos hemos detenido en el incomprensible tiempo que demandó la tramitación y resolución del proceso más de siete (07) años sin observación ni planteos de la defensa, ni explicaciones del órgano encargado de llevar adelante la acción penal pública, e ingresando al estudio del trámite no encontramos razones de peso que justifiquen de algún modo semejante mora, aunque desde el frío texto legal no alcanza para dar un corte en los términos de los arts. 146 y 147 del C.P.P, y tampoco ha puntualizado la defensa o el imputado alguna afectación propia de tal anomalía como incertidumbre, zozobra o restricciones al ejercicio de derechos, por lo tanto, más allá de los severos reparos que en lo particular merecen las modificaciones introducidas a los arts. 269 y 146 del C.P.P., nos vemos impedidos de pronunciamos en términos semejantes, pero no de brindar otra solución más justa para el caso y de manera excepcional hemos acordado readecuar el monto de pena por debajo del mínimo legal.-

a.- En principio corresponde ilustrar la anomalía; nos

encontremos con un hecho grave acaecido el 30 de marzo de 2012, siendo reconocido el autor al menos por su apodo y así se llegó a allanar su domicilio a los tres días con resultado en principio positivo, incluso fue identificado y no obstante ello llamativamente no fue solicitada la detención o captura cuando además se informaba la posibilidad de que B. se había ido a Buenos Aires, para recién el 22 de junio de ese año requerir a la Unidad Regional de Policía la averiguación de paradero, incluso con alguna nueva data que indicaba que trabajaba en la Municipalidad local.-

Así fue señalada una primer audiencia de apertura, la que no se realizó ante la inasistencia del imputado, y ya en octubre de 2014 la Oficina Judicial disponía archivar provisoriamente la Carpeta, para informar el Ministerio Público Fiscal a dos años que B. efectivamente se encontraba en Comodoro Rivadavia, y no solo ello, sino también viviendo en el mismo domicilio que fue allanado, celebrándose la audiencia de apertura el 23/11/2016; posteriormente la acusación fue presentada durante el mes de febrero de 2017, a seis meses se realizó la audiencia preliminar *(5/9/2017*), y al año y medio se llevó adelante el debate, dictándose la sentencia recurrida el 10/4/2019.-

En definitiva han transcurrído más de siete años y cuatro meses desde el hecho y de lo actuado no surge ninguna circunstancia atendible que explique semejante tardanza, como así tampoco que frente aun hecho de tal magnitud el Ministerio Público Fiscal no adoptara otro temperamento requiriendo la detención o captura del autor del hecho que fue identificado en forma inmediata, y no solo ello continuaba residiendo en esta ciudad y en el mismo domicilio.-

Así no podemos dejar de atender que un lapso tan excesivo entre la comisión del ilícito y la lmposición de la condena, frustra los fines de la

pena, y como adelantara, hemos acordado de manera excepcional readecuar el monto por debajo del mínimo legal.-

b.- Sobre el partícular tengo dicho que resulta un tema complejo la posibilidad de perforar el mínimo de las escalas penales o apartarse de ellas, para asignarles un carácter indicativo, no como pautas fijas insuceptibles de disminuirse para ajustar la pena a la real exigencia del injusto y culpabilidad, sin descartar tal posibilidad frente a casos muy puntuales que lo ameriten, siempre en la medida que verifiquemos una afectación o principios tales como el de cuipabilidad, razonabilidad o proporcionalidad (Sentencias *8/2012-, 1/2*013; *36/2013;, 01/200*8 y *2*9/20*1*8*).-*

Teniendo en consideración que han transcurrido más de siete (7) años desde la comísión del delito, que indiscutidamente el sometimiento de una persona a un proceso penal implica una afectación, aún cuando no se hayan dispuesto medidas de coerción personal y que nos encontrarnos frente a un individuo que no registra nuevos antecedentes penales, con indicadores que se encuentra adaptado en su entorno familial, social y laboral, resultando sostén de familia, la imposición de una pena de cumplimiento efectivo podría importar un perjuicio irrazonable, que incluso se contrapone con los fines de la pena, y por ello, quedando en claro una afectación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, corresponde perforar el mínimo legal de la escala del delito por el que fue condenado e imponer una condena de ejecución condicional disminuyéndola a tres años de prisión (art. 26 C.P.), aditando que una solución distinta constituiría una respuesta puramente retributiva, y así voto.-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la

deliberación y votación de la primera cuestión, por unanimidad, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado M. J. B., contra la sentencia N° 1344/19, dictada en fecha 10 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria mencionada, readecuando la pena impuesta en tres (3) años de prisión, con costas (art. 29, inciso 3° del CP), dejándola en suspenso, debiendo fijar residencia y presentarse por el tiempo que dure la condena, cada seis meses, en la Agencia de Supervisión (art. 27 bis, inc. 1, del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de marzo del año 2012, en perjuicio de V. M. P. y tener presente la reserva de caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

Atento al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por el colega preopinante y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MÜLLER dijo:

De acuerdo al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

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

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

1°) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por

la Defensa del acusado **M. J. B.,** contra la sentencia N° 1344/19, dictada en fecha 10 de abril del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. Del CPP). ----------

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria mencionada, readecuando la pena impuesta en tres (3) años de prisión, con costas (art. 29, inciso 3° del CP), dejándola en suspenso, debiendo fijar residencia y presentarse por el tiempo que dure la condena, cada seis meses, en la Agencia de Supervisión (art. 27 bis, inc. 1, del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de marzo del año 2012, en perjuicio de V. M. P.. ----------

3º) TENER presente la reserva del caso federal. ----------

4°) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200). ----------

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

MARTIN R. MONTENEGRO
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL

Guillermo A. Mañez
Juez
Cámara en lo Penal

DR. RICARDO LUIS MARIA PINTOS
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL