

TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN

En la ciudad de Viedma, capital de la provincia de Río Negro, a los 09 días del mes de abril del año 2018, se constituye el Tribunal de Impugnación Provincial conformado por los Jueces Miguel Ángel Cardella, Adrián Fernando Zimmermann y Mario José Altuna, presidido por el primero de los nombrados, para dictar sentencia en el legajo MPF-CI-00046-2017 respecto de la situación de R. E.

U., sin apodos, de 27 años de edad, nacido en Cipolletti el día....., DNI n°, empleado rural, hijo de y de, domiciliado en calle n°.... de Cipolletti.

En la audiencia de impugnación ordinaria celebrada intervinieron los defensores particulares de R. U., doctores Facundo Trova y Alejandro Bustamante, y por el Ministerio Público Fiscal, el doctor Guillermo Merlo.

1.- ANTECEDENTES

1.a.- Por sentencia de fecha 10 de noviembre de 2017, el Tribunal de Juicio de la ciudad de Cipolletti integrado por los jueces Dr. Julio César Sueldo, y las Dras. Laura Gonzalez Vitale y Florencia Caruso, declararon culpable a R. E.

U., como autor responsable del delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada (arts. 45 y 166 inc. 2 último supuesto del C.P.) y con fecha 11 de diciembre de 2017, el mismo Tribunal, le impuso la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION EFECTIVA, ACCESORIAS LEGALES**

Y COSTAS (arts. 40, 41, 12 y 29 inc.3 del CP).

El HECHO de la acusación fue fijado por el Ministerio Público Fiscal, en el siguiente modo: “Ocurrido en la ciudad de Cipolletti, el día 11 de Febrero de 2016, aproximadamente a las 23:00 hs., en oportunidad en que R. E.

U. ingresó al domicilio de F. L. y K. R.

C., sito enN°, planta alta. Una vez en el interior del mismo, intimidó a los mencionados con un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm., y los obligó a tirarse al suelo, atándoles las manos y pies con cables, provocándoles lesiones. Una vez que tenía a los damnificados privados de la libertad, les exigió la entrega de dinero y que les dieran las contraseñas de las computadoras y celulares, al tiempo que obtenidos esos datos se apoderó ilegítimamente de pesos tres mil, dos mochilas negras, dos computadoras notebook, una marca Lenovo y la otra Asus K52JF, dos celulares una marca Samsung Core 2 Plus, uno con funda rosa,

abonado N° 0299155128578 de la Empresa Claro, y el otro marca LG G3 BEAT, color blanco con carcasa negra, abonado N° 0299155496525 de la Empresa Movistar, un secador de pelo marca Oster, un bolso plastificado de compras color verde con flores, conteniendo 3 o 4 pares de zapatillas, un cargador de celulares marca Saumsung con cable Motorota”.

1.b.- Contra la sentencia condenatoria la Defensa interpuso formal impugnación ordinaria conforme lo previsto en los artículos 222, 228, 230 y 233 del Código Procesal Penal (Ley 5020).

En ese escrito la Defensa planteo en primer término la violación a la garantía constitucional de una defensa eficaz, ya que habiendo realizado este planteo en la audiencia de juicio el mismo fue rechazo de un modo arbitrario. El Tribunal de Juicio no tuvo en cuenta que la falta de ofrecimiento de prueba constituye una de las causales de defensa ineficaz.

También como agravio expresan que existe una errónea valoración sobre la prueba producida en juicio, por ejemplo en los testimonios de L. y C. (que se ampliaran en la audiencia de impugnación). También cuestionan la valoración realizada sobre la exposición en juicio de la agente policial Ayarachi.

En un segundo capítulo la impugnación se realiza por la imposición de la pena porque su monto causa agravio. Dicho agravio se fundamentó en la finalidad de una pena que es su resocialización acorde al delito cometido. Además la Defensa que el requerimiento que formuló la Fiscalía escapa a la razonabilidad, a la lógica y a la objetividad.

Como colofón de su presentación se realiza un ofrecimiento de prueba que consiste en fotografías que personal de Criminalística de la Comisaría 32 de Cipolletti tomo sobre el condenado U.

2.- AUDIENCIA DE IMPUGNACION

2.a.- Como consecuencia de la impugnación referida, se celebró la audiencia fijada en el artículo 239 del CPPRN el pasado el día 13 de marzo de 2018, en esta ciudad de Viedma, debidamente resguarda en soporte digital ante la Oficina Judicial de la Cuarta Circunscripción Judicial, en la que se escucharon los argumentos de la Defensa y el responde de la parte Acusadora (Fiscal y Querellante) sobre los puntos a controvertir.

2.b.- Iniciada la audiencia, se dio tratamiento, en primer término, al ofrecimiento de prueba efectuado por la Defensa. Expresan que al Señor U. se le tomaron

fotografías que demostrarían que su defendido tenía tatuajes en sus piernas al momento del hecho imputado. Esas fotos no saben dónde están. Que las buscaron en el legajo del Fiscal y nunca fueron agregadas, que esas fotografías se encontrarían en poder del Estado pero se desconoce dónde se pueden encontrar. Corrida vista al representante del Ministerio Público, éste expresa que el ofrecimiento es extemporáneo y que la etapa de ofrecimiento de prueba precluyó. Cita el fallo “LOPEZ” de este Tribunal. Respecto de la búsqueda de las fotografías, le consta que los defensores la realizaron. Que en el legajo no existen constancias que se hayan tomado dichas fotografías. Que se ha comunicado con el jefe de la Brigada de Investigaciones y que no existe prontuario de Urrutia. Y que en el debate la defensa tuvo la oportunidad procesal de realizar el contraexamen. Luego de un cuarto intermedio el Tribunal decidió rechazar el ofrecimiento de prueba en función de los precedentes “Tripailao”, “Zanotti” y “López”. Además, porque es de imposible cumplimiento incorporar fotos que como indica la sentencia no se encuentran, que la Defensa tenía conocimiento de dichas fotografías antes de la audiencia de debate, y que se han buscado dichas fotografías en el legajo del Fiscal sin resultado.

2.c.- Habiendo sido impugnada la sentencia en cuanto a su motivación y al monto de la pena aplicada al condenado. Desde el Tribunal se le solicita a las partes y así lo aceptan que la expresión de agravios se fundará en forma desdoblada.

Entonces la Defensa, comienza los fundamentos de sus agravios en cuanto a la sentencia que encuentra culpable a U.

El primero es sobre el planteamiento de la “defensa eficaz”, al respecto indican los profesionales que esa defensa tomó el cargo a pocos días de la audiencia de debate, encontrándose con la realidad de que la defensa anterior no había ofrecido prueba en el control de acusación.

Expresan que U. prestó declaración indagatoria en el anterior proceso (según ley P 2107) en el cual negó el hecho.

Que este planteo fue realizado en el debate y que Tribunal de juicio entendió que pudo haber sido una estrategia de la defensa técnica anterior, la ausencia de ofrecimiento de prueba. Aun entendiendo que pudo ser una estrategia de la defensa su defendido no puede ser perjudicado por un error de sus defensores. La Defensa entiende que nunca la falta de ofrecimiento de prueba puede formar parte de una estrategia. Expresan que el principio de preclusión procesal no puede violentar unas

garantías procesales como es la defensa eficaz. Cita tratados de derecho internacional y el fallo Nuñez.

Como segundo agravio la Defensa no contrapuso la evidencia de cargo del fiscal. Que los alegatos se limitaron a mencionar las pruebas que no estaban. Que mediante el allanamiento realizado en el domicilio de U. se secuestraron objetos fungibles, a los cuales esta defensa habría solicitado prueba para buscar material genético de los denunciados. Por ejemplo la carcasa del teléfono celular que puede haber más de una.

En relación a los tatuajes, los testigos mencionan que el atacante vestía bermudas pero que no vio los tatuajes, y que por su parte su defendido tiene las piernas cubiertas con tatuajes, para lo cual hubiese sido oportuno producir prueba para determinar que U. tenía dichos tatuajes antes del hecho denunciado. El denunciante no recordaba haber visto los tatuajes de U., y no nos dejan demostrar que los tatuajes eran anteriores al hecho por el cual U. fue llevado a juicio.

Sobra la valoración del testigo Ayarachi, la Defensa dijo, que fue la persona que entrevistó a la empleada de la estación de servicio que reconoció a U. es controversial dado que no se citó a la testigo ni se buscaron las filmaciones de la estación de servicio. Por lo cual la prueba valorada es de escasa calidad. Esa persona -empleada de la estación de servicios- no fue traída a juicio. No hay un video de la estación de servicios que el Fiscal no incorpore en su investigación. Que las víctimas denunciaron el robo de objetos informáticos por el valor de cien mil pesos, de los cuales solo se encontró la carcasa de un celular marca Samsung y un cargador con mordeduras de gato, con lo cual se tuvo por acreditado el robo. Que antes de llevarse a cabo la rueda de reconocimiento a su defendido la testigo vio sobre el escritorio el documento de identidad de U., lo cual fue reconocido por la testigo y el personal de policía, lo cual demuestra la falencia que tiene la investigación. Lo mismo fue controvertido con el contraexamen lo cual fue valorada arbitrariamente por el tribunal. El tribunal dijo que lo único que hizo la defensa fue hablar de lo que falta. Despejar el estado de inocencia es un deber del Estado que lleva a cabo a través del Ministerio Público Fiscal y el deber de esa defensa es cuestionar lo investigado por la misma.

2.d.- A fin de controvertir los agravios, el Fiscal comienza su exposición indicando que estamos en un sistema procesal donde reina la litigación, y la misma debe ser

sustentada por la estrategia de cada una de las partes.

Sobre la defensa en juicio sostiene que la misma significa dos cosas, primero una defensa material, que se materializa con la posibilidad que tiene el imputado de declarar en cualquier momento del proceso, lo cual el Sr. U. ha estado presente en cada audiencia por lo cual no se ha vulnerado dicho derecho; y por otra parte que sea técnica, lo cual se ha cumplido, que hay que tener en cuenta que la realizó el conocido Dr. Pandolfi. No hay agravio sobre una cuestión técnica o estratégica. Cita doctrina del Dr. Chiara Diaz. Que la defensa plantea la defensa ineficaz sin haber hablado con la defensa anterior cuál era su estrategia. Que no se puede considerar defensa ineficaz al mero cambio de estrategia defensora.

Respecto de la arbitrariedad de la sentencia expresó que este Tribunal de Impugnación se ha mencionado que se entiende por arbitrariedad en el precedente "Quintana" (realiza citas de dicho fallo).

Que la defensa critica a la defensa anterior y a la fiscalía. No dio una sola razón o una prueba positiva para derribar el plexo probatorio apuntado por esta fiscalía.

Respecto de los elementos fungibles secuestrados, el allanamiento no se realizó al día siguiente del hecho sino a los 6 días y que de dichos elementos, uno de ellos tenía una particularidad descrita por los denunciantes y ratificados en audiencia; el cable del cargador del teléfono móvil, era un cargador arreglado el enchufe era de una marca y el cable de otro, y una marca dieron una descripción previo a presentar la evidencia en juicio, por ejemplo mordeduras de gatos en el cable. Elementos secuestrados en la oficina judicial, alejado de esta parte acusadora.

Que respecto a los videos de la estación de servicio, que los mismos resultaban impertinentes e inútiles, por eso no se ofrecieron como prueba. Respecto de los tatuajes, insiste sobre la posibilidad de realizar un contraexamen con las reglas que permiten llevar a cabo el cuestionario con preguntas indicativas.

Que es posible que un testigo no recuerde los tatuajes dada las circunstancias del hecho.

Respecto de la extensión de daño económico cita doctrina de Nicolás Schiavino en su obra Valoración Racional de la prueba en materia Penal, donde describe los requisitos para valorar a un testigo los cuales se cumplen.

Concluye solicitando que la sentencia debe ser confirmada.

2.e.- La Defensa toma nuevamente la palabra para fundar su agravio en cuanto al monto de la pena. Comienzan expresando que el Sr. U. no cuenta con

antecedentes penales ni prontuario, tiene trabajo estable en una empresa, tiene dos hijos, está casado y mantiene a dos hijos de su pareja actual. La fiscalía no probó la extensión del daño, ni en lo material ni en lo psicológico de la víctima. Al momento de debatir el quantum de la pena se habló de la nocturnidad y del ocultamiento del rostro, lo cual sería parte de la modalidad delictiva. Teniendo en cuenta que la finalidad de la pena es la reinserción, en este caso la pena no tendría un fin de resocializar sino que complicaría su situación. Solicita se revoque la sentencia y se aplique el mínimo de la pena, o condena de ejecución condicional.

2.f.- Sobre este agravio el Fiscal sostuvo que no atacan el monto de la pena, sino que reeditan los argumentos expuesto en la audiencia de cesura. Cita el fallo “Beltrán” (2017) del Superior Tribunal de Justicia.

Peticionó el monto de la pena, solicitó seis años y medio respetando lo dictado en fallo Brione, dictado por el STJ, y también las circunstancias del caso (exceso de violencia, utilización del arma, planificación previa, rostro cubierto y nocturnidad). El tribunal no explicó porque se apartó del precedente Brione y lo solicitado por la fiscalía, y dictó una pena de cuatro años y medio. Solicita se rechace lo solicitado por la defensa.

2.g.- Ejerciendo la última palabra la Defensa sostiene que el monto de la pena no debe respetar una cuestión aritmética sino las condiciones personales del imputado y que no fue analizada la pena en ejecución condicional, no se motivó porque no en suspenso, cuando no fue probado la extensión del daño.

3.- Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (artículo 240 del CPPRN), luego de nuestra deliberación sobre la temática del fallo, transcribiendo nuestros votos en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes CUESTIONES A RESOLVER:

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto por las defensas?,

Segunda: ¿Qué solución corresponde adoptar?

Tercera: ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACION

A la primera cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella dijo:

Corresponde analizar la admisibilidad del recurso presentado.

En su escrito la Defensa acredita que presento el recurso en tiempo, ante la Oficina Judicial de la Cuarta Circunscripción Judicial, y reúne los requisitos de objetividad

(artículos 228 y 230 del CPPRN) y el requisito subjetivo (artículo 233 del CPPRN). Para completar su presentación la Defensa expresa concretamente cuales son los agravios que le causa la decisión judicial atacada (artículo 222 CPPRN). Por lo expuesto este recurso debe ser declarado formalmente admisible. MI VOTO.

A la misma cuestión los Jueces Adrián Fernando Zimmermann y Juez Mario José Altuna, dijeron:

Adherimos al voto del vocal preopinante. ASI VOTAMOS.

A la segunda cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella, dijo:

Tal como lo expresamos al inicio de la audiencia se tratará por separado los agravios que atacan los fundamentos de la sentencia y por otro el monto de la pena impuesta.

3.a.- El primer agravio de la Defensa es sostener que existe una violación a la garantía constitucional de la defensa eficaz.

La Defensa citó el fallo de “Nuñez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin indicar como aplica ese precedente en este caso en forma concreta.

El caso “Núñez” (Fallos 327:5095), llega a la Corte desde la jurisdicción de la provincial de Córdoba, mediante recursos “in pauperis”. En esa sentencia la Corte hace mención que “quien sufre el proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de ese modo, la realidad de la defensa en juicio...” más aún cuando se está privado de la libertad y cuando en esa causa se registra una intervención meramente formal por parte de la Defensa, realizando –también- una fuerte crítica sobre el excesivo rigor ritual de los recursos en su tutela judicial. El acusado Nuñez, estuvo detenido por 10 días sin ser atendido por ninguna autoridad judicial o del Ministerio Público, sin asistencia de un defensor. Esa defensa fue cambiando a lo largo del proceso en su contra, donde se produjo prueba irreproducible sin que la defensa fuera notificada, la defensa técnica siguiente tampoco ofreció prueba. La Defensa en la audiencia de impugnación no se hizo ningún parangón de ese “leading case” con la situación de U. No alcanza con citar el precedente de un Tribunal, la parte que así lo hace debe indicar como se vincula aquella decisión con el agravio de su impugnación.

El único agravio de la Defensa es que en la audiencia intermedia (control de la acusación), la defensa anterior no ofreció ninguna prueba (única semejanza al caso “Nuñez”, en que el defensor que actuó en la etapa preliminar no ofreció prueba y renunció a su mandato dos días antes de la audiencia de juicio).

Durante la audiencia, le consultamos a la Defensa si se entrevistó con los antiguos defensores de U., a lo cual contestaron que sólo se comunicaron con el fin de comunicarle que tomarían el caso. Esa fue toda su diligencia.

Lo que nos demuestra que no hubo una consulta sobre si la anterior defensa tuvo una estrategia para el juicio (la ausencia de ofrecimiento de prueba), y esa sola circunstancia –que no se acredita-- no puede ser utilizada para descalificar la anterior actividad defensiva y calificarla de defensa ineficaz.

También se los consultó sobre qué pruebas consideran que se vio privado su defendido que no fueron ofrecidas en el control de acusación, a lo que la Defensa responden que está relacionado con el segundo agravio.

En ese segundo agravio la Defensa se expresó nuevamente sobre las fotografías que daban cuenta de los tatuajes de U., y de muestras de ADN de los denunciados y una declaración testimonial de una empleada que el Ministerio Público Fiscal no solicitó.

Desde el momento que el acusado ejerce su defensa material, al contar su versión de los hechos se lo protege con todas las garantías constitucionales que prevé el actual proceso. Revisado los registros audiovisuales del juicio la Defensa no ejerció la previsión del artículo 177 in fine del nuevo Código Procesal Penal que permite solicitar la recepción de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieran indispensables otros ya conocidos en el curso del juicio.

El agravio de una defensa ineficaz, repito, no se certifica en este caso. Porque no se acredita que la defensa anterior haya sido una actividad meramente formal por no ofrecer prueba. El agravio se restringe únicamente al ofrecimiento de prueba para el juicio. Sostener la ineficacia de la defensa no alcanza con indicar que la defensa anterior no ofreció la prueba en audiencia correspondiente, cuando la actual defensa nos expresa que no se contactó para chequear estrategias. Tampoco se sostiene el agravio con señalar las pruebas que la acusación no produjo en juicio y mucho menos alcanza cuando el proceso le otorga expresamente a la Defensa la posibilidad de acreditar con medios de prueba hechos que surjan en el transcurso del juicio. Se auto descalifica la propia defensa en su planteo cuando no utilizó en el momento procesal oportuna esa herramienta para el ejercicio eficaz de su mandato (reitero la utilización de las facultades previstas en el 177 final del CPPRN).

3.b.- Respecto al otro agravio de arbitrariedad o valoración de la prueba, solo se advierte una profunda queja sobre la actividad probatoria que realizó el Ministerio

Público Fiscal, una disconformidad que en nada se vincula con la valoración que hicieron los jueces de las evidencias incorporadas al debate y transformadas en prueba para condena a U.

Repasemos los agravios de la Defensa, en cuanto a que indica que hubo una errónea valoración de los testimonios de L. y C. (las víctimas). La única referencia que existe sobre su exposición de los elementos secuestrados y de la identificación realizada a U. –en particular la observación de los tatuajes, cuando las víctimas prestaron más atención sobre su rostro, como ya veremos— Dice la sentencia de condena atacada que “... corresponde analizar la cuestión sindicada por la Defensa en relación a los tatuajes en ambas piernas que el imputado exhibió sobre el final de la audiencia. Respecto de ello, entiendo que deben tenerse presente dos extremos, el primero vinculado con la data de tales improntas corporales, sobre lo cual no se aportó prueba alguna por los litigantes. Lo concreto es que el lapso temporal entre el hecho (11/02/2016), a la fecha de la segunda audiencia (31/10/2017), es importante “más de un año y medio”.- Lo segundo y determinante a la cuestión resulta lo dicho bajo juramento por ambas víctimas, L. afirmó “no sé si tenía tatuajes o pearing porque yo solo le miré la cara”.- A su turno, y también de manera absolutamente clara y directa, la testigo C. especificó “cuando se le cayó ese cuellito, yo lo miré a los ojos, él se puso nervioso, me insultó diciéndome conchuda, le ví la cara de frente como durante un minuto, entonces me hizo tirarme al piso junto a mi marido”. Precizando -además durante su relato- que siempre que tiene una persona en frente y le habla lo mira a los ojos, siendo entonces esta parte del rostro la que concentra su mayor atención.- Queda claro entonces, que aún en la hipótesis que U. contara a la fecha del hecho, con tales improntas corporales, ello no mengua de manera alguna las firmes y contestes versiones incriminantes de ambas víctimas, quienes claramente centraron su atención en el rostro del asaltante, al cual pudieron ver completamente al habersele caído el elemento que le cubría la parte inferior”. No expresa la Defensa dónde está el agravio, cuál es el razonamiento erróneo que realiza el Tribunal de juicio. No señala ninguna arbitrariedad o de qué modo los jueces debían realizar otra valoración que cambiara el silogismo del pensamiento expresado en la decisión judicial.

Durante el juicio el testigo L. fue contraexaminado por la defensa, y éste afirmó que no le vio tatuajes a Urrutia, pero que si le vio la cara, “yo quería verle la

cara, porque Cipolletti es chico y me lo iba a cruzar” (video 2 del primer día (50:25 al 52:45 minutos del registro audiovisual y lo reitera al 1:02:00 cuando se lee una declaración de sede policial que dice que no le vio tatuajes ni pearking). Qué sentido tiene si el testigo vio o no los tatuajes cuando las víctimas pudieron individualizar a U. por su rostro.

En cuanto a la testigo Ayarachi, respecto que su declaración no puedo ser acreditada con la declaración de una empleada de la Estación de Servicios Petrobras, no deja de ser una expresión quejosa sobre una actividad estratégica que realizó el Ministerio Público Fiscal.

Sigue la Defensa sin expresar que agravio le causa esa situación. Porque si para la defensa era necesaria la declaración de aquella empleada, tuvieron la ocasión de hacerla citar, nada se lo prohibía (una vez más cito el artículo 177 final del CPPRN). La Defensa dice agravarse por el cable secuestrado en la vivienda de U., pone en contradicción que el cable es universal, pero L. es muy claro y así lo dejó expresado la sentencia que no era un cable de teléfono móvil universal, es un cable armado por su propietario quien lo describe en juicio. Y de ese debate en juicio la Defensa no objetó la incorporación de esa evidencia que le fue mostrada por el Fiscal en el video 2 del primer día del juicio al minuto 41 y 28 segundos, incorporado por el Tribunal como evidencia n° 3.

Como bien indicó el Ministerio Público Fiscal, este Tribunal sostiene que “La arbitrariedad en la sentencia debe contener una entidad destructora, por ser contrario a la justicia, a la razón o a la ley, y ejercida por capricho.... Repito una causal de arbitrariedad sobre la decisión debe ser visiblemente injusta, por lo tanto este planteo no deja de ser un desacuerdo subjetivo con la valoración del Tribunal” (caso “Quintana”).

En ningún momento los agravios pueden indicar la existencia de una arbitrariedad en la valoración de la prueba recabada en juicio, no pudo la impugnación cambiar el análisis realizado por los jueces, cuando indican que “Ahora bien, ambos testigos reconocieron los efectos que le fueron exhibidos (evidencia 3 y 9 respectivamente), y producidas las testimoniales en audiencias fueron absolutamente claros en establecer que en un primer momento no supieron exactamente qué elementos en total les fueron sustraídos, debido precisamente a que el ladrón los dejó atados, mientras ingresó a las habitaciones revolvió y colocó el botín en bolsos y mochila. Sólo después con el transcurrir del tiempo y “hasta hoy nos damos cuenta de

faltantes”. Es claro que tanto al momento del reconocimiento en sede prevencional como en la audiencia, ambos dieron razones de sus dichos, es decir porqué los declaraban como de su propiedad, así L. precisó que el cargador y el cable era de distintas marcas (aquél Samsung y el último motorola) toda vez que el cable original fue destrozado por una mascota y por ello reemplazado por el Motorola, también el testigo en la audiencia, y antes de tener el cable en sus manos precisó que hacia uno de los extremos tenía la inscripción “U 9”, lo cual fue corroborado. C. especificó claramente que el cable secuestrado presentaba las mordeduras de su mascota, que ilustró también le mordió sus lentes (como detalle de color).

Durante la audiencia de impugnación, desde el Tribunal se le requirió a la Defensa que fundara los agravios y planteara sus divergencias sobre la investigación. Este Tribunal ha expresado que va a revisar la sentencia respecto a los agravios planteados por la parte impugnante. Por lo tanto está absolutamente fuera de nuestra competencia observar, analizar y juzgar el modo en que el Ministerio Público llevó adelante su investigación (“Tripailao” “Zanotti”)

Insisto, porque resulta de importancia destacarlo en este nuevo proceso, que la revisión de la sentencia se hace sobre los agravios planteados y estos deben ser concretos. Deben indicarnos que prueba dejó de ser valorada, o que valorada se lo hizo erróneamente y produce la falta de razonamiento legal en la decisión de los jueces (artículo 200 de la Constitución de Río Negro).

Esto no sucede en la expresión de agravios de la defensa que concluye atacando la rueda de personas por la cual la víctima C. identifica a U. No indica porque los jueces realizan una valoración arbitraria de ese reconocimiento. Dice que la sentencia “A posteriori del reconocimiento impropio, y de la detención del imputado L. con sinceridad afirmó que observó sobre un escritorio, un DNI “desgastado” con una fotografía de U., al consultársele expresamente por la propia Defensa, si su señora había podido verlo afirmó “no sé si ella lo vio porque estaba detrás mío”. Ahora bien la Sra C. fue clara, y específica en cuanto a lo vivido allí, dijo que efectivamente estaba detrás de su pareja, y que no vio el DNI en cuestión.

Especificando además, yo no ví el documento, el sí (por su pareja) porque estaba delante, yo estaba detrás. Situación que además se vio corroborada por la declaración del Oficial David Leonardt, con descripciones específicas sobre la

ubicación de los protagonistas, al momento. La testigo también ilustró claramente respecto de cómo se había llevado adelante el “reconocimiento de personas en sede judicial”, donde sin dudarle entre seis integrantes de fila, reconoció al ubicado en quinto lugar, precisamente R. E. U.. También lo señaló en la propia sala, especificando que entre el hecho, y la medida judicial no reconocimiento no había vuelto a verlo ni personalmente ni en imagen. Situación que aventa toda la crítica tanto de la Defensa Técnica (de reconocimiento “dudoso” por haber el testigo visto imagen fotográfica anterior), como la del propio imputado al indicar que fue “paseado esposado” delante de los denunciados un día anterior al reconocimiento. Tales extremos no ocurrieron, pues reitero la Sra. C. no vió ni en fotografía, ni personalmente al sospechado en el período comprendido entre el hecho y el reconocimiento judicial (evidencia 13). Y en esto el testimonio no dejó un solo resquicio para la duda. La mención defensiva sobre supuestas contradicciones en relación al cabello, no es tal ya que L. aclaró debidamente una cosa es pelo ondulado y otra es con rulos a todo evento al momento de la audiencia el imputado se presentó con su cabello corto (circ., por registro fílmico que me exime de mayor análisis y comentario).

De la atenta lectura y escucha de los agravios concluyo que no hay un solo ataque contra la sentencia en cuanto al modo de valoración de esta circunstancia, y más aún cuando la Defensa –repito- tuvo a su alcance la utilización de solicitar nuevas pruebas para fundamentar la data de los tatuajes.

3.c.- En cuanto al agravio sobre el monto de la pena, más allá de reproducir en la audiencia de impugnación lo expresado por la Defensa en la audiencia de cesura, indico como agravio que la pena no analizada el pedido de ejecución condicional, no se motivó porque no se aplicó una pena en suspenso.

Realizada la audiencia de cesura donde se realizó el pedido de pena y la producción de prueba, luego de escuchar a las partes en su definición la sentencia indicó que “De esta manera la pena reclamada por el Sr. Fiscal, aparece como excesiva. Y en base a estas consideraciones propongo imponer al causante U. la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, siendo tal sanción ajustada a derecho y justa, conforme lo dicho”.

Expresar que el decisorio se ajusta a derecho y es justa, constituyen una motivación aparente, porque de ningún modo los jueces le explican a U. y a su defensa técnica como llega a esos 4 años y 6 meses. La propia sentencia expresa que no

existen circunstancias agravantes y resalta que es U. no tiene antecedentes, que es una persona joven de 27 años de edad, que trabaja, que tiene familia e hijos Pero no nos cuentan como su razonamiento lógico jurídico arriba a dicha conclusión, y porque no aplicaron una pena de 4 años, o porque no una pena de 3 años condicional. Como no se justifica esta decisión jurisdiccional se hace imposible poder controlarla, y esto es el punto neurálgico del agravio.

Sostiene nuestro máximo Tribunal de Justicia que “La pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, “Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria”, LLNoroeste, 2006, pág. 849) citado en “FISCALÍA N° 2” expediente n° 20831/06 STJ (del 27/11/2006).

La Corte Suprema en “SQUILARIO” (Fallos 329:3006), indicó que “... si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido..., la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos 315:1658 y 320:1463). ... “Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional. ... “Que esta Corte ha sostenido en Fallos 327:3816, que ‘... la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quién pueda ser un autor ocasional...’ y que - ‘... la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo

que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente\’ ... “Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga -con el fin de asegurar una debida defensa en juicio- a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión”.

El actual Superior Tribunal de Justicia de la provincia en una seria de fallo sigue esa línea en sus precedentes “Brione”, “Bravo” y “Alderete”. En este último indicó que “En el sub examine como fuera dicho- la modalidad de ejecución en suspenso de la pena de prisión era posible atento el quantum de las fijadas (art. 26 C.P.), por lo que debía fundarse el motivo de la opción más gravosa para los imputados. En las condiciones referidas, lo resuelto carece de motivación en orden a lo exigido por el artículo 200 de la Constitución Provincial” (del 11/7/2017 expediente n° 28767/16).

La pena, según la Convención América de Derechos Humanos, tiene como finalidad esencial la reforma y readaptación social del condenado (artículo 5 punto 6) y su ejecución debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 apartado 3). En nuestra legislación esa finalidad indica que la pena privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten la vida en comunidad (ley n° 24660, artículo 1°). Por lo tanto es un deber del juez, al fundamentar la sentencia de una condena de cumplimiento efectivo, dar motivos de su decisión para su posterior control jurisdiccional.

Como señala Ziffer “el principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor” (Ziffer, Patricia en Lineamiento de la determinación de la pena. Página 28 Editorial Ad-Hoc. Bs As 2013, segunda reimpresión).

Mi conclusión es que no sabemos porque el Tribunal de juicio no aplicó una pena de ejecución condicional como lo solicito la defensa, en un mínimo de tres (3) de prisión ni porque se aplicó una sentencia de 4 años y 6 meses de prisión efectiva.

3.d.- En resumen, hay una valoración concatenada de la prueba producida en la audiencia de debate oral y público que no violenta la garantía de defensa en juicio.

Los jueces de juicio dan las razones de su convencimiento, y los expresan honestamente a través de la sentencia en donde hacen una descripción de los elementos probatorios y su valoración, en un modo lógico, razonable y legal, por lo que corresponde rechazar la impugnación de la Defensa por el agravio de defensa penal ineficaz y por la valoración de la prueba producida en juicio por lo que corresponde confirmar la sentencia impugnada.

Otra es la solución que propongo para el monto de la pena. En este caso si encuentro fundamentos en el agravio de la Defensa en cuanto que el Tribunal de juicio no fundamento la no aplicación de una pena en suspenso que la figura penal permite. Por lo que corresponde anular la condenada y proceder a su reenvío, para que otro Tribunal, audiencia mediante, imponga el monto de la pena. MI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

1) Adhiero a los fundamentos que desarrolló el colega preopinante en el punto 3.a.-. En este sentido, si bien es cierto, como afirma la defensa, que la anterior asistencia técnica particular de U. no ofreció prueba para el debate oral, y tampoco está cuestionado que la participación de la anterior defensa particular fue elegida y propuesta por el imputado -con lo cual resalto que no fue asistido por un Defensor Oficial que en turno le habría correspondido-, no sabemos cuál era la estrategia que U. y los anteriores defensores intentaban llevar adelante; motivo por el cual de su intervención procesal no puede inferirse que realizó una mera defensa formal con afectación del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.Nac.).

Y tampoco sabemos, aun en esta instancia, cuál sería prima facie la relevancia sustancial de la prueba que mencionó la actual defensa -en concordancia con el resto de la producida- pues con ninguna se argumentó una concreta incidencia en el resultado de la ponderación, sólo hipótesis en abstracto.

Así es que los nuevos defensores nada dicen para establecer algún tema o punto en concreto sobre el cual existiría indefensión y, por lo tanto, en qué consistiría el perjuicio específico.

Otra cuestión no menos importante que lo anterior, es el contenido del planteo que implica subestimar la actividad profesional de un colega quien, en esta instancia, sí carece del derecho de defensa. Además, si tan evidente y notoria era la irregularidad del defensor particular que intervino antes, cómo es posible que los actuales defensores particulares esperaran el inicio del juicio para advertirlo.

En otras palabras, el planteo de los actuales defensores es tan improcedente como

lo sería el de eventuales nuevos asistentes técnicos del imputado que pretendieran la nulidad del juicio por defensa formal de U. aduciendo que los hoy impugnantes dejaron al encartado en estado de indefensión.

Como dije, no sabemos cuál era la estrategia de la anterior defensa, pero la de los actuales defensores, sin lugar a dudas, no fue la de ofrecer en el juicio oral la prueba mencionada en la audiencia del art. 239 del CPP puesto que nada dijeron conforme lo previsto en el art. 177 in fine del rito.

De todo lo anterior surge evidente que no existió inobservancia de disposiciones concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, situación que determina que el planteo realizado es carente de sustento fáctico y legal (conf. STJRNS2 Se. 165/15).

2) También adhiero a los fundamentos que expuso el doctor Miguel Cardella en el punto 3.b.- de su voto por lo que rechazo el agravio de arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Ello, sin perjuicio de señalar que este Tribunal tiene competencia para revisar la sentencia respecto de los agravios planteados por la parte impugnante y que en dicha faena también pueda observar, analizar y decidir lo pertinente y que corresponda en cuanto al modo en que el Ministerio Público llevó adelante su investigación.

3) Por otra parte, la Defensa impugnó el monto de la pena y que no se motivó porqué no se impuso pena de ejecución condicional.

Al respecto dijo el a quo: “[...] los elementos sustraídos, son varios y de valor económico importante (el recupero fue prácticamente nulo, ya que solo se ubicaron un cable adaptador y una tapa de teléfono celular) [...]S]e concreto el ilícito con al menos una planificación básica por parte de Urrutia, quien efectivamente en horario nocturno, previó un elemento necesario para cubrir su rostro, se munió de él y lo utilizó, todo conforme una planificación. Estas circunstancias sí deben contemplarse en su contra [...] En cuanto a los minorantes, objetivamente no posee antecedentes penales (así lo afirmó el propio Fiscal), es una persona joven (de 27 años de edad), se encuentra desde hace aproximadamente dos años trabajando [...] donde goza de un buen concepto por parte de sus compañeros y jefes [...]; tiene una familia a cargo (esposa, un hijo y otro por nacer, se hace cargo además de todos los gastos respecto de dos niñas menores hijas de M. O. [...] De esta manera la pena reclamada por el Sr.

Fiscal [de seis años y seis meses de prisión efectiva], aparece como excesiva. Y en base a estas consideraciones propongo imponer al causante U. la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, siendo tal sanción ajustada a derecho y justa, conforme lo dicho” (la negrita me pertenece).

De lo anterior surge la motivación del sentenciante conforme las pautas de los arts. 40 y 41 del CP.

La defensa -por supuesto- no controvierte la valoración de las citadas pautas atenuantes.

En cuanto a las agravantes ut supra señaladas, tampoco en esta instancia fueron contrarrestadas ni cuestionadas con eficacia por la defensa (en similar sentido argumentó el sentenciante).

Ello así puesto que sobre el gravamen económico se limitó a negarlo diciendo que se omitió objetiva demostración del mismo. Tal afirmación desconoce que para la segunda parte del juicio oral (cesura) ya se tuvo por acreditado el hecho reprochado en el cual se describe el dinero y bienes sustraídos (cuyos valores objetivos estimados -es decir, sin considerar el sentimental ni su contenido- son de público conocimiento).

Respecto a que las circunstancias de nocturnidad y utilización de cuellito sean propias de todo robo, tal como parece entenderlo la defensa al decir que nadie puede pretender que una persona que va a cometer un robo..., carece de sustento fáctico, ninguna prueba se arrimó en tal sentido y desatiende la realidad social que nos demuestra lo contrario.

Dable también es destacar que estas últimas dos circunstancias no son elementos descriptos en el tipo penal de condena (art. 166 inc. 2 último supuesto del C.P.) por lo que fueron correctamente ponderados por el a quo.

Establecido lo anterior, señalo que el delito de condena prevé una pena de TRES a DIEZ años de prisión, por lo tanto, atendiendo a la doctrina legal vigente (STJRNS2 Se. 94/14 “Brione”), el quantum de la pena impuesta resulta notablemente inferior al punto equidistante entre el mínimo y el máximo previstos en la figura penal, en virtud de lo cual no se verifica perjuicio para la parte, ni se evidencia que sea excesivo o desproporcionado.

Adviértase que el Tribunal de juicio arribó al monto de condena de cuatro años y seis meses de prisión luego de valorar las pautas agravantes y las atenuantes; es decir, seleccionó un monto inferior al punto equidistante según la doctrina legal referida (de

seis años y seis meses de prisión), circunstancias que demuestran que no existe arbitrariedad ni perjuicio para el imputado puesto que en conjunto se le brindó mayor incidencia a las últimas que a las primeras.

Por último y en base a lo anterior, en el sub examine la modalidad de ejecución en suspenso de la pena de prisión no es posible atento el quantum de la fijada (art. 26 C.P.), por lo que no debe fundarse la opción más gravosa (léase: prisión efectiva) para el imputado. Así, lo resuelto expone la debida motivación en orden a lo exigido por el artículo 200 de la Constitución Provincial (conf. STJRNS2 Se. 173/17).

El error de la defensa “se basa en una incorrecta interpretación del precedente 'Squilaro' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo específico del caso, la Corte Suprema ha exigido que, cuando la condena condicional pueda hipotéticamente ser aplicada, la opción inversa debe ser fundada 'puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable'. Se trata de un mandato implícito que obliga a los magistrados a 'dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión' (ambas citas son del fallo 'Squilaro', del 08/08/06, cita en La Ley Online AR/JUR/11852/2006) [...] En el caso, esa modalidad de ejecución de la pena no era posible pues el quantum de la pena de prisión fijado es superior a los tres años (art. 26 C.P.) y, por lo tanto, nada debe fundamentarse sobre la condena de ejecución condicional” (STJRNS2 Se. 132/15 “Bravo”).

4. En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la impugnación deducida por la defensa de R. E. U.. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Mario José Altuna, dijo:

1. Adhiero al voto de los colegas preopinantes en cuanto postula el rechazo de los agravios articulados por los asistentes técnicos del imputado referidos a “defensa ineficaz” y “arbitrariedad en la valoración probatoria por parte del a-quo”. Respecto de este último hago mía la reflexión del Juez del segundo voto, Dr. Adrián Zimmermann, en cuanto a la competencia que este Tribunal posee para revisar la sentencia respecto de los agravios planteados por la parte impugnante, pudiendo en dicha tarea observar, analizar y decidir lo pertinente en cuanto al modo en que el Ministerio Público llevó adelante su investigación.-

2. Respecto al monto de la pena impuesta al encartado adhiero al voto del Juez

Adrián Fernando Zimmermann.-

Para ello debe considerarse que la pena conminada en abstracto acorde la calificación legal dada al reproche penal -art. 166, inc. 2º, último supuesto, CP- es de TRES a DIEZ años de prisión, de lo que se deduce sin mayor esfuerzo interpretativo que conforme a la doctrina legal vigente (STJRNS2 Se. 94/14 “Brione”), se ha establecido de parte del a-quo un quantum notablemente inferior al punto equidistante entre dicho mínimo y máximo legal.

Ello evidencia la falta de perjuicio para la parte ya que el a-quo ha optado por dar primacía en la mensuración de la pena a las circunstancias atenuantes por sobre las agravantes, y, en tal contexto, frente a un concreto pedido de 6 años y 6 meses de prisión por parte del Ministerio Público Fiscal, optó por reducir sensiblemente dicho monto, de todo lo cual se sigue la inexistencia de perjuicio para la parte.

Va de suyo que el agravio atinente a la falta de motivación respecto de la modalidad de la pena -cumplimiento efectivo-, pudiendo haber correspondido una de cumplimiento condicional acorde el mínimo legal previsto por la norma, no resulta atendible desde que la impuesta, por su monto, importa precisamente aquella modalidad.-

Tampoco le resulta exigible al a-quo efectuar en tal contexto merituación alguna sobre porqué no impuso una pena de cumplimiento condicional, ni puede inferirse de ello afectación alguna al derecho de la parte, ya que aún en el caso de haberse situado el decidente en el mínimo legal de la pena conminada en abstracto, que admitiría tal modalidad, sería facultad de éste acceder a ello conforme surge claramente del art. 26 CP: ...En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Es decir, lo que debe fundarse, bajo pena de nulidad, es precisamente la pena de cumplimiento condicional, no la de cumplimiento efectivo.-

Repasada la audiencia de cesura observo sin hesitaciones que la pena impuesta resulta acorde con la prueba producida y las alegaciones de las partes, habida cuenta de la edad del infractor, la inexistencia de antecedentes penales

computables, la modalidad del hecho y extensión del daño causado.-

En el marco del control de legalidad en aspectos que son esencialmente valorativos, va de suyo que el a-quo ha seguido las pautas objetivas y subjetivas de los arts. 40 y 41 de manera fundada, por lo que la pena impuesta, cercana al mínimo posible, resulta como he destacado supra de la constatación de mayores circunstancias favorables que desfavorables.

De tal modo, la sanción se encuentra dentro de los márgenes legales previstos en la escala del tipo penal, no desatiende la finalidad de reinserción social ni viola los estándares del derecho internacional, a la vez que no se observa en el recurso ningún desarrollo argumental tendiente a acreditar lo contrario.-

A la tercera cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella, dijo:

Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen a U. por ser la parte vencida (artículo 266 y siguientes del CPP), regulando los honorarios de los doctores Facundo Trova y Alejandro Bustamante en el 30% de la suma que se les fije por sus actuaciones en la instancia de origen (artículo 15 ley G 2212), en razón de la extensión de sus labores, el resultado obtenido, las etapas consumadas y las restantes pautas de la ley de aranceles vigentes. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los Jueces Adrián Fernando Zimmermann y Juez Mario José Altuna, dijeron:

Adherimos al voto del vocal preopinante. ASI VOTAMOS.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
RESUELVE:

Primero: Declarar en lo formal admisible la impugnación deducida por la Defensa de R. E. U.

Segundo: POR MAYORÍA: Rechazar la impugnación deducida por la defensa de R. E. U.

Tercero: Imponer las costas a R. E. U. por ser la parte vencida (artículo 266 y siguientes del CPP), regulando los honorarios de los doctores Facundo Trova y Alejandro Bustamante en el 30% de la suma que se les fije por sus actuaciones en la instancia de origen (artículo 15 ley G 2212).

Cuarto: Registrar y notificar.

Jueces Miguel Ángel Cardella, Adrián Fernando Zimmermann y Mario José Altuna.

Protocolo N°27