



Poder Judicial

En la ciudad de RAFAELA, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo los SEÑORES VOCALES DEL COLEGIO DE JUECES DE CÁMARA DE APELACIÓN EN LO PENAL DE LA QUINTA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, integrada por los Dres. Roberto Ernesto Prieu Mántaras, Fabio Eduardo Mudry y Alejandro Tizón, a los fines de dictar sentencia en segundo grado en los autos caratulados: “**ZALAZAR**, Jonathan Ezequiel s/ APELACIÓN SENTENCIA (Carpeta Judicial “Zalazar, Jonathan Ezequiel Orlando s/ delitos contra la propiedad, robo simple -acumulado CUIJ: 21-07005719-8 Oficio Ley 22172 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 de la ciudad de Buenos Aires..-)”, CUIJ: 21-06306272-0, con motivo del recurso de apelación interpuesto por las defensoras técnicas Dra. Estrella Jorgelina Moreno -Defensora Regional de la Quinta Circunscripción General- y Dra. Mónica Ronchi -Defensora Pública Adjunta- contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2016, dictada por la Jueza Penal de Primera Instancia de 5ta. Circunscripción Judicial de Rafaela, Dra. Cristina B. Fortunato, que:

- 1) condena a Jonathan Ezequiel Orlando Zalazar como coautor del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (art. 166 último párrafo del C.P.) a la pena de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias legales y costas del proceso (art. 12, 29 inc. 3° y cc. del C.P.);
- 2- unificar la pena impuesta con la condena referida precedentemente estableciendo la pena única de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias legales y costas del proceso;
- 3- declarar a Jonathan Ezequiel Orlando Zalazar, reincidente por segunda vez (art. 50

del C.P.).

Remitidos los autos a la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia, se integra el Tribunal, declarándose abierto el recurso y puestas las actuaciones a disposición de las partes, se realiza la audiencia de debate en Segunda Instancia, de acuerdo a los artículos 11 de la ley 13.004 y 399, 400 y sges. del Código Procesal Penal, siendo las partes en el proceso por el M.P.A. los Dres. Martín Castellano y Carlos Ernesto Arietti y por el S.P.P.D.P. las Dras. Mónica Ronchi y Estrella Jorgelina Moreno, estando presente el acusado Jonathan Zalazar.

La defensa técnica en su *escrito de interposición del recurso*, haciendo un racconto de los antecedentes del caso, se agravia de la arbitrariedad de la sentencia en crisis, por errónea y contradictoria valoración de la prueba ya que el criterio de severidad y rigor crítico invocado por la Jueza en la sentencia, estuvo ausente en la valoración que realizó de los testimonios de cargo. Respecto a los testigos aportados por la parte acusadora Cristian Lezcano y Eduardo Basualdo, el Tribunal anticipadamente le otorgó credibilidad a sus dichos quedando en evidencia las numerosas incongruencias y contradicciones de las declaraciones previas brindadas en sede policial y los vertidos en juicio, además les atribuyó irrefutable credibilidad por tratarse de empleados públicos y les adjudicó erróneamente el carácter de testigos calificados. Así, hay una interpretación arbitraria, contraria a la lógica y sentido común de las inconsistencias en los testimonios de Basualdo y Lezcano (enumera las mismas referidas al reconocimiento, si llevaba casco o capucha el acusado, cuando se dio aviso a la policía, si conocía a Zalazar y si lo vio huir del



Poder Judicial

lugar del hecho etc.). Sobre el reconocimiento sostiene que la Jueza omitió valorar el planteo defensivo sobre la posibilidad de error en esas condiciones y pese a ello otorgó al reconocimiento un grado de certeza absoluta. También hay una interpretación arbitraria, contrapuesta con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, sobre lo declarado por los testigos Jorge Utprun, Juan Antonio Ibañez y Hugo Saavedra porque en forma ilógica la juzgadora dedujo que debía rechazarse el testimonio por provenir de un “amigo” al que veía todos los días. Hay una fundamentación contradictoria en relación a los testimonios lo que lleva a una violación del estado constitucional de inocencia por inversión de la carga de la prueba y la no aplicación del principio “in dubio pro reo”. Así las cosas y luego del análisis de la prueba no cabe dudas de que la juzgadora debió absolver a Zalazar. A su vez se agravia sobre el monto de la pena, así la pena de cuatro años y medio de prisión debe ser revocada dado que la sentencia reveló fundamentación insuficiente, la magistrada no describió cómo aplicó el art. 41 del Código Penal a los efectos de la graduación de la pena ni encuadró los elementos tenidos en cuenta dentro de la magnitud del injusto o el grado de culpabilidad, esta carencia impide ejercer el derecho de defensa; ergo, la pena impuesta debe ser revocada como la unificación de la misma. Haciendo reservas constitucionales, para el hipotético caso que se desechen los anteriores agravios, solicita se aplique el monto de pena mínimo y modifique a favor de Zalazar la unificación de pena efectuada. En su *exposición en la audiencia* de trámite según registro de audio y video, sintéticamente, amplía los fundamentos y lo sostiene refiriéndose a los planteos efectuados repitiendo los hechos que

se encuentran en el escrito. Reitera las reservas constitucionales y solicita la absolución de Zalazar y subsidiariamente que se tengan presentes las reservas legales.

El Ministerio Público Fiscal, en su intervención en la audiencia de trámite, según registro de audio y video, rechaza los agravios que ha expresado y solicita se confirme la resolución de primera instancia. La resolución no fue arbitraria, se examinaron los testimonios de cargo, valoración de la prueba de una manera lógica y análisis cuidadoso de la impresión que los testigos dieron al momento de declarar. Los testigos presenciaron el robo, ninguna circunstancia puede hacer presumir que no hayan podido ver lo que ocurrió. Basualdo y Lezcano, vieron al imputado que se subió a la moto después del robo y estaba con una capucha. Son testigos calificados por labor, trabajan en la guardia urbana de Sunchales. Sí hay duda respecto al testimonio de Utprun porque no se podía justificar la presencia de un lavachoches en una comida de albañiles, eso se justifica diciendo que es probable que hayan tenido una relación estrecha; respecto a Ibañez es empleado, siendo subordinado se le resta credibilidad a su testimonio; sobre el testimonio de Saavedra, la sana crítica hace suponer que cuando un vecino se presente de manera voluntaria a un proceso hace dudar porque no ocurre con frecuencia. Los testimonios aportados por la defensa no resultan creíbles por lo que la Jueza ha ordenado fotocopia de los testimonios por presunta falsedad. De acuerdo a la sana crítica racional la Jueza ha llegado a la conclusión que el hecho ha ocurrido y realizado por el imputado. Sobre el monto de la pena la misma responde a los antecedentes del imputado. Solicita se confirme la sentencia de primera



Poder Judicial

instancia.

Seguidamente se ponen a consideración del Tribunal del Colegio de Jueces de Segunda Instancia, las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Es suficiente la prueba reunida para responsabilizar al imputado como autor del delito de robo simple del cuál fue acusado en el proceso?
- 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Al determinarse en este acto el orden de votación, resultó la siguiente secuencia: Dres. Fabio Eduardo Mudry, Roberto Ernesto Prieu Mántaras y Alejandro Tizon.

A la primera cuestión, el señor Vocal Dr. FABIO EDUARDO MUDRY, dijo: Que los cuestionamientos que la Defensa efectúa contra la sentencia de la Sra. Jueza de Primera Instancia, habrán de recibir tratamiento siguiendo el orden en que fueron expresados por la parte apelante, tanto en el escrito de interposición del recurso, como en la audiencia de trámite.-

En esa idea entiendo que el análisis fundamentalmente habrá de referirse a la valoración de las pruebas rendidas en autos acerca de la posible participación como autor del imputado Jonathan Ezequiel Orlando Zalazar, tanto las de cargo como las de descargo presentadas a su vez por Fiscal y Defensora, así como la valoración que de las mismas hizo la magistrada para arribar al fallo.-

Las testimoniales como prueba única: que ya desde el inicio, y de manera coincidente con el análisis que hace la jueza sentenciante -y la

defensa-, debemos colegir que dicha prueba se reduce exclusivamente a los testimonios, de la víctima, de los agentes municipales con funciones de seguridad urbana, de un testigo presencial y de dos personas que habrían compartido un evento social con el imputado el día del hecho.-

No existen constancias en el caso del secuestro del arma u objeto plateado que los testigos Lezcano, Basualdo y la víctima Richard dicen haber visto en la ejecución del hecho de robo, como tampoco existe secuestro del dinero que la víctima manifiesta que le habrían sustraído en el hecho denunciado.-

Debo también señalar, que no existen constancias en autos respecto del hallazgo, paradero, propiedad y/o secuestro de la moto (roja marca Honda Guerrero trip, sin plástico en la rueda delantera, así descrita por testigos) que se dice, habría sido utilizada para perpetrar el hecho, o más bien para darse a la fuga luego del pretendido desapoderamiento.-

Asimismo, tampoco hay noticias acerca del supuesto conductor del motovehículo, ya que según se dice, el autor -que fuera identificado en la persona de Zalazar- en el momento del escape habría ido sentado en el lugar trasero del acompañante.-

En el mismo fallo, se hace mención a la desidia policial, entiendo que por las deficiencias apuntadas por la defensa respecto del acta policial de requisita domiciliaria, y se hace mención a que la Fiscalía debería tomar nota a los fines de que no se repitan “irregularidades”, sin que se haya acreditado en autos que el M.P.A. haya tomado en cuenta o cumplimentado con la recomendación.-



Poder Judicial

Resulta cuanto menos extraño que no se hayan puntualizado dichas irregularidades -a los efectos de determinar si se originan nulidades procesales que deriven en posibles exclusiones probatorias-, compartiendo el suscripto la idea de la magistrada actuante, de que el personal policial en funciones investigativas -ya sea la Policía de Investigaciones, o cualquier otro sector de la fuerza que actúe en dicha funciones- debe necesariamente no sólo estar a las órdenes funcionales del Ministerio Público de la Acusación, sino que debe ser éste organismo el que tenga facultades disciplinarias sobre el personal policial que actúa con desidia, impericia, o dolo respecto de la colecta de pruebas.-

Dichas omisiones probatorias son observables tanto al momento del hecho, como posteriormente en la Investigación Penal Preparatoria, y esto no es sólo achacable al personal policial, ya que conforme los art. 251 y 253 del C.P.P. debió ser el representante del Ministerio Público Fiscal el que reuniera los elementos que permitieran probar la eventual acusación.-

Merced a lo expuesto, y ante las incomprensibles omisiones investigativas verificadas en la I.P.P., el debate ante esta instancia de grado se ha instalado entonces sobre la suficiencia o no, según los distintos intereses de las partes, de las pruebas de cargo -los testimonios- para responsabilizar al justiciable como autor penalmente responsable de los hechos atribuidos, o en su defecto sobre la suficiencia o no de las pruebas de descargo -también, los testimonios- para instalar un umbral mínimo de duda respecto de los hechos que hagan aplicable al caso el principio de la valoración de la prueba contenido en el art. 7 del C.P.P., esto es el “in dubio pro reo”.-

La valoración de la prueba: del análisis exhaustivo de los elementos incorporados a la causa, del debate que existió merced a planteos defensivos sobre la incorporación de actas de testigos como prueba, con fallos de primera y segunda instancia confirmatorios de la validez, y de la lectura del fallo cuestionado, se deduce que la magistrada actuante arriba a una conclusión condenatoria haciendo una merituación que podría configurar una suerte de aplicación de criterios de prueba tasada (pese a que expresamente lo menciona como un tópico que debe ser evitado), al valorar de una manera muy disímil y carente de logicidad los testimonios de las pruebas de cargo dándoles a estos un valor de preeminencia que no condicen con la necesaria aplicación del principio de la sana crítica racional.-

El órgano jurisdiccional debió indefectiblemente hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor acreditante que tienen los testimonios aportados en la causa; sobre todo ante la orfandad probatoria que tenemos fuera de dichas testimoniales.-

Se verifica en el fallo condenatorio una valoración fragmentaria, separada e ilógica de la prueba testimonial.-

En materia de valoración de la prueba, nuestro ordenamiento adhiere a sistema de la libre convicción o sana crítica como forma de ponderación de la eficacia acreditante de las pruebas introducidas al proceso, para que dicha ponderación forme parte fundamental de la conclusión decisoria, precisamente en base al análisis de mérito efectuado en esos términos.-

Respecto del sistema de la sana crítica se ha dicho que es: “un



Poder Judicial

sistema que procurando compatibilizar todas las garantías posibles, presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y, a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para probar el hecho” (Eduardo Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, pag. 718).-

Los testimonios de los Sres. Lezcano y Basualdo, son los que esencialmente llevan a la Jueza a-quo a la conclusión apodíctica para arribar a un decisorio de condena.-

Dichos testigos, tal como se ha acreditado en autos, son miembros de la denominada Guardia Urbana Sunchales dependiente del Municipio local.-

Por dichos de ellos mismos, se deducen una serie de circunstancias que son ilustrativas de los límites de su accionar -al menos de los agentes que en éste caso puntual debieron actuar-: no cuentan con un protocolo de actuación para situaciones de delitos de flagrancia; no portan armas; son agentes municipales.-

El régimen legal del empleo público municipal está determinado por la ley 2756 (orgánica de Municipalidades) y por el denominado Estatuto del Personal Municipal y Comunal de la Provincia de Santa Fe (ley 9286), ambas en plena vigencia y con un régimen de estabilidad absoluta además de una serie de derechos y deberes allí establecidos y que básicamente están vinculados al quehacer del estado más próximo al vecino como lo es el municipio.-

Si bien no amerita efectuar aquí un exhaustivo detalle de los

principios que rigen las potestades de la órbita de los estados municipales, sí es claro que desde el año 2.010 comenzó en Provincia de Buenos Aires la discusión acerca de la creación de estas policías locales o comunales como una forma de dar respuesta por parte de los intendentes del conurbano a los hechos de inseguridad (Marcelo Sain en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-155219-2010-10-18.html>).-

Había un antecedente que estaba en las llamadas policías comunales creadas en la misma provincia de Buenos Aires en el año 2.004, también como una política de salida a la presión mediática y social ante el crecimiento de diversos tipos de hechos delictivos de fuerte repercusión social.-

Esta adopción de cada vez más responsabilidades por parte de los intendentes es un proceso que comenzó además en los años 90, con la paulatina remisión desde la Nación hacia las Provincias, primero la educación, luego la salud, seguidamente diversas obras públicas de orden federal, y entre otras funciones fundamentales del Estado, la seguridad.-

El paso siguiente fue el consecuente traspaso de parte de esas funcionalidades, desde las Provincias a los Municipios.-

Ahora bien, cabe preguntarse hasta que punto las estructuras municipales tienen no sólo la incumbencia, las asignaciones presupuestarias, y la experticia para llevar adelante la “gestión” de la seguridad a nivel local, incluso lo que es aún más complicado gestionar la necesaria convivencia con las policías provinciales.-

El investigador de la Universidad de Quilmes (UNQ) y de la



Poder Judicial

Universidad Nacional de La Plata (UNLP) Esteban Rodríguez Alzueta, autor del libro “Temor y control. La gestión de la inseguridad como forma de gobierno” calificó a dichas policías locales negativamente en cuanto a su operatividad, tanto por su génesis como por su falta de planificación y entrenamiento.-

La tendencia -de creación de policías de proximidad- llegó a la Provincia de Santa Fe, con la presentación desde 2.013 en adelante de varios proyectos legislativos y habiéndose creado en muchos municipios los cuerpos de seguridad urbana con similares características a los mencionados (Santa Fe, Rosario, Rafaela). Tal el caso de Sunchales.-

Volviendo al análisis específico del caso, la inquietante sensación que nos queda, es la de la improvisación, ya que como los mismos testigos de cargo lo reconocen, “no tienen protocolos de actuación”, habiendo actuado en el hecho que nos ocupa, más que nada por instintos que por una planificación estratégica de que hacer ante la ocurrencia de un delito.-

No ha quedado claro si los agentes de la GUS llamaron al 911 antes de iniciar la persecución o luego de ello, no son coincidentes sus declaraciones respecto del color de la vestimenta, como tampoco sobre si la persona que escapaba en el moto vehículo en la parte trasera llevaba capucha o casco.-

Tampoco portan armas, y es una suerte que así sea, dado que su posible intervención sin la debida preparación y entrenamiento en éste tipo de situaciones podrían llevar a que un hecho delictivo contra la propiedad pueda terminar con víctimas fatales.-

En base a los antecedentes explicitados y al actuar que tuvieron en la situación los integrantes de la Guardia Urbana Lezcano y Basualdo, el suscripto disiente con el criterio aplicado por la Jueza a-quo, y considera que los integrantes de la Guardia Urbana Sunchales (GUS) NO SON TESTIGOS CALIFICADOS, como fue considerado en la sentencia, sino empleados municipales con difusas funciones en el área de seguridad urbana, cuya declaración es importante por ser testigos presenciales de la materialidad fáctica, pero que presenta ciertas fisuras y contradicciones que hacen que la prueba sea insuficiente para arribar a una condena, conforme la aplicación del principio de la duda contenido en el art. 7 del C.P.P.-

Además, y si bien pueden ser elementos que no hagan que el testimonio sea inválido, debió haberse fundamentado más adecuadamente acerca de la pretendida imparcialidad de los testigos de cargo, ya que a todas las cuestiones antes aludidas (falta de capacitación específica, dudas sobre aspectos del hecho) se le suma que en sus dichos se verifican expresiones respecto del imputado tales como “amigo de lo ajeno” o “sujeto con frondosos antecedentes”, además de aclarar que ya antes habían hecho actuaciones respecto del mismo por ser “trapito” o cuidador de coches en la plaza de Sunchales, además de haberle labrado actas por consumo de alcohol en la vía pública.-

Si bien la Jueza da tratamiento a los planteos defensivos respecto de la “animosidad” demostrada por los agentes mencionados en sus declaraciones respecto de Zalazar, entiendo que los mismos no alcanzan para consolidar dichas declaraciones como “calificadas” precisamente, en



Poder Judicial

una suerte de valoración más propia de un sistema de prueba tasada, inadmisibles en nuestra tradición jurídico-procesal.-

Los testimonios de Utprun, Ibáñez y Saavedra: que fueran aportados como prueba en favor del imputado, son descartados de plano con consideraciones que no alcanzan a dar una explicación lógica de su rechazo, o al menos de la motivación para no tomarlos en cuenta.-

Dichos testigos no fueron tenidos en cuenta al momento del decisorio por parte de la Jueza a-quo, quién los calificó de parciales por razones que en esta instancia no se comparten.-

En el caso de Utprun, no hay razones para descartar de plano que Zalazar haya compartido un asado y posterior reunión con los empleados de éste.-

Asiste razón a las consideraciones expresadas por la Defensa en cuanto a la arbitrariedad reflejada en el fallo cuestionado al rechazar dicho testimonio -el de Utprun- por considerar que provenía de una persona que tenía amistad con el imputado.-

Entiendo que la lógica pueda arrojar un velo de razonable sospecha al respecto, pero no se colige con el rechazo de plano.-

Es incomprensible también por arbitrario el argumento sobre la imposibilidad fáctica de que un cuida-coches (Zalazar) no pueda compartir un asado con albañiles (Ibáñez, Utprun).-

No veo posible tener certeza apodíctica sobre que tal cosa no pueda haber ocurrido jamás.-

Si bien vivimos en una sociedad con diferencias de clases, con racismos solapados, y con fuertes discriminaciones hacia sectores de menos recursos o que no tienen trabajo formal, también es cierto que existe una tradición cultural que valora y promueve costumbres inclusivas.-

En todo caso resulta arbitrario el argumento de la Jueza sentenciante, ya que debió considerar al menos la posibilidad de que dicha versión pueda tener verosimilitud, y por ende introducir el principio de la duda con derivación del principio de inocencia del art. 18 de la Constitución Nacional.-

“La duda sobre el hecho es certidumbre a favor del imputado porque prevalece la presunción de inocencia (art. 18 CN. y 5 CPP) e impone equipararla al grado de la certeza” “Vemos que la duda, causada por alternativa o por dilema, elimina lo negativo o lo más negativo de una selección y equivale a la seguridad de que debe escogerse la decisión más beneficiosa para el imputado” (El Proceso Penal en Santa Fe, 2da Edición Actualizada, Roberto Büsser, pag. 20, comentario del art. 7 del CPP).-

La misma situación se da respecto de los testimonios de Ibáñez y Saavedra, es decir, utilizando similares razonamientos la sentenciante, los deja absolutamente de lado, ya sea porque el primero sería empleado de Utrun sin que esa sea una explicación valedera para descartarlo a excepción de que se piense en la existencia de una suerte de “obediencia debida”, cosa que en todo caso no está probada en autos.-

Similar circunstancia sucede en el caso del testigo Saavedra, al que



Poder Judicial

se lo descarta en base a un entramado conjetural -que incluye la situación de ser vecino del imputado- que puede ser arbitrario al dejar de lado el testimonio por el sólo hecho de que habría sido un “testigo presencial espontáneo” que se habría ofrecido a declarar.-

Aplicación al caso del principio del “in dubio pro reo”: en función de los argumentos expresados, el tratamiento y detalle de la prueba producida y de la no producida en el proceso, el análisis de la exclusiva prueba testimonial aportada por las partes en base a la sana crítica racional, me lleva al convencimiento de que existe en el caso una duda razonable acerca de la participación del imputado Zalazar en los hechos que se le atribuyeran, en tanto que las pruebas resultan insuficientes para arribar a un estado de certeza que conmueva el principio de inocencia (art. 18 C.N.) del cuál deriva de manera lógica la aplicación del principio “in dubio pro reo”.-

Así voto.-

A la misma cuestión los Sres. Vocales Dres. ROBERTO PRIEU MÁNTARAS y ALEJANDRO TIZON, dijeron: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer termino, se pronuncian en idéntico sentido.

A la segunda cuestión, siguió diciendo el señor vocal Dr. FABIO EDUARDO MUDRY: al no haberse demostrado y acreditado la autoría del imputado más allá de toda duda razonable, entiendo que el fallo de primera instancia debe ser revocado, declarando al Sr. Jonathan Ezequiel Orlando Zalazar inocente de los cargos que le fueran formulados,

debiendo disponerse asimismo su inmediata libertad en la presente causa, oficiándose a sus efectos, con la prevención de que deberá ser efectivizada su soltura si no estuviere a disposición de otra autoridad competente.

A la misma cuestión los Sres. Vocales Dres. ROBERTO PRIEU MÁNTARAS y ALEJANDRO TIZON, dijeron: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer termino, se pronuncian en idéntico sentido.

Por ello, como resultado del presente Acuerdo, este Tribunal Pluripersonal, integrado, del Colegio de Jueces de Cámara de Apelación en lo Penal de la Quinta Circunscripción y en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe,

RESUELVEN: Hacer lugar a los agravios de la defensa y revocar la sentencia condenatoria, absolviendo libremente de culpa y cargo a Jonathan Ezequiel Orlando Zalazar, disponiendo su inmediata libertad en los términos de este considerando.

Regístrese, notifíquese.

MUDRY

PRIEU MÁNTARAS

TIZON