En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de octubre de dos mil quince, 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° 5416**, **carpeta individual n° 1111**, caratulada: **"N., M. L. s/ p.s.a. Robo doblemente agravado por ser cometido en lugar poblado y con participación de un menor víctima: G.J.A."** de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvo debida participación, el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Gustavo Oyarzun**; y

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

Que los días 21 y 23 del mes de septiembre 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 presentada por la Defensa técnica de L. M. N., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de L. M. N. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

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

I.- Ha generado la intervención de este Tribunal la impugnación ordinaria deducida "*in pauperis*" por el imputado **L. M. N.** y motivada técnicamente por el Abogado Adjunto de la Oficina de la Defensa Pública de de la Circunscripción Judicial Sarmiento, en ejercicio de su defensa, contra la sentencia protocolizada bajo número 408/2015 del 19 de mayo de 2015, por la que se lo declaró coautor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con la intervención de un menor de dieciocho años de edad (arts. 41 quáter, 45 y 164 del Código Penal), y se lo condenó a la pena de dos años y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas (arts. 29 inciso 3° del citado cuerpo legal y 239 y concordantes del Código Procesal Penal), en relación al hecho cometido en la ciudad de Sarmiento el 18 de julio de 2012 en perjuicio de J. A. G..-

1) El impugnante, en su escrito recursivo, denunció que el *a quo* incurrió en una errónea valoración de la prueba. Si bien no cuestionó la materialidad del suceso, puso de relieve lo que, a su entender, configuraron contradicciones en los testimonios que le quitaron entidad a la imputación que el órgano acusador endilgó a J. I. N..-

En tal sentido, destacó, el Juez Penal no tuvo en cuenta que en el reconocimiento en rueda de personas, el damnificado J. G. no fue

contundente en relación al aquí imputado, pues sólo expresó “ese se parece al que estaba enfrente”, o sea que no fue categórico.-

El restante punto de agravio se centró en la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *quater* del catálogo sustantivo. Al respecto, apuntó, la esencia de la norma se vincula con la situación en la cual el agente mayor de edad, se aprovecha del menor consorte de causa para descargar su responsabilidad penal, conforme surge de la exposición de motivos en el ámbito parlamentario.-

En el subjúdice, adujo, es claro que el órgano encargado de acreditar tal circunstancia -el aprovechamiento de la minoría de edad de J. I. N.- era el Ministerio Público Fiscal, que no sólo omitió hacerlo sino que propició una aplicación automática de la agravante sin atender a su espíritu.-

Por todo lo expuesto, concluyó solicitando la absolución de su asistido por el hecho que se endilgara.-

2) La representante del Ministerio Público Fiscal, en su responde de fs. 45/vta., puntualizó, en relación al primer punto de agravio, que el recurrente ignoró que durante el debate hubo un reconocimiento impropio de la víctima G. en el que no dudó en sindicar al imputado N..-

En lo vinculado al segundo cuestionamiento, adujo que en los alegatos finales sostuvo que la agravante contenida en el art. 41 *quater* no exige que se acredite el aprovechamiento del sujeto activo mayor de edad respecto de la minoría de su consorte, citando en apoyo de ello lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia en la causa caratulada “Comisaría Seccional 6ta. s/ Investigación Homicidio en ocasión de robo” (Expte. N°

23022 - F° 160 - Año 2013 - Letra “C”).-

Por todo ello, concluyó reclamando el rechazo de la impugnación interpuesta.-

3) En la audiencia señalada a tenor del art. 385 del CPP -a la que sólo asistió el impugnante-, el Dr. Oyarzun ratificó los argumentos reseñados precedentemente. Enfatizó aún más su cuestionamiento en cuanto a la autoría de su pupilo en el hecho, cuya realidad fenoménica admitió.-

Consignó, luego de relatar el hecho tal como se lo fijara en la acusación, que a N. se llegó a través de la sindicación de una persona de apellido T., en base a lo que le comentara el damnificado, que no fue testigo del hecho y que tampoco compareció al debate.-

Destacó también las dudas expresadas por dos empleados policiales acerca de quien de los hermanos N. pudo haber intervenido el suceso y también puso de relieve la omisión de la Fiscalía de requerir una orden de allanamiento a su domicilio para poder constatar si allí se encontraban los elementos sustraídos a G..-

En cuanto al encuadre legal, reiteró lo expresado en el escrito de impugnación.-

Concluyó su alegato solicitando la absolución de su asistido y, subsidiariamente, que se califique su obrar como Robo simple y se le imponga el mínimo de la escala prevista en el art. 164 del CP.-

II.- 1) Agravio relativo a la autoría del imputado en el hecho.-

Sobre el particular, habré de destacar que según indican

las máximas de la experiencia, usualmente cuando el reconociente ha atravesado por una vivencia traumática, como la de ser víctima de un suceso de violencia contra la propiedad, no son las características fisonómicas de sus agresores lo que más se retiene en la memoria, sino otros aspectos, tales como las expresiones amenazantes, el tipo de arma utilizada, o algún detalle sobre la vestimenta o apariencia física, en general.-

En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han coincidido en sostener que se ha demostrado que, en general, la atención de los testigos y, en especial, la de las víctimas de hechos con armas, se centra precisamente en el arma que sostiene el autor del delito, quedándose más alejado del foco atencional el resto de los detalles, entre ellos los rasgos faciales y apariencia del autor.-

En la línea que vengo desarrollando, en el *sublite*, las manifestaciones del damnificado en oportunidad de llevarse a cabo la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, cuestionadas por la Defensa -“ese se parece al que estaba enfrente”-, en absoluto deben interpretarse como equivalentes a un reconocimiento con resultado negativo, y menos aún postular que se compute como una prueba de descargo. Y ello es así por cuanto, a mi entender, este pretendido déficit quedó superado luego en la audiencia de debate, cuando G., al prestar declaración testimonial, efectuó un reconocimiento impropio en el que sindicó sin dubitar al aquí acusado, como uno de los intervinientes en el hecho que lo victimizara, circunstancia esta que acertadamente puso de relieve la Fiscal General en su escrito de responde a la impugnación bajo análisis, y el Juez

Penal también plasmó en la pieza decisoria impugnada.-

Cabe agregar a ello que también tuvo en cuenta, en aras de tener por acreditada la intervención de N. en el suceso convocante, que G. mantuvo sus dichos de manera uniforme desde el inicio de la investigación, y no se advierte que en se insinuara la existencia de algún interés en perjudicar al imputado, guardó correspondencia además con el testimonio de su padre y con las manifestaciones de los oficiales A. y R., como así también con las constancias exhibidas a los testigos e incorporadas al debate.-

El *a quo* ha ponderado estos extremos y en apoyo de su conclusión, ha recurrido a una cita jurisprudencial emanada del más Alto Cuerpo Judicial de la Provincia que estimó aplicable al caso (expte. N° 21.449-97 T II 2008, sentencia N° 55/2010 del 14/10/2010), por lo cual cabe concluir que el razonamiento desarrollado por el Señor Juez Penal en relación a este punto de agravio, no merece reparo alguno.-

Por la suma de los argumentos expuestos, en lo que atañe a esta objeción, propongo mi sufragio por la negativa.-

2) Agravio relativo a la aplicación del art. 41 *quater* del Código Penal.-

a) Respecto a la operatividad en el caso del art. 41 *quater* del catálogo sustantivo, corresponde acatar la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial, que se ha expedido reiteradamente sobre el punto; en los siguientes términos: "…La norma de mención establece que cuando alguno de los delitos previstos en el Código penal fuera cometido

con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, con respecto a los mayores que hubieran participado en el hecho. Es que, acreditada la participación de ... en el suceso, quien contaba en ese momento con catorce años de edad, correspondía la aplicación de la agravante para …, su consorte de causa…" (cfme. entre otras, sentencias n° 2 y 55/10, y 46/13 del Superior Tribunal de Justicia).-

Se registran también en igual sentido, numerosos precedentes jurisprudenciales, como ser -a título meramente enunciativo-, de la CNCrim. y Correc., sala IV, 16/7/2004, causa "Guida, Matías y otros", y C.N. Cas. Pen, sala I del 10/2/2009, causa "Sosa, Manuel A." (todos en Summa Penal, tomo V, ya citado, pág. 4597); C.N. Crim. y Correc., sala IV, 16/12/2013 –M. S., A. E. s/ procesamiento", publicado en Suplemento La Ley "Penal y Procesal penal", director Miguel A. Almeyra, julio 2014, n° 06, pág. 53; C.Pen. Rosario, sala 1°, 7/12/2012 –R., A. E., publicado en "Revista…" ya citada, octubre 2012, págs. 1860 y ss.).-

El voto, en consecuencia, también es por el rechazo del agravio, es decir por la negativa.-

b) Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, entiendo prudente dejar a salvo mi opinión en contrario, *obiter dicta*, toda vez que me inclino por adherir a la posición que sostiene que es menester, para que proceda la aplicación de la agravante, que "…se demuestre algún ascendiente que el mayor tiene sobre el menor para impulsarlo a delinquir, independientemente de su inimputabilidad penal y de que el mayor se valga

o no de ello para procurar su impunidad, pues parece que el acento debe ponerse en la preservación del menor que es 'utilizado' con fines ilícitos. De esta forma, los casos en que los menores intervengan libremente en la comisión de ilícitos, sin poder determinarse ningún tipo de ascendiente sobre ellos por parte de los mayores, tornarán **inaplicable** la agravante, pues dicha situación **no** genera un mayor desvalor de injusto, y aplicarla sería pura responsabilidad objetiva" (cfme. Alexis L. Simaz: "Algunas cuestiones interpretativas de la 'agravante genérica' del art. 41 quater, C. Pen.", publicado originalmente en "Revista…" ya citada, de diciembre del 2008, pág. 2037, y luego recopilada en Summa Penal, t. II, págs. 1443 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

Cabe añadir, en relación con este criterio, que la jurisprudencia exige que se compruebe, en el caso concreto, que el menor ha sido efectivamente "utilizado"; no siendo suficiente, con argumentar que las solas "diferencias de edades entre el imputado y los coimputados menores de edad habrían generado un liderazgo natural en cabeza de él" (CF. Cas. Pen., sala II, causa "Díaz, Emanuel Matías", sentencia del 10/9/12); ya que no puede haberlo cuando actúan todos de consuno y en pie de igualdad, sin prevalencia del mayor respecto del menor (el mismo Tribunal causa "Montiel, Andrés Alejandro", del 31/3/14).-

c) Más allá del resultado al que se arriba en relación a los agravios traídos a estudio, entiendo que se verifican en la especie extremos que ameritan una readecuación del monto de la pena fijada ya que el Juez de grado, a mi entender, aún cuando acertadamente discrepó con el encuadre

legal asignado por la titular del órgano acusador al suceso, calificándolo como Robo simple agravado por haber sido cometido con la intervención de un menor de dieciocho años (arts. 41 quater, 45 y 164 del CP) -prescindiendo de la utilización del arma-, no se apartó del mismo, con lo cual fijó la escala penal a partir de la cual debía desarrollarse la operación tendiente a individualizar la pena.-

Estimo necesario recordar sobre el tema -determinación judicial de la pena-, que el protagonismo lo tiene el principio de culpabilidad, que es el limite máximo de aquella, más allá del cual no es legitimo ni posible que halle realización el fin de prevención general, y por debajo del cual, por consideraciones de prevención especial, es legitimo disminuir la medida de la pena hasta el mínimo legal, o si esta previsto por la ley reemplazarla por otra consecuencia jurídica menos grave.-

En otras palabras, nada obsta a la utilización de criterios de prevención "general" o "especial" siempre que se los utilice para bajar la pena, o sea, de ninguna manera, se puede por razones de prevención general (intimidación) poner más pena que la que le corresponde al autor por la culpabilidad de su acción, típica y antijurídica.-

En apoyo de cuanto vengo desarrollando, estimo pertinente señalar que "*La culpabilidad por el hecho es el principal punto de referencia, y por ello determina el límite máximo de reacción penal frente al delito*" (cfme. Esteban Righi, "Teoría de la pena", Hammurabi, José Luis Depalma Editor, pag. 230).-

Para que pueda determinarse mayor o menor pena,

dependerá de la entidad o el valor de los motivos y circunstancias que concurrieron, a fin que el agente tome la decisión de actuar en contra del orden jurídico, ya que el objeto del juicio de culpabilidad, es el comportamiento antijurídico, con relación a la actitud interna del sujeto, jurídicamente desaprobada.-

Pero a la hora de practicar tan delicada operación, tampoco debe desatenderse a los principios de proporcionalidad y al de lesividad.-

A los fines de graduar la sanción, el juez debe prestar tanto atención al tipo del ilícito como al tipo de la culpabilidad. El análisis de los factores que los agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de la comunidad en su conjunto.-

He de recordar al respecto que "… frente al caso penal, operando atenuantes la pena se acercará al mínimo, mientras que incidiendo agravantes, se arrimará al máximo … Desde luego que el peso específico de cada elemento gravitante debe ser medido por el juez, esto en función de las circunstancias del caso. …los antecedentes personales del autor, la reincidencia, la agravación del daño infligido y la conducta procesal obstructiva o dilatoria entre las agravantes; o la ausencia de antecedentes, el buen concepto vecinal, los hábitos de trabajo, la reparación del daño causado y el arrepentimiento demostrado entre las minorantes, tendrán un protagonismo distinto según los casos. Incluso, una circunstancia podrá operar como atenuante frente a una constelación de circunstancias, mientras que ante otras puede asumir función contraria. "… En todo el sistema,

expuesto en tan gruesos trazos, subyace la proporcionalidad y el equilibrio. Ningún elemento puede ser eliminado so pena de erosionar una idea de armonía entre todas las acriminaciones …" (causa del TCPBA "Espíndola, Ramona", 25/8/00, publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación", tomo 2, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 472).-

Sobre la base de las directrices expuestas, advierto que el *a quo* si bien ponderó con acierto para aumentar el monto de punición "el medio empleado para intimidar a la víctima al momento del atraco", a tal circunstancia -que quedó acreditada a lo largo del debate en función de los dichos del damnificado y que no fuera objetada por la Defensa-, no puede asignársele la trascendencia que le otorgara, debido a la significación jurídica asignada al hecho al momento de la discusión final, tal como ya se expresara.-

De tal forma, entonces, la utilización del arma queda englobada dentro de la intimidación, y lo que puede valorarse tangencialmente como agravante, a todo evento, es la alteración en el estado de ánimo provocado en la víctima, el temor infundido y que lo llevó a hacer entrega del bien reclamado (un aparato celular).-

Así considerada dicha pauta queda, además, el contexto de nocturnidad en el que se perpetrara el hecho; pero todo ello no alcanza a constituir elementos de entidad suficiente, como para autorizar un alejamiento tan desproporcionado del mínimo legal.-

Además, al momento de enumerar las circunstancias minorantes, se han consignado, correctamente, la juventud del acusado, su

básico nivel educativo y su pertenencia a un estrato social vulnerable que lo llevó a vincularse con el sistema penal desde muy temprana edad con las nocivas consecuencias que ello trae aparejado.-

En función de lo expuesto, interpreto que si bien no corresponde la aplicación del mínimo legal, tampoco existen elementos objetivos de suficiente peso, que justifiquen un alejamiento de él como el que se verificó en el caso.-

Por todo ello, habré de propiciar al acuerdo que se fije el *quantum* punitivo en cuatro meses de prisión, con costas (art. 29, inc. 3°, del CP).-

En cuanto a la modalidad de cumplimiento, debe confirmarse que sea de efectivo cumplimiento en virtud de lo normado en el art. 76 ter, párrafo 5°, del CP que imposibilita una sanción en suspenso, al haberse vulnerado las reglas de conducta bajo las cuales se acordara, oportunamente, la suspensión de juicio a prueba. Así voto.-

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

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios del impugnante, término del fallo recurrido, y antecedentes del caso, más allá de las menciones que se realizarán más abajo, remitiendo a tal fin, en honor a la brevedad, a la reseña que principia el sufragio precedente.-

II.- Debo decir, en primer término, que el impugnante de la Sentencia condenatoria, ni en esta etapa ni en la anterior, cuestionó la materialidad del hecho.-

Ello, si bien automáticamente no derivaría en la

confirmación de dicha Sentencia, pues si esta presentara algún vicio que desnaturalizara la garantía del "Juicio previo" en sus aspectos esenciales, deberíamos señalarlo, aún oficiosamente, no ocurre, pues el A-quo arribó razonadamente a la vinculación de L. M. N. con el suceso de autos.-

Concluyó el Sentenciante que aproximadamente a las 21 hs. del día 18/7/012, el imputado junto a uno de sus hermanos menores de edad, interceptó a la víctima, J. G., sobre la calle N., cerca del local comercial "E. C", de la ciudad de Sarmiento, le exhibió lo que este describió como un arma de fuego, la que apoyó en su abdomen, le sustrajo su teléfono celular marca Samsung, y le dijo que se alejara de lo contrario le dispararía.-

Eso hizo, y luego de desandar unas cuadras se encontró con su primo, G. T., a quién comentó lo sucedido, dándole detalles tales como que el que manipulaba el arma era más alto que él, tenía voz gruesa, fue el que habló, el otro más bajo de estatura y llevaba una capucha, no emitiendo sonido alguno.-

Ante ello, T. le esbozó una teoría de acuerdo a la descripción física, referente a la posibilidad que haya sido el acusado el autor del hecho, por lo cual ambos, junto a J. G., padre de la víctima, concurrieron al domicilio de N., donde el damnificado lo observó a través de una ventana, y lo reconoció. En ello, dijo, también tuvo que ver la expresión de sus ojos.-

Previo habían efectuado la pertinente denuncia, recibida por el Oficial de policía Á., tomando conocimiento de lo acaecido el Jefe de la Brigada de Investigaciones, Subcomisario J. R.. Los tres aludidos declararon en Juicio, y expusieron lo ocurrido en términos similares a los de la víctima.-

Esta participó además de dos instancias de Reconocimiento de personas. Uno de carácter propio, en el cual señaló al imputado afirmando que existían chances de que fuera el que le sustrajo el teléfono, y otra impropia, en Debate, donde lo afirmó sin hesitación.-

He de abordar tres tópicos brevemente. G. aseveró que concurrió al domicilio de N. en virtud de una hipótesis de su primo. Si lo hubiera efectuado merced a una especulación policial, el origen de la sugerencia no hubiese invalidado que luego se apersonó en la morada del sospechado y lo observó.-

Su relato se mantuvo coherente a lo largo del proceso, internamente, en las diversas oportunidades en que lo manifestó, a su padre, los policías, en la rueda, por fin en Debate. Y externamente, pues fue compatible con lo expuesto por dichas personas, y lo asentado en las actas de los actos procesales indicados.-

Por último, fue sometido a un contra examen en el Juicio por parte del esforzado Funcionario de la Defensa Pública, hoy impugnante, y salió airoso.-

Todo ello fue valorado por el A-quo, y habiendo consistido su lógica en un razonamiento muy lejano a la arbitrariedad, el agravio que pretendió identificar un supuesto de esta forma de decidir, debe ser rechazado.-

III.- En cuanto al art. 41 quater del CP., he de reiterar conceptos vertidos en la Sentencia nro. 29/14: "…al deliberar hemos coincidido en respetar la postura del Magistrado de grado de seguir la doctrina

legal de la Sala Penal del STJ, la que se identifica con una de las interpretaciones que en Doctrina y Jurisprudencia se ha dado a la norma, básicamente por que hemos entendido que la solución que hemos consensuado para el caso, no pasa por la aplicación o no de tal agravante genérica, por los motivos que se enunciarán en el item siguiente".-

"Pero, brevemente, fijo una posición al respecto". "Considerar como calificante del accionar de un mayor la mera "intervención" en un delito de un menor, sin mayores distinciones, acerca peligrosamente la responsabilidad penal a una objetivación prohibida por el principio constitucional de culpabilidad".-

"Si apelamos a una interpretación teleológica, la Ley 25767 pretendió evitar la instrumentalización de los menores por los mayores en la faz delictiva, a los fines de evitar su propia responsabilidad. Este cuadro de conceptualización ha sido identificado con la existencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, el cual, como todo componente subjetivo, debe ser acreditado (conf. V.A.A. s/procesamiento y p.p." Sala A CN Crim y Corr., 31/8/08, voto mayoritario)".-

"Otra fundamentación de la agravante puede tener que ver con el envilecimiento de la voluntad de los menores por los mayores, comprometiéndolos en empresas delictivas que en definitiva conspiren contra su formación en el apego a la ley".-

"Este último aspecto conllevaría la creación de un virtual "deber de garantía" por parte de todos los mayores, consistente en mantener a la minoridad fuera del delito, convirtiendo a la norma en una suerte de delito

de omisión impropia, lo cual no respetaría las implicancias del principio de legalidad, pues, concretamente, tal deber no existe".-

"Desde el enfoque sugerido, la norma no debía aplicarse, aunque, reitero, la cuestión no ha tenido incidencia en la solución del caso".-

IV.- En cuanto a la dosificación, lo primero que debo decir es que comparto la decisión del A-quo de determinar una pena de cumplimiento efectivo, aunque no sus fundamentos.-

Existía impedimento para dictar una nueva condena en suspenso, pero no era el que identificó el Sentenciante, ya que como bien dijo la condena anterior, firme, dictada respecto de N. lo fue por hechos posteriores al que aquí se analiza.-

Lo que ocurría era que de acuerdo al regime, en de la probation al haber sido revocada ésta por la comisión de un nuevo delito que mereció condena ya firme, la pena derivada de la reanudación de aquél proceso debía ser de cumplimiento efectivo.-

En última instancia, procedería la unificación de ambos pronunciamientos, en los términos del art. 58 del CP.-

Por ende era ineludible que el acto que estamos revisando implique una pena efectiva, al tratarse de una "probation" revocada por la comisión de un nuevo delito durante el período de prueba, precisamente el que derivó en aquella condena.-

Lo que también ocurre, es que N. ha superado, hablando del fin de prevención especial de la pena, cierto estadío de intervención, requiriendo uno de mayor estrictez. Esta transcurriendo por un

pronunciamiento de carácter condicional, más allá de lo expuesto supra en cuanto al punto.-

La alternativa del art. 35 de la Ley 24660 se presenta así como compatible a ello, e implica, desde ya un temperamento de pena efectiva, sin perjuicio de su eventual reemplazo.-

Pero ello trae consigo la reducción sustancial del monto de condena. Estamos afirmando que también de acuerdo a las necesidades del caso a título de fines de la pena, procedía dictar una sanción efectiva, pero ello incide en aquella disminución, muy por debajo de lo determinado por el A-quo.-

Por ello, he de coincidir con el colega preopinante en que la cuantía de cuatro meses de prisión significa una respuesta que concilia ambos imperativos mencionados. Así voto.-

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

I.- El prolijo detalle de los antecedentes de caso realizado al comienzo de este acto me eximen de reiterar su reseña y en honor a la brevedad me remito a ello.-

1.- L. M. N. resultó condenado por haber sustraído a J. A. G. un celular marca Samsung. En cuanto a la modalidad comisiva, el nombrado actuó con un hermano menor de edad interceptando a la víctima en la vía pública intimidándola, logrando así hacerse del bien mencionado.-

El impugnante no cuestiona la materialidad del suceso y el agravio principal es dirigido a la valoración de la prueba por el Juez de grado para concluir que su asistido es una de las dos personas que abordaran

al joven G..-

El magistrado parte analizando los dichos de la víctima considerándolos creíbles y veraces, desde que inmediatamente de sucedido el episodio lo puso en conocimiento de su padre y luego de la autoridad policial manteniendo completamente la versión a lo largo del proceso.-

El curso causal de la investigación para dar con la identidad de los autores parte de la sospecha del joven sobre miembros de la familia N., la que se generó a partir de haberse encontrado con su primo, G. T., a quien le comentó lo sucedido describiendo a los agresores y éste en base a ello lo condujo hacia una casa del Bº Progreso, siendo atendido por la madre de los imputados pudiendo apreciar en su interior a uno de los autores, brindando luego esta información a los preventores.-

Se llega así a un reconocimiento en rueda de personas, en la que la víctima efectúa una descripción de los sujetos que se ajusta a las particularidades fisonómicas reconociendo a los hermanos N. y en lo puntual en relación a L. M. señaló que "ese se parece al que estaba enfrente"; esto es tomado por el Sr. Defensor para sostener que en definitiva la medida no arrojó resultado positivo y ante la insuficiencia de la prueba se impone la absolución del nombrado.-

Puedo convenir que la víctima en tal diligencia no fue categórica, ahora bien ello no autoriza a interpretarla como prueba de descargo, máxime que durante el desarrollo del juicio el joven G. no dudó en sindicar a L. M. N. como uno de los autores, lo que bien destaca la representante del Ministerio Público Fiscal en su responde y el Juez aquo así

lo ha considerado en la sentencia.-

Resultando entonces que la sana crítica del Juez otorgara valor a las evidencias para dar sustento a la construcción, nada impide que ello se apoye en un único testigo cuando el mismo esta dotado por un lado de coherencia interna y por otro de coherencia externa, es decir que resulta corroborado con datos que provienen de una fuente distinta. El aquo ha procedido en tal dirección avalando su postura con cita jurisprudencial por lo que cabe concluir que se encuentra suficiente y debidamente fundada la sentencia permitiendo comprender el razonamiento desarrollado, por lo tanto descarto que estemos ante un pronunciamiento arbitrario correspondiendo su confirmación, lo que así voto.-

2.- El segundo punto de agravio se dirige a la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 quater del Código Penal, sosteniendo que la misma es operativa en la medida que el agente mayor de edad se aprovecha del menor consorte de causa para descargar su responsabilidad penal, y que tal extremo no fue acreditado por el Ministerio Público Fiscal no pudiendo aplicarse automáticamente.-

Sobre el punto no podemos dejar de acatar la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia que se ha pronunciado reiteradamente sobre la operatividad de la agravante cuando resulta acreditado que el delito se cometió con la intervención de menores de 18 años de edad (Sent. Nº 2/2010 – Nº 55/2010 – Nº 46/2013), aunque considero pertinente dejar a salvo mi posición en cuanto no basta la mera presencia del menor en el hecho sino que su participación debe tener como finalidad descargar la

responsabilidad en él. Surge de los debates parlamentarios que precisamente se apunta a penar con mayor rigurosidad los casos en que los mayores se aprovechan o se sirven del menor, ya sea para imputarles la responsabilidad o alguna característica del mismo que lo facilite, pero no es aplicable a aquellos supuestos de coautoría donde no se diferencia el actuar de cada uno.-

3.- Ahora bien al margen que no han de prosperar los agravios traídos por el impugnante, en el proceso deliberativo hemos coincidido que el caso justifica una readecuación del monto de pena fijada en función de la importancia que otorgó el Juez al medio empleado para intimidar a la víctima, cuando quedó descartada para el órgano acusador la agravante del empleo de un arma de fuego optando por la aplicación de la figura simple del robo.-

Si bien no es desacertado ponderarla de acuerdo a la significación jurídica asignada a la conducta no corresponde otorgar semejante trascendencia transformando de tal manera la respuesta punitiva en desproporcionada al injusto.-

El caso amerita apartarse del mínimo de la escala penal aplicable, ello también motivado por la nocturnidad, pero no existen otras circunstancias que justifiquen alejarse en tal proporción, compartiendo con mi par que lidera la votación lo propuesto en cuanto que el monto de pena quede establecido en cuatro meses de prisión, con costas y que debe confirmarse que sea de efectivo cumplimiento en virtud de lo previsto en el art. 76 ter., 5º párrafo del C.P., lo que así voto.-

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

En orden al tratamiento de la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L. N., contra la sentencia Nº 408/15 dictada en fecha 19 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser coautor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con la intervención de un menor de 18 años de edad (arts. 164, 41 quater, y 45 del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 18 de julio de 2012 en perjuicio de J. A. G. y tener presente la reserva del caso federal.-

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

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

De acuerdo al tratamiento de la cuestión precedente coincido con lo propuesto por el colega que vota ut supra, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L. N., contra la sentencia Nº 408/15 dictada en fecha 19 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser coautor

penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con la intervención de un menor de 18 años de edad (arts. 164, 41 quater, y 45 del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 18 de julio de 2012 en perjuicio de J. A. G. y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

Atento el tratamiento de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas, y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L. N., contra la sentencia Nº 408/15 dictada en fecha 19 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser coautor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con la intervención de un menor de 18 años de edad (arts. 164, 41 quater, y 45 del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 18 de julio de 2012 en perjuicio de J. A. G. y tener presente la reserva del caso federal.-

De la misma forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

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

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

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la

Defensa del acusado **M. L. N.**, contra la sentencia Nº 408/15 dictada en fecha 19 de mayo de 2015 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia 408/15 dictada respecto de **M. L. N.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser coautor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con la intervención de un menor de 18 años de edad (arts. 164, 41 quater, y 45 del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 18 de julio de 2012 en perjuicio de J. A. G. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).----------

---

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

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

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

La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia con posterioridad a la deliberación el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

Sentencia nº 28/15

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller.-