En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los trece días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y, Martín Montenovo con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"D.,D. E. p.s.a robo tentado -Trelew (Carpeta 5.533 OJ Tw - Legajo 53.252 OUMPF Tw) y su acumulada y su acumulada: "D. , D. E. y otro p.s.a. de robo tentado - Trelew" (Carpeta 7113 Ofiju Tw - Legajo 69.118 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública contra la sentencia nro. 2907/18 OJ Tw dictada en fecha 05/11/18, por la cual D. E. D. fuera condenado como autor material y penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa, dos hechos en concurso real (art. 42, 45, 55 y 164 del C.P.), a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento, en orden a los hechos ocurridos en esta ciudad, los días 3 de enero y 12 de diciembre, ambos del año 2017, en perjuicio de L. D. L. (Carpeta 7113) y J. E. G. (Carpeta 7615).

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25/04/19 en la sede de este tribunal, intervino por la Defensa Pública el Dr. Javier Allende y la Dra. Carolina Marín en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Martín Montenovo.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Llegan estos folios al Tribunal de revisión a fin de considerar la validez de la sentencia por la cual se condenó a D. E. D. a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento, al ser encontrado autor material y responsable del delito de robo en grado de tentativa, dos hechos en concurso real, del artículo 164, 42, 45 y 55 del C. Penal.

2. El agravio del apelante gira en torno al pedido de absolución por el hecho contenido en la Carpeta 7113 y, en forma

subsidiaria se disminuya el monto de pena impuesta, solicitando se aplique el mínimo legal.

Concretamente, dice que ha sido mal valorado el indicio que llama de "inmediatez" y se ha desatendido el hecho que la víctima no pudo ver las ropas del autor del hecho.

En cuanto al monto de la sanción impuesta, funda su queja en que al momento de mensurar las agravantes, se ponderó algunas no solicitadas por la acusadora, o no fundamentó debidamente la razón de su aplicación en otras.

3.- Puesto a resolver, es necesario recordar de qué modo reconstruye el magistrado interviniente el suceso histórico llevado a juicio y funda la autoría responsable del traído a proceso.

En efecto, sentencia el *a quo*, que "*...más allá de las críticas de la defensa, debo mencionar que existen indicios serios, precisos y concordantes que nos señalan que D., fue el autor del hecho".*

"En primer lugar, se ha acreditado en su poder los elementos sustraídos al Sr. L.. Ha quedado acreditado con el testimonio de los policías que procedieron a la detención de D., que observaron a dos sujetos en intersección de las calles Ecuador y Ameghino, y uno de ellos se encontraba intentado desbloquear un celular, que al ser consultado sobre su procedencia el mismo no supo responder, posteriormente se comunican con la víctima pudiendo desbloquear el mismo con el patrón de seguridad correcto. Ya en sede policial, se procede al secuestro de los demás elementos sustraídos, elementos que posteriormente fueron reconocidos como de su pertenencia por la víctima y entregados a la misma".

"Otro indicio que debo tener en cuenta en la inmediatez en que procede a la detención de D.. En efecto, conforme surge de la prueba producida en el debate el hecho se produjo a las 4:40 horas del día 03 de enero del año 2017, los funcionarios policiales A. F. y A. M. toman conocimiento del hecho vía radial a las 4:45 horas concurriendo inmediatamente al lugar ya que se encontraban en las inmediaciones, advirtiendo la presencia de dos sujetos uno de los cuales se encontraba manipulando un celular que posteriormente se determina que era de propiedad de la víctima".

4.- Ello así, cotejada la prueba producida en el debate, en particular las declaraciones de los agentes policiales que ocurrieron al lugar del hecho en forma casi inmediata, así como el reconocimiento de la *res furtiva* por parte del damnificado

que fuera hallada en poder del prevenido a escasos minutos del desapoderamiento, no pueden conducir a otra conclusión distinta a la confirmación del fallo atacado.

Ha ponderado el juez del caso en forma correcta el indicio de "inmediatez" entre el desapoderamiento y el hallazgo de las cosas sustraídas en poder de D., cosas reconocidas por la víctima como las desapoderadas minutos antes, en un escenario de madrugada, sin otras gentes en los alrededores, cometido por un persona que, precisamente, se encontraba en la calle intentando desbloquear el teléfono celular de L. que fue sorprendido por los numerarios policiales en forma casi "flagrante".

5.- Respecto a la pena impuesta, adelanto, desde ahora, que no puede sostenerse la justipreciación realizada por el *a quo.*

En primer lugar, si bien en otros pronunciamientos se aceptó que se evalúe negativamente la nocturnidad, en el caso, no solo no fue mencionada sino tangencialmente por la acusadora en la audiencia respectiva, sino que, por otra parte, no se explicó de qué manera se "aprovechó" de dicha circunstancia para cometer el atraco.

En otro orden, tampoco puede ser considerado como agravante el hecho de tener en su poder un elemento punzocortante toda vez que, tal como el magistrado reconoce, no fue utilizado para cometer el ilícito, lo que, a la sazón, impidió calificar el desapoderamiento como perpetrado con armas.

A más de ello, ha ponderado el Juez, para agravar la sanción, el hecho de haber actuado con otra persona más allá de lo solicitado por la acusación, impidiendo a la defensa alegar sobre dicho extremo, sin explicarse siquiera cual ha sido el aporte del segundo y de qué manera hubo de influir en la mayor entidad del injusto.

Por último, en relación al antecedente condenatorio, sabido es que si bien en algunas ocasiones puede ser revelador de mayor desprecio a la norma, no menos cierto es que, en otras, puede ser manifestación de menor reproche, por lo que deviene necesaria una muy prolija y exhaustiva consideración en cada caso de conformidad con las evaluaciones psiquiátricas disponibles.

6.- Por ello, sin perjuicio de la confirmación de la sentencia en lo que se refiere a la autoría material en cabeza de D., corresponde revocar la pena impuesta, debiéndose reenviar estos folios para que se fije una sanción limitada a las peticiones de las partes y con adecuada fundamentación, no siendo admisible asumir competencia positiva e imponer pena, puesto que

no solo no podría ser el mínimo pretendido por la defensa sino que, además, se atentaría contra la garantía de la doble conformidad del fallo, otorgando así la posibilidad de que sea revisada por un órgano con competencia superior.

7. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de VEINTICINCO (25) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 15 - antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920).

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar la impugnación presentada, ahora corresponde efectuar la revisión de la decisión por la que se condenó a D. E. D. a la pena de dos años de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, en carácter de autor, dos hechos en concurso real, del artículo 164, 42, 45 y 55 del C. Penal.

2. La defensa requiere de éste Cuerpo, la absolución por el hecho de la Carpeta 7113, y subsidiariamente en la misma y en la 7615, se disminuya el monto de pena impuesta a la del mínimo legal de 15 días -por ser el mínimo común- ,o en subsidio, a treinta días siendo la suma aritmética de los mínimos en cada hecho.

Para ello, tanto en su libelo recursivo como en la audiencia llevada a cabo en los términos del artículo 385 del CPP, atacó del fallo, en cuanto a la carpeta 7113, señalando que el juez consideró que se encuentra acreditado con el grado de certeza tanto en su materialidad como en su autoría, mas no tuvo en cuenta la contradicción de la existencia de un presunto "campana" que fuera sobreseído por el MPF, e ignoró que de los testimonios surgen contradicciones con la documental acompañada y que las mismas han quedado en evidencia en el transcurso de la audiencia.

Enfoquemos el análisis de los agravios por separado.

2.1 <u>De la errónea valoración de la prueba y falta de fundamentación.</u>

El pretenso aseguró que la aplicación de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia común al momento de evaluar todo lo que fue demostrado o indicado en el debate, lo llevó al magistrado a emitir una sentencia, con falta de fundamentación en cuanto a la autoría. Atacó férreamente la inmediatez, como el indicio de mayor y errada argumentación del

juez, denunciando que no se condice con la realidad representada en el Juicio.

2.1.1 Si bien no se le ha dejar de reconocer cierta razonabilidad a su planteo, tras la prolija reconstrucción cronológica que efectuara en el recurso, revisados agudamente los fundamentos de la pieza jurisdiccional, considero que aquél no puede prosperar.

El juez dijo que en la denuncia tomada al señor L. en la comisaría segunda de la ciudad de Trelew, relató un hecho que ocurrió "aproximadamente" a las 4:40 horas de la madrugada (ver último párrafo de la página 60 de la carpeta).

Sabido es que la idea con la prueba es que el litigante acredite todas y cada una de las proposiciones fácticas de su caso mediante evidencia.

En el caso que la evidencia comprenda la de testigos, cada uno de ellos debe exponer ante los juzgadores el tramo de los hechos que hayan conocido a través de sus sentidos, algo así como la parte de la historia que se pretende contar. La información se aporta al tribunal de juicio respondiendo a las preguntas que formulen las partes, sea en el examen directo o en el contraexamen. El testigo debe aparecer como confiable, y su relato debe ser creíble.

Estimo que en casos como el que se analiza, que tienen que ver con situaciones acaecidas en la noche/madrugada, tras horas de ensueño de los actores, y mencionadas en declaraciones efectuadas luego de un proceso que posee cierto trauma, como lo puede ser un robo, las referencias temporales pueden tener un margen razonable de imprecisión.

El adverbio "aproximadamente" utilizado en el fallo, le dá justo alcance a su ponderación de la referencia temporal del hecho cometido y denunciado.

Si el hecho no fuera cometido "exactamente" a las 4:40 horas, sino por ejemplo, cinco o diez minutos antes, tengo para mí que todas esas acciones enumeradas en el recurso, pudieron haberse realizado.

2.1.2 Las eventuales circunstancias que enumeradas en la impugnación, pretenden competir con la de la fiscalía, no logran imponer la duda.

En que en el fallo, más adelante (página 61/vta, segundo párrafo) el juez penal fundamentó concretamente la inmediatez, para lo cual valoró las siguientes pruebas: testimonio de L., de los funcionarios policiales M. y F., mapa satelital que indica

la referencia del lugar del hecho y de la aprehensión.

La jurisprudencia enseña que " ..... *La sentencia condenatoria puede válidamente fundarse en elementos de convicción indirectos, como son los indicios, con la condición de que éstos deben ser unívocos y no anfibológicos, vale decir, que la relación entre los hechos conocidos (indiciarios), debidamente acreditados, no puedan relacionarse con otro hecho que no sea el evento desconocido, cuya existencia se pretende demostrar (indicado) .....*" Sent. n° 48 - "GALLEGOS, Lucas Miguel p.s.a. Robo agravado, etc. - RECURSO DE CASACIÓN-" - TSJ DE CORDOBA - Sala Penal - 29/05/2006.

El análisis conglobado de aquellas pruebas, confirmó las proposiciones fácticas que tienen que ver con el desapoderamiento, con la denuncia, con la intervención de la autoridad policial, con la detención y con el recupero de los efectos siniestrados.

Así entonces, tengo para mí que dichas evidencias poseen tal fortaleza, que no logran desestabilizar la conclusión final del sentenciante y logran fundamentar acabadamente, la certeza sobre la autoría que se cuestiona.

A tal punto es así, que ninguno de los presupuestos fácticos mencionados, medulares en la teoría del caso de la acusadora, han sido cuestionados en el recurso que nos ocupa.

Es por ello que no advierto falta de fundamentación, ni mucho menos un error en la valoración que el A Quo efectuara sobre la prueba, por lo que voto por rechazar la impugnación ensayada sobre estos puntos.

2.2 Sobre el monto de la pena.

Debo partir de la consideración a modo de axioma, que la coerción penal, cuyo instrumento es la pena, "... *no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la coexistencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor....*" *(Tratado de Derecho Penal, parte general, Raúl E. Zaffaroni, Ediar, 1998, página 63).*

2.2.1 Dicho ello, y de frente a los agravios, en primer lugar, corresponde dar razón al recurrente, por cuanto la escala penal que obra de marco para la determinación del reproche, lo limita la pretensión punitiva estatal, en este caso, los tres años solicitados por la fiscalía, y no los seis que faculta la ley.

No es posible, como asegura la defensa, denunciar que el A Quo violó el diseño procesal-constitucional, ni que suplantó la función del Ministerio Publico Fiscal. Solo le asiste razón que al marcar los límites de la escala, debió incluir en el máximo, lo que la fiscalía pretendía.

Pasemos ahora a cada una de las variables ponderadas

2.2.2 He referido en causas anteriores, que los criterios orientadores para la individualización de la pena son justamente eso, orientadores, dan una ayuda a la tarea de asegurar la mejor decisión respecto al objetivo de obtener una pena justa.

Pero a su vez, los artículos 40 y 41 formulan pautas generales de individualización o determinación que delimitan la discrecionalidad del magistrado. Son pautas ejemplificativas y no taxativas, que consagran la libertad de decisión jurisdiccional con cargo de darles contenido.

2.2.2.1 En cuanto a la nocturnidad, en el fallo el juez lo incluyó como una especie, dentro del género referido a la naturaleza de la acción.

Cual se queja la defensa, esa variable (o sub variable, si se quiere ser más exhaustivo), no fue invocada por la fiscalía en el alegato final de la cesura.

Al control de la audiencia respectiva, solo en la contrarréplica de la acusadora hizo una leve referencia a la nocturnidad, mas no fue invocada ni sostenida en la instancia de requerimiento de la pena.

Es por ello que su valoración, para peor, con alcance agravante de la pena, es manifiestamente errado por parte del decisor.

2.2.2.2 Respecto al hecho que D. haya poseído un elemento punzo cortante en su poder, estimo también que asiste razón a la defensa, por cuanto no sólo no fue exhibida a la víctima como ella misma reconoció en su declaración, sino que el juez no justificó porqué pese a esta circunstancia, determinaría “mayor culpabilidad” en la instancia de mensuración de la pena.

Estoy convencido que en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le debe exigir al magistrado -más que nunca- el deber de fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento enumerado en la ley su lugar, y posibilitar con ello el control crítico racional de su decisión. En dicho sentido Ziffer dice que resulta "*imprescindible que se haga explícito* si se *valora* a *favor* o *en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que*

*estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta". (*ZIFFER, Patricia S., *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena* ", en *"Determinación judicial de la pena* ", compilador Julio B. J. MAIER,Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107*)*

Si es que el juez penal estima que poseer un elemento punto cortante impacta en mayor culpabilidad, faltan en su fallo las razones que justifiquen dicha estimación.

Aquí, pese a que haya sido alegado por la fiscalía, la inclusión de sub variable también es improcedente y su empleo, infundado.

2.3 Con lo revisado hasta aquí, estimo que corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación tratada, en relación a la cesura y en consecuencia a la pena impuesta; por lo que se deberá reenviar el presente a la instancia de conocimiento para lograr así, arribar a la pena concreta que corresponde imponer al enrostrado, mediante una sentencia que atienda a todos los requerimientos de las partes y sus debidos fundamentos.

Por último, no es posible desde esta instancia asumir competencia positiva e imponer una pena concreta, puesto que estimo no sería la del mínimo de la escala, como se pretende. Considero que ello atentaría contra la sustanciación de los presupuestos legales que juegan en el caso y merece ser bien ponderados y justificados en un fallo que, a su vez,debe tener garantías de ser revisados por un órgano de instancia superior, como prevé nuestro derecho positivo.

3. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así voto.-

El juez Martín Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los antecedentes de los casos sometidos a decisión, para evitar reiteraciones estériles, remitiendo a tal fin a la reseña que efectúa el vocal que lidera el orden de votación, sin perjuicio de invocar algunos aspectos de ellos a fines expositivos.

Luego, D. fue condenado a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo como autor de dos hechos calificados como Robo tentado, en concurso real, uno cometido el día 3/1/017 en perjuicio de L. L., y el otro en fecha 12/12/017, en perjuicio de J. G..

Respecto del último, la Defensa no articuló agravio específico, ni por escrito ni oralmente, excepto en lo que refiere a la crítica relacionada al monto de la pena impuesta, por lo cual no corresponde analizar en cuanto a dicho evento, otro tema que no sea la cuantía de la sanción impuesta, en conjunto, por ambos eventos.

II.- Se ha criticado la lógica del A-quo en la interpretación probatoria, y considero que ha sido la utilizada, irreprochable.

En un atraco de madrugada, callejero, a la víctima le fue sustraído por un sujeto, entre otros objetos, su celular y su correspondiente cargador.

Concurrió a una Comisaría, fue derivado a otra, y por equipo se dio aviso a un móvil que patrullaba la zona que, escasos minutos después, a dos cuadras del sitio del mentado atraco, divisó personas, una cuya descripción fisonómica y de prendas coincidía con la detallada por L.. Fueron demorados y requisados, hallándose en poder de D. los bienes sustraídos.

La víctima, los Funcionarios policiales que efectuaron tal procedimiento, F. y M., y las actas labradas respaldan la descripción precedente, que no fue otra que la que realizó el Sentenciante.

Además, procedería identificar el caso como asociado al concepto de cuasi "flagrancia" (art. 217 CPPCh.), por lo cual también considero verificadas la materialidad y la autoría delictivas, en condiciones de superar los alcances del estado de inocencia.

Por ende no debe prosperar la postura en contrario de la Defensa técnica.

También el Sentenciante, excluyó la utilización de un arma blanca, a la que restó relevancia en el suceso, basándose en la versión de la víctima, y tuvo especialmente en cuenta a los fines de valorar la inmediatez del accionar prevencional, que condujo a la pronta aprehensión del autor, la hora el hecho, de madrugada, donde normalmente pocas personas deambulan por las calles. Incluso desde todo lo expuesto hasta aquí, cabe afirmar que la participación del segundo sujeto transcurrió por un andarivel de irrelevancia.

III.- Respecto de la sanción impuesta, y más allá de los conceptos vertidos anteriormente, corresponde también partir de la base que uno de los indicadores relevantes para mensurar la pena es la magnitud del injusto, sumado a la imposibilidad de

valorar nuevamente en perjuicio del acusado extremos fácticos ya mensurados en otras etapas del análisis, también de forma desfavorable, por caso útiles para verificar la Tipicidad, Ausencia de permisos, reafirmar la autoría o materialidad, a riesgo en caso contrario de vulnerar el principio del "ne bis in ídem".

Sentado ello, ni el arma que no fue usada, ni la intervención inocua de otro sujeto, podían agravar la sanción, pues la magnitud del injusto, que hace a la culpabilidad, base de la determinación de la pena como
ya dijimos, no los contuvo, por lo cual no debían ser tenidos como factores agravantes.

La nocturnidad tiene que ver con el otro paradigma. Fue relevante para evaluar la prueba, en el sentido del marco de la escasez de personas deambulando, lo que permitió el éxito del accionar policial, que derivó en la verificación de la autoría. Volver a valorar el extremo en la sanción lesionaría el principio mencionado del "ne bis in ídem".

En tales condiciones, y siendo de la postura de partir del mínimo de las escalas, por imperio de la racionalización de la respuesta contingente, desde una posición reductora del poder punitiva estatal, se impone hacer lugar al pedido subsidiario de la Defensa, consistente en que la sanción por ambos sucesos no exceda de un mes de prisión, ya que los otros factores a considerar, básicamente vinculados a la situación personal del imputado operan en pro de reducir el monto de la pena.

Por ende, deberá quedar fijada en un mes de prisión de cumplimiento efectivo la cuantía de la condena.

Así voto.-

IV. En materia de imposición de costas y honorarios, adhiero a los fijados por el vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar parcialmente** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado D. E. D., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 2907/18 OJ Tw dictada en fecha 05/11/18;

2) Revocar la pena impuesta a D. E. D., reenviando el caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar, de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP);

3) **Imponer** las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N°15 -antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

El Dr. Martín Montenovo no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico. Registrada con el Nro.55/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara