CAMARA EN LO PENAL
COMODORO RIVADAVIA
PROTOCOLIZADA BAJO EL Nº 18 AÑO 2020
LUCIA BORJAS
SECRETARIA
CAMARA EN LO PENAL

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de julio de dos mil veinte, el Tribunal integrado por los Dres. Guillermo Alberto MÜLLER, en su carácter de Presidente, Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO, 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 º 10821, Carpeta individual n º 2018, caratulada: "F., M. A. y Otros/ Robo agravado", de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación, el Defensor Público Dr. G. A. O.; y------

----------CONSIDERANDO:----------

Que los días siete y trece del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. A. F., 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. 33 1 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5 párrafo, CPP).-

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

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5 0 pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, eh segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.

A la PRIMERA cuestión el Dr. 'MÜLLER dijo:

I.- Ha motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público, G. O., contra la sentencia protocolizada bajo el N O 940/2019, de fecha 6 de Noviembre de 2019, mediante la cual el Tribunal Unipersonal integrado por el Juez Penal de la Circunscripción Judicial Sarmiento, Daniel Camilo Pérez, condenó a M. A. F. a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN de cumplimiento efectivo, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Robo Agravado por haber sido cometido en poblado y banda en grado de tentativa y agravado por la intervención de menores de 18 años (arts. 167 inc. 2 0 , 41 quater y 42 del C.P.).-

1 El Defensor Público en suscrito recursivo mantuvo los argumentos esgrimidos en el Juicio Oral, ahora re direccionados como críticas a la sentencia, es en ese sentido que remarcó la insuficiencia probatoria a la hora de construir la autoría atribuida su asistido; señaló que no está acreditada la presencia de F. en el domicilio de la víctima y tampoco pudo ser comprobado que él llevaba la guitarra criolla cuando fue detenido por la policía, atribuyendo aquellas deficiencias a la metodología empleada en la investigación y a falta de prueba más allá de los testimonios de oídas o indirectos del personal policial, y en esa inteligencia solicito su absolución.-

Subsidiariamente cuestionó la calificación jurídica escogida por el Ministerio Público Fiscal y recepcionada por el a quo al momento de sentenciar, indicó sobre la base del plexo probatorio que la puerta es muy antigua y la persona que operó en ella desplazó uno de los

vidrios que esta posee y estos se cayeron luego quitó el alambre del candado, ya que escapa a la lógica que se quiera dañar el vidrio que se encuentra más lejano al picaporte; tampoco resulta coherente que si se contaba con un alicate o pinza se cortara desde adentro el alambre que conforma el sistema de cerradura y no del lado de afuera, en este último caso resultando innecesario romper el vidrio. Por otra parte, planteó dudas sobre la actuación funcional de cada uno de los intervinientes en la empresa delictiva, es por todo ello que requirió la readecuación de la calificación legal a hurto en grado de tentativa. Hizo reserva de caso federal.-

2.- En el conteste la Fiscal General requirió el rechazo de la impugnación ordinaria en razón de que aquella sólo refleja la disconformidad del Sr. Defensor con la fundamentación brindada por el a quo. En ese sentido, señaló que el sentenciante tuvo en cuenta el principio de libertad probatoria y ponderó los comentarios brindados por el Sr. C. al personal policial, los que calificó de vitales para el esclarecimiento del hecho, respaldado por los demás datos que surgen del plexo probatorio como fue el llamado de esta persona a la guardia y el tiempo que les insumió a los preventores llegar al lugar del hecho, similar al que les tomó a los autores ir desde el domicilio violentado hasta la plaza donde fueron detenidos, y que la falta de medidas para obtener las huellas dactilares no hace mella en la construcción de la coautoría de F. por otras vías de acreditación.-

En cuanto a la calificación jurídica, afirmó que los dichos de la víctima y el material fotográfico constituyen prueba certera acerca de la fuerza ejercida sobre el sistema de cierre de la puerta de ingreso al inmueble, y que se complementan con el reconocimiento que hiciera a la postre el Sr. T. de los objetos que portaban al momento de su detención las personas sindicadas por el vecino que alertó al personal policial, y que la información brindada por éste último también adquirió relevancia para tener

por acreditada la agravante del art. 167 inc. 2 ^{0}. Concluyó que no se debe hacer lugar al cambio de calificación legal.-

3 En oportunidad de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P., mediante el sistema de videoconferencia con la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento y de la cual sólo participó el Sr. Defensor, éste sostuvo oralmente los fundamentos vertidos en el escrito recursivo al igual que su pretensión principal y subsidiaria.-

II.- Antes de dar respuesta a los agravios esgrimidos por el impugnante, entiendo pertinente y útil brindar algunas precisiones relativas a los hechos que el órgano acusador pudo acreditar y sobre cuya existencia en principio no se encuentran controvertidos, lo que aceptó el Sr. Defensor al iniciar su exposición en la audiencia del art. 385 del CPP, aunque sus cuestionamientos y críticas las dirige al valor que adjudicó el Juez de Grado a algunas pruebas que hacen a distintas circunstancias de realización del injusto que impactan en aspectos centrales del reproche, en particular en la calificación legal de la conducta.-

l .- La prueba rendida en el juicio permitió establecer fehacientemente que el día IO de enero de 2019, siendo estimativamente pasadas las 07.00 hs. fueron sustraídas del interior de la vivienda del Sr. T. S. A. una importante cantidad de bienes, los que se detallan en la pieza acusatoria.-

Que vía telefónica la autoridad policial fue alertada del hecho y que prácticamente en forma inmediata se constituyó una comisión en el B ^{O} Progreso de esa ciudad entrevistándose con el Sr. N. C. , persona que diera el aviso , indicando que tres individuos serían los autores y que se retiraban en dirección a la plaza que se ubica en el mismo barrio, por lo que rápidamente los preventores se dirigen al lugar , logrando detenerlos y recuperar todos los bienes sustraídos de la vivienda de los que intentaron despojarse al advertir la presencia de los funcionarios del orden.-

Por último se constató que la morada afectada se trataba de una vivienda precaria cuya puerta de acceso era asegurada desde el marco con un alambre y un candado, presentando además unos vidrios dañados y que el rudimentario dispositivo de seguridad había sido violado.-

Para el ello el Juez ha tenido en cuenta los testimonios de los funcionarios que integraban la comisión policial, la denuncia de la víctima Sr. T. Alan incorporada por lectura a resultas de un convención probatoria y la constatación a inspección ocular practicada en la vivienda sobre la que expusieron personal de criminalística.-

2.- Tratándose entonces de un supuesto de cuasi flagrancia, las críticas de la Defensa deben tener suficiente apoyo y fundamentación para revertir el pronunciamiento, y en relación al primer agravio dirigido a las conclusiones sobre autoría y participación , resulta inconsistente desde que los tres sujetos que persiguieron y detuvieron los preventores fueron identificados , siendo su asistido uno de ellos, quienes además de intentar escapar se despojaron de los I bienes que portaban , logrando de tal manera frustrar la consumación del ilícito y por ello es que se le endilga en grado de tentativa, lo que no merece observación alguna.-

Afirmar que no se estableció debidamente el extremo porque no lograron encontrar huellas digitales de F. en la guitarra sustraída, ni que se levantaron en la escena del hecho , solo es comprensible desde el rol que ejerce , cuando los funcionarios policiales que actuaron en la ocasión apreciaron las circunstancias mencionadas precedentemente ,procediendo a la identificación y detención de los individuos, además de recuperar la totalidad de los bienes removidos de la vivienda de la víctima , en consecuencia no cabe más que avalar las conclusiones del sentenciante en torno a ésta cuestión.-

No se trata estrictamente de testigos indirectos como intenta mostrarlos el defensor, pues en el tramo final del suceso, aquel en el que los sujetos intentaban asegurar el producto del ilícito y desde luego su impunidad, más que apreciarlo han tenido una participación decisiva para impedir la consumación del delito.-

3.- Resulta pertinente aclarar para avanzar con los agravios del impugnante, que en los distintos tramos o secuencias que presenta este hecho encontramos que las pruebas rendidas permitieron corroborar prácticamente en su totalidad la hipótesis traída por el órgano acusador, pero hay una circunstancia fundamental que no lo logró en dicho contexto probatorio que hace a la forma en que actuaron los individuos tanto en la etapa previa como al momento de realizarlo o ejecutarlo.-

Para poder establecerlo era esencial el testimonio de la persona que alertó a la autoridad policial, y desde luego fue ofrecido por la Titular de la Acción, pero al momento de declarar en el juicio, N. C. invocó ser primo del imputado ejerciendo la facultad de abstenerse de declarar, todo de conformidad a lo previsto por el art. 188 del CPP.-

No obstante frustrarse esta prueba, la Titular de la Acción siguiendo las versiones de los preventores de acuerdo a lo que les manifestó esta persona en la oportunidad, sostuvo que los tres individuos ingresaron a la propiedad y que el hecho fue planificado por F., en tanto el Juez receptó tal postura y fue más allá al concluir que indudablemente se trató de un accionar planificado en donde los tres coautores ingresaron al domicilio de Alan transportando los bienes hasta la plaza del barrio, lo que indicaba que cada uno tuvo un rol al menos en el traslado de los efectos.-

No está demás aclarar que se trataba del único testigo directo del momento en que los autores llevaban adelante el delito, y de acuerdo al coincidente relato de los agentes del orden en el juicio, C. manifestó que tres personas habían ingresado a la casa de Alan y que salieron hacia la plaza con los elementos que se robaron, además los individualizó, indicando que se trataba del "T.", del hijo del "R. M." y de uno más chico.-

. Ese ha sido todo el aporte de la persona que diera aviso a la policía sobre el hecho y es así que en virtud del pronto accionar quedó establecido que los tres individuos eran los sindicados por C., que efectivamente los bienes pertenecían al Sr. A. y que fueron sustraídos del interior de su vivienda, resultando éstos los únicos extremos que lograron ser corroborados plenamente.-

Como bien señala la Sra. Fiscal en su responde al referirse a la aptitud y utilidad probatoria del testigo indirecto o de oídas, ello es así siempre que cotejada la declaración con los restantes elementos de prueba permita arribar a una conclusión certera acerca de la existencia y circunstancias del hecho , y aquí al menos un pasaje no encontró ese nivel de corroboración que habilite a sostener que los individuos actuaron en función de una planificación previamente orquestada por F., con división de roles, inclusos que todos efectivamente ingresaron a la habitación de T. A. que se ubica al fondo de la propiedad de acuerdo a descripción que dio la madre de la víctima ,[1] cuya declaración fue incorporada por lectura, y los detalles que se pueden extraer de la inspección ocular llevada adelante en el sitio.-

a.- Si bien los agravios esgrimidos en relación a significación jurídica asignada a la conducta, apunta con mayor intensidad a la caracterización del hecho como robo, en el entendimiento que no se encuentra debidamente acreditado el ejercicio de la fuerza en las cosas para

lograr la sustracción de los bienes, también cuestiona la selección de la agravante del art. 167 inc. 2 ^{0} del CP. en el convencimiento que en definitiva no se estableció una actuación con división de tareas, menos el grado de intervención de cada una de las personas, incluso si todos ingresaron a la vivienda.-

En la dirección que vengo exponiendo asiste parcialmente razón al impugnante, cuanto como acabo de desarrollar la prueba no resultó suficiente para precisar en principio si efectivamente los tres individuos ingresaron a la habitación de la víctima ubicada al fondo de la propiedad, menos una planificación y el accionar que puntualmente desplegaron cada uno de ellos en la oportunidad, no contando la sentencia con un explicación razonada sobre el particular , cuestión no menor cuando hablamos de pluralidad delictiva, como así también el alcance que el Juez otorgó a los dichos de la persona que alertó a los preventores.-

Desde ya comparto las citas jurisprudenciales del Magistrado, y precisamente no basta la simple pluralidad de intervinientes en el hecho para su construcción, dado que no cualquier actividad concurrente de tres o más personas dará lugar a la aplicación de la agravante bajo análisis; en tal sentido nos hemos pronunciado en reiteradas oportunidades y vale mencionar dos precedentes correspondientes a procesos provenientes de esa Circunscripción Judicial, me refiero a la carpetas N^{O} 1663 caratulada: ¿' O., C. A. y O., L. A. s/p.s.a. Robo agravado _Víctimas: F., M. y otros", sentencia N^{O} 24 del 10/10/2018, y N^{O} 1667 caratulada: "N., B. y otros s/p.s.a. Robo agravado" , sentencia N^{O} 21 del 13/9/2017, como así también las definiciones brindadas en la sentencia N^{O} 27/2014 en autos "C., A. S. y otros s/Robo agravado por ser cometido en poblado y en banda", carpeta N^{O} 4632, correspondiente a ésta Circunscripción Judicial.-

b.- Descartada la agravante del art. 167 inc. 2 del C.P. y en cuanto a los elementos objetivos del tipo del 'art. 164 del CP- Robo simple- cabe señalar que la fuerza en las cosas, que caracteriza el robo es la que el autor o los autores emplean para vencer la resistencia que el propietario prepara para evitar que se apoderen de sus cosas, resistencia que consiste en resguardarlas y rodearlas de defensas materiales que son a la vez expresión clara , externa de su voluntad y contraria a la que tiene por fin sacarlas de su dominio; de allí que el empleo de fuerza debe ser concomitante con un factor psicológico emanado del propietario o tenedor, ellos es la creación de un medio de seguridad contra el cual va encaminada aquella fuerza, por ende no necesariamente debe ser destructiva sino que basta que el autor despliegue una energía suficiente para vencer esa resistencia. (Cfme. Creus-Buompadre, "Derecho Penal. Parte Especial" T^{O} I, pags. 451/453. Ed. Astrea).-

En el caso al margen de verificarse la rotura de vidrios de la puerta, lo específico es que se violentó el rudimentario sistema de aseguramiento de la puerta de acceso a la habitación y así se logró acceder a la misma y remover los bienes, por ende el agravio en este punto, no es de recibo y corresponde su rechazo parcial, lo que así voto.-

4.- En definitiva, la conducta queda atrapada por los arts. 164,42 y 41 quater del sustantivo- Robo agravado por haber sido cometido con la intervención de menores de dieciocho años en grado de tentativa-, por ende corresponde readecuar el monto de la pena, lo que también requirió el impugnante, y en función de las pautas mensurativas atendidas por el aquo, no cuestionadas por la defensa, y la escala penal que conforman las normas de fondo seleccionadas consideramos que el mismo debe ubicarse en seis meses de prisión, pena que se ajusta a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, y así voto.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- Tal como se desprende del propio texto de la sentencia impugnada, la materialidad del hecho acaecido el día IO de enero del pasado año 2019, en perjuicio de la propiedad privada de T. S. A., en la ciudad de Sarmiento, no ha sido materia de controversia durante la audiencia de debate; aunque sí la autoría responsable, en cabeza del acusado M. A. F., alias "el T.", en razón que el testigo presencial N. C. (vecino del Barrio P.), quien hubo de llamar a la Guardia de la Comisaría local, para alertar sobre la comisión del hecho, luego no depuso en el juicio oral y público, por hallarse comprendido en uno de los supuestos previstos en el art. 188 del CPP.-

El decisorio motivo de recurso ordinario se basó, en consecuencia de la referida abstención, en la denominada prueba de referencia, es decir en los testimonios de los funcionarios prevencionales actuantes, que dieron cuenta de su intervención en el caso, justamente como producto del aviso de C., y que originó todo el procedimiento en flagrancia; concretamente, el Sargento primero M. B., la Cabo primero V. B. B. y el Agente N. R. L., quienes se movilizaban en el patrullero nº 522, como asimismo el Cabo primero R. C. del Móvil nº 970.-

Tal como lo hemos puesto de resalto en plurales precedentes, entre ellos el de la sentencia nº 35/14, en casos como el presente es recomendable seguir una serie de puntos, para valorar la referida clase de prueba y dotarla de mayor seguridad; como ser, el número (plural) de testigos

de referencia, extremo que está cumplido en el supuesto que nos ocupa, y la absoluta coincidencia en lo afirmado por todos, incluyendo alguno que se conducía en un móvil policial diferente -como ya se consignó-, de manera que puede descartarse que haya existido algún "complot" o maniobra, para perjudicar al encartado. También es, relevante consignar que el motivo por el cual C. ha guardado silencio, está fundado en disposiciones procesales, y ha sido avalado por la parte acusadora en el juicio oral —más allá del acierto o error de la medida, y/o de su implementación, que no forma parte del litigio-.

El cuadro probatorio de cargo es unívoco, en el caso, pues está corroborado también por la denuncia del ya nombrado damnificado Alan; su posterior intervención en una diligencia de reconocimiento de cosas (Evidencia identificada con el nº 4) —que le posibilitó el recupero de los bienes sustraídos-; actas prevencionales, informes técnicos, etc.-

Por todo ello, es que corresponde rechazar el primer agravio, y confirmar la sentencia venida en impugnación, en cuanto declara la (co)autoría responsable de F.-

III.- En razón de su estrecha vinculación con el asunto precedente, he de invertir el orden de la expresión de agravios de la Defensa, para abordar en primer término dentro de lo atinente a la calificación legal del hecho, la concurrencia de la agravante de "banda" (art. 167, inc. 2, del CP); negada por el impugnante, en razón que en el caso ' . no sabemos si de las tres personas detenidas ingresó (a la vivienda) solo una o todas o si alguno tuvo un grado de participación diferente al de coautor".-

En base a la prueba de cargo ya reseñada suscintamente, en el apartado II del presente voto, quedó comprobado que el acusado F., junto al menor punible A. B. M. —actualmente con suspensión de juicio a prueba-, y otro no punible, fueron aprehendidos portando efectos sustraídos del domicilio de A., en la vía pública, a poca distancia del lugar del hecho;

de modo tal que es indudable, que tomaron parte en la etapa de ejecución del hecho -el Juez Penal a quo ha desarrollado puntualmente, la particular situación (típica) derivada de la intervención de menores, concluyendo que ello no obsta a la concurrencia de la figura agravada ya citada, conforme la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia nacionales-.-

Ello se mantiene, aún cuando también sea de aplicación la agravante genérica del art. 41 quáter del CP, tal como lo hemos sostenido en el precedente de la sentencia nº 29/14 —con integración parcialmente diversa de esta Cámara-, ya que no resulta operativo el denominado "principio de especialidad", dentro del concurso aparente de leyek; toda vez que la menor edad de alguno/s de los miembros de la banda, no puede considerarse un elemento ya incluido en el tipo agravado del art. 167 CP, por lo cual dogmáticamente resulta posible entonces, la concurrencia de las dos calificantes —la genérica y la específica-.-

En suma, y por aplicación del principio favor rei, aún en el hipotético supuesto que alguno de los tres sujetos, aprehendidos por la autoridad prevencional, no hubiera ingresado a la vivienda de Alan (como lo relató C. a la Prevención, según los testimonios contestes de los funcionarios policiales: observó a "tres personas ingresar de todas maneras, la conducta verificada inmediatamente aposteriori, por la Policía y en plena vía pública, de portar consigo elementos sustraídos, en su retirada del lugar -tal como ya lo hemos puesto de resalto previamente-, alcanza para tener por configurada la agravante. Por lo que me aparto, en este aspecto, del criterio seguido por el colega que presidió el Acuerdo y hubo de sufragar en primer orden.-

Recordemos, y en apoyo de todo lo expuesto, que la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que: "a los fines de la aplicación de la agravante del art. 167, inc. 2, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho —empleado este término en el sentido del art. 45-, (en particular entre muchos otros, v. fallo plenario "Q.,

J. A.", de la CNCrim. y Correc., de fecha 4/9/1989; en el mismo sentido que su precedente, el plenario "C.", el destacado ha sido agregado al original).-

Desde la perspectiva de la razón de ser de la calificante, se destaca que la "banda" alude al modo de ejecución o manera de comisión del hecho, en la cual la intervención de varias personas asume por sí sola una particular gravedad, por la mayor vulnerabilidad en que el grupo coloca al bien jurídico; y, en el caso de los partícipes necesarios que actúan durante la ejecución, los mismos realizan una contribución esencial sin la cual el hecho no habría podido cometerse (art. 45 CP).-

Claramente lo explica la doctrina nacional, cuando interpreta la normativa de los arts. 45 y ss. del CP, al distinguir en la cooperación necesaria o primaria, distintas consecuencias según que el aporte se verifique en la etapa preparatoria, o en la de ejecución -como en el presente caso-. En efecto, el principio del dominio del hecho —o "dominabilidad"- cede, o "se limita", solo cuando el aporte indispensable al plan concreto se realiza en el primero de los momentos señalados (cfr. Zaffaroni, Estructura del Básico Derecho Penal, edit. Ediar, Bs. As. año 2009, p. 142); de manera entonces que, como lo anticipáramos, si el mismo se produce en la ejecución, es de aplicación la agravante.-

Por último, respecto a la pretendida ausencia de planificación, en el obrar de los autores del hecho, el cuadro probatorio ya reseñado descarta que se haya tratado de un supuesto de obrar "accidental u ocasional", sin acuerdo previo de voluntades organizadas —como el que se fallara en el precedente de la sentencia no 21/17.-

IV.- Volviendo al orden seguido en el memorial de agravios, corresponde abordar el —subsidiario- relativo a la ausencia de "fuerza en las cosas", como medio comisivo del apoderamiento. El argumento debe rechazarse, en razón que no constituye óbice para la configuración, que la abertura principal de la vivienda fuera muy antigua, sin mantenimiento... ", ni tampoco la pretensión de que la rotura de algunos vidrios de la puerta, haya tenido su origen en un movimiento sobre el picaporte que hizo que los mismos "cayeran". Máxime cuando el propio Defensor admite que aquel "movimiento" ha sido necesario para poder ingresar, porque permitió remover un alambre del candado puesto por el propietario, mecanismo al que califica como "sistema rudimentario de cerramiento"; extremo que, como es sabido, carece de toda relevancia para la dogmática de los delitos contra la propiedad privada, ya que el bien jurídico protegido pretende alcanzar en su interpretación, a toda clase de objetos: sean lujosos, o precarios, o bien desgastados, o poco valiosos en términos de intercambio, etc.-

La representante de la acusación pública, en su responde a los agravios, ha destacado que por la vía de las convenciones probatorias, se incorporó por su lectura la Evidencia individualizada con el nº 3, la denuncia de la víctima, la cual sumada a las secuencias fotográficas tomadas por el personal de la División Criminalística, permiten en conjunto concluir que "…cuando la víctima se retiró de su hogar, la puerta de la vivienda se encontraba cerrada y sin daños en la zona vidriada, más allá que el sistema de cierre pueda ser calificado o no de rudimentario... ..

Según lo que enseña la doctrina nacional: "Cuando . . . (la) fuerza en las cosas es utilizada para superar obstáculos al apoderamiento, sea que hayan sido puestos preordenadamente, para evitar la sustracción de

ellas, sea que sólo sirvan para su sujeción con fines de utilización práctica, conforme a sus naturalezas —como ocurre con una mesa de mármol empotrada o con las ruedas firmemente ajustadas en un vehículo automotor, al cual, además, previamente, hay que elevarlo del suelo- sea, en fin, que se ejerza sobre la cosa misma, que ofrece una resistencia natural, como ocurre con un árbol, estamos en presencia de uno de los medios comisivos típicos del robo simple, pues, como bien señala Núñez, esa fuerza no se ejerce en la cosa, como sería la necesaria para transportar una cosa pesada, sino en razón de la cosa, como es la que se utiliza para romper, torcer, sacar de sitio, cavar o, de cualquier otro modo, vencer su resistencia a la ocupación . 'Para nosotros, dice Soler, el criterio del robo debe buscarse más bien en la existencia de fuerza que en los caracteres de la cosa sobre la cual ella recae.. . " (cfr. Tozzini, Los delitos de Hurto y Robo . edit. Depalma, Bs. As., año 1995, p. 250, el destacado no pertenece al original).-

V.- Por último, corresponde dejar en claro —y aunque no fuera materia de agravio-, que ha sido correctamente aplicada la agravante ya citada, del art. 41 quáter del CP, de conformidad con nuestros reiterados precedentes en la materia, como ser las sentencias nº 29/14 (ya citada), 07 y 28/15, y 24/18, del registro de esta Cámara en lo Penal, que siguen la jurisprudencia de la Sala Penal del STJ, entre otros reiterados, en los fallos nº 2 y 55/10, y 46/13; por encima de la dificultad que supone, en el caso, y tal como ya lo expusiéramos analógicamente al tratar la agravante de "banda", que no se haya podido determinar con mayor profundidad, cuál ha sido el rol de cada uno de los intervinientes en el hecho, en particular ahora respecto a los jóvenes abarcados por el Régimen penal de la Minoridad, y desde lo subjetivo (más allá de la referida contribución en la ejecución) —por lo cual, y siempre favor rei, podría además hipotizarse que los dos coimputados no mayores de edad, actuaron libremente en la comisión del ilícito, sin ningún tipo de ascendencia sobre ellos, por parte de

F.(supuesto en el que mantengo una opinión contraria a la posición del STJ, ya citada ut supra), esto al solo título de obiter dicta.-

VI.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión, en disidencia parcial con el sufragio precedente.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, excepto en lo estrictamente necesario a los fines de esta exposición, remitiendo en lo demás a la completa reseña efectuada por el colega que sufragó en primer término.-

II.- En horas de la mañana del día 10/1/019, F., se introdujo mediante fuerza en las cosas en la vivienda nro. cuatro de la calle E. D. del Barrio P. de la ciudad de Sarmiento, conforme la Acusación y la Sentencia, junto a dos menores, uno adulto y el otro no punible, sustrayendo una serie de objetos propiedad del morador, Sr. A. Todo ello fue advertido por un vecino que alertó a la Policía, cuyos efectivos concurrieron al sitio e interceptaron al grupo trasladando la res furtiva, procediendo a su aprehensión, recuperando todos los bienes mal habidos.-

De acuerdo a los agavios planteados, se impone analizar el impacto que para la lógica en la apreciación probatoria del fallo del Juez de grado tuvo la ausencia en el Debate del mentado testigo presencial; luego si efectivamente para ingresar en la morada se ejerció fuerza en las cosas; si resultaba factible aplicar el tipo en definitiva seleccionado por el Sentenciador, Robo en Poblado y Banda (art. 167 inc. 2) del CP.), tanto como la agravante genérica prevista en el art. 41 quater del catálogo represivo; y, en última instancia, revisar la sanción impuesta.-

III.- N. C. fue quién observó la maniobra del grupo, dió aviso a la Prevención y se abstuvo de declarar por motivos de parentesco con F. (art. 188 CPPCh.), por ende, sus expresiones particularmente relevantes pues fue el único testigo presencial del hecho, fueron reproducidas por los

agentes del orden que lo entrevistaron, procedieron a la aprehensión de los imputados, inspeccionaron el sitio del evento, convocaron a la víctima, quien reconoció los efectos sustraídos como propios y especificó sobre el mecanismo de seguridad mediante el cual cerraba su vivienda, un alambre y un candado.-

Dichas declaraciones fueron obtenidas de manera presencial en el Juicio, o ingresadas al plexo por convención probatoria, al igual que las actas labradas, sin merecer objeción de la Defensa, lo que llevó al A-quo a tener por cierto que los encartados fueron sorprendidos llevando, los tres, cada uno una parte de la res furtiva, en cercanías de la casa de A., quién recuperó en su totalidad sus bienes, los que, como expresamos, reconoció como propios. -

Tal segmento de episodio no admitía discusión, por tratarse además de una aprehensión en "cuasi flagrancia" (art. 2 1 7 primer párrafo del CPPCh.), con todo el peso de convicción que ello genera.-

No resulta habitual que el testigo presencial de un delito se ampare en la abstención de declarar en virtud del parentesco con un imputado. Pero aquí ocurrió, y si el interrogante reside en determinar cuál de las partes debía cargar con la sobre exigencia de no contar con dicho relevante órgano de prueba a efecto de la reconstrucción histórica de la acaecido, la respuesta emerge con claridad: el Acusador público, pues resulta el encargado de superar los alcances del estado de inocencia, que ampara al imputado.-

El Ministerio Público intentó suplir la ausencia de la versión directa de C., que implicó la imposibilidad de contra examen por la Defensa con todo el peso que ello significa para el ejercicio del derecho homónimo, con los dichos de los preventores qué lo entrevistaron. Y el Sentenciador avaló ello con una correcta alusión al principio de libertad probatoria del art. 165 del CPPCh.-

Aunque, así compuesto el plexo de cargo, podía superar el vallado del estado de inocencia en lo referente a que tres personas tomaron parte de la empresa delictiva, salieron con los objetos robados hacia una plaza, y allí fueron aprehendidos. Pero no respecto al rol que le cupo a cada uno.

Nótese que los agentes B., B., L. y C. confirmaron la intervención de los tres sujetos en un hecho de relevancia penal innegable, tanto por las expresiones que afirmaron haber escuchado de C. como por su aprehensión inmediata posterior portando lo sustraído, no obstante no pusieron ninguna referencia en boca del testigo presencial en orden al rol asumido por cada uno, especialmente en el tramo principal del evento, el del desapoderamiento, luego frustrado.-

Todo ello impacta directamente en la tipificación. Tengo postura expresada desde hace muchos años (Sentencia nro 43/2004 "B."), en cuanto a la agravante de la figura del Robo, la del art. 167 inc. 2do del CP, el haber sido cometido en poblado y banda, en tanto requiere la intervención en un hecho subsumible en el tipo del Robo, en calidad de sujetos activos, de tres personas a los que les quepa la caracterización de coautores. Es decir, que aún en el caso de esta agravante, es menester especificar el rol cumplido por cada una de esas tres personas, pues en el supuesto de que uno de ellos haya intervenido en calidad de partícipe, primario o secundario, la agravante no se verifica. -

En mi opinión, es la interpretación correcta. Soslayo el tratamiento de si el concepto de "banda" se corresponde con el de asociación ilícita, discusión ardua en Doctrina pero no planteada por las partes, pues la solución a la incidencia atinente a la aplicación o no de la agravante del art. 167 inc. 2do. del catálogo represivo proviene de otro aspecto de tal tipo penal. Cito al respecto la opinión de Edgardo Donna: "....cual es la diferenciación entre la mera participación, primaria o secundaria, prevista en

los arts. 45 y 46 del CP., y la participación en una banda. Siempre que una persona actuara en el número de tres en un Robo, formaría una banda, aunque fuera una complicidad secundaria. Si la respuesta es positiva, se están dejando de lado los principios básicos de la participación, sin sustento legal, llevando a un tipo penal creado por los Jueces, creación esta que viola el principio de legalidad..." (Derecho Penal, Parte Especial Tomo II pag. 179, Ed. Rubinzal Culzoni).

Si bien aquí ha quedado claramente demostrado que fueron tres las personas que realizaron el atraco, poco se ha sabido de sus roles, y con ello, beneficio de la duda mediante (art. 28 CPPCh.), cabe estar, tomando cualquiera de las teorías que intentan distinguir entre coautores y cómplices (formal objetiva, dominio del hecho etc), a qué en el caso se verificó el supuesto de complicidad necesaria, así sea mediante la cooperación en el tramo inherente a llevar parte de la res furtiva, el único fehacientemente acreditado, que no llega, por los motivos indicadas, a constituir coautoría delicitiva.-

En un tema siempre complejo, la distinción entre coautoría y participación necesaria, cito un precedente jurisprudencial que ilustra sobre un criterio de distinción entre ambos institutos, trascendente para la solución del subíndice: "Dado que la colaboración del imputado en el hecho tendría lugar luego de consumado el desapoderamiento por las autoras del hecho, facilitando la fuga del lugar en el automóvil que él conducía y en el que las esperaba; tratándose en consecuencia de una ayuda posterior con promesa previa, su accionar debe serle reprochado a título de partícipe necesario y no como coautor" (CNCrim. 9/5/89 Sala VI c. 17606, A. H.C."). Tal criterio tiene relación directa con el tipo penal en análisis, el Robo agravado por ser en poblado y banda, cuyo fundamento de mayor punición reside, justamente, en el estado de indefensión en que se encuentra la víctima, el que se acentúa por el número de personas que concurren en el hecho

(Donna ob. cit. pag. 181). Va de suyo entonces que, si a una de las tres personas que intervino en el atraco resulta probable que le haya cabido la participación ya reseñada, el fundamento de la agravante descripta no se verifica.-

IV.- Sentado ello, y descartando la co-autoría de los tres sujetos intervinientes, la calificación legal que corresponde al hecho traído a Juicio es la de Robo simple en grado de tentativa (art. 164 del CP.), con la agravante del art. 41 quater, por la intervención de menores.-

También nos hemos expedido en orden a dicha norma (Sentencias nro. 29/14, 7/ y 28/15 entre otras), tanto en líneas generales como específicamente respecto del Robo en poblado y en banda, identificando el inconveniente radicado en agravar la calificación legal por la concurrencia de tres personas y hacerlo nuevamente por que algunas de ellas sean menores. Pero tal agravante debe ceder por las razones enunciadas, y ante la ausencia de agravio específico, la aplicación del mentado art. 41 quater del CP. no merece objeción.-

V.- La Defensa ha planteado que no se ejerció fuerza en las cosas para ejecutar el hecho, pretendiendo la migación del caso hacia la figura del Hurto simple.-

Tal como reseña Elizabeth Marum (Código Penal comentado Ed. Hammurabi, Tomo 6 pags. 168 y ssgts), lo que desde siempre la Doctrina ha considerado como definitorio del requisito típico indicado es la aplicación de una dosis de fuerza superior a la mera circunstancia de tomar el objeto, en tanto ello implique superar una defensa colocada a modo de resguardo, por más precaria que esta sea.-

Desde ya que cortar un alambre lo es, mucho más si este sostiene un candado, que asegura una puerta, la manera en que desde las expresiones del damnificado y la inspección ocular, se hallaban las condiciones de seguridad de la finca.-

Para ingresar y apoderarse de 'varios objetos, se debió lograr la abertura de tal puerta y para ello ejercer alguna clase de fuerza, no extraordinaria, pero si suficiente para vencer el precario vallado.-

De ese modo el agravio pierde entidad y queda reafirmada la tipificación en la órbita del art. 164 del CP., en grado de tentativa.-

VI.- En orden a la sanción impuesta, y de la forma en que ha quedado configurada la calificación legal, la escala a considerar parte de un mes llegando a seis años, con más la adición de un tercio en ambos extremos, por imperio del art. 41 quater del CP., constituyendo todo ello el injusto que se reduce en un tercio del máximo y la mitad del mínimo por haber quedado la fase ejecutiva en grado de connato.

En definitiva, queda definida desde los 20 días a los seis años de prisión.-

No es posible considerar en los términos del art. 41 del CP., la participación de menores en el suceso, ya incluida en la tipificación, ni todo otro extremo constitutivo de esta.-

Solo queda la presencia de antecedentes como factor agravante, y en cierto modo también la edad de F.-

Como lo impone el principio pro homine, partiendo del mínimo de la escala aludida, hemos coincidido en que determinar la sanción en seis meses de prisión, representa el monto de una respuesta contingente racional y adecuada al caso bajo examen. Así voto.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MOLER dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado, por mayoría, con la disidencia parcial de Daniel Luis María Pintos, en la votación de la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública del acusado M. A. F., contra la sentencia NO 940/19, dictada en fecha 6 de noviembre del año dos mil diecinueve (arts. 374 y 382 y ss. del CPP); confirmar parcialmente la misma readecuando la calificación del hecho en cuanto a M. A. F. como autor del delito de Robo agravado por haber sido cometido con la intervención de menores de dieciocho años, en grado de tentativa (arts. 164, 41 quater, 42 y 45 del C.P.).; readecuar la pena impuesta la que quedará establecida en seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas (art. 29, inciso 3 0 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 10 de enero de 2019, en perjuicio de T. S. A.; y tener presente la reserva del caso federal.- De la misma forma 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 Dli. PINTOS dijo:

De conformidad con el resultado de la deliberación y votación, por mayoría, de la cuestión precedente, adhiero a la propuesta de pronunciamiento formulada por el Vocal que presidió el Acuerdo.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

Agotado el proceso deliberativo, esta Cámara en lo Penal, por mayoría con la disidencia parcial de Daniel Luis María Pintos, ----------

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

1) **HACER LUGAR** parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública del acusado M. A. F., contra la sentencia N^{O} 940/19, dictada en fecha 6 de noviembre del año dos mil diecinueve (arts. 374 y 382 y ss. del CPP). ----------

2) **CONFIRMAR** parcialmente la misma readecuando la calificación del hecho en cuanto a M. A. F. como autor del delito de Robo agravado por haber sido cometido con la intervención de menores de dieciocho años, en grado de tentativa (arts. 164, 41 quater, 42 y 45 del C.P.). ----------

3) **READECUAR** la pena impuesta la que quedará establecida en seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas (art. 29, inciso 3 ^{0} del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día IO de enero de 2019, en perjuicio de T. S. A. ----------

4) **TENER** presente la reserva del caso federal. ----------

5) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, N^{O} 1 5, modificatoria de la Ley XIII N^{O} 4, antes Ley 2\200). -----

6) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

DANIEL LUIS MARIA PINTOS
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL

Guillermo A. Müller
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL

MARTIN R. MONTENOVO
MARTIN

0