En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil veinte, 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° 96436**, **Carpeta Judicial n° 11.126** caratulada: **"B., A. A. s/ Robo agravado"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Verona Dagotto**, el Defensor de Confianza Dr. **D. A. F.**; y

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

Que el día seis de mayo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, mediante el sistema de videoconferencia, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de A. A. B., 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 ordinaria interpuesta por la Defensa de A. A. B. contra la sentencia condenatoria nº 3913/2019, 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 motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor de Confianza de A. A. B., el Dr. D. A. F., contra la sentencia protocolizada bajo el N° 3913/2019, de fecha 24 de Octubre de 2019, mediante la cual el Tribunal Unipersonal integrado por el Juez Penal de esta Circunscripción Judicial, Jorge Enrique Odorisio, condenó al imputado a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de Robo Agravado por el uso de Arma de Fuego con aptitud de disparo en grado de Tentativa, en concurso ideal con Portación de Arma de Fuego de Uso Civil condicional (arts. 166 inc. 2°, segundo párrafo, 189 bis inc. 2°, cuarto párrafo, 42 y 45 del C.P.).-

1) El Letrado, llega a esta instancia manteniendo sus planteos efectuados en etapas anteriores, ahora, motivando la impugnación en que su defendido fue condenado por una sentencia que se apartó de las reglas de la sana crítica, no habiendo valorado de forma razonada y lógica los medios de prueba producidos, omitiendo esta actividad respecto de los testigos propuestos por esa Defensa, resultando a todas luces arbitraria, solicitando la absolución del encartado, y subsidiariamente, se desestime el Robo agravado en concurso ideal con Portación de arma, o en su defecto se encuadre el hecho en Robo simple.-

Señaló una vez más, que no se logró acreditar que el arma secuestrada sea la misma que la supuestamente empuñada por su asistido durante la huida, pues los testigos que relatan los pormenores de la persecución concuerdan en haberlo perdido de vista por unos instantes, luego sobreviene la aprehensión y el arma junto al imputado, la cual no les fuera exhibida a los deponentes durante el Debate, tampoco al testigo de actuación civil, en este último caso se omitió, además, el reconocimiento de su firma en el Acta de intervención, incumpliendo de esta manera con las exigencias que prevé el Código de rito. Por otra parte, refirió sobre este último testigo, que no presenció el momento en el que supuestamente se le quita el arma a B., como una irregularidad más que perjudica al derecho de defensa.-

Se agravió también, por la ausencia de fundamentación del *a quo* a la hora de atribuirle a su defendido, además del Robo agravado en grado de tentativa, la Portación de arma a través del concurso ideal, sin dar ni siquiera una línea de fundamento en tal sentido, y utilizar el mínimo de la escala penal prevista para este delito como el como punto de partida para la nueva escala punitiva, no contando con los requisitos básicos con los que debe sustentarse toda decisión jurisdiccional, en este caso una sentencia, para tenerla por válida.-

Finalmente, el último de los agravios estribó en el análisis del plexo probatorio y la valoración que el sentenciante hizo de él para arribar al pronunciamiento condenatorio. Señaló que la prueba científica como el dermonitrotest, y la inspección ocular, arrojaron

resultados negativos, y que el Magistrado no consideró, además, la falta de pericias determinantes para acreditar que el arma secuestrada fuera recientemente disparada y manipulada por B., o el testimonio de B. que refiere no haber visto un arma empuñada por la persona que le solicitó auxilio al golpear la puerta de su casa. Todo esto revelaría la mendacidad de los testigos que afirmaron escuchar y ver los disparos efectuados por su asistido, al igual que las víctimas, que incurren en contradicciones al especificar el dinero que llevaban consigo en el momento del hecho, descartando el *a quo* la posibilidad de que los veinticinco pesos encontrados en poder de B. hayan sido efectivamente de él, y no de V. M.-

2) Por su parte, la Sra. Fiscal General en su contestación al líbelo impugnativo, sostuvo que los agravios puestos de manifiesto por el Defensor de Confianza no deben tener una acogida favorable, y por lo tanto confirmarse la sentencia condenatoria en todos sus términos, ya que sus fundamentos se cimentan sobre valoración racional y lógica de la prueba.-

Señaló, en relación a la nulidad del secuestro del arma, que aquella se realizó cumpliendo con las formalidades impuestas por la Ley Ritual, sin causar gravamen al imputado. En ese sentido, jamás se cuestionó que la aprehensión privada de B. no se haya realizado en el marco de lo prescripto en el art. 217 del CPP., asimismo el contexto de flagrancia habilitaba a quitarle el arma para evitar que la siguiera utilizando y sus eventuales consecuencias posteriores (art. 171 del CPP).-

Luego, arribaría el personal policial al lugar del hecho,

respondiendo al llamado del Centro de monitoreo que los alertaba sobre una persona que realizaba disparos con un arma de fuego, sobre la calle R. T. al X. Finalmente el secuestro del arma se realizaría con la presencia del testigo civil de actuación, V. V., a quien se le mostró el arma, el tambor, las vainas, y su posterior secuestro y preservación.-

Afirmó que del análisis lógico e integral de los testimonios quedó demostrado que fue B. el autor del robo, que cometió el delito valiéndose de un arma de fuego, la cual estaba cargada, pues fue disparada por él, siendo perseguido por la propia víctima y los vecinos, siendo el arma secuestrada con posterioridad por personal de criminalística la misma arma que empuñaba, en virtud de que tanto la inmediatez como la continuidad impiden aseverar otra hipótesis lógica y cierta como la sostenida por el Ministerio Público Fiscal, comprobada con certeza absoluta con el resultado de la sentencia.-

Señaló que la no exhibición del acta, la firma, y el secuestro al testigo de actuación durante el Juicio deviene en intrascendente, ello en razón de contar con la declaración del personal policial interviniente y del propio testigo de actuación, afirmando que así lo entendió el sentenciante, citando para ello un fragmento del fallo donde fue analizado y valorado tal extremo.-

Por otra parte, refirió que no se realizó pericia papiloscópica sobre el arma porque ésta había sido manipulada por otras personas; en relación al dermonitrotest con resultado negativo, enfatizó que encuentra explicación en el tiempo transcurrido para tomar las muestras y en el forcejeo producido al momento de la aprehensión que

pudo tener incidencia para probar la existencia del fogueo. Hizo hincapié en que esta prueba es orientativa, por lo que ante un resultado positivo debe ser respaldada por otra prueba objetiva, y en caso contrario no significaría, sin más, que esa arma no hubiese sido disparada.-

Indicó que de los dichos de los testigos respecto a los disparos efectuados por el imputado se corroboran con la pericia practicada sobre el arma, la cual contaba con cuatro vainas y un cartucho a bala, con aptitud para disparar pero de funcionamiento anormal, debiéndose girar el tambor manualmente para poder disparar. Lo que resulta compatible también con el testimonio de la víctima quien refirió que B. hacía ademanes como cargando el arma antes de poder disparar.-

Finalmente, en cuanto a la inspección ocular en la cual no se halló el impacto de bala en el portón de la vivienda y tampoco se secuestró ningún plomo en el lugar, la Sra. Fiscal enfatizó que el *a quo* se respaldó en los testimonios del Oficial A. y el Lic. R., sosteniendo, además, que el resultado negativo es plausible si se ponderan las características adversas del lugar para obtener una búsqueda exitosa.-

3) En oportunidad de celebrarse la audiencia del art. 385 del C.P.P., mediante el sistema de videoconferencia, la Defensa sostuvo oralmente los fundamentos de su recurso solicitando la absolución de su asistido, y subsidiariamente el cambio de calificación jurídica, en las diferentes variantes ya indicadas en su líbelo impugnativo. Por su parte, la Fiscal General, ratificó el pedido de rechazo del remedio procesal intentado por la Defensa, requiriendo la confirmación de la sentencia en todos sus términos.-

Concedida la palabra al señor B., mantuvo su inocencia respecto del hecho que se le imputa, refiriendo que le arruinaron la vida a partir de ese momento, que el día del hecho se dirigía a trabajar y de un momento a otro lo empezaron a perseguir más de veinte personas, incluso en una camioneta "Ford Ranger", hasta que le dieron alcance y le pegaron con un arma. Recordó que uno de los atacantes manifestó "a este lo quemo", que un vecino lo quiso defender y finalmente le tiraron el arma y la policía le creyó a ellos; acotó que la prueba científica no aportó nada y que existen contradicciones en el relato de las víctimas.-

II.- Corresponde en primer término respaldar, en líneas generales, el criterio seguido por el Juez Penal sentenciante, para arribar a la conclusión que se imponía receptar de modo favorable, en la instancia anterior, la pretensión acusatoria respecto a un hecho que merece catalogarse como perpetrado en flagrancia, y cuyo autor fue objeto de una aprehensión privada; en los términos previstos en los arts. 217 y ccs. del CPP (así surge, expresamente, del Acta de audiencia "Control de detención y apertura de investigación", de fecha 9 de marzo de 2019, obrante en la Carpeta judicial, y que he tenido a la vista al momento de emitir mi voto), normativa que fuera transcripta en la sentencia de condena, aunque evidentemente se ha deslizado un error material en el número, ya que se menciona el art. "216", en vez del 217 citado aquí.-

También seguramente obedece a un yerro gramatical, involuntario, en el decisorio unipersonal, la manera en que se ha utilizado

la expresión “solución de continuidad” -que según el Diccionario de la Real Academia Española significa: “interrupción o falta” de continuidad-; ya que, si lo que se quiere mentar es, justamente, que existió un continuo entre el atentado a la propiedad privada de V. (alias “V.”) T. M. y su familia, perpetrado con fecha 8 de marzo del pasado año 2019, alrededor de las 19.30 hs., en la zona denominada como Extensión del B°. M. de esta ciudad, la ulterior persecución del autor por parte de varios testigos presenciales del hecho, y la postrera aprehensión (privada), entonces creemos debió manifestar el sentenciante que todo este proceso, hubo de devenir “sin” solución de continuidad.-

Los testigos de cargo J. C. V. J. y su primo R. J., ambos familiares y vecinos de la familia víctima, han podido ver como el autor del hecho, en un primer momento, pasa por frente al domicilio de M., para de inmediato volver sobre sus pasos, acercarse a su víctima, decirle algo, alejarse “un poquito” y disparar –todo corroborante de la deposición de M. (“… lo ví como disparaba antes de meterme a la casa, hacia nosotros disparaba, dos tiros nos disparó…”) y su pareja, sobre el momento del asalto-; emprendiendo finalmente la huida, y generando su persecución por parte de los nombrados V. J. y J., y otros vecinos –trayecto en el cual vuelve a efectuar disparos-.-

Tanto el testimonio ya citado de M., como el de su concubina F. V. J., al igual que los de referencia del personal policial interviniente, han sido muy contundentes en el sentido que la pareja –recordemos que se hallaban con su hijo de corta edad-, se asustó mucho por la situación vivida –como es natural, de acuerdo con las máximas de

la experiencia-, y no solamente por el empleo de un arma de fuego por parte del autor del hecho, sino también por la exigencia de que le entreguen más dinero, que los testigos-víctima no tenían encima. Entonces, en este contexto de una vivencia traumática y de riesgo personal muy concreto, que algunos de sus vecinos, familiares, etc. salieran en su auxilio, y la emprendieran contra el responsable directo de la emergencia, no debe sorprender en absoluto; como así tampoco, atribuirse con exclusividad a la calidad de migrantes, comunidad boliviana, como si ello fuera un dato relevante en sí mismo -ya que seguramente, si algo similar hubiera ocurrido en alguna barriada popular, en la que solo residen nacionales, el resultado no habría diferido en lo sustancial-.-

El Juez *A quo* también ha ponderado como razonable, en términos de necesidad y proporcionalidad, la forma en que el acusado fue reducido mediante el empleo de la fuerza, derribado y quitado el arma de fuego por parte de sus perseguidores –luego de un forcejeo-, quienes la dejaron a un costado de su cuerpo, en la vía pública, de donde fue incautada por la Prevención policial; incluyendo la causación de lesiones en el rostro, como muestra el Informe técnico-fotográfico n° 151/19, del Agente J. V. –extremo respaldado por los funcionarios de la Seccional 6ª, Oficial Sub-Inspector C. S. y Ayudante J. J. L., quienes declararon haberlo visto golpeado y con sangre en la cara, al momento de su intervención (los nombrados acudieron al lugar por el aviso del "Centro de Monitoreo", junto al Sargento C. A. M., ya que se hallaban de recorrida a bordo del Móvil 895; llamado que el Juez Penal valora como

un “dato objetivo” muy relevante, en orden a corroborar la existencia de disparos de arma de fuego “en Calle R. T. al X”, que explican el referido aviso)-. Se destaca, muy especialmente, que las lesiones de B. no han sido el producto de ninguna confrontación con las víctimas del Robo, sino que el hecho consistió primeramente en la “interceptación” de estas, por el autor, armado; luego de su fuga del lugar, y consecuente persecución, recién se le causaron aquellas en el rostro.-

El citado testimonio de M., asimismo, permite avalar con absoluta certeza la ya referida existencia de flagrancia, la aprehensión del autor sin solución de continuidad, y la figura de la tentativa (arts. 42 y ss. del CP), en el delito contra la propiedad –Robo calificado por el uso de armas de fuego-; en razón que, ante la pregunta de la Defensa en el contraexamen, acerca de haber “perdido de vista” al sujeto que le disparó, declaró (como ya lo reseñamos precedentemente) que lo pudo ver, antes de “meterse” en su casa buscando protección, sin perjuicio de lo cual poco más tarde se acercó hasta el lugar de la aprehensión (“lo atrapamos”), donde verificó que B. seguía aún con el arma de fuego en la mano, “no quería soltarla” (es decir que se trataba, sin dudas, de la misma persona).-

También han explicado los testigos de cargo, que fue por razones de seguridad personal que se desarmó al autor del hecho, que ello demandó un esfuerzo físico considerable porque el encartado opuso resistencia a desprenderse del revólver –tal lo indicado por M.-, y que finalmente se lo colocó a un costado, como ya lo adelantáramos, siempre en aras de preservar la integridad física de las personas involucradas. Por

su parte, en este contexto de interpretación, corresponde rechazar el agravio referido a la falta de realización de un examen papiloscópico, en el arma secuestrada por la Prevención, debido a que –tal como lo ha puesto de resalto la Fiscal general actuante, en su responde a la impugnación ordinaria- ya vimos que fue necesario el uso de la fuerza física, entre varias personas, para despojarlo del instrumento del delito, de manera tal que no fue solamente el imputado quien manipuló el arma de fuego.-

Dermo-nitro test: autocontradicción. La Defensa plantea que, por unos instantes, los testigos que perseguían a su pupilo, lo perdieron de vista, pero luego pretende hacer valer el resultado (negativo) de esta pericia, como prueba de descargo -siendo que sería posible entonces, que se haya limpiado, fregado, etc., mientras no era visto-; y ello sin contar, por lo demás, que una vez reducido y derribado, se le ataron las manos con una tela (testimonio del Oficial S.), es decir existió manipulación de sus miembros superiores –antebrazo, manos, muñecas, etc.-, todo lo cual es susceptible de influir para que acto seguido, en la Comisaría, ya no se manifestara la presencia de pólvora, en un grado tal como para ser peritada con éxito. Sumado también al tiempo transcurrido, desde el momento del hecho, como remarca el *A quo*, de conformidad con el ya citado Informe técnico-fotográfico n° 151/19, de la Policía científica, en la persona del Agente J. O. V., v. en particular secuencias n° 5 y 6, sobre el levantamiento de muestras en ambas manos, a las 23.20 hs. del 8 de marzo del pasado año 2019.-

Testigo de actuación (civil): conforme los arts. 170,

171 y ccs. del CPP, no está prevista ninguna prohibición relativa a las calidades personales del testigo, por ejemplo, referida al parentesco con la/s víctima/s. La norma, claramente, está concebida para preservar la autenticidad y credibilidad de las actuaciones que labra la Prevención policial, es por ello que impone la necesidad de que –salvo excepciones-, los testigos de actuación no pertenezcan a la fuerza de seguridad; fuera de ello, cualquier otra pretendida "sanción" de nulidad, luce excesiva -aún cuando sea expuesta como una suerte de interpretación extensiva, del sistema de garantías procesales-.-

Otro aspecto atinente a la particular situación del testigo civil de actuación, en el presente supuesto, que entiendo conveniente dejar en claro, con el fin de despejar cualquier sospecha que pudiera ensombrecer la legitimidad del procedimiento en flagrancia, es que a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los casos semejantes, que son habituales en los estrados de los Tribunales penales, en el nuestro, D. V. V. desde una camioneta pudo ver parte de la huida del autor del hecho, disparando su arma; y más tarde fue convocado por la Prevención, para el contralor del secuestro del revólver, convirtiéndose de este modo en un testigo privilegiado de buena parte de la "actuación" (secuencia integral), ya que tan solo minutos antes también había podido percibir, con sus propios sentidos, parte del *iter criminis* que derivó en la diligencia de incautación del arma de fuego –y decimos que se trató de un supuesto no frecuente, porque de ordinario lo que más suele cuestionarse a esta clase de testigos (también lo hace el recurrente), es que no presencian el momento exacto del secuestro, por ejemplo,

limitándose a entrar en escena cuando ya las fuerzas de seguridad han tomado el control de la situación, y entonces le relatan al particular que, minutos antes, tuvo lugar un hecho de tales o cuales características; derivándose de ello, argumentos que apuntan a fulminar la validez de la medida, como ser que la Prevención pudo haber contado con el tiempo suficiente, para modificar la "escena del crimen" antes de mostrársela al testigo civil (cfr. entre otros muchos precedentes, y al sólo título comparativo, las sentencias n° 33/2015 y 26/2016, de esta Cámara en lo Penal)-.-

Idéntica suerte, negativa, debe correr el gravamen sobre la supuesta falta de cumplimiento del art. 326 del CPP, acerca de la exhibición del arma de fuego secuestrada y el acta prevencional, al referido testigo de actuación, D. V. V., durante la audiencia de debate; desde que se encuentra sobradamente comprobado, que el elemento incautado en el sitio de la aprehensión, observando las formalidades del Código de rito, es el mismo que formó parte de los elementos de convicción ventilados en el juicio oral y público, según la documentación respaldatoria emanada de la Oficina de Secuestros, y testimonios de cargo de: S., L., y el Cabo M. G. A. de la Unidad de Criminalística (responsable del informe técnico-fotográfico n° 150/19) –coincidentes en un todo con el del testigo civil-.-

El Juez Penal sentenciante ha destacado, por lo demás, que la Defensa contraexaminó al testigo de actuación durante el juicio oral y público, sin que se haya interesado por la validez del acta prevencional –v.g. solicitando que V. reconozca su firma en el

documento y/o también, en su caso, que se le exhiba el arma secuestrada, a fin de interrogarlo sobre este particular-. En efecto, cabe resaltar que la norma citada por el recurrente, art. 326, no ha previsto la exhibición de los "objetos y otros elementos de convicción secuestrados" *per se*, bajo pena de nulidad; sino que, tal como lo hemos sostenido ya en plurales precedentes, ello siempre se vincula con algún interés procesal específico, que debe ponerse de manifiesto durante el trámite de la audiencia de debate –por ejemplo, y desde la Defensa, introducir la duda sobre la efectiva presencia del testigo de actuación, en el procedimiento; o bien, procurar el reconocimiento del objeto, por parte de un testigo o perito; etc.-. Por el contrario, en el caso, ninguna pretensión se ha ejercido, a título hipotético como ensayo argumental, en procura que M. reconozca el arma de fuego incautada; y la presencia de V. V. ha sido corroborada de forma unánime, por todos los funcionarios prevencionales declarantes.-

Por último, se destaca que el *A quo* también valoró correctamente los testigos de descargo, en el caso de J. M. B., señalando que el hecho de que no haya visto el arma de fuego, en poder de B., no excluye la posibilidad cierta de que este la haya tenido efectivamente consigo, hasta minutos antes. En lo concerniente a la hipótesis defensiva, que denomina como una suerte de tesis "conspirativa", en cabeza de la comunidad boliviana (a la que pertenecen las víctimas, y los perseguidores/aprehensores), expuesta por P. B. A., igualmente fue descartada por el Juez Penal, por ausencia de corroboración en prueba independiente –se reitera que, al margen de los testimonios de cargo ya

reseñados, y a mayor abundamiento, el Centro de monitoreo recibió un llamado dando cuenta de la presencia de una persona armada, y realizando disparos en el lugar del hecho (sin ninguna alusión a una "patota", o grupo de jóvenes agresivos, que golpeara a un sujeto indefenso, sin motivo aparente)-.-

III.- Calificación legal del hecho: 1) se rechaza el agravio que pide mutar a la figura atenuada del último párrafo del art. 166, inc. 2, del CP, porque está comprobado que se utilizó un arma de fuego apta para el disparo, aunque de funcionamiento anormal, conforme la pericia del Lic. en Criminalística, Oficial ayudante A. L. R. (Informe n° 32/19), y el Informe técnico-fotográfico n° 150/19 del ya mencionado Cabo M. G. A. (se dispararon cuatro cartuchos del revólver calibre 38 SPL, con seis alveolos, y uno quedó sin percutar). Es cierto que -como lo ha puesto de resalto la Defensa, en la presente etapa procesal-, del Informe pericial n° 32/19 del Lic. R. (Capítulo correspondiente al punto de pericia n° 2), se desprende que hubo de extraer muestras del "ánima" del arma de fuego, mediante hisopos que fueron entregados al Laboratorio Bioquímico policial; pero sin que luego se haya profundizado ningún estudio, sobre estos residuos -en consecuencia, ello solo tiene valor neutro para el resultado de la causa, o sea que no permite corroborar aún más la prueba de cargo, pero tampoco constituye una de descargo, susceptible de modificar la situación del acusado-.-

En otro orden, tanto el Juez Penal como en la presente instancia la Fiscal, en su responde, destacaron que muy probablemente las características del solar en el que se halla emplazada la vivienda de

M., es lo que ha impedido recuperar vestigios de disparos (cfr. Informe técnico-fotográfico n° 130/19, del Oficial de Criminalística F. E. A., en base al relevamiento efectuado con fecha 9 de marzo de 2019, a solicitud de la Fiscal Rubio); ello sumado a otras posibilidades (hipotéticas) introducidas por el perito balístico R., como ser que el proyectil se haya "partido" en su trayectoria, o "viajado" a una distancia de aproximadamente 100 metros.-

Por convención probatoria, se incorporó toda la prueba referente al secuestro de una suma de dinero en poder del acusado, al momento de su ingreso en Comisaría, corroborante del testimonio de la víctima en orden a la sustracción (cfr. "Recibo de pertenencias" en la Comisaría 6ª, a las 20 hs. del 8 de marzo de 2019; y posterior secuestro de un billete de $5 y dos billetes de $10, con fecha 10 de marzo, a cargo de la División Policía científica, en la persona de la Sargento N. M.).-

Cabe destacar que la circunstancia, puramente fortuita, de que aquella cantidad haya sido pequeña o de escaso valor económico, no es relevante a los fines de la tipificación; por un lado, en razón que según la versión de F. V. J., la pareja había pasado por un Cajero automático y extraído más dinero, momentos antes, pero no lo llevaba M. encima al momento del hecho, lo que explica lo magro del "botín" sustraído, pero además porque aún en el supuesto hipotético que aquel dinero hubiera sido lo único con que contaba la familia víctima, igualmente se verifica un intento –punible-, muy violento de atentar contra el patrimonio, la tranquilidad y la integridad física de tres

personas.-

2) Portación de arma de uso civil condicionado, no está fundada la sentencia, por ende debe receptarse el agravio y revocársela parcialmente. No puede presumirse una figura de peligro, por fuera del Robo calificado en tentativa, salvo que se motive adecuadamente el porqué de la concurrencia, de los respectivos tipos penales; y ello, en atención a la magnitud del injusto, que se verifica en el caso concreto.-

IV.- Pena: agravante, se computan los antecedentes con que cuenta B., por la comisión de diversos delitos contra la propiedad, pero en el marco de una escala reducida con respecto a la de la sentencia impugnada, en atención a lo expuesto en el apartado precedente; por lo cual me inclino, en base a lo acordado en la deliberación, por modificar la sanción a 3 años y 6 meses de prisión, con accesorias legales y costas del proceso, arts. 12 y 29, inc. 3, del CP.-

V.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la presente cuestión.-

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

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes, ni términos del fallo en crisis, remitiendo a tal fin, salvo en lo estrictamente necesario, a la completa reseña realizada por el primer votante de esta Sentencia.-

II.- La coherencia interna y externa de los testimonios del Debate, condujeron al Sentenciador al instituto de la flagrancia (art. 217 CPPCh.), y a las características del hecho, reproducidas exitosamente

por el Ministerio Fiscal, en tanto un intento de apoderarse de lo ajeno por el acusado, munido de un arma de fuego, la que utilizó al ser sorprendido por las víctimas y perseguido por vecinos, hasta ser aprehendido por ellos.-

Los Sres. M. y V. así lo relataron, tanto como los perseguidores del encartado, no existiendo fisuras en sus versiones, consideradas individualmente como cotejadas entre sí. Todo ello conformó, además de las constancias documentales, el plexo de cargo, y si de obtener verdad real se trata el proceso penal, las piezas incluidas por el Acusador lograron sustentar su caso en cuanto hipótesis verosímil de lo sucedido.-

Hemos expresado en más de una ocasión que el sistema acusatorio admite como sinónimo de tal verdad a las hipótesis racionales y acreditadas, explicativas de lo sucedido, idóneas por ende para superar los límites del estado de inocencia, desplazando en tal contexto hacia el imputado la obligación de presentar otras, de naturaleza contra fáctica con aptitud para descalificar o reducir el reproche formulado (conf. Sentencias nro. 31/13, 7/16, 22/17, 27/17, 11/18, 16/18, 32/19 y 5/20 entre otras).-

Solo el Acusador cumplió su tarea, y lo de las defensas, tanto técnica como material, consistió en negar lo evidente, a través de meras alegaciones desprovistas de sustento probatorio.-

No es posible olvidar aquí que la flagrancia posee una potencia probatoria indudable, pues el sujeto activo es sorprendido en el momento, o a escasos momentos, de la comisión del hecho delictivo, y si

a ello se adiciona la coherencia apuntada en lo declarado por quienes lo aprehendieron, resulta dificultoso discutir lo que surge de dicho cuadro de cargo, tanto en cuanto a las intenciones de apoderarse de lo ajeno por el sujeto activo, como en orden a la utilización de un arma de fuego, que ya de por sí agravaba la conducta, más allá de haber sido utilizada para propiciar la impunidad, lo cual percibieron todos los testigos excepto aquel que observó la fenomenología cuando el encartado fue efectivamente detenido, es decir cuando ya habían cesado los disparos por él efectuados.-

De allí que no sea posible discutir los extremos del Robo calificado por el uso de arma de fuego, mucho menos con basamento en la no exhibición del instrumento a un testigo de actuación, pues el dato surgió de los testimonios, presenciales, que se ventilaron en Debate resistiendo de manera exitosa el contraexamen.-

En definitiva, los recaudos del tipo seleccionado se encontraban reunidos, así lo determinó el A-quo, en virtud de lo cual materialidad, autoría y calificación legal, en orden a la figura mencionada, y sin perjuicio de lo que diremos a continuación, merecen ser confirmadas.-

III.- Robo agravado mediante la utilización de armas de fuego y Portación de las mismas no pueden concurrir de otro modo que no sea aparente, en la medida que el sustrato fáctico atribuido coincida, es decir, que se reproche el suceso contra la propiedad solamente, en el cual, el sujeto activo utilizó el instrumento.-

El principio de especialidad, pero esencialmente el

que prohíbe la persecución penal múltiple lo impiden. El uso del arma ya constituyó un dato relevante para la tipificación en la órbita del art. 166 del CP., por lo cual en cuanto al mismo sustrato fáctico no puede tener otra consecuencia típica.-

Distinta solución correspondería quizás si el sustrato fáctico endilgado fuese otro, por ejemplo, luego de un Robo, haber sido sorprendido el autor portando un arma de fuego, en otro contexto, pero como se observa, no ha sido así. No debemos olvidar que la violencia en las personas de acuerdo al propio art. 164 del CP., que es en definitiva lo que se agrava por el uso del arma, no solo admite su verificación cuando se está cometiendo el hecho, sino también para procurar la impunidad. Por lo tanto, el concurso ideal definido en la Sentencia por aplicación del art. 189 del CP., el que por otra parte no fue suficientemente fundado, debe ser revocado.-

IV.- Deducido un ilícito atribuido, también cabe hacer lo propio con la sanción fijada, por lo cual coincido con la propuesta en tal sentido realizada por quién lidera este acuerdo. Así voto.-

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

I.- Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, omitiré el detalle de los antecedentes del caso remitiéndome a la completa reseña que luce al comienzo de este acto y paso a tratar los agravios planteados por el Sr. Defensor de Confianza conforme el orden que propone en correspondencia con el pronunciamiento recurrido.-

1.- El caso venido a conocimiento de este Tribunal se trata de un hecho en flagrancia, por lo que resulta considerablemente

difícil que el primer agravio encuentre apoyo, máxime cuando el impugnante no ofrece una visión crítica de la totalidad de la pruebas ponderadas por el aquo y basa su estrategia en un análisis parcial vinculado a la utilización de un arma de fuego.-

El imputado sobre el final del debate negó su participación, haciendo lo propio al concluir la audiencia del art. 385 del C.P.P., en el sentido que hallándose en inmediaciones del lugar se vio sorprendido cuando un grupo numeroso de personas comenzó a perseguirlo y al darle alcance someterlo a una feroz golpiza atribuyéndole un robo, también niega que llevara un arma de fuego en la ocasión.-

De acuerdo a la abundante prueba rendida en el juicio el Juez pudo reconstruir el suceso, para ello parte de los testimonios de las víctimas V. T. M. y F. V. J. quienes en forma absolutamente coincidente relataron el hecho ocurrido cuando se disponían a ingresar a su domicilio, el que fue presenciado por familiares que se encontraban a escasos 50 metros del lugar, relatando como ocurrieron los hechos, iniciando la persecución del individuo y que les efectuaba disparos hasta que lograron detenerlo en un pasaje, para luego tomar intervención la autoridad policial, quienes apreciaron sumamente conmocionada a la víctima, no obstante pudo relatarles lo sucedido, manifestaciones que mantuvo inalterables en el tiempo.-

En base a ello considero absolutamente inconsistente y carente de apoyo la argumentación impugnativa relativa a que el imputado resulta ajeno al hecho y que su presencia en el sitio fue meramente casual; el aquo ha dado razones más que válidas para

adjudicar credibilidad a los testimonios de las personas que declararon en el juicio dando respuesta a los cuestionamientos de la defensa y porque los descarta; en función de todo ello corresponde rechazar el agravio.-

2.- Como ya adelantara al iniciar el tratamiento del recurso el Sr. Defensor, consecuente con su estrategia, cuestiona las conclusiones del Juez aquo relativas al empleo de un arma de fuego para la comisión del delito, reclamando en subsidio ubicar la conducta en el tipo previsto en el art. 164 del C.P. -Robo simple-, argumentando para ello que el arma que se secuestró fue plantada por los preventores; que no fue hallado ningún rastro que indique el empleo del arma como proyectiles cuando se le adjudican al menos cuatro disparos; que no existe prueba científica que lo avale como huellas dactilares en el arma o restos de pólvora en las manos, observando además que el elemento secuestrado no le fue exhibido al testigo de actuación y todo ello debería conducir a una conclusión negativa respecto a la agravante del delito reprochado.-

Efectivamente las circunstancias apuntadas por el Sr. Defensor se verifican en el caso; ahora bien ello no conduce necesariamente a la solución que propone, dado que existe un importante caudal de pruebas que indican todo lo contario y que han sido correctamente ponderadas por el aquo.-

En primer término cabe reiterar que la investigación se encuadró desde el comienzo como un supuesto de flagrancia y ello supone por definición legal (art. 217 del CPP), que nos encontramos frente a casos en los que se sorprende a un individuo cometiendo un

ilícito y en los cuales no es necesario adoptar ningún procedimiento adicional para verificarlo, así nos hemos pronunciado en no pocas oportunidades –cfme. Sentencias N° 26/2014, 31/2019-.-

Aquí el agente no solo fue sorprendido en la comisión del delito sino también perseguido y alcanzado inmediatamente después, todos los testigos a excepción del vecino B. indican la utilización del arma y la forma temeraria en que lo hizo, circunstancias que lógicamente B. no pudo apreciar dado que se domicilia en el lugar donde fue aprehendido el imputado, y ante los pedidos de auxilio de B. fue que salió del mismo sin poder apreciar que llevara un arma de fuego, pero sí que lo golpeaban los bolivianos y que ellos tenían un arma.-

Queda claro que al ser alcanzado el imputado no solo fue sometido a una golpiza sino también fue desarmado para luego ser entregado a la autoridad policial por los particulares, como bien lo remarco la Titular de la Acción en su responde, lo que encontró amplia corroboración en la prueba testimonial y por otra parte el arma secuestrada se trataba de un revolver calibre 38 conteniendo en el tambor cuatro vainas servidas y un cartucho a bala que viene a confirmar la versión de los particulares relativas a la forma en que usó el arma de fuego.-

Por último, en cuanto a la no exhibición del arma secuestrada al testigo de actuación de la inspección realizada por los preventores en la que se procedió a la incautación del elemento, canalizado por vía de nulidad, cabe señalar que resulta intrascendente y carente de sentido pues tal circunstancia no invalida el acto, además de

no indicar cuál sería el defecto o vicio, menos los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la no exhibición, debiendo quien invoca demostrar que la eventual exclusión conduciría a una solución distinta, y en consecuencia también corresponde el rechazo de este agravio, lo que así voto.-

3.- Descartadas las críticas centrales al pronunciamiento, finalmente el impugnante denuncia que el aquo no brindó fundamentación alguna a la decisión de atribuir en concurso ideal el delito de Portación de arma de fuego de uso civil condicional (arts. 189 bis inc. 2°, 4° párrafo y 54 del C.P.), requerido por el órgano acusador.-

Al momento de motivar la sentencia en lo atinente a la significación jurídica de las conductas reprochadas a B. el juez brindó suficiente y correcta fundamentación al seleccionar el art. 166 inc. 2°, 2° párrafo y 42 del Código Penal por darse los componentes objetivos y subjetivos de la citada norma, lo que acabo de tratar en el punto anterior; ahora bien respecto a la figura del art. 189 bis inc 2° y la concurrencia con el delito de robo agravado, no hizo lo propio y nada explica.-

Sabemos de la problemática existente en relación a los tipos penales del robo agravado por el uso de arma de fuego y al de portación de arma ya sea de uso civil o de guerra sin la debida autorización cuando ellos coinciden en tiempo y lugar, lo que aún no ha sido resuelto unánimemente por la jurisprudencia en cuanto si deben concursar en formar real, ideal o si en definitiva se trata solo de un concurso aparente entre ambos, máxime en este caso cuando quedó acreditado que el arma fue utilizada por el autor no solo para la

perpetración del robo sino también después de ello y para garantizar su impunidad, debiendo tener en consideración los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad.-

Así ante la absoluta falta de tratamiento de una cuestión tan sensible y con consecuencias en la sanción en perjuicio del imputado, corresponde descartar la aplicación de dicha figura penal en este caso, como así también readecuar la dosis de pena reduciéndola como lo propone mi par que lidera la votación.-

No en pocas oportunidades este tribunal ha señalado que toda sentencia o resolución requiere de una estructura lógica y autosuficiente que permita extraer de las valoraciones que se realizan el acierto de su conclusión (cfme. Sentencia 23/2016, 31/2017 y 14/19), y en el caso el aquo no ha brindado motivos por los que seleccionó la norma en cuestión ni explico porque concursa idealmente con el robo agravado del art. 166 inc. 2° del C.P.-

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

En base al resultado al que se arribara por unanimidad, en la etapa de deliberación y votación de la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por el Defensor de Confianza, Dr. D. A. F., en representación de A. A. B., contra la sentencia Nº 3913/2019, confirmar parcialmente el fallo referido en el acápite anterior y readecuar la calificación legal que quedará del siguiente modo: Robo Agravado por el uso de Arma de Fuego con aptitud de disparo en grado de Tentativa (art. 166 inc. 2º, 42 y 45 del Código Penal), y la pena impuesta que se

reduce a **TRES AÑOS Y SEIS MESES** de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3º del C.P.).-

Por otra parte, corresponde regular los honorarios del Defensor de Confianza, Dr. D. A. F., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de veinte (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:

Adhiero al voto precedente, tal como lo anticipara en la cuestión primera, resuelta por unanimidad.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** 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.-

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

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

1°) HACER lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por el Defensor de Confianza, Dr. D. A. F., en representación de A. A. B., contra la sentencia Nº 3913/2019, de fecha 24 de octubre del año 2019 (370, 374, 382 y ss., y ccs. del CPP).----------

2°) **CONFIRMAR** parcialmente el fallo referido en el acápite anterior, **READECUAR** la calificación legal que quedará del siguiente modo: Robo Agravado por el uso de Arma de Fuego con aptitud de disparo en

grado de Tentativa (art. 166 inc. 2º, 42 y 45 del Código Penal), y la pena impuesta que se reduce a **TRES AÑOS Y SEIS MESES** de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3º del C.P.); por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 08 de Marzo de 2019 en perjuicio de V. T. M.----------

3°) TENER presente la reserva del caso federal formulada por la Defensa de B.----------

4°) REGULAR los honorarios del Defensor de Confianza, Dr. D. A. F., por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de veinte (25) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, antes Ley 2.200).----------

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

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos, en su carácter de Presidente, Martín Roberto Montenovo y Guillermo Alberto Müller, Jueces de Cámara.-

Sentencia N° 13/2020.