

SENTENCIA N° tres /2015. En la ciudad de Neuquén, a los *nueve días del mes de febrero de 2015*, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Liliana Deiub; Alejandro Cabral y Mario Rodríguez Gómez**, con el objeto de dictar sentencia, en el caso judicial "**CONTRERAS, Gerardo Fabián s/robo**" Legajo MPFNQ 10070/2014, seguido contra **Gerardo Fabián Contreras**, titular del DNI 28.614.802, nacido el 24 de abril de 1981, en Cutral Co, Provincia de Neuquén, hijo de Gerardo y de Lidia Badilla, soltero, instruido, con domicilio en Casa 56, Barrio San Martín, de Centenario. Intervinieron en la instancia de impugnación la Dra. Gloria Lucero, Fiscal, el Dr. Gustavo Lucero, Querellante y el Dr. Gustavo Palmieri Defensor.

ANTECEDENTES:

El Tribunal de juicio, resolvió en lo que aquí interesa: - Declarar la culpabilidad de Gerardo Fabián Contreras, de demás circunstancias personales relatadas, en orden al delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa, violación de domicilio y abuso de armas en concurso real (arts. 166 inc. 1° 150, 45 y 42 del C.P.) Asimismo realizada audiencia de cesura, mediante sentencia 81/2014, resolvió, condenar al nombrado a la pena de tres años y cuatro meses de prisión de efectivo cumplimiento, inhabilitación absoluta por el mismo término y las costas de proceso (art. 270 del C.P.P.)

Esta segunda parte el fallo fue la impugnada por la Defensa, siendo que, respecto de la responsabilidad, se arribó un acuerdo entre las partes, modificándose la teoría legal aplicable en el caso, del delito de robo calificado, de consumado a tentado, conforme se mencionó precedentemente.

Las partes acusadoras (Fiscalía y Querrela), en la audiencia de cesura, propusieron la imposición de una pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas y el impugnante la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento. Propuso que se declare la inconstitucionalidad del mínimo legal impuesto para el delito en estudio por ser desproporcionada su aplicación en el caso concreto y por afectar garantías y principios constitucionales (proporcionalidad, dignidad, humanidad de las penas y culpabilidad).

Fundo su requerimiento, tanto en el escrito, como en la audiencia, en que la sentencia condenatoria afecta el debido proceso constitucional y en la arbitrariedad de su fundamentación.

Los puntos destacados de su exposición se pueden centrar en que en el fallo hubo:

- Afectación al principio "nullum iudicium sine accusatione", toda vez que la petición de pena que integra la acusación no fue mínimamente fundada.

Esta ausencia de fundamentos, no puede ser reemplazada por el órgano jurisdiccional, mucho menos en un proceso adversarial.

- Que al no aceptarse la inconstitucionalidad de la escala penal mínima en el caso concreto, se desmerece la vigencia de los principios de proporcionalidad, dignidad, y humanidad de las penas (art. 18 de la C.N. 5 DUDH, 7 PIDCyP) que proscriben las penas inhumanas, crueles e infames.

- No se dieron los fundamentos del rechazo, limitándose a expresar que no se aprecia como desproporcionada.

- No se guardó relación entre la escasa afectación al bien jurídico y la pena impuesta.

- No se tuvo en cuenta el fin resocializador de la pena.

- La escala penal mínima en el caso concreto contradice principios superiores de lesividad, pro homini y humanidad de las penas.

- Agregó, en la audiencia (art. 245 del C.P.P.), mejorando y ampliando los argumentos vertidos en el escrito (art. 242 del C.P.P.):

- El ingreso a la vivienda se produjo cuando esta se encontraba deshabitada, es decir no se encontraban sus moradores. Hallándose ya en su interior, es

que apareció la señora Nora Bonino, dándose a la fuga previo apuntarla con el arma que portaba. Esta situación debe ser tomada en cuenta para evaluar el riesgo en que colocó a las víctimas.

- Cuenta con una condena anterior, de la que se evidencia a la ausencia absoluta de violencia, daños y riesgos innecesarios en su conducta.

- Permaneció privado de su libertad por un espacio superior a los siete meses y luego de ser excarcelado, no estuvo involucrado en ninguna investigación penal.

- Mantiene un trabajo estable, igual que su situación familiar.

- La pena de impuesta lo obligaría a volver a prisión por un espacio temporal que supera la proporcionalidad y el fin de readaptación de la pena privativa de libertad.

- Acepta y reconoce las circunstancias agravantes y por eso pide una pena de ejecución efectiva.

Tanto la Fiscalía como la Querrela, requirieron se confirme el fallo impugnado. Destacaron los agravantes presentes en el hecho reconocido y probado. En primer término discrepan con el impugnante en que haya ingresado sin la presencia de moradores; los antecedentes condenatorios; se trata de tres delitos en concurso real;

efectuó seis dispararon con el arma que portaba ante la persecución del efectivo policial, Rodrigo Bastías constituido en querellante.

Finalmente y en ejercicio de la última palabra en la audiencia y replicando argumentos de la contraria, la Defensa alegó que: aun en el caso del concurso real la pena mínima en abstracto no se modifica, que la vida del querellante (efectivo policial que lo persiguió) nunca estuvo en riesgo ya que en ese supuesto, se estaría hablando de otra conducta típica. Insistió, porque esta convencido, que su asistido ingresó a la vivienda, sin la presencia de moradores.

PRACTICADO el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **Dr. Mario Rodríguez Gómez; Dra Liliana Deiub y Dr. Alejandro Cabral.**

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

Que el recurso de impugnación fue interpuesto en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, por lo que corresponde su tratamiento. Se advierte que la resolución atacada, es una sentencia definitiva, y fueron expresados con precisión los

agravios, que se trataran en la segunda cuestión de este fallo. De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto de la audiencia celebrada (art. 245) fue posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos por los que impugna.

La ***Dra Liliana Deiub***, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones-

El ***Dr. Alejandro Cabral***, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?

El ***Dr. Mario Rodríguez Gómez***, dijo: del análisis de los agravios, la posición de las partes acusadoras y su confronte con el fallo recurrido, se desprende que el Tribunal, compartió la crítica hecha por el impugnante a la escasa argumentación y fundamentos para sostener y solicitar, en la audiencia de cesura, la pena de cinco años de prisión. Como consecuencia de esta ocurrencia decidió aplicar el mínimo legal previsto en los tipos penales reconocidos y acordados. Claramente expresa el Dr. Fernando Zvilling, en su voto al referirse a esta cuestión que "Otra cuestión lleva a la imposición de la pena mínima es que, tal como lo sostuvo la defensa las partes no dieron

razón, fundamento o motivos por los cuales pretendían elevar el mínimo a cinco años de prisión... el Tribunal no puede, solo sobre la base del hecho acordado, aumentar el monto mínimo al no existir la debida fundamentación de las acusadoras... En el sistema acusatorio los requerimientos y fundamentos deben ser efectuados por las partes". En sintonía con este precepto y en forma coherente con el respeto por la imparcialidad del Tribunal y la distinción de roles, destaca el fallo que no se llevó a cabo el proceso de unificación, pese a que correspondía, al no haberse superado el plazo de cuatro años desde la condena anterior registrada por Contreras (art. 26 del C.P.), porque no fue requerido.

Rechaza el Tribunal de Juicio el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal mínima, al hallar coherencia y racionalidad, en su aplicación en el caso concreto, sobre la base de los agravantes, que también expone y desarrolla. El riesgo a los moradores a los que apunto con el arma de fuego, independientemente si al ingresar a la vivienda estaban presentes o llegaron luego, en los dos supuestos los apuntó. La exagerada cantidad de disparos que efectuó en un lugar poblado, el concurso real de delitos que acordaron, los antecedentes condenatorios registrados.

Comparto los argumentos vertidos por el Sr. Defensor, sobre la inconstitucionalidad del presupuesto de la escala penal mínima, ya que claramente, en determinados supuestos, al ser sancionada en abstracto por el legislador puede afectar el principio de culpabilidad, siendo esta, la medida de la pena y el puente entre el injusto penal y la sanción. Bien explica el Dr. Mario Juliano, "la Constitución deja de ser una declamación teórica de principios y se convierte en ley operativa materializada en los casos concretos... los mínimos de las escalas penales deben ser solamente indicativos y, en consecuencia, que, en caso en que ellos superen el nivel de culpabilidad del imputado por el hecho específico que se le atribuye, debe apartarse el juez de su mecánica aplicación, declarando su inconstitucionalidad" (Pensamiento Penal de Sur I).

Sin embargo, los jueces que dictaron la condena, no desconocen este principio, pero con fundamentos claros y coherentes, lo desechan al encontrar en el mínimo legal la sanción justa, equitativa, razonable y congruente con el nivel de culpabilidad que fundaron sobre el esquema que orientan los artículos 26, 40/1 del C.P.

Encuentro en la tasación de la sanción un respetuoso y razonado análisis de los principios que rigen la determinación judicial de la pena; la garantía de

culpabilidad y los principios rectores de un sistema adversarial, al tomar en cuenta, como se mencionó antes, solo las propuestas de las partes sin argumentos oficiosos.

Por todo lo expuesto entiendo debe confirmarse el fallo impugnado. Así voto.

La **Dra Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones-

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Tercera cuestión: imposición de costas:

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo: que habiendo sido declarado admisible el recurso y teniendo en cuenta que la imposición de costas acarrearía una limitación a la garantía del "doble conforme" entiendo que debe ser eximido de costas el impugnante.

La **Dra Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

De conformidad a lo expuesto este Tribunal de Impugnación por unanimidad.

FALLA:

I.- Declarar formalmente admisible el recurso de impugnación (art 242 del C.P.P.).

II.- **CONFIRMAR** la **sentencia impugnada N° 81/2014** en la que impuso a **Gerardo Contreras**, de demás circunstancias personales relatadas, la pena de tres años y cuatro meses de prisión de efectivo cumplimiento accesorias legales y costas.

III.- Sin costas al vencido.

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Reg. Sentencia N° 03 T° I Fs. 38/42 Año 2015.-