

SENTENCIA N° setenta y cuatro /2015. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, ***a los cinco días del mes de octubre de dos mil quince,*** se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Sres. Fernando Zvilling, Alfredo Elosu Larumbe y Florencia Martini,** presididos por la última de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**FERNANDEZ, JOSE MIGUEL S/ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO**", identificado como legajo **MPFNQ 11.398/2014,** seguido contra **José Miguel Fernández,** DNI n° 26.999.515, de nacionalidad Argentina, de estado civil soltero, instrucción secundario incompleto, nacido el 11 de noviembre de 1978, de ocupación soldador y pintor, hijo de Nelson Mario y Dora Contreras, domiciliado en peatonal 15, sector B dúplex 1, barrio Parque Industrial de la ciudad de Neuquén.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia N° 111/2014 dictada el doce de noviembre de dos mil catorce por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Ana Malvido, María Gagliano y Marcelo Muñoz, se resolvió declarar culpable a José Miguel Fernández en relación al hecho por el que fuera juzgado -en perjuicio de Florencia Micaela Giménez- y que fuera calificado como robo calificado por el uso de arma cuya aptitud de disparo no ha podido ser acreditada (art.

166 inc. 2 tercer párrafo del Código Penal), conforme la acusación de la que fuera objeto en el proceso, con accesorias legales y costas. Mientras que, por sentencia N° 86/2015 dictada el 06 de mayo del año dos mil quince se resolvió imponer al nombrado una pena de cuatro años de prisión efectiva y accesorias legales del art. 12 del CP.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra ambas sentencias, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el treinta de septiembre de dos mil quince, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor particular Dr. Ricardo Mendaña y por la Fiscalía el Dr. Maximiliano Breide Obeid, celebrándose la misma en ausencia del imputado.

B) El Dr. Mendaña estructuró la impugnación en torno a tres agravios, hallándose los dos primeros íntimamente conectados. Asimismo aclaró que la sentencia de condena es impugnada por reposar en la primera. Solicitó en primer término la absolución de su pupilo -de prosperar los dos primeros agravios- y subsidiariamente, se revoque la sentencia en lo que respecta al calificante legal y se reenvíe a juicio de cesura.

Violación del deber de motivar

suficientemente la sentencia de responsabilidad: sostiene la defensa que no se consideró adecuadamente las condiciones en que se habría hecho el seguimiento que culminó con la detención de Fernández, que se descartó arbitrariamente la posibilidad de error (en la individualización del sujeto) entre ellas considerar "increíble" que pueda haber otros transeúntes en el área que va del lugar del hecho al de aprehensión de Fernández dada la época del año y la hora; que se quitó toda relevancia a que la prenda incautada no se haya exhibido en la audiencia; que se restó relevancia al secuestro tardío del arma (un día después) a cincuenta metros del lugar de la aprehensión y que se pueda tener por cierto que el arma utilizada es la secuestrada a pesar del señalamiento impreciso de la víctima. Agregó además que al momento de la demora Fernández no tenía nada vinculado con el botín aunque a corta distancia se encontró una suma de dinero que la fiscalía y el tribunal entendió que eran el fruto de la sustracción y al día siguiente, a poco más de cincuenta metros pero en un lugar que no era el itinerario por donde había venido Fernández se secuestra un arma de fuego. Nos dicen el policía como el padre de la víctima que la persona que ellos seguían se desprendió de una prenda y esa prenda se secuestró, entonces en el juicio la defensa pretendía

que fuese exhibida la prenda secuestrada para ver si podía ser reconocida por la víctima pero ello no ocurrió. Por tanto se tiene el testimonio de la víctima Florencia Micaela Giménez que no puede reconocer al autor. Lo único que se habría recuperado es una suma de dinero pero la víctima no dijo la cantidad precisa de dinero y los jueces entendieron que ese era el dinero porque estaba compuesto por mucho cambio como los que hay en los kioscos como el local afectado. No parece un criterio seguro. El policía Huenul interviene a partir de que el padre de la víctima, el Sr. Carlos Giménez, después de que hizo más de trescientos metros indica al presunto autor como quien iba adelante. Si se confundió ese error se traslada a los que vienen después. La defensa entiende que hay un margen de error claro. No era una hora inusitada ni un lugar descampado, un lugar relativamente céntrico. Los jueces entendieron que por la hora y el lugar era razonable que no hubieran otras personas, lo que a su entender es una fórmula dogmática. A la joven le mostraron un arma y dijo que era similar a la que había tenido el autor. En un contexto de déficit hay que ser riguroso con el valor que debe adjudicársele a este señalamiento. La jueza dice que el seguimiento se hizo de forma inmediata. Por eso la defensa acompaña un croquis, que permite ver el recorrido de esta suerte de persecución que está claro que fue

discontinua por algo muy simple, la víctima tuvo que cruzar la calle decirle que le habían robado y a partir de allí el padre ve a alguien, intuye que era el ladrón, luego lo pierde y vuelve a encontrar. Los jueces no se hacen cargo de estas circunstancias que se señalan, lo que constituye un vicio en la motivación. El arma se secuestra en un lugar por donde no había pasado, la única posibilidad extraordinaria es que haya arrojado a cincuenta metros el arma, y ello no se probó. Asimismo los jueces desnaturalizan la convención sobre el secuestro del arma por cuanto nunca se acordó que era el arma utilizada en el hecho, sólo se convino las condiciones del secuestro y del arma.

Arbitrariedad de la Sentencia de Responsabilidad por manifiesta insuficiencia de la prueba invocada contra el imputado que no permite satisfacer el estándar de la duda razonable violando la presunción de inocencia: Resalta la defensa los dos aspectos vinculados con la prueba derivados de la presunción de inocencia, a saber la carga de la prueba en cabeza de las partes acusadoras y la prohibición de invertir la carga de la prueba en perjuicio del imputado. Que los vicios de motivación expuestos en el agravio precedente son una cara de los problemas que afectan la sentencia mientras que la otra es la violación del estándar probatorio que exige

nuestro sistema procesal como consecuencia de la presunción de inocencia. Que no hay certeza de que su pupilo haya cometido el hecho pues no fue reconocido por la víctima, no hay huellas ni otros vestigios objetivos, no le secuestraron nada del hecho en su poder y tampoco el arma que presuntamente se habría utilizado. Pareciera que el rigor para la ponderación de la prueba de cargo ha tenido en consideración los antecedentes de Fernández. No se ha respetado entonces el estándar de la duda razonable y la presunción de inocencia. En materia penal no alcanza con la probabilidad más aceptable sino que exige que se hayan eliminado las probabilidades divergentes (origen del dinero, del arma y posibilidad de error sobre la persona).

Errónea teoría legal invocada al considerarse configurado el delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no se pudo acreditar: sostiene la defensa que la posición asumida por el Tribunal para concluir que el arma de fuego fue empleada ha sido criticada por la doctrina y la jurisprudencia. Cita en su apoyo a Nuñez, Molinario, Aguirre Obarrio, Creus, entre otros, quienes exigen la utilización efectiva del elemento, que haya sido blandida, no resultando suficiente la portación al momento de la comisión del hecho. Que hacer un gesto indicando que la lleva en la cintura no satisface la exigencia del tipo penal e importa una extensión indebida

de la ley penal prohibido por el principio de máxima taxatividad legal que se expresa mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*. No surge que el arma se haya empleado de acuerdo al significado del art. 166 porque la víctima no dijo que el autor la haya sacado o esgrimido. Finalmente advierte una incongruencia en la fundamentación de este extremo en tanto el tribunal sostiene que la exhibición "fue demostrativa de la voluntad del autor del hecho de emplearla" y que "generó para la víctima una situación de riesgo concreto". Pues si exhibirla denota voluntad de emplearla, significa que los jueces le dan a la expresión empleo un alcance distinto que la simple portación o exhibición y asimismo en relación al riesgo concreto se contradice con la ineptitud de disparo del arma secuestrada que excluye el riesgo aludido por los sentenciantes. Por lo expuesto solicita, en caso que se rechace los dos agravios precedentes, se excluya la figura penal seleccionada por los señores jueces del colegio, calificarlo como robo simple, y ordenar un nuevo juicio de cesura para que se aplique la pena que corresponda en función de la nueva calificación jurídica.

C) A su turno, el Sr. Fiscal expresó que a pesar de la meticulosidad del defensor para trabajar en la duda respecto de las evidencias o pruebas, lo cierto es que se cuenta una historia sin el hilo conductor que dio

certeza a los jueces para arribar a una sentencia. Fernández fue a un local comercial donde estaba la víctima, exhibió un arma de fuego, sustrajo dinero en efectivo -la recaudación del kiosco- en varios billetes pequeños, describe aproximadamente la cantidad. Se cruza y le avisa al padre. El padre toma una bicicleta, ve a una persona con las características que le dijo la hija, comienza a perseguir, lo pierde de vista y luego lo vuelve a divisar. Llega la policía y ahí lo ven desprenderse de una prenda (de un buzo), se mete a un baldío. Respecto de los cincuenta metros donde se encuentra el arma, lo cierto es que no es necesario determinar la distancia desde el frente del domicilio cuando el arma se encontró en el patio trasero de la casa ubicada al lado de donde lo detuvieron. No es necesario dar toda la vuelta e ingresar a la vivienda. En el mismo trayecto donde lo ven saliendo, encuentran la prenda y luego el dinero, demorándolo en ese baldío. No era una noche cualquiera, era una noche de invierno, los testigos no refirieron la presencia de otros transeúntes. Tal como lo indica el Tribunal Superior de Justicia en el caso "Landaeta-Cardozo", la evidencia no se puede analizar de manera disociada, como compartimentos estancos, dispersa. En este caso, la prueba rendida en el juicio valorada integralmente explica la certeza. Aquí hay que tener en cuenta del fallo Casal el voto de la Dra.

Argibay, ¿Qué se puede revisar? Todo aquello que esté reñido con la lógica menos lo que tiene que ver con la inmediación. La sentencia exhibe un razonamiento lógico de la prueba rendida en juicio. Por lo que considera que corresponde confirmar el juicio de responsabilidad. Respecto de la calificación legal del hecho, considera que la reforma Blumberg excluye la doctrina de Nuñez de blandir que era esgrimir, al aparecer la nueva figura del arma cuya aptitud de disparo no ha podido acreditarse. Portarla o tenerla en tanto la víctima no lo sepa, sería un delito de peligro pero no coloca en una situación de desigualdad a la víctima que tiene que ver con un vencimiento de la voluntad de la otra persona para que entregue sus elementos. Que exhiba el arma genera un vencimiento de la voluntad y coloca en una situación de desigualdad a la víctima. Exhibir al momento en que está exigiendo la entrega es suficiente para generar temor a la víctima como efectivamente lo hizo. Por ello entiende que la decisión es ajustada a derecho, derivada de un razonamiento lógico de la prueba rendida en juicio y la calificación escogida es la adecuada para el hecho enrostrado a Fernández por lo que solicita se confirme en todos sus términos la sentencia.

D) Otorgada la palabra en último término a la defensa sostuvo que la impugnación discurre dentro de la vía prevista en nuestro código pero fundamentalmente

bajo el estándar de la Corte en el caso Casal. No pretende afectar el principio de inmediación pero por ejemplo cuando los jueces afirman "nadie hizo referencia a la existencia de varios transeúntes lo que a la luz de la experiencia resulta creíble dada la altura del año" es absolutamente discutible, no sabe si la Dra. Malvido vive en esa zona y acostumbra salir a caminar. Deducir que no hay gente porque a nadie le preguntaron, parece ser un exceso. Nos dice que el señalamiento se vincula con la vestimenta y que el autor se desprendió de la prenda, y que los policías la encontraron, no entiende cómo no se le mostró a la víctima y a las otras personas. La única descripción es la de una persona afectada por el hecho, una referencia general. El imputado tenía el pelo larguísimo y no hubo siquiera ninguna referencia a ello. Sostuvo que la hipótesis de la fiscalía tenía una clara debilidad y que no iba a poder satisfacer el estándar de la duda razonable. No tenían testigos pero esto es pretender invertir la carga de la prueba, estaba caminando solo, no trajo testigos. Sobre la pena no se hizo un planteamiento propio sino como consecuencia del tercer motivo de agravio.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Fernando Zvilling** y, finalmente, el **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Dr. Fernando Zvilling** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

Adelanto que los agravios no habrán de tener acogida en esta instancia. En relación a los dos primeros, habiendo observado los testimonios video filmados del juicio, contrastándolos con las explicaciones vertidas

en la sentencia, se constata que la resolución expone adecuadamente las razones que llevaron a los magistrados a sostener la autoría del acusado, realizando una valoración integral y contextualizada de las pruebas producidas en el juicio de responsabilidad.

Asiste razón a la fiscalía cuando reprocha la crítica ejercida por la defensa de elementos aislados que desconfiguran la reconstrucción del suceso en función de la valoración integral del conjunto de la prueba rendida en el debate.

Más allá de la señalada solución de continuidad o no, en la persecución del sujeto inmediatamente después de acontecido el hecho, las circunstancias fácticas relevantes que explican la dinámica del suceso y acreditan la participación del acusado son las siguientes: 1) el hallazgo de un transeúnte en las inmediaciones del lugar del hecho por parte del Sr. Carlos Giménez, quien lo persigue sin que aquel advierta su presencia, y da aviso a la policía; 2) la identidad entre la prenda superior que llevaba este sujeto con la que llevaba quien ingresó al kiosco conforme a las características informadas por la víctima (buzo con rayas blancas) cuyo reconocimiento no resultó necesario en atención a que el avistamiento directo de tal prenda por parte de Carlos Giménez es el que permitió realizar el

seguimiento y posterior demora del sujeto; 3) el despojo de aquella prenda por parte del transeúnte, observado tanto por el Sr. Giménez como por el agente Huenul, que llama la atención de los nombrados en el contexto del hecho; 4) el hallazgo de una suma de dinero a pocos metros del lugar donde es demorado Fernández, con características similares en su composición y monto con el desapoderado en el lugar del hecho; 5) que tanto ambos despojos (buzo y dinero) -en el marco en el que se efectúan- no encuentran otra explicación razonable más que la intención del sujeto de desechar los rastros del delito; 6) el hallazgo de un arma de fuego en inmediaciones del lugar donde fuese aprehendido, aun cuando se concreta horas después de la demora, circunstancia que resulta lógica por la escasa visibilidad de la zona al momento de la demora (nocturnidad); 7) la identidad del tipo de arma secuestrada con el arma exhibida por el sujeto para facilitar el desapoderamiento (revolver) de conformidad a la descripción dada por la víctima; y 8) la credibilidad del relato de Florencia Micaela Giménez que encuentra apoyatura en las circunstancias fácticas detalladas precedentemente (como elementos periféricos que lo verifican).

Todas estas circunstancias valoradas a partir del sistema de la sana crítica racional (conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia)

satisfacen el principio de razón suficiente que demanda la sentencia que se impugna, superando el estándar de la duda razonable y destruyendo la presunción de inocencia del encausado.

En lo que respecta al tercer agravio, se trata de una cuestión de puro derecho, en cuanto gira en derredor de la interpretación que se le asigna al mentado "empleo" de un arma de fuego en los términos del art. 166 del Código Penal. Ello en definitiva no cuestiona la razonabilidad de la sentencia manifestando, en todo caso, una interpretación disidente por parte de la defensa que no alcanza para tachar la validez de la resolución adoptada. Más allá de las aparentes incongruencias apuntadas por la defensa en la explicación de la interpretación legal del caso, se trata al final de cuentas, de un juego de palabras que sin embargo no oscurece la exégesis que comunica la sentencia. Si bien es cierto que al expresar que mediante la exhibición del arma demostró la voluntad del autor del hecho de "emplearla", pareciera que se estaría afirmando que efectivamente no se empleó, se trata de distintas acepciones del verbo emplear. En definitiva la sentencia comunica dos modos de emplear el arma que constituyen ambos, la figura calificada: empleo como exhibición del arma con carácter intimidante que condiciona la reacción de

la víctima reduciendo su ámbito de autodeterminación (violencia moral), y empleo como ejecución del disparo.

Ello no contradice la postura sostenida por la defensa, en tanto que el sujeto lleve o porte el arma no configura el calificante, debiendo "blandirla" para que ello acontezca. Es obvio que cuando el sujeto pasivo no conoce la existencia del arma, aunque el autor efectivamente la lleve consigo o porte, el calificante no se verifica porque no tiene consecuencias sobre el ánimo de la víctima (no se produce la situación de desigualdad que facilita el desapoderamiento, en los términos sostenidos por el Sr. Fiscal en la audiencia de impugnación).

Blandir significa "mover", "agitar", y cabe acotar que tal significado resulta impreciso cuando se lo traslada a un arma de fuego, en cuanto el origen de este verbo se conecta con las espadas y a partir de ellas con las armas blancas en general¹, cuyo movimiento actualiza el poder lesivo, circunstancia que no sucede con las armas de fuego cuyo poder lesivo se actualiza con la acción de disparar. De hecho, constituyen sinónimos del verbo "blandir" las acciones de enarbolar, alzar, *amenazar*. Y en el caso que nos ocupa, la mera *exhibición* del arma de fuego alcanza para obtener el resultado buscado por el autor, que

¹ La palabra **blandir** tiene su procedencia en el francés *brandir*, este derivado del francés antiguo *brant* 'espada', la cual a su vez procede del alemán antiguo *brant* 'hoja de la espada'; y también en el latín *blandire*.

consiste en provocar la intimidación de la víctima facilitando de este modo el desapoderamiento.

No se produce -como afirma la defensa- una extensión indebida de la ley penal ni una analogía *in malam partem*, desde que no existe unicidad en el significado del término "empleo" que es el que contiene la figura calificada.

Respecto a la segunda incongruencia señalada por la defensa, esto es, que la exhibición del arma "generó para la víctima una situación de riesgo concreto", tal incongruencia no se constata por cuanto la cita que realiza la sentencia refiere a la esfera subjetiva de la víctima (la intimidación que provoca conocer el poder ofensivo de un arma de fuego, que se presume funciona correctamente) con independencia de que, en la esfera objetiva, este arma efectivamente posea aptitud de disparo y en consecuencia, provoque una situación de riesgo concreto. En la percepción de la víctima el riesgo es concreto.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde confirmar la sentencia impugnada, en tanto exhibe un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables

con las circunstancias objetivas de la causa, sino que se ha realizado una valoración adecuada de todos los elementos aportados al proceso, tendientes a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por la Defensa en cuanto opinión discrepante sobre el valor probatorio de las distintas evidencias o la interpretación del derecho aplicable al caso (art. 166, inc. 2, tercer párrafo) que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo. Mi voto.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Por tratarse de una impugnación ordinaria y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente en favor de José Miguel Fernández, DNI N° 26.999.515 (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- **NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por no constatare los agravios, confirmando en consecuencia las sentencias N° 111/2014 y 86/2015 dictadas por el Tribunal integrado por las Dras. Ana Malvido, María Gagliano y Marcelo Muñoz por la que se declaró a **José Miguel Fernández**, de demás circunstancias personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de **robo con arma cuya aptitud de disparo no pudo acreditarse** (art. 166, inc. 2° tercer párrafo del Código Penal), **imponiéndosele una pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo y accesorias legales del art. 12 del CP y costas del proceso.**

III.- **EXIMIR DE COSTAS** a la Defensa por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial correspondiente para su registraci3n y notificaciones pertinentes.-

V.- Se deja constancia que la presente es suscripta por dos de los magistrados por hallarse el Dr. Fernando Zvilling en uso de licencia, habiendo participado de la deliberaci3n.-

Dr. Florencia Martini

Juez

Dr. Alfredo Elosu Larumbe

Juez

Reg. Sentencia N° 74 T° V Fs. 972/981 Añ3 2015.-