

SENTENCIA Nº setenta y dos /2015.- En la ciudad de Neuquén, a los *veinticuatro días del mes de septiembre del dos mil quince*, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrado por los **Dres. Alfredo Elosu Larumbe, Daniel Varessio y Mario Rodríguez Gómez**, con el objeto de dictar sentencia en el caso judicial **"CIDES, Cintia Vanesa - PAINEMILLA, Nelson Gustavo s/Robo doblemente agravado"** Legajo OFIZA 152 Año 2014. Seguido contra **Cintia Vanesa Cides**, titular del DNI 25.043.574, con domicilio en el Barrio Nordestron, acceso E 1, planta baja E de la Ciudad de Zapala y contra **Nelson Gustavo Painemilla**, titular del DNI 24.774.389, con domicilio en Agente Montes 1766, del Barrio Nueva Esperanza de la Ciudad de Zapala. Intervinieron en la audiencia (art. 245 del C.P.P.), por la Fiscalía la Dra. Sandra González Taboada, por la Defensa de Cintia Cides, la Dra. Melina Pozzer y por la de Nelson Painemilla, el Dr. Pablo Méndez.

ANTECEDENTES:

El día 5 de mayo de 2015, el Tribunal integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Carolina González y Gustavo Ravizzoli, condenó a Cintia Vanesa Cides, como partícipe secundaria y a Nelson Painemilla, como partícipe primario, del delito de robo doblemente calificado por el uso de arma de fuego y la calidad del autor (art. 166 inc. 2º, 167 bis, 45 y 46 en función del art. 47 del C.P.).

Hechos incriminados:

Principal: El día 13 de Abril de 2010, siendo aproximadamente las 14:24 hs. Víctor Fabián Pérez, en ese entonces miembro de la Policía de la Provincia del Neuquén, ingresó con firme propósito de robo, portando un arma de fuego cal. 9 mm. al local comercial que giraba con el nombre de fantasía Antu Nehuen, ubicado en la calle Belgrano 174 de la Ciudad de Zapala, donde a la vez funcionaba un Pago Fácil, y previo gritar a viva voz "esto es un asalto" se desplazó por el interior del comercio, apuntando con el arma de fuego la humanidad de Sergio Acuña, efectivo policial que se hallaba de adicional en el comercio e intento frustrar el ilícito. En ese momento Pérez le efectuó por lo menos cuatro disparos de arma de fuego desde el sector de atención al público. Los disparos impactaron en el cuerpo y cayó gravemente herido al piso con lesiones de tal entidad que provocaron en forma inmediata la muerte. Su deceso se produjo por impacto de proyectil de arma de fuego que le ocasionó lesión en arteria aorta y pulmonar, provocándole un shock hipovolémico. Luego de esto, Pérez golpeó la puerta que lo separaba de la parte administrativa del local, apoderándose en primera instancia del arma de fuego (Taurus 917 Nro. 26 TYF 97485) propiedad de la víctima, tomándola con la mano izquierda, para en esas condiciones de ataque y

amedrentamiento apuntar en la cabeza y pecho de María Noemí Espinosa (empleada del lugar), que se había resguardado de los disparos debajo de un escritorio, previo levantarla fuertemente del brazo, a la vez que le propinaba golpes de puño tanto en la espalda como la cabeza, al tiempo que le exigía la entrega del dinero y las llaves de una camioneta. Espinosa, hallándose absolutamente cercada por la violencia física y psíquica ejercida, fue obligada a colocar el dinero de la recaudación del día, el cual se estima entre \$20.000 ó \$30.000, en una mochila color negro con cordones. Pérez se colocó ese bolso en el brazo izquierdo, para finalmente retirarse raudamente del lugar, evitando ser visto y así asegurar el resultado de su faena delictiva.

Aportes secundario: Para lograr el robo, como para asegurar la res furtiva, Pérez se valió de la participación de **Cintia Vanesa Cides** -con quien mantenía una relación sentimental al momento de los hechos y desde hacía varios años, además de ser primos. En ese orden, Cides el mismo día del hecho, a las 14:15 (10 minutos antes del asalto) y a las 14:25 hs. (cuando se encontraba perpetrando el hecho), usando un aparato de telefonía móvil Nokia 1200 abonado 02942-1554165 efectúa un llamado al Comando Radioeléctrico denunciando falsamente la comisión de un delito contra la propiedad en el Paraje El Salitral, más precisamente en la chacra de Omar Lebed, distante a más

de 2 km. del centro de la ciudad, expresando que era empleada y que se encontraba encerrada en el baño de la vivienda, pues 4 personas habían ingresado al lugar con fines de robo. El segundo llamado (14:25 hs) fue reiterando el pedido de auxilio, bajando la voz y creando una falsa alarma en el personal policial que la atendía. Tales llamados, resultaron a todas luces un concreto y efectivo intento de desviar la atención como liberar la zona del centro de la ciudad de personal policial y asegurar el propósito de su consorte delictual, ya que como consecuencia directa de ellos se trasladaron a la zona del El Salitral la mayoría de los móviles destacados en cercanías del centro zapalino. Asimismo, haber mantenido, antes, durante y después del hecho un profuso puente telefónico entre Pérez y Painemilla con el firme propósito de lograr el cometido propuesto.

En relación al aporte esencial de Nelson Painemilla: el mismo día de ocurrido el hecho, en primera instancia, se aseguró de cubrir el servicio de policía adicional en el comercio elegido (Antu Nehuen) desde las 08:30 a las 12:30 hs.; ese día le correspondía a Patricio Mamani. Posteriormente habiendo conocido que en la mutual, con servicios de "Pago Fácil", se había generado una recaudación superior a los \$100.000, le dio aviso telefónico a Cides y esta, por el mismo medio y en forma

inmediata a Pérez, oportunidad en que planean comunitariamente el raid delictivo, que posteriormente desplegaron y que culminó con la muerte violenta de Sergio Acuña.

Alegatos de la defensa de Painemilla -

Dr. Pablo Méndez:

Planteó la errónea valoración de la prueba en la sentencia condenatoria que agrava la situación de su defendido, atento que los elementos probatorios no fueron valorados conforme a la sana crítica racional. Entendió que están sesgados en una valoración de intenciones que no se condice con las circunstancias objetivas de lo ocurrido en el juicio. Señaló que en la audiencia de debate pasaron 20 testigos pero ninguno aportó una prueba objetiva tendiente a acreditar la responsabilidad de Painemilla. Indica que el Tribunal, efectuó una valoración arbitraria de la declaración de la testigo Espinoza (empleada del local) respecto a las conductas previas que tuvo Painemilla cuando efectuó el servicio adicional en la empresa, el día 13 de abril del 2010 en horas de la mañana. Dijo que estaba muy nervioso y enviaba mensajes, cuando de la testimonial del oficial Chandia surge que no hubo mensajes de texto ni llamadas. La fiscalía desde la audiencia del art. 168 CPP postuló un profuso puente telefónico entre Painemilla, Cides y el

presunto autor material del hecho, Víctor Fabián Pérez, sin embargo, no hay registro, existen solamente dos, una por la mañana, haciendo referencia a dos sospechosos que había visto que quedaron registradas y corroboradas por el policía Burgos. Hay, además, llamadas de muy poca duración (una de 5 segundos y otra de 4). Esas comunicaciones telefónicas son las que utilizaron para incriminar a Painemilla en carácter de colaborador esencial en el hecho y que fiscalía, pese a todos sus esfuerzos, no lo pudo acreditar. Insistió en criticar los dichos de la testigo Espinosa. Painemilla estuvo desde la mañana, se contó el dinero delante de él, las cajas tenían recaudación de tres días, había una suma importante de dinero, ella lo deposita en la caja fuerte, que estaba a simple vista, con unas plantitas arriba. Por lo que Painemilla no hizo ningún aporte esencial, ya que Pérez, cuando ingresa, se dirige a la caja chica que estaba en el mostrador que atendía la señora Espinosa, no a la caja fuerte, cuando tuvo la posibilidad ya que estaba todo controlado. Hay testimoniales, agrego el Defensor, que se encuentran viciadas de subjetividad, la de los integrantes de la fuerza policial local Delaloye, Turcati, Beroiza y Gustavo González especialmente. Este testigo afirmó que en horas posteriores al hecho fue a la estación de servicio EG3, vio a Painemilla y le comunica que había sucedido un hecho

delictivo en la mutual Antu Nehuen, que habían matado al policía adicional, que lo tomó de modo liviano, no reaccionó. Al ser contra-interrogado dijo que esta situación le llamó la atención días después del hecho. Esta es una valoración sesgada, ya que desde la misma policía se hablaba como se estaba dirigiendo la investigación. Marta Beroiza dijo que Painemilla le preguntó si se podían rastrear las llamadas telefónicas o la declaración de Turcatti que le habló a las cuatro de la tarde para decirle que había visto dos sospechosos y que ese cotejo no había quedado registrado en el parte diario. Respecto al testigo Mamani, de la fuerza policial, tenía asignado el lugar en la mutual que tomó Painemilla, porque como quedó acreditado, tenía el cumpleaños de su hija y esos cambios eran habituales. También quedó demostrada la reunión familiar. Otro dato que le llama la atención a Mamani es que Painemilla cuando salieron a patrullar la noche del hecho haya puesto música pachanguera. Todos esos testimonios, a su criterio, se encuentran valorados en forma arbitraria. El hecho sin la presencia de Painemilla hubiera ocurrido de igual manera. La persona que lo perpetró tenía datos mínimos, no sabía la existencia de dinero en la caja fuerte, tampoco aportó el arma. No se encontró ningún elemento probatorio en el allanamiento a la casa de su asistido.

Respecto a la calificación legal de robo doblemente agravado por el uso de arma para el disparo y por la calidad del autor conforme al artículo 80 inc.9 del C.P. se traslada la condición del presunto autor material, Víctor Fabián Pérez de miembro integrante de la policía a Nelson Gustavo Painemilla. Situación que esta desajustada a derecho en base a los precedentes de la corte en el fallo Tarditti y en el fallo del Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo 14/2015 y el Acuerdo 16/2014 en los autos "Méndez" y "Salas" que estableció que al tipo del artículo 80 inc. 9, no es de aplicación directa requiere un elemento subjetivo indispensable que es el haberse aprovechado de la función o cargo por parte del autor del hecho. Propone se revoque la declaración de culpabilidad, que se dicte la absolución y subsidiariamente para el caso que considere acreditada la culpabilidad, se quite la agravante del artículo 80 inciso 9.

Alegato Dr. Melina Pozzer, defensa de
Cintia Vanesa Cides:

Los jueces de sentencia declararon la responsabilidad de Cintia Vanesa Cides en calidad de partícipe secundario por el delito de robo doblemente agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo se tiene por acreditada y por la calidad del autor.

En el juicio de cesura se le impuso la pena de cuatro años de prisión.

Admisibilidad, conforme el artículo 233, es una sentencia definitiva y fue interpuesta dentro del plazo legal.

En el alegato de apertura del juicio la fiscalía le atribuye a la señora Cides: El hecho acaecido el día 13 de abril de 2010 cuando a las 14.15 horas y a las 14.25 horas habría realizado comunicaciones telefónicas entre la línea de celular terminada en 465, oportunidad en la que se advertía que en una chacra ubicada en la zona del Salitral, propiedad de Omar Leven, estaría ocurriendo un delito, un robo, y en esa comunicación telefónica, la persona que la efectuaba decía ser personal doméstico que se encontraba escondida en el baño y por eso pedía la presencia policial. La fiscalía le atribuye en el alegato de apertura que a través de estas comunicaciones que serian una falsa denuncia, alerta al personal policial, desvía su atención, y distrae a la mayoría de los móviles. Posteriormente le atribuye el haber mantenido antes, durante y después del hecho un profuso caudal de comunicación telefónico entre Pérez y Painemilla.

Tres son los motivos de agravios: El primero, la arbitrariedad de la sentencia, toda vez que tiene por acreditado la participación de Cides y la

responsabilidad penal pese a no haberse acreditado en juicio los extremos del cargo. Del análisis y de la lectura del fallo advierte que la Dra. Martínez (primer voto) mantiene afirmaciones de manera genérica y no da razones. Sostuvo que la fiscalía tuvo por demostrada la participación, por la comunicación realizada al comando policial, a las 14,15 horas, alertando que estaría ocurriendo un hecho delictivo en la chacra del Salitral, esta comunicación se realizó desde una línea telefónica de una empresa celular Claro que finaliza en el numero 465 de la que Cides es titular. Ese es el único dato que vincula a Cides, pero no sabemos si fue ella, la persona que se comunicó y si fue ella la que hizo esta advertencia. Otro elemento que sostiene la fiscalía, es que el efectivo que atiende en el comando policial de apellido Castillo, dijo que la voz que habría dado el alerta era femenina, sin indicar ninguna característica. Critica que no se haya hecho ningún análisis serio para determinar si era Cides la que se estaba comunicando de esa línea. Tampoco se analizaron las celdas para determinar la posición geográfica de la persona que realizaba la comunicación y si ello concuerda con el lugar donde se hallaba su asistida. Advierte que siguiendo las reglas de la lógica, ese teléfono pudo ser manipulado por cualquier persona y esa circunstancia no puede servir de base a una sentencia

condenatoria, no permite superar más allá de toda duda razonable, que esta comunicación haya sido efectivamente realizada por ella. Sostiene que la sentencia dice que realizó la llamada pero no como llegan a esta afirmación, por esto, es arbitraria. Respecto de estas dos comunicaciones telefónicas el oficial Chandia dijo que la señora Cides era quien se había comunicado a través de esa línea, pero no porqué, ni en base a qué elementos "dijo porque era Cides", "porque si". Del teléfono celular no se pudo obtener la lista de llamadas entrantes y salientes, no identifican las celdas. Con esta prueba no se logra desvirtuar el estado de inocencia y existen dudas. Remarcó que la fiscalía le atribuye el aporte de las llamadas, que de ese modo habría liberado el centro del personal policial y así contribuir a que el robo en pago fácil pueda concretarse. Este no es un aporte que merezca tener una sanción penal. La importancia se la da la fiscalía, porque los dos móviles de Zapala se habrían dirigido al Salitral, pero debe tenerse en cuenta que la comisaría 22 está a cuatro cuadras del local. Basualdo y Sepulveda (efectivos) dijeron que se encontraban a bordo de un móvil y que no eran los encargados de hacer rondines. Destaca que el procedimiento en el Salitral no duro más de cuatro minutos, llegó, se entrevistaron con el dueño de la chacra y corroboraron que no estaba ocurriendo ningún hecho

delictivo. En la ciudad de Zapala no sólo existen otros móviles, sino que tampoco se dispuso de todo el personal. La segunda conducta achacada, es haber mantenido una profusa comunicación entre Cides y Pérez y entre Cides y Painemilla, pero nadie conoce el contenido de las llamadas. Tampoco se acreditó la existencia de mensajes de texto entre Cides y Painemilla. Ante la falta de prueba surge la arbitrariedad de la sentencia, porque siguiendo esta línea de análisis, no hubo una profusa comunicación, del celular de Pérez y aparecen otras llamadas que no fueron investigadas.

El segundo agravio se refiere a una grave afectación al principio de congruencia. La sentencia toma proposiciones fácticas que fueron mencionadas por la fiscalía en el alegato de clausura pero no en el de apertura y en función de ello se viola el principio de congruencia y de derecho de defensa del imputado. Al analizar la autoría de Cides y la responsabilidad penal relata una nueva proposición fáctica y sobre ella se respalda la condena. Es que la señora Cides habría colaborado con posterioridad al hecho ya que le facilitó su domicilio para que pueda bañarse y cambiar su fisonomía y su ropa. Durante el juicio se escuchó al señor Candia, taxista que dijo que trasladó a Pérez y que este se encontraba con aspecto de recién bañado, con perfume y que

habría tomado el taxi cerca del domicilio de Cides. En función de ello solicitó, declare la nulidad de la sentencia.

El tercer agravio y de manera subsidiaria y siempre que no sean acogidos los demás, cree que existió una incorrecta teoría legal. Se le achaca ser partícipe secundario por robo doblemente agravado, por el uso de arma apta para el disparo y por la calidad de funcionario policial del autor. No corresponde trasladar a un partícipe secundario los excesos del autor en un hecho delictivo. No existe ninguna circunstancia objetiva, que permita afirmar, que Cides haya estado en conocimiento que ese robo se iba a realizar con la utilización de un arma de fuego. El dolo respecto de Cides, no está acreditado, la única justificación de la sentencia es que en su billetera y en momento de un allanamiento le secuestraron dos fotos carnet de Pérez con el uniforme policial, con ese dato se le achaca el dolo, no hay otro dato de que Cides haya tenido conocimiento de que el hecho se iba a realizar con violencia utilizando el arma de fuego. A Cides no se le achaca el resultado muerte del hecho, por este mismo motivo creemos que no se le puede extender situaciones particulares, ni la utilización del arma. Respecto de la extensión de la agravante por ser funcionario policial del presunto autor del hecho no puede ser aplicada a Cides

porque ella no es funcionaria policial, se hizo eco de lo manifestado por el Dr. Méndez de las citas jurisprudenciales. Por lo que consideró que la teoría legal correcta del hecho achacado a la señora Cides es la de robo simple.

Por último explicó que los \$20.000 secuestrados en el domicilio de su asistida, pertenecen a ahorros de su trabajo en un consultorio odontológico.

En función de todo lo expuesto pidió se revoque la decisión adoptada por el Tribunal de Juicio y se disponga la absolución de Cintia Vanesa Cides.

En función del segundo agravio pidió la sentencia sea declarada nula porque se afectó de manera grosera el principio de congruencia y de derecho de defensa en juicio por incluir una proposición fáctica no incluida en la acusación.

Y de manera subsidiaria pidió que le den a la conducta la calificación legal correspondiente esta es la de robo simple.

Alegato de la Fiscalía.

Afirmó que los imputados fueron declarados responsables según sentencia, dictada por los Dres. Martínez, Ravizzoli y González.

Cides y Painemilla desplegaron actividades para facilitar la comisión del delito. El día

13 de Abril del año 2010, aproximadamente a las 14:24 hs. el Sargento Víctor Fabián Pérez, miembro de la Fuerza Provincial ingresó con firme propósito de robo y portando un arma de fuego 9mm. al local comercial sito en calle Belgrano 174, denominado Antú Nehuen donde también se realizaban cobros de Pago Fácil, apuntó hacia Sergio Eduardo Acuña, uniformado que cubría un servicio de policía adicional y que intentara frustrar su accionar, efectuándole en forma inmediata múltiples disparos de arma de fuego desde el sector de atención al público del local los que atravesaron el vidrio divisor e impactaron en el cuerpo de Acuña quien cayó mortalmente herido. A fin de asegurar tanto el propósito de robo como la res furtiva, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar detalladas, Pérez se valió de la participación secundaria de Cintia Vanesa Cides, con quién mantenía una relación sentimental desde tiempo atrás y de Nelson Painemilla, como partícipe primario, y con el cuál además de revistar en la misma fuerza, eran primos. Es así como el mismo día del hecho y minutos antes del mismo, Cides de su celular N° 02942 15541465 efectúa un llamado al Comando Radioeléctrico a las 14:15 hs. denunciando falsamente la comisión de un delito en el Paraje El Salitral, en la chacra del Ingeniero Lebed, distante del centro de la ciudad, manifestando ser una empleada que se encontraba en el baño encerrada de la

vivienda en la cual habían ingresado, reitera su llamado a las 14:25 hs, cuándo se estaba perpetrando el hecho, insistiendo con el pedido de auxilio, al n° 101, con el evidente propósito de liberar la zona de personal policial y facilitar el accionar de su consorte, consiguiendo que todos los móviles disponibles en el centro de la ciudad se dirigieran a la zona del Salitral. Además de ello se le reprocha a Cides el haber mantenido antes durante y después del hecho un profuso puente telefónico entre Pérez y Painemilla para facilitar su cometido. Respecto de Nelson Painemilla, se aseguró de cubrir el servicio adicional en el comercio aludido desde las 08:30 a las 12:30 permutándolo horas antes con el sargento Patricio Mamani, y posteriormente habiendo tomado conocimiento de la recaudación existente superior a los cien mil pesos le dio aviso a Cides y ésta a Pérez, de la existencia de dicha suma. La calificación legal fue la de ROBO DOBLEMENTE CALIFICADO POR EL USO DE ARMA APTA PARA EL DISPARO Y POR LA CALIDAD DE AUTOR, Arts. 166 inc. 2°, 167 Bis, 45 y 46 en función del Art. 47 del C.P., respecto de CINTIA VANESA CIDES, en el grado de Partícipe Secundaria y a NELSON GUSTAVO PAINEMILLA, en el grado de partícipe primario. Existen elementos de convicción en la condena, adquiridos a través de la prueba sustanciada en el debate, que dieron certeza a la producción de los hechos tal cual fueron

impuestos, como así también su autoría. Los tres protagonistas perdieron sus teléfonos celulares, el de Cides encontrado con posterioridad en forma casual, fue entregado a los investigadores, conteniendo datos en los mensajes de texto, con clara referencia al hecho perpetrado. Se preguntaba precisiones de las sumas de dinero, y se lo indicaba con el sobrenombre con el que se lo conocía a Pérez. Por otra parte su aporte al desviar la atención de los efectivos policiales, denunciando un robo y privación de libertad, sin dudas provocó una disminución en las posibilidades de pesquisa y de prevención, al reducir la capacidad de recursos. Además de la referencia temporal de los llamados efectuados por Painemilla a Pérez, en los horarios próximos al atraco, se suma que trabajaba en el lugar atacado, que son primos, su muy llamativo comportamiento posterior al suceso, relatado por sus compañeros de labor, en la estación de servicio EG3 y en el patrullaje. Por último fue determinante la declaración de la empleada del local, cuando explica porque Pérez requería mas dinero y el lugar donde lo buscaba, el mismo en que Painemilla, le había informado, sin saber de su traslado posterior a la caja fuerte una vez que había terminado su adicional.

Finalmente destacó que la calificación legal es la que corresponde. No se adecua a la

jurisprudencia citada ya que el encuadre legal indicado a los participes es el previsto en el art. 166 inc. 2º y 167 bis y no el del inc. 9º del art. 80 del C.P. Por estos argumentos, requirió, se confirme la sentencia impugnada.

PRACTICADO el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **Dr. Mario Rodríguez Gómez; Dr. Alfredo Elosu Larumbe y Dr. Daniel Varessio.**

Primera cuestión: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

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

Las impugnaciones interpuestas fueron presentadas en término, en la forma prevista en el artículo 242 del C.P.P. y se encuentran legitimados objetiva y subjetivamente, se trata de una condena (art. 236 del C.P.P.) y son los imputados y sus defensores los recurrentes (art. 239 del C.P.P.). Por otra parte no fue cuestionada por la Fiscalía (art. 7 del C.P.P.). Por estas consideraciones deben ser declarados admisibles los recursos de impugnación interpuestos.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: acompañó argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

Segunda cuestión: ¿Qué solución debe darse al planteo admitido?.

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

Si bien los recursos tienen características similares, en cuanto plantean arbitrariedad, ausencia de certeza, que no se superó el estándar de duda razonable, además de criticar, los dos, la teoría legal, deben ser tratados en forma independiente. En ambos casos, será revisado en detalle el fallo, sobre la base de la crítica formulada en las impugnaciones y la postura de la contraparte acusadora. En una primera aproximación se destaca que la Dra. Martínez, a cargo del primer voto, ha sido muy minuciosa y detallista, a la hora de referirse a los relatos escuchados en el debate y sobre esa base formar un hilvanado lógico de las premisas que la llevaron a la condena.

Sobre **Nelson Gustavo Painemilla**: su pesquisa, comienza a partir de establecerse, actitudes que sorprendieron a las personas que lo conocen, o estuvieron con él en horas próximas al desenlace. Fue así que **María Noemí Espinosa**, encargada del comercio, dio el puntapié inicial, al advertir desde primera hora, en que abrió el negocio una manera en su comportamiento sumamente extraña y desubicada, que luego asoció con lo ocurrido, poco después que Painemilla se retiró. Le hizo saber que cubriría el

turno de otro compañero, no paraba de hacer comentarios desubicados, mientras ella contaba el dinero, que era superior a lo habitual, ya que durante tres días no habían podido depositarlo. Espinosa, aprovechó que se retiró del lugar para cambiarlo a la caja fuerte. Este dato no lo conocía Painemilla y fue por esta razón que la persona que ingresó armada, le reclamaba mas dinero, es decir sabía de su existencia, pero lo buscaba en el sector en que Painemilla vio que originalmente se guardó. En el mismo sentido, sobre la camioneta de su propiedad, que el agresor le reclamaba, referencia que también le aportó el imputado. Así también son contestes, con actitudes extrañas en su carácter los compañeros de labor **Patricio Mamani**, con quien había cambiado el adicional, con la excusa del cumpleaños de su hija. Mamani, cuando se enteró de lo ocurrido pensó que la víctima era Painemilla. Dio detalles precisos de la actitud, absolutamente extraña y sospechosa que asumió el imputado. "Esa misma noche trabajó con Painemilla y Pérez a partir de las 00:00 hs. Al llegar Garrido le dijo que salga en el móvil a patrullar junto a Painemilla y Pérez. Estaban tensionados, auto que pasaba, auto que se revisaba. Painemilla ponía mucha "pachanguera" para salir en la patrulla, le tuvo que pedir que bajara la música, que habían matado a un compañero y Painemilla dijo "*mire que para tanto va a ser*". Por su parte Pérez se quedaba afuera

a veces hablando por teléfono y decía "a este no me llames, no me llames" En el mismo sentido **Mario Alberto Quesada** "Por la noche Painemilla ingresó en el mismo horario que Pérez para su guardia. Painemilla dijo que perdió el móvil en un procedimiento que hicieron en la noche en el EPET que se realizó cuando promediaban las 02:00 hs. o 03:00 hs. de la madrugada. En esa ocasión debió reducir al sospechoso y al hacerlo es probable que haya forcejeado con este. Eso lo comentó después de haber terminado el procedimiento, una media hora después cuando ya habían llegado a la Comisaría... A Painemilla el 13 de abril lo notó medio nervioso, anormal, como "medio inquieto". Supone que quizás tenía que ver con la muerte de un compañero, pero estaba extraño, como también lo notó en Pérez. El resto de los compañeros estaban doloridos, bajoneados, tristes, mal anímicamente, por la muerte de un compañero. Pero Pérez y Painemilla estaban nerviosos. Le quedó la cara de Pérez que esa noche le pidió la escopeta y le recomendó que tenga cuidado. Notó su rostro muy mal, como cambiado, como una persona que tuviera una preocupación. Vio la preocupación en su rostro. Después de que transcurrieron los servicios Painemilla andaba "medio incómodo", él iba y venía y no se quedaba quieto.", la misma referencia hizo **Gustavo González:** que lo encontró en una estación se servicio EG3, que le comentó lo ocurrido y no tuvo ningún tipo de reacción, pese a que

había estado trabajando en el lugar del hecho ese día y supuestamente había informado de unos presuntos sospechosos, era evidente que ocultaba algo. Cierra el cuadro de autoría las referencias hechas sobre los teléfonos celulares de los tres involucrados, que como bien apuntó la Sra. Fiscal y se cita en la sentencia, los tres se perdieron, abriendo aún mas la sospechas, para construir finalmente la certeza necesaria para una condena. Refiere el fallo: "Un dato no menor que suma elementos probatorios de certera verosimilitud y que constituyen la piedra angular sobre la que se basa la autoría de los imputados resulta el informe de Mauro Nicolás Chandía y que en consonancia con la profusa prueba ya aportada refiere un meticuloso informe sobre el tráfico telefónico entre los encartados el día 13 de Abril del 2010. Por medio del Parte Diario y del identificador de llamadas se llega al teléfono de Cides, el que efectuara las llamadas a las 14:15 y 14:25 al Comando y cuya titularidad es el numero 2942541465 y también, con la misma titularidad según la prestataria de Cintia Vanesa Cides el número 2942575559. En cuánto a Víctor Fabián Pérez, según la prestataria tenía la titularidad del número 294216539001 y Nelson Painemilla es titular del "8789", es así como del 8789 (Painemilla) se dan tres comunicaciones salientes al 575559 (Cides) el 13 de Abril del 2010 a las, **13:54, 14:17 y 14:18** hs. Por otro

lado, el mismo día, del 1465 (Cides) registra una llamada entrante al 8789 (Painemilla) a las 22.17 hs, en que se cortó el tráfico entre ambos".

Por estas consideraciones, entiendo que debe confirmarse la sentencia atacada, en relación a la participación de Nelson Gustavo Painemilla, cuyo encuadre legal será tratado mas adelante, sobre la base de las críticas apuntadas. Quedó claro en el fallo la relación entre Painemilla, Cides y Pérez. Fueron varias las referencias hechas sobre su conducta previa y posterior al suceso que lo incriminan. Trabajaba en el lugar, cambió el turno, advirtió que había mas dinero del habitual, dio el dato de la cantidad y el lugar donde fue guardado (al menos originalmente), aportó datos falsos para desviar la investigación hacia otros sospechosos, se deshizo del celular, del que se registraron las comunicaciones entre los tres imputados, con llamadas o mensajes de texto.

Cintia Vanesa Cides (autoría): como se mencionó precedentemente, Cides desvió los recursos de prevención y represión con que cuenta la Ciudad de Zapala, al denunciar un hecho de graves características, con toma de rehenes, en una zona alejada al casco urbano. En dos oportunidades, efectuó estos pedidos de auxilio, desde la línea del teléfono celular, registrado a su nombre, en dos horarios claves, uno instantes antes de que ingrese Pérez

al local y el restante, mientras se perpetraba el asalto. Esta circunstancia fue debidamente acreditada, ya que al menos dos móviles que habitualmente patrullan la Ciudad se dirigieron al lugar, disminuyendo la capacidad operativa. Estas imputaciones, fueron probadas con certeza, sobre todo a partir de los informes técnicos respecto de la línea telefónica registrada a su nombre, que si bien trato de deshacerse (con muy mala fortuna para Cides) fue hallado por Jonathan Caro y entregado a la policía, lo que permitió tener conocimientos de textos, con clara referencias al local "pago fácil" al autor "Pérez" y el dinero sustraído. Finalmente, también a través de los estudios realizados en las líneas telefónicas, se logró establecer la triangulación de llamadas entre los tres imputados (Pérez, Painemilla y Cides)".

Por otro lado, el mismo día, del 1465 (Cides) registra una llamada entrante al 8789 (Painemilla) a las 22.17 hs, en que se cortó el tráfico entre ambos. El teléfono asignado a Cintia Cides, según informa la prestataria Claro, IMEI 8050 traficó desde el 31 de Marzo del 2010, también se solicitó el histórico de todas las líneas que utilizaron el teléfono que el día del hecho llamó al Comando y se determinó que había sido utilizado anteriormente con la línea "9001" que correspondía a Pérez. Después del hecho se estableció que ese mismo teléfono fue

encontrado por Jonathan Caro y re-utilizado por uno de similares características, no sin antes leer los mensajes que hacían una clara alusión al Hecho del Pago Fácil, donde se nombra al "Foca Pérez" y se reclama el dinero". **Ruth Basualdo:** (policía) confirmó que cuando patrullaba junto con Sepúlveda y Quinteros, el día 13 de abril, a las 14.30hs. solicitaron la presencia de un móvil en la casa de un ingeniero, que la empleada estaba encerrada en el baño y alertaba que cuatro individuos armados habían entrado a robar. **Jorge Castillo y Mauro Muñoz,** trabajaban ese día como operadores del Comando Radioeléctrico y confirmaron dos llamados de emergencia de una mujer, uno a las 14.15 hs. y el segundo a las 14.25 hs., se reciben de una persona de sexo femenino solicitando presencia policial urgente en chacra del ingeniero Lebet y que cuatro personas estarían ingresando en el domicilio" (se menciona el número 02942 15541465). A los minutos o segundos se recibió una segunda llamada de la misma mujer. En ambas ocasiones vio el número en el identificador...". A las 14:25 hs. se asentó que se vuelve a recibir una llamada del 2942 54146 y que esa llamada se corta. Castillo minutos más tarde recibió una llamada del hecho ocurrido en Pago Fácil. Entonces el único móvil que quedaba disponible en la ciudad de Zapala era el móvil de la Comisaría del Menor y la Mujer. Le avisaron que

se estaba produciendo un asalto y que se habían escuchado detonaciones del Pago Fácil de la calle Belgrano.

Sobre la incongruencia entre la acusación y la sentencia en base a los dichos del taxista Claudio Ariel Chandía, que llevó a Pérez de la casa de Cides al GEOP y aparecía como recién bañado. Que la Dra. Martínez (primer voto) lo tomó como una prueba del periplo realizado por Pérez, luego del atraco, se dirige al domicilio de Cintia Cides, en el Barrio Nordeste, se bañó, cambió de ropa y abordó el taxi de Chandía. Esta circunstancia fue parte de la prueba y no de la imputación. El testigo citado se presentó en el debate, sin sorpresas para la defensa y pudo ser contra examinado, como el resto de la prueba sustanciada en el juicio, no afectando garantía alguna ni el debido proceso.

En base a estos argumentos, considero que la autoría de Cintia Cides, quedó con certeza acreditada, en los términos en que fue impuesta. De la lectura del fallo, se desprende el conocimiento previo y personal, entre los tres encartados, la triangulación de llamadas y el aporte prestado por Cides, al desviar recursos (patrulleros y efectivos) a una zona alejada del lugar del hecho y del casco urbano de la Ciudad de Zapala, denunciando falsamente un robo con cuatro personas armadas

y otra escondida en el baño de la vivienda, en el horario en que Pérez perpetraba el atraco en Pago Fácil.

Teoría legal: el Tribunal declaró la responsabilidad de Cintia Vanesa Cides y Painemilla Nelson Gustavo, en calidad de partícipe secundario y primario, respectivamente en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo y por la calidad de autor, conforme arts. 166 inc 2º, 167 bis, 45 y 46 en función del art. 47 del C. penal.

Los dos defensores, como se mencionó precedentemente, impugnaron subsidiariamente esta calificación entendiendo que: ninguno de los dos agravantes impuestos puede trasladarse al sus asistidos por ser, ambos, de carácter estrictamente personal y su imposición violaría principios elementales de culpabilidad. No tenían porque saber ni Cides, ni Painemilla, que usaría un arma de fuego, apta para el disparo. Tampoco y mas clara resulta la imposibilidad de traslado a los partícipes de la condición de policía.

Tanto la Fiscalía en su alegato, como la sentencia responden correctamente esta tacha. Como bien señala la Dra. González Tabeada, confunden el caso del art. 80 inc. 9º jurisprudencia del TSJ de Neuquén caso "Méndez/Salas" con este supuesto en el que se les endilga el 167 bis robo. "Como ya se dijera con mas profundidad al

comentar el art. 163 bis -que es exactamente igual a este- se trata de una agravante en función de la calidad especial del sujeto activo. El tipo exige que el agente sea miembro de la Policía Federal Argentina o de alguna de las policías provinciales de Gendarmería Nacional..." (Código Penal Comentado Andrés José D'Alessio). El exceso del autor, en este caso fue el homicidio, conducta que obviamente, no se trasladó a los partícipes. Es decir que en este supuesto es de aplicación el concepto de "comunicabilidad de las circunstancias" prevista en el art. 48 última parte del C.P. Tanto Painemilla, como Cides sabían que Pérez, pertenecía a la Policía Provincial. Sobre el uso de arma de fuego, su condición de policía, conocida por los partícipes, implica la posesión de un arma de fuego, esta circunstancia, sumada a las particulares del lugar "pago fácil" hacen que sea imposible consumarlo sin armas, varios empleados trabajando y una custodia adicional armada. Finalmente para evaluar el aporte de los partícipes, se debe tener en cuenta la teoría de los "bienes escasos". El aporte de Cides, no era determinante para su consumación, sólo colaboró al desviar los recursos de represión, virando la atención de dos patrulleros, no se requería un conocimiento especial. En el supuesto de Painemilla, sólo él pudo aportar los datos precisos del lugar, de la seguridad, de la cantidad de dinero y el lugar donde se

guardaba. "la segunda posición (**teoría de los bienes escasos**) tiene razón al situar el punto de mira ex ante, porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación. En cuanto al criterio de escasez es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba (ex ante) ante los ojos del espectador objetivo, atendiendo el plan del autor, como condición sine qua non de la realización del tipo..." Derecho Penal Parte General 9º edición Santiago Mir Puig pag 420.-.

Por estas consideraciones, debe confirmarse la sentencia impugnada. (art. 246 del C.P.P.).

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: acompaño argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

Tercera cuestión: ¿Corresponde la imposición de costas?.

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

Propongo se exima de costas a las partes vencidas, teniendo en cuenta su legitimidad para impugnar (art. 236 del C.P.P.), por haber sido declarado admisible (primera cuestión) y su sanción lesionar la garantía de doble conforme.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: acompaño argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

Por estas consideraciones ente Tribunal de Impugnación;

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE los recursos presentados por las defensas de Cintia Vanesa Cides y Nelson Gustavo Painemilla.

II.- CONFIRMAR la **SENTENCIA** dictada por el Tribunal de Juicio n° 152/2014, en la Ciudad de Zapala el día 5 de mayo de 2015.

III.- Sin costas.

IV.- Regístrese. Notifíquese.-

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Dr. Daniel Varessio

Juez

Dr. Alfredo Elosu Larumbe

Juez