

SENTENCIA N° sesenta y siete /2016. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **veintiséis (26) días del mes de julio de dos mil dieciséis**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los **Sres. Jueces Federico Sommer, Alejandro Cabral y Liliana Deiub**, presididos por el primero de los nombrados, para dictar sentencia en el caso "**SOTO, MARCIANO; GUTIERREZ, ANDREA LEONOR; PEÑA, FRANCIS; ROA, MARIO; MENDOZA, ELVIO RICARDO; HERRERA, MILTON REINALDO; FONSECA, MARCELO OSCAR; S/ LESIONES GRAVES (ART. 90), ROBO SIMPLE (ART. 164)**" Legajo MPFZA N° 10.509 Año 2014, seguido contra HERRERA MILTON REINALDO, D.N.I. N°: 35.311.634; FONSECA MARCELO OSCAR, D.N.I. N°: 35.492.482; PEÑA FRANCIS, D.N.I. N°: 36.527.431 y ROA MARIO, D.N.I. N°: 37.857.422.

ANTECEDENTES:

I.- Que por sentencia dictada el día 4 de enero de 2016 del año dos mil dieciséis el Tribunal de Juicio integrado por el Dr. Gustavo Ravizzolli declaró la responsabilidad de los imputados por el hecho ocurrido el día 17 de octubre de 2011 en la localidad de Loncopué, Provincia del Neuquén, en perjuicio de Juan Humberto Gutiérrez, en orden al delito de robo en calidad de coautores (arts. 164 y 45 del C.P.). Por su parte, en el juicio sobre la pena se resolvió: "**IMPONER a Milton**

Reinaldo Herrera, Marcelo Oscar Fonseca, Francis Peña y Mario Roa, de demás condiciones personales explicitadas, la pena de TRES (3) años de prisión de cumplimiento efectivo en virtud de la declaración de culpabilidad oportunamente dictada en orden al delito de ROBO en calidad de COAUTORES (arts. 26, 40, 41, 45 y 164 del Código Penal); más costas del proceso (arts.269 y ss. del ritual) (...)."

Contra la sentencia condenatoria dictada, se alza la defensa de los acusados a cargo del Dr. Pablo Ariel MENDEZ en calidad de Defensor Público Penal de la III Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Zapala y deduce recurso de impugnación ordinaria conforme lo previsto en los artículos 242, 243 y siguientes del ordenamiento adjetivo (Ley 2784).

Por tal motivo se celebró la audiencia fijada en el art. 245 del C.P.P.N el pasado día 27 de Junio de dos mil dieciséis en la ciudad de Zapala, asistiendo en carácter de impugnante el referido Defensor Oficial Pablo Ariel MENDEZ, mientras que en representación de la fiscalía lo hizo el Dr. Diego CHAVARRIA

II.- La Defensa Oficial sostuvo la admisibilidad formal del recurso interpuesto, lo que fue objetado por la parte acusadora con fundamento en que el recurso fue presentado fuera de término en virtud de la

habilitación de ferias judiciales dispuestas por el magistrado interviniente. Seguidamente, la parte impugnante fundamentó la cuestión de fondo y desarrolló oralmente los agravios que el resolutorio en crisis le acarrea, en concordancia con lo esgrimido en su libelo recursivo.

II.a) En primer término, sostuvo que se agravia por la decisión del Tribunal de Juicio que rechazó su petición previa -de la que formulara expresa reserva de impugnación-, referida tanto a la violación al principio de congruencia procesal como a la "particular" situación procesal del imputado Peña Francis en cuanto se habría violado la garantía que prohíbe la autoincriminación atento que fue testigo y luego le formularon cargos sin haber sido relevado del juramento de testigo. Afirma afectación al principio de congruencia procesal, ya que en su tesitura, debe darse inmutabilidad absoluta desde la formulación de cargos hasta la etapa de debate. Cita doctrina. Advierte que ha operado una sorpresa para sus asistidos por la variación brusca de la calificación jurídica asignada por la parte acusadora. Señala que dicho planteo fue introducido en la apertura del debate, con fundamento en que en el requerimiento de apertura de juicio el acusador público estableció la calificación jurídica de "*robo y lesiones graves en concurso ideal (Art. 54,164 y 90 C.P.)*",

pero que por ser causa de transición luego de la entrada en vigencia del nuevo proceso penal se procedió a la correspondiente formulación de cargos conforme el art. 133 del actual rito procesal en relación al delito de lesiones graves y robo en concurso real en calidad de coautores. Indica que luego, se le formulan cargos (art. 133 C.P.P.N.) a los imputados Marcelo Fonseca y Francis Peña en relación al delito de lesiones graves y robo en concurso ideal, y respecto a Fonseca únicamente en relación al delito de robo en calidad de coautor. Luego en las audiencias de control de la acusación (art. 168 C.P.P.N.) se dicta el sobreseimiento del coimputado Mendoza atento que declaró en la instrucción como testigo, mientras que respecto a Herrera y Roa se sostiene la calificación jurídica de lesiones graves y robo simple, sin especificar concurso alguno en relación a los mismos tipos penales. Posteriormente, agrega que se celebra la audiencia de ley en relación a los imputados Fonseca y Peña bajo la calificación legal de robo simple y lesiones graves en concurso real, por lo que manifiesta que los distintos cambios abruptos en cuanto a la calificación jurídica configuraron una violación al principio de congruencia y del modo más perjudicial a sus pupilos. Que dicha cuestión preliminar al debate fue rechazada por el Sr. Juez de

Juicio, fundando dicha negatoria en que la audiencia de control de acusación es la instancia en la cual se "sanean" todas las cuestiones previas al debate. Concluye en que se debe hacer lugar a dicho planteo ya que advierte como notorio el perjuicio procesal a sus defendidos por la afectación al principio de congruencia.

En igual tenor, agrega que su asistido Peña declaro como testigo en la entonces instrucción llevada a cabo en sede policial de Loncopué, circunstancia en la que el impugnante da cuenta que el mismo directa o indirectamente se incriminó y brindó elementos de juicio para su inclusión como imputado. Señala que tal extremo también se dio con otro entonces imputado que luego de formularsele cargos fue sobreseído en la audiencia del art. 168 sin mediar oposición del Ministerio Publico Fiscal. En tal sentido, la defensa entiende que debe decretarse la nulidad de la declaración testimonial prestada por el Sr. Francis Peña, y de todas y cada una las pruebas recabadas en el presente proceso como consecuencia de esta declaración testimonial prestada.

II.b) En segundo término, se agravia por el resolutorio dictado sobre el fondo de la controversia planteada y arguye que la sentencia carece de motivación, ya que sostiene que solo enumera la prueba producida sin

asignar, razonadamente valor convictivo a cada una. Cita doctrina y jurisprudencia. Reitera que la obligatoriedad de la motivación de las sentencias constituye requisito ineludible de validez constitucional conforme el art. 238 Constitución de la Provincia del Neuquén. En contra de ello, manifiesta que el relato conclusivo del sentenciante en relación al hecho, la autoría y culpabilidad de los acusados no es otra cosa que la mera reiteración del relato de la víctima, por lo que solicita que se decrete la nulidad de la sentencia dictada.

II.c) Seguidamente se agravia por la errónea valoración de la prueba en la sentencia, respecto de la correcta acreditación de los hechos, y por ello, el derecho que se ha aplicado. En tal sentido, postula que la sentencia en crisis surge de una única prueba, cual es la declaración de la víctima que actuó luego como parte querellante sin ninguna otra prueba independiente que corrobore sus dichos. Indica que en oportunidad que la víctima en autos prestó testimonio extrajo dos fotografías en forma ilegítima ante el tribunal, y que luego su parte reseñó la contradicción del relato rendido con el anteriormente prestado en sede del Juzgado de Instrucción. También pondera el testimonio de Luis Tarifeño, quien fue la primera persona en socorrer a la víctima, mientras que

los restantes testimonios no hacen mención a sus defendidos. Por lo tanto, concluye en que no existe prueba que incrimine a sus defendidos, por lo que afirma que la sentencia se resuelve con un subjetivismo encubierto.

II.d) Finalmente y como planteo subsidiario, el recurrente impugna la pena impuesta por falta de fundamentación, al esgrimir que se han efectuado valoraciones en relación a la cuantificación de la misma fuera de lo peticionado por el acusador público y consideraciones en relación a otro tipo penal que no fue materia de reproche en el juicio de responsabilidad. En primer lugar, cuestiona que el magistrado pondera la pena a imponer en base a la escala penal del delito y no en relación a lo requerido por el Fiscal. No comparte que se hubiera ponderado en referencia a la naturaleza de la acción, la superioridad numérica de los agresores y la "nocturnidad" de la agresión ya que sostiene que no fueron debidamente acreditados en el juicio de responsabilidad llevado a cabo en el presente legajo, por lo cual no corresponde la aplicación de dicho agravante. Por su parte y en referencia a los atenuantes, cuestiona que el sentenciante "tomó" la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal y en ningún caso la atenuó.

Seguidamente, se agravia que se haya impuesto una pena de cumplimiento efectivo y no de ejecución condicional de conformidad a lo reglado por el art. 26 del C.P. Cita jurisprudencia. Informa que sus defendidos no poseen antecedentes condenatorios firmes, por lo que advierte que la imposición de dicha modalidad de pena no cumple con los estándares mínimos de legalidad conforme el art. 26 del C.P. y los textos constitucional Provincial y Nacional, como también con la línea jurisprudencial seguida por nuestro máximo tribunal a partir de precedente "**Squilario**", por lo que solicita que se revoque la pena impuesta disminuyéndola a seis (6) meses de cumplimiento condicional.

III.- A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal brinda respuesta a los fundamentos vertidos y rechaza los agravios invocados. En cuanto a la admisibilidad formal del recurso deducido, sostiene que en la sentencia de responsabilidad se habilitaba la feria judicial por lo que la presentación del recurso venció el día 3 de febrero y fue recién presentado el día 4 de febrero, por lo que propicia el rechazo del recurso. En cuanto a los agravios presentados por la defensa entiende que la sentencia dictada por el Juez Gustavo Ravizzoli tiene la estructura legal correspondiente

para su validez dando cuenta que los hechos siempre fueron los mismos y que no hubo cambio de calificación legal. Tampoco encuentra error en la valoración de la prueba, y postula que el juez ha evaluado los elementos que consideró importantes. Respecto de la imposición de la pena, dictamina que el juez ha establecido la gravedad del hecho y que la sentencia recurrida cumple con lo establecido por el art. 236 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, por lo que solicita la confirmación de la sentencia dictada.

Por último, la Defensa Oficial contradice y refuta lo indicado por la acusación y formula aclaraciones sobre las consultas formuladas por los integrantes de este Tribunal de Impugnación Provincial. En tal sentido, sostiene que el plazo para interponer el recurso comienza a computarse desde el fin de la feria judicial de enero, y que respecto del juicio de cesura no se habilita feria judicial, por lo que solicita que se decrete formalmente admisible el presente.

Preguntados los imputados si tienen algo para decir, manifiestan que no tienen nada para decir.

IV.- Practicado el pertinente sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debía expedirse el **Dr. Federico Sommer**, luego el

Dr. Alejandro Cabral y, finalmente la **Dra. Liliana Deiub.**
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 de impugnación ordinaria interpuesto?.

El **Dr. FEDERICO SOMMER,** dijo:

Considero que en mérito de la oposición
fiscal y a un necesario control oficioso de este Tribunal
de Impugnación Provincial se concluye que la presente
impugnación ordinaria, resulta formalmente admisible y
corresponde su tratamiento.

En tal sentido, cabe considerar que el
escrito impugnativo fue presentado por ante la Oficina
Judicial respectiva por quien se encuentra legitimado para
ello, que se trata de una sentencia definitiva y por ende
de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233
y 236 del código de rito. Asimismo, el remedio intentado
resulta autosuficiente porque de su lectura y de lo
debatido en la audiencia celebrada (conf. art. 245 del
C.P.P.N.) se hace posible conocer cómo se configura -a
juicio del Defensor Oficial- los motivos de impugnación
aducidos y la solución final principal y subsidiaria que
propone para el caso. En lo referido al plazo de

interposición del mismo, es dable reseñar que las dos fases del presente juicio se desarrollaron durante la feria judicial de verano, y si bien para la primer fase obra la disposición del juez de grado por la que se habilita la feria judicial, ello no resulta expreso ni claro para la segunda etapa o fase, por lo que una razonable interpretación a fin de garantizar el derecho al recurso del imputado contra una sentencia condenatoria dictada ante un tribunal superior conduce a estar a favor de la admisibilidad del recurso deducido, al computarse que los plazos comienzan a devengarse a partir del primer día hábil del mes de febrero posterior a la feria judicial (Convención Americana –art. 8.2h–, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14.5–).

Por lo tanto, el recurso de control ordinario ha superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnación y es admisible desde tal plano. Tal es mi voto.

El **Dr. ALEJANDRO CABRAL**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones. Mi voto.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, expresó: voto esta primera cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos. Mi voto.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. FEDERICO SOMMER**, dijo:

Que dado lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Casal" (Fallos: 328:3399) corresponde una revisión amplia e integral de la sentencia de condena dictada. Por ello, es que se debe considerar el fallo recurrido incluyendo la valoración de las cuestiones de hecho y prueba que lo sustentan con el único límite de lo que está ligado a la intermediación real. Esto, a fin de garantizar la doble instancia proclamada por los Pactos Internacionales (Convención Americana –art. 8.2h–, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14.5–). En tal sentido, creo relevante advertir que el primer planteo deducido por el recurrente fue recién introducido en la etapa de juicio plenario, y que el propio pronunciamiento expresamente dio respuesta negativa a los mismos.

Así planteada la cuestión, recordemos que fueron condenados y hallados penalmente responsables por atribuirles la sentencia impugnada que en fecha 17 de octubre de 2011, en horas de la madrugada, alrededor de las 05,15 horas, aproximadamente en calle David Almendra casi esquina Gobernador Rodríguez, de la localidad de Loncopué,

MARCELO FONSECA, FRANCIS EMILIANO PEÑA, MILTON HERRERA y MARIO ROA, con la participación de una persona más, la que no ha sido identificada a la fecha, interceptaron a JUAN HUMBERTO GUTIERREZ y mediante el empleo de violencia se apoderaron ilegítimamente de una mochila que contenía una notebook en su interior, entre otros elementos. Que esto sucedió cuando Gutiérrez se dirigía a su trabajo y al pasar frente al Club Loncopué fue interceptado por Elvio Ricardo Mendoza, Milton Herrera y otro muchacho más al que no identifica, quienes le pidieron que les de dinero y la mochila que llevaba, y ante la negativa de Gutiérrez comenzaron a forcejear lanzándole patadas y golpes de puño, llegando casi a la esquina señalada, en ese momento escuchó que una cuarta persona decía "no lo puedo voltear... péguenle un pedrazo a ese hijo de puta" y al darse vuelta vio a Mario Roa quien le propinaba patadas y golpes de puño y a Francis Emiliano Peña quien le dio un fuerte golpe con una piedra en la cabeza provocando su caída... Que producto de la violencia ejercida para realizar el robo Juan Humberto Gutiérrez resultó con las siguientes lesiones certificadas en autos "...Fractura temporo-parietal derecha a izquierda con heridas cortantes contusas de cuero cabelludo anfractuosas de 3 y 5 cm. Respectivamente Hemorragia subdural derecha. Hemorragia intra-parenquimatosa derecha

con desplazamiento de línea media. Fractura de maxilar superior derecho. Excoriaciones en ambas rodillas de 2.5 y 3 cm de diámetro aproximadamente. Excoriación en dorso de mano izquierda de 2.5 cm de diámetro..." De acuerdo a lo informado las "...Lesiones que pusieron en peligro la vida de la víctima de una manera real y efectiva..." y que "...actualmente existe inutilidad para sus tareas habituales a partir del hecho investigado", según surge del informe médico obrante en el legajo.

II.a) Que en lo referido al **primer agravio** esgrimido, anticipo que habré de rechazar la procedencia del mismo. Doy razones.

En virtud de las argumentaciones vertidas tanto por el Tribunal de Juicio como por el propio recurrente, no habrá de tener favorable acogida el planteo preliminar relativo a la afectación al principio de congruencia. En contradicción a la alegada afectación al derecho de defensa que esgrime el quejoso, se advierte que en audiencia Nro. 20579/2015 que se celebrara en fecha 7 de octubre de 2015 por ante la Dra. Patricia Lupica Cristo, la Defensa Oficial petitionó que se tenga por abandonada la querrela sin peticionar mas nada ni ofrecer la producción de prueba, por lo que la magistrada declara la admisibilidad de la acusación efectuada por el Ministerio

Publico Fiscal y la apertura del juicio respecto de ROA MARIO y de HERRERA MILTON EDGARDO por los delitos de lesiones graves y robo. Asimismo, ante su ausencia y sin oposición de la defensa se declara la rebeldía del imputado Fonseca Marcelo Oscar y Peña Francis con fundamento en realizar un solo juicio. A consecuencia de ello, se celebra audiencia -ver acta identificada bajo Nro. 20736/2015- en fecha 11 de octubre de 2015 con la intervención de la misma magistrada, y ante la falta de oposición de la Defensa se declara la admisibilidad de la acusación efectuada por el Ministerio Publico Fiscal y la apertura del juicio oral por los hechos que fueran descriptos en la acusación Fiscal, respecto de FONSECA MARCELO OSCAR Y PEÑA FRANCIS EMILIANO por la calificación de lesiones graves y robo simple en concurso real.

En suma, además de configurar un cuestionamiento que no guarda coherencia con la esgrimida afectación del derecho de defensa en juicio, cierto es que deviene inconducente agraviarse por una "sorpresa" acusación fiscal, cuando en las audiencias celebradas el impugnante omite tanto cuestionar la acusación formulada como producir prueba en sustento de su teoría del caso. Asiste razón al magistrado de juicio, cuando rechaza como cuestión preliminar dicha circunstancia con sustento en que

configuraba una cuestión propia de la celebrada audiencia de control de acusación. He reseñado en anteriores pronunciamientos dicho planteo en etapa de juicio configura una equivocada labor de litigación en el sistema adversarial que se contrapone con los estándares establecidos para una defensa penal efectiva. En tal inteligencia, me he expedido recientemente al sostener que *"adhiero al postulado que sostiene que la defensa penal en este sistema adversarial -y conforme la propia Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa en este caso (Ley 2892)- debe asumir una actividad procesal proactiva en tutela de su asistido conforme la línea de defensa delineada(...) a fin de dar cumplimiento a su misión de "la defensa material irrestricta del caso individual" (art. 1 Ley 2892)"* (Tribunal de Impugnación Provincial, SENTENCIA N°48/2016 de fecha 23 de mayo de 2016 en caso **"GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN S/ HOMICIDIO"**, Legajo 10842/2014). En tal sentido, los actuales estándares de defensa penal se caracterizan por preocuparse no solo por estructuras normativas o por el resultado del juicio, sino por el modo en que el imputado concreto transita por todas las disyuntivas del proceso penal, por lo que aguardar la instancia de apertura del juicio para recién allí deducir un planteo de inadmisibilidad de la acusación fiscal, se

asimila a una idea tradicional de defensa penal en el marco de un proceso inquisitivo que no resulta atendible en el actual proceso penal adversarial. En el citado antecedente, he destacado que "los denominados *Estándares Latinoamericanos sobre defensa penal efectiva*" que resultan de aplicación al proceso acusatorio neuquino, han destacado la manifiesta división de funciones entre el juez, el acusador y la defensa, y en tal caso, volver a darle al defensor penal un rol hegemónico dentro del proceso y la ampliación del sistema de garantías del imputado con el consecuente desarrollo de nuevos sistemas de defensa pública, que provocaron un salto cualitativo en la posibilidad real de contar con un abogado defensor, en particular para los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad". Ahora bien, en tales términos fue descartada la inadmisibilidad de la acusación por afectación del principio de congruencia que formulara el recurrente recién en la etapa de plenario.

En similar sentido habré de pronunciarme respecto de la restante cuestión previa introducida en juicio -que el imputado Peña declaró como testigo en la entonces instrucción llevada a cabo en sede policial en el presente legajo-y rechazada por el magistrado de grado, ya que dicha afectación a la garantía de defensa en juicio

debió ser discutido en la audiencia fijada para tal fin, y que del acta de referencia se advierte que tal como se consignara no ha formulado objeción alguna a la admisibilidad de la acusación fiscal.

II.b) En referencia al segundo agravio referido a la inobservancia del art. 21 del C.P.P.N. en tanto la sentencia de responsabilidad no ha valorado en forma conjunta y armónica la prueba, careciendo de desarrollo objetivo de los fundamentos de la decisión tal como lo exige el Art. 238 de la Constitución Provincial en donde se establece que las sentencias deberán ser fundadas "bajo pena de nulidad", comprende los siguientes agravios desarrollados. A tal efecto, anticipo que la crítica sobre la motivación de la sentencia en crisis, no es más que una mera discrepancia con la valoración efectuada por el Tribunal de Juicio Unipersonal, pues se limita a realizar un análisis paralelo y fragmentario de algunos de aquellos testimonios para avalar su posición, sin lograr demostrar que el Tribunal de mérito haya incurrido en absurdo o violación a la reglas de la sana crítica que hagan procedente un nuevo examen de la existencia del elemento objetivo del delito de lesiones graves.

Ahora bien y tal como ya anticipara, mientras el recurrente se agravia por una acusación fiscal

inadmisible -primer agravio-, luego se aqueja por la motivación desarrollada por el judicante para concluir en la coautoría de sus asistidos. En suma, concluyo en que el Tribunal de Juicio valoró razonablemente la prueba producida conforme los propios hechos que dio por acreditados en la sentencia cuestionada, y arriba a una conclusión fundada y motivada en tanto el juez menciona y valora los testimonios en virtud de los cuales tiene por acreditada la gravedad de la lesión padecida por la víctima de autos.

En torno a la temática de falta de motivación invocada, la doctrina ha afirmado que *"se designa como falta de motivación, en realidad, a la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho [], comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión [...] La falta de motivación debe ser siempre de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes, aptas para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones de la causa [] Se debe distinguir, sin embargo, la falta de motivación, de la "simple insuficiencia de motivación", que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. La ley manda*

que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad, únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta [], o defectuosa []. Tampoco la anula un error no esencial. En este sentido, no se debe confundir la ausencia o insuficiencia de motivación con el error en los motivos, que no entraña su nulidad [] cuando carece de entidad decisiva, como cuando se trata de un error intrascendente y secundario [...] o cuando se sostiene que la motivación es errónea o equivocada [] o "defectuosa y poco convincente" []. Como no la afecta tampoco el hecho de que sea breve y aun brevísima [] o escueta [], siempre que sea eficaz..."
(DE LA RÚA, Fernando. LA CASACIÓN PENAL Ed. Depalma. 1994, Abeledo Perrot On-Line N°5301/00085199).

En tal faena, debo referenciar que el *judicante* valoró el testimonio vertido en juicio por la *víctima* Gutiérrez quien dio cuenta que fue abordado por cinco personas, dando detalles sobre lo acontecido. Ahora bien y tal como expresara el propio recurrente, no existe controversia respecto de la materialidad del hecho del *desapoderamiento ilegítimo* del que fuera *víctima* y las lesiones que tuvo, por lo que adquiere relevancia lo declarado en juicio cuando sindicó a los Peña, Roa, Herrera y Fonseca como los autores del hecho. En sentido contrario

a las reglas de la experiencia y a lo debatido en juicio, carece de asidero que el ejercicio del derecho a constituirse en parte querellante en el proceso por la víctima conlleve a suponer una voluntad deliberada de querer perjudicar a los acusados, como insinúa el recurrente. Asimismo, lejos de una solitaria probanza que sustenta el pronunciamiento en crisis -como afirma el recurrente para agravarse respecto de una sentencia sin motivación-, cierto es que el judicante pondera el testimonio de Araneda -quien expresa haber visto a Peña, Roa y Fonseca-, Molina -quien dijo que eran tres o cuatro entre quienes estaba Roa-, Pérez -quien afirmó que los imputados estuvieron juntos en el local que atiende en la fecha del hecho-, Parra -quien da cuenta como se halló el maletín sustraído a la víctima en un terreno cercano a la vivienda del imputado Roa-, Tarifeño -quien como sereno de la Terminal de Loncopué auxiliara en primer momento a Gutiérrez- Retamal.

Al respecto resulta dable reiterar que conforme doctrina jurisprudencial del superior Tribunal local, la labor del Tribunal de Impugnación es: **1)** comprobar que los magistrados del juicio -en este caso particular, "el magistrado"- hubiera dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica

contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiere incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("*juicio sobre la prueba*"); **2)** comprobar la existencia de elementos probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("*juicio sobre la suficiencia de la prueba*"); y **3)** verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("*juicio sobre la motivación y su razonabilidad*"). Debo rechazar el agravio esgrimido, ya que no ha acreditado el recurrente que el pronunciamiento hubiera recurrido a fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias. De esta forma, el tribunal revisor, en cuanto controla la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, actúa verdaderamente como tribunal de legitimación de la decisión adoptada por el *a-quo*, en cuanto verifica la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas por el juzgador, confirmándolas o rechazándolas (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, Sala Penal, Ac. 29/2014). Bajo este marco, concluyo luego de la lectura pormenorizada de

la sentencia que se advierten el defecto o fisura en el pensamiento plasmado por la que se obtuvo la certeza necesaria para concluir como lo hizo el Juez de Juicio.

Entonces, se verifica que el a-quo efectuó la valoración de todos y cada uno de los elementos probatorios reproducidos en juicio, de un modo integral, conforme a la sana crítica racional, aportando las razones lógicas por las que se corroboró que se encuentran acreditados los hechos atribuidos y la responsabilidad penal de los nombrados con el grado de certeza necesaria para fundar una condena, rechazando los agravios de motivación insuficiente de la sentencia y errónea valoración de la prueba de cargo. Mi voto.

II.c) Finalmente anticipo que asiste parcial razón al impugnante respecto del planteo subsidiario deducido sobre la modalidad de cumplimiento dispuesto en la pena de prisión impuesta, por lo que habré de proponer a la Sala hacer lugar parcialmente al agravio introducido, revocar parcialmente el pronunciamiento en crisis y condenar a los acusados a la pena de tres (3) años de prisión de cumplimiento condicional en virtud de la declaración de culpabilidad oportunamente dictada en orden al delito de robo en calidad de coautores (arts. 26, 40,

41, 45 y 164 del Código Penal); más costas del proceso (arts. 269 y 270 ss. del ritual). Doy razones.

En primer término, no asiste razón al recurrente cuando cuestiona el *quantum* por irrazonable, aun cuando en su argumentación incluso yerra en el mínimo legal aplicable ya que consigna una escala penal en abstracto de seis (6) meses cuando debió referir un (1) mes de prisión. Por su parte, no resulta fundada ni razonada la crítica esgrimida respecto de ponderación de las pautas consagradas en los arts. 40 y 41 del código de fondo.

Así las cosas, aun cuando la calificación legal de los hechos que se tuvieron por acreditados en la fase del juicio de responsabilidad resultaba más gravosa que la requerida por el Ministerio Fiscal y por ende, por la determinada por el juzgador -art. 164 del Código Penal-, resulta ajustado al principio de culpabilidad que se meritúe la naturaleza de la acción como agravante, al argüir la nocturnidad y la cantidad de atacantes para la comisión del delito de robo simple, la violencia ejercida mediante golpes de puño, patadas, y golpe con una piedra en la cabeza. En la queja desarrollada respecto de la ponderación como atenuantes de la edad de los condenados, debo indicar que fue sustentado por la acusación para requerir la pena solicitada de tres (3) años de prisión de

cumplimiento efectivo, por lo que al menos en lo que al monto de la pena se refiere, la crítica deviene infundada y propicio rechazar la procedencia de dicho agravio.

Distinta propuesta a la Sala tendrá el agravio desarrollado sobre la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión establecida, ya que asiste razón el quejoso en que se ha omitido aplicar el art. 26 del C.P. conforme la doctrina jurisprudencial sentada por el más alto tribunal nacional. En dicha inteligencia, debo conceder al recurrente que la pena fijada confería la posibilidad de imponer a los condenados el modo de ejecución de la pena previsto en el Art. 26 C.P., por lo que exigía del magistrado fundar la procedencia de una pena de efectivo cumplimiento. A partir del precedente local **"SQUILARIO, ADRIÁN S/DEFRAUDACIÓN ESPECIAL"**, (S. 579. XXXIX, del 8/8/2006) se sostuvo que los Jueces deben fundar las razones por las cuales aplican una pena efectiva en los casos en los que condena de ejecución condicional es factible. Si bien el judicante indicó los fundamentos por los cuales entiende que corresponde el modo de ejecución efectiva de la pena, estimo que no se corresponden con el criterio delineado. Tanto en el referido precedente como en otros pronunciamientos (**"GARCÍA, JOSÉ MARTÍN S/ CAUSA Nº 97.999"**, del día 4 de mayo de 2010, (con remisión a la

opinión del Procurador) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido el requisito de fundar porque no procede el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal, y sostuvo que tal recaudo tiene por fin evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. En igual sentido me he pronunciado en el caso **"RIQUELME, NELSON y ROSALES, HUGO HERNAN S/LESIONES GRAVES DOBLEMENTE AGRAVADAS"**, cuando afirmé que la referida *"gravedad del hecho"* para determinar el modo de cumplimiento de las penas de corta duración *"guarda relación con los fines preventivos especiales y no con las consecuencias dañosas del ilícito, lo que ya fue considerado al momento de cuantificar su monto..."* (Tribunal de Impugnación Provincial, Sentencia N° 57/2015 del día 24 de agosto de 2015 en legajo OFICH 42/2014). También resulta aplicable la cita doctrinaria realizada de Mariano R. La Rosa quien indica que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), resultan establecidas teniendo expresamente presente la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, y constituyen un documento orientador e interpretador de aquellos pactos de rango constitucional. Que entre sus principios generales establece la finalidad de promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad (art. 1.1), que tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (art. 1.2), sentando a su vez el principio según el cual: "Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente" (art. 1.5). Así se señala la necesidad de evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, para lo cual el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad (art. 2.3), evitando recurrir a procedimientos formales o a juicios ante los tribunales (art. 2.4), y utilizándose de acuerdo con el principio de mínima intervención (art. 2.6). En tal sentido, el objetivo de la aplicación de este instituto,

radica en disminuir la reiteración y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a reincidir (art. 10.1).

En autos, la invocada gravedad del hecho como sustento de la procedencia de una pena de ejecución efectiva debe interpretarse conforme pautas del Máximo Tribunal, el cual condicionó la gravedad del hecho al monto de la pena a aplicar, que en este caso se determinó por el propio Ministerio Público Fiscal en su requerimiento de apertura a juicio cuando calificó el hecho como robo simple y de competencia de Tribunal unipersonal (conf. art. 164 C.P.P.N.), por lo que tal error en la calificación legal aplicable y a la pretensión punitiva -ya que el hecho típico objeto de reproche fiscal halla subsunción legal en las figuras de los delitos de robos calificados reglados por los artículos 166 inc. 1 y 167 inc. 2 del C.P.-, no puede resultar fundamento válido para luego imponer una pena efectiva cuando se encuentra presente la posibilidad de aplicar una pena en suspenso.

En tal sentido, concluyo que el magistrado no ha motivado la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena en el presente caso judicial, por lo que propongo revocar dicha modalidad y disponer que la pena

de tres (3) años de prisión resulte de cumplimiento condicional (art. 26 C.P.), difiriendo que el Juez de Ejecución del Interior de la Provincia del Neuquén fije las pertinentes reglas de conducta (art. 27 del C.P.) una vez que el presente pronunciamiento adquiera firmeza o sea consentido por las partes.

El **Dr. ALEJANDRO CABRAL**, manifestó:

Que adhiero a los argumentos esgrimidos para rechazar los dos primeros agravios deducidos por la Defensa. Sin perjuicio de ello, no comparto los argumentos esgrimidos por el colega preopinante respecto del tercer agravio en lo referido a la pena de cumplimiento efectivo. Al respecto entiendo que no sólo el monto de la pena impuesta se encuentra debidamente fundado, sino también el modo de cumplimiento, es decir de cumplimiento efectivo, la que también -a mi criterio- debe ser confirmado en este aspecto.

La graduación de la pena es atinente al Tribunal de juicio en tanto que es aquel el que puede merituar situaciones de hecho, tal como lo tiene resuelto en forma reiterada la Cámara Nacional de Casación Penal, no debiendo ser examinada salvo caso de arbitrariedad (causas N° 1694, "Lefevre, Carlos A. s/ rec. de queja", reg. N°

265/98 del 02/07/1998; N° 16.245 "Alaniz, Arnaldo Ariel s/recurso de casación", reg. 1815/12 del 18/12/12).

Si bien es cierto, que la CSJN ha dicho en el fallo "Squilario" (Fallos 329:3006 de fecha 8/8/2006) que el Tribunal de juicio, debe fundar el por qué impone una pena de cumplimiento efectivo, cabe destacar que en el presente caso el Juez lo hizo de manera más que suficiente.

Es así que el juez ha valorado acabadamente las agravantes y atenuantes. Valoró concretamente que eran cinco personas contra una, que el hecho se produjo en la noche, que lo atacaron con golpes de puño, patadas y con una piedra de gran tamaño, lo que le produjo una lesión muy grave por la que estuvo 19 días en estado de coma, con varias cirugías y rehabilitación para recuperarse parcialmente. Que la lesión le produjo una incapacidad del 49%, que lo obligó a jubilarse, resignando ascensos y mayores ingresos. También tuvo en cuenta la pérdida de su elemento de trabajo, una notebook y la cantidad de participantes del hecho.

Cabe destacar que el hecho por el que fueran condenados los imputados es sumamente grave y si bien el Tribunal no puede imponer una calificación más grave que la peticionada por el fiscal (art. 196 C.P.P.), lo cierto es que la conducta atribuida a los imputados

configuraba el delito de ROBO CALIFICADO POR LESIONES GRAVES (art. 166 inc. 1° del CP), cuya pena mínima es de cinco años de prisión, lo que claramente dejó establecido el Juez y a fin de no violentar lo dispuesto por dicho artículo impuso la calificación legal requerida por la acusación.

Ahora bien, lo expuesto no impide al Juez valorar todas y cada una de las circunstancias en las que se desarrolló el suceso e imponer la pena de acuerdo a la culpabilidad de los autores, las circunstancias del hecho y a la magnitud del injusto llevado a cabo por ellos, dentro de los límites de la figura del ROBO SIMPLE que tiene una pena de un mes a seis años de prisión.

Lo expuesto, me lleva a la conclusión que el Juez valoró tanto la falta de antecedentes como otras circunstancias, y lo fundamenta en su resolución al decir que tampoco corresponde agravar la conducta porque sea un pueblo pequeño en el que haya ocurrido el suceso, ni por el hecho que tengan otras causas en trámite.

En función de todo lo expuesto, considero que la pena impuesta, como el modo de cumplimiento son acordes al injusto por el que fueron condenados, debiendo confirmarse en todas sus partes la sentencia impugnada. Este es mi voto.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, expresó: voto en igual sentido que el colega del primer voto, por compartir sus fundamentos.

En relación al punto en disidencia entre los vocales que me preceden en el orden de votación comparto la postura esbozada por el Dr. Sommer en la inteligencia que la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena dispuesta por el Sr. Juez interviniente en el Juicio no encuentra debido fundamento en los principios de necesidad y suficiencia de la pena de encierro, en las pautas de prevención especial, tratándose en el caso de una primera condena a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede ser dejado en suspenso en los términos previstos en el artículo 26 del Código Penal.-

En este punto debe destacarse que no obstante los informes policiales ofrecidos en la audiencia de cesura, los imputados carecen de antecedentes condenatorios registrables.

Paralelamente, no puede ponderarse en contra de los imputados la gravedad de su conducta, atendiendo a que finalmente el hecho por el cual fueron imputados -debido a la errónea calificación y pretensión punitiva pretendida por la Fiscalía- fue finalmente calificado como Robo Simple, por lo que no corresponde

ponderar estas circunstancias como basamento para modificar la modalidad de pena a cumplir.

Cabe destacar asimismo que el Magistrado rechazó como pautas agravantes de la pena la peligrosidad de los imputados y la información aportada sobre los procesos en trámite, y no obstante mantuvo la modalidad de pena gravosa -de efectivo cumplimiento- propiciada por la Fiscalía.

En ese marco, y ante la ausencia de antecedentes condenatorios, los imputados reúnen el carácter de autores primarios y en virtud a la calificación atribuida y pretensión punitiva efectuada por el Fiscal en la audiencia de Cesura -tres años de prisión de cumplimiento efectivo- los fundamentos expuestos por el Juez, carecen de motivación suficiente y no alcanzan a demostrar que en el breve lapso de encierro que en su caso deberían atravesar puedan alcanzarse los fines de prevención especial de la pena (art. 18 de la Constitución Nacional).

Por lo expuesto acompaño la postura del Dr. Sommer y entiendo que debe revocarse parcialmente la sentencia en referencia a la modalidad de pena impuesta. Mi voto.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. **FEDERICO SOMMER**, dijo:

Que atento el vencimiento solo parcial en la presente instancia de impugnación ordinaria y a fin de no afectar la garantía al doble conforme y a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, entiendo que el ejercicio de tal derecho no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales para el caso de que el recurso sea rechazado. Por tal razón, encuentro razón suficiente para eximir totalmente al perdedor del pago de las costas procesales en esta instancia recursiva (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. **ALEJANDRO CABRAL**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones. Mi voto.

La Dra. **LILIANA DEIUB**, expresó: voto en esta cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos. Mi voto.

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación Provincial, por mayoría,

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO Estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida a favor de HERRERA MILTON REINALDO D.N.I. N°: 35.311.634; FONSECA MARCELO OSCAR D.N.I. N°: 35.492.482; PEÑA FRANCIS D.N.I. N°: 36.527.431 y ROA MARIO D.N.I. N°: 37.857.422. (arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA a favor de HERRERA MILTON REINALDO D.N.I. N°: 35.311.634; FONSECA MARCELO OSCAR D.N.I. N°: 35.492.482; PEÑA FRANCIS D.N.I. N°: 36.527.431 y ROA MARIO D.N.I. N°: 37.857.422. (art. 246 del C.P.P.N.), y en consecuencia, **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida **DISPONIENDO QUE LA PENA DE TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN EN VIRTUD DE LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD OPORTUNAMENTE DICTADA EN ORDEN AL DELITO DE ROBO EN CALIDAD DE COAUTORES (ARTS. 45 Y 164 DEL CÓDIGO PENAL); RESULTE DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL** (arts. 26, 40, 41 del C.P.), difiriendo que el Juez de Ejecución del Interior de la Provincia del Neuquén fije las pertinentes reglas de conducta (art. 27 del C.P., art. 37 del C.P.P.N. y arts. 33 y 42 de la L.O.J.P.) una vez que el presente pronunciamiento adquiera firmeza o sea consentido por las partes.-

III.- EXIMIR TOTALMENTE AL PERDIDOSO DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES por el trámite derivado de la impugnación ordinaria de la sentencia condenatoria (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y pertinente notificación.-

Dr. Federico Sommer
Juez

Dra. Liliana Deiub
Juez

Dr. Alejandro Cabral
Juez

Reg. Sentencia N° 67 T° VI Fs. 1027/1044 Año 2016.-