

SENTENCIA nro. ochenta y tres /2018.- En la ciudad de Neuquén, a los **veintiséis días del mes de noviembre de dos mil dieciocho**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Dres. **Alejandro Cabral, Florencia Martini y Héctor Rimaro**, presidida por el primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **"GARRIDO DIAZ, ANGELICA DEL ROSARIO - ARANEDA, VANESA MARIA DE LOS ANGELES Y OTROS S/ROBO AGRAVADO"**, identificado bajo **Legajo MPFNQ 108430 Año 2018**, en el que se encuentra imputada **Vanesa María de los Ángeles Araneda**, hija de Isidoro y de Delia Oses, DNI. N° 26.543.510, ama de casa, nacida en Neuquén el 17 de marzo de 1978, con domicilio real en Palpalá 1029 del barrio Don Bosco II de la ciudad de Neuquén.

ANTECEDENTES:

Por sentencia de responsabilidad recaída el 5 de septiembre del año 2018 el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Richard Trinchero, Fernando Zvilling y Mara Suste resolvió: declarar la responsabilidad penal de María Vanesa de los Angeles Araneda como coautora del delito de Robo calificado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda de conformidad a lo normado en los artículos 167 inciso 2 y 45 del Código Penal; hecho

ocurrido el 17 de abril del año 2018 alrededor de las 9.40hs, en perjuicio de Liu Hong. Mientras que por sentencia de fecha 22 de octubre del 2018, resolvió fijar la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento e imponer como pena única y total la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la misma, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 21 de noviembre de 2018, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, el Defensor de circunscripción, Dr. Fernando Diez y por la fiscalía el Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid.

B) El Dr. Diez estructuró los agravios en dos ejes:

I) **Valoración arbitraria de la prueba y**
II) **errónea calificación legal.**

Respecto del primero, aduce la defensa que la fuerza en la caja registradora no fue suficientemente acreditada, ya que se tomaron sólo los testimonios de Maribel Espinoza, efectivo policial que refirió que la chapa de la cerradura de la caja estaba un

poco doblada y secuestró un destornillador que según Lui Hong no se encontraba allí, agregando la primera que la medida de la paleta del destornillador coincide con la de la chapa de la caja forzada. Por otra parte, el Lui Hong declara a través de un intérprete el que contesta varias veces en lugar del denunciante. En relación al segundo, expresa que la banda no se configuró porque no existió una coautoría (la Sra. Garrido Díaz habría tenido una participación necesaria) tal como lo sostiene Tozzini y lo ha receptado el fallo Quiroz, sin perjuicio de ello tampoco se da el presupuesto de mayor indefensión ocasionado por el accionar de los acusados ni existió intimidación o violencia en las personas. En apoyo cita el legajo 83823/17 y la sentencia 19 de octubre de 2005 sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones de Capital Federal. Por lo expuesto la defensa solicitó se declare admisible la impugnación, se haga lugar a la misma y se ejerza competencia positiva condenando a su asistida por el delito menor resultante fijando una pena no superior al tiempo que lleva privada de su libertad la Sra. Araneda.

C) A su turno el Dr. Breide Obeid dijo: que existen tres juicios: el de la acusación, el de responsabilidad y pena (juicio propiamente dicho), y el juicio sobre la sentencia. En este último requiere se

constate arbitrariedad o falta de motivación; no basta una interpretación o punto de vista distinto al dado por el Tribunal de juicio. La defensa reconoce tres situaciones que el Tribunal tuvo en cuenta para calificar como robo el hecho: la imagen fotográfica (que se expuso en la audiencia de impugnación); el testimonio de Maribel Espinoza, quien explicó por qué estaba forzada la caja registradora y fue quien convocó a criminalística (que tomó las fotos) y halló el destornillador, y el del denunciante Liu Hong quien incluso con gesticulaciones indicó que la caja estaba cerrada con llave. Expresa la fiscalía que hoy la defensa hace conjeturas porque no contrainterrogó al testigo en tal sentido y pretende ahora desacreditarlo. En tercer lugar, el tribunal valora el lapso de 27 segundos desde que llegan a la caja registradora y se retiran con el dinero. Que ello fue filmado y es un lapso prolongado para sacar el dinero, lo que coadyuva a la hipótesis del forzamiento. Agrega que el caso tiene ciertas particularidades como que son tres los imputados y una de ellas, Garrido Díaz, aceptó su responsabilidad y firmó un acuerdo; la segunda es que está todo filmado a través de quince cámaras internas y externas, por eso el Tribunal entendió que si la caja no hubiese estado cerrada 27 segundos es mucho, a lo que se le suma la imagen fotográfica extractada a la caja y el

destornillador. Respecto del segundo agravio, la sentencia valora que las filmaciones muestran cómo venían juntos los tres; que Garrido Díaz ingresa luego sale y vuelve a ingresar cuando no quedaba nadie adentro del mercado, produce la maniobra distractiva y luego ingresa Araneda y su hijo; Liu no estuvo ausente de toda la escena. Hay una convergencia intencional; el Tribunal explica en el minuto 6,44". No se puede aplicar banda cuando no hay moradores pero sí cuando intervienen tres personas en la ejecución del hecho. El tribunal incluso cita jurisprudencia; se dijo cuál fue el rol de cada uno en el hecho. El Tribunal dio sobrados motivos para la aplicación de la "banda". Por ello solicita se confirme en todos sus términos la sentencia impugnada.

Preguntado por el Dr. Cabral si en relación a la pena, solicita se ejerza competencia positiva, la defensa contestó que sí, que pide que se la modifique.

D) Otorgada la última palabra a la Defensa dijo: que Garrido Díaz aceptó su responsabilidad como partícipe necesaria. Que Espinoza no sacó la foto sino que llamó a Criminalística. Que justamente el modo en que se despliega el hecho fue para evitar la violencia sobre la

persona. Lo único que dice la sentencia es la cita de D'Alessio.

E) Dada la última palabra a la imputada, se abstuvo de declarar.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: **Dra. Florencia Martini, Dr. Alejandro Cabral y Dr. Héctor Rimaro.**

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, 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 impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

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

El **Dr. Hector Rimaro**, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La *Dra. Florencia Martini*, dijo:

Respecto de la arbitraria valoración de la prueba que llevó a calificar el hecho como robo (por fuerza ejercida en la caja registradora) esto es, la insuficiencia de los testimonios de Espinoza (que no extrajo la foto y sacó sus propias deducciones sobre el forzamiento de la cerradura) y Liu Hong (que contestaba a través del intérprete), entiendo que omite la defensa realizar una crítica razonada de los fundamentos dados por la sentencia. En tal sentido, puede apreciarse que la sentencia da suficiente respuesta al encuadre del hecho como "robo" en virtud del forzamiento de la caja registradora: "se observa de la fotografía exhibida que la caja se encuentra forzada en la cerradura (...) que la testigo Espinoza manifestó que la paleta del destornillador secuestrado se correspondía en cuanto su dimensión con la zona forzada (...) y el testigo Liu afirmó que la caja estaba cerrada con llave y, de las imágenes del video exhibido en el debate, se observó que Araneda y su hijo ingresan al sector de donde posteriormente sustrajeron el dinero (...) permanecieron un lapso de tiempo superior al que razonablemente se demoran dos personas que se proponen

sacar dinero con premura de una caja sin llaves, lo cual es indicativo también que dicho tiempo fue empleado en vencer la resistencia de la cerradura de la caja registradora". Por tanto no se observan quiebres en el razonamiento lógico que lesionen la razonabilidad de la sentencia en este aspecto, apareciendo el agravio de la defensa como una mera disconformidad con los argumentos expuestos.

En relación a la errónea calificación legal respecto de la configuración de banda en los términos del art. 167 inciso 2º del Código Penal, entiendo le asiste razón al impugnante. Ello por cuanto la sentencia se limita en este extremo a citar a D'Alessio (Código Penal de la Nación comentado y anotado, Tomo II, LL, P.614) y sólo agrega que "el término se aplica a quien haya participado de la ejecución del hecho" (refiriendo al veredicto, 00:06:44) como así que el sentido del agravante reside en la disminución de la defensa de la víctima y sus bienes lo que se visualiza al quedar Liu imposibilitado de defenderse porque fue sacado del lugar en que custodiaba la cosa sustraída (entre 00:07:06 y 00:07:15).

Asiste razón al impugnante cuando advierte que justamente al desviar la atención de la víctima logrando que se alejara de la caja registradora, se evitó la confrontación simultánea de quienes intervinieron

en la ejecución del hecho con el Sr. Liu Hong, y por tanto la razón del agravante no se constató en el caso concreto, ya que el número de sujetos activos *no generó un mayor poder intimidatorio en el sujeto pasivo*. El fundamento nuclear es el *estado de indefensión* en el que se halla la víctima, tal como lo sostuvo este Tribunal de Impugnación en la sentencia 39/2018 (legajo 83823/17) de fecha 15/5/18, citada por la Defensa¹, circunstancia absolutamente distante a la acaecida en el hecho, toda vez que -una mujer mayor de sesenta años, otra mujer de cuarenta y su hijo de aproximadamente veinticuatro años- lejos pudieron colocar a Liu Hong en estado de indefensión. Éste -por el contrario- al advertir que estaban sustrayendo la recaudación, sale en su persecución, forcejea con Araneda y su hijo, e incluso logra recuperar parte del dinero sustraído de la caja.

La motivación dada por los sentenciantes al calificante del hecho como banda, resulta insuficiente en cuanto omite contrastar los fundamentos de la figura legal con las circunstancias concretas del hecho juzgado, las características de los sujetos activos (edad, género, contextura, etc.) y el accionar individual de cada

¹ "El fundamento de esta agravante se centra, principalmente, en el estado de indefensión en el que se halla la víctima frente al número de personas que concurren en el robo" sostuvo el Dr. Andrés Repetto, en el primer voto (p.19), al que adherimos los Dres. Richard Trincheri y quien escribe.

interviniente a efectos de ponderar la temibilidad y eficacia (mayor poder ofensivo e intimidatorio que provoca mayor indefensión en la víctima); la sentencia no explica tampoco la conducta concreta de Araneda y de su hijo a fin de determinar si cada uno de ellos tuvo el dominio del hecho (en los términos de una coautoría), limitándose a afirmar que ambos ingresaron a la zona de la caja y luego desde allí abandonan el comercio llevando parte del dinero sustraído (de hecho no se sabe quién de ellos habría forzado la caja registradora con el destornillador que describe la testigo Espinoza).

En definitiva el Tribunal adopta una interpretación entre varias posibles (conforme emerge de la jurisprudencia y doctrina en la definición técnica-jurídica de "banda") sin apuntalar el hecho singular traído a juicio.

Si bien el plenario "Coronel, Rogelio A. y otros" (CNCCORR., EN PLENO, 7-6-63) ratificado en 1989 por el plenario "Quiroz, Julio A." (CNCCorr., en pleno, 4-9-89) sostuvo que una banda no es más que una agrupación de tres o más individuos que se reúnen para cometer un delito determinado, siendo suficiente que *hayan tomado parte activa en la ejecución del hecho -en el sentido del artículo 45 del Código Penal-*, sin necesidad que tales

partícipes integren una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado cuerpo legal, "entre los argumentos de la mayoría, se sostuvo que **quien afirma que si el legislador utilizó, en el inciso 2º del artículo 167 del Código Penal, el sustantivo 'banda', es porque entendió referirse a una institución diferente de la derogada calificante de 'tres o más personas' así como de la asociación ilícita.** En caso contrario, nada le hubiese impedido utilizar tales otras denominaciones y, así, suprimir desinteligencias como ésta, que lesionan el principio de certeza jurídica" (voto del juez Tozzini en 'Quiroz').

En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar al segundo agravio invocado, en tanto la sentencia no dio fundamento bastante para sostener el agravante invocado, omitiendo realizar la valoración particularizada de las circunstancias del hecho para ponderar la mayor 'indefensión' de la víctima frente al accionar de los sujetos activos.

Habiendo solicitado el impugnante el ejercicio de competencia positiva por parte de este Tribunal, principalmente por cuanto la escala penal de la figura básica resulta sensiblemente menor que la de la figura calificada y en atención a que su asistida se halla

privada de la libertad con anterioridad al acuerdo de pena (un mes) arribado por las partes con fecha *5 de octubre de 2018* por un robo simple en grado de tentativa acaecido el *13 de agosto de 2018* en la Ciudad de Villa La Angostura (legajo 25556/2018) y teniendo en consideración que el hecho que da origen al presente legajo data del *19 de abril del corriente año*, corresponde unificar las condenas por tratarse de un supuesto de concurso real de delitos.

Habiendo receptado el Tribunal de juicio como único agravante la existencia de un *antecedente* por el que fuese condenada el 21 de diciembre de 2017 a un mes de prisión por el delito de hurto conforme legajo 2373/2017, Cipolletti, Río Negro (y *prescripta la pena* por la no presentación de la condenada), sumado al hecho del 13/8/18 ya señalado por el que fuese condenada a un mes de prisión de cumplimiento efectivo; receptando la sentencia de pena tal como lo alegó en la audiencia respectiva el Sr. Fiscal que: *"la violencia ejercida fue mínima, el plus de violencia se da en cuanto al número de participantes"*, y tomando como atenuante que *no hubo violencia física*, habiendo incluso pensado el hecho para que no la hubiera (como lo sostuvo la Defensa en la audiencia de cesura), estimo justo unificar las condenas en tres meses de prisión de efectivo cumplimiento.

Por lo expuesto, corresponde revocar la sentencia de responsabilidad en lo que respecta al calificante "banda" y fijar la condena única de tres meses de prisión de efectivo cumplimiento (comprensiva de la condena recaída el 5 de octubre de 2018 en legajo 25556/18 por el hecho acaecido el 13 de agosto de 2018 en la Ciudad de Villa La Angostura). Ello por cuanto la fiscalía no controvertió el ejercicio de competencia positiva como excepción a la regla del reenvío (de conformidad al principio de contradicción del proceso acusatorio previsto por el art. 7 CPP) y en atención a tener elementos suficientes para fijar la pena (agravantes *-reiterancia y pluralidad de participantes-* y atenuantes *-la ausencia y evitación de violencia física-* litigados en la audiencia de cesura del 12/10/18) en los términos dispuestos por el art. 247 del CPP.

No contando con elementos suficientes para realizar el cómputo de pena a fin de decretar -eventualmente- la libertad de la Sra. María Vanesa de los Angeles Aranedá deberá el Sr. Defensor realizar la petición correspondiente a tal efecto. Mi voto.

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

Sólo quiero agregar que tal como lo sostiene la Dra. Martini, la sentencia impugnada realiza una interpretación descontextualizada del hecho en sí, pues el mismo es un típico hecho de aprovechamiento de la distracción para sustraer -en este caso, mediante fuerza en las cosas- dinero de la caja registradora. Es decir, es un inconfundible hecho de "mecheras" (denominación que se le da a una ladrona de poca monta, y cuyo modo comisivo es el aprovechamiento de la distracción para sustraer), donde no se utiliza ningún tipo de violencia física sobre la persona, ni tampoco intimidación. En el presente caso, sino hubiera sido porque la caja registradora se encontraba cerrada, sería un típico hurto simple. En definitiva, el hecho en sí no es grave, es un delito menor, en el que no existió ningún tipo de violencia sobre las personas -ya sea física o psicológica- y se utilizó la distracción para sustraer dinero de la caja registradora. Tan es así que la víctima -al no resultar intimidado de ninguna manera- cuando advirtió la maniobra, las persiguió y pudo recuperar algo de lo sustraído.

La interpretación que se haga de esta agravante, puede influir directamente sobre otras figuras legales que también mencionan la palabra "banda". En función de ello, es necesario efectuar una interpretación

que armonice con todo el Código Penal y con las penas allí establecidas para no desvirtuar todo el ordenamiento normativo. Como lo dije anteriormente, de no haberse dañado la cerradura, el hecho sería un hurto simple que tiene una pena de un mes a dos años de prisión, mientras que si lo considera un robo simple la pena es de un mes a seis años, es decir con una escala mucho más amplia.

No parece -atento las características propias de este caso, donde se utilizó un destornillador para efectuar fuerza sobre la caja registradora- que la intención del legislador haya sido que por el sólo hecho de ser tres personas, aunque no exista ningún tipo de violencia (física o intimidación) sobre las personas, que la pena se vaya a un mínimo de tres años y a un máximo de diez años.

Esta interpretación desnaturalizaría el resto de las penas establecidas en el Código Penal, pues se equipararía la pena del robo con armas en el que no se pudo acreditar la aptitud para el disparo del arma -hecho de por sí sumamente violento sobre la persona de la víctima-, a la de un robo con la intervención de tres personas, donde los autores sólo quisieron distraer y no ejercer ningún tipo de violencia sobre las personas y tampoco quisieron producir un daño considerable a la propiedad (como podría ser una

efracción). Entiendo que no fue esta la intención del legislador.

En cuanto a la unificación de penas dispuesta en la sentencia, se advierte simplemente que este hecho concurría en forma real con el hecho cometido el día 13/8/18, por el que fue condenada en fecha 5 de octubre de 2018 en la localidad de Villa La Angostura por el delito de ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (art. 164 Y 42 CP), pues aquel fue cometido antes de que se dictara condena en esta causa. Siendo ello así, por ser una cuestión de orden público, que además beneficia a la condenada -aunque no se haya debatido-, corresponde dictar UNA UNICA CONDENA, comprensiva de ambas, por los delitos de ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO REAL CON ROBO SIMPLE (arts. 164, 42 y 55 CP), imponiendo una única pena de TRES MESES DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, atento los antecedentes condenatorios que registra.

El *Dr. Héctor Rimaro*, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto como así las consideraciones realizadas por el Dr. Cabral, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La *Dra. Florencia Martini*, dijo:

Atento el resultado de la impugnación, sin costas en esta instancia (art. 268 del CPP).

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

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por unanimidad se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Sr. Defensor, Dr. Fernando Diez, en representación de la imputada (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- HACER LUGAR a la impugnación deducida y en consecuencia, **REVOCAR la condena, declarando penalmente responsable a Vanesa María de los Ángeles Araneda, titular de DNI N° 26543510, del delito de robo simple en carácter de coautora (art. 164 y 45 del Código Penal), con costas.**

III.- Fijar la condena única por los hechos acaecidos el 17 de abril de 2018 (Robo Simple) y el 13 de agosto de 2018 (Robo Simple en grado de tentativa) en

tres meses de prisión de efectivo cumplimiento (art. 58 y cc. del Código Penal).

IV.- SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

V.- Se deja constancia que **la presente resolución** -en cuanto fija la calificación legal del hecho en robo simple- **tiene efectos hacia la consorte de causa, Sra. Angélica del Rosario Garrido Díaz** respecto de la cual se habría arribado a un acuerdo bajo la subsunción legal de Robo en Banda en carácter de coautora y acordado una pena en consecuencia, **por lo que deberán las partes debatir en una nueva audiencia la pena acorde a la figura básica.**

VI.- Regístrese. Notifíquese.

VII.- Se deja constancia que el Dr. Alejandro Cabral no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Reg. Sentencia N° 83 T° VI Año 2018.-