

ACUERDO Nro. 3 /2019: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **OSCAR E. MASSEI y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"GARRIDO DÍAZ ANGÉLICA DEL ROSARIO - ARANEDA VANESA MARÍA DE LOS ÁNGELES - ARANEDA MARIANGEL, LEANDRO MAXIMILIANO S/ ROBO AGRAVADO"** (MPFNQ. Leg. Nro. 108.430 - año 2018).

ANTECEDENTES: I.- Que el Tribunal de Juicio, integrado por los Dres. Richard Trincheri, Fernando Zvilling, y la Dra. Mara Suste, dictó sentencia de responsabilidad penal en contra de Vanesa de los Ángeles Araneda, y la declaró coautora del delito de robo calificado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2), del Código Penal), con más las costas del proceso (fs. 1/9).

El Tribunal de Impugnación, conformado por los Dres. Alejandro Cabral, Héctor Rimaro y la Dra. Florencia Martini, resolvió, por sentencia n° 83/2018, hacer lugar a la vía de control ordinaria deducida en forma conjunta por el señor Defensor Público de Circunscripción, Dr. Fernando Diez, y la señora Defensora Pública, Dra. Eliana Lazzarini, en representación de Vanesa María de los Ángeles Araneda. En consecuencia, el *a quo* revocó la condena que había sido dictada por el Tribunal de Juicio, y decretó su responsabilidad penal en orden al delito de robo simple, en carácter de coautora, con costas (arts. 45 y 164 del Código Penal). Por consiguiente, le fijó como única condena, comprensiva de los hechos acaecidos el 17 de abril de 2018

(robo simple) y el 13 de agosto de 2018 (robo simple en grado de tentativa), la pena de tres meses de prisión de cumplimiento efectivo (art. 58 del Código Penal), y aclaró que, como la mutación en la calificación legal era extensiva a su consorte de causa, Angélica del Rosario Garrido Díaz, las partes debían debatir, en una nueva audiencia, la pena que cabía imponerle por la figura básica (fs. 19/27vta.).

En contra de tal decisión, dedujo impugnación extraordinaria el señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid, quien, invocando el artículo 248, inc. 2), del C.P.P.N., se quejó en lo siguiente:

1) Sostuvo que la sentencia era arbitraria, ya que el *a quo* se habría excedido en el ejercicio de la función de control jurisdiccional, y por haber decidido con apartamiento o en contra de la letra de la ley (art. 167, inc. 2), del Código Penal).

Entendió que la decisión expresa el disenso de los magistrados sobre el alcance que el Tribunal de Juicio le había dado a la agravante prevista para el delito de robo, por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, pero que no se habría verificado la existencia de ningún defecto formal o sustancial, en los términos del artículo 236 del código adjetivo.

Aseveró que el *a quo* habría desconocido las particulares circunstancias de la causa, al obviar el accionar conjunto de los consortes de causa, quienes cumplieron una tarea específica, previamente planificada, que habría facilitado la comisión del ilícito, al disminuir las posibilidades de defensa de la víctima; la conducta distractora de Garrido Díaz habría llevado a la víctima -Lui Hong- a dejar de custodiar la caja registradora del comercio donde se hallaba el dinero sustraído por Araneda y su hijo.

2) Tachó de infundado al punto resolutivo tercero de la sentencia, vinculado con la imposición de la pena.

Indicó que la fiscalía había solicitado el rechazo de todos los planteos efectuados por la defensa, incluyendo el pedido de que el Tribunal de Impugnación asumiera competencia positiva en el asunto, y que, cuando el *a quo* receptó dicho proceder, vulneró el principio de contradicción, pues impidió la discusión de la temática en una audiencia oral y pública.

Alegó que la defensa refutó la calificación legal del hecho, cuestión que tiene directa incidencia en la mensuración de la pena. Sin embargo, como aquella no se agravio de su monto, el *a quo* debió ordenar el reenvío del legajo, para la celebración de una nueva audiencia de cesura.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes ampliaron la fundamentación de los motivos ya invocados (cfr. acta de audiencia de fs. 44/46vta.).

El señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid, alegó que la fiscalía estaba legitimada para impugnar (artículo 241, inciso 3), del código de forma).

En cuanto al fondo del asunto, adujo que la sentencia era arbitraria, y que el *a quo* revocó la sentencia del Tribunal de Juicio tras asumir una diferente postura jurídica sobre el tema debatido. En relación al segundo agravio, sostuvo que la sentencia era nula desde que el *a quo* prescindió del reenvío, dictando una resolución jurisdiccional de manera unilateral, sin escuchar a las partes.

Seguidamente, hizo uso de la palabra el señor Defensor General, Dr. Ricardo Horacio Cancela. Replicó que el primer motivo no reviste una naturaleza federal, porque remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, agregando que la aplicación de la doctrina de la sentencia arbitraria es excepcional y que el *a quo* realizó una interpretación posible de la norma, fundando por qué había desechado la calificación legal de robo en banda. Citó antecedentes de la Sala Penal concernientes a la temática (R.I. N° 90/2018, "Jara", y los Acuerdos N° 1/2006, "Estrada" y N° 10/2006, "Retamal Ayala").

En cuanto al segundo motivo, vinculado al reenvío, contestó que la decisión no le genera agravio a la fiscalía, que consintió el pedido del defensor para que el Tribunal de Impugnación asumiera competencia positiva en la materia. Hizo reserva del caso federal.

En este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: El Dr. Oscar E. Massei y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo:

a) El escrito fue presentado en término, ante la Oficina Judicial correspondiente, en contra de una decisión

impugnabile, por quien se encuentra legitimado para ello, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 233, 241, inc. 3), 242, primer párrafo, y 249 del C.P.P.N. (cfr. fs. 28 y 35).

b) Desde los albores de la reforma procesal instituida por la Ley 2784, esta Sala Penal ha fijado posición respecto a que más allá de la estricta observancia de los recaudos de legitimación y tempestividad inherentes al recurso, que deben reputarse acabadamente cumplidos en esta instancia, también se deben comprobar los requisitos mínimos de su procedencia, lo que se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas de su significado jurídico.

c) Razones de índole metodológica me llevan a invertir el orden de análisis de los motivos impetrados por la acusación pública.

Concitó mi atención el gravamen relativo a la posible extralimitación en la competencia funcional del Tribunal de Impugnación, que, según adujo el recurrente, se habría arrogado facultades ajenas a su específico ámbito de incumbencia, en grave contravención a la garantía del debido proceso (art. 18 de la C.N.; arts. 246 y 247 del C.P.P.N.).

Como punto de partida, advierto que la hipotética cuestión federal fue introducida al proceso en forma tardía, recién al momento de interponer la presente impugnación extraordinaria; por consiguiente, no puede prosperar (art. 227, primer párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

La Dra. Florencia Martini, magistrada del Tribunal *a quo* que tuvo a su cargo la redacción del voto ponente, enfatizó que cabía 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 (...). Ello por cuanto la fiscalía no controvirtió el ejercicio de competencia positiva como excepción a la regla del reenvío (...) 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..." (fs. 25).

Basta, para comprobar dicho aserto, con la reproducción de la audiencia celebrada ante el *a quo* el día 21 de noviembre de 2018. Allí es posible observar que, ante una pregunta aclaratoria formulada a la defensa por el Dr. Alejandro Cabral, en su calidad de magistrado del Tribunal de Impugnación, en relación a qué conducta esperaba que adoptara dicho Tribunal -si el ejercicio de competencia positiva en el asunto, o, por el contrario, que se ordenara el reenvío del legajo para la fijación de una audiencia de imposición de la pena-, la fiscalía guardó silencio, por lo que, implícitamente, consintió las consecuencias jurídicas del acto (cfr. la filmación de la audiencia del día 21/11/2018, 32:20 min. - 33:30 min.). En consecuencia, la acusación no está habilitada para invocar, en esta etapa del proceso, la existencia de un perjuicio personal, concreto y actual, que no sea una derivación de su propia actuación (arts. 33, inc. 1), 233 y 246, último párrafo, del C.P.P.N.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado, en múltiples precedentes aplicables en la materia, que: "...el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior -con base

constitucional- mediante el recurso extraordinario (Fallos: 184:361; 246:172; 269:333; 271:183; 300:51; 307:431)...” (Fallos: 316:1802).

En vista de tales disquisiciones, el gravamen es improcedente.

d) Despejada esta cuestión preliminar, opino que este tramo de la sentencia tampoco es arbitraria.

Cabe recordar, que una consolidada línea jurisprudencial precisa que: “... si bien el modo en el que los magistrados ejercen las facultades para graduar las sanciones dentro de los límites fijados por las leyes respectivas no habilita la revisión por la vía del art. 14 de la ley 48, ello no faculta a los tribunales a que, en detrimento de la defensa en juicio, determinen la consecuencia jurídica concreta que corresponderá al condenado sin expresar siquiera mínimamente las razones por las que se aplica esa pena y no cualquier otra dentro de las permitidas por el marco penal. Pues el juicio previo establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional como derivación del estado de derecho no sólo exige que los jueces expresen las razones en las que se encuentra fundada la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, sino también aquellas en que se apoyan la naturaleza o intensidad de la consecuencia jurídica correspondiente (cf., entre otros, Fallos: 314:1909)...” (Fallos: 331:2343).

Sobre la base de este parámetro, entiendo que el recurrente no demostró la existencia de una cuestión federal. A mi modo de ver, el Tribunal de Impugnación determinó la clase de pena que se le debía imponer a la condenada y cuál era el quantum punitivo proporcionado a la infracción por ella cometida, al valorar que ninguno de los autores hizo uso

de violencia física en contra de las personas, y que, el daño ocasionado a la propiedad, fue mínimo (cfr. fs. 24vta. y 26).

Por añadidura, la parte acusadora no explicó cuáles serían las argumentaciones, vinculadas con esta temática, que no pudo alegar en audiencia; sean ellas, circunstancias agravantes, atenuantes, de una naturaleza objetiva, subjetiva o concurrente, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

e) También se invocó arbitrariedad normativa en lo referente a la subsunción legal del hecho.

Como ilustra muy prominente doctrina: "...por la tacha de arbitrariedad no se puede incluir en la revisión extraordinaria a sentencias meramente erróneas, o que se fundan en doctrina opinable, o con las que solamente se discrepa por diferencia de enfoque; y todavía más, la Corte aclara que la impugnación por arbitrariedad demanda que la sentencia así tildada acuse *violación de garantías constitucionales*, y que se demuestre la relación directa entre la misma sentencia y las aludidas garantías. Asimismo, la Corte deslinda bien que la doctrina de arbitrariedad de sentencia no tiene por objeto abrir una nueva instancia ordinaria para corregir sentencias equivocadas..." (Morello, Augusto M. - Rosales Cuello, Ramiro (Colaborador). "El recurso extraordinario", 3° edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2006, pág. 568).

La señora Jueza ponente, a cuyos argumentos y conclusiones adhirieron los demás magistrados, brindó las razones jurídicas por las que en el caso sometido a estudio no debía aplicarse la circunstancia agravante del robo en lugar poblado y en banda. Sobre este tema en particular, la judicante reflexionó que: "...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. L. H., y por tanto la razón del agravante no se concretó 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 (...), 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 L. H. 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 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)..." (fs. 22vta./23 y 23vta.).

De todo ello se sigue, en mi criterio, que el recurrente obvia que su crítica se resume en una cuestión de hecho, prueba y derecho común. Es más, la sentencia tiene una fundamentación legal seria, razonada, que guarda una total correspondencia con las particulares circunstancias del caso, tanto por evaluar la prueba según las reglas de la sana crítica, cuanto por plasmar una interpretación posible de la ley que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido, por directa aplicación de la doctrina de la sentencia arbitraria.

En consecuencia, el agravio alegado por la parte acusadora debe ser desestimado (artículos 227, primer párrafo, y 248, inciso 2), ambos a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. Así voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: en mérito a la forma en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid, por los motivos explicados al tratar la primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE**, dijo: comparto la solución dada por el Sr. Vocal preopinante. Así voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: se exime del pago de las costas procesales a la parte acusadora, de conformidad con las consideraciones expuestas en la R.I. n° 52/2015, "CASTILLO", del registro de esta Sala Penal, a la que se remite por razones de brevedad (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Tal mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

I.- RECHAZAR la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal Jefe, Dr. Maximiliano Breide Obeid (arts. 227, primer párrafo, y 248, inc. 2), ambos a contrario sensu, del C.P.P.N.).

II.- SIN COSTAS en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.)

III.- REGÍSTRESE, notifíquese y remítase a la Dirección de Impugnación a sus efectos.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario