

SENTENCIA nro. veintiséis /2020.- En la ciudad de Neuquén, a los *dos días del mes de julio de dos mil veinte*, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Dres. **Liliana Deiub, Daniel Varessio y Florencia Martini**, presidida por el primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado "**SEPULVEDA, Sergio Antonio - NAUPAIPI, Facundo Emanuel - BRIANTHE, Alan Edgardo Daniel - MORA, Rodrigo Omar - GONZALEZ, Héctor Enrique S/ROBO CON ARMA DE FUEGO, TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA Y ENCUBRIMIENTO**" legajo MPFNQ N° 107.588 Año 2018 y sus vinculados "**SEPULVEDA, Sergio Antonio - NAUPAIPI, Facundo Emanuel S/HURTO AGRAVADO**" legajo MPFNQ N° 115.005 Año 2018, en el que se encuentran imputados **Sergio Antonio Sepúlveda**, D.N.I. N°, nacido el .. de de, domiciliado en calle y Mza. "....." Lote .del Barrio de la ciudad de Neuquén, hijo de A.... del C.... S..... y Facundo **Emanuel Naupaipi**, D.N.I. N°, nacido el .. de de, domiciliado en calle piso .. dpto. de la ciudad de Neuquén, hijo de L... O.... y C..... H.....

A) ANTECEDENTES:

Por sentencia de responsabilidad de fecha 5 de octubre de 2019 se resolvió I.- Declarar a **Sergio**

Antonio Sepúlveda, D.N.I., de demás circunstancias personales ya indicadas, coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (arts. 166 inc. 2, primer y tercer supuesto, 55 y 45 Código Penal) por el hecho ocurrido el 23 de junio de 2018 en calle Olta y Río Senguer en perjuicio de Héctor Daniel Fischer y el 29 de junio de 2018 en calle Nogoyá y Collón Cura en perjuicio de la empresa "Petro Oeste" -Leg. 107588- (...) III.- Declarar a **Facundo Emanuel Naupaupi**, D.N.I., demás circunstancias personales ya indicadas, coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma y robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada -2 hechos-, todo en concurso real (arts. 166 inc. 2, primer y tercer supuesto, 55 y 45 Código Penal) por el hecho cometido el 20 de junio de 2018, en calle Figueroa N° 2537, en perjuicio de Héctor Zalazar; el 23 de junio de 2018 en calle Olta y Río Senguer en perjuicio de 48 Héctor Daniel Fischer; y el 29 de junio de 2018 en calle Nogoya y Collón Cura en perjuicio de la empresa "Petro Oeste" (Leg. 107588).

Por su parte, el 18 de diciembre de 2019 se Resolvió I.- Rechazar la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de robo agravado por

su comisión con arma (art. 166 inc. 2 primer supuesto) que fuera solicitada por la Defensa en su alegato final. II.- Condenar a Sergio Antonio Sepúlveda, D.N.I., de demás circunstancias personales ya indicadas, a la pena de cinco (5) años y seis (6) meses como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (arts. 166 inc. 2, primer y tercer supuesto, 55 y 45 Código Penal) por el hecho ocurrido el 23 de junio de 2018 en calle Olta y Río Senguer en perjuicio de Héctor Daniel Fischer y el 29 de junio de 2018 en calle Nogoya y Collón Cura en perjuicio de la empresa "Petro Oeste" -Leg. 107588- III.- Condenar a Facundo Emanuel Naupaupi, D.N.I., demás circunstancias personales ya indicadas, a la pena de seis (6) años de prisión, como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma y robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada -2 hechos-, todo en concurso real (arts. 166 inc. 2, primer y tercer supuesto, 55 y 45 Código Penal) por el hecho cometido el 20 de junio de 2018, en calle Figueroa N° 2537, en perjuicio de Héctor Zalazar; el 23 de junio de 2018 en calle Olta y Río Senguer en perjuicio de Héctor Daniel Fischer; y el 29 de junio de

2018 en calle Nogoya y Collón Cura en perjuicio de la empresa "Petro Oeste" -Leg. 107588-

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra las sentencias de responsabilidad y pena, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 18 de junio de 2020, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, el Dr. Gustavo Palmieri y por la fiscalía el Dr. Horacio Maitini.

B) El Dr. Palmieri dijo: Que se agravia por la arbitrariedad del fallo y absurdidad en la valoración del material probatorio.

Respecto del legajo 107588 entendió que existió una valoración arbitraria de la declaración del testigo Hernández en cuanto el nombrado incorporó en juicio haber observado a Naupaipi con un cuchillo cuando no lo dijo en las declaraciones previas de la investigación fiscal. Por otra parte, también se valoró arbitrariamente la declaración de Fischer quien en juicio aludió haber sentido un elemento punzante que en entrevistas previas no había mencionado sin que se haya producido evidencia alguna de lesiones en tal sentido.

Asimismo, expresó la defensa que la sentencia no respondió al planteo efectuado respecto de la existencia de un acuerdo pleno en relación a González como partícipe necesario de un robo simple (no agravado por el uso de arma).

Por otra parte manifestó que no existe evidencia que determine la participación de Naupaipi más allá de toda duda razonable en cuanto el tribunal valoró la visualización del vehículo del imputado pero no de su persona; concretamente el tribunal valora la declaración de Hernández en cuanto informa que lo vio correr hacia un vehículo Vento cuya patente empezaba con H. Expresó que de las intervenciones telefónicas del teléfono de Sepúlveda no se puede determinar con certeza la participación de Naupaipi.

Respecto del hecho que tuvo por víctima a Domingo Miguel, éste declaró previamente que llevaban pasamontaña, es decir, llevaban el rostro cubierto, y en juicio los reconoce, expresando que fue un acto fallido, que uno tenía la cara descubierta y el otro en un momento se le corrió el pasamontaña.

Agregó el impugnante que en el allanamiento secuestraron dinero, armas y un vehículo que no fueron exhibidos a modo de reconocimiento. Entendió también que las conclusiones de Campos no constituyen prueba.

Subsidiariamente se agravia por el monto de la pena que viola el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas. Que debe tenerse en consideración que Naupaipi no tiene antecedentes y el dinero fue recuperado.

Asimismo, entiende que la sentencia no dio respuesta respecto del caso concreto al planteo de inconstitucionalidad del mínimo de la pena previsto por el art. 166 inciso 2do. del Código Penal.

Por lo expuesto, solicita se revoque la responsabilidad por el hecho del 23/6/18 que damnificó a Fischer y subsidiariamente se elimine el calificante del arma y reenvíe a nueva cesura. Respecto del hecho del 29/6/18 que damnificó a Miguel, se revoque y absuelva por no haber participado en el mismo, y subsidiariamente se fije una pena inferior.

C) A su turno el Dr. Maitini dijo: que en lo que respecta al hecho que damnificó a Miguel la defensa no expresó agravios en el escrito de impugnación. No obstante, lo cual expresó que el Dr. Palmieri omite que los reconoce porque el hecho fue sumamente violento, lo tuvo a 20 cm. Hay video filmaciones y comunicaciones telefónicas.

Respecto de que no esté la hora en la intervención telefónica dijo que fue superado con las declaraciones de Hernández y Campos, que reconocen las voces. Se escuchó la preocupación de Naupaipi porque

hubiese sido visto el Vento gris. Las voces son peritadas. Otro dato es la bocha del vehículo Vento que coincide con el auto de Naupaipi. Respecto del cuchillo la sentencia da razones porqué omitió Hernández lo del arma. La lesión en la espalda era compatible con elemento punzante y lo vio su señora esa noche.

En relación al acuerdo de González por Robo simple, aquel desconocía cómo se iba a llevar a cabo. Los artículos 47 y 48 del Código Penal son claros en cuanto a la incomunicabilidad de las circunstancias.

Sobre la inconstitucionalidad del mínimo de la pena en el caso concreto, la entidad del hecho justificó penas superiores al mínimo. Los jueces no pueden sustituir al legislador. No existió una violación al principio de proporcionalidad dada la gravedad de los hechos.

Por lo expuesto solicita se confirme la sentencia en todos sus términos.

D) Otorgada la palabra a la Defensa dijo: que el hecho que damnifica a Miguel sí fue materia de agravio. Que el código procesal recepta la oralidad y el formato de presentación responde a ese criterio. No hay sorpresa porque el fiscal respondió.

Preguntado por el Dr. Varessio el agravio concreto respecto del hecho que damnifica a Miguel, la defensa contestó que fue por absurda valoración probatoria.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: **Dra. Florencia Martini, Dra. Liliana Deiub y Dr. Daniel Varessio.**

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 respecto del hecho que damnifica al Sr. Fischer (23/6/18) 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. No obstante, respecto del hecho que damnifica a Domingo Miguel, no habiendo expresado agravios el impugnante en el escrito respectivo, corresponde se declare inadmisibile. Ello así, por cuanto además de la presentación oportuna del escrito, el impugnante debe respetar la forma, esto es, la expresión de agravios, que en el caso garantiza el ejercicio efectivo de la contradicción. La expresión de

agravios permite a la contraparte preparar la refutación de los mismos en la instancia oral de la audiencia de impugnación, lo que en este caso no sucedió. Aún cuando la fiscalía pueda haber improvisado una respuesta por el conocimiento del caso concreto, lo cierto es que ello no autoriza a este Tribunal a ingresar al fondo, porque coloca a la contraparte en inferioridad de condiciones para ejercer plenamente su derecho, afectándose la paridad de armas. Al no haber cumplido con la carga procesal de expresar agravios, el impugnante ha perdido el derecho de impugnar. Es así que el art. 245 faculta al impugnante a ampliar fundamentos (de los agravios expresados en el escrito) o a desistir de agravios debidamente expresados, pero de ninguna manera, el principio de oralidad (art. 7 CPP) tal como lo propone la defensa, puede interpretarse de modo que habilite al impugnante la omisión de los agravios que conforman el objeto de la impugnación.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?.

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

Se agravia la defensa por considerar que el fallo resulta arbitrario y las pruebas han sido valoradas absurdamente.

Respecto del hecho que damnificó a Fischer el impugnante entendió que no existió prueba bastante para tener por acreditada la participación de Naupaipi en atención a que el testigo Hernández sólo dio características del vehículo Vento gris cuya patente comenzaba con H pero no características de la persona que vio correr hacia el vehículo. Del mismo modo el contenido de la intervención del teléfono de Sepúlveda no resulta suficiente para incriminar a su asistido. En relación al agravante del uso de arma, consideró que la sentencia valoró absurdamente la declaración de Hernández y de Fischer en cuanto ambos incorporan la circunstancia del arma en el juicio cuando no lo habían hecho en declaraciones previas. Lo que resultaría concordante con el acuerdo arribado respecto de González como partícipe necesario en un robo simple (sin el agravante del arma), extremo sobre el que no se habría pronunciado la sentencia. Subsidiariamente el impugnante entiende que la pena no guarda proporción con el hecho por la ausencia de antecedentes y la recuperación del dinero sustraído, y entiende también que la inconstitucionalidad del mínimo

previsto por el art. 166 inc 2do. primer párrafo no fue contestada por la sentencia en el caso concreto.

Analizada la sentencia entiendo que la alegada falta de elementos para acreditar la participación de Naupaipi en el hecho no se constata.

Advierto que el impugnante realiza una valoración fragmentaria de la prueba rendida en el juicio, apartándose de la valoración que efectivamente realiza el magistrado del primer voto.

Es así que la sentencia recepta como determinantes las intervenciones telefónicas, que a contrario de lo que expresa la defensa, incriminan a Naupaipi en el hecho. María Juliana Castro realiza un análisis pormenorizado del procedimiento de cotejo de voces cuya aptitud fuese previamente determinada por Federico Marino, corroborando manualmente la comparación automática del registro de voz de Naupaipi, en momentos previos al atraco (en los que se hace referencia al modo en que iba a ser acometido el Sr. Fisher, en connivencia con su compañero González) como así momentos después del hecho en el que Sepúlveda se comunica con Naupaipi y éste le trasmite su preocupación porque le habían visto el auto, que finalmente es secuestrado en la vivienda de la madre de Naupaipi, tratándose de un vehículo VW VENTO con patente con vidrios polarizados y enganche, tal lo

descripto por Jorquera que intervino en el procedimiento respectivo. Justamente es Elizondo quien observa a dos sujetos salir corriendo hacia el sur e inicia una persecución en su Ford Focus (al que hace referencia Naupaipi en la conversación telefónica con Sepúlveda), circunstancia corroborada por Hernández, quien había observado el Vento gris dando vueltas mientras cargaba nafta en la estación de servicio y luego, ya en su domicilio, vuelve a verlo (cuya patente iniciaba con H) con uno de los pasajeros hablando por teléfono, escucha bocinazos en calle Senguer y ve bajar dos muchachos corriendo hacia el sur que suben al Vento.

Ahora bien, en lo que respecta a la calificación del hecho, asiste razón al impugnante que la sentencia no realiza un análisis de la prueba que permita encuadrar el hecho en su forma agravada (por el uso de arma). Sólo nombra que la víctima sintió algo punzante en su espalda y que Hernández vio correr a uno de los sujetos portando un cuchillo. Sin embargo, no se produjo prueba alguna en referencia a la presunta lesión que indicó Fischer que le quedó en la espalda (que habría visto su señora, quien no declaró en juicio), y tampoco la sentencia da respuesta alguna a la variación del relato de Hernández, quien, en el contrainterrogatorio reconoce que, en su declaración previa (ante personal de investigaciones) nada

dijo al respecto. Tampoco valora la razonabilidad de la explicación que da el testigo. El oficial Hernández afirmó que se le vino la primera imagen de haberlo visto con el teléfono, pero después cuando lo vio corriendo observó un cuchillo. Incluso reconoce que en esta segunda declaración (la primera fue el día del hecho en Comisaría 41), le comentaron el tipo de hecho y le dijeron que la víctima había dicho que le habían colocado algo punzante en la espalda. Asimismo asiste razón al impugnante en cuanto a que la sentencia no contesta el planteo respecto del acuerdo arribado con el partícipe necesario por la figura del robo simple.

En tal sentido corresponde revocar la sentencia, encuadrando el hecho cometido por Facundo Naupaipi acaecido el 23 de junio de 2018 en perjuicio de Héctor Daniel Fisher como Robo Simple (art. 164 del Código Penal).

Por esta razón, el agravio subsidiario respecto de la desproporción de la pena e inconstitucionalidad del mínimo de cinco años previsto por el art. 166 inc. 2do. primer supuesto deviene abstracto, correspondiendo reenviar a nuevo juicio sobre la pena. Mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

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

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Sin costas atento el resultado de la impugnación (art. 268 CPP).

La **Dra. Liliana Deiub** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio** dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Dr. Gustavo Palmieri en representación del imputado en lo que respecta al hecho acaecido el 29 de junio de 2018, por no haber expresado agravios en el escrito de impugnación de conformidad a lo

previsto por el art. 245 del CPP en función del art. 7 del CPP.

II.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el impugnante en lo que respecta al hecho acaecido el 23 de junio de 2018 (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

III.- HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa por constatarse el agravio respecto del agravante por el uso de arma (art. 266 inc. 2, primer párrafo CP), revocando parcialmente la sentencia de responsabilidad y calificando el hecho como **ROBO SIMPLE** (art. 164 CP) en carácter de coautor, y en consecuencia, **REENVIAR a NUEVO JUICIO SOBRE LA PENA.**

IV.- SIN COSTAS en esta instancia.

IV. Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes.

Reg. Sentencia N° 26 Año 2020.-