

**SENTENCIA N°53/2014.** En la Ciudad de Neuquén, a los diecisiete días del mes de junio del año 2014, se reúnen los miembros del Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén, designados para intervenir en el legajo N° 330/14, "BECERRA, Sergio Abraham - PINO, José Angel S/ Robo Calificado en Grado de Tentativa", los Dres. Federico Augusto Sommer, Liliana Deiub y Gladys Mabel Folone, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de dictar resolución en el presente legajo. Interviene por el Ministerio Público de la Defensa del imputado SERGIO ABRAHAM BECERRA, DNI, ....., nacido el 21 de setiembre de .... en la ciudad de Cutral Có, hijo de .... y de .... ....., alias "negro", soltero, albañil, domiciliado en calle ..... casa n°..., Barrio ..... entre ..... y .... de la mencionada localidad, el Dr. Diego Simonelli. No concurrió a la audiencia ningún integrante del Ministerio Público Fiscal.-

Encontrándose la causa en estado de decidir y cumplido el proceso de deliberación, se realiza el sorteo para que los jueces emitan su voto, resultando que debía observarse el siguiente orden: en primer término, la Dra. Gladys Mabel Folone, en segundo lugar, la Dra. Liliana Deiub, y, por último, el Dr. Federico Augusto Sommer.-

La Dra. Gladys Mabel Folone dijo:

I. Llega la presente causa al Tribunal de Impugnación en función del recurso de casación (anterior legislación) interpuesto por la Dra. Marisa Mauti y el Dr. Diego Simonelli, defensores oficiales del Sr. Becerra, contra la sentencia definitiva dictada con fecha 7 de setiembre del año 2012 y aclaratoria del 21 de setiembre del mismo año, por la Dra. Carina B. Alvarez, en su carácter de Jueza Correccional de esta ciudad (anterior legislación vigente),

que condenó al nombrado como co-autor del delito de ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA, previsto por el art. 166 inc.2 CP, a la pena de DOS AÑOS Y SIETE MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, revocando la condicionalidad de la pena impuesta en la causa n° 36352 y unificando la condena a la pena única de TRES AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas. Por aplicación de la Ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal del Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la Ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación, previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo.

Es así, que con fecha 3 de junio de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 CPP, por mayoría, con la disidencia en este sentido del Dr. Sommer. Respecto a la diferencia surgida, considero que el art. 245 no lleva una obligación implícita de que las partes comparezcan a la audiencia que se fije, pues su texto señala que: "La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados, quienes debatirán oralmente el fundamento de los recursos". Va de suyo que quien no concurra perderá la oportunidad de sostener su impugnación o como en el presente, refutar los argumentos de su contraparte. Entiendo que dicha norma es una excepción a la regla general establecida en el art.85 del CPP. De lo que se sigue que no se da en el caso afectación alguna a los postulados del proceso adversarial, pues la impugnación es planteada para el conocimiento de los jueces del Tribunal, por tanto, si la contraria no refuta la presentación, sea, porque no concurre a la audiencia, o porque habiendo concurrido nada dice, solo obtendrá como

resultado la pérdida de una oportunidad procesal de controvertir a la otra parte, pero nada más.

II. Entrando al análisis del recurso cabe preguntarse: 1) ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?, 2) ¿Es procedente total o parcialmente el mismo, y en tal caso, qué solución corresponde adoptar?.-

1).- En punto a la primer pregunta, cabe señalar que el recurso fue presentado en término, ante el entonces órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, encontrándose la parte, legitimada para ello, por tratarse de una sentencia definitiva.

La impugnación, además, resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone, los que fueron reeditados aunque no debatidos en la audiencia oral celebrada (art. 245 CPP). Por ello, considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

2).- A la segunda pregunta, cabe señalar que la Defensa en la audiencia llevada a cabo solicitó se revoque la sentencia impugnada. Expresó que el hecho por el cual fue condenado Becerra ocurrió el 27 de agosto del año 2011 alrededor de las 21 hs. describiéndolo. Cuestionó la sentencia en dos aspectos que argumentó: a).- En lo que hace a la valoración de la prueba que realiza la magistrada en punto a tener por acreditada con certeza la materialidad del hecho y la autoría de Becerra en el evento. Afirma que debió primar la duda y el principio de inocencia; sostiene que los elementos colectados eran insuficientes para establecer con certeza tanto el hecho como la participación de su pupilo. Dice que los testimonios de las víctimas de este hecho son

contradictorios, contradicción que se mantuvo durante todo el proceso, a su entender, al igual que en las actas de reconocimiento en rueda de personas. Señala que algunos dicen que Becerra estaba con la bicicleta y Pino tenía el arma y otros manifiestan exactamente lo contrario. Entiende que se ha condenado a Becerra en estado de duda, al no haber certeza en función de las contradicciones existentes y pese a que esas dudas le fueron advertidas a la sentenciante. Solicita que se revise la sentencia y se absuelva a su pupilo por aplicación del beneficio de la duda.

b).- El segundo aspecto cuestionado de la sentencia, es la calificación legal en la que la sentenciante subsumió el hecho. Entiende, como lo sostuvo en la anterior instancia, que en la peor de las hipótesis se está ante un robo simple en grado de tentativa. Alega que el elemento secuestrado por la instrucción es un trozo de hierro de grandes dimensiones, una suerte de cuchillo de fabricación casera, pero en las fotos agregadas, no se advertía con certeza, que éste tuviera poder ofensivo, por ejemplo, dice, que no se demostró si tenía o no filo, si estábamos en presencia de un arma blanca. Por tal razón no se puede calificar el hecho como robo con armas, debido a que no se puede concluir que el trozo de hierro tuviera las características de un cuchillo. Aduce que las víctimas tampoco establecieron de manera certera las características del objeto ofensivo. Agrega que tampoco se puede considerar la sensación de miedo que sintieron al ver ese objeto para calificar el hecho. En definitiva, postula como primera solución la absolución de su pupilo por no existir certeza en la materialidad y la autoría del hecho y de manera subsidiaria, propugna el cambio de calificación legal, por la de robo simple en grado de tentativa, solicitando en ese caso

que se le imponga como pena el mínimo legal que correspondiere.

Al no haber comparecido ningún representante del Ministerio Público Fiscal no hubo refutación de los argumentos del impugnante.

Así las cosas y entrando al análisis de los agravios entiendo que los mismos no pueden tener favorable acogida, proponiendo la confirmación de la sentencia en su totalidad.

En punto al primer agravio considero que la jueza ha dado razones suficientes para acreditar que Sergio Becerra, junto a otra persona, el día 27 de agosto de 2011 alrededor de las 21hs. interceptaron a Mayra del Carmen Cabrera, Belen Yanet Marín y Hernán Daniel Castellano mientras caminaban por calle Buenos Aires en su intersección con calle Las Lajas en el Barrio Soufal de Plaza Huincul, con intención de sustraerles el celular. Concretamente, que Becerra le apoyó en el abdomen a Mayra del Carmen Cabrera, presionando, un trozo de hierro con filo y extremo puntiagudo (cuchillo casero). Es el Sargento Burgos, quien anoticiado del evento, ubica a Becerra en las cercanías porque las características dadas por las afectadas coincidían con las de Becerra y su consorte de causa, y porque el primero arrojó un elemento, que luego fue identificado por la víctima, Cabrera, en el mismo acto de la demora como el elemento con el que fue intimidada. Por su parte Cabrera, reconoció a Becerra en la rueda de reconocimiento de personas, reconoció el elemento con el que fue intimidada -como dije- y las ropas del agresor que correspondieron a Becerra y fueron incautadas al momento de su detención. Las otras personas que iban con Cabrera, a saber, Castellano y Marín, coinciden en sus dichos con los de Cabrera en el sentido de que eran dos las personas que las

abordaron, que andaban en una bicicleta, que uno de ellos tenía el "cuchillo" y que éste era el mismo que estaba tirado en la calle al momento de la demora. En cuanto a la contradicción señalada por la defensa en relación a quien estaba en uso de la bicicleta en el momento del hecho, cabe señalar, en primer lugar, que esta cuestión no tiene una relevancia tal que implique una modificación en los hechos y, en segundo lugar, surge de las testimoniales que uno de ellos iba en bicicleta mientras el otro iba de a pie. Para arribar a sus conclusiones la sentenciante ha considerado y sopesado toda la prueba producida, analizando pormenorizadamente cada uno de los aspectos del hecho producido; por tanto considero que las contradicciones señaladas por la defensa no tienen la capacidad para generar la duda que esa parte ha intentado introducir, tanto en lo que se refiere a la materialidad del hecho como a la autoría penal responsable de Becerra. En definitiva, considero que la judicante ha realizado una adecuada valoración de los testimonios producidos en el debate, al igual que el resto de la prueba producida, ponderando cada una de ellas e interpretándolas bajo la lupa de la sana crítica racional, no dándose las contradicciones que señala la impugnante. A mayor abundamiento, cabe señalar que la defensa no hizo opción de la prerrogativa que el art. 243 pone a su disposición para intentar demostrar la validez de sus agravios, por lo que el Tribunal queda habilitado, y ceñido a resolver sobre la base de la sentencia dictada, los agravios expresados en el escrito de presentación del recurso y lo argumentado en la audiencia prevista en el art. 245.-

En cuanto al segundo agravio de la defensa, entiendo que tampoco puede tener favorable acogida. Este se centra en lo referido a la calificación legal del hecho imputado, porque considera que no se ha demostrado

objetivamente el poder ofensivo de la pieza de hierro secuestrada. La sentenciante calificó la conducta de Benegas como robo calificado por el uso de arma (art. 166 inc.2 CP), considerando al elemento utilizado por Benegas para intimidar a Cabrera como arma blanca. Concretamente, señala que es un cuchillo de fabricación casera, un trozo de hierro afilado en la punta y con cinta plástica en el extremo opuesto, es decir, por donde se lo toma. La propia parte en su argumentación en esta instancia, llama elemento secuestrado "una suerte de cuchillo de fabricación casera", ante este reconocimiento, poco queda por decir. Analizando la prueba producida en el debate se puede señalar que, contrariamente a lo sostenido por la parte, la víctima Cabrera señaló, en su declaración conforme fuera transcripta en la sentencia, que se trataba de un elemento afilado, cuestión ésta última, que si bien la controvierte la defensa, pierde fuerza ante el acta de procedimiento referida por la jueza que dice que "se procedió al secuestro de un trozo de hierro con filo y extremo puntiagudo (cuchillo casero) (acta secuestro fs.2), cuyas dimensiones se observan en las fotografías. Del testimonio de Burgos que intervino en la demora de Becerra, surge claramente que quien arrojó el elemento punzocortante luego fotografiado, fue Becerra, segundos antes de su detención. Considero acertada la postura de la sentenciante en tanto entiendo que un trozo de hierro al que se le sacó filo y se le puso una cinta en un extremo para tomarlo, constituye un cuchillo o faca de fabricación casera y debe considerárselo arma a los efectos de la norma legal en cuestión. No cabe duda a mi entender que el elemento secuestrado fue utilizado por Becerra en una acción intimidatoria, para doblegar o evitar la resistencia de la víctima en esa acción, en este caso apoyándosela en el

cuerpo, circunstancia que me convence sobre el acierto de la significación legal aplicada por la jueza (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V-C., P. D. • 16/04/2013, Publicado en: LA LEY 04/09/2013, 6 • LA LEY 04/09/2013, 6 Cita online: AR/JUR/12519/2013, TSJ, "B., J.M S/ ROBO CALIFICADO" Res.Inst.98/08 del 6/6/2008).

En cuanto a la crítica realizada por la defensa, en relación a si el cuchillo de fabricación casera utilizado tenía o no filo, cabe señalar que: "A diferencia de las armas de fuego, las filocortantes o punzantes no necesitan secuestro para ulterior peritación, puesto que sus condiciones objetivas para agredir y vulnerar están ínsitas en su estructura externa y son perfectamente observables por la misma víctima" (Cfr. CNCrim. y Correc, Sala I, 1991/10/10; BJ, 1991-5, 420. CNCrim. y Correc, Sala IV, "Astudillo González, Juan C.", 1998/08/18; La Ley, 1999-A, 477) fallo éste que sirvió de fundamento en la sentencia dictada por el TSJ del Neuquén en la causa "Orozco Jorge Andrés S/ Robo calificado por el uso de arma, robo calificado por el uso de arma y por la intervención de un menor de edad en grado de tentativa y resistencia a la autoridad y lesiones leves, todo en concurso real" Acuerdo 72/13 del 18 de junio de 2013. De ello se sigue que poco importa si tenía mucho o poco filo, cuando éste fue usado para intimidar a la víctima, pues la agravante juega en razón del modo de comisión del desapoderamiento o, en este caso, intento de desapoderamiento, atendiendo al mayor poder intimidante con el que contó el sujeto activo y al peligro que constituyó para los agraviados.

Finalmente, y en punto a las costas procesales y de conformidad al modo de resolver el presente litigio, considero que debe eximirse al acusado del pago de las costas

procesales correspondientes a esta etapa recursiva (art. 268 segundo párrafo, a contrario sensu del CPP), con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente al recurrente en la instancia (arts. 268 y 270 a "contrario sensu" del CPP). Mi voto.

En función de lo expuesto, propongo al acuerdo que la impugnación ensayada sea rechazada y, consecuencia, se confirme la sentencia en todas sus partes.

La Dra. Liliana B. Deiub, dijo: En la audiencia prevista por el art. 245 del Código Procesal Penal, el Sr. Defensor procedió a exponer los fundamentos de su recurso, refiriéndose a los agravios oportunamente propuestos, los que no fueron rebatidos por el Ministerio Fiscal ante la ausencia motivada en las previsiones del art. 245 que prescribe "que la audiencia se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados".

Sin perjuicio que los argumentos de los vocales se encuentran plasmados en la video filmación de la audiencia, entiendo necesario agregar algunas precisiones.

Entiendo que la previsión del art. 245 no obliga a la Fiscalía a comparecer a la audiencia, en atención a que de dicho texto se desprende que se va a celebrar con las partes que comparezcan o sus abogados.

Considero que debe entenderse que esta normativa resulta una excepción a la regla general de la presencia de todas las partes de manera ininterrumpida en las audiencias, tal como claramente dispone el art. 85 de nuestro código de

forma, atendiendo principalmente al texto específico del art. 245.

Por ello entiendo que el Tribunal se encuentra habilitado para resolver la impugnación formulada por la defensa contra la sentencia dictada sin que se vulneren las normas básicas del proceso adversarial. En cuanto a la resolución del conflicto comparto los argumentos expuestos por la Dra. Folone, por lo que voto en idéntico sentido

El Dr. Federico Sommer, dijo: En primer término y, sin perjuicio de haberse formado mayoría en la Sala para la celebración de la presente audiencia de impugnación, conforme indicara y argumentara oralmente en minoría como cuestión preliminar, reitero y amplio fundamentos en cuanto soy de opinión que cuando el art. 245 del C.P.P. establece que la audiencia de impugnación se celebrará con las partes que comparezcan "o sus abogados", ello no incluye al Ministerio Público Fiscal. A la luz de las funciones establecidas por el ritual local (art. 69 de la Ley 2784) y la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (art. 1 Ley 2891) como promotor y titular exclusivo de la acción penal pública y con la carga de ejercer la misma "interviniendo en todas las etapas del proceso" (art. 69 primer párr. del C.P.P.), la inasistencia de la Fiscalía como parte esencial en el proceso penal - máxime en caso que no existe Querrela-, es absolutamente incompatible con el proceso acusatorio.

La competencia de esta Sala para resolver en ausencia del Ministerio Público Fiscal resulta contraria a principios fundamentales de la judicatura, establecidos por la propia Ley Orgánica de la Justicia Penal. En particular, el ritual local establece los principios del proceso acusatorio (art. 7 C.P.P.) y el sistema de audiencia para "todas las peticiones y planteos que deban ser debatidas..."

(art. 75 del C.P.P.). En suma, al disponer planteos que deban ser "debatidos", si esta solo una parte del proceso, no hay debate y contradicción que delimite la jurisdicción del tribunal.

A su vez, también resulta contrario al principio de "Jurisdiccionalidad y Litigio" según el cual la función de este Tribunal de Impugnación se limita a "resolver controversias que las partes le presenten..." (Art. 5 L.O.J.P.), al principio de imparcialidad (Art. 6 L.O.J.P.) y al principio de Contradicción por el cual se impone a los jueces el deber de garantizar el debate y limitar sus fallos al objeto controvertido (art. 16 L.O.J.P.). En suma, ante la ausencia de discusión, debate o controversia en un proceso, nada puede resolver válidamente un órgano jurisdiccional, so pena de admitir que el agravio del impugnante deba ser respondida por el Tribunal de Impugnación en una suerte de litigación contra el juzgador, lo que resulta incompatible a la luz de los citados principios rectores del proceso penal.

En lo que al principio de bilateralidad se refiere, debo destacar que la contradicción es el valor axiológico central del sistema acusatorio y que, de conformidad con ello, la actividad del suscripto como integrante de una Sala del Tribunal de Impugnación no puede limitarse a presenciar una fundamentación de agravios deducidos por el recurrente - sin replica o rebate alguno de la contraparte en audiencia-, y a posteriori dictar una sentencia.

En dicha inteligencia, un proceso adversarial requiere del expreso cumplimiento de la oralidad y el sistema de audiencia (conf. Dra. Leticia Lorenzo que en la pág. 35 del Manual de Litigación, publicado en el sitio [www.jusneuquen.gov.ar](http://www.jusneuquen.gov.ar)), por lo que concluyo que debe suspenderse la audiencia fijada y conferir urgente

intervención a la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal a fin que pondere disponer la designación de un Fiscal que tome intervención en la audiencia del presente legajo (arts. 5 y 8 Ley 2891), máxime cuando tal ha sido la atribución ejercida en igual fecha por el Sr. Fiscal General -Dr. José Gerez- en autos "BENEGAS, NESTOR ANDRES S/ TENENCIA DE ARMAS" (LEG. 483/2014, expediente N° 5979 Año 2012 del registro del Juzgado de Instrucción de la II Circunscripción Judicial), al requerir la comparecencia del Dr. Santiago Terán como Fiscal Jefe interviniente para celebrar la referida audiencia de impugnación.

Por último, debo reseñar que cuando un caso llega a juicio en el cual se dicta una sentencia condenatoria es porque el Ministerio Público Fiscal ha considerado que ese caso no puede resolverse por ninguna de las vías alternativas al juicio o, en otras palabras, se trata de un caso en el que le interesa la vía sancionatoria de la pena, lo que resulta incompatible con esa concepción que en la fase recursiva no se haga presente a defender la decisión sancionatoria que requirió y fundamentó en el referido juicio.

Ahora bien, en virtud de la tesis minoritaria del suscripto, a fin de abordar la cuestión de fondo debatida, comparto los argumentos esgrimidos por la Sra. Juez que formuló el primer voto de este fallo. Resolvió con justeza, fundamentos claros y precisos, el planteo de la defensa.

Por concordar con los fundamentos y conclusiones a las que arriba el primer voto, me pronuncio en idéntico sentido.

Se deja constancia que el Dr. Sommer participó de la deliberación y emitió su voto pero no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

En virtud de la votación que antecede, el Tribunal por unanimidad,

**RESUELVE: I. DECLARAR formalmente admisible la impugnación ordinaria** deducida por la Defensa Oficial a favor de Sergio Abraham Becerra, por aplicación del art. 55 de la ley 2891 y Arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

**II.- RECHAZAR la IMPUGNACIÓN ORDINARIA** deducida por la Defensa Oficial a favor de Sergio Abraham Becerra, en atención a que no se verifican los agravios esgrimidos por el recurrente (arts. 246 y 247 CPP).-

**III.- EXIMIR** de costas al recurrente en esta instancia recursiva por los fundamentos vertidos (arts. 268, párrafo segundo y 270 a "contrario sensu" del CPP).-

**IV.-** Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de esta II Circunscripción Judicial.-