

## Robo Con Arma Desapoderamiento Proximidad De La Res Furtiva

### JURISPRUDENCIA

### Robo con arma. Desapoderamiento. Proximidad de la res furtiva?

Se mantiene la condena del encartado a la pena de tres años de prisión en efectivo por el delito de robo calificado por el uso de arma en grado de tentativa, pues si la res furtiva es hallada en poder del imputado a pocos metros del lugar del hecho, inmediatamente después de producido el desapoderamiento, su tenencia podrá indicar unívocamente que aquellos son los autores de la sustracción.

En la ciudad de Corrientes a los dos (02) días del mes de junio de dos mil diecisiete, constituyéndose el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores, Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri y Luis Eduardo Rey Vázquez, con la Presidencia del Doctor Guillermo Horacio Semhan, (art. 20 del Decreto Ley 26/00), asistidos de la Secretaria autorizante, Doctora Judith I. Kusevitzky, tomaron en consideración el Expediente N° PEX 74260/12, caratulado: "BARRIENTOS MAXIMILIANO GABRIEL Y GOMEZ GUSTAVO ADRIAN P/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA -CAPITAL- EXPTE. N° 9580 Y SU ACUM. GOMEZ GUSTAVO ADRIAN P/ ROBO CALIFICADO POR SER COMETIDO CON ARMA IMPROPIA -CAPITAL- EXPTE. N° 9711". Los Doctores Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Guillermo Horacio Semhan y Luis Eduardo Rey Vázquez, dijeron: ¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAIN, dice: I.- Contra la Sentencia N° 56 de fecha 26 de Mayo de 2015, glosada a fs. 972/989, dictado por el Excmo. Tribunal Oral Penal N° 2 de la Ciudad de Corrientes; que condena a MAXIMILIANO GABRIEL BARRIENTOS, a la pena de TRES AÑOS DE PRISION EN EFECTIVO por el delito de ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA (art. 166 inc. 2° en función del art. 42; 40, 41 del C.P.), en calidad de CO-AUTOR MATERIAL (art. 45 del C.P.) recurre la defensa de Maximiliano Gabriel Barrientos a fs. 1005/1022. II.- Previo a continuar con el análisis de las actuaciones de referencia, se debe tener presente que el co-encartado Gomez Gustavo, si bien en un principio interpuso recurso contra la sentencia a fs. 999 y vta., con posterioridad desistió de su presentación, como surge del simple cotejo de las actuaciones glosadas a fs. 1059 y fs. 1062 donde se lo tuvo por desistido, por lo que en adelante este tribunal ceñirá su actividad a la pretensión recursiva del encartado Barrientos en exclusividad. III.- La defensa técnica del encartado Barrientos, luego de una transcripción casi literal de la sentencia funda su impugnación en la errónea aplicación de la ley procesal penal. Particularmente, se agravia porque no existen elementos probatorios suficientes sobre la existencia del elemento con filo (arma), al no haber sido secuestrado sino además porque no fue descripto con claridad por la víctima. Además, pregona que el empleo del arma fue solo utilizado para el corte de la correa y no para aumentar el poder ofensivo con relación a la víctima. En base a ello, sostiene el error de considerar la existencia del arma o elemento cortante lo que deriva en la errática selección de la figura penal al momento de la subsunción efectuada, debiendo corresponder la figura de robo simple en grado de tentativa. Así también estima la insuficiencia probatoria, al contar solo con la declaración testimonial de la damnificada y una serie de actos procesales inconsistentes e insuficientes (fs. 3, actas de fs. 7,8,9,2 y 29.) para tener por acreditado el hecho. De ello colige la arbitrariedad de la sentencia por la interpretación parcial de la prueba. Por último, por inobservancia de las normas previstas para la individualización de la pena, considera arbitraria, por desproporcionada, la pena de 3 años, la que debió ser de cumplimiento en suspenso y no en efectivo. IV.- A la vista corrida, el Sr. Fiscal General se expide a fs. 1051/1054 vta. por el rechazo del recurso de casación en tanto estima que "[...] se encuentra fehacientemente acreditado el uso de un arma en la comisión del ilícito, con las declaraciones de la testigo víctima Erika Alejandra Gómez Colombo, resultando ser en definitiva, la postura de la defensa, solo una disconformidad con la solución arribada por el Tribunal de juicio. En tal sentido cabe decir que en nuestra jurisprudencia local han habido innumerables causas donde se ha hecho operar la agravante sin haberse exigido que el arma haya sido hallada, siempre y cuando su existencia haya sido acreditada con otros medios probatorios, tal es el caso de los testimonios". Así, ese Alto Cuerpo ha establecido que: "en los casos de robos con armas, basta con que la víctima haya podido visualizar el elemento con que se intimidaba, así que, por lo tanto, el hecho de no haber logrado el secuestro del arma no es óbice para agravar el delito -robo agravado- (Cfr. Sentencia N° 42/12), p or lo que, respecto a la conclusión del sentenciante que consideró el hecho como robo agravado por el empleo de arma, a criterio del suscripto, el agravio de la defensa no deberá ser acogido [...] vide fs. 1052 vta./1053. V.- A efectos de facilitar la comprensión del sub examine, es conveniente recrear el hecho que se consideró probado plenamente por el "a quo", "[...] el día 09 de febrero de 2012, a las 09,15 horas aproximadamente, por calle Santiago del Estero entre Quintana y Mayo de esta ciudad, los procesados Maximiliano Gabriel Barrientos y Gustavo Adrián Gómez, que se desplazaban a bordo de una motocicleta Honda Fan 125 cc, color negro, interceptaron a Erika Alejandra Gómez Colombo, descendiendo del rodado Gustavo Adrián Gómez quien forcejeó con Erika para sustraerle la cartera que llevaba cruzada por el pecho

y ante la resistencia de la víctima extrajo, de entre sus ropas, un arma blanca con el que intimidó a Erika cortando uno de los extremos de la correa de la cartera, luego subió a la moto la que lo aguardaba a unos pocos metros y era conducida por Maximiliano Gabriel Barrientos y se dieron a la fuga con los objetos en su poder, siendo aprehendidos momentos más tarde por personal policial en la intersección de calles Gobernador Pampín y Agustín P. Justo con el objeto sustraído en su poder. [...] vide sent. fs. 980. Habiendo delimitado el hecho, no puedo dejar de mencionar la circunstancia que el recurrente se limita a disentir con el tribunal de juicio sin criticar en forma íntegra el razonamiento del sentenciante por ende su crítica impugnativa se vislumbra ineficaz para rebatir los fundamentos del ?a quo?. En relación a los agravios deducidos y compulsado el decisorio en crisis, especialmente los reseñados en primer término constituyen una reedición de los fundamentos brindados al tribunal al momento de alegar en la etapa oral (ver Debate fs. 969), los que han obtenido una sólida respuesta por parte del sentenciante. Sin embargo, el impugnante acude a esta instancia casatoria en procura de una nueva revisión de la sentencia con idéntica hipótesis defensiva, deficiencia que podría acarrear su desestimación por insuficiencia. No obstante, en consonancia con el criterio adoptado por nuestro más Alto Tribunal en el precedente ?Casal?, siendo reiterado por numerosos fallos de este STJ sobre la base de la doctrina alemana del ?Leistungsfähigkeit?, este [...] tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable [...] -punto 23 in fine, Casal-. VI.- Luego de un exhaustivo análisis de la causa y especialmente de las probanzas incorporadas legalmente durante el plenario, es dable precisar que no es posible receptar los agravios sindicados. Ello así, porque carece de asidero la insuficiencia probatoria, cuando estima la sola existencia de la declaración testimonial de la damnificada y desconoce el resto del plexo probatorio para tener por acreditado el hecho. En el sub examine el ?a quo?, no solo considera la declaración de la víctima de la que incluso dejó acabada cuenta su parecer respecto a la misma, que [...] resultan creíbles por la seguridad con la que relatan los hechos que protagonizaron, demostrando veracidad por incorporar datos y detalles que sólo quien ha estado en el lugar puede recordar. Características de las personas, tiempo transcurrido, incluyendo en su relato, emociones, sensaciones de temor, angustia, preocupación frente a los acontecimientos. Descripción de elementos, vestimenta, lugar que ocupaban los testigos y los agentes, distancias recorridas entre otros. [...] - vide sent. fs. 982- Sobre lo cual este tribunal casatorio, no puede, so pena de la teoría del máximo rendimiento, desnaturalizar el grado de convicción que cada testigo provoca en el ?a quo?, cuando otorgó valor de cargo a las mismas y da acabada cuenta de ello para fundar su convicción y ánimo para ser tenida en consideración?, lo que obedece a una cuestión subjetiva propia, reservada para el tribunal de juicio que recibió las declaraciones testimoniales y fruto de la inmediación, pudo apreciar de ?motu proprio?, es decir ?in visu? el lenguaje verbal y corporal de los deponentes para crear una percepción propia del testigo, que excede el marco casatorio. Por otra parte, la defensa hace caso omiso de mencionar circunstancias fundamentales cuyas constancias obran en autos. Así, soslaya y resta valor a la circunstancia que su pupilo junto al otro encartado fueron habidos el mismo día, a escaso tiempo del suceso lo que se colige de las actas obrantes a fs. 07 y 08 donde se verifica la hora 09.30 y en conjunción con el consiguiente secuestro preventivo de los bienes sustraídos a las 09.38 según acta, glosada a fs. 9, que evidencia el hallazgo de la ?res furtiva? en poder de los mismos. Máxime cuando a posteriori dichos elementos, a saber la cartera, el celular, llaves, maquillaje entre otros, fueron reconocidos y entregados a la damnificada, según constancia de fs. 22 del Acta de reconocimiento y entrega de elementos en carácter de depositario judicial. En reiterado criterio este STJ ha dicho en numerosos pronunciamientos que el hallazgo en poder del encartado del cuerpo del delito constituye un serio indicio atento la proximidad temporal entre la sustracción y el hallazgo allí de la res furtiva. [...] Uno de los indicios más frecuentemente manejados en la práctica judicial es la tenencia de la res furtiva, de la cual se suele inferir la autoría de sus sustracción. [...] la univocidad del indicio estará directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio, del hecho indiciario con el hecho indicado. [...] Si la res furtiva es hallada en poder de los imputados a pocos metros del lugar del hecho, inmediatamente después de producido el desapoderamiento, su tenencia podrá indicar unívocamente que aquéllos son los autores de la sustracción [...] (Jose I. Cafferata Nores, La prueba en el Proceso Penal, 4º ed. act. y amp. Buenos Aires, pág. 194). En dicho sentido de allí la apoyatura probatoria de la sentencia, en razón del razonamiento lógico que realiza el juez partiendo de un hecho conocido hacia uno desconocido, [...] Constituye una circunstancia o hecho que, probado, permite mediante un razonamiento lógico, inferir la existencia o inexistencia de otros [...] (Eduardo M. Jauchen, Tratado de la Prueba en Materia Penal, 1º ed. 1º reimpr. Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 30 ) todo lo cual analizado en su conjunto llevo al convencimiento del sentenciante [...] el punto respecto del ?cuerpo del delito?, conforme al sistema de la libre convicción probatoria, ?Está constituido por el conjunto de materialidades perdurables que ha dejado la comisión del hecho criminoso.?, (CF. JAUCHEN, EDUARDO M. ?LA PRUEBA EN MATERIA PENAL?, RUBINZAL CULZONI, 1996, pág. 25), sin que ello signifique que el juez se encuentre exceptuado de demostrar las razones que deben ser lógicas, de su convencimiento.[...](Cfr., Sent. N° 41/05 y Sent. N° 54/06, entre muchas otras). Continuando con el responde, considero acorde a las probanzas rendidas el razonamiento del ?a quo? para tener por acreditado la utilización del arma en el ?iter criminis?. En dicho sentido, procedí a evaluar lo declarado en el debate por la

víctima quien expreso "[...] Al no soltar como me golpeaba en un momento entre puños gritaba nadie venia. De repente saca algo filoso y con eso corta mi cartera. En ese momento me empuja digamos y yo caigo y ahí la tiritita que queda me quemo la mano y así se fue, al caer me pelé la rodilla, me golpee la cabeza contra el piso, vi todo blanco y lo único que veía era al tipo que se iba [...]

¿Recuperó los elementos? Si gracias a dios. Gracias a dios lo agarraron [...] ¿Ese elemento que el extrajo en la mitad del forcejeo, nos puede dar alguna característica? Solo vi el filo y el brillo y tenía miedo que me corte, por eso no más solté. Me golpeaba en el estómago (indica), los golpes iba a soportar pero una puñalada no, no quería que me corte. Por eso ahí solté. [...] -vide debate fs. 964-

Al respecto es criterio de éste Alto Cuerpo que lo primordial, es que la víctima del hecho haya observado ¿el arma? utilizada, lo que surge en forma prístina, toda vez que la joven declara que suelta la cartera al haber visto el filo y el brillo porque tenía miedo que la corte, en base a ello la utilización del elemento cortante para que la víctima deponga su resistencia. Así, en la Sent. N° 03/09, se dejó asentado que "[...] el razonamiento mayoritario de la CSJN, respecto de la existencia del arma en poder del acusado, al perpetrar el hecho, es que debe ser acreditado en forma fehaciente, es decir, que la víctima debe ¿ver? el arma en manos del atacante, así lo resolvió en ?D. 1743 - XLI. RECURSO DE HECHO ?DE LOS SANTOS MARTIN SALVADOR S/ ROBO CALIFICADO - CAUSA N° 6006- CSJN al revocar la Sentencia N° 59/05, Expte. N° 23.871 ?DE LOS SANTOS MARTIN SALVADOR P/ ROBO CALIFICADO - CAPITAL?, de éste STJ. Criterio reiterado en Sent. N°11/13, entre muchas otras. En definitiva, el tribunal sentenciante, dijo que "[...] Adentrándonos en el esquema defensivo esbozado, por la defensa particular, a favor del imputado Barrientos Maximiliano Gabriel respecto de la causa 9580, en sus alegatos respecto de la insuficiencia probatoria por falta de secuestro del elemento de punta y filo utilizado para la comisión del hecho, al respecto debo decir que, como lo adelantara, es pacífica la doctrina que entiende que el arma en el robo se prueba por todos los medios e incluso basta a este respecto la declaración que, en audiencia, haga la víctima describiendo el objeto para calificar el tipo. Remito en todo a la Jurisprudencia citada supra. Por su parte la Defensa Oficial, al alegar a favor de Gómez Gustavo Adrián, agregó que el arma no integró parte del dolo de autor por lo que la figura debe quedar en su modalidad simple del Art. 164 CP. Disiento con esta afirmación y expondré razones a continuación. El plan de autor necesariamente se integró con el arma blanca en cuestión cuando, los autores, al decidir la comisión de un hecho delictivo contra la propiedad organizaron los medios para cometerlo. Dividieron tareas, y cada uno aportó al hecho algo además de su esfuerzo. Barrientos, la motocicleta secuestrada marca Honda CG 125 color negro sin Dominio (ver acta de fs. 10), que conforme constancias de fs. 49/54 le pertenecen. Por su parte Gómez el arma blanca cuya utilización aun cuando quede supeditada a evento futuro como ser, por ejemplo, la resistencia que oponga el sujeto pasivo, formó parte del plan. Ilícito que se concretó finalmente con la utilizando el arma conociendo su poder vulnerante, tenía filo, al punto de cortar la correa de la bandolera que llevaba atravesada al torso la víctima, y que exhibió a su víctima para intimidarla, objetivo que se alcanzó cuando, la denunciante Erika Gómez Colombo soltó la cartera permitiendo que se la lleve en resguardo de su vida. [...]?" -vide fs. 983 y vta.-

Por último, el recurrente no evidencia la arbitrariedad del razonamiento efectuado por el sentenciante al reprochar la pena impuesta ni la circunstancia de no haber sido dictada en suspenso, en razón del art. 26 C.P. Principalmente, no es posible admitir como lo pretende el recurrente que por el solo parecer del defensor se reduzca la pena, cuando el ¿a quo? considero en forma detallada las condiciones personales. En efecto este S.T.J. en anteriores pronunciamientos ha expresado que la condicionalidad de la pena no es la regla, sino la excepción, que debe ser fundada bajo pena de nulidad. Así lo ha dicho la jurisprudencia: ¿La regla general del modo en que habrán de cumplirse las penas privativas de la libertad es que lo sean efectivamente -en el caso, se confirmó la resolución que condenó a uno de los imputados a una pena de efectivo cumplimiento, pese a que el fiscal había pedido una en suspenso-, y la excepción está contemplada en el art. 26 del Cód. Penal, que únicamente exige a los jueces una decisión fundada, bajo sanción de nulidad, cuando en un pronunciamiento condenatorio concede la ejecución condicional de la pena. (Cámara Nacional de Casación Penal, sala III - 17/10/2006 - Ramírez, Claudio J. y otro s/rec. de casación - La Ley Online). -ver Sent. N° 131/08 y 97/09. Por otra parte he procedido a controlar la sentencia y aprecio que, los argumentos expuestos por el "a quo", al motivar el monto de la pena, pueden o no ser del agrado del defensor pero la misma se encuentra fundada, con una explicación adecuada, acerca de los distintos extremos evaluados y no resulta una decisión arbitraria. Pues éste Tribunal ya ha dicho, respecto a la correcta aplicación de los arts. 40 y 41 del CP, implica que se debe explicar en que consisten los mismos, pues sabido es que la fundamentación reposa en la manda constitucional del art. 185 de la Constitución Provincial, y se debe cumplir. En definitiva, considero sumamente ilustrativo el Fallo ¿Tejerina?, que luego de aclarar que la cuestión de imposición de pena, no habilitaba cuestión federal suficiente, en ese caso correspondía ingresar a su tratamiento y dijo: "[...] Sin embargo, la deliberación que ha tenido lugar en este Tribunal ha incluido una consideración novedosa, a saber: la necesidad de examinar si, más allá de las cuestiones propuestas por la defensa y que han sido consideradas en la sentencia del Tribunal Superior Provincial, puede haber en el caso alguna violación constitucional vinculada con el principio de culpabilidad. De ahí que, pese a lo expuesto en el considerando precedente resulte prudente examinar la condena impuesta a Tejerina desde la óptica que ha surgido del intercambio de opiniones en

esta instancia. En concreto, me refiero a la posibilidad de que la pena seleccionada por el tribunal de juicio, de alguna forma implique la imposición de una pena por encima de lo que la condenada merece, lo cual, en lenguaje del derecho penal se expresa mediante el tecnicismo de que la pena excede la culpabilidad por el hecho. De acuerdo a esta hipótesis, en tanto la culpabilidad no sólo dicta el merecimiento de pena, sino también la extensión o cantidad de la pena que corresponde aplicar, imponer una sanción más allá de la cantidad merecida implicaría, además, una violación constitucional. Ahora bien, cómo puede esta Corte comprobar si la pena impuesta por el tribunal provincial va más allá de lo que la acusada merece? qué regla puede usarse para "medir" si la proporción entre culpabilidad y pena es la exigida por la Constitución Nacional? Para asegurar decisiones razonables en este terreno no hay métrica, sino procedimientos: lo que cabe y debe exigirse es el respeto riguroso del derecho a alegar y probar todo lo que pueda contribuir a que los jueces tomen una decisión sensata. Por eso, también debe exigirse que tales elementos de juicio tengan un peso en la decisión de los jueces y no sean simplemente ignorados en favor de una predeterminación caprichosa. Así, las elucubraciones dogmáticas que pretenden, cual si fuera una fórmula matemática, poner tasa a la culpabilidad, no son más que intentos de apaciguar la incertidumbre que sentimos frente a la inexistencia de un método capaz de medirla de forma exacta y unívoca [...]. Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado -causa N° 29/05-. T. 228. XLIII; RHE; 08-04-2008; T. 331 P. 636. En conclusión, aplicando tal doctrina, no advierto que el Tribunal se haya basado en prueba que no se haya incorporado legalmente al debate; que haya violado las reglas de la sana crítica racional en la valoración del material probatorio. En conclusión, es que aprecio que en autos se han respetado todos los estándares defensivos, y por ende, el razonamiento del "a quo", para imponer el monto de ocho años de pena, fue coherente, lógico y ajustado a las constancias de autos. Pues realizó una evaluación de las atenuantes y las agravantes, las que cabe aclarar se encuentran detalladas en ambos sentidos, a fin de evitar reiteraciones innecesarias basta decir que consideró que "[...] Ambos imputados son personas jóvenes, aunque incompleto, poseen instrucción primaria completa e iniciaron el secundario. Ambos manifiestan tener ocupación o trabajo en el caso de Barrientos no así Gómez, ambos no poseen antecedentes registrables. En cuanto a las condiciones que agravan el hecho debo resaltar la temeridad que provoca el asaltar a mujeres solas, la indefensión de ambas en razón de la zona de la ciudad donde se comete el ilícito, el horario principalmente en el segundo de los hechos, de noche. La violencia desplegada en el primer caso, golpeando gravemente a la víctima. La planificación del hecho por parte de ambos imputados lo que sin lugar a dudas agrava la condición de vulnerabilidad de la víctima y agrava la hipótesis por la peligrosidad de autor. El hecho de que ambos se encuentren en condiciones físicas para poder obtener empleo efectivo y ganarse la vida de manera honesta empleándose en labor que no requiera destreza o certificación especializada. [...]" -vide fs. 987- por mencionar en forma sintética los fundamentos utilizados por el tribunal. VII.-Por todo lo expuesto, concluyo que, la sentencia se encuentra debidamente fundada, resulta inamovible en sus fundamentos la que ha arribado a una solución que resulta inobjetable con los argumentos expuestos por el recurrente; por tanto, propongo que se confirme la sentencia N° 56, glosada a fs. 972/989 y en consecuencia rechazar el recurso de casación incoado por MAXIMILIANO GABRIEL BARRIENTOS, glosado a fs. 1005/1022. Con costas conforme al art. 475 sigtes y ccdtes del C.P.P.. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ, dice: Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO. En mérito del presente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 89 1°) Rechazar el recurso de casación incoado a fs. 1005/1022 y confirmar la Sentencia N° 56, obrante a fs. 972/989 con costas. 2°) Insertar y notificar.- Fdo: Dres. Alejandro Chain-Eduardo Panseri-Guillermo Semhan-Luis Rey Vázquez. 020708E