

## Robo Calificado Por Uso De Arma De Fuego Agravante Menor De Edad Delito Experimental

### JURISPRUDENCIA

### SENTENCIA NÚMERO: TREINTA Y CINCO

En la ciudad de Córdoba, a los veintiocho días del mes de febrero de dos mil trece, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a fin de dictar sentencia en los autos "C., L. A. y otros p.ss.aa. asociación ilícita, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "C?", 43/2011), con motivo de los recursos de casación interpuestos por el doctor Rodolfo Dalmasio Guzmán, a favor del imputado L. A. C., y por el doctor José Daniel Fernández, en contra de la Sentencia número novena y dos, del dos de diciembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto. Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes: 1º) ¿Es nula la sentencia por carecer de alguno de sus requisitos formales? 2º) ¿Ha sido indebidamente aplicado el art. 42 del Cód. Penal? 3º) ¿Es indebidamente motivada la pena impuesta al acusado D. J. F.? 4º) ¿Qué solución corresponde dictar? Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel. A LA PRIMERA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: I. Por Sentencia n° 92, del 2 de diciembre de 2010, la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto, en lo que nos interesa, resolvió: "...IV) Declarar a R. J. A., L. A. C., J. L. F., D. J. F., A. H. V., L. G. P. C., L. F. C. y M. A. M., autores material y penalmente responsables del delito de robo doblemente calificado por el uso de arma de fuego, en despojado y en banda, agravado por la intervención de un menor de 18 años de edad en grado de tentativa, en los términos de los arts. 166 inc. 2º, segundo supuesto, y segundo párrafo, 41 quater y 42 del C.P., e imponerle para su tratamiento penitenciario a R. J. A. y L. A. C. la pena de seis años de prisión, accesorias de ley y las costas, y a J. L. F., D. J. F., L. G. P. C., A. H. V., L. F. C. y M. A. M., la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, y cc. del C. P. y arts. 412, 550, 551 y cc. del C.P.P.)". II. Contra dicha resolución, el abogado defensor de D. J. F., Dr. José Daniel Fernández, interpone recurso de casación (fs. 2243/2261). Bajo el amparo del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2º del CPP) denuncia que en la sentencia el a quo no ha observado normas establecidas bajo sanción de nulidad, por lo que la misma carece de validez (art. 413, inc. 4º CPP) (fs. 2245). Sostiene el recurrente que el a quo consideró erradamente que cada uno de los imputados luego de ser debidamente intimados se abstuvo de declarar cuando, en realidad, D. J. F. sí lo hizo. En efecto, relata, en la instrucción negó el hecho refiriendo que "nunca entró al inmueble que se le menciona y fue detenido a 30 km del lugar, absteniéndose también de efectuar toda otra consideración en su defensa". En el debate amplió su declaración y dijo que cuando estuvo en el campo y vio a cuatro cazadores, "no le gustó nada y decidió marcharse, le dio miedo y cuando iba entrando al pueblo fue detenido por la policía" (fs. 2254/2255 vta.). Enfatiza el casacionista que, pese a las claras manifestaciones de F. sobre que desistió voluntariamente (Cód. Penal art. 43), el a quo jamás lo analizó, ni trató, ni excluyó de posibilidad la existencia de la versión exculpatória brindada por F. No evacuó sus citas ni justificó porqué rechazaba la versión de F. En cambio, consideró que F. se abstuvo de declarar (fs. 2246). Denuncia que semejante error constituye una violación del derecho de defensa en juicio, torna nula a la sentencia y aclara que su interés en la declaración estriba en que la misma beneficiaría procesalmente a su defendido. El vicio denunciado es de valor decisivo. Cita jurisprudencia de esta Sala en abono a la idea de que el derecho a ser oído no se satisface con la sola recepción formal de la declaración del imputado, sino que si este opta por declarar es obligación del Tribunal examinar si la prueba destruye la existencia de los hechos invocados y recién después analizar la relevancia jurídica de ellos a los efectos de la procedencia legal de la eximente o atenuante cuya aplicación se pretende. Marca las similitudes existentes entre el precedente "Cortez" del año 1998 y este caso. El recurrente también cuestiona la sentencia sosteniendo que la fundamentación de los hechos ha sido contraria a las reglas de la sana crítica racional pues viola el principio de razón suficiente. Critica que se haya fijado un hecho de robo cuando no hay pruebas de que se ejerció fuerza en las cosas ni tampoco de que se hayan utilizado armas de fuego. Aduce que se descarta absolutamente la hipótesis de que parte del grupo violentó la puerta de una casilla metálica instalada cerca de una arboleda, lugar donde sustrajeron las llaves de contacto de los tractores, con la declaración de C., quien expuso que la policía le manifestó que dejara los tractores con las llaves puestas para facilitar el hecho y que no rompieran nada. Cita doctrina sobre la noción "fuerza en las cosas" (fs. 2254 vta./2255 vta.). Cuestiona que se haya tenido por acreditada la existencia de armas. Al contrario, sostiene que ninguna prueba hay que permita tener por cierta la presencia de armas en el lugar por parte de los encartados. La de los camioneros jamás fue disparada ni blandida, la secuestrada a V., no estuvo nunca en el lugar de los hechos, por lo que la

afirmación que en tal sentido efectúa, resulta contradictoria. No se ha colectado una sola vaina o un solo proyectil, que se correspondan con arma alguna que no sea del personal policial actuante. Los policías A. y S. afirman desconocer si las personas actuantes en la sustracción efectuaron algún disparo, saben si que los que dispararon fueron los uniformados. Si bien los policías O. y H. manifestaron haber visto un disparo desde la cabina del tractor, los policías que venían desde allí, especialmente A. y S., solo vieron disparos desde el sector donde aquellos se encontraban y no desde el sector del tractor, por lo que hay que descartar su existencia. Sostiene, también, que el Dermotest positivo en la persona de F. y C. es sólo una prueba indiciaria dado que no se les secuestró ningún arma en su poder y estaban en un lugar distinto del que, según los policías, provenían los disparos (fs. 2256). En esta línea de crítica, cuestiona que la sentencia haya tenido por probada la presencia del menor M.N.M. en el hecho y que ésta, en el caso de existir, fuera una circunstancia conocida por su defendido F. También sostiene que esas cuatro personas que estaban con F. al momento de su aprehensión, son los cazadores a los que hace referencia en su posición exculpatoria (fs. 2256 vta.). La escucha telefónica que incriminaría a F., no debe ser tenida en cuenta porque el número telefónico que toma (?) no pertenece a él. "No existe una sola probanza de que el mismo le pertenezca o haya estado en su poder o haya sido usado por el mismo" (fs. 2257). Los informes recibidos vía instrucción suplementaria de la empresa Claro así lo demuestran. No cambia la situación el hecho que dicho número estuviera agendado en el celular hallado en el automóvil de C. bajo el nombre "D.", pues puede tratarse de otra persona. Otro dato que prueba que ese teléfono no sería de F. es que, según el sentenciante F. se comunicó con M. a las 09.58, 11.15, 11.24 y 12.45 del 25/9/2008 pero desde las 07 u 08.00 hs de la mañana estaba detenido, alojado en la comisaría de Vicuña Mackenna. Mantiene que F. no estaba en el lugar del hecho porque aproximadamente a las 22.30 hs. se había asustado al ser informado de la presencia de cuatro cazadores y de algunos vehículos que le resultaron sospechosos, por lo que "preso de sus miedos e inexperiencia delictiva, le hizo pensar que estaba todo mal, razón por la cual desistió de participar en la perpetración del hecho, y se retiró del lugar, a pie, ya que hasta las cercanías del lugar había sido conducido por P., en horas de la tarde, y no tenía vehículo en el cual movilizarse, tal cual lo manifestara en oportunidad de ampliar su declaración indagatoria" (fs. 2257 vta.).

III. Se advierte, de la lectura de los embates que la defensa efectúa a la sentencia en orden a mostrar que la misma no es válida, que las cuestiones a elucidar pueden ser divididas en dos. Por un lado, si se ha vulnerado la garantía de la defensa en juicio al no haberse considerado las manifestaciones efectuadas por el imputado. Por el otro, si ha sido debidamente acreditada la existencia del hecho y la participación de F. en el mismo.

III.1. En relación a la primera, cabe señalar que, en efecto, hay pruebas de que F. en la audiencia expresó que "...cuando estuvo en el campo y vio a cuatro cazadores, no le gustó nada y decidió marcharse, le dio miedo y cuando iba entrando en el pueblo fue detenido por la policía" (fs. 2064 vta.), mas no hay constancias de que el a quo haya tratado explícitamente este punto para condenarlo. Es cierto que "el fundamental derecho a ser oído en juicio no se satisface con la sola recepción formal de la declaración del imputado, sino que si éste opta por declarar y expone una versión del hecho atribuido tendiente a excluir o aminorar la respuesta punitiva, es obligación del tribunal examinar si la prueba destruye la existencia de los hechos invocados y recién después analizar la relevancia jurídica de ellos a los efectos de la procedencia legal de la eximente o atenuante cuya aplicación se pretende" (T.S.J., Sala Penal, "Cortez", S. n° 14, 18/5/1998; "Ortega", S. n° 186, 14/12/2006; "Murúa", S. n° 265, 5/10/2007; "Juncos", 2/10/2008, S. n° 273, 2/10/2008, entre otros). Por ello, si el imputado ha alegado hechos o circunstancias que lo liberaban de responsabilidad, debe el Juzgador incluirlos en su razonamiento, a los efectos de examinar si la prueba le posibilitaba destruir con certeza la defensa esgrimida (T.S.J., Sala Penal, S. n° 64, 23/8/02, "Camacho de Gerez", cit.; "Murúa", cit.). No obstante ello, no podemos perder de vista que en materia de nulidades por imperio del principio del interés (art. 443 C.P.P.), es necesario establecer si el gravamen que se invoca -en el sub examine, la condena a pesar de no haber hecho expresas alusiones a la posición exculpatoria asumida por el acusado- es susceptible de ser reparado a través del recurso, juicio éste que concierne a la procedencia sustancial. En este punto, la Sala ha sostenido que el interés existe "en la medida que la materia controvertida puede tener incidencia en la parte dispositiva del pronunciamiento, anulándolo o modificándolo"; o bien cuando el recurso deducido resulta ser el medio adecuado para excluir el agravio que aparece como posible (T.S.J., Sala Penal, S. n° 107, 7/12/00, "Bonino"; S. n° 30, 11/4/01, "Torres"; S. n° 59, 5/8/02, "Matta", entre otros). De este modo, lo que queda es someter a la presente crítica de la sentencia a trasluz de dicha exigencia. En otras palabras, debe analizarse si las consideraciones explícitas del a quo podrían haber ido en un sentido que beneficiaría a F. Para ello, analizaremos si entre las consideraciones del sentenciante no fueron ya tratados los presupuestos que harían factible esa posición exculpatoria de modo que su rechazo se sobreentienda derivado.

a. En primer lugar, la circunstancia fáctica que F. toma como presupuesto de su defensa sólo en parte tiene respaldo en los elementos de prueba de marras. En efecto, si bien es cierto que en las comunicaciones entre algunos de los autores expusieron haber visto a cuatro "cazadores" (que, en rigor, se trataba de los policías S., M., O. y G. -fs. 2130-), no hay pruebas de que entre los que tomaron conocimiento de ese avistamiento haya estado F., sólo se menciona a un tal L. (el imputado L. G. P. C.) que vía telefónica pone en conocimiento a R. J. A. la presencia de "cuatro sujetos armados los que caminaban con perros y que aparentemente podrían ser cazadores" (fs. 2179 vta.). Pero en caso de que la noticia del

avistamiento de estas cuatro personas haya llegado a su conocimiento, véase que es dable inferir que la información llegó a él de manera completa, con lo que la situación modifica sensiblemente. En efecto, si se repasa la comunicación completa, que está transcrita (a 2196 vta./2197), allí se aprecia que A., que era quien recibía la noticia de parte de L., le transmitía su desconfianza acerca de qué podrían estar haciendo esas personas allí y barajaba la posibilidad de que sean cuatro "milicos" y se trate de una "batida". En efecto es ésta la hipótesis que, de acuerdo al contenido de esa comunicación, queda latente; la hipótesis de que eran unos "cazadores", en cambio, fue dicha al pasar por L. y aparentemente fue dejada de lado, no descarta que haya sido la presencia de unos policías lo que hizo desistir y no la de unos cazadores tiene mayor consistencia y capacidad explicativa acerca de la conducta asumida dado que se está ante un delito organizado. Hay un extendido acuerdo interpretativo en que para que el desistimiento voluntario opere, el motivo del abandono no puede ser el temor a la ley o a ser descubierto por la policía. En los puntos siguientes se verá que la sentencia reúne elementos que evidencian lo implausible de la hipótesis del desistimiento voluntario. b. El hecho que se atribuye a F. posee algunas particularidades puestas de resalto en la sentencia que tienen especial gravitación a la hora de ponderar si es sostenible que él, luego de enterarse de la presencia de cuatro cazadores en el campo, voluntariamente desistió. En ese sentido, un hecho que llevaba una planificación de aproximadamente un mes, que formaba parte del accionar de una banda, en la que intervendrían al menos once personas, con una cuidadosa distribución de roles que requería de una costosa financiación, la coordinación de entre once y catorce camiones, cargadores, sujetos que actuaran como 'campanas' y otros que vigilaran la comisaría de Vicuña Mackenna, etc., un plan en el que F. había tenido especial protagonismo (que se desprende de las numerosas llamadas telefónicas que mantuvo días previos con A., uno de los líderes de la organización), no resulta razonable que por la sola presencia de "cazadores" vaya a retirarse del lugar y, con ello, posiblemente frustrar toda esa empresa. Máxime si se tiene en cuenta que la presencia de personas en el campo y la necesidad de reducirlos era una circunstancia que estaba prevista en el mismo plan, las armas que portaban tenían esa finalidad. c. Abona, además, en el sentido de descartar el desistimiento voluntario la obstinación delictiva que exterioriza la circunstancia de que ya habían abortado los planes de robar en otros campos con anterioridad para realizarlos en un momento posterior, esto es, se está ante un grupo que no declina por voluntad propia sino por obstáculos ajenos. Por estas razones entiendo que en no se ha vulnerado el derecho de defensa. Si bien la declaración de F. no tuvo una expresa respuesta, los argumentos brindados para condenarlo rechazan su posición exculpatória. III.2. En la línea de crítica que procura desmontar la validez de la sentencia por vicios de forma, el recurrente expone tres agravios contra la valoración que llevó al a quo a tener por acreditado el hecho. Así, cuestiona la valoración de la prueba con la que concluyó que hubo violencia en las cosas, la utilización de armas en el hecho, y la presencia de un menor. Adelanto que estas críticas no prosperarán. a. El a quo atribuyó a los encartados, en lo que a la violencia en las cosas respecta, haber, algunos de ellos, "violentado la puerta de una casilla metálica instalada cerca de la arboleda, lugar de donde sustrajeron las llaves de contacto de un tractor marca John Dere modelo 7500 con ruedas duales y de otro más pequeño de marca Richiger que se hallaba colocado en el silo bolsa de maíz" (fs. 2102). La Cámara sustentó este aserto aludiendo a la prueba documental producida por los policías intervinientes que dan cuenta las "distancias, recorridos y ubicación de los rodados y maquinaria agrícola utilizada en el atraco, secuestros de cartuchos, documentación inherente al traslado del cereal, fuerza producida en el ingreso a la casilla para vencer sus cerramientos..." (fs. 2182 vta., el remarcado me pertenece). En ese sentido, se lee en el acta de inspección ocular de fs.75/76 que en el campo se observa, sobre una calle interna, "una casilla TRAIMAX modelo TRA4805 chasis numero ?, de forma rectangular de dos ejes, ubicada con su lanza o frente de Norte a Sur, tiene la puerta de ingreso hacia el punto cardinal Oeste, la que está violentada, (doblada en la parte inferior, pero cerrada), también presenta del mismo lado rotura del tejido mosquitero de la ventana dormitorio la que es de cuarenta por cuarenta (40 cm. x 40 cm.); y tiene dos hojas de vidrios corredizos los que están abiertos, y del lado Este presenta violentada la ventana rotura de tela mosquitera...". La confirmación de que estos daños fueron provocados por los imputados fue expuesta en la sentencia, cuando se reprodujo el relato del policía G. O., quien refirió que, estando la noche del hecho junto con los demás policías dentro del campo, se dirigieron hacia la casilla y escucharon "un fuerte ruido, las luces de su interior se encendieron". Es dable inferir que ese ruido correspondió a alguno de los daños que le provocaron para poder ingresar a la misma. La secuencia de los daños, asimismo, se extrae del testimonio de L. F., uno de los empleados del campo cuyo relato fue también desplegado en la sentencia. Sobre esto, dijo: "habían barreteado la puerta para abrirla y que no habían podido, pero que rompieron unos tejidos de la ventana de la misma y allí ingresaron [a la casilla]" (fs. 2160). Asimismo, la prueba irrefutable de que ingresaron a la casilla son los efectos secuestrados a uno de los imputados, A. V. (fs. 155), pues esos dos bolsos que llevaba cuando lo aprehendió la policía, uno de color azul y otro de color negro con cierre, tipo porta mate, pertenecían al mencionado en el párrafo anterior L. F., según él mismo refirió (2159 vta.), y que había dejado guardadas en la casilla. Con lo expuesto es harto evidente que la crítica del recurrente debe ser rechazada. Es irrelevante a estos efectos que los tractores hayan sido arrancados por los encartados sin mayores inconvenientes porque C., a propósito, cumpliendo con directivas de la policía, había dejado las llaves puestas, o porque las sacaron

de la casilla. Hayan o no los imputados sacado las llaves del tractor de esa casilla, lo cierto es que estaba cerrada y, no obstante, ingresaron. Para franquearse esa entrada debieron romper la ventana, luego de forzar infructuosamente la puerta. b. Similar destino tiene la crítica de la sentencia en tanto ésta tuvo por acreditado el empleo de armas por parte de los encartados. Según el recurrente, este extremo es insostenible toda vez que el arma de los camioneros jamás fue disparada ni blandida, la secuestrada a V. no estuvo nunca en el lugar de los hechos, no se han colectado vainas o proyectiles que se correspondan a dichas armas, "si bien los policías O. y H. manifestaron haber visto un disparo desde la cabina del tractor, los policías que venían desde allí, especialmente A. y S., solo vieron disparos desde el sector donde aquellos se encontraban y no desde el sector del tractor", el Dermotest positivo en la persona de C. es sólo una prueba indiciaria dado que no se les secuestró ningún arma en su poder y estaban en un lugar distinto del que, según los policías, provenían los disparos. Estimo que la desacertada conclusión a la que arriba cuando evalúa esos argumentos encuentra explicación en una defectuosa concepción de la prueba indiciaria, lo que se verifica claramente cuando en el último de ellos, al referirse al Dermotest, lo desprecia como "sólo una prueba indiciaria". Lo primero que debe señalarse en ese sentido, es que esta Sala ha sostenido reiteradamente, que no hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan tal aptitud, con la condición que sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, ?Ramírez?; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 397, 18/10/01, "Tabella"; A. n° 176, 7/6/02, "López", S. n° 112, 13/10/2005, ?Brizuela?; entre muchos otros). Por esa razón, se ha advertido que ello exige una consideración conjunta y no un examen separado o fragmentario, puesto que la meritación independiente de cada indicio desnaturaliza la esencia que es inherente a este tipo de prueba (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, ?Simoncelli?; A.I. n° 205, 11/8/98, ?Capdevila?; A. n° 49, 4/3/99, ?Galeano?; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 517, 19/12/01, "Carnero"; A. n° 95, 18/4/02, "Caballero"; S. n° 97, 29/9/03, "Paglione"; S. n° 112, 13/10/2005, ?Brizuela?; entre muchos otros). Así también lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: "cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes" (C.S.J.N., ?Martínez, Saturnino?, 7/6/88, Fallos 311:948; cfr. T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 45, 28/7/98, ?Simoncelli?; A. 32, 24/2/99, ?Vissani?, A. n° 520, 26/12/01, "Luna"; A. n° 176, 7/6/02, "López"; A. n° 1, 2/2/04, "Torres", S. n° 112, ?Brizuela?, 13/10/2005; entre muchos otros). Así las cosas, se advierte que la certeza de que los imputados portaron armas en el hecho viene dada de la valoración conjunta de los siguientes indicios: \* El propio D. F. le preguntó a A., en una de esas llamadas telefónicas en las que organizaron el hecho, "si existe la posibilidad de conseguir otra arma ya que el tiene una pero le faltaría otra para el compañero que llevaría" (fs. 2176). Esta comunicación fue significativa, además, porque dio certezas a la policía de que los delincuentes utilizarían armas y los determinó a pedir al Sr. P. y su familia que se retiraran del campo para resguardarlos de la violencia armada que planeaba desplegar la banda (fs. 2123). \* Cuando los imputados C., C. y F. fueron detenidos en flagrancia dentro del campo (fs. 63/68), se secuestró allí un camión marca Renault, dominio ?, que tenía las luces encendidas y las puertas de la cabina abiertas. Dentro de ésta se halló una escopeta calibre catorce de un caño, marca Centauro, con un cartucho en la recámara, asimismo, en el tablero del camión había cinco cartuchos de iguales características. Había también en esa cabina un tarro de chapa con doce cartuchos más, iguales a los anteriores (fs. 69 vta.). \* A. V. fue detenido horas después del hecho y a unos treinta kilómetros al suroeste de Vicuña Mackenna. Tenía en su poder los bolsos que estaban en la casilla del campo y que ya fueron referidos en el punto III.2.a. y, adentro de uno de ellos, había un revólver marca Italo G.R.A. calibre .22 corto, con seis balas del mismo calibre alojadas en su tambor. \* En el allanamiento practicado en el domicilio de la concubina de R. J. A. se secuestró una carabina marca Batan (fs. 139) y en su domicilio un revólver calibre .22 marca Bagual (fs. 167). \* La pericia balística practicada sobre todas estas armas secuestradas dictaminó que son aptas para el disparo. Sobre los cartuchos secuestrados concluyó lo mismo (fs. 2184 vta.). \* Cuando el Oficial M. y sus compañeros que actuaban en el operativo llevado a cabo en el campo gritaron a viva voz "policía", inmediatamente escucharon un fuerte estallido acompañado por un fogonazo que provenía del tractor que se encontraba a cinco metros de distancia de la cargadora. Tras ello, los sujetos comenzaron la huida y, durante la misma, efectuaron dos o tres disparos más (declaración del policía O., fs. 2126 vta.). \* Al realizarse el estudio para determinar la existencia de residuos de pólvora en las manos de los detenidos (Dermotest), las muestras relativas a L. A. C. arrojaron resultado positivo en sus dos manos (fs. 2184 vta.). La conclusión del a quo es acertada, porque la única explicación que razonablemente se puede formular para todos estos indicios es que, en el robo que los delincuentes intentaron perpetrar, emplearon armas de fuego. El requisito de la univocidad de la prueba indiciaria ya fue explicado más arriba y en la intelección de la cámara se verifica. Por el contrario, el recurrente fracasa cuando pretende derribar esa conclusión porque su estrategia es inadecuada para evaluar este tipo de pruebas. Sus ataques se dirigen a algunos indicios puntuales y soslaya otros. Sobre esto último, resulta elocuente su apreciación del Dermotest cuando sostiene que "es sólo una prueba indiciaria dado que no se le secuestró ningún arma y estaban en un lugar distinto del que, según los policías,

provenían los disparos". Tampoco ofrece alguna explicación alternativa para ese test positivo. Además, en la otra parte de su estrategia, para restarle peso a los indicios realiza una serie de afirmaciones que carecen de sustento en la presente causa. En esa clase de análisis sobresale su afirmación de que el arma hallada en el camión "jamás fue disparada ni blandida", o el arma secuestrada en el bolso de V. "no estuvo nunca en el lugar de los hechos" (fs. 2256). Por estas razones, también debe rechazarse este punto del recurso del defensor de F.

c. En relación al menor M.N.M., el recurrente formula dos críticas. En la primera, sostiene que no hay pruebas que acrediten esa participación; en la segunda, argumenta que su defendido no conocía la circunstancia de que M.N.M. era menor de edad. En relación a la prueba de la participación de M.N.M. en el hecho, el a quo tuvo en cuenta que de las escuchas telefónicas surgía que se le había encomendado la tarea de "campana" (fs. 2183 vta.). También valoró el testimonio de P., quien dijo que fue él mismo quien transportó en su automóvil a M.N.M. junto con A. y C. hasta una estación de servicio en horas de la tarde del día veinticuatro de septiembre, día del hecho (fs. 2157). Este testigo dijo que conocía a M.N.M. porque le alquilaba un inmueble al padre. Además contó que en la madrugada del día veinticinco recibió en su celular llamadas y mensajes desesperados de M., A. y M.N.M. pidiéndole que los auxilie, que estuvieron robando y que les habían tirado unos tiros (fs. 2157 vta.). Como se puede advertir, esos elementos confirman suficientemente la afirmación acusatoria que ubica a M.N.M. como uno de los coautores del hecho. A su vez, de que era menor de 18 años de edad no cabe dudar, la partida de nacimiento obrante a fs. 708 no lo permite. En cuanto al conocimiento que pudo haber tenido F. de la circunstancia de que M.N.M. es menor de edad, también hay elementos de prueba que permiten sostener razonablemente el aserto. Hay que tener en cuenta que, al ser ésta una prueba sobre un estado mental (como lo es conocer una cierta circunstancia del mundo), la manera más usual de confirmar esa clase de hechos es a través de la observación de eventos externos al individuo a los que se le adscriben porque permitan razonablemente inferirlos. En este sentido, en un hecho llevado a cabo por al menos diez personas, con una marcada división de roles (organizadores, financistas, cargadores de cereal, camioneros, campanas), podría tener asidero la afirmación de que no todos los sujetos intervinientes se conocían. Pero no era esta la situación de F. y el menor, éste conocía a M.N.M. Se registró una llamada entre ellos el día del hecho. M.N.M. llamó a F. a las tres de la madrugada y en su teléfono tenía agendado a F. como "G." (fs. 2202 vta). De ese conocimiento previo es dable inferir que también supiera que M.N.M. era menor de edad. Sobre todo si se considera que las edades de todos los imputados al momento del hecho rondaban los 40 años, salvo V. (20) y M.N.M. (17). Esa diferencia de edad entre M.N.M. y el resto de la banda lo hace llamativo, justamente, una característica visible para el resto. Como esta circunstancia fáctica es cuestionada por el recurrente en orden a modificar la calificación legal del hecho para F., quitando su conducta del alcance de la agravante genérica del artículo 41 quáter del Código Penal, valen también aquí las consideraciones hechas en otros precedentes sobre que el dolo requerido para la aplicación de esa agravante, puede también ser el eventual (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, ?Calderon?, S. n° 297, 19/11/2007; ?Solis?, S. n° 163, 29/06/2009).

III.3. Habiendo respondido los ataques a la sentencia que buscaron derribarla en su afirmación de que el hecho existió, ahora trataremos el último de los agravios dirigidos en contra de su validez. El mismo cuestiona la prueba valorada por el iudex para sostener que F. participó en ese hecho. En este tramo del recurso, el impugnante cuestiona la escucha telefónica tomada por el a quo para incriminar a F., según la cual éste se habría comunicado con la banda comandada por A. y C. Aduce que el número telefónico sobre el que se basa la cámara no le pertenece y que no hay pruebas de que haya sido usado por F. Sostiene que el hecho que ese número aparezca en el celular de C. bajo el nombre "D." no modifica la situación porque puede ser otra persona con el mismo nombre. Además, menciona que otra prueba de que ese teléfono no es de F. es que, según el sentenciante, F. se comunicó con M. entre las diez de la mañana y las trece pero desde las siete u ocho de la mañana estaba detenido, alojado en la Comisaría de Vicuña Mackenna. Finalmente, insiste que F. se retiró caminando del campo a las diez y media de la noche porque la presencia de cuatro cazadores lo hizo desistir del hecho. Refiere que las cuatro personas que estaban con F. al momento de su aprehensión son los cazadores a los que hace referencia en su posición exculpatoria. Cabe señalar, de manera preliminar, que el razonamiento del impetrante en este punto es contradictorio dado que presenta dos argumentos y uno de ellos frustra la posibilidad de éxito del otro. En efecto, mantener al mismo tiempo que el número de celular que en la valoración de las escuchas telefónicas de la banda se adjudicaba a F. no es de él, como una manera de desvincularlo a esa pandilla y, por otra parte, sostener que cuando lo detuvieron los cuatro cazadores que había visto en el campo estaban en el lugar de la aprehensión tiene un efecto autofrustrante para su propia pretensión. En otras palabras, si con la crítica a la valoración de la prueba telefónica logra desentenderse de la banda, al retomar la posición exculpatoria de que estaba en el campo con los delincuentes pero desistió del delito cuando vio a unos cazadores se vuelve a vincular. No obstante, habiendo ya tratado la cuestión de los cazadores en el punto III.1.a., nos enfocaremos en lo relacionado a la prueba telefónica. Aquí el peticionante señala que al no habersele secuestrado el celular no se puede probar que alguno de los números involucrados en las llamadas registradas en las escuchas telefónicas pueda ser de él. Sostiene que el hecho de que el número que le adjudica la acusación aparezca en el teléfono de C. bajo el nombre "D.", no prueba este extremo dado que puede tratarse de otra persona. Se puede advertir aquí lo mismo que se indicó en el punto anterior: las conclusiones a las que arriba

el recurrente responden a una inadecuada valoración de la prueba indiciaria. Como ya se dijo, el examen de esta clase de elementos de convicción ha de hacerse de manera conjunta y no por separado. Siguiendo este criterio, repasaremos los indicios que llevaron al a quo a sostener que F. participó en el hecho, a saber: \* Días previos al hecho, A. se contacta telefónicamente con un sujeto que se identifica como "D." para que en compañía de otro individuo y trasladado por un tal "C." se lleguen hasta el campo para observar los movimientos del mismo (fs. 2147 vta., llamada n° 05 transcripta a fs. 2194). \* El día veintitrés de septiembre D. y otro sujeto estuvieron en el interior del campo observando qué había adentro de un par de galpones. Ese mismo día D. se comunicó con A. y le preguntó si podía conseguir otra arma ya que él tiene una pero le falta otra para su compañero (fs. 2148, llamada n° 11 transcripta a fs. 2195). \* A. se comunicó con el tal D. para informarle de la necesidad de controlar los movimientos del campo lo antes posible, y que hasta el lugar lo iba a llevar un sujeto al que identificó como "C." y que a la tarea de observación la realizaría un tal "L." (fs. 2177 vta.). \* A las 18.30 hs. del día veinticuatro de septiembre L. C. dejó en las puertas del establecimiento a D., L. y un tal "R.", como lo señalaban los adelantos telefónicos (fs. 2178). \* El comisario P. D. dijo conocer personalmente a los integrantes de la banda, y reconoció las voces de las llamadas telefónicas, identificando a la del tal D. como la de D. F. (fs. 2181 vta.). \* W. C., el agricultor que se encontraba a cargo del campo, dijo que conoce a F. como tractorista (fs. 2182). \* En la llamada identificada como n° 12, se registra una comunicación entre W. P. y D., donde planifican la sustracción de agroquímicos (fs. 2186 vta.). \* El número +? pertenece a D. J. F. porque en uno de los celulares de C. hallados en el interior de su automóvil está agendado bajo el nombre D., y porque F. se comunicó con él el 24/9/2008 a las 22.54 hs. enviándole el texto "llamame"; y otro el 25/9/2008 a las 22.54 hs. con el texto "g. traeme un carretón para el tractor". También hay una llamada de F. a C. el 25/9/08 a las 01.34 hs de 12 segundos de duración. C. llamó a F. en dos ocasiones: el 24/9/8 a las 22.00 hs y el 25/9/8 a las 0.04 hs (fs. 2198). \* El otro celular encontrado en el automóvil de C. recibió del número +? (de F.) un mensaje del 24/9/8 a las 19.36 hs. con el texto "Sali un chasi y vacío, para el pueblo", y a las 19.37 hs. con el texto "Llamame a la vuelta". Con este celular, C. llamó a F. en al menos ocho oportunidades entre las 19.37 hs del 24/9/8 y las 20.41 hs de ese mismo día (fs. 2201). \* El menor M.N.M. llamó al número +? (de F.) el 25/9/8 a las 03.01 hs. A su vez, F. llamó a M.N.M. el 25/9/8 a las 0.35 hs. \* El celular secuestrado a F. recibió de la línea de M. Á. M. los siguientes mensajes: el 25/9/08 a las 9:08:57 hs. con el texto ?anda un elictero x hay loco?, a las 10:21:50 hs. con el texto ?buen queda ahí x q andan con perros y caballos?, y a las 11:51:46 hs. con el texto ?no loco ni idea est noche los juntamo si dios quiere?. En cambio F. de su celular envió a éste número los siguientes msjs: el 25/9/08 a las 9:58:53 hs. con el texto ?ya lo senti por donde estas vos ahora yo estoy escondido perca?, a las 11:12:18 hs. con el texto ?vos por donde andas? hay un movimiento barbaro, hay un monto de canas?, a las 11:15:55 hs. con el texto ?a la noche donde nos juntamos?, a las 11:24:14 hs. con el texto ?no sabes nada de los otro?, y a las 12:45:58 hs. con el texto ?Loco la policía está acá cerca de mí al costado de los alambres y sí se fijan en la alcantarilla estoy muerto. por las dudas no contestés?. Sin dudas que, como señala el recurrente, estas últimas comunicaciones de F. con su celular el día 25/9/8 entre las 09.08 hs y las 12.45 hs entra en contradicción con el acta de secuestro de ese aparato móvil, pues la misma da cuenta de que la autoridad policial se lo retuvo a las 08.00 hs. (fs. 152). Por otra parte, en el Anexo de Prueba n° II, donde obra todo el análisis de las comunicaciones del celular secuestrado a F., en ellas no sólo se lee que sus interlocutores se refieren a él como "D.", tal cual pone de manifiesto el sentenciante, sino que también se puede ver un mensaje de texto de un tal T. que lo saluda diciendo "hola F." (fs. 37). No obstante ciertas inconsistencias en esas pruebas, el conjunto de indicios confluye en sentido cargoso. Téngase presente que R. O. O., uno de los policías que estaba haciendo vigilancia en el campo sabiendo que ingresaría una banda a robar, el día del hecho, en horas de la tarde, vio cuando un vehículo Volkswagen Polo de color gris oscuro se aproximaba por una calle lateral y pasó frente a su puesto de observación. Identificó al conductor como L. C. Luego observó que el automóvil se detuvo, descendieron cuatro individuos e ingresaron a la propiedad trepando el alambrado. A uno de ellos lo reconoció como D. J. F. (fs. 186/186 vta.). 4. Por todo ello, estimo que el tribunal de juicio arribó a una conclusión respetuosa de las reglas de la sana crítica racional, pues la prueba obrante en autos permite afirmar con certeza la existencia del hecho y la participación de F. en él. Así voto. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. A LA SEGUNDA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: I. El abogado defensor de L. A. C., Dr. Rodolfo Dalmacio Guzmán, interpone recurso de casación en contra de la resolución aludida (fs. 2237/2242). Invocando el motivo sustancial de casación sostiene que corresponde la absolución de su defendido por cuanto se le imputa a C. un hecho que no logró consumar. Argumenta que los delitos experimentales (como es el caso de marras) nunca pueden consumarse pues no existe un peligro al bien jurídicamente protegido. Sostiene que tampoco podemos hablar de una tentativa ya que nos encontramos frente a una inidoneidad de tentativa porque si no existe peligro al bien jurídico protegido no podemos hablar

de conducta ilícita (fs. 2240 vta.). II. En forma subsidiaria al planteo encauzado por el motivo formal de casación, el abogado defensor de D. J. F., Dr. José Daniel Fernández, ahora bajo el amparo del motivo sustancial, achaca al a quo haber encuadrado equivocadamente las acciones reprochadas al encartado F. en las figuras delictivas de robo doblemente calificado por el uso de arma de fuego, en despoblado y en banda, agravado por la intervención de un menor de 18 años de edad en grado de tentativa, en los términos de los arts. 166 inc. 2º, segundo supuesto, y segundo párrafo, 41 quáter y 42 del C.P. Sostiene que, en realidad, debió calificar su conducta como "delito experimental de hurto calificado en los términos de los arts. 163 inc. 1º y 44,4º párrafo, ambos del C.P. La razón del cambio de la figura del robo doblemente calificado por la del hurto rural la fundamenta en la calificación legal alternativa que propuso a fs. 2070 vta. (fs. 2250). Sobre el cambio de calificación legal del hecho como delito experimental en los términos del Cód. Penal art. 44,4º párrafo, esto es, la figura del delito imposible -tentativa inidónea-, brinda los siguientes argumentos para sostener que ésa (y no la del a quo) es la manera correcta de encuadrarlo, a saber: \* Si bien en una mirada ex post de los acontecimientos, conociendo el universo de circunstancias que rodeaban al hecho, todas las tentativas (idóneas e inidóneas) evidencian su ineficacia para lograr la consumación del delito intentado, en el presente caso también una mirada retrospectiva da cuenta de que en todo momento (desde el principio) las circunstancias fueron incapaces de lesión. \* En el presente caso el aviso y la intervención de la autoridad policial resultaron anteriores al comienzo de ejecución y su eficacia preventiva al comenzarse tal realización era absoluta. \* En el caso el bien jurídico no corrió peligro porque desde el comienzo de la ejecución era evidente la imposibilidad de cometer el delito por la oportuna intervención de la policía. \* Antes del comienzo de la ejecución del delito, de acuerdo al plan pergeñado por los supuestos autores para cometerlo, la policía actuante en la investigación tomó conocimiento e intervino. Menciona como prueba de ésto los testimonios de las personas involucradas, a saber: el policía G. O. O. expuso que comenzó su vinculación con la presente investigación cuando, tras intervenir en el esclarecimiento de otro hecho perpetrado contra la propiedad, en una escucha telefónica dio con un sujeto cuyas comunicaciones evidenciaban la peligrosidad y violencia que, con otros sujetos, estaban dispuestos a implementar con las víctimas de un futuro hecho [el de marras]. Ante ello, continuó el policía, con la intención de prevenir el ilícito se dispuso retirar del campo objeto del atraco a sus moradores y empleados para evitar cualquier mal mayor que se pudiese presentar. Luego, con la información de cuándo se realizaría (además de dónde) ingresaron al lugar seis policías y a los alrededores del campo se apostaron ocho más. El impetrante también trae en el recurso las declaraciones de otros policías que se pronunciaron en términos similares a O., y también lo expuesto por el damnificado. La policía S. añadió que sabían de antemano que los delincuentes irían armados. El damnificado C. declaró que los policías le avisaron que tenían información de que unos individuos irían a sustraerle el cereal que tenía depositado en los silos bolsas, motivo por el cual fue al campo con los policías para montar el operativo. Destaca como palmario que nunca jamás la maniobra desplegada por los encartados resultó idónea para concretar la sustracción, ni nunca se generó el más mínimo peligro para los bienes jurídicos protegidos por las figuras penales que les imputaron. La "acción desplegada, tendiente a apoderarse del cereal, no tuvo nunca la mas mínima posibilidad de éxito". Como el aviso al damnificado y la intervención policial resultan anteriores al comienzo de ejecución de los hechos, su eficacia preventiva al comenzar la realización era absoluta, debe necesariamente tenerse por presente la comisión de una tentativa inidónea, y no de una tentativa idónea (fs. 2253). Añade que bajo ningún aspecto puede entenderse como exento de eficacia preventiva al accionar policial porque "uno de los supuestos autores haya sido detenido con posterioridad, con parte de la res furtiva en su poder" como lo sostuvo el requerimiento, aunque aclara que la cámara no lo trató. Cita en respaldo a sus conclusiones los criterios interpretativos de esta Sala expuestos en los autos "Zamudio" del 25/03/09 (fs. 2253). III. Los hechos en cuestión se tuvieron por acreditados del siguiente modo: "Sin poder determinar fecha con exactitud, pero ubicable desde fines del mes de agosto o comienzos del mes de septiembre de dos mil ocho, R. J. A. y L. A. C. conformaron y lideraron una organización destinada a cometer múltiples hechos delictivos, principalmente en la zona del departamento Río Cuarto y aledaños, centrando su objetivo en la sustracción de dinero, cereales y agroquímicos que, por la época, se encuentran en cantidad resguardados dentro de los establecimientos rurales. La planificación, que incluía el uso de armas de fuego para perfeccionar los atracos, estaba solventada económicamente por L. C. quien aportaba los recursos materiales, mientras que a R. J. A. le incumbía realizar los reconocimientos de los lugares, proporcionar la mano de obra que debía operar en el sitio del hecho, el transporte de los cómplices y la vigilancia al personal policial de la Comisaría de Vicuña Mackenna. Así las cosas, para acceder a cubrir las necesidades de cereal que le demandaban J. L. F. y R. M. C., integrantes de la banda, y quienes se harían cargo utilizando cartas de porte apócrifas del traslado en camiones a diversos puntos de esta provincia de Córdoba como a Santa fe, Buenos Aires o Entre Ríos, se conformó para el desarrollo de las tareas delictivas locales un grupo integrado por D. J. F., L. G. P. C., A. H. V., el menor M.N.M., L. F. C. y M. A. M. a quienes se les encargó, guiados por A., la elección del lugar donde se perpetraría el robo, la evaluación de los riesgos, control de los empleados del campo y las tareas de vigilancia. Luego de varios intentos frustrados, que no alcanzaron un comienzo de ejecución, el día veintiuno de septiembre los cabecillas del grupo, junto a los camioneros, tomaron la decisión de robar un campo en

el que esperaban sustraer la cantidad de entre once y catorce camiones cargados de cereal. El establecimiento rural, de razón social ?E. C.?, que posee unas dimensiones aproximadas a las seis mil hectáreas teniendo doce kilómetros de largo y cinco kilómetros de ancho, se encuentra ubicado a veinte kilómetros de la Ruta N° ? y a cuarenta y cinco kilómetros de la Ruta N° ?, poseyendo para su ingreso cuatro puertas de acceso conocidas como el tambo ?, el tambo ?, puerta principal y una salida orientada hacia el pueblo de Villa Sarmiento, distante a cuatro kilómetros de la misma, estancia alquilada por la firma comercial ?G. C.?, fue debidamente relevado por los nombrados y controlado los movimientos internos. Como en el caso se encontraba viviendo un matrimonio con un hijo, al que se había previsto reducir con armas de fuego, la policía optó por sacarlos del lugar. Mientras ello ocurría una comisión perteneciente a la División Investigaciones de la Departamental Río Cuarto, integrada por el Oficial G. O., el Oficial Principal H. G. H., el Sub. Of. Principal C. A. M., el Sgto. D. M. G. y la Agte. M. V. S., se habían hecho presentes en el inmueble rural para evitar el atraco, contando con la colaboración de personal policial de Vicuña Mackenna integrado, entre otros, por el Comisario P. D., el Sub-Oficial S. D. A., el Oficial F. A. y el Sub-Oficial R. O., y funcionarios de otras localidades cercanas. Con el cuadro de situación descripto, y luego de desistir de perfeccionar la sustracción en dos oportunidades, finalmente la banda optó por concretar sus fines furtivos el veinticuatro de ese mes, accediendo un primer grupo al establecimiento rural en horas de la tarde y luego otros de sus miembros posicionándose en su interior debidamente escondidos. A todo ello, el menor M.N.M. se había dispuesto como campana en la intersección de ruta N° ? y el camino rural que conduce al campo para alertar de cualquier movimiento sospechoso. Mientras esto acontecía la comisión policial integrada por el Oficial G. O., el Oficial Principal H. G. H., el Sub. Of. Principal C. A. M., el Sgto. D. M. G., el Oficial F. A. y la Agte. M. V. S., estimativamente a las once horas, se habían hecho presentes en el inmueble rural para evitar el robo, desplazándose a partir de las veinte por el sector, resguardados por la oscuridad de la noche. A su vez el Comisario P. D., junto a los Sub-Oficiales R. O. y S. D. A., vigilaban el ingreso de los camiones parapetados en campos próximos al lugar donde se consumaría el hecho. Sin percatarse de la presencia policial, parte del grupo violentó la puerta de una casilla metálica instalada cerca de una arboleda, lugar de donde sustrajeron las llaves de contacto de un tractor marca John Dere modelo 7500, con ruedas duales y de otro más pequeño de igual marca modelo 5705 que remolcaba una aspiradora de cereal marca Richiger que se hallaba colocada en un silo bolsa de maíz. A bordo de ambos vehículos se desplazaron hasta otro sector del campo donde se hallaba un silo bolsa conteniendo soja, lugar donde ya había llegado C., A. y otro de los sustractores a bordo de un automóvil marca VW Polo Dominio ... Ello así, y siempre transitando sin encender las luces, el tractor de mayor tamaño se desplazó hasta la tranquera ubicada en el llamado tambo 2 del mismo campo, por donde ingresó el camión marca Renault de color rojo dominio ?, en el que se desplazaban F. y C., cerrando el candado a su paso y transitando por el interior del inmueble rural con sus luces también apagadas, siendo guiado por el conductor del tractor mediante señales lumínicas hasta donde se encontraba el cereal a cargar. Cuando el camión se había dispuesto debajo de la noria y se había iniciado la carga de alrededor de 8000 kg. De soja, irrumpieron los funcionarios públicos con armas cortas y largas identificándose como policías. En la ocasión, desde la cabina del tractor dual alguno de los integrantes de la banda descerrajó un arma de fuego, haciendo lo propio personal policial, circunstancia que los puso en fuga hacia el punto cardinal oeste, quienes en la huida continuaron efectuando algunos disparos más. Hacia esa dirección se desplazó el Suboficial Principal M., y sin que lo vieran, en igual dirección y metros más atrás, lo hicieron los policías H., O. y G., efectuando este último en la confusión, al escuchar detonar el arma de M., un tiro de escopeta en su dirección, el que ingreso por el costado derecho de la anatomía de su compañero de fuerza, donde el chaleco anti-balas no alcanzaba a protegerlo totalmente, ingresando siete postas del cartucho del arma larga en hemitorax derecho, tercio superior, en tercio superior del brazo derecho, hemitorax derecho línea axilar media, en hemiabdomen derecho, hipocondrio derecho, tercio superior del muslo derecho y en tercio medio cara posterior del brazo derecho, ocasionándole lesiones en pulmón derecho, corazón, grandes vasos, diafragma, páncreas, estómago e hígado, las que breve tiempo después le produjeron su deceso. Mientras que F., C. y C. fueron detenidos en el lugar donde se desencadenó el suceso, el menor M.N.M. fue aprehendido a la vera de la Ruta Nacional N° ... Horas después fueron también detenidos D. F., en ruta Nacional N° ? cerca del puente ?PetroFreire? y A. V. en un camino rural cerca de la estancia ?La Bretaña? secuestrándose en su poder un revolver calibre 22, marca ?Italó? G.R.A., con seis cartuchos en sus alvéolos y diecinueve balas, marca FM, dos bolsos uno azul y otro negro (porta mate), elementos estos últimos sustraídos desde la casilla rural y que eran de propiedad de L. F., empleado de la firma ?C.? que trabajaba en ese campo. R. J. A., por su parte, fue detenido en la vecina provincia de San Luis, en la localidad de Concarán, mientras que L. G. P. C. fue detenido en la ciudad de C. Moldes y L. F. C. y M. A. M. en la misma localidad de Vicuña Mackenna. De la cabina del camión fue secuestrada una escopeta ?Centauro? calibre 14 con un cartucho sin percutar en su cañón marca Orbea, 5 cartuchos, también sin disparar, en la consola del camión y otros 12 dentro de un tarro de chapa" (fs. 2100/2103).

IV. Como se puede verificar, los dos recursos contienen un mismo agravio relativo a la calificación legal del "delito experimental", por tal motivo serán tratados conjuntamente. Previo a ello, y en relación a la modificación de la calificación legal que solicita el abogado defensor de F. de robo calificado por haber sido perpetrado en



despoblado y en banda, por el empleo de armas de fuego, y por la intervención de un menor (Cód. Penal art. 166 inc. 2°, segundo supuesto, y segundo párrafo en función del 41 quater y 42) por el de delito experimental de hurto calificado (arts. 163 inc. 1° en función del 44,4° párrafo del Cód. Penal), atento a que el sustento fáctico de esa modificación estaba supeditado a que este Tribunal ad quem hiciera lugar a sus críticas vinculadas a la prueba de la violencia en las cosas, a la utilización de armas por parte de lo encartados y a la intervención de un menor, la misma debe rechazarse por haber perdido ese sustento. En efecto, en los puntos III.2.a, b y c de la cuestión anterior, se brindaron las razones para confirmar la sentencia en cuanto sostuvo esos extremos fácticos. Ingresando al meollo de este asunto, esto es, si el hecho encuadra en lo prescripto por el artículo 42 o el artículo 44, 4° párrafo del Cód. Penal es menester efectuar algunas precisiones antes de llevar a cabo la verificación acerca de la correcta aplicación. Como en los casos de tentativa (art. 42) y de delito imposible (art. 44, 4° párrafo) el resultado no ocurre, y puede suceder que en ambos casos éste no acaezca por causas ajenas a la voluntad del agente, el criterio para distinguirlos ha de buscarse en otras razones. En este sentido, la mirada deberá fijarse en el iter críminis y en la idoneidad de los actos en él desenvueltos para el resultado buscado. El enfoque para diferenciarlas, entonces, ha de ser hecho ex ante, es decir, desde el principio (prospectivamente). Así, si las acciones en algún momento fueron capaces de consumación constituirán tentativa -art. 42 C.P.-, aunque luego fallaran por la concurrencia de circunstancias posteriores, y las que en todo momento (desde el principio) fueron incapaces de lesión, configuran una tentativa inidónea -art. 44, párrafo 4° del C.P.- (en este sentido TSJ de Córdoba, Sala Penal, "Ferrero" S. n° 324, 15/9/2009 entre otros). Esta distinción es útil para evaluar los casos de delito experimental, es decir, supuestos en los que media el aviso de la víctima a la autoridad policial, que deja avanzar al autor en su camino hacia la consumación del delito hasta un cierto punto. Sobre ello no puede haber un criterio genérico porque equivaldría a asignarle a las fuerzas policiales una capacidad absoluta para prevenir ilícitos. El análisis debe ser hecho caso por caso, y sólo en aquellos donde se verifique con certeza que fue la intervención de las fuerzas estatales la que hizo imposible ab initio la consumación del delito procede su subsunción en el delito imposible. Una asimilación dogmática de ambos, además de que carece de fundamento jurídico, no permite valorar casos como el de marras, donde a pesar de que los policías desplegaron un operativo para neutralizar a los delincuentes no es claro que dominaron siempre la situación ni frustraron del todo el delito. Nótese, a este respecto, las enormes carencias que tuvo tal operativo. A pesar de que llevaban semanas con escuchas telefónicas, conocían cuándo y cómo operarían los delincuentes, uno de los policías perdió la vida a manos de uno de sus propios compañeros, quien lo confundió con uno de los asaltantes. La mayor parte de ellos huyó. Los efectivos policiales sólo pudieron atrapar en el lugar a tres de los miembros de la banda (F., C. y C.). Asimismo, tanto no puede afirmarse que haya sido absolutamente apto el operativo policial para evitar que el hecho se consumara que, a pesar de que logró frustrar el robo de cereal, los delincuentes sí sustrajeron efectos del campo. Tal el caso de V. quien, como ya expusimos, logró sacar de la esfera de poder y vigilancia dos bolsos que habían sido dejados en una de las casillas por el empleado del campo L. F. Voto pues, negativamente, también en relación con esta cuestión. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. A LA TERCERA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: I. El recurrente Dr. José Daniel Fernández (defensor de D. J. F.) invocando razones que justifican el motivo formal de casación (CPP, art. 468 inc. 2), contradice la citada resolución en tanto considera que no satisface las exigencias de fundamentación en la individualización de la pena (fs. 2259). Sostiene que el a quo ha incurrido en arbitrariedad al individualizar la pena de F. toda vez que sólo enumera algunos rubros sin explicar cuáles pautas objetivas y subjetivas en conjunto justifican el aumento de la pena, tales como la educación, su familia, su conducta como presidiario por lo que ha aplicado los arts. 40 y 41 del Cód. Penal sólo de manera aparente. Transcribe fragmentos de precedentes de esta Sala sobre el tema (fs. 2260 vta.). Se agravia, asimismo, de que se le haya impuesto la misma pena que los otros imputados -salvo A. y C.-. Critica que no se hayan tenido en cuenta condiciones y situaciones diferenciadas en los diversos casos. II.1. En primer lugar, corresponde reseñar que conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y que no es revisable en casación, salvo el supuesto de arbitrariedad (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, ?Gutiérrez?, S. n° 14, 07/07/1988; ?Ullua?, S. n° 4, 28/03/1990; ?Farías?, S. n° 69, 17/11/1997; ?Salomón?, A. n° 93, 27/04/1998, entre otras). Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del Tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, ?Carnero?, A. n° 181, 18/05/1999; ?Esteban?, S. n° 119, 14/10/1999; ?Lanza Castelli?, A. n° 346, 21/09/1999; ?Tarditti?, A. n° 362, 06/10/1999; entre otros). El ejercicio de estas facultades discrecionales se encuentra condicionado entonces, sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario

de aquellas potestades (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, "Villacorta?", S. n° 3, 11/02/2000). Se señala que tal arbitrariedad, a su vez, no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable, por cuanto tal desacuerdo no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, "Medina Allende?", S. n° 12, 08/04/1997; "Gallardo?", A. n° 111, 26/06/1997, entre muchos otros). 2. Pasando al análisis concreto del supuesto traído a estudio, adelanto mi opinión en el sentido de que la pretensión deducida debe ser rechazada por carecer de interés. Sin perder de vista la doble limitación que deriva de la incolumidad de los hechos fijados por el a quo en la sentencia de mérito, y la prohibición de la reformatio in peius, es preciso destacar que la pena impuesta a F., aun con las circunstancias agravantes que valoró el sub iudex, criticadas por la impetrante, está por debajo del mínimo de la pena que debió aplicársele. Nótese que se lo ha condenado por un hecho de robo calificado por el uso de arma de fuego operativa y por haber sido en despoblado y en banda, también agravado por la intervención de un menor, todo en grado de tentativa cuya pena mínima parte de cinco años y cuatro meses de prisión (Cód. Penal arts. 41 quater, 42 y 166 inc. 2°, segundo párrafo), y a F. se lo condenó a cuatro años y seis meses de prisión -es decir, por una pena diez meses inferior al mínimo legal-. El sentenciante no ha explicitado el cálculo para fijar esa pena, lo que nos impide su intelección y control sin embargo, los cinco años y cuatro meses de mínimo de la escala prevista para el presente delito se obtienen, primero, al aplicar la agravante del inciso segundo al robo simple, de lo que resulta una escala de seis años y ocho meses de mínimo; y veinte años de máximo. Luego, a esa escala se debe aplicar la agravante del artículo 41 quáter (un tercio en su mínimo y en su máximo), así se llega a ocho años, dos meses y veinte días de mínimo; y veintiséis años y ocho meses de máximo. Finalmente, a esta escala se aplica la reducción de la tentativa (se resta un tercio al mínimo y la mitad al máximo), de esta manera obtenemos la escala para la calificación legal de F. de cinco años y cuatro meses de mínimo, y trece años y cuatro meses de máximo. En definitiva, las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que si la pena impuesta por el juzgador a F. fue legalmente inadecuada, no lo ha sido por lo excesiva. Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. A LA CUARTA CUESTION: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: En virtud de la votación que antecede, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por los Dres. Rodolfo Dalmacio Guzmán, a favor del imputado L. A. C., y José Daniel Fernández, a favor del imputado D. J. F. en contra de la Sentencia n° 92, del 2 de diciembre de 2010, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la ciudad de San Francisco. Con costas (CPP, arts. 550 y 551). Así voto. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar los recursos de casación interpuestos por los Dres. Rodolfo Dalmacio Guzmán, a favor del imputado L. A. C., y José Daniel Fernández, a favor del imputado D. J. F. en contra de la Sentencia n° 92, del 2 de diciembre de 2010, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Segunda Nominación de la ciudad de San Francisco. Con costas (CPP, arts. 550 y 551). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI Vocal del Tribunal Superior de Justicia Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL Vocal del Tribunal Superior de Justicia Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia

Correlaciones: [?Semeria, Rodrigo Adrián s/recurso de casación?](#) - Cám. Nac. Casación Penal -

Sala III - 05/02/2009

Cita digital: