

"G., R. S. - G., A. M. - Robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se ha acreditado S/ RECURSO DE CASACION" - Legajo N° 659/16 SENTENCIA N°423

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintinueve días del mes de noviembre de dos mil diecisiete, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, Dres. MARCELA BADANO, HUGO D. PEROTTI y MARCELA A. DAVITE, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa N° 659/16, caratulada "GIMENEZ, Ramón Santiago - GIMENEZ, Alejandro Miguel - Robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se ha acreditado S/ RECURSO DE CASACION".

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Dres. BADANO, PEROTTI y DAVITE.

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Recurrió en Casación, la Dra. A. Paola Farinó, Fiscal Auxiliar (en fecha 22/09/16, cfr. fs 43/50 vta.).

II- Por sentencia de fecha 14/09/2016 emanada del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná (integrado unipersonalmente en la oportunidad por el Dr. Pablo A. Virgala) se resolvió ABSOLVER DE CULPA Y CARGO a Ramón Santiago GIMÉNEZ y a Alejandro Miguel GIMÉNEZ, del delito de Robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, en grado de tentativa (cfr. fs. 25/41 vta.).

Se había imputado a los encartados el siguiente hecho: "En fecha 25 de agosto de 2015 siendo alrededor de las 00:00 horas, Ramon GIMÉNEZ y su hermano GIMÉNEZ alias "Mito" ingresaron a la vivienda de Ramon Tomas Zarate sita en calle Segundo Sombra al final de esta ciudad y munidos de un arma de fuego presumiblemente tipo escopeta de un solo caño, le exigieron al nombrado que les entregara todo lo que tenía, y ante la resistencia de Zarate efectuaron disparos al aire y se retiraron del lugar".

III- En la audiencia fijada oportunamente intervinieron por la Defensa Técnica del encartado Alejandro Giménez, el Defensor Oficial Dr. Gaspar Reca; y por el Ministerio Público Fiscal, la Procuradora Adjunta, Dra. Cecilia A. Goyeneche.

IV- a) En su escrito recursivo, la Dra. Farinó sostuvo que en la sentencia atacada se valoró arbitrariamente el factum, se expone un razonamiento que viola reglas elementales de la lógica formal, la regla de la no contradictoriedad, y el principio de razón suficiente, inobservando así las reglas básicas de la sana crítica racional, y el principio in dubio pro reo.

Se agravó por la aplicación del art. 43 CP (desistimiento de la tentativa), por haberse incurrido en un fallido argumental, por cuanto se acreditó con total suficiencia que los incursos no lograron consumar el hecho -cuya ejecución iniciaron- por circunstancias ajenas a su voluntad. Reseñó algunas de éstas, entre las que mencionó que se hizo presente más gente en la casa, que decían que iban a llamar a la policía, y que probablemente hayan visto que se acercaban los patrulleros, considerando la oscuridad y las luces propias de estos vehículos. No estamos ante un supuesto de abandono definitivo y voluntario de los coautores, sino de una tentativa fracasada.

Los imputados se apersonaron en el terreno de las víctimas, munidos de armas de fuego del tipo escopeta, y exigieron la entrega "de todo lo que tenían". Se retiraron recién cuando les dijeron que iban a llamar a

la policía, no sin antes anunciar que iban a volver, amenazando con que los iban a "cagar a tiros", efectuando disparos al aire.

El magistrado incurre en ironías impropias de un acto de la relevancia de una sentencia judicial, escondiendo además una sumatoria de prejuicios y juicios errados, por ejemplo respecto de los bienes que se pretendía sustraer, y las características de la resistencia de la víctima, tergiversando el análisis de la prueba para llegar a la solución desinriminatoria.

Sostuvo que, aún dando por cierto que la tentativa de robo con armas hubiera estado desistida, no resulta correcta la sentencia ya que en tal caso se mantiene incólume la necesidad de pena para los delitos consumados -violación de domicilio y amenazas con armas-.

Por todo ello, solicitó la nulidad de la sentencia, y el dictado de un nuevo fallo.

IV- b) Durante la audiencia en esta instancia, la Dra. Goyeneche mantuvo el recurso interpuesto. Afirmó que la sentencia adolece de fallas en la aplicación del Derecho, lo que debe subsanarse en esta instancia, porque llevaron a una absolución injusta. El hecho por el que se acusó a los imputados tenía que ver con una tentativa de robo, en la que ambos utilizaron armas de fuego, con las que amenazaron a la víctima, para sustraer elementos de la propiedad de Zárate.

Se trata de una familia humilde, a quien se le procuró la sustracción de elementos del predio, como animales. El Dr. Vírgala tiene por acreditado el hecho y la participación de los imputados, pero la sentencia está llena de ironías y frases desacreditadoras de la decisión del Ministerio Público Fiscal. Respecto del desistimiento de la tentativa, Vírgala fuerza el argumento, para llevar a la decisión de absolución. Si se observa la argumentación, sería una argumentación en pos de la bagatela, fundándose erróneamente en el art. 43 CP.

Se presentaron ambos imputados con armas de fuego. El menor Zárate refiere que la madre ingresa a la casa, él sale del lugar y observa como ambos pretenden sacar las armas, quieren sacar las gallinas, dice que estaban ebrios, cuando se retiran dicen frases como "Ya vamos a volver", "Van a ver", entre otras. Se cuenta con los dichos de Marcelo Benítez, respecto de los disparos escuchados una vez que salen del predio; en su retirada, uno de los imputados agrede a los funcionarios, y los identifican porque Ramón Giménez pierde la libreta de libertad condicional.

Dentro de los errores que atribuye a la acusación el magistrado, hay un único error correcto, que es la calificación por arma no apta, siendo probado el uso de las mismas, lo que hubiera llevado la escala a una mucho mayor. El magistrado soslaya absolutamente elementos de prueba, deja de lado las amenazas que dicen al retirarse del lugar, porque de ninguna manera podría afirmar entonces un desistimiento. Le da relevancia a circunstancias que se modificaron en debate, sobre el requerimiento de otros elementos, como una garrafa o lo que tuviera en el lugar, como se dijo en un primer momento.

Según la visión del magistrado, que se pretenda robar patos y gallinas tornaría en intrascendente el hecho. Pero lo tiene por acreditado, eso casi no se discutió. La pretensión de aplicación del art. 43 CP es errónea por cuanto en el caso no puede pensarse en una situación de desistimiento, lo que hay es un delito fracasado, una tentativa frustrada, en tanto la ejecución no puede llegar a buen término.

Respecto de la forma de actuar, pidiéndole los efectos a las víctimas, que el magistrado considera irracional, es la única forma de hacerse de ellos, porque los damnificados podían agarrar los animales por ser los dueños. Cuando la mujer de Zárate busca ayuda, una hora después, hay una intimidación propia del robo. Ese sentido coactivo de las amenazas, para que la gente se ponga a hacer lo que quisieron, esa fue la resistencia de la víctima. Pasada una hora de que no lograran que entregaran los animales, aparece la Policía; no físicamente en el lugar, se percibe la llegada de los móviles policiales, según las testimoniales ambos imputados se van cuando ven que están por llegar los policías. Éstos tuvieron que pedir indicaciones para llegar al lugar.

El segundo elemento es la testimonial de Muera y Lugones, quienes dijeron que les empujan la puerta y salen corriendo los imputados, perdiendo el carnet. Cuando la policía se acerca salen corriendo, luego de estar agazapados. Entiende, con apoyo en Roxin, que aquí no hay desistimiento. Que se retiren luego de una hora de intentar que entreguen los animales, no puede ser un desistimiento. Descartada la aplicación del art. 43 CP, que es el yerro jurídico principal, debe ser corregida la decisión.

Se propone una segunda alternativa; aún tratándose de un desistimiento, debiera haber resuelto, como hizo esta Cámara en "Gómez, Elías", sobre no voluntariedad del desistimiento, aún dando por cierto éste. El mismo tiene efectos para el delito respecto del cual se puede volver a la ley penal, pero no sobre un delito ya consumado, tampoco es atípico como sostiene Zaffaroni y cita el magistrado y la Defensa, no puede ser atípico ex post. El desistimiento tiene efecto, si lo tuviera, sobre el delito contra la propiedad, pero se habían consumado las coacciones agravadas por uso de arma; sobre esto, jurídicamente hablando, no hay desistimiento posible, el juez no puede desatender los otros hechos en concurso aparente, no puede soslayarlos porque ya estaban consumados.

Solicitó la nulidad de la sentencia. Por tratarse de errores jurídicos, se pueden subsanar aquí y definir el análisis dando por ciertos los hechos, corrigiendo la solución jurídica, definiendo esta sentencia como una condena por tentativa de robo con arma; y en cuanto a la pena, como no se ha solicitado nada, se debería remitir para que el Tribunal de Juicio determine la pena, con intermediación del imputado.

IV- c) A su turno, el Dr. Reza expresó que debe rechazarse el embate casatorio, debiendo confirmarse la sentencia del Dr. Virgala. Si bien en el recurso se invocan los errores in iudicando e in procedendo, la contextualización es la valoración probatoria, y la aplicación correcta o no del art. 43 CP. La Defensa entiende que el recurso de la absolución por parte del Ministerio Público Fiscal violenta el non bis in idem. Como dice la CSJN, el principio prohíbe no solo soportar una nueva pena sino también un nuevo juicio, la exposición al riesgo, como dijo la CSJN en los antecedentes "Polack", "Mattei", "Sandoval", y otros. Esta garantía convencional, es un límite a las potestades de casación, se observaron las formas del juicio, a tenor de lo dicho por la CSJN, el recurso es sobre discrepancias en la valoración de la prueba.

Sin perjuicio de ello, respecto de la valoración probatoria con la que se disconforma la Fiscalía, no se dice qué pruebas habría valorado sesgadamente el sentenciante, por lo que el recurso se enarbola como una mera discrepancia con lo resuelto, pero no cumple con los requisitos del art. 514, no especifica cuál fue la valoración incorrecta. El magistrado

analizó los testimonios, y es en virtud de ellos, que concluyó en el desistimiento. No entiende qué prueba no se valoró, es un caso de pobres contra pobres. El Dr. Vírgala, cuando hizo el adelanto de veredicto, explicó que no se trata de bagatela, porque dice que no pueden los pobres no tener esa protección. Lo que plantea Vírgala como cuestión a resolver, es que para la Fiscalía no hubo desistimiento por la escasa resistencia y por la llegada de la policía, y para la Defensa, no.

El sentenciante valoró los testimonios. El lugar es una casa en medio de una barranca, son vecinos de toda la vida los implicados, nunca tuvieron inconvenientes, tampoco pudieron salir de ese barrio. El mismo Zárate dice que no sabe qué les pasaba, la señora dijo que estaban borrachos o drogados, nunca habían tenido inconvenientes, antes ni después. La Defensa había citado a Zárate y a su mujer para arribar a una conciliación, Zárate estaba de acuerdo, no quiso pena, dijo que los seguía viendo. Cuando advirtió la Defensa que su mujer también estaba como denunciante, la llamaron y dijo lo mismo. Se impugnó el acta. Llegaron a una apelación, porque el juzgador no podía entrometerse, y así llegaron al debate, se sentaron los denunciantes y dijeron lo mismo. Benítez vive arriba, la casa de Zárate es en el medio de la barranca. Los animales estaban ahí, la gente durmiendo, si tenían un arma de fuego podrían haber hecho lo que quisieran; por el contrario lo que hicieron fue gritarle a Zárate, Zárate les dijo que se fueran, esa fue toda la resistencia, y eso es lo que pasó.

El Dr. Vírgala pone un poco de racionalidad, los Giménez hasta fueron al velorio del hijo de Zárate, el denunciante ni temor les tiene, dijo que lo único que quiere es que no lo molesten más. La mujer se mete a la casa, la llama a su hermana que vive arriba, y es la hermana la que llama a la policía, se mete a su casa sin la presencia de los Giménez. Los Giménez se van porque Zárate los echa. No hay prueba de resistencia suficiente. Respecto de la llegada de la policía, están las fotografías, donde se ve el caminito que hay que bordear para llegar, la policía llega arriba, ahí se entrevista con Benítez, que dijo que escuchó un estruendo, y la policía se queda ahí arriba, y después sucede que allá arriba, cuando se habían ido de lo de Zárate, es que se tropiezan con la policía, y ahí sucede lo del escape por la barranca. Hubo allanamientos y nunca se encontró nada. Nunca pudieron entablar un diálogo, siempre asistido por su ex pareja, nunca tuvo inconvenientes, se ven todos los días con Zárate, y eso es lo que entiende Vírgala, que hablamos de un desistimiento por falta de resistencia, ellos mismos lo dijeron, está transcrito en la sentencia.

La prueba conduce al desistimiento, la solución es la no punibilidad. Tampoco asiste razón a la fiscalía en su intención de retrogradar y decir que en ese caso no hubo robo, pero que mediaron coacciones, es risueño pero es la situación, fueron pudiendo apoderarse de los bienes y no lo hicieron, le gritaban a Zárate que salga y entregue los animales. Eso fue lo que aconteció. Estas no son coacciones agravadas, ni se discutió en el debate, no hubo acusación alternativa alguna. No hubo ninguno de los requisitos de las amenazas, y hasta podría discutirse el aspecto subjetivo.

La Defensa solicitó entonces el rechazo del recurso, y la confirmación del fallo del Dr. Vírgala.

V) Antes de comenzar el análisis de la racionalidad del fallo, debe recordarse que el hecho atribuido a los Giménez no se encuentra discutido por las partes, y que el juzgador lo tuvo por probado: que ambos

imputados ingresaron sin autorización, el día del hecho, en horas de la noche- al domicilio de la familia Zárate y Carrillo, donde además se encontraba la casilla donde estaba el menor Emanuel Monzón, entonces de 13 años de edad, (lugar que se encontraba perimetrado con alambre y cercado, agrego, según lo que dice según la denuncia, admitida como prueba, el denunciante en el juicio y la misma denunciante, su esposa, Carrillo, también en el juicio) .

VI- a) El análisis del fallo de Juzgador principia con las características del hecho, marcando las diferencias entre lo que entiende como resultado de la prueba producida y la acusación formulada por la Fiscalía.

Y en ese orden, tiene por acreditado que los encartados se encontraban, al momento del hecho, alcoholizados; a esa conclusión llega atendiendo a los dichos de Zárate y de Carrillo. Si bien no lo menciona el sentenciante, el menor Monzón, en Cámara Gesell, también refirió que estaban ebrios o drogados.

Tal estado de ebriedad, que el magistrado tiene por acreditado , en base a los dichos de los testigos presenciales-, no formó parte de las consideraciones de la Fiscalía al presentar el caso, y el juez le recrimina ello a la acusación. Sin embargo, y más allá de que es discutible si ello era imprescindible para la acusación, el magistrado no explica -al menos, en esta primer cuestión-, qué incidencia tuvo eso en su razonamiento; de su discurso, nada se colige sobre si ello los colocaba en situación de inculpabilidad, si importaba un menor grado de peligrosidad, etc.

Seguidamente, respecto de la utilización en el suceso de un arma de fuego, no tiene por acreditada la misma, sino que entiende que ello "es muy posible", y más adelante concluirá que el arma -"de haber existido"- no tendría incidencia en la cuestión a decidir.

Destaco esto, pues no se explica suficientemente, o al menos no se exhibe en la argumentación del sentenciante, las razones por las cuales una circunstancia afirmada por Zárate, Carrillo y Monzón se tiene por acreditada -a pesar de no contar con otro respaldo probatorio, como podría ser una pericia para determinar dosaje de alcohol en sangre, que permitiría esclarecer también la incidencia de la intoxicación-, y otra igualmente relatada con carácter plenamente asertivo por los mismos testigos -ninguno dudó al respecto-, como es la utilización de un arma de fuego tipo escopeta recortada, no.

Así dice es muy posible sí, que los encartados hubiesen ingresado a la propiedad de Zárate portando un arma de fuego tipo escopeta. El dueño de casa y su mujer Carrillo así lo relatan. El testigo Benítez dijo haberla visto e, incluso, oído un estruendo, como si fuera un disparo. Veremos, más adelante, si dicha arma, - de haber existido- tendrá o no alguna incidencia en la solución de esta cuestión .

De igual manera, afirmó, reiteró y enfatizó que "el incidente ... duró aproximadamente una hora"; sin embargo, a la luz de los testimonios brindados en el debate, tal circunstancia tampoco quedó debidamente esclarecida, o al menos para afirmarlo categóricamente, por lo que postularlo como una premisa importa una afirmación apodíctica. Ello así, por cuanto parece desprenderse de la argumentación del sentenciante que los Giménez permanecieron durante una hora en el predio de Zárate, pero recién luego de pasado ese tiempo, retirarse -cfr. página 26 de la sentencia-; sin embargo, el damnificado refirió en juicio que "todo el suceso habrá durado menos de 20, 25 minutos", y que la policía habrá

tardado 20 minutos en llegar -siendo que arribaron al lugar cuando los encartados ya se habían retirado-; Carrillo afirmó también que la policía tardó media hora en llegar; y Monzón, en Cámara Gesell, dijo que "al ratito nomás se fueron, y amenazaban que los iban a cagar a tiros".

Por lo tanto, el tiempo que estuvieron los Giménez en el predio de Zárate, al que ingresaron armados y sin autorización -"por abajo del alambrado", aclaró Carrillo; se habían metido a pesar de que "estaba el portón cerrado" y cuando los vio "estaban adentro ya", dijo Zárate-, no es una circunstancia indubitada sobre la que se puedan incardinar otras consideraciones, como hace el sentenciante, o al menos necesitaría para ello, una valoración más precisa.

Finalmente, en lo atinente a la configuración del hecho, y al momento de valorar el disparo que los encartados habrían efectuado al retirarse del predio, el sentenciante critica a la Fiscalía que calificara el hecho como robo con uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, a pesar de lo que los testigos refieren -también, de manera plenamente coincidente, coherente y unívoca. Eso puede verse también no sólo al controlar la prueba, sino que el mismo juzgador cita a los testigos en cuanto dicen que tal disparo se produjo; esto, debería al menos llevar al juzgador a tener por acreditada la utilización del arma y la circunstancia en la que se efectuó -al menos- un disparo.

Sin embargo, ello no se evidencia en la pieza sentencial; y, a pesar de entender que sí sucedió, se le quita toda trascendencia en orden al delito enrostrado, lo que también se evidencia de la solución que finalmente se le da la cuestión.

Existe además un error conceptual respecto de la figura. El juzgador encuentra contradictorio, a juzgar por el signo de admiración que pone al final de la oración, que se dijera por parte de la acusación que uno de los imputados efectuó un disparo de arma de fuego al retirarse, pero al mismo tiempo se afirmó que la aptitud para el disparo no había sido debidamente acreditada.

La inclusión de cuestiones probatorias en esta figura legal, para dejar dentro del concepto de robo calificado aquellas conductas en las que había existido un mayor temor para las víctimas, y no un real peligro corrido por sus vidas, como parte de la doctrina y jurisprudencia lo exigían, puede ser criticable por las ficciones a las que obliga en la subsunción.

Pero no puede a partir de ello, desconocerse que pudo haber habido un disparo.

De la calificación legal escogida por la parte acusadora, que entendió que no podía darse por acreditada la aptitud para el disparo, no se puede inferir que no existió disparo; o que los testigos que afirman haberlo escuchado, mienten; o que hay duda de ello hasta por la misma parte acusadora. Eso es una derivación errada.

V- c) Al analizar el encuadre legal -cuestión segunda de la sentencia-, el magistrado parte de haber afirmado previamente la materialidad del hecho y la vinculación subjetiva de ambos encartados, pero tomando como premisas las características del hecho que, según su interpretación, contrariaban la acusación.

Discurrió entonces sobre el planteo -de ambas Defensas técnicas- de desistimiento voluntario -art. 43 CP- de la tentativa afirmada por la Fiscalía. Para que se configure el supuesto de desistimiento, lo que importaría afirmar la atipicidad del delito enrostrado, se requiere que el acontecer puesto en movimiento por el autor, traspasando los límites

de la tentativa, se detenga antes de que se produzca el perjuicio del bien jurídico y ello sea consecuencia de la propia voluntad del agente - D'ALESSIO, A. Código Penal. Comentado y anotado. La Ley, Bs As. 2005, p. 470; citado in re "GOMEZ", sent. del 3/10/14-.

El sentenciante cita a Zaffaroni, para afirmar que el desistimiento no será voluntario si mediara intervención de un tercero o resistencia de la víctima, si ello determina el accionar de los encartados.

En relación al caso de autos, concluyó que coincide con la Defensa en orden al rechazo de la resistencia de la víctima; ello, según la reconstrucción del hecho que hiciera en la primera cuestión -en la que afirmó, tanto el estado de ebriedad, como la duración de una hora del evento, y la "presumible" utilización de un arma de fuego-; y concluyó que "pese a ello, sin siquiera poner mano en pato o gallina alguna (es increíble tener que estar diciendo ésto) deciden retirarse del lugar frente a la "tenaz" resistencia de la víctima que "venciendo el descomunal miedo que le generaba la situación" (¿es necesario aclarar que se trata de una ironía?) le dice algo así como: dejen de joder y váyanse, no molesten más..". Sin dar otras razones, afirmó que hablar de resistencia de la víctima es algo "definitivamente irrisorio".

Más allá de calificar irónicamente de "tenaz" la resistencia de la víctima, tampoco explica el Dr. Juzgador qué sería esperable de la misma para contrarrestar la evidente intención delictiva de los dos imputados - que, se encontraban armados dentro de su predio, y exigiéndole que le entregue bienes-. De las mismas citas que el magistrado hace de la obra de Zaffaroni se lee que el desistimiento no se reputará voluntario cuando la voluntad se funde en acción especial de cualquier parte del sistema punitivo o acción de un tercero, y que tal voluntariedad "dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas reales que impidan o dificulten gravemente la consumación" -citado en la pág. 31 de la sentencia-.

Sin embargo, el autor también aclara (en la misma obra, y en la misma página en que se encuentran las citas obrantes en la sentencia) que son revocaciones voluntarias "las que no son impuestas por la voluntad de un tercero o por la autoridad ni por la ineficacia (objetiva) del plan verificada ex-post" y más adelante, expresamente refiere Zaffaroni que "no desiste voluntariamente quien lo hace ante la presencia de un policía o de una alarma, no porque le infunda temor sino porque el impedimento de la consumación puede atribuirse a factores distintos de la voluntad del autor" -cfr. ZAFFARONI, E. (y otros). Derecho Penal. Parte General. Ediar, 2002, p. 841/842-.

No repara el sentenciante -o al menos, no hay suficientes referencias en su argumentación- a ciertas circunstancias con entidad suficiente para impedir o dificultar gravemente la consumación, como dice Zaffaroni.

Los testigos presenciales fueron claros respecto de la gravedad de la situación. Carrillo dijo que llamó a su cuñada y pidió que llame a la policía porque "lo querían matar" a su pareja; expresó también que a su pareja le apuntaban a la panza, y luego, cuando salió el menor de 13 años, le apuntaban a la cabeza. Zárate dijo que ambos encartados se peleaban para tomar el arma y amenazarlo -no, como planteó la Defensa, en un intento de que el otro desista-. Zárate fue contundente al relatar que les gritaba que se fueran, "los echaba pero estaban duros, no querían irse"; le señalaban las gallinas que querían que les baje de los árboles -muy probablemente, como hipotetizara la Procuradora adjunta en esta

instancia, por tratarse de animales suyos que no se dejarían agarrar por otras personas-, mientras continuaban apuntando con el arma a las personas presentes en el predio.

El menor Monzón refirió en Cámara Gesell que cuando salió de la casilla donde estaba, los Giménez se sorprendieron y le apuntaron a la cabeza, "se asustaron, como que (él) tenía algo".

Finalmente, en relación al otro motivo invocado por la Fiscalía para descartar la voluntariedad del desistimiento, cual es el anuncio de que habían llamado a la policía, entendió el Dr. Juzgador que "tal extremo no pudo ser adecuadamente demostrado, por lo que no hay nada que haga suponer que los hermanos GIMÉNEZ hayan desistido de su accionar por temor a dicho anuncio". Ninguna referencia hace tampoco a la expresa mención que el menor Monzón hizo en Cámara Gesell, cuando afirmó que "se fueron porque el padrastro se enojó, les dijo que se fueran porque habían llamado a los milicos".

V- d) Se puede observar entonces, que la argumentación del sentenciante, para afirmar que no concurren las circunstancias que tornarían involuntario el desistimiento de los encartados, resulta sesgada y en parte, contradictoria. El componente de voluntariedad ha sido objeto de discusión doctrinaria, erigiéndose dos grupos de teorías al respecto: "psicológicas" y "valorativas". Las primeras afirman que el desistimiento es voluntario cuando se da aún estando al alcance del autor -desde su punto de vista- la consumación, e involuntario cuando ésta no es posible. Roxin se muestra crítico con esta postura, por entender que confunde los presupuestos del desistimiento voluntario con los de tentativa fracasada, en que el sujeto constata la imposibilidad de alcanzar la consumación, siendo en esos casos imposible -no ya 'involuntario'- el desistimiento. Para este autor ello podría llevar -político criminalmente hablando- a 'beneficiar' con la impunidad a quien abandona su accionar por el fracaso del plan previsto. Así, la teoría valorativo-jurídica adoptada por Roxin incorpora elementos propios de una valoración político-criminal, dejando de lado los 'motivos morales' del agente, adoptando en su lugar un punto de partida normativo en consonancia con la fundamentación de la exención de pena que importa el desistimiento voluntario. Postula así, como criterio, la 'racionalidad del delincuente' para determinar la voluntariedad de su desistimiento: será voluntario "cuando el abandono de la prosecución pueda ser interpretado como un distanciamiento respecto de la racionalidad interna de la actividad criminal, en tanto que será involuntario cuando el mismo abandono sólo represente una confirmación de dicha racionalidad" -MAÑALICH RAFFO, J. La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales. REJ □ Revista de Estudios de la Justicia □ N° 4 □ Año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 170/171; citado in re "PALLAVIDINI", sent. del 16/12/14-.-

Para Jakobs, "la realización del tipo de desistimiento debe serle imputable al que desiste como realización suya, lo cual falta cuando la conducta de desistimiento cabe explicarla por condiciones de las que el que desiste no es responsable. Como contrapartida de la culpabilidad, la voluntariedad sólo puede determinarse, al igual que aquélla, funcionalmente: Lo que es voluntario no cabe verificarlo psicológicamente, pero tampoco mediante una referencia a la norma general o jurídico-general (orientación por principios positivos o jurídico-positivos), sino sólo por referencia a lo que se ha de sopesar a través

del desistimiento, es decir, el hecho concreto. Voluntaria es, por tanto, la motivación a desistir que es incompatible con la motivación de realizar el hecho concreto" [cfr. JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 917/918-.

También resulta ilustrativa la postura de Frister, para quien el desistimiento también debe definirse normativamente. "Según la idea básica del desistimiento, lo que importa es que el autor, mediante el abandono de la ulterior ejecución del hecho, revoque su decisión a favor de la comisión del hecho, que subyace al acto de ponerse inmediatamente a realizar el tipo. Por consiguiente, el abandonar la ulterior ejecución siempre debe ser considerado voluntario si se debe a que el autor hace una diferente valoración de las alternativas de decisión a las que se enfrenta (motivación autónoma). En cambio, es involuntaria si se debe a una modificación de esas alternativas de decisión en sí (motivación heterónoma). Si, para el autor, el riesgo por cometer el hecho se ha incrementado considerablemente o bien su utilidad ha decrecido considerablemente, se hallará en una situación de decisión distinta a la del comienzo y, por ello, ya no podrá revocar su decisión tomada originariamente. En un caso así, por el abandono de la ulterior ejecución no queda refutada la valoración que legitima su punibilidad [según la cual un autor que ya se ha puesto inmediatamente a realizar el tipo sostendrá psíquicamente su decisión al hecho, en caso de duda, hasta la última acción necesaria, según su representación, para realizar el tipo" [cfr. FRISTER, H. Derecho Penal, Parte General. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 510-.

En autos, los Giménez desplegaron la actividad necesaria para consumar el delito inicialmente contra la propiedad, pero que contiene en concurso aparente otras figuras (violación de domicilio, privación de libertad, de los que nada se expresa) : concurren a la casa de Zárate, beneficiándose de la nocturnidad [el hecho fue en horas de la medianoche-, munidos de un arma de fuego [respecto de la cual, más allá de lo referido por el sentenciante, todos los testigos afirmaron tanto su existencia como su efectivo uso-, franquearon un enrejado o portón [precario, pero límite al fin-, y amenazando a los moradores de ese predio [apuntándoles a la cabeza y a la panza- les exigían la entrega de bienes. Frente a ello, los damnificados insistieron en que se fueran, y con un evidente temor, se comunicaron con familiares a los fines de que avisen a la policía [Carrillo dijo en ese momento que a su pareja lo querían matar, tal era la seriedad del temor-; según los dichos del menor Monzón, los encartados se fueron "al ratito", y cuando su padre les anunció que habían llamado a la policía.

Hubo circunstancias que dificultaron significativamente la consumación, y que no fueron suficientemente valoradas por el sentenciante: la presencia de más personas en el predio [los encartados se alarmaron al ver al menor Monzón, pensando incluso que estaba armado-, la víctima no accedió a entregar los bienes que le eran exigidos, y la llegada de la policía era inminente.

Asimismo, la demostración de la falta de voluntad de "reversión consumada de la puesta en peligro" [para usar la fórmula de Roxin, cfr. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Civitas, Madrid, p. 605-, está en el comportamiento de los imputados al retirarse: todos los testigos señalan que al retirarse, los Giménez dispararon al aire y profirieron amenazas: Monzón refirió que cuando se iban "amenazaban que los iban a cagar a tiros"; Carrillo, que tiraron un tiro afuera y dijeron que "ya

iban a volver"; y Zárate, que amenazaron con que iban a volver, y al salir, tiraron un tiro al aire.

Y si el desistimiento voluntario es un hecho posterior al comienzo de ejecución, como enseña Gonzalo Fernández -en BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. (dir.) Código Penal de la Nación y normas complementarias. Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 211- citando a Zaffaroni, en tanto para este autor aparece como negación dialéctica de la tipicidad precedente, pues revoca una tipicidad en curso y cancela el peligro de lesión; si se sitúa el problema fuera del ámbito de la teoría del delito, en la punibilidad, y se apoya en fundamentos político criminales, e importa una solución premial: el denominado "puente de plata" asentado en una evidente idea preventiva, el accionar posterior de los Giménez descripto concordantemente por los testigos, es incompatible con el instituto.

En realidad, el desistimiento voluntario demuestra que, sin necesidad de imponerla, ya se ha alcanzado el fin de la pena, a partir de la conducta del propio autor, quien pudiendo consumir el delito, resuelve no proseguir la actividad conducente a la realización completa del tipo.

No se entiende como estaría alcanzado ese fin en el caso, si los autores se van tirando tiros al aire y prometiendo que ya volverían, ni cómo se fundamentaría entonces el "premio".

Así pues, debe partirse necesariamente de negar que ese comportamiento existió, lo que no está autorizado por la prueba, ni se advierten elementos en la sentencia que fundamenten porqué esta parte del episodio, relatada por todos los testigos, no aconteció, sin referencias de falsedad al respecto.

Se puede agregar, finalmente, lo que sobre la tentativa afirma Rafael Alcácer Guirao, quien sostiene que "desde un Derecho penal liberal hemos de partir de un ciudadano interesado en su propia libertad y dotado de un grado medio de racionalidad, grado que operará como standard de lo "comunicativamente relevante" en sociedad. Ello permite limitar lo penalmente relevante a tentativas de lesión que partan de ese cierto grado de racionalidad en su aptitud para producir la lesión del bien jurídico, y desplazar al marco de la irrelevancia penal a tentativas irreales y supersticiosas, las cuales no alterarán esa confianza en la vigencia de la norma porque no generarán ese detrimento de seguridad" (de su artículo La tentativa y los fines del Derecho Penal).-

V- e) Se advierte entonces que el sentenciante incumple la obligación de consideración de todos los elementos de prueba disponibles. Respecto del modo de valorar la prueba, recordamos aquí, a Jordi Ferrer Beltrán (cfr. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, Madrid, 2007). El autor, al explicar los elementos que integran el derecho a la prueba, los divide en tres: 1- derecho a utilizar todas las pruebas de las que se dispone, 2- a que las pruebas sean practicadas en el proceso, y 3- derecho a que las pruebas sean racionalmente valoradas. Detalla respecto de este último elemento, que la exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse, a su vez, en dos elementos: que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte y que la valoración de las pruebas sea racional.

La primera exigencia es a menudo incumplida, dice, con el recurso a la "valoración conjunta": ésta, si bien es indispensable, no puede usarse para evitar la valoración concreta de las pruebas que se aportan. La segunda exigencia es que esa valoración sea racional: "sólo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, a producir

un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones", y solo así, si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho fueron obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso, puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

El alcance debido, además, del derecho a la prueba, es, señala el autor, la obligación de motivar las decisiones judiciales. Cita a Taruffo, en tanto existe un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada. "En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados".
□Ídem, pps. 56 y ss.-

El fallo en crisis trasunta una ponderación sesgada de la prueba, una valoración distinta de elementos que cuentan con similar entidad veritativa, y una inconsecuencia lógica en ciertos pasajes, derivando conclusiones apodícticas de premisas insuficientemente fundadas.

VI) Mención aparte merecen las consideraciones que hiciera el sentenciante al momento del adelanto de veredicto.

Debo dejar sentado que lo expresado por cualquier juzgador, inmediatamente después del juicio, y en el adelanto del veredicto, implica la fundamentación de la sentencia, aunque sea oralmente.

Es decir, comprendo que se dice como fundamento de lo que se está decidiendo, y que forma parte de la sentencia, aunque luego no se incluya en la parte escrita, porque la sentencia es un solo acto.

Aquí el Juzgador explicó algunos fundamentos de su solución, pero dedicó la mayor parte de su alocución a efectuar ciertas consideraciones sobre el sistema penal, y sobre todo, a reprender a las partes (principalmente, a la acusación) por no haber apelado en este caso a una salida alternativa al juicio -especialmente, la conciliación-.

Señaló así, que no entendía porque no se dejó que las partes □limaran asperezas□, o que no comprendía porque no se daba paso a una amigable composición.

Ahora bien, no se entiende a la luz de lo que pasó en el debate, y a la luz de las constancias de la causa, tal recriminación.

Según lo que surge del soporte fílmico, y de las constancias de la causa, la conciliación fue instada por la Defensa.

La testigo Carrillo fue expresamente preguntada por la firma del acta, que la defensa le exhibió: dijo que en su momento sí lo firmó, porque quería dejar todo así. En el minuto 37:48 y los siguientes, se escucha que la testigo dice, ante la pregunta de la defensa- Dr. Reca- ¿Ud. Lo perdonó? □yo? No, porque si yo lo perdonaba a mí se me fue un hijo ¿y si me mataba otro? Claro. Pero cuando Ud. Firmó esa acta? .. Contesta : yo quería dejar todo así dije que ya basta yo, porque lo que me pasó a mí. La defensa- Dr. Cullen-, ante ello le preguntó ¿y eso a Ud. le parece bien?, y ella dijo que no. Luego, surge del interrogatorio y del contrainterrogatorio, que la mujer fue a firmar el acta dos días después de la muerte de su hijo, circunstancia que al parecer, era conocida por las partes.

Y se advierte que el trámite fue revisado, luego de la llamada de la Defensa a conciliar, y de la oposición por la Fiscalía, el dictamen de ésta se juzgó debidamente fundado, tanto por el Juez de Garantías, Dr. Ruhl, que no hizo lugar al pedido de la Defensa, como por parte del Vocal del Tribunal de Juicio que resolvió la apelación, el Dr. Garzón.

La negativa de la Fiscalía, que ambos magistrados entendieron suficientemente fundada, se vio ratificada entonces en juicio por los dichos de Carrillo, quien había firmado el acta de la que se valió la Defensa para solicitar la conciliación. Carrillo dijo que Ramón Giménez fue después del hecho a pedir disculpas, pero la mujer expresa al declarar: "si me mataban un hijo, qué perdón iba a tener?". Aclaró que si bien no tuvieron otra situación similar después de esa noche, la relación ahora no es buena, "antes se saludaban, ahora no, después del hecho no". Y expresamente, al ser consultada por la Defensa sobre si, pasado el tiempo, ella los perdonó, dijo que no; aclaró que no firmó obligada el acta, pero tampoco los perdonó.

Se nota entonces claramente en su testimonio que "cuando firmó el acta lo hizo porque ya basta, con lo que le pasó a ella..." en referencia a su entonces reciente pérdida; pero cuando la Defensa le preguntó si tal salida alternativa al juicio le parecía bien, dijo que no; y concluyó "no quería saber más nada, pero si salió, salió, ahora seguimos, vamos a seguir", en referencia al fracaso de la conciliación, y su interés en continuar con el juzgamiento de los encartados.

Por ello, no se entiende la tardía reconvencción por no haber dejado paso a la conciliación, ni que tiene que ver la figura aquí.

VII) Por todas estas consideraciones, entiendo que la sentencia no tiene una fundamentación adecuada, resultando ilógica, y por ello arbitraria, y debe anularse.

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, los Sres. Vocales Dres. HUGO D. PEROTTI y MARCELA A. DAVITE expresaron que adhieren al voto precedente.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I. HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto en fecha 22/09/16 (cfr. fs 43/50 vta.) por la Dra. A. Paola Farinó -Fiscal auxiliar-, contra la sentencia de fecha 14/09/2016 emanada del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná (cfr. fs. 25/41 vta.), la que en consecuencia, SE ANULA.-

II- DECLARAR las costas de oficio -art. 584 y ccs. CPPER-.-

III- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.-

MARCELA A. DAVITE

MARCELA BADANO

HUGO D. PEROTTI

Ante mi:

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.-

Claudia A. Geist

-Secretaria-