

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 24 de mayo de 2012.-

Y VISTOS:

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

A pesar de la crítica dirigida por la defensa oficial en su escrito recursivo agregado a fs. 82/83, tanto la existencia del hecho como la intervención de M. F. M. -hijo de la denunciante- en su comisión se encuentran suficientemente acreditadas en esta etapa.

En efecto, D. V. relató que divisó a M., a quien conoce por ser hijo de su vecina, en el instante en que intentaba ingresar al departamento de la damnificada en compañía de dos sujetos que forzaban la puerta de ingreso (fs. 8).

Por su parte, G. S. D. -encargada del edificio-, declaró haber observado al encausado junto a otro sujeto dentro de la vivienda de propiedad de S. F., madre del imputado (fs. 6).

A su vez, el informe pericial sobre la puerta de ingreso al domicilio dio cuenta de la fuerza ejercida sobre las cerraduras (ver fs. 9 vta. y fotografías lucientes a fs. 11/12).

En el mismo contexto valorativo, nótese la particular circunstancia de que F. manifestó que su domicilio se encontraba en orden, de suerte tal que la sustracción del dinero en efectivo dispuesto en una billetera dentro de un armario exigía al menos un conocimiento previo por parte del autor del hecho.

Tales extremos conducen a estimar acertada -con el grado de convencimiento requerido para este estadio del proceso- la decisión adoptada por el señor juez de grado.

En cuanto a la excusa absolutoria invocada por la recurrente (artículo 185, inciso 1º, del Código Penal), debe señalarse que tal causal de exclusión de la pena sólo procede para los delitos enumerados en la normativa legal citada.

Aún en el marco de la discusión que podría suscitarse en derredor de que el robo cometido mediante el despliegue de *“fuerza en las cosas”* podría resultar admisible en función de una interpretación extensiva de la norma (Laje Anaya, Justo, *Excusa Absolutoria en los delitos contra la propiedad*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1974, pág. 37), lo cierto es que las agravantes de la figura en cuestión tornan

inatendible el agravio sostenido por la recurrente, en tanto el robo, a su vez, se ve agravado en el *sub examen*.

En ese sentido, a los fines de tener por configurado el requisito de la banda en el tipo del artículo 167, inciso 2°, del Código Penal –M. habría intervenido con otros dos sujetos-, el fundamento de la agravante está dado por el mayor poder vulnerante que implica actuar en conjunto, por lo que la concurrencia de tres personas basta para dicha subsunción (de esta Sala, causas números 26.480, “Tevez, Alejandra E.” del 2 de mayo de 2005 y 36.702, “Atencio, Facundo”, del 19 de mayo de 2009, entre muchas otras), circunstancia que fue acreditada por los dichos de la vecina V., quien afirmó la presencia de tres personas previo al ingreso al departamento, testimonio que se exhibe de mayor entidad probatoria frente a lo vertido por D., quien divisó dos individuos pero cuando ya estaban dentro de la vivienda.

Sobre el tópico, entiendo que no existe distinción en la aplicación de la agravante según el medio comisivo utilizado, razón por la que adhiero a los fundamentos de la doctrina fijada en el plenario “Cejas” de esta Cámara, del 18 de noviembre de 1997, en cuanto a que “...*un mayor número de personas no sólo aumenta la indefensión de la víctima o del sujeto pasivo, cuando sufran violencia personal, sino que, aún en su ausencia, el empleo de la fuerza física por parte de varios agresores, disminuye o hace desaparecer la incolumidad de las defensas materiales de la propiedad...*” (del voto del juez Guillermo Ouviaña).

De otro lado, en lo relativo a la efracción, el peritaje antes mencionado ha verificado la perforación sobre la defensa que oponían las cerraduras de la puerta de ingreso a la residencia de la damnificada.

En esa dirección, se ha dicho que “la perforación o fractura debe ser producto de fuerza aplicada a las defensas sólidas mencionadas en la fórmula legal (paredes, cercos, techos, pisos, puertas o ventanas), sea como perforación, horadándolas o atravesándolas, sea como fractura, rompiéndolas o separándolas con violencia, lo cual reclama, por un lado que cumplan la verdadera función de defensa y, por el otro, que estén dotadas de suficiente solidez para oponerse verdaderamente al apoderamiento” (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*. Parte especial, Tea, Buenos Aires, 1976, t. IV, pág. 264).

Consiguientemente y más allá de la especialidad que podría predicarse

Poder Judicial de la Nación

entre dos tipos agravados que contienen la misma penalidad, dable es descartar la excusa absolutoria invocada.

Voto entonces por confirmar el auto recurrido.

El juez Mauro A. Divito dijo:

Comparto el voto del juez Cicciaro en lo relativo a la existencia del hecho, la intervención del imputado, la no aplicación al caso de la excusa absolutoria invocada por la defensa y la subsunción del evento en la figura prevista en el inciso tercero del artículo 167 del CP.

Sin embargo, discrepo en relación con el encuadre del episodio en la agravante prevista en el artículo 167, inciso segundo, del código de fondo, toda vez que conforme a lo que sostuve en los precedentes que citó el juez Cicciaro en su voto, para que un hecho sea cometido “en banda” (agravante prevista en los arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 2º y 184 inc. 4º, del Código Penal) no basta con comprobar que tres personas tomaron parte en su ejecución, sino que -además- ha de verificarse que ellas integran una asociación en los términos del art. 210 del mismo ordenamiento legal, conforme a los lineamientos seguidos por la minoría en el plenario “Quiroz”.

El argumento adicional que conduce a esa misma solución se desprende del texto actualmente vigente del Código Penal, en el que -desde el año 2003 (ley 25742)- los delitos de privación de la libertad coactiva y secuestro extorsivo se agravan “cuando participaran en el hecho tres o más personas” (CP, arts. 142 bis, inc. 6º y 170, inc. 6º).

Ello -a mi juicio- no hace más que avalar el criterio aquí sostenido porque, de suscribirse ahora la opinión triunfante en el plenario “Quiroz”, debería aceptarse que los legisladores han empleado, en un único código y para referirse a lo mismo, dos fórmulas disímiles (“en banda” y “cuando participaran en el hecho tres o más personas”), lo que resultaría sistemáticamente inadecuado.

Tal es mi voto.

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Habiendo escuchado la grabación de la audiencia celebrada, sin preguntas que formular, concluida la deliberación y debiendo pronunciarme en el caso sólo acerca de la existencia de la agravante prevista en el artículo 167, inciso 2º del Código Penal, coincido con lo sostenido por el juez Cicciaro, tal como surge de la causa n° 38.363,

“Castillo, Fabricio”, del 26-02-2010.

En consecuencia, esta Sala RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución de fs. 77/79, en cuanto fuera materia de recurso.

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala por disposición de la Presidencia del 5 de agosto de 2009, quien no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea ante la Sala V del Tribunal.

Mauro A. Divito

Juan Esteban Cicciaro

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí: Roberto Miguel Besansón