**STJSL-S.J. – S.D. Nº 090/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a veintisiete días del mes de mayo de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“FERNÁNDEZ CÉSAR GABRIEL AV ROBO CALIFICADO - RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX Nº 209413/17.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del Código Procesal Penal?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Procedencia formal: 1) Que por ESCEXT Nº 10186830, de fecha 08/10/18, el abogado defensor del condenado en autos, Dr. Pascual Celdrán, interpone recurso de casación contra el veredicto de fecha 13/09/18 (actuación Nº 10000262) y fundamentos de fecha 04/10/18 correspondientes a la actuación Nº 10163264, dictados por la Excma. Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que resolvió declarar a su pupilo César Gabriel Fernández, autor penalmente responsable del delito de desobediencia a una orden judicial y robo simple en concurso ideal (arts. 239, 164, 55 y 45 del código penal) y condenarlo a sufrir la pena de tres años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas procesales. El recurso es fundado por ESCEXT Nº 10282144, de fecha 22/10/18.

2) Que a los efectos de la admisibilidad del recurso, esto es, la aptitud formal del acto impugnaticio derivada de la concurrencia de los requisitos necesarios para provocar el juicio de casación y la sentencia del Tribunal de recurso, se observa que ha sido interpuesto y fundado en término contra una sentencia definitiva de Cámara, estando el recurrente eximido de efectuar el depósito de rigor, en virtud de lo dispuesto por el art. 431 del C.P.Crim., siendo en consecuencia formalmente procedente.

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Agravios del recurrente: Manifiesta la defensa que la resolución es infundada, por el desapego a las normas procesales, ya que dos de los miembros del tribunal en forma extemporánea son llamados a suscribir los fundamentos de la sentencia, cuando ésta ya había vencido en sus términos, lo que culminan realizando con dos graves manifestaciones de extra-formalismo causal de nulidad, el primero de ellos encontrándose uno de los magistrados de licencia y el otro no ostentando el cargo de Juez de Cámara en dicho momento, lo cual desde ya traduce en nulo el fallo.

Expresa que en fecha 1º de octubre de 2018 (cuando el término para los fundamentos se encontraba vencido), se reintegra el Dr. Astudillo, se le exhiben los fundamentos de la Dra. Insúa y luego del tiempo que le llevó el envío al Tribunal Superior de una nota solicitando la suspensión de la licencia de la Dra. Villegas, lee y adhiere a los fundamentos existentes. Agrega que la fundamentación en materia de juicios orales *no es pasible de adhesión,* se trata de una explicación fundada, clara y ajustada a los hechos y el derecho de los motivos que llevaron al juzgador a decidirse por la condena. Que la desesperación ante un planteo de nulidad por vencimiento del término para dictar sentencia y ante un planteo de la defensa, no le permiten prescindir de actos obligatorios a su cargo para intentar simular la falta de sometimiento a los términos judiciales y menos aun al contenido cabal de lo que debe ser la sentencia.

Destaca que es materialmente imposible arribar al juzgado, realizar notas para el Superior, leer la sentencia y evaluarla, esto agravado por la violación al principio de continuidad y celeridad de los juicios orales, despreciando normas de carácter imperativo, y agrega que también, la Dra. Nora Villegas, además de adherirse al fundamento, al momento de suscribir el suyo ya no era poseedora o portadora del cargo de Juez de Cámara Subrogante por lo que suscribe y realiza un acto jurídico (aun incompleto e informal) no teniendo las facultades para hacerlo.

Expresa que no le corresponde juzgar ni valorar conductas de los jueces y aun cuando por omisión están todos los defensores de esa jurisdicción permitiendo que el accionar de la justicia sea apartado del derecho de manera constante y *un Superior Tribunal incompleto* y *abyecto de las bases del derecho penal* (SIC), no podemos dejar de advertir que en la presente causa, los fundamentos de la sentencia además de extemporáneos carecen del elemento esencial que es justamente la valoración y explicación de motivos que llevaron a la condena.

Bajo el título *FALTA DE APEGO DE LA CONCLUSIÓN AL TIPO PENAL EN CONSECUENCIA ERRÓNEA APLICACIÓN DE LA LEY,* manifiesta que con el solo fin de pacificar a las opiniones fundamentalistas de las redes sociales, advertimos que la Cámara impone una condena por ROBO SIMPLE, sin dilucidar que uno de los elementos del tipo penal del delito no se verificaba, esto previo descarte antojadizo de la prueba rendida.

Agrega que uno de los elementos del tipo penal del robo es el desapoderamiento de una cosa, esto implica la extracción del ámbito de custodia de su dueño de la mencionada cosa. Que de la sola lectura de la causa, la atención mínima y necesaria de la prueba rendida les habría permitido arribar a la conclusión de que no se satisface el tipo penal del robo, en virtud de que la supuesta víctima había olvidado su teléfono ante el encuentro sexual amoroso que había mantenido con el condenado en días anteriores. Que en su declaración indagatoria el imputado dijo que *“****TENÍA EL TELÉFONO DE SU NOVIA EN SU CASA PORQUE EL VIERNES SE LO HABÍA OLVIDADO”****, esto demostrando que o**dice la verdad o que tiene poderes para adivinar el futuro, esto**porque la propia denunciante en el debate oral dijo**estrictamente que “****NO LLAMABA DE MI TELEFONO PORQUE NO LO TENÍA…”*** claramente aseverando lo que había dicho su defendido.

Alega que la propia policía que arriba al lugar cuando la llaman por el supuesto robo indica en su declaración judicial que… *“NO TENIA EL TELÉFONO LA SUPUESTA VÍCTIMA AL MOMENTO DEL HECHO”.*

Expone que en síntesis, la única manifestación válida y clara de cómo habían sucedido los hechos y que no poseía su teléfono al momento del hecho la supuesta víctima, es la declaración del imputado quien siquiera pudo soñar el desenlace del juicio.

Sostiene que el fallo pretende en el fundamento basar una condena por robo indicando elementos luego descartados como el cuchillo, manifestando que no importa si lo tenía, tampoco importa si le pegó o si el teléfono estaba en un lugar o en otro, incurriendo en una falta de adecuación absurda de la prueba con la resolución. Que no dan razones suficientes para indicar si estamos ante un robo o un hurto.

Destaca que lo más gravoso y demostrativo de cómo utilizan la prueba rendida para menguar la parcialidad o sensibilidad por los casos de supuesta violencia de género, es que en los fundamentos los propios jueces firmantes indican que: *“…Dicho relato pierde virtualidad, por cuanto en el celular de la menor se encuentran un mensaje de MSM enviado por Agustina, la noche del día 17 de abril de 2017 a horas 22:24 a un contacto identificado como “Viejita Linda” y otro mensaje de voz por WhatsApp enviado por Agustina a horas 23:04 a un contacto identificado como Morocho”* lo que demuestra que ella tenía el teléfono en su poder, otorgando mayor credibilidad a los dichos de la víctima, cuando el propio condenado había dicho que esa noche Agustina estuvo con él hasta las cinco de la mañana y que cuando se fue se había olvidado el teléfono, siendo totalmente claro que la prueba se utilizó en su contra de manera errónea o voluntariamente.

Expresa que no surge de la prueba rendida la demostración de la existencia del dolo del delito de robo, ya que Fernández sorprendió a su novia o ex novia con su nuevo amante (a la fecha siguen siendo novios), en esto sin ningún tipo de fuerza o violencia discutieron y tomó su teléfono (esto según lo valorado por la Cámara alejado de la prueba) y aun así no podemos advertir en momento alguno que haya tenido la intención demostrada de sustraer el aparato telefónico, se traduce más bien como un *acto involuntario* (SIC) motivado por los celos para ejercer control sobre la vida de su ex pareja que la intención de sustraerlo.

3) Traslado a la contraparte: Que por actuación Nº 10383808, de fecha 05/11/18, contesta traslado la Fiscalía de Cámara Nº 2 (Segunda Circunscripción Judicial) quien, respecto de la nulidad planteada, ratifica plenamente lo expuesto en su dictamen de fecha 8 de octubre de 2018, en el cual se hace referencia al antecedente sentado en los autos MORENO MARCO GUILLERMO – AV. DOBLE HOMICIDIO – RECURSO DE CASACIÓN” PEX 173273/15” donde se desestimó un planteo de similares fundamentos argumentando que: *“…tampoco debe tener acogida la nulidad de todo lo actuado en el debate oral porque los fundamentos del veredicto hayan sido publicados el lunes 8 de mayo de 2017, en vez del viernes 5 de mayo de 2017, en razón de que la incorrección procesal mínima no ha causado ningún agravio, y porque en fecha oportuna (05/05/17) secretaría advirtió la causa de la demora, y expuso las razones del proceder que a la luz de dicho informe lucen completamente satisfactorias*.” Agrega que disiente con su distinguido colega Defensor en el sentido de que un camarista no puede, sin más, adherirse al voto de un colega preopinante, dado que el magistrado ha estado presente en todos y cada uno de los actos del debate respetando el principio de la inmediatez. No existe reglamentación que obligue a fundar votos en los cuales se concuerde con quien ha opinado en primer término, si debiéndose fundar, lógicamente, cuando se vote en disidencia, circunstancia que resulta ser una práctica habitual. Por ello, es que no revistiendo mayor fundamento el agravio del Sr. Defensor es que el mismo debe ser rechazado. Respecto a la cuestión fáctica o probatoria, expone que es indudable que la sentencia resulta plena y totalmente ajustada a derecho, tanto en la cuestión fáctica como en la jurídica.

4) Dictamen del Sr. Procurador General: Que por actuación Nº 10561416, de fecha 29/11/18, el Sr. Procurador General emite dictamen, quien opina que la nulidad planteada no debe tener acogida pues no ha causado ningún agravio, debiendo rechazarse la nulidad por la nulidad misma. Expone que en cuanto a la cuestión fáctica o probatoria, es indudable que la sentencia resulta plena y totalmente ajustada a derecho, tanto en la cuestión fáctica como en la jurídica y que el recurso intentado por la defensa, no es más que una discrepancia respecto de la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba, estimando que la sentencia se encuentra ajustada a los hechos y al derecho.

5) Consideraciones previas sobre el recurso de casación y el fallo “Casal”: El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. Art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

Así, en la sentencia dictada en autos: “**TORRES, HÉCTOR HUGO - AV. HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO — RECURSO DE CASACIÓN”; Expte Nº 5-1-08;** este Superior Tribunal de Justicia, con diferente integración, dijo: *“...he de pronunciarme sobro el fondo de la cuestión, dado lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa”, causa Nº 1681 del 29/9/2004, según el cual después de la reforma constitucional de 1994 y teniendo en cuanta la jurisprudencia internacional (cfr. arts. 2 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al “doble conforme”), todo condenado tiene derecho recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba de hecho con el único límite de los que estén íntimamente ligados a la inmediación real. Va de suyo quo esta elevación paradigmática de la doble instancia y del recurso con derecho a revisión con el “máximo rendimiento” con sede en la Carta Magna, no podía quedar subordinada a una cuestión de mera admisibilidad formal contenida en una ley subjetiva convertida, incongruentemente, en instancia dirimente”* (Ver: STJSL-S.J. Nº 131/09, del 3 de diciembre de 2009 y, en similar sentido, STJSL-S.J. Nº 140/09, del 29 de diciembre de 2009).

6) Resolución del recurso: Sentado lo anterior, adelanto que comparto el dictamen del Sr. Procurador General emitido por actuación Nº 10561416 de fecha 29/11/18, al postular el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de César Gabriel Fernández. Asimismo, debo agregar las siguientes consideraciones:

Respecto del primer agravio, referido a la nulidad de la sentencia, considero que el Auto Interlocutorio Nº 172/18, de fecha 18/10/18 (actuación Nº 10258081), que resuelve rechazar el planteo nulidificante, con fundamento en que, tal como lo sostiene el Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen, no se evidencia perjuicio alguno al imputado que habilite a efectuar un planteo tan grave como el que propone, se encuentra debidamente fundado en las normas procesales. Además, y conforme lo informado por el Actuario en fecha 1/10/18 (actuación Nº 10125077), los fundamentos de la sentencia fueron puestos a disposición de la Dra. Castillo de Insúa y del Dr. Aníbal Astudillo al reintegrase de sus respectivas licencias compensatorias, a los que adhirieron. El art. 357 C.P.Crim. establece que, cuando no sea posible hacerlo en el mismo acto, dentro de los siete días de leído el veredicto, cada miembro del Tribunal fundará su voto por escrito sobre las cuestiones planteadas en el debate, labrándose el acta respectiva.

La posibilidad de adherir a los fundamentos dados en la sentencia por un vocal preopinante, no es una facultad que los magistrados tengan vedada, sino que por el contrario, no están obligados a fundar los votos en los cuales coinciden con quien ha opinado en primer término, y sí están obligados a fundar sus disidencias, circunstancia que resulta ser una práctica habitual. Teniendo presente además, que los tres Magistrados votantes estuvieron presentes durante el debate, en el que se valoraron las pruebas de acuerdo al principio de inmediación, y observando sus deberes de objetividad, neutralidad e imparcialidad.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: *“La nulidad procesal requiere un perjuicio para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma”.(*Fallos 324:1564; y más reciente T.870 XXXIX, “Termite”, causa nro. 8156, rta. 8/02/05, entre otras), criterio que este Superior Tribunal de Justicia ha mantenido invariablemente con sustento en el principio *pas de nullite sans grief.*

La doctrina ha sostenido que el requisito imprescindible para la declaración de una nulidad absoluta en el proceso penal es que el acto que habrá de ser invalidado resulte lesivo de un derecho constitucional. Luego habrá de analizarse otros datos o particulares escenarios normativos. Si a causa de una lesión de un mandato constitucional resulta un “perjuicio” para el imputado, corresponde la declaración de nulidad absoluta.

Se impone como primera tarea delimitar qué es “perjuicio”. Se podría decir que es un estado de agravamiento de la situación jurídica respecto de un sujeto del proceso resultante del acto cuestionado. En otras palabras, el “perjuicio” será una situación procesal más grave desde el punto de vista normativo que deriva o es resultado del acto irregular que debe ser invalidado. Eventualmente este “perjuicio” también podría vincularse a la situación jurídica del querellante y también a las partes civiles. (*La nulidad en el proceso penal*, por Nelson R. Pessoa, 3º ed. Ampliada y actualizada, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, págs. 481 y s.s.).

Ahora bien, en los casos de ausencia de perjuicio, cuando el acto irregular no causa perjuicio al imputado ni a otro sujeto procesal, no corresponde su anulación, como en el caso que nos ocupa.

La doctrina también se ha sostenido que: *"Todo pedido de nulidad debe fundarse en el interés jurídico, indicándose con exactitud la defensa de que se habría visto privado quien la alega, así como el perjuicio real causado por los actos procesales que se impugnan"* (DJ, Tomo X, pág. 122, N° 39). Tanto el perjuicio como el interés son elementos fundamentales en todo pedido y declaración de nulidad. En este sentido, Sergio Gabriel Torres dice que por perjuicio debe entenderse *"... la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa"* y por interés *"la actividad procesal desarrollada por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de obtener algún provecho*" (Nulidades en el Proceso Penal, Editorial Ad Hoc, 1993, pág. 35).

Respecto del resto de los agravios, estimo que también deben ser rechazados, por cuanto el Tribunal de la instancia no ha desatendido las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la pruebas rendidas durante el debate oral, guiado por los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradictorio; según las reglas de la sana crítica racional también ha valorado la prueba documental y los testimonios rendidos en la Instrucción, los que han sido incorporados al debate y oralizados con el consentimiento de las partes.

Así, el Tribunal de juicio tuvo por acreditado que: *“Así tenemos que el hecho denunciado por Nirma Suarez, en fecha 18 de abril de 2017, y en el que resultara victima Agostina Escudero Suarez, ha quedado plena y certeramente probado en el Debate Oral.”*

*“Efectivamente, se ha podido establecer que la menor Suarez, estuvo conviviendo en pareja con el acusado Cesar Gabriel Fernández, por casi tres años, oportunidad en que vivían en la casa paterna de la denunciante, circunstancia está corroborada, por el propio acusado, la víctima y el testigo José Daniel Arias. Que la pareja solía discutir y fueron protagonistas de situaciones de violencia; Norma Suarez, refiere que si bien ella no presenció hechos de esa naturaleza, su hija siempre la llamaba cuando estaba golpeada y en varias ocasiones formuló la denuncia correspondiente.”*

*“Que aun estando separados, Fernández no quería que Agostina saliera a la calle y la golpeaba. La esperaba cuando salía de trabajar, porque quería seguir su relación con ella. Que en una ocasión, en proximidades a la Escuela Capital, más precisamente en un pasaje, la golpeó con trompadas y patadas provocándole lesiones. Que Fernández había sacado las llaves de la casa y cuando no estaban, entraba como quería, cuando llegaban salía por otra puerta, por lo que cambiaron la cerradura, pero el día del hecho la puerta de ingreso se encontraba entreabierta.”*

*“Frente a estas afirmaciones, no podemos dejar de considerar, que a raíz de todo esto, interviene el Juzgado de Familia y Menores N° 1 de esta ciudad de Villa Mercedes y dicta* *una prohibición de acercamiento para él, mientras que a Agostina la Secretaria de la Mujer le había provisto de un botón anti pánico.”*

*“Que el día del hecho motivo de debate, en horas tempranas de la mañana, Agostina se encontraba por tomar mates con José Daniel Arias, quien en ese momento había ido a* *buscar el agua a la cocina, contigua al lugar donde ellos estaban, es allí cuando Fernández ingresa a la casa intempestivamente y toma a Agostina por el cuello, le coloca un cuchillo en el cuello amenazándola y al advertir la presencia de Arias, la golpea tirándola al piso y se lleva el celular propiedad de la menor, situación que fue presenciada por Arias, corroborando la versión de Agostina. Que Arias quiso defenderla, pero Fernández salió corriendo.”*

Los agravios de la defensa se centran en la errónea aplicación de la ley, por cuanto debió calificarse al hecho como robo simple (art. 164 C.P.) porque no se verificó uno de los elementos del tipo penal, el uso de arma, y además, que el fallo no indica fundadamente si hubo un robo o un hurto. Además, aduce que no logró probarse el dolo del imputado, ya que según la defensa, César Gabriel Fernández actuó motivado por los celos, y por eso se llevó el celular de Agustina Escudero, para controlar su vida y no con la intención de sustraerlo.

Las pruebas valoradas por el tribunal de juicio son las siguientes:

1. Documental: incorporada al proceso por su lectura, con el acuerdo de las partes:
2. Acta inicial de procedimiento de fs. 1 y vta.
3. Croquis del lugar del hecho de fs. 2.
4. Acta de levantamiento y secuestro de fs. 3.
5. Denuncia de la Sra. Mirna Suárez (madre de la menor) de fs. 4 y vta.
6. Fotocopias de fs. 7, 8, 33/36 y 74/78.
7. Actas de reconocimiento de elementos de fs. 10, 11 y 24.
8. Acta de allanamiento de fs. 21/22.
9. Acta de requisa de fs. 23.
10. Acta de detención de fs. 26.
11. Los testimonios rendidos durante la instrucción oralizados con acuerdo de las partes, de las siguientes personas: Mardo Rafael Pérez, Ángel Escudero, Gimena Pereyra, Marta Suarez, y Cristian Jesús Molina.
12. Testimoniales receptadas en el debate:

Agostina Lourdes Escudero Suárez, víctima de los hechos, ratificó lo actuado de fs. 10 y 24, y declaró que: “…*Que me estuve escribiendo por whatsapp con JOSÉ y lo invite a tomar mates, el vino como a las siete y media, siempre me junto a la mañana con JOSÉ, solo somos amigos nada más. Los conozco antes que a CÉSAR FERNANDEZ, ese día le digo a JOSÉ que vaya a buscar la pava a la cocina, la puerta la había dejado entre abierta, en eso entra CÉSAR con un cuchillo en la mano izquierda, yo me levanto de la silla del susto y le pregunto qué hacía en mi casa, JOSÉ me dijo que me iba a matar, el me insulto en voz baja, pensé que me venía a matar porque está loco, no venía con intención de robar, sino a matarme, el no puede acercarse a mí, yo tengo en el celular una aplicación de botón anti pánico, el teléfono estaba arriba de la mesa. Que no me dio tiempo de agarrar el teléfono… Que cuando me vio el me dijo que estaba haciendo y que me venía a matar, le dije que se fuera porque no podía estar en mi casa, me pegó una piña en la nuca y me tiró al piso y se fue. Cuando me levanté del suelo me doy cuenta que CÉSAR me había llevado el teléfono y que arriba de la mesa había dejado el cuchillo con el que había entrado a la casa… Lo he visto cuando el viola la orden de restricción de no acercase, el se acerca, me pega y después se va, el me pega donde me encuentra. Que CÉSAR en ningún momento me amenazó con el cuchillo pidiéndome el teléfono. Que una persona que anda con ropa interior mía sucia o limpia no puede andar suelta, me roba los maquillajes, mi ropa, mis auriculares etc. Que CÉSAR me rompió una vez un teléfono y tuve que vender una bicicleta para poder arreglarlo… Que CÉSAR es violento conmigo y con su familia….”* También relató que estuvo tres meses pidiéndole que se fuera y él le decía que se iba a matar, y ella tenía miedo que lo hiciera. Que pidió auxilio en la Secretarí de la Mujer, que la ayudaran con un botón antipático, para andar. Que ella tenía su vida, trabajaba y necesitaba estar tranquila, pero que lo tenía a él a dos cuadras de su casa. Que él tenía una restricción para acercarse y dos veces violó la orden del juez, que se enteró porque tuvo un problema a la salida de la escuela. Que él se acercó a donde ella estaba, la quiso agredir, entonces se va corriendo a la policía, comunica lo que pasó y ahí le dijeron que se quede tranquila, que había llegado la orden del juez, que él no se podía acercar. Agregó que no recuerda cuando fue la primera denuncia, pero aproximadamente en marzo de 2017, que más de cuatro veces Fernández le llevó el celular, distintos teléfonos que le prestaban y que no pudo recuperar. Que después que el juez dictó la orden no volvió a estar con Fernández, que él se le aparecía, vivía cerca de su casa y sabía donde trabajaba, así que la esperaba en la esquina de su trabajo o pasaba por donde ella estaba, se lo cruzaba muchas veces porque la perseguía.

La Sra. Mirna Suárez, madre de Agostina, declaró que en algunas ocasiones que han estado todos juntos, en reuniones, vio que ellos (su hija y César Fernández) siempre discutían, que él era muy callado de poco hablar. Que no presenció circunstancias de violencia, pero siempre que su hija la llamaba iba y estaba golpeada, por eso en varias ocasiones, le hizo denuncias. Que si salía a la calle la golpeaba, porque trabajaba. Relató que su hija cuidaba un señor amigo, de edad y Fernández la esperaba en la puerta. Que cuando salía o cuando entraba, le decía que él quería seguir con ella. Que conoce que había una prohibición de acercamiento y cuando vinieron a Mercedes le pusieron el botón anti pánico. Que el teléfono lo tuvo un mes y él se lo sacó, y que no puede precisar desde cuando la golpea. Respecto de los teléfonos, expresó que su hija anduvo con su teléfono y se lo quitó, se lo tiró, después anduvo con otro teléfono prestado del trabajo y también se lo quitó y se lo tiró, y este último no lo entregó, ella se lo había comprado a su hija. Que Fernández, en otra ocasión le rompió el teléfono, uno que ella le había comprado y entonces para arreglarse con ella le sacó un celular en cuotas a nombre de su abuela, dice que lo recuerda, que es un celular anterior al que le sacó el día del hecho.

José Daniel Arias, actual pareja de la víctima, quien se encontraba en su domicilio al momento de los hechos, declaró ante el Tribunal que ese día, las ocho menos cuarto de la mañana, el dicente estaba con ella, y que Fernández ingresó a la casa y la tenía forcejeando con un cuchillo en el cuello y cuando lo ve a él, le pega a Agostina y se va. No sabe si agarró el teléfono del suelo o se lo quitó a ella de las manos pero se fue. Que él estaba a unos 2 o 3 metros, en la cocina, arcada de por medio con el comedor donde estaba Agostina. Que el comedor da al frente de la casa, y por ahí entra Fernández. Que habrán sido ocho menos diez, menos cuarto de la mañana, pone la pava y cuando la va a buscar y llega al comedor estaba este muchacho con la cuchilla, la tenía en el cuello de ella (el arma). Que Fernández le pega una cachetada o una piña no puede precisar, pero la tiró al piso y se va. Que no sabe dónde estaba el teléfono de ella, si estaba en el piso o lo tenía en la mano, como estaban forcejeando no lo vio. Que no ha presenciado otra situación de violencia, solamente el golpe y el forcejeo con la cuchilla.

La testigo de actuación Sra. Alicia René Saldaña, presente en el acto de levantamiento y secuestro del arma, declaró que un día al llegar a su casa la llama Agostina y personal policial para que fuera testigo de lo que alzaban de una mesa. Que se asustó, por si había pasado algo con ella, porque ella estaba sola, su mamá trabajaba todo el día. Que se arrimó para pedirle que fuera testigo y lo que vio, fue un cuchillo de 15, 20 centímetros con cabo de madera y una caja de celular vacía. Que la chica estaba enojada porque le habían llevado al celular, otra cosa no vio, y firmó un acta.

La oficial de policía Karina Ontiveros manifestó en la audiencia que no puede precisar si fue una semana anterior, que Cesar Fernández estuvo demorado por lo mismo, por violar una orden judicial porque había sido notificado de la prohibición de acercamiento. Esta era otra, porque había entrado a la casa. Manifiesta que luego tuvo intervención en los allanamientos, que el primero se hizo en el domicilio de los abuelos porque él solía residir ahí, y el otro allanamiento se hizo en la casa de los padres. Que el resultado fue positivo en el lugar donde está Fernández, ahí se encontró el celular, cuando fue revisado. Que era un LG, el señor estaba acostado vestido y se levantó, que en uno de los bolsillos del jean tenía ropa interior femenina. ´

La oficial Alejandra Noemí Miranda declaró que a Fernández y a Escudero, los conoce de la ciudad y a la señorita por haber ido a la comisaría. Que con respecto a su actuación, es porque ella trabajaba en la oficina judicial de Comisaria 18° de Justo Daract y realizaba las comunicaciones de oficio. Que se hacían las actas de notificación y a Fernández se lo notificó de una prohibición de acercamiento. Recuerda que el oficio ordenaba la prohibición de acercamiento del ciudadano Fernández a la otra parte, que en ese momento era menor de edad. Que no ha tenido otra intervención. Le parece en dos ocasiones, tuvo que notificar la prohibición de acercamiento.

El imputado, en su declaración indagatoria de fecha 19/04/17 (actuación Nº 7078939) expuso que: “…*tengo una prohibición de acercamiento respecto a AGOSTINA y su mamá IRMA SUAREZ, no me puedo acercar a su casa, esto fue como hace un mes y medio. Pero con AGOSTINA nos seguimos viendo a escondidas de su mamá, no veíamos en la casa de mi abuela, no teníamos relaciones sexuales en este último tiempo. Que nos veíamos en la casa de mi abuela una vez por semana, nos llamábamos y ella iba a la casa de mi abuela MARTA SUAREZ, yo vivo con ella. Que nos sacamos fotos hace como dos semanas y media. Mi abuela está en contra de la relación con AGOSTINA por eso a veces la hacía pasar por la ventana para vernos en mi habitación. El día martes 18 a la madrugada nos llamamos con AGOSTINA y nos quedamos de encontrar en la casa de mi abuela, ella fue como a la una de la mañana. Que nos juntamos en el baño de la casa de mi abuela, el baño esta en el patio de la casa, fumamos con AGOSTINA, nos besamos pero no tuvimos relaciones sexuales. Como a las cinco de la mañana AGOSTINA se fue pero se olvidó su celular en una repisa del baño...”.*

1. El expediente radicado en el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial caratulado “**EXV 15173/17 "ESCUD**  Nº 6868589) se dictó la primera prohibición de acercamientodel Sr. Fernández César con domicilio en calle Rivadavia y 3 de febrero, Justo Daract, al domicilio, trayectos y lugares de concurrencia habituales da la joven Escudero Agostina y la totalidad de su grupo familiar con domicilio en Hipólito Irigoyen 653, Justo Daract, hasta una distancia de 200 ms., como así también se intimó al mismo al cese de todo tipo de agresión y hostilidad. Ante el incumplimiento de la orden judicial por parte de Fernández, según lo informado por personal policial, en fecha 20/03/17 se dicta una nueva orden de restricción de acercamiento, en virtud de los nuevos hechos de violencia denunciados, bajo apercibimiento de remitir copia del expediente al Juzgado Correccional y Contravencional por el delito de desobediencia a una orden judicial.

A esta altura del análisis probatorio es dable concluir que, tal como se sostiene en la sentencia impugnada, que el día del hecho 18/04/17, antes de las 8.00 h., encontrándose Agostina Escudero Suarez en su domicilio tomando mate con el Sr. José Daniel Arias, y mientras éste último se dirigió a la cocina contigua a calentar el agua, irrumpió por la puerta de entrada de la casa el imputado César Gabriel Fernández, y agredió física y verbalmente a Agostina, tomándola por el cuello, le colocó un cuchillo en el cuello y la amenazó, y al ver que también se encontraba en el lugar José Daniel Arias quien salía de la cocina al escuchar las voces, para defenderla, la golpeó tirándola al piso y salió corriendo llevándose el celular de la joven.

El delito de robo simple del teléfono celular ha quedado acreditado en el caso, tanto en sus elementos objetivos como también en la existencia del elemento subjetivo exigido por la figura típica del art. 164, el dolo.

Exige el dispositivo penal en análisis que, desde el punto de vista objetivo, consiste en el desapoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Quien se apodera realiza una conducta que implica ejercer actos de disposición o de señorío sobre la cosa, bloqueando el igual derecho del dueño, poseedor o tenedor. O bien como lo señala Soler, *“apoderarse exige no solamente la pérdida de poder de parte de la víctima, sino la adquisición de poder de parte del autor.”* Ello conduce también inexorablemente al aspecto subjetivo que debe presentarse para tener por configurado el delito. La acción de apoderarse implica de por sí, una orientación subjetiva por parte del autor.

Además, el desapoderamiento debe ser ilegítimo. Este es ilegítimo cuando el autor sabe que obra sin el derecho de poder disponer de la cosa, que es el móvil que inspira la acción. En otras palabras, la ilegitimidad comprende un aspecto objetivo que hace referencia a la conducta del autor, y un aspecto subjetivo que exige que el agente obre a sabiendas de que el desapoderamiento es ilegítimo (*CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADO. PARTE ESPECIAL,* por Alejandro Tazza, Segunda Edición Actualizada, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, págs. 10/11, 14,

En el caso del robo, la figura presenta características especiales para su consumación, referidas a los medios de comisión: la fuerza en las cosas y la violencia en las personas. En el primer caso, desde el punto de vista jurídico, la fuerza significa el quebrantamiento de la resistencia material que oponen las defensas que se emplean para el resguardo de la propiedad de las cosas. En el segundo caso, por “violencia en las personas”, debe entenderse aquel despliegue de energía física, humana, animal, mecánica, fluida o química que el autor del hecho lleve a cabo sobre la víctima, importando con ello la supresión o limitación material de la libertad de acción de esta última, como así también de la eventual resistencia que la misma pudiera oponer al apoderamiento ilegítimo.

Es verdad que esta violencia debe ser efectiva y real y no meramente presumida por la víctima, además de constituir el medio idóneo para desplazar el objeto patrimonial del que se intenta apoderar el sujeto activo.

Por ello, la violencia es aquella que se utiliza normalmente para vencer esta resistencia, y no aquella que se desconecta de la acción propia del robo. Toda fuerza realizada en oportunidad del apoderamiento pero no vinculada con éste no puede ser considerada como un elemento típico de la figura de robo.

El propio Código Penal establece aquí una circunstancia temporal en el tipo analizado del art. 164 respecto del momento en que debe ejercerse la violencia para considerar el hecho como robo. En efecto, el artículo señala que este medio comisivo puede tener lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo, o después de ejercerse la violencia para procurar la impunidad.

La violencia anterior al robo se da cuando el agente realiza una acción violenta para allanar el camino hacia el desapoderamiento. Cuando la violencia es ejercida antes del desapoderamiento para poder facilitar su comisión, será necesario que exista entre ambos extremos -violencia y apoderamiento- una conexión ideológica según Creus, entre la utilización del medio y el propósito perseguido por el autor, como sería el ejemplo citado por dicho autor cuando se mata al perro ovejero para penetrar por la noche al corral para sustraer la oveja.

El elemento subjetivo de la figura penal en análisis, es el dolo, y solo el dolo directo es compatible con esta modalidad delictiva. (Alejandro Tazza, ob. cit, págs. 40/41).

No habrá robo, sino hurto, aún cuando exista violencia en las personas o fuerza en las cosas si éstas no son queridas por el autor como medio para concretar el apoderamiento (o para facilitarlo o procurar su impunidad en el caso de la violencia física). (*Robo Simple* Por Fernando Ávila, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37765.pdf>, acceso 17/04/19).

Sentado lo anterior, considero que en el caso, según el conjunto probatorio referenciado ut supra, se ha comprobado la existencia de todos los elementos exigidos por el tipo objetivo y subjetivo del delito de robo simple. En efecto, se trata de un robo y no de un hurto, por cuanto el señor Fernández ingresó en el domicilio quebrantando una orden judicial de restricción de acercamiento, ejerció violencia física sobre la persona de Agostina Escudero, le puso un cuchillo de cocina en el cuello amenazándola, luego al aparecer el Sr. José Daniel Arias en escena, golpeó a Agostina y la tiró al piso, y con ella en el suelo, golpeada, logró de esa manera sustraer de arriba de la mesa su teléfono celular; es decir que el desapoderamiento fue posterior a la violencia física ejercida sobre la joven, golpeándola y arrojándola al piso, y ésta violencia tuvo por finalidad, además de amedrentarla, lograr sustraer el teléfono, por lo tanto, existe una conexión ideológica para facilitar el robo, y la violencia está vinculada con el desapoderamiento. Además, Cesar Fernández consolidó su poder sobre la cosa mueble sustraída durante un tiempo, es decir que *desapoderó para apoderarse* del aparato telefónico, por lo tanto el delito ha sido consumado.

A su vez, la jurisprudencia ha dicho respecto de este tema, que: “*Sólo la teoría de la disponibilidad conforma las exigencias del derecho vigente (Conf. Donna, Edgardo Alberto; "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B", Rubinzal Culzoni, segunda edición actualizada, 2007, pág 29). Para ésta teoría, la conducta está integrada por dos fases ejecutivas: por un lado, desde el punto de vista del sujeto pasivo, implica una privación, desapoderamiento de la cosa y, por otro, desde la perspectiva del sujeto activo, toma efectiva del poder por parte del mismo.*” Fernández, Leandro Ezequiel /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 29; 18-08-2009; Rubinzal Online; RC J 10328/11. En <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 17/04/19.

Respecto del delito previsto en el art. 239 del Cód. Penal, la desobediencia ha sido definida como un modo de resistencia menor en la que no se utiliza intimidación o fuerza y que se halla constituida por el incumplimiento de una orden. Lo esencial es que exista una orden concretamente dirigida al particular, porque la desobediencia a una orden genérica de la autoridad, a una disposición suya dada con carácter general no la constituye. (Voto del Dr. Mitchell) En 0.710294 || C.N.C.P., Sala III, 15/8/2002, "Godoy, Heriberto S. s/ rec. cas.", c. 3.765, reg. 410, Jueces: Riggi, Tragant, Mitchell, PJN Intranet. Citas : C.N.A.C.C.F. - Sala II, F.N.I.A. s/dcia. Art. 239 del C.P.", causa Nº 7142, reg. nº 7868 del 1/3/91. C.C.C. Fallos: T. V, pág. 747. Boletín de jurisprudencia, C.C.C.Fed., 1991-49. Núñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino", T. VII, ed. Lerner, Bs. As., 1974, pág. 27. J.A. 1977-II-217, vid., especialmente, nota 2 *///* Penal; 3765; RCJ 739/00, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 17/04/19).

Así, la jurisprudencia ha sostenido que: *“La conducta del imputado, de presentarse en el domicilio de su ex esposa a altas horas de la noche pretendiendo ser atendido por ella, existiendo una orden de restricción, resulta, a todas luces, configurativa del delito de desobediencia a la autoridad previsto en el art. 239 del C.P., sin perjuicio de la sanción especial estipulada en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia del Neuquén*”. (En 0.161194 || **C., L. L. s. Incumplimiento a una orden judicial *///*** TSJ, Neuquén; 01/12/2009; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Neuquén; 166/2008; RC J 11892/11, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 17/04/19).

Ha quedado acreditado con la certeza necesaria que el imputado César Fernández hostigaba constantemente a su ex pareja Agostina Escudero, violando sistemáticamente las dos órdenes de restricción de acercamiento que habían sido ordenadas por la Sra. Jueza de Familia Niñez y Adolescencia Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, y en varias oportunidades le sustrajo el celular, y que cada vez que ella lo reponía, él se lo quitaba y se apoderaba del aparato nuevamente, además de prendas íntimas de la víctima, tal como surge del acta de allanamiento de fs. 21/22. Que cuando violaba la medida de restricción, además la golpeaba e insultaba, no permitiéndole realizar los actos de su vida cotidiana en forma habitual y tranquila, llegando incluso a simular un suicidio en el patio de la casa materna de la joven, a los fines de que ella creyera que, efectivamente se había matado porque ella quería terminar el noviazgo violento que tenían.

Consecuentemente, el agravio relativo a la ausencia del elemento subjetivo del delito de robo carece de sustento, pues el razonamiento del "a-quo", fue inferido en base a las constancias probatorias de la causa**,** resultando ajustado a derecho, el tener el hecho por consumado, en virtud de que ha quedado acreditado que el teléfono celular sustraído mediante violencia física sobre la mujer salió de la esfera de custodia de su tenedora (Agostina Escudero) por la acción desplegada por Fernández y que éste se llevó consigo el teléfono fuera del ámbito de custodia de la víctima. Es decir, que está suficientemente comprobada la disponibilidad material de César Gabriel Fernández sobre la cosa sustraída después de producido el desapoderamiento, durante un lapso de tiempo importante.

Asimismo, la versión de los hechos dada por la defensa, de que Agostina Escudero y su pupilo seguían manteniendo una relación sentimental al momento de los acontecimientos, y que ella la noche anterior había dejado olvidado su teléfono celular en la casa de la abuela de Fernández, lugar donde se habían encontrado para verse, no tiene apoyatura en los hechos probados durante el debate.

En definitiva, y a modo de conclusión, sostengo que el recurso de casación debe rechazarse ya que los agravios esgrimidos se fundan en la discrepancia o disconformidad del recurrente, con la correcta subsunción que realiza el Tribunal de los hechos probados en el debate y las normas del Código Penal. No es suficiente enunciar principios de razonamientos y sostener que han sido violados. En la casación se debe indicar cómo y dónde resultan vulnerados, explicando cómo construyó su resolución el juez y determinar el momento y el lugar en donde se apartó del iter correcto. Indicar por qué esa construcción lógica y legal, no es consecuencia de un proceso ordenado de razonamiento y exponer cuál habría sido la manera correcta de elaborarla (ver Olsen Ghirardi, Lógica del Proceso Judicial, 2ª. Edic. Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2005; STJSL: “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: GIL ALBERTO – AV. DELITO c/ LA INTEGRIDAD SEXUAL”, 26-05-2011).

8) Que en consecuencia, el recurrente no logra demostrar la errónea aplicación de la ley o la absurda valoración probatoria que autoriza a revisar lo resuelto, atento que la sentencia tiene suficientes fundamentos, que la avalan como acto judicial válido y se adecua a las circunstancias comprobadas de la causa.

Que al respecto, es jurisprudencia pacífica de la CSJN y del Superior Tribunal que: “...*al contar el pronunciamiento impugnado con fundamentos suficientes, al margen de su acierto o error cabe concluir que no corresponde hacer lugar a la tacha de arbitrariedad formulada, pues tal doctrina no autoriza a sustituir el criterio de los jueces de las instancias ordinarias por el de este Tribunal”*. (Fallos 297:235 y 181; S.T.J.S.L “Castelli Oscar Roque c/ De-Cre-Mer y Centro de Comercio e Industria de la Ciudad de Villa Mercedes- Habeas Data- Medida Autosatisfactiva- Dilig. Preliminar- Recurso de Queja”, 5-10-05 entre otros).

Que por otra parte, se debe observar que la finalidad de carácter general que reviste el recurso de casación, es conseguir la uniformidad de la jurisprudencia y la finalidad específica es la de obtener la nulidad de una sentencia por errónea aplicación o interpretación de la norma legal sustantiva en el caso concreto fijado en sentencia definitiva por el Tribunal de mérito, lo que no acontece en la causa.

Que el fallo atacado ha realizado una correcta valoración de los hechos y de la prueba, y no ha vulnerado las garantías constitucionales de legalidad y congruencia, por el contrario, se han consignado suficientes las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas.

Por lo expuesto, se concluye, que en la sentencia bajo recurso se ha efectuado una correcta aplicación del derecho, ya que del examen exhaustivo de la causa surge acreditada la autoría y responsabilidad penal del Sr. César Gabriel Fernández por los delitos de robo simple y desobediencia a una orden judicial en concurso ideal (arts. 164, 239, 54 y 45 del Cod. Penal, correspondiendo rechazar el recurso intentado.

Por ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que corresponde rechazar el recurso de casación intentado, confirmando la sentencia recurrida. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas a la recurrente vencida.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, veintisiete de mayo de dos mil diecinueve.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación intentado, confirmando la sentencia recurrida.

II) Costas a la recurrente vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*