

**STJSL-S.J. – S.D. N° 046/21.-**

--En la Provincia de San Luis, a **veintiocho días del mes de abril de dos mil veintiuno**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA – Ausente en este acto la Dra. DIANA MARÍA BERNAL por encontrarse en uso de licencia - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: ***“GRIFFITHS ORLANDO GERA - AV HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA - ROBO - ATENTADO A LA AUTORIDAD -RECURSO DE CASACIÓN”*** - IURIX PEX N° 235969/18.

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: Dra. CECILIA CHADA, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y habiendo asumido los Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, como nuevos Ministros del Superior Tribunal, pasan a éstos para su estudio y votación.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la defensa del imputado Orlando Gera Griffiths?

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

III) En caso afirmativo 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, la Dra. CECILIA CHADA, dijo:** 1) Que en fecha 08/06/2020, mediante ESCEXT N° 14116351, la defensa del imputado Orlando Gera Griffiths interpone recurso de casación contra la sentencia definitiva integrada por el Veredicto de fecha 26/05/2020 (actuación N° 14027934) y sus fundamentos de fecha 04/06/2020 (actuación N° 14079823),

dictada por la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que declaró a su pupilo *“autor penalmente responsable de los delitos de HURTO CALIFICADO POR SER DE UN VEHÍCULO DEJADO EN LA VÍA PÚBLICA (arts. 163 inc. 6° y 45 del Código Penal) en perjuicio de Franco Emanuel Castañón y de ATENTADO A LA AUTORIDAD AGRAVADO (art. 238 inc. 1° del Código Penal) en perjuicio de la sociedad, todo ello en CONCURSO REAL (art. 55 del Código Penal) y condenarlo a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales y costas procesales; 2.-) ABSOLVER al acusado ORLANDO GERA GRIFFITHS del hecho de fecha 15 de septiembre de 2.018 en condicional por Fiscalía de Cámara, por el principio IN DUBIO PRO REO (arts. 1° del C.P.P. y 39 de la Const. Prov.)”*

El recurso es fundado en fecha 16/06/2020, por ESCEXT N° 14167429.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del recurso interpuesto por la defensa.

De las constancias digitales del expediente, se observa que ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado por la defensa deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN**.

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo:** 1) **Agravios del recurrente:** Como primer agravio, titulado *DESISTIMIENTO VOLUNTARIO*, manifiesta el defensor que el Tribunal procede a condenar a Griffiths por el delito de hurto calificado consumado, lo cual se traduce en un grave perjuicio y en una notoria confusión de la estructura del tipo delictivo del delito mencionado.

Sostiene que si advertimos los hechos tal como se sucedieron, no demoraremos en interpretar que como un acto de provocación, aparentemente su defendido se habría subido al vehículo del denunciante y habría hecho una vuelta a la manzana para volver a dejar el vehículo en su poder. Agrega que el modo comisivo del hurto se traduce en el desapoderamiento de la cosa mueble del ámbito de custodia de su propietario, y podemos advertir en autos que este requisito no se ha visto verificado, ello puesto que, pese a utilizarlo, jamás salió del ámbito de custodia del mismo.

Agrega que ni siquiera estamos ante una tentativa, en virtud de que no hubo ninguna causa ajena a la voluntad del autor que impidiera que el delito se haya consumado, solamente intervino la intención para interrumpir la ejecución de quien voluntariamente desiste de su accionar y devuelve el bien a su propietario. Que el fallo solo explica una porción objetiva del tipo que es el desapoderamiento, pero no se explica en los fundamentos nada respecto a la no consumación del delito.

Expresa que en el proceso del delito -el *iter criminis*-, en el lugar intermedio entre su inicio y su consumación, la ley ha creado una vía de regreso que le permite al sujeto activo que ha dado comienzo a la acción con intención criminal suspender o abortar el plan y colocarse en el área de lo lícito nuevamente. En la fase de la tentativa, el sujeto puede detenerse y retornar voluntariamente, y ese cambio de rumbo hacia el punto de partida no debe ser consecuencia de una acción de parte del sistema punitivo (por ejemplo: intervención policial), ni de la coacción de terceros (la víctima u otros particulares, por ejemplo), sino que la acción de restablecimiento al estado anterior debe reputarse libre.

Destaca que en el delito de hurto, no basta la sola remoción, ni la sola extracción de la cosa sino que es necesario que el actor tenga adquisición de poder efectivo sobre la misma; pero esto queda descartado en el caso, porque es clara la intencionalidad del autor de molestar al propietario y jamás quedarse con la cosa.

Manifiesta que si la Excma. Cámara pretendió aferrarse a la teoría de la custodia, descartó dos elementos esenciales para esa teoría que son la intención y la actividad posterior. En nuestro derecho, la teoría que prevalece es una simbiosis entre el desapoderamiento y la verdadera disponibilidad del autor, por lo que en el caso de marras no existe siquiera delito tentado, sino que debe aplicarse el art. 43, es decir, el desistimiento voluntario.

Como segundo agravio, titulado *ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACIÓN AL ATENTADO A LA AUTORIDAD*, expone que con desacierto alarmante, la Cámara indica la existencia de un atentado a la autoridad con una notoria y errónea valoración de la prueba al respecto.

Alega que debemos remitirnos a la deposición del oficial Mansilla en el debate oral, el cual indica claramente no saber quién le disparó, cuantos disparos hubo y si iban dirigidos a su persona. Que de la única arma secuestrada podemos advertir que tiene un mecanismo tiro a tiro, y las municiones son tipo cartuchos, esto implica que jamás pudo disparar de manera repetida y traduce en imposible la acción que se pretende.

Destaca que la prueba de rodizonato de sodio, la más importante, le dio negativa, lo que implica que el imputado no realizó disparo alguno, por lo que el delito de atentado a la autoridad no puede endilgársele como de su autoría.

Bajo el título *FALTA DE JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE PENA DE PRISIÓN EFECTIVA*, expone que llama poderosamente la atención que la pena impuesta de tres años de prisión sea de cumplimiento efectivo, si bien la parte reconoce que la ejecución condicional es una facultad de los jueces, también debe estarse que por aplicación del principio de ley penal más

benigna, por lo que debieron al menos sintéticamente justificar con fundamentos el porqué de la aplicación de la pena efectiva. Que ello genera un gravísimo perjuicio a su defendido en virtud de que por el extenso tiempo sufrido en prisión preventiva, se verá privado por falta material de tiempo de obtener salidas transitorias, y hasta la libertad condicional para la cual ya se encuentra encuadrado hace más de un año y medio. Por lo que solicita se revise la pena aplicada por su falta de fundamentación, ya que debió ser de ejecución condicional.

2) **Traslado a la contraparte: Fiscalía de Cámara:**

Corrido el traslado de ley, en fecha 30/06/2020, por actuación N° 14262752, contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, quien expresa que debe descartarse de plano cualquier hipótesis defensiva de considerar que nos encontramos ante un intento de hurto, ni mucho menos, ante un desistimiento voluntario impune para la ley penal. Agrega que en esto hay que ser muy claro, lo que ocurrió no fue una travesura, fue un hecho de demostración de fuerza hacia CASTAÑON a quien le acababa de balear el auto. Agrega que no puede hablarse de desistimiento de la tentativa, ni de una tentativa, cualquiera sea la teoría a la que se adhiera, ya sea que se considere que la cosa haya salido del ámbito o esfera de protección del propietario, o bien que haya habido disponibilidad de la cosa.

Respecto del delito de atentado a la autoridad, comparte el criterio esbozado en el auto de procesamiento, y opina que la conducta del encartado de atrincherarse en el techo y luego efectuar disparos intimidatorios, configura un atentado a la autoridad, dado que con dicha intimidación le exigió al efectivo de policía AGÜERO la omisión de un acto propio de sus funciones. Por lo que concluye que el recurso de casación debe ser rechazado, atento que no resulta suficiente para realizar el reexamen de la sentencia, en la medida que esta no ha afectado el principio de legalidad, y es el colofón de la valoración de la prueba y la recta aplicación de la ley.

3) **Dictamen de la Sra. Procuradora General**

**Subrogante:** En fecha 03/09/2020, por actuación N° 14619216, obra el

dictamen de la Sra. Procuradora General Subrogante de la Provincia quien opina que el recurso pretende fundarse en la mera discrepancia del recurrente con la valoración de los hechos y la prueba testimonial que ha realizado la Cámara, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica.

Agrega que: *“se debe rechazar el recurso incoado, pues el tribunal sentenciante no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana crítica al momento de ponderar la prueba producida en el debate oral. Por el contrario, se observa, en el análisis del fallo, que los testimonios han sido integrados a través de un confronte crítico, no se han fragmentado las pruebas, no se las ha analizado de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre sí de manera armónica, ello pone la sentencia a resguardo de la atribución de arbitrariedad”*. (Fallo 303:640).

4) **Consideraciones previas sobre el recurso de casación. 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).

Sin perjuicio de ello, 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 intermediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 de nuestro Código Procesal), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

5) **Resolución del recurso**: Sentado lo anterior, adelanto que concuerdo con los fundamentos dados por la Sra. Procuradora General en su dictamen de fecha 03/09/2020, que hago propios. Asimismo, debo agregar las siguientes consideraciones:

1) Respecto del primer hecho imputado, el fallo tuvo por probado que: *“...el día que el día 15 de septiembre de 2018, siendo aproximadamente las 7:45 horas de la mañana, Franco Emanuel Castañón sale del domicilio de su novia Dayana Quiroga sito en el Pasaje 5, casa 14 del Barrio Eva Perón II, con destino a su trabajo en la Química Dupuy, a bordo del vehículo Fiat Uno, dominio DHI 414. Que al hacerlo pasa por el domicilio del acusado Griffiths, localizado a media cuadra del mencionado anteriormente, ocasión en que éste se encontraba en su moto junto al menor Abel Agustín Nieves y se le tira encima abruptamente, motivo por el que Castañón se ve obligado a efectuar una maniobra. Que posteriormente lo sigue con la moto, lo intercepta colocándose a la par, por el lado del conductor, es decir el lado izquierdo del auto y le dice que frene, momento en que se produce una discusión entre ambos. Que Griffiths saca un arma de entre sus ropas, lo que hace que Castañón reaccione inmediatamente acelerando el vehículo, dejándolo atrás al acusado, pero siempre a su izquierda, tal como cuenta la víctima, ya que por el espejo retrovisor vio también atrás del vehículo y a la derecha de Griffiths al menor Abel Agustín Nieves con un arma negra en la mano. Que en ese momento escucha un disparo de arma de fuego que*

*impacta en la parte trasera del asiento del acompañante, o sea de lado derecho del auto.”*

*“Aquí debemos decir que los diversos cambios que el denunciante fue introduciendo a su primitiva declaración en sede policial, a lo largo de la instrucción y el debate oral, impiden determinar certeramente qué tipo de arma llevaba Griffiths, pues por momentos refiere un arma plateada grande, un revolver, un arma con tambor y en otros momentos alude a un arma color negro, al mismo tiempo que en una de sus declaraciones dice se efectuaron dos disparos y después termina asegurando que se hizo un solo disparo. Bajo estas circunstancias y atendiendo a la trayectoria del proyectil que aparece impactando en la parte trasera del asiento del acompañante en el Fiat Uno, es decir el lado derecho del auto y con leve dirección a la izquierda, resulta imposible atribuir el disparo al acusado Griffiths, a lo que se suma que conforme los dichos de Castañón también Nievas habría disparado, de acuerdo con los diferentes cambios que el denunciante fue introduciendo a su versión sobre los hechos...”*

En el alegato final, el Sr. Fiscal de Cámara modificó la calificación de homicidio simple en grado de tentativa (arts. 79 y 42 .Penal), por la que Griffiths fue acusado, por la de abuso de armas en concurso real con portación de arma de uso civil condicional (arts. 104 y 189 bis séptimo párr. del C.Penal), atento no haber podido acreditarse el dolo de homicidio que, como es sabido, requiere de la comprobación de indicadores objetivos.

El Tribunal consideró probado el disparo hacia el automóvil de Castaño, pero no la autoría del mismo en manos de Orlando Gera Griffiths. Así, valoró las declaraciones de Franco Castañón, dadas en sede policial, judicial y en el debate, y las contradicciones en que éste incurrió, respecto al supuesto autor del disparo, y a la existencia de más de un disparo. También fue determinante la pericial de la División Criminalística (Expte. N° 513/18) y demás actuaciones del Sumario Preventivo N° 126/18 (digitalizado en actuaciones. N° 10013752 y 10013753 de fecha 16/09/18), de la que surge en primer lugar, que el disparo fue efectuado desde atrás del auto, mientras que el imputado se



hallaba al costado izquierdo sobre una moto (según lo declarado por Castañón), y además, que el proyectil hallado en el interior del coche no pertenecía al arma que supuestamente éste portaba, además de que tampoco pudo determinarse cuál era ese arma.

Y respecto del delito de portación de arma de uso civil condicional, el Tribunal considera que existe un concurso aparente de leyes entre este último delito y el abuso de arma (relación consuntiva, de especialidad o subsidiariedad) de manera que, al no poder acreditarse la autoría del abuso de arma por parte de Griffiths, la misma suerte corre el delito de portación de arma de uso civil condicional. Ello sin perjuicio de que parte de la doctrina, considera que entre ambas figuras (disparo de arma de fuego y portación de arma de uso civil condicional) existe un concurso real (art. 55 del C. Penal), atento que el delito de abuso de armas culmina con la ejecución del disparo, y a partir de allí, de forma independiente y separada, comienza a realizarse la acción de tenencia o portación, en la medida que haya transcurrido cierto tiempo de permanencia en el ejercicio de cualquiera de estas dos últimas formas delictivas. (CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADO, PARTE ESPECIAL, por Alejandro Tazza, Segunda edición actualizada, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018 Tomo I, pág.245).

Como hemos sostenido en otros precedentes, la construcción de estándares probatorios en las distintas etapas del proceso, determina el grado de conocimiento necesario acerca de la ocurrencia del hecho y el grado de participación del imputado que debe tener el juez para el dictado de las distintas resoluciones que permiten el avance del mismo hacia la Acusación, y luego del debate, el Tribunal de juicio para dictar sentencia. O, en su caso, ante la falta de ese grado de conocimiento (sospecha fundada en la Instrucción, certeza después de realizado el debate), y ante la existencia de duda razonable, se impone el dictado de la absolución.

Así, el prestigioso autor Eduardo Jauchen en su obra *“PROCESO PENAL. SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL”*, nos enseña que: *“El estado de inocencia del imputado solo podrá ser quebrantado*

*mediante una sentencia condenatoria. Para que ello sea posible, es menester que las pruebas obtenidas tengan, en cuanto a su eficacia, la aptitud suficiente como para hacer madurar en el estado intelectual del juez el pleno convencimiento de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él...es imprescindible no solamente superar toda duda sobre los hechos, sino también, fundamentalmente, la mera probabilidad sobre estos. Al momento de la decisión final no basta con que los elementos convergentes superen a los divergentes, es menester que aquellos tengan la suficiente idoneidad como para edificar sólidamente en el juez la plena convicción de haber obtenido la verdad. Esto es, la certeza sobre los hechos concretamente descriptos en la acusación.” (El destacado me pertenece).*

*“...Por el contrario, la duda sobre los extremos de la imputación hace desvanecer esa tendencia progresiva del proceso, imponiendo, incluso el dictado de resoluciones que desvinculan al imputado de la persecución penal deducida en su contra”. Respecto del momento de dictar sentencia, dice este autor que “la existencia de duda sobre los hechos concertados en la acusación, por mínima que sea, obliga a una resolución absolutoria con todos los alcances de la cosa juzgada. La duda es un particular estado del intelecto según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido ello a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan lo suficientemente explícitos para determinar una opción convincente.” (EDUARDO JAUCHEN, “PROCESO PENAL. SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1º ed. revisada –Santa Fe. 2015, Págs. 297/302). (Citado en “INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: JOFRÉ TOMÁS RAFAEL (IMP) – GAUNA ALBA TRINIDAD (DTE) - AV ABUSO SEXUAL” - IURIX INC N° 208670/2, por STJSL-S.J. – S.D. N° 129/20 de fecha 30/12/2020).*

Por lo que, respecto del primer hecho endilgado a Orlando Gera Griffiths, caratulado como abuso de arma en concurso real con portación de arma de uso civil condicional, resulta razonable la conclusión a la que arriba

el fallo, respecto a que la prueba rendida en el debate y la documental agregada, valoradas conforme la sana crítica, no logran superar la duda razonable acerca de la autoría del mismo por parte de Griffiths, por lo que corresponde absolverlo por el principio *in dubio pro reo*, solución que aquí se comparte. (Art. 39 Constitución Provincial, Art. 18 C. Nacional, art. 9° de la CADH, y art. 15.1 del PIDCyP, incorporados a la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22).

2) Respecto del segundo hecho, el Tribunal de la instancia tuvo por probado que: *“resulta que se encuentra debidamente comprobado que luego de producirse el impacto de bala en el vehículo de Castañón, éste acelera y regresa al domicilio de su novia, seguido por el acusado Griffiths. Que estaciona el auto en la calle y desciende dejando las llaves puestas. Que esta circunstancia es aprovechada por el acusado para subirse al vehículo encenderlo y llevárselo. En esos momentos Dayana Quiroga, que se encontraba en el interior de la casa, observa por la ventana como Gera, sustrae el Fiat Uno. Que por minutos dio vueltas con el auto por el barrio, para luego dejarlo abandonado, en la esquina próxima al domicilio de la novia de Castañón, de donde lo recoge el suegro de éste. Es decir que ejerció señorío sobre el vehículo sustraído...”*

Fueron valoradas las declaraciones del propio damnificado, Franco Emanuel Castañón, quien en el debate declaró que después del disparo, se volvió con el auto, se metió en la casa de su novia y lo dejó en la calle. *“Que viene Gera me saca el auto se lo lleva...”*, escuchó que daba vueltas en el vehículo, y después lo dejó en la esquina, paró el solo y lo dejó, *“decía el auto está mortal”* y su suegro fue a buscarlo.

También declaró Dayana Gabriela Quiroga, novia de Castañón, quien recordó que ese día, Franco se iba a trabajar, pero regresó para que lo acompañara a la Comisaría, porque lo habían tiroteado. Que cuando ella se estaba cambiando para ir a la policía, ve que Gera se sube al auto y se lo lleva. Que lo vio por la ventana cuando se subía al auto y salió. Que se puso a dar un par de vueltas en el barrio y lo dejó en la esquina, y que

su papá trajo el auto. Que fue entonces que se llamó a la policía. *“Que Gera decía que iba a sacar a Franco cagando y meando en una bolsa, que lo insultaba...”*

Las declaraciones testimoniales fueron reproducidas en esta instancia gracias al DVD agregado a las actuaciones.

También se valoró la actuación N° 10065827, de fecha 21/09/18, consistente en el Acta de Secretaría de reproducción del pendrive que contiene la videofilmación de las Cámaras de Seguridad de la Municipalidad de V. Mercedes de la esquina de la casa de la novia de Franco Castañón. En el Acta se deja constancia que: *“Se observa en el detalle 07:41:43 que sale del interior de la vivienda un sujeto de sexo masculino quien sería el denunciante Sr Castañón, quien sube al auto, enciende las luces del mismo y dando marcha atrás baja el vehículo a la vereda, dejándolo sobre la mano derecha de la calle. – 07:43:43 se observa bajar a Castañón del vehículo, levanta el capot del mismo y queda como revisando el motor hasta las 07:48:04 momento en el que cierra el capot e ingresa al domicilio donde se encuentra estacionado el vehículo. – A las 07:48:50 Castañón sube al vehículo y sale hacia el lado izquierdo de la pantalla. Entre las 07:31:31 hasta las 07:49:13 no se observa pasar a nadie por la arteria en la que se encuentra estacionado el vehículo. 07:52:00 se observa llegar desde la mano derecha de la pantalla nuevamente el vehículo marca Fiat color blanco, estacionando en la calle en frente del domicilio en el que se encontraba minutos antes, se observa bajar a Castañón e ingresar al domicilio. En el detalle 07:53:50 se observa venir caminando desde la izquierda de la pantalla hacia la derecha, a un sujeto vestido con un jean de color oscuro, zapatillas blancas con vivos oscuros y una campera oscura con capucha, con una raya amarilla que se extiende por toda la manga, desde el hombro hasta el puño, este sujeto se aproxima al vehículo que se encuentra estacionado, abre la puerta y lo aborda saliendo en dirección izquierda de la pantalla. A las 07:54:11 se observa salir del domicilio a Castañón y una mujer y salen caminando en dirección en la que se circulo el vehículo. Detalle 07:54:42 se lo observa volver caminando a Castañón, ingresa*

*al domicilio y sale con un celular en la mano, se lo ve intentando hablar por el mismo, se lo observa discutiendo con alguien a la distancia, gesticula, se levanta la remera, va y viene. 07:57:04 se observa volver al vehículo marca Fiat color blanco de izquierda a derecha y frena en frente del domicilio donde primeramente estaba estacionado, del mismo baja un sujeto de sexo masculino de pelo largo, con gorra quien viste una remera color blanca y pantalones largos oscuros. , deja la puerta del auto del lado del conductor abierta y camina en dirección a la izquierda de la pantalla...”*

Este Acta suscripta por el Secretario del Juzgado de Instrucción es un instrumento público y hace plena fe de su contenido, conforme los arts. 289 y 290 del Código Civil y Comercial.

El Tribunal consideró probado el delito de hurto del vehículo propiedad de Castañón, por parte del imputado, atento que: *“evidentemente, cuando el acusado Griffiths se lleva el vehículo Fiat Uno, que Castañón deja estacionado en el domicilio de Dayana Quiroga con las llaves puestas, desapodera del mismo a quien ejerce la tenencia de la cosa, la quita de su esfera de custodia, del ámbito en el cual su dueño en este caso, puede disponer de ella. Pero luego se apodera, somete la cosa a su propio poder y así da vueltas con el auto por unos minutos y aunque por breve tiempo, tiene la posibilidad de realizar actos de disposición. Existió el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena.”*

Frente a este hecho, la defensa plantea que en realidad, no ha existido un hurto ya que la cosa mueble no salió de la esfera de custodia y vigilancia del propietario. Que solo ha existido un desistimiento voluntario (art. 43 del C.P.) por parte de Orlando Gera Griffith, y que en realidad, solamente usó el auto para dar un par de vueltas por el barrio y provocar el enojo de Castañón, con quien mantenía un antiguo encono y quien además, es el actual novio de su ex pareja Dayana Gabriela Quiroga. Por lo que solicita la absolución de su defendido por este delito, por aplicación del art. 43 del C.P.

Al respecto, debo decir que la solución a la que arriba la sentencia es la correcta. Se ha sostenido que: *“Si el imputado que hurtó un*

*automóvil y luego colisionó con él, actuó con el exclusivo fin de hacer uso momentáneo de la cosa, para luego de su uso restituirla inmediatamente -hurto de uso impropio o hurto con fines de uso-, dicha conducta debe encuadrarse en el art. 162 del C. P. (\*\*).”*

En efecto, el autor, *“cuando desapodera al tenedor o dueño contra su voluntad, lo hace con la voluntad de apoderarse de la cosa y ejerce sobre ella, aunque sea temporáneamente, actos que impliquen goce de su disponibilidad física, con lo cual vulnera la incolumidad del vínculo de poder que la ligaba con el anterior poseedor y consume en ese instante el hurto, sin que tenga relieve desincriminador alguno lo que después se haga con la cosa”*.

Hay hurto, toda vez que abstractamente sea posible que en determinado momento el dueño de la cosa no haya podido hacer actos materiales de disposición si hubiese querido hacerlo y que ese impedimento derive de la acción de apoderamiento del ladrón (\*\*). (C.N.crim. y Correc., Sala IV, 20/5/2004, "Gómez, Daniel", c. 22716, Jueces: González Palazzo, González (Sec.: López), PJN Intranet. Se citó: (\*) Carlos A. Tozzini, Los delitos de hurto y robo, Depalma, Bs. As., 1995, p. 160. (\*\*) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 2000, t. IV, p. 203/204. /// -; Penal; 22716; RC J 3917/00, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojuris/bd/>, acceso 08/02/21.

Al mismo tiempo que se ha sostenido que todas estas situaciones se vinculan en realidad con la no exigencia de un determinado ánimo por parte del autor del hecho, y es por ello que: *“la noción de apoderamiento a que alude el art. 162 del Código Penal no excluye el propósito de usar la cosa, o sea que resulta indiferente la intención del autor de comportarse como dueño o como usuario y que la sustracción haya sido momentánea”* (CNCCorr., sala II, “Liguori”, del 13/12/84, c. 29.169. En el mismo sentido, por medio del plenario “Schneider” se sostuvo que basta para la perfección del delito de hurto con que el dueño de la cosa haya sido privado temporariamente de la libre disposición de lo suyo, con exclusión de todo tipo

de ánimo, sea de lucro o de apropiación. (Cfr. CNCCorr., sala IV, “Menéndez”, del 22/09/81, allí citado).

Creo que correctamente aclara la situación la sentencia pronunciada en el precedente “**Solodujian**”, donde se estableció que la conducta es típica en los términos del delito de hurto aun cuando el propósito del imputado haya sido el de usar la cosa por un tiempo y restituirla en la oportunidad que resolviese, ya que “el mal llamado hurto de uso, o mejor aun el denominado “uso indebido”, envuelve un comportamiento distinto del que asumieron las acusados y solo resulta concebible en cabeza de quien tiene de una manera efectiva la tenencia, guardia o custodia valida de las cosas que luego usa indebidamente. En consecuencia, el hurto de uso no puede confundirse con el hurto con fin de uso -también llamado hurto impropio- que es siempre un hurto del art. 162 del C. Penal” (“Solodujian, Carlos M. y otros”, 5/8/1982, La Ley, 1983-A, 220, citado por Alejandro Tazza, ob. cit., Tomo II págs. 19/20).

En definitiva, comparto el criterio seguido por el Tribunal de juicio en el sentido de que la conducta desplegada por el imputado, el desapoderamiento del vehículo dejado en la vía pública, es configurativa del delito de hurto agravado (art. 163 inc.6 del C.Penal), aunque este fuera temporario y destinado a ser devuelto a su dueño, por lo tanto el agravio debe rechazarse, descartándose la aplicación de la figura del desistimiento voluntario.

Con relación al tercer hecho por el cual Griffiths fue acusado, el de Atentado a la autoridad agravado (Art. 238 inc. 1 del C.P.), el Tribunal ha considerado acreditado que, luego del desapoderamiento del vehículo:

*“Se solicita presencia policial en el lugar, y cuando ésta llega, el acusado Griffiths, acompañado por los menores, Abel Agustín y Jesús Eduardo Nievas, se suben al techo de una casa. Que el Oficial Jorge Raúl Agüero que se había hecho presente en el lugar, trata de disuadirlo y le dice que baje, pero no solo hace caso omiso a ello, sino que además comienza a disparar, contra la policía con un arma tumbara calibre 12 mm. Que el policía*

*Víctor Horacio Villafañe, llega al lugar en apoyo al Oficial Mansilla, y no obstante ubicarse en una de las esquinas de la manzana donde se encontraba la casa de Griffiths, dijo haber escuchado los disparos que provenían de la casa donde estaba el acusado y los Nievas. Luego de esto Griffiths descarta el arma y comienza a saltar por los techos, circunstancia esta, observada por el policía Franco Emanuel Crespín. Luego se arroja al patio de la vecina Silvina Cristina Medina, domicilio donde la policía secuestra el arma, en presencia del testigo de actuación Juan José Vega. En el ínterin de los hechos se requirió la intervención del COAR (Cuerpo policial de Operaciones de Alto Riesgo) y se logra la detención de Griffiths. Que se ha podido establecer que el acusado disparó contra la autoridad policial, más no, que el arma utilizada la tuviera a lo largo del iter criminis...”*

También se sostuvo que se ha probado a lo largo del debate, la materialidad del hecho y la existencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del delito de atentado a la autoridad agravado, con el grado de certeza necesaria que la instancia exige. Ello explicaré a continuación.

Se valoraron los siguientes testimonios, a saber:

1. El oficial Jorge Raúl Agüero, instructor del sumario, declaró que, el día del hecho, al llegar al domicilio donde se había denunciado que había disturbios, había tres personas arriba del techo. Que les solicitaron que se bajaran, y comenzaron a vociferar cosas a la policía. Que cuando quisieron ver salieron los vecinos, entonces pidió refuerzos para cuidar la integridad física de éstos, escuchan un estruendo y se resguardan. Que después de los disparos trataban de persuadirlos para que se bajaran del techo, y la policía abajo había rodeado toda la manzana. Agregó que arriba del techo había tres personas aparentemente armados. Que Griffiths lo insultaba, estaba con otro oficial y gente del comando, y el oficial Mansilla. Que tiraron unos tiros y no sabían de dónde venían, sintió el estruendo y se puso a resguardo. Escuchó disparos pero no observaron dónde impactaron. Que el personal policial no disparó, que intentó subir al techo y ya no estaban, se



habían dado a la fuga. Luego hicieron el rastrillaje en la zona y encontraron en el patio de una vecina un arma tumbera.

2. La testigo Dayana Quiroga declaró que, luego del incidente con el auto, se fue a su casa y vino la policía, entonces Gera se sube al techo. Que le decían que se bajara y comenzó a tirotear a la policía. Que cuando Gera estaba en el techo tenía puesta una campera roja y un gorrito. Estaba armado y con otro chico, “el lorito”, pero solo lo vio tirar a él. No sabe si el lorito tenía arma.

3. El testigo Franco Castañón declaró que cuando llega la policía, Gera se subió al techo de su casa y hacía señas con el arma, que empezó a los tiros con la policía, pero no pudo ver con que arma. Eso fue en la casa del propio imputado, después encuentran el arma, al fondo, en la casa de unos vecinos. También la policía hacía disparos. Que el imputado estaba con *los loritos*, a quienes ha visto en el barrio, pero no ha tenido contacto con ellos. Que Gera se cambió de ropa, primero llevaba puesta una campera y el gorro de boca y también en techo. Después salió con una remera azul con letras.

4. El testigo oficial Franco Emanuel Crespín declaró en la Instrucción (actuación N° 110029233 de fecha 18/09/18), *“Que llego al lugar dado que el móvil 1 – 804 a cargo del Alférez Mansilla modula por radio que necesitaba apoyo en la calle Mundet y Pje 5 del Barrio Eva Perón II por unos masculinos, que al llegar observo que arriba de los techos se encontraba una persona, estaba escapando, saltando de techo en techo, que tenia puesta una campera roja y un jean, que según mis compañeros habían dos sujetos mas, que el Alférez Mansilla ingresa a un domicilio y logra reducir a dos sujetos, no sé si era el de la campera roja porque yo en ese momento me retiro del lugar...”*

5. El oficial Víctor Horacio Villafañe depuso en sede judicial (actuación N° 10029925, de fecha 18/09/18, incorporada por su lectura) y expresó que llegó al lugar dado que un compañero, Mansilla, pedía apoyo. Que en el pasaje 5 del Barrio Eva Perón II, observó a dos sujetos arriba de un techo, que uno tenía puesto una campera de color roja y otro con remera

blanca, que cuando llegó estos sujetos estaban parados en el techo, que se ordenó rodear la manzana, a hacer un perímetro. Agregó *“que me puse en una de las esquinas de la manzana y mis otros compañeros en las demás esquinas. Que escuché disparos, eran bastantes que los disparos provenían de la casa en la que estaban ellos, es decir estos hombres. Que yo estaba en la parte de atrás de la casa así que mucho no logré ver. Que después supe que a estos sujetos los habían reducido y que habían sido trasladados hasta la comisaria cuarenta.”*

Respecto de este delito, el Tribunal ha sostenido que: *“Griffiths arriba del techo de la casa, dispara contra la autoridad policial, tratando de intimidar, antes que ésta ponga en ejecución el acto funcional. Pero la figura descrita en la norma aparece también agravada, por cuanto, la intimidación se ejerce con el arma y el agente de la autoridad es objeto de violencia, antes de comenzar la acción directa coercitiva contra la persona a quien se propone dirigirla. El accionar del acusado que dispara contra la autoridad trata de impedir que se lleve adelante, un acto propio de sus funciones.”*

Surge acreditado de la prueba rendida que, efectivamente, el imputado atentó contra la autoridad policial, al disparar desde arriba del techo de su vivienda junto a dos menores, hacia los oficiales, que luego descartó el arma arrojándola al patio de un vecino, y huyó por los techos, hasta que fue aprehendido.

Se configura el delito de atentado a la autoridad cuando se utiliza la intimidación o fuerza contra un funcionario público con el fin de imponerle un determinado hacer o una determinada omisión de orden funcional, lo que implica una acción contra la determinación de los funcionarios públicos. En otros términos, el sujeto activo superpone su voluntad a la del funcionario.

La doctrina ha sostenido que la acción típica de este delito consiste en el empleo de fuerza o intimidación, acompañada de un elemento subjetivo o dolo específico que consiste en imponerle al funcionario la ejecución

u omisión de un acto propio de sus funciones. Si la fuerza se ejercita “poniendo manos en la autoridad” se incurre en un atentado agravado (art. 238 inc. 4 C.P.). Al mismo tiempo, la intimidación ha de ser seria e idónea para coaccionar y compeler al funcionario público. La fuerza o la intimidación deben estar dirigidas a obtener la ejecución u omisión de un acto propio del sujeto pasivo. Para que exista atentado, el empleo de los medios de fuerza o intimidación solo puede ser posible antes de la decisión del funcionario, ya que una vez adoptada una determinación en cualquier sentido, por parte del sujeto pasivo, únicamente podría cometerse el delito de resistencia u desobediencia a la autoridad. (Cfr. CNCorr., sala I, “Rodríguez”, de fecha 14/04/01, c. 15.289).

Respecto de la agravación “si el hecho se cometiere a mano armada” del art. 238 inc. 1°, ésta se vincula con el mayor poder intimidante a los fines de torcer la voluntad del funcionario, y el mayor peligro que éste corre. El agravante requiere que el arma haya sido usada con fines de intimidación, aunque no se haya empleado directamente contra el sujeto pasivo, siendo suficiente que el agente la ponga de manifiesto o la exhiba de modo tal que aquel vea representado así el mayor peligro por su actuación funcional. Quedan comprendidas las armas propias e impropias, ya que la ley no formula distinción alguna al respecto. (Alejandro Tazza, ob. cit., Tomo III págs. 78/82).

En autos, se ha demostrado la existencia del hecho y la autoría del imputado, y la conducta desplegada por Griffiths se subsume objetiva y subjetivamente en el delito de atentado a la autoridad agravado por el uso de arma. En efecto, subido al techo de su vivienda, junto con dos jóvenes, disparó un arma de fuego (arma tumbera, que luego fue descartada en el patio de un vecino), a los fines de evitar mediante la intimidación, que el Oficial Jorge Raúl Agüero cumpliera con un acto propio de su función.

Respecto de la pena impuesta - tres años de prisión de cumplimiento efectivo - se agravia la defensa respecto de la no aplicación del *in dubio pro reo*, y de la falta de fundamentación del fallo respecto de la no aplicación de la condenación condicional.

En la sentencia, se ha fundado la aplicación de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, en que: *“En la inteligencia de lo manifestado precedentemente, tengo la convicción que en el caso concreto, aplicar al prevenido la pena de tres años de prisión, de acuerdo a la escala penal prevista para los delitos atribuidos, resulta legítima y ajustada a derecho conforme los montos mínimos y máximos de pena previstos para los hechos endilgados. Así entonces, en la imposición de la pena no solo se ha teniendo en cuenta los montos formales del Código Penal, sino la culpabilidad, base para la legitimación de la sanción penal.”*

Se ha sostenido en numerosos precedentes que la determinación de la pena impuesta al encausado debe ser adecuada, debidamente motivada y proporcional a la magnitud del injusto cometido, cuando la misma se encuentre dentro de los límites mínimos y máximos fijados por las leyes respectivas, y estando fundada, queda dentro del margen del poder discrecional de los jueces su gradación, escapando así al control casatorio. **(Taboada, Ángel Francisco y otros s. Homicidio simple, homicidio simple en grado de partícipe primario en perjuicio de Pereyra, Ariel Gustavo - Casación criminal /// STJ, Santiago del Estero; 03/02/2011; Infojus; RC J 9706/12, acceso 13/03/19). STJSL-S.J. – S.D. N° 135/18, en los autos “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: FARÍAS MARIO ALBERTO - AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL” – IURIX INR N° 1047/16 del 27/06/18).**

También se ha dicho que es facultad del Tribunal suspender la ejecución de la pena de prisión, conforme el art. 26 del Cód. Penal, atento que la condena condicional reviste el carácter de excepcional. La norma citada exige que el Tribunal funde, bajo sanción de nulidad, la decisión de que la condena sea de ejecución condicional.

Ello permite determinar que la ejecución condicional de la condena es la excepción; y que, por el contrario, la efectiva ejecución es la regla. (GAVIER, Enrique y LAJE ANAYA, Justo, *Notas al Código Penal Argentino*, Lerner, 1994, t. I p. 114; Donna, Edgardo, *El C.P. y su interpretación*

*en la jurisprudencia*, Rubinzal Culzoni, 2003, t. I, ps. 209 y 210, citando CNCP, Sala IV, 21/3/00, L.L., 20/11/00; Sala III en "Ramírez, Claudio y otro", 17/10/06; CNCrim. y Corr., Sala I, 11/12/91 en "CJL" y 26/5/92 en "F.E.G."; TSJ Río Negro, 19/8/98 en "V.C.A.", citados por Hairabedián, Maximiliano, en "*La fundamentación de la condena condicional y de la efectiva*", publicado en: Sup. Penal2010 (junio), 26 - LA LEY2010-C, 639 Cita Online: AR/DOC/4614/2010, <http://procesalista.com/wp-content/uploads>, acceso 09/02/21).

Si bien en el caso, el Tribunal no ha fundado en forma completa la imposición de la pena a tres años de prisión de cumplimiento efectivo, consideramos que, en virtud del principio de inmediación, oralidad del debate y de la impresión personal que el imputado ha causado en los sentenciantes, la misma luce acertada, máxime teniendo presente, como dijimos, que la norma establece la obligación del Tribunal de fundamentar la decisión de dejar la pena en suspenso.

En definitiva, se observa que el razonamiento del Tribunal aparece reflejado de manera clara, tanto respecto a los hechos mismos como a su desarrollo, valoración de la prueba, participación y encuadre legal.

Por todo lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación, debido a que fallo atacado ha realizado una correcta valoración de los hechos y de la prueba, no vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso del imputado, por el contrario, se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

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

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y DIANA MARÍA BERNAL comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN**.

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo:** De conformidad a lo resuelto en las segunda y tercera cuestiones, se resuelve: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Orlando Gera Griffiths. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

**San Luis, veintiocho de abril de dos mil veintiuno.**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Orlando Gera Griffiths.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

No firma la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse en uso de licencia.

---

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.*