En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los siete días del mes de agosto del año dos mil siete, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia - Presidida por Juan Pedro Cortelezzi e integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en “A. L., O. y otros s/robo agravado” (expediente 20.758- Letra A- folio 266- año 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 484: Cortelezzi, Pfleger, Panizzi.

El Juez Cortelezzi dijo:

La Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn mediante sentencia del día veinte de noviembre de dos mil seis, condenó a O. L. A. L. o L. como coautor material y responsable del delito de robo a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido el día seis de mayo de 2006 en esa ciudad aproximadamente a las 16.00 horas, en perjuicio de N. G. S., declarándolo reincidente por segunda vez. Asimismo y por el mismo hecho, declaró penalmente responsables en calidad de coautores a los menores M. M. A. y G. N. S., difiriendo la aplicación o no de pena por el término de dos años a partir de la comisión del hecho, debiendo continuar ambos con el tratamiento socio educativo que se venía implementando.

Que el hecho que conformara la plataforma fáctica del juicio surge del requerimiento de elevación a juicio de la siguiente manera: ´...el día 6 de mayo de 2006, siendo aproximadamente las 16.00 horas O. L. A. L. juntamente con los menores de edad M. M. A. y G. N. S. tocaron el timbre de la vivienda sita en ..... N° ... de esta ciudad, propiedad de N. G. S., y al abrir ésta la ventana del frente, ingresaron a través de dicha abertura a la finca exhibiéndole un arma de fuego y golpeándola con la misma, lo que le provocó una lesión cortante en la cabeza, sustrayéndole del interior de la vivienda gran cantidad de prendas de vestir, dinero, bijouterie, CD y otros elementos, dándose a la fuga en dirección a la terminal de ómnibus local, donde ascienden a un taxi, siendo interceptados en la intersección de las calles ..... y ..... por personal policial que tomó conocimiento del hecho, donde se procedió a su detención y al secuestro de los elementos sustraídos en su poder junto con el arma de fuego utilizada...´(v.fs.282/3 vta.).

Contra esta sentencia la defensa interpone recurso de casación ante este Superior Tribunal de Justicia.-

Se argumentan tres motivos de agravio:

- la inobservancia de la ley sustantiva al no aplicarse al caso la regla de la tentativa contenida en el artículo 42;

- la errónea aplicación del artículo 50 por entender inconstitucional el instituto de la reincidencia;

- y la nulidad de la sentencia por haber aplicado el término de dos años en el tratamiento tutelar dispuesto, cuando el Fiscal de Cámara nada dijo al respecto y ello, según la recurrente, debió ser interpretado en el sentido de que el tratamiento pretendido no superaba el mínimo de un año al que se refiere el inc.3° del art. 4° de la Ley 22.278. También critica la falta de fundamentación en la medida ordenada.

Planteados los motivos del agravio, corresponde ahora sí ingresar al tratamiento de los mismos.-

En primer lugar, me referiré al pretendido error por la subsunción legal efectuada por los camaristas.-

Que la sentencia explica acabadamente la decisión de considerar consumado el hecho investigado.

Así, el juez que lidera el acuerdo sostiene: ´...Respecto al resultado del hecho, advierto que el mismo ha quedado concluso, ya sea porque tuvieron la real y libre disponibilidad de los elementos sustraídos por un lapso de tiempo bastante considerables, según consta en las actas iniciales y por lo expresado anteriormente, donde la titular de los mismos sin recurso alguno a su alcance perdió la completa custodia de los mismos, ya sea finalmente porque una campera sustraída en su domicilio no ha sido hallada ni recuperada...´ (del voto del juez L. Pitcovsky, v.fs.375).

En idéntico sentido se expidió la jueza del segundo voto, quien sostuvo: ´... En cuanto a la consumación a la que se opone la Defensa, diré como ya lo adelantara que el hecho se ha consumado, toda vez que hubo solución de continuidad en la persecución, la víctima perdió el poder de disposición sobre sus pertenencias, al salir de su esfera de custodia, e ingresaron en la de los imputados pudiendo haber dispuesto de los mismos durante el trayecto en que no fueran perseguidos, más allá de la inmediata intervención policial...´(del voto de la jueza Patricia Gabriela Mallo, v.fs. 380 vta./1).-

Las circunstancias detalladas en la descripción del hecho, en cuanto a la forma en que se cometió, la huída de los imputados, la persecución y finalmente la aprehensión, indican claramente, como lo sostienen los camaristas, que el robo fue consumado. Así, los tres sujetos, luego de cometer el ilícito, encierran en el baño a la damnificada, y se dan a la fuga en dirección a la terminal de ómnibus –v. declaración de N. G. S. fs.- 9-. De los dichos de la víctima se desprende que esa fue la última vez que los vio, ya que luego se dirigió a lo de su vecino a pedir ayuda. De esta manera es muy clara la disposición que han tenido los imputados de los elementos sustraídos, quienes ya fuera de la esfera de custodia de la víctima, habían ascendido a un automóvil de alquiler, y dirigiéndose ya al destino indicado al chofer, y habiendo circulado unas cuadras, son detenidos por personal policial –v. declaración de L. O. G. fs. 11-.

Por otro lado, el éxito del procedimiento policial de ningún modo puede beneficiar a los autores para determinar la aplicación de la tentativa, máxime cuando no se logró el secuestro de la totalidad de los elementos sustraídos.

Que el tema relacionado con la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, ha sido ya tratado por esta Sala Penal en ocasión de resolver en el caso “B., V. s/robo con armas” (expediente 20.387 – B – 2006, sentencia de fecha 10 de octubre de 2006), en donde se sentara la doctrina legal que ratifica mi posición en la sentencia que allí dictara como integrante de la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn, a la cual me remito en un todo a fin de evitar tediosas reiteraciones.

Por último, y en relación al planteo de nulidad de la sentencia por no respetarse el sistema acusatorio y ser infundada la disposición que determina la imposición de dos años en el tratamiento tutelar, entiendo que los jueces son soberanos al decidir el término por el cual se difiere la imposición de pena, la actividad del Ministerio Público Fiscal se limita a solicitar la declaración de responsabilidad penal, y, en su caso, el seguimiento de las medidas privativas de libertad y tutelares que se venían practicando, como ha sucedido en el presente.

En cuanto la falta de motivación, los fundamentos han sido debidamente explicados en los expedientes tutelares respectivos, donde oportunamente se ordenara la disposición, decidiéndose en la sentencia la declaración de responsabilidad y continuación del tratamiento que venían cumpliendo.

Siendo ello así, entiendo que corresponde declarar improcedente el recurso de fs. 404/9 y confirmar la sentencia de fs. 368/83.

Asimismo, estimo corresponde regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de trescientos setenta y cinco pesos.

El Juez Jorge Pfleger, dijo:

I. Ha venido a estudio y decisión de esta Sala el recurso de casación articulado por la Defensora Jefe de la Defensa Pública, doctora Gladys Mabel Del Balzo, en contra de la sentencia de la Excma. Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn que, el 20 de noviembre del año dos mil seis, impuso a O. L. A. L. o L. la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y

costas (arts. 12, 19, 29 inc. 3ro., 40, 41, 45, C.P.), por considerarlo coautor del delito de robo (art. 164 del Código Penal), en relación con el hecho ocurrido alrededor de las 16:00 horas del día seis de Mayo de dos mil seis en la ciudad de Puerto Madryn, en perjuicio de N. G. S..

La misma sentencia declaró a M. M. A. y a G. N. S., como coautores material y penalmente responsables del mismo delito de y difirió la aplicación de pena por el término de dos años a partir de la comisión del hecho (arts. 1 y 4 de la ley 22.278 ref. por ley 22.803), mandando a continuar el tratamiento socio-educativo que se venía implementando en su beneficio de ellos.

II. El sufragio precedente, amén de que enunció los hechos materia del debate y la decisión de la inspeccionada, enumeró el contenido de los agravios de modo completo.

La claridad con que se ha expresado al respecto me exime de redundar, por lo que, sin prólogo alguno, salvo lo necesario para explicar la decisión que he de tomar, andaré en la tarea que me ha convocado.

III. Sólo es menester, en efecto, que ponga de resalto que el examen ha de hacerse bajo los parámetros del precedente “Casal” y sucedáneos que – emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- consagró la teoría del “máximo rendimiento” o de “máxima capacidad de rendimiento” en la revisión de la condena estimulada por la defensa, traducida en que el Tribunal que interviene posee respecto de los hechos sometidos a su control las más amplias facultades, con el solo límite de lo que es propio de la inmediación y, naturalmente, del marco dado por el recurso. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N, 8.2. h. de la CADH y 14. 5 del PIDCP.)

IV. Sentado lo expuesto pasaré al tratamiento de los motivos del agravio que ha señalado la impugnación de la recurrente, quien puso en crisis la voluntad del Tribunal de mérito, indicando una errónea aplicación del derecho sustantivo y adjetivo.

Veamos.

V. El escrito de casación en su primer título denuncia: “...Inobservancia de la Ley Sustantiva aplicable a los hechos de la causa (art. 42 y 44 C.P., 415 inc. 1º del C.P.P.)...”

Su crítica halló pábulo en el corto tiempo que –a su criterio- los imputados tuvieron en su poder la res furtiva, afirmando que no pudieron disponer de la misma, que la campera que no se recuperó bien pudieron haberla perdido en el trajín y que hubo, por parte del Tribunal de Mérito, una conculcación del principio favor rei, porque la calificación nunca debió superar el grado de conato.

VI. Si se parte de la base de que la tentativa de delitos sobre cosa ajena se extiende hasta el momento en el que el autor tiene la libre disponibilidad de la res furtiva, o, al revés, cuando el dueño carece de la posibilidad inmediata de rescatarla, no se puede menos que aceptar sin demasiada complicación el sufragio emitido por el distinguido colega de Sala.

En esa dirección encuentro ajustada a derecho la ponderación efectuada por la Cámara recurrida, cuando en ambos sufragios hizo hincapié en que el hecho había quedado “...concluso, ya sea porque tuvieron la real y libre disponibilidad de los elementos sustraídos por un lapso de tiempo bastante considerable...(omissis) donde la titular de los mismos sin recurso alguno a su alcance perdió la completa custodia de los mismo...(omissis)...” (Juez Pitcovsky) y en que, y me complace la inteligencia argumentativa de la Jueza Mallo, “...La detención en flagrancia no siempre impide la posibilidad de disposición, la que, de hecho, en el caso se verificó...”.

La doctrina es pacífica al respecto, en el tipo de delito de que se trata.

El bien jurídicamente protegido en aquél por el que el imputado ha sido condenado (al igual que en el hurto) es la tenencia autónoma de las cosas muebles y el modo típico de atacarla es apoderándose ilegítimamente de la cosa tenida o poseída, de manera que el poder de hecho sobre ella sea asumido por el autor que pasa a detentarla con la correlativa exclusión de quien la había hasta entonces.

En esa inteligencia, la aprehensión de los ladrones a bordo de un automóvil en el que procuraban trasladarse con el botín al rato nomás del asalto y a bastante distancia del lugar del hecho, materializada por la policía, no es obstáculo para afirmar que la ejecución del desapoderamiento ilegítimo y violento ya estaba consumado.

La titular de los bienes ya estaba excluida cuando éstos, los imputados, escaparon; ella misma estaba impedida de perseguir en lo inmediato y por cierto que fue suplantada en el dominio de hecho que los causantes pudieron ejercer sobre las cosas, hasta ser aprehendidos por los agentes de la ley.

Creo, como lo cree el Juez del primer voto, que de ningún modo una acción policial eficiente, habiendo mediado un lapso- aún breve- entre la realización del hecho y la recuperación del botín puede incidir en la categoría “consumación” que se ha conceptuado en los párrafos anteriores.

Así las cosas la sentencia es ajustada a derecho y debe confirmarse en lo que ha sido materia de recurso.

VII. Sobre la errónea aplicación del art. 50 C.P. en la especie, por inconstitucional, pondré de manifiesto mi parecer al respecto, ya ventilados in re: “B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real” (expediente N°20387-B-2006).

Es que considero que la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que el atribuido pudo haber cumplido total o parcialmente.

Así ha sucedido en el presente.

La inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, debe también ser desestimada.

Como correctamente lo citó la Cámara, el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia.

VIII. En cuanto a "la nulidad de la sentencia por haberse afectado el sistema acusatorio" y la denuncia de "ausencia de fundamentación", respecto de las medidas tutelares dictadas diré que tampoco le asiste razón la impugnante.

El representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de la audiencia oral (fs. 358 vta), expresó: "...S. y A. contaban con diecisiete años de edad al momento del hecho, son menores punibles, por ello solicita se declare su responsabilidad penal por el robo agravado por el uso de arma en carácter de coautores y se siga con las medidas privativas de libertad y tutelares que se vienen practicando..."

Las expresiones del Ministerio Público Fiscal no son aquellas que les endilga la defensa, ya que no contienen la previsión temporal que invoca.

Sólo añadiré al sufragio del Juez preopinante, con quien coincido en un todo, que el Tribunal tiene la potestad de determinar, dentro del marco de la ley, las medidas tutelares que considere apropiadas al caso, en consonancia con los incidentes que corren por cuerda.

Las medidas de protección de menores, huelga decirlo, tienen una naturaleza distinta que la pena y son controladas y revisadas de una manera también diversa, de modo que no percibo distorsión alguna del proceso ni de las reglas especiales para el juzgamiento de menores en la conducta procesal de la "a quo".

Así, entonces estimo que deberá rechazarse la casación articulada, por improcedente, confirmando la sentencias en todos sus términos, con costas; fijando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de trescientos setenta y cinco pesos ($ 375.-) (Ley 2.200, artículo 14 y Ley4920, artículo 59).

Así me expido y voto.

El Juez Panizzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Juan Pedro Cortelezzi y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar que el recurso de fs. 404/9 es improcedente.-

2º) Confirmar la sentencia de fs. 368/83.-

3°) Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de trescientos setenta y cinco pesos ($375), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14 y Ley 4920, art. 59).-

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Cortelezzi, Pfleger, Panizzi: Ministros.-

Rawson, de de 2007.-

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar

NOTA n° /07 S.I.J.