En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de abril de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y María Elena Nieva de PETTINARI**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 1.584**, **carpeta individual n° 336**, de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Defensor Público Dr. **J. A. M.** y el imputado **P. C.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

-

Que los días 5 y 6 de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de P. J. C., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de P. J. C. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de impugnación interpuesto por el Dr. *H. G. M.*, Defensor Público Ad Hoc por la defensa técnica del imputado *P. J. C.*, en el Legajo de Investigación Nº 1.584/09, Carpeta individual Nº 336/08 en los autos caratulados: “P., L. G. y otros s/ Hurto en grado de tentativa, Daño y Lesiones Leves”, contra la Sentencia dictada por el Dr. Roberto Antonio Casal de fecha 21 de Abril de 2009 , protocolizada bajo el Nº 05/2009, por la que se condenó a su pupilo (punto I) del decisorio) a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de Robo agravado en grado de tentativa en concurso real con daño agravado (arts. 167 inc. 2º, 184 inc.

5º, 42, 44, 45 y 55 del Código Penal), por el hecho ocurrido el día 8 de septiembre de 2009, aproximadamente las 21,50 hs, en la ciudad de Sarmiento.

Que el Juez Penal concede la impugnación interpuesta (art. 384 del CPP).

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, el Tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.

Que el recurrente -en lo que aquí interesa- en extenso escrito, expuso los siguientes puntos de agravios: a) Señalar la primera objeción a la calificación legal arribada: Robo agravado en grado de tentativa en concurso real con daño agravado.”. Sobre el punto en crisis señala que: “Que el Sr. P. J. C., el 8 de septiembre de 2008, aproximadamente a las 21,50, ingresó al comercio denominado L. C., con intenciones de comprar bebidas alcohólicas , cosa que efectivamente realizó y pagó, ante la caja de la Sra. M. J. H.. En el transcurso de la audiencia los testimonios de los empleados del comercio afirman que las dos botellas de Fernet, quedaron en el comercio, más precisamente sobre el mostrador donde se encuentra la caja de V. A. S.. Es decir que las botellas de Fernet que llevaba C. para abonar le fueron sustraídas por el dueño antes o en el momento de su pago. Situación corroborada por los empleados. No se demostró en la audiencia, que las botellas de mención las trajeran de afuera,

es decir no hubo necesidad de perseguir en las inmediaciones del local para recuperarlas. El Sr. C, no ejerció fuerza en las cosas, ni violencia en las personas presentes, para apoderarse de un objeto ajeno. Pues nunca las tuvo como propias siendo ajenas. b) En las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal, durante la audiencia no se exhibieron las dos botellas de Fernet, que sirvieron como sustento de la acusación de Robo. Esto acredita que nunca las mismas estuvieron bajo el poder de el Sr. C., y que tampoco el Sr. R. propietario del comercio fue desapoderado de las mismas. C) La Calificación de Robo agravado en poblado y en banda. Al salir afuera del negocio el Sr. C., es abordado por el propietario del mismo Sr. R., donde lo empieza a golpear contra la pared y las rejas del negocio. Lo que genera el inmediato rechazo y reacción de los jóvenes que se encontraban en las inmediaciones, es decir en la avenida o bien los que estaban frente la otra vereda. C., no necesitaba la presencia, la ayuda, de ninguna persona fuera del local para que consumara el delito de robo, pues no llevaba objetos que fueran sacados de manera ilegal del negocio. En todo caso sí, la persona que iba con él, que posteriormente se confirma que llevaba en su mochila dos envases de shampoo y dos envases de acondicionador. d) En el concurso con daño agravado: Al arribar miembros de la policía alertados por el propietario, se aproximan hacia un grupo de jóvenes, y a pedido del Sr. R. detienen a dos personas, los reconoce porque minutos antes se encontraban

en su comercio y los detienen. Siendo aproximadamente las 22 hs. Es decir en horas de la noche, ante un número de jóvenes, como es posible individualizar quien arrojó la piedra que rompe los vidrios del móvil, mas estando adentro del mismo. Es fácil deducir que a pedido del dueño del comercio detuvieron a C. y P., además de imputarles el delito de robo agravado le agregan un nuevo delito de daño. e) Reincidencia: El Ministerio Público Fiscal solicitó que se declare la reincidencia de P. J. C., pero al no incorporar en legal forma los correspondientes informes del Registro Nacional de Reincidencia, le fue denegada por el juez de la causa.

Prosigue el agraviado analizando la diferencia existente entre la figura penal de robo (art. 164 del CP) con la de hurto (art. 162 del CP), estableciendo claramente que la primera de ellas tiene como requisito imprescindible la fuerza en la cosas o violencia en las personas, a su vez que esta última puede tener lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad. Cita doctrina sobre el tema como también sobre el artículo 45 del Código Penal, en relación a la participación criminal por su asistido. De esta forma, arriba a la conclusión que no se ha probado con la certeza necesaria -requerida en la instancia- sobre la intervención personal de C. en el suceso convocante (robo agravado, art. 167 inc. 2° del C.P.), pues nunca se apoderó de bebidas que se encontraban a la venta en el local comercial “L. C.”, según los

testimonios de los empleados del lugar; tampoco al momento de su detención policial se obtuvo de sus prendas bebidas sustraías del comercio mencionado, todo ello en presencia de su propietario, Sr. R.. Refuerza lo dicho, expresando que durante la audiencia de debate, el órgano acusador no ofreció como prueba los elementos secuestrados a C. y, por tanto, se demuestra que no se produjo el delito de Robo. Asimismo si no se apoderó de objeto alguno, no necesitaba un apoyo externo de cómplices para consumar el delito y así las cosas, tampoco existió un acuerdo previo de los jóvenes que se encontraban fuera del local que reaccionaron en contra de la actitud del propietario por golpear a C..

Por lo expuesto, entiende el recurrente que las anomalías advertidas, conducen de manera inequívoca a anular el fallo condenatorio y, por tanto, se impone la absolución de su pupilo, haciendo reserva del caso federal.

Emitiré mi voto.

Ha ratificado la Defensa, en la ocasión a cargo del Doctor J. A. M. -única parte que compareció a la audiencia-, los términos de la impugnación, poniendo de relieve la falta de pruebas sobre los delitos enrostrados, ya sea sobre robo agravado como el daño al móvil policial; considera por tanto que se ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal sustantiva, potenciando el principio de inocencia e *in dubio pro reo*,

contenidos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Constitución Provincial.

En lo atinente al robo en banda, destacó que si hubiera existido debió haberse probado un acuerdo previo y ello no ha sido tenido en cuenta por el Juez sentenciante. Al joven P. se le secuestraron unos elementos y a su pupilo *C.* no le encontraron nada y se lo condena por Robo; el dueño le pega, otros amigos intervinieron y se produce una "batahola", allí se rompe la luneta del móvil policial. Por otra parte, afirma que *C.* fue el único que quedó en la causa, en cambio los restantes tuvieron diversas alternativas de solución de conflictos como suspensión de juicio a prueba, absolución -inimputabilidad-, reparación, etc.

Sostuvo -trayendo a colación un artículo a cuya lectura procedió- que no se ha probado la existencia de la banda, peticionando entonces que se revoque el fallo condenatorio en contra de su asistido *C.* y se lo absuelva por errónea aplicación de la ley penal y falta de certeza en las pruebas arrimadas.

Tal como se adelantara en el veredicto en el que se comunicara la decisión del Tribunal, tras haber escuchado el audio en el que se reproducen las alternativas del juicio, me permite concluir que hubieron dos momentos con circunstancias totalmente opuestas y que relata el damnificado C. M. R.; es decir que esta división que ha establecido el

Tribunal en su deliberación, resulta opuesta a la interpretación del testimonio referido y que evaluara el Juez en su sentencia, al entender " ... debo reconocer que no me fue fácil arribar a la conclusión que sustento en virtud de la parcial y fragmentada presentación que efectuó la Fiscalía de su caso, al escindir de los hechos la participación que le cupo a L. G. P. y el secuestro de otros elementos que fueron sustraídos del local comercial. En este sentido y teniendo como norte que '*la verdad que se persigue en el proceso penal es (...) la históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad correspondencia o verdad real*' (José Cafferata Nores, "La Prueba en el Proceso Penal" 1998, p. 6) he podido superar las dudas que se me presentaron y arribar así a un estado de certeza acerca del devenir histórico de los hechos materia de debate. Con base en la hipótesis acusatoria y con sustento en la prueba producida, como lo señalaré, estoy en el firme convencimiento que la calificación que corresponde al hecho de autos es la de robo. Apoya este aserto lo afirmado por el citado autor en el sentido de que '*la prueba es el medio más confiable parta descubrir la verdad real, y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales*' (ob. cit. p. 5).

Al local ingresaron dos personas, y mientras una de ellas sustraía las dos botellas de fernet que luego fueron recuperadas por el damnificado, la restante hacía lo propio con dos envases de shampoo y dos

de acondicionador de pelo, saliendo del local y poniendo sobreaviso a sus compinches, prueba acabada de ello emerge de los propios dichos del damnificado en la audiencia de debate, donde textualmente sostuvo '*para eso yo me había dado cuenta que andaban dos personas y la otra ya había salido del lugar mientras yo lo ingreso de vuelta o sea en toda esa maniobra así que lo que hago es acompañarlo hasta la puerta desde ahí y bueno cuando salimos afuera se ve que esta otra persona le había avisado al resto, había más gente afuera, eran muchos, se armó el desbande de piedras inclusive yo igual recibí un par de golpes (...) hubo un forcejeo con él también en la puerta (refiriéndose a C.)*'. Los mismos se ven corroborados por el testimonio rendido por M. J. H. quien señaló '*se acercaron dos personas a pagarme un vino (...) cuando se van a retirar viene mi hermano (...) y les pide las cosas que llevaban entre sus ropas. Estos chicos se niegan a entregar las cosas, salen para afuera y en ese momento empiezan a escuchar fuertes gritos, golpes, piedrazos*'. Vale la pena recordar que el encartado admitió haber ingresado al local con el propósito de sustraer mercaderías. El grupo fue aprehendido momentos después, en las cercanías del lugar teatro de los hechos, procediéndose al secuestro del interior de una mochila que llevaba Ponce de los restantes elementos sustraídos. Así las cosas estimo que el hecho, que reconoció su génesis en el ingreso al local comercial de los cacos, no culminó con el

recupero por el dueño del local de las botellas de fernet, en cuyo caso, y si así hubiera sido asistiría razón a la defensa y consecuentemente nos encontraríamos ante la figura del hurto, sino con la aprehensión del grupo y con el secuestro de los restantes elementos sustraídos. Siendo ello así y constituyendo una solución de continuidad el devenir fáctico entre el ingreso al local de los cacos y la aprehensión y recupero de lo sustraído por el personal policial, la participación del grupo que se encontraba en las adyacencias del local tuvo por indudable finalidad brindar el apoyo necesario no ya para lograr la impunidad sino para consumar la ejecución misma del hecho" (fs. 233 vta./234 de la sentencia bajo estudio).

Volviendo entonces al testimonio que consideramos importante para entender lo que ha sucedido dentro de un recinto cerrado, con clientes, con cajeros y personal de atención al público, es repasar los dichos de R. quien arribó después de su jornada de trabajo a "L. C." donde su señora es la titular del mismo y que fue a comprar algunos elementos que necesitaba; que fue el carnicero quien le dijo o anotició que uno se metía algo entre la ropa y se fue a la caja y le pidió que le mostrara que tenía y que no quiso; que se iba a retirar y lo volvió a entrar y que este le pidió que no lo escrache ante la gente, que le dio un fernet de un litro y luego le dijo que le de la otra y así lo hizo ... que se dio cuenta que había otro que se fue; lo acompañó hasta la puerta y recibió un par de piedras, cerca de su casa lo

intercepta el patrullero; que la policía detuvo a un grupo, que el testigo no vio quien rompió el móvil policial y en la sala a petición de la Fiscalía practica un reconocimiento impropio en la persona de C. que era quien llevaba las botellas entre la ropa. Del shampoo él no tenía conocimiento y dice que eso es del otro pibe ... que hubo un forcejeo en la puerta, pero cuando ve que se viene tanta gente, “uno se pone nervioso”, pues estaba el nene en el auto. A posteriori el juez le pide al Fiscal si le va a exhibir los secuestros, respondiendo el acusador público que no ya que corresponden al otro imputado que falleció. También los dichos del encartado afirman que las dos botellas de fernet se las entregó dentro del local y que a su entender C. estima que R. lo sacó para afuera para pegarle, tirandolo contra una reja, comenzando entonces un forcejeo y que dicha situación fue vista por los chicos y reaccionaron así para que lo soltase, es decir ellos fueron en su ayuda y no a robar; por otra parte R. lo fue siguiendo con su auto y luego llegó la Policía negando el incuso haberle roto el vidrio a la Policía.

Asiste razón a la Defensa, por tanto, sobre la calificación legal puesta en crisis -robo agravado en los términos del art. 167 inciso 2° del C.P.-, al afirmar el juez penal “El hecho debio ser presentado como un todo inescindible, pues se integró con la sustracción cometida por los dos individuos que ingresaron al local, cada uno apoderándose de una parte del botín. La circunstancia de que uno fuera descubierto precisamente fue el

disparador que transformó al hurto en robo ya que permitió la coejecución por parte de los cómplices que aguardaban en el exterior del local, prestos a tomar injerencia para contribuir en la consumación del hecho o en su tentativa" (fs. 234 vta, 2° párrafo). Dicho esto, si bien es correcto como dijera el juez penal que la violencia de la figura del robo puede darse en tres momentos: antes de su ejecución (violencia preparatoria), durante la misma (violencia concomitante) o después de ella, para lograr su impunidad, y sobre esta última "en la medida en que se ejerza en el mismo contexto de la acción del robo una vez que se ha consumado su apoderamiento o su tentativa (...) ello requiere una limitación temporal en atinencia a las acciones posteriores con virtualidad para transformar el hurto en robo, de lo contrario todos los primeros quedarían en forma indefinida pendientes de agravación (Rubén Enrique Figari "Robo, análisis doctrinario y jurisprudencial", 2006, p. 68, con cita de Ricardo Núñez y Edgardo Donna) (fs. 233, último párrafo de la sentencia en crisis). Como vemos entonces, este primer hecho empieza y termina dentro del local comercial; es decir *C.* pagó una caja de vino y quería, evidentemente, llevarse gratis las dos botellas de fernet de las que se había apoderado ilegítimamente de la heladera comercial, merced a la noticia del carnicero del local es que su acción queda lisa y llanamente en grado de conato y dichos elementos sobre el mostrador.

Es decir: si una vez echado del comercio, y como contrapartida la admisión de un forcejeo por parte de R., afirmado también por el imputado, aditando a ello que comenzó a ser objeto de una golpiza por parte del damnificado y como consecuencia de ello, la visualización de sus compañeros o amigos, que comenzaron a arrojarle piedras para que cesara en su accionar, en primer lugar la vis compulsiva que fundamenta el Fiscal y acoge el Juez en su sentencia, no tiene relación con la acción desplegada por el encartado; el acometimiento de los amigos o compañeros de *C.*, no puede considerarse como un elemento integrante del robo para procurar su impunidad, pues no existe evidencia de un eventual nexo entre esta reyerta y la conducta del imputado, por lo cual entiendo que resulta aplicable la regla del *dubión.* En apoyo de los expuesto, cabe traer a colación que " ... *La expresión 'después de cometido' para procurar su impunidad requiere una limitación temporal con respecto a las acciones posteriores con virtualidad para transformar el hurto en robo, pues si no todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación (...) La violencia después de cometerlo debe ser algo preciso que sirva para ala consumación. De modo que si el apoderamiento, esto es, el hurto, está consumado no se convierte en robo porque el sujeto emplee violencia. No puede un delito continuar abierto de manera que no se sepa cuándo se consuma. Rige en este punto lo afirmado para la consumación del hurto ...*

” (Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial Tomo II-b, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 125).

Por otra parte, y ya dando contestación al planteamiento recursivo sobre la nula intervención del encartado en la rotura del vidrio de la camioneta policial, producto de un certero piedrazo, dañando de esta forma el móvil policial que apareció inmediatamente al ser llamado por el damnificado R., quien en su vehículo Renault Kangoo saliera en persecución de todos estos jóvenes sin perderlos de vista, y, que se detiene con la llegada de la autoridad policial, ha sido claro el testigo P. J. L. que le permitió observar cómo *C.* lograba puntería en su cometido. Así: “ ... *No quita o disminuye valor probatorio a un testimonio, el hecho de que lo sea de uno de los empleados policiales que arrestaron al procesado, por cuanto se trata de un testigo necesario; máxime si dicho testimonio, examinado conforme a las reglas de la sana crítica, merece se le otorgue eficaz y completa validez ... ”* (CC Cap., 7/8/61, JA, 1961.IV-198, publicado en Rubianes, Código Penal su interpretación jurisprudencial T. 2, Depalma, pág. 872). Por tanto el Señor Juez Penal, ha desarrollado en forma puntillosa las circunstancias que rodearon a este hecho criminoso y que calificara como daño agravado (art. 183 inciso 5° del CP).

Por todo lo expuesto, corresponde en primer término hacer lugar parcialmente a presente impugnación de la sentencia 05/09,

cuya calificación, en concreto y tal surge de la deliberación, debe quedar como hurto simple en grado de tentativa en concurso real con daño agravado (arts. 42, 162, 45, 55 y183 inciso 5° del C.P.).

Por último, en cuanto a la mensuración de la sanción a imponer al imputado en función del encuadre legal que aquí se asigna, corresponde su fijación, tomando la escala penal de los dos ilícitos enrostrados, en la pena de cuatro meses de prisión y costas del proceso (art. 29 inc. 3° del C.P.), surgiendo del debate que *C.* posee antecedentes. Es decir que el mínimo legal, debe ser superado. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Comparto la solución propuesta por la Sra. Juez preopinante, en base al resultado de la deliberación, en el sentido que debe prosperar el agravio de la Defensa del acusado P. J. C., relativo a la calificación legal del hecho por el que fuera condenado el nombrado en la sentencia impugnada; encuadre que debe modificarse, llevándolo a la figura del delito de Hurto simple en grado de tentativa (arts. 42 y 162 del CP).-

Para ello, tengo en cuenta que la interpretación predominante, del concepto de “violencia en las personas”, del art. 164 CP, entiende que ésta, necesariamente, debe tener “una relación de medio a fin” con el apoderamiento –pudiendo tener lugar antes, durante o después del

mismo- (participan de esta posición: Soler, Núñez, Creus, Donna, entre otros).-

Particularmente, respecto a la violencia que se lleva a cabo “después de cometido” el apoderamiento, la doctrina nacional se ha ocupado de aclarar la expresión legal, desde que no es posible entender la agravante como referida a cualquier tiempo posterior. En una reciente nota a fallo, titulada: “¿Robo o hurto? ¿Cuál es el limite para que la violencia ejercida para procurar la impunidad permita subsumir la conducta en el tipo penal de robo?”, leemos: “Es evidente que la expresión aludida se refiere a que la violencia haya tenido lugar en el contexto mismo de la acción, en tiempo inmediato al apoderamiento. La mayor parte de la doctrina (con cita, nuevamente, de Donna, Núñez, Soler, Creus, y otros) entiende que la ley no se refiere tanto al tiempo que existe entre la consumación y el empleo de la violencia, sino más bien a la inexistencia entre ambas de solución de continuidad que permita independizar ambos momentos. Es el caso de quien al ser sorprendido, para evitar ser aprehendido, hiere a quien le intercepta el paso... La violencia después de cometido el hecho debe ser algo preciso que sirva para la consumación, de modo que si el apoderamiento, eso es, el hurto, está consumado, no se convierte en robo porque el sujeto emplee violencia. No puede un delito continuar abierto de manera que no se sepa cuando se consuma. Núñez entiende que la violencia

se ejerce después del apoderamiento, para que el sujeto activo procure con ella su impunidad, para ello, si al menos se ha tentado el hurto, la violencia debe tener lugar en el mismo contexto de la acción del robo, para lograr la propia impunidad o la de otro partícipe en la comisión del ilícito. Una solución de continuidad entre el apoderamiento y la violencia, excluye la unidad del contexto y la calificación del primero por la segunda... No hay hecho único en todos los casos en que la violencia se ejerce 'después de cometido el robo para procurar su impunidad', porque para que ello suceda, tal como se viene diciendo, resulta imprescindible que aquella violencia sea consecuencia inmediata –objetiva, accesoria y funcionalmente subordinada al desapoderamiento-, integrando su escena y contexto de modo tal que pueda afirmarse que es mas que una modalidad con la cual se comete" (cfme. comentario a una jurisprudencia de la CN Cas. Pen. Sala IV, de Roxana Piña, publicado en Suplemento L.L. Penal y Procesal Penal, noviembre de 2009, págs. 31 y ss.).-

La Cámara mencionada, sala III, por su parte ha sostenido en relación al punto (publicada en L.L., suplemento de jurisprudencia penal, abril de 2003, pág. 62, causa: "Calderón, Mauricio J. s/ recurso de casación"): "...la violencia propia del delito de robo puede tener lugar antes del acto mismo, durante o, posteriormente para asegurar la impunidad, guardando aquélla una íntima relación con el apoderamiento

ilegítimo. En el último caso se trata de la defensa violenta del ladrón frente a la reacción inmediata de la víctima o de terceros. Es decir que esta violencia debe constituir una unidad de hecho con el apoderamiento y no una actividad posterior claramente independiente ocurrida fuera de dicho contexto”... “La violencia requerida por el art. 164 del Código sustantivo es la ejercida para lograr la impunidad del robo realizado, en el caso en grado de conato, -aún cuando recaiga sobre una persona distinta de la que haya sido víctima-, y abarca los actos posteriores inmediatos realizados por el autor”.

“Es que lo esencial a determinar a efectos de resolver de forma adecuada el interrogante planteado en autos, es si en el caso se ha configurado una o dos conductas criminales separadas en el tiempo...”.-

II.- En el caso concreto que nos ocupa, encuentro que no está suficientemente acreditado, que haya existido la continuidad referida en el apartado precedente, entre la tentativa de apoderamiento por parte de C. dentro del local comercial, y la violencia ejercida en el exterior por un grupo de jóvenes, aún cuando éstos tengan alguna vinculación con las dos personas que se encontraban en el interior. A diferencia del razonamiento seguido por el Sr. Juez penal en la sentencia (“... la participación del grupo que se encontraba en las adyacencias del local tuvo por indudable finalidad brindar el apoyo necesario ... para consumar la ejecución misma del

hecho"), entiendo que debe regir aquí el principio *in dubio pro reo* (art. 28 CPP). En relación al tema de la duda se ha sostenido que: "…este principio sólo debe referirse y aplicarse en lo que a la **fijación de hechos** se refiere; no se debe utilizar para aclarar cuestiones jurídicas que aparezcan como dudosas..." ("La Prueba en el Proceso Penal", de Manuel Jaén Vallejo, ed. Ad-Hoc, año 2000, p. 36 -el destacado no pertenece al original-).-

El Superior Tribunal de Justicia , por su parte, ha sentado posición sobre el principio de referencia en general, en estos términos: "...Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las **circunstancias fácticas** e, incluso, los **elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas**, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena..." (cfme. Superior Tribunal de Justicia, sentencia nº 14/05, con cita de Maier, el destacado me pertenece).-

III.- En cambio, merece confirmarse en un todo el decisorio, en lo concerniente a la comisión del delito de Daño calificado (art. 184, inc. 5º del CP), por parte de C.; teniendo en cuenta el testimonio de cargo de P. J. L., correctamente valorado por el sentenciante, en el apartado 2) de los "Considerandos" de la sentencia recurrida.-

IV.- Como consecuencia directa del cambio de

calificación, deberá adecuarse el monto de la pena impuesta, habiendo coincidido en la deliberación en que resulta adecuado establecerla en el monto de cuatro (4) meses de prisión, de cumplimiento efectivo; teniendo en cuenta en calidad de agravante para superar el mínimo legal, que el acusado cuenta con antecedentes.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- En honor a la brevedad, no he de reiterar el detalle de los argumentos incluidos en la impugnación ordinaria deducida por la Defensa, ni la enumeración de las pruebas tenidas en cuenta por el Sentenciante para arribar a la condena objetada, remitiendo a los términos de la prolija reseña de todo ello efectuada por los colegas que me precedieron en orden de sufragio.

II.- Lo primero que corresponde resaltar del evento ocurrido el día 8/9/08 aproximadamente a las 21:50 hs. en el local comercial “L. C.”, sito en la intersección de las calles San Martín y Alberdi de la ciudad de Sarmiento, consiste en que, a tenor de la admisión realizada por C. en Debate, este ingresó allí con la intención de apoderarse de lo ajeno, en el caso dos botellas de “fernet”, aserto que encontró apoyo en prueba independiente.

Luego, con igual apoyo en los elementos de convicción incorporados, que su accionar fue advertido por empleados del comercio,

los que alertaron al propietario C. R., quién impuso a C. que abandonara las mentadas botellas antes de egresar del local, y lo expulsó del mismo “con sus propias manos”, hacia el exterior.

Bueno es recalcar que el consorte de causa de C., L. P., se había retirado previamente de la despensa habiendo llevado dos potes de shampoo y dos de crema de enjuague, sin abonarlos, y al observar retenido a C., alertó a otras personas que se encontraban en los alrededores sobre tal circunstancia, por lo cual cuando el acusado fue “sacado” del comercio por R., se produjo una gresca en la que el propietario fue lesionado, pero no por C. conforme los términos de la Acusación, también fue dañado su auto, por lo cual dio aviso a la Autoridad policial, que comenzó una persecución que culminó con la aprehensión de los imputados, un móvil policial también dañado, suceso igualmente atribuido al aquí acusado C..

III.- En tales términos, se presenta con meridiana claridad que la sustracción intentada por C. culminó dentro del mismo local, al abandonar las botellas que pretendía llevar sin abonar por imposición de R., y la reacción del grupo que se hallaba en el exterior se produjo, o ante la acción de R. de expulsarlo vehementemente del local para defenderlo de la agresión que parecía sufrir, o para asegurar su “impunidad”.

El Magistrado se inclinó por la segunda variante, y encuentro una serie de obstáculos respecto de dicha interpretación. Primero,

que no habiéndose podido determinar a nivel probatorio cual de las dos opciones reunía el grado de certeza requerido para la etapa de Sentencia, la regla del “dubión” (art. 28 CPPCh.) obligaba al Juez a optar por la primera, más beneficiosa al acusado.

Luego, más allá de los debates que ha generado el término “ para procurar su impunidad”, expresión referida a la violencia contemplada en el art. 164 del CP., en la Doctrina (Donna Edgardo, Derecho Penal, Tomo II B pags. 125 y ssgts Ed. Rubinzal Culzoni), resulta por demás discutible que el accionar de la “banda” como agravante del Robo, pueda configurarse una vez que este se “consumó”, o como en este caso, el desapoderamiento se frustró.

Incluso, desde el aspecto subjetivo, también emerge otro vallado consistente en que para hacer cargar sobre C. la violencia ejercida sobre R. por otros sujetos se imponía la acreditación de que aquel estaba mínimamente al tanto del “rescate” en su favor que iban a emprender las personas señaladas como sus colaboradores, conexión subjetiva imprescindible dado que tal circunstancia podía operar, como en definitiva ocurrió en la Sentencia impugnada, a efecto de calificar su conducta, desplazando la sustracción hacia la figura del Robo calificado por el accionar de una “banda” y en lugar poblado. Sería una forma de objetivar su responsabilidad penal, constitucionalmente inadmisible (art. 18 CN).

IV.- De tal manera, y como pareciera surgir de la Sentencia dictada por otro Magistrado en la que hubo de evaluar la posible responsabilidad penal de uno de los aludidos partícipes del hecho encarado por C., la cual podemos tener a la vista en tanto obra en la carpeta judicial como acto jurisdiccional inherente a este caso, el evento que aquí se analiza debe ser considerado como compuesto por etapas y no como una unidad indisoluble, tal la ecuación propuesta por la Sentencia en crisis.

En tal contexto, C. debe responder como autor del delito de Hurto, en grado de Tentativa (arts. 162, 42 y 45 del CP.), pues para procurar el desapoderamiento de las botellas de fernet no ejerció fuerza en las cosas ni violencia en las personas, y su acción se frustró en plena ejecución.

Y tal precepto debe concurrir materialmente con el Daño agravado (arts. 55, 183 y 184 inc. 5to. CP.), por ser ocasionado a un móvil policial, hecho respecto del cual el Magistrado valoró correctamente la prueba testimonial ofrecida por el Acusador Público, que indicó claramente a C. como autor de tal acción.

Cabe señalar que el cambio de calificación jurídica fue uno de los puntos específicos de la impugnación deducida (art. 369 del CPPCh.).-

V.- Dos cuestiones finales. En primer término, y siguiendo con los alcances del art. 369 del rito, sería posible evaluar la acción atinente al desapoderamiento endilgado en los términos del art. 44 último párrafo del CP., en el contexto de la idoneidad de la acción intentada, desde el momento en que el propietario estuvo al tanto en todo momento de la conducta desarrollada por el acusado, pero ello no fue materia de agravio.

Luego, en función del principio de economía procesal, no parece aconsejable el reenvío del caso a efectos que el Magistrado que corresponda evalúe la punibilidad en el marco de los preceptos jurídicos fijados en este acto, por lo cual y atendiendo a las pautas del los arts. 40 y 41 del CP., en especial desde lo subjetivo la edad y formación socio cultural del acusado, y desde lo objetivo, la relativa reprochabilidad de los hechos atribuidos, es que coincido con mis colegas en que cuatro meses de prisión resulta una cuantificación acorde a dichas pautas, por lo cual en virtud del tiempo de detención sufrido, debe tenerse tal sanción como cumplida. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacerse lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado P. J. C.

y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia condenatoria nº 5/09, y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos la que quedará de la siguiente manera: **Hurto en grado de tentativa en concurso real con Daño calificado** (arts. 42, 55, 162, y 184, inc. 5º del CP).-

Corresponde además imponer costas al Estado y regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública, por su labor en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, su incidencia en el resultado del proceso, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

Atento al resultado arribado debe hacerse lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado P. J. C. y en consecuencia revocar parcialmente la sentencia condenatoria nº 5/09, y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos la que quedará de la siguiente manera: **Hurto en grado de tentativa en concurso real con Daño calificado** (arts. 42, 55, 162, y 184, inc. 5º del CP).-

Asimismo adhiero a los dichos de la Sra. Juez que vota en primer término en cuanto a la regulación de honorarios y costas a imponer.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado arribado corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado P. J. C. y por lo tanto revocar parcialmente la sentencia condenatoria nº 5/09, y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos la que quedará de la siguiente manera: **Hurto en grado de tentativa en concurso real con Daño calificado** (arts. 42, 55, 162, y 184, inc. 5º del CP).-

De igual manera coincido con los dichos de mis colegas preopinantes en lo que respecta a la regulación de honorarios e imposición de costas.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado P. J. C., contra la sentencia nº 5/09 dictada en fecha 21 de abril de 2009 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2º) REVOCAR parcialmente la sentencia condenatoria nº 5/09 impuesta a P. J. C., y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos la que quedará de la siguiente manera: **Hurto en grado de tentativa en concurso real con Daño calificado** (arts. 42, 55, 162, y 184, inc. 5º del

CP), con costas al Estado.----------

3º) CONDENANDO en definitiva a P. J. C. a la pena de **cuatro** (4) **meses** de prisión, en orden al delito de Hurto en grado de tentativa en concurso real con Daño calificado; dando por cumplida la misma en orden al tiempo de detención (art. 24 CPP).----------

---

4º) REGULAR los honorarios profesionales a la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos mil quinientos ($1.500).----------

---

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Protocolo nº 8/10 de fecha 19/4/10

Fdo. Dres. Martín R. Montenovo. María E.N. de Pettinari. Daniel L.M.Pintos.