En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre 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° 1.946**, **carpeta individual n° 465**, de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General Dr. **Raúl Alberto CORONEL**, el Sr. Defensor Público Dr. **Juan MAIDANA**; y

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

Que los días 3 y 6 de diciembre 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. D. S., 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 S. 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 de la impugnación interpuesta en primer término por el Dr. A. D. F., Defensor de confianza del imputado *P. D. S.* en los autos caratulados: ***"S., P. D. s/ p.s.a Robo Agravado" Legajo Nº 1946, Carpeta Nº 465 de la Oficina Judicial de Sarmiento,*** *contra la sentencia definitiva Nº 18/2009 dictada por el Tribunal unipersonal integrado por el Dr. Daniel Camilo Pérez, dictada el día dieciséis de noviembre de dos mil nueve, en cuanto dispone en lo que aquí interesa : "****1) Condenar a P. D. S.… a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN,*** *accesorias legales y costas del proceso (arts. 12, 29 inc.3º del C.P y 239 y ccds del CPP) por hallarlo autor penalmente responsable del delito de* ***ROBO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO,*** *en calidad de autor penalmente responsable (Arts. 45 y 167 inc. 4 en relación con el art 163 inc 4 del C. Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 26 de enero de 2009 entre las 05,00 hs y las 06,25 hs, y más precisamente en el local comercial "AskaBan" sito en San Martín y Pellegrini de esta ciudad de Sarmiento y en perjuicio de C. R. L..".-*

Por su parte y en segundo término Juan Alberto Maidana Defensor Público de la Circunscripción Judicial Sarmiento, a posteriori de haberlo asistido durante el debate al encartado nombrado, presenta también escrito de impugnación de la sentencia en crisis, realizando la aclaración en la audiencia del art. 385 del CPP que P. S. contrató al profesional A. D. F. para la presentación del recurso y luego de ello (trabajo que realizó el letrado citado),

volvió a requerir de su asistencia, por haber renunciado a que continúe en la causa.-

Dicho esto, es menester transcribir los agravios de ambos escritos impugnatorios contra la sentencia en crisis a fin de dar adecuada respuesta; por tanto siguiendo el orden como se señalara, habré de comenzar por el libelo obrante a fs. 30/35 vta. presentado por el Dr. F. : "… El fallo que se pone en crisis… surge de una arbitraria y errónea aplicación e interpretación del derecho, lo que no se compadece con las circunstancias fácticas del caso de marras, solicitando desde ya se revoque el mismo, postulando Absolución, en subsidio el cambio de calificación por la figura de Encubrimiento por Receptación, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho, que seguidamente le paso a exponer.

II. HECHOS: 1.- Se atribuye a mi pupilo que: "El día 26 de enero de 2009, entre las 05 y las 06:25, el imputado PDS sustrajo del local comercial denominado AZKABAN, ubicado en calle Pellegrini y San Martín, previo escalar un paredón para introducirse en el patio del local y forzar la puerta trasera de acceso al comercio, un proyector color Blanco marca NEC. Con el bien en su poder, salió del lugar, ocultándolo con una campera de color rosa, que la lleva entre sus brazos como si fuera un niño y en esas circunstancias es visto por la prevención policial y ante ello, comienza a correr. Es seguido por la policía, introduciéndose en el patio de una vivienda ocupada por la familia B., y deja en el lugar sustraído y la campera con la que lo ocultaba y logrado escapar. Posteriormente personal policial procede al secuestro de dichos bienes en el patio mencionado". "Testimonios rendidos: S. y A., manifestaron haber perseguido a media cuadra del local comercial Azkaban al

imputado, que llevaba entre sus brazos una campera en la que aparentaba llevar una criatura y que al ver la presencia del móvil intentó escapar, por lo que generó el estado de sospecha para volver sobre sus pasos. Que perseguido por el personal policial mencionado, ingresó al patio de la familia B. y eso ha sido también confirmado por los dichos del testigo L. y que tanto los policías como L., lograron identificar al imputado". "Que ya en el patio de B., personal policial encontró los objetos robados". "Que se acredita la sustracción del proyector del local con la declaración de L. y del personal policial que fueron al lugar y advierten debajo del proyector hay una mesa con rastros de pisada. Que se acredita también el forzamiento en la puerta con los testimonios de U., los dichos del damnificado, de P. y con las fotos incorporadas".-

"Que se da la agravante, es decir el robo con escalamiento y esto es así, ya que para ingresar a ese lugar necesariamente debió el imputado escalar un muro, un paredón de más de dos metros y un agregado de alambre con púas". "Que si bien hay diferencias en los dichos de L. en la denuncia y la vertida en el juicio en relación al horario de cierre del comercio, ello obedece al paso del tiempo entre uno y otro, y que ello le permite sostener que la válida es la primera, ya que se hizo en forma inmediata". "Resalta la actitud del imputado que fue avistado llevando el elemento con una campera, lo que indica que quería ocultar ese bien y era porque llevaba un producto del ilícito. "Que hay además cercanía en el tiempo y el espacio. No fue detenido lejos del lugar solo a media cuadra y al advertir la presencia policial empieza a correr".-

III.- CONSIDERACIONES DEL A QUO: "Se ha acreditado que el día 26 de abril de 2009 entre las 05 y las 06:25 hs, se sustrajo del interior

del local comercial AKAVAN, propiedad del Sr. C. R. L., un proyector blanco marca NEC" "…En el interior del local, y a través del acta policial se advierte la presencia de pisadas sobre una mesa de color negra que dejaron por debajo del proyector, quedando los cables sueltos en el lugar al ser desenchufados del proyector" (ratificado por las declaraciones de U., P., L.)".-

Agravio: que si bien es cierto que se encuentran pisadas, y como lo sostuviera el Dr. Maidana en la defensa durante el debate, nunca se cotejaron las pisadas por ninguna vía, es decir, que a pesar de conocer y saber quien era S., lejos de investigarse y obtener pruebas para acreditar su participación o autoría, no se ordenó cuanto menos un allanamiento a su morada, la cual es esta ciudad, para secuestrar las zapatillas u otras similares por la suela, y compararlas con las obtenidas en el lugar. Es decir que se supone por ser visto en cercanías fue quién ingresó, pero no existe certeza contundente que así lo indique, enjundia que se requiere en este estadio."

"…**Agravio:** que conforme lo pusiera de resalto la defensa, es importante la diferencia horaria que separa entre las tres o cinco y las seis de la mañana, no puede obviarse que S. tal vez fue visto en cercanías llevando un objeto, pero no está probado que ingresara, y que fuera él quien lo sustrajo, pues reitero, no se han cotejado las huellas a pesar de tener las herramientas legales para practicarlas".-

Prosigue el defensor transcribiendo el fallo: "Así comienzan a surgir los interrogantes. ¿Qué hacía S. viniendo a media cuadra del lugar de los hechos?, ¿por qué portaba el proyector sustraído?, ¿por qué lo ocultaba con una campera que también sustrajo del lugar de los hechos?, ¿por qué salió corriendo ante la llegada de la prevención policial?, ¿por qué dejó las cosas

sustraídas, abandonadas en el patio de la familia B.?. La respuesta a dichos interrogantes no puede ser otra que, vincular al imputado al hecho denunciado sin ningún lugar a dudas y con la certeza que requiere esta etapa procesal".

"<u>Agravio:</u> tal como lo afirma el a quo, son solo interrogantes, pero aquí debe estarse a la presunción de inocencia, al beneficio de la duda, y no a interrogantes, y suponer que fue autor del robo porque estaba cerca y llevaba el elemento sustraído, no quedó probado que fuera S. el que ingresó al local comercial atropellado, máxime cuando no hay precisión horaria, ya que habría sido entre las 3 o las 5 o entre las 5 y 6 de la mañana, pero reitero, no está acreditado que ingresara mi pupilo al recinto, nadie lo vio, nadie lo asegura porque no hay testigos, no hay prueba de ello, y no basta con suponer por la proximidad en tiempo, lugar y fecha y apropiara del mismo, tal vez lo encontró, se lo entregó alguien".-

Continúa la defensa desmenuzando el fallo: "Todas las actitudes de S., al margen del transporte de la res furtiva, constituyen indicios unívocos que producen luego la certeza necesaria. Y esa univocidad está directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio del hecho indiciario con el hecho indicado". "Así coinciden las circunstancias de tiempo y lugar entre el lugar y fecha de la sustracción y el lugar y fecha de la aparición de S. en el teatro de los hechos. Por otra parte el imputado S., fue reconocido tanto por los policías a cargo de la patrulla, como por parte del remisero L. en el debate". "Es cierto que no se hizo pericia sobre las huellas del calzado existente en el lugar para su cotejo con las del imputado, pero en tal sentido, coincido con el MPF de que no resultó necesario ante la falta de detención inmediata de S.". "Por otra parte, si seguimos el criterio de la defensa,

solo cuando una persona sea detenida in fraganti delito, podría ser considerada autor de un hecho delictivo, lo cual resulta irrazonable. Reitero fallo del STC en autos M., cuando se dijo que la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no solo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos como los que se destacan los indicios…".-

Agravio: en este punto, discrepo… en cuanto a que está previsto el instituto de la Tentativa, ya que el hecho fue depuesto por intervención policial, pero insisto no está acreditado el ingreso físico de mi pupilo al comercio, sino que llevaba el proyector, pero al no haber robo de parte de S., no puede esta defensa proponer tentativa en este tipo legal. Siguen los agravios por la calificación de la conducta enrostrada a su asistido y al respecto expone: "se tilda la conducta como consumada en el robo, cuando no se probó que fuera él, sino por conjeturas o lineamientos que permiten suponer por estar en cercanías, ya he tratado otros supuestos, si lo encontró, si se lo dieron, es esta falta de certidumbre la que beneficia al imputado, la duda, que palmariamente se da en este caso". Critica por tanto las conclusiones del sentenciante en el punto: "Para llegar a esta conclusión advierto que el imputado desarrolló actos como el del ocultamiento del bien entre una campera que obtuvo del propio lugar de los hechos y luego de correr una cuadra aproximadamente, voluntariamente y sin ninguna orden policial que ordene algún proceder en su conducta, dejó el elemento sustraído en un patio y si la policía no lo encontraba gracias a la colaboración del remisero L., tal vez la prevención policial no haya podido dar con dicho elemento, pudiendo haber luego retomado el imputado obviamente la tenencia del bien".-

Agravio: en forma incuestionable es el justiciable quien enjundia las hipótesis, y se aparta de la certeza, al imaginar que si no hubiera sido por el remisero, no se podría hallar el proyector y después volvería a buscarlo, frente a esto insisto, luce solapada la falta de pragmatismo, y se aferra al estoico dudoso.-

Prosigue el impugnante cuestionando la agravante del delito enrostrado a S., como así también de los argumentos del juez a quo en cuanto al monto de la punición aplicada al mismo: *"El imputado se encuentra involucrado en numerosas causas, goza de una suspensión de juicio a prueba dictada en 2008, que de quedar firme la causa judicial debería proseguir, y la carpeta judicial 506 donde está actualmente con prisión preventiva, todos procesos relacionados con delitos contra la propiedad. No puedo dejar de señalar que en la suspensión el proceso a prueba ya otorgado en la carpeta 64/08 en donde se suspendió por un año y medio su causa, también por el delito de robo, se le dio la oportunidad de suspender el juicio para que el imputado pueda no solo someterse a las reglas de conducta futura…Esa oportunidad la ha desaprovechado incurriendo ahora en el presente hecho".-*

Agravio: en este punto, se ha tomado para resolver los antecedentes de conducta, pero que aún no tienen sentencia firme, lo que riñe con la garantía de presumir la inocencia hasta que no se pruebe lo contrario, art. 18 CN…".- Finaliza el recurrente con la petición de que se revoque el fallo en crisis y se absuelva a su pupilo, subsidiariamente se cambie la calificación por el delito de encubrimiento por receptación.-

En segundo lugar el Defensor Público de la ciudad de Sarmiento, Dr. Juan Alberto Maidana (fs. 38/vta.), en forma sucinta fundamenta

que los motivos de impugnación se basa en las siguientes cuestiones: “a. No se ha probado por parte de la Fiscalía el ingreso de mi asistido al local comercial **Askaban** y el Sr. Juez ha valorado inadecuadamente dicha circunstancia al momento de dictar su fallo. b).Para el supuesto de considerarse acreditado el extremo cuestionado en el punto a. deviene necesario señalar que la agravante por la cual resultó condenado Robo agravado por **escalamiento** no está acreditado, dado que por el lugar donde se dice ingresó **S.**, no reúne las características que se señalan como obstáculo, ni implican un “**mayor esfuerzo**” que se le atribuye **S.**, ni ha debido utilizar “**medios extraordinarios**” (sic); que por otra parte no están acreditados.-

Solicita se revoque la sentencia dictando la absolución de su pupilo S. y/o modifique conforme a derecho la calificación del hecho, teniéndose presente el planteo del caso federal.-

Que durante la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, el Defensor Público se remite a los fundamentos que oportunamente sostuviera el Defensor particular, subraya el principio de inocencia, como el de la duda, en especial, manifestando que la sentencia no ha sido atacada en su totalidad sino por la calificación escogida por el a quo y, en su interpretación, corresponde que se aplique a su asistido la figura del robo simple, en el entendimiento de una contradicción entre la primera y segunda explicación. En tal sentido, expresa que el Juez Pérez agrava la situación de S. al aplicarle la agravante del art. 167 inc. 4º, en relación con el art. 163 4º del CP. Su pretensión entonces, es la adecuación al art. 164 del CP -robo simple- y la pena sea de seis meses por ser su primera condena.-

El Sr. Fiscal, por su parte, rechaza la impugnación deducida y solicita se confirme la sentencia en todos sus términos. Sostiene que el Juez ha valorado los elementos probatorios cargosos en contra del encartado y tanto surge de los testimonios como de los informes, el lugar por donde entró el encartado se encuentra cercado de altos muros. No obstante lo dicho la Defensa replica que no hay pericias y todo fue a “ojo de buen cubero”; y esta circunstancia puede fallar y por tanto duda sobre la altura del paredón.-

Emitiré mi voto.-

Tal como acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa del imputado ***S.*** resulta admisible toda vez, debidamente fundada, se dirige contra una sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal Penal). Idéntico argumento cabe predicar en cuanto a la amplitud del recurso intentado, toda vez que tal como lo expone Gabriel Pérez Barberá en su artículo “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo `Casal´ y del método alemán invocado por la Corte” (publicado en el sitio elDial.com, Doctrina, el 15/05/07), *“…la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca de cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí ‘amplitud’ significa, simplemente,* ***revisión integral de la sentencia impugnada****...”.* También expresa el articulista de mención que *“… Que la revisión sea ‘integral’, por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a* ***que su caso sea examinado ‘una vez más’ en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo****, en tanto no sea imposible revisarlos…”* (cfme. Publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).-

En esta línea de razonamiento, el Tribunal comparte con la Defensa que el análisis de la impugnación a favor del imputado debe serlo en sentido amplio, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Casal”. Allí, se ha sostenido que *“…el recurso de casación tiene que ser entendido de ahora en más, como instrumento de impugnación no limitado a las cuestiones de derecho y por medio del cual es posible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente, siempre que lo impugnado no esté en relación directa con percepciones exclusivas de quien ha presenciado el juicio oral…”* (cfme. Tribunal y fallo citados).-

Diversos, variados y hasta opuestos han sido los múltiples agravios esgrimidos por los sucesivos defensores del imputado S.. No obstante ello siguiendo un orden criterioso, hemos acordado durante la deliberación que el pretendido cambio en forma subsidiaria de la calificación escogida por el defensor particular (delito de encubrimiento por receptación), como la del defensor público (robo simple), no han de tener acogida favorable pues de la prueba colectada y valorada a la luz de la sana crítica racional, el a quo ha fundado adecuadamente la personal intervención del encartado en el caso bajo examen. Así el magistrado ha dicho *“… se ha acreditado que el día 26 de abril de 2009 entre las 05,00 hs y las 06,25 hs se sustrajo del interior del local comercial “Azkavan” propiedad del Sr. C. R. L., sito en la intersección de las calles Pellegrini y San Martín de esta ciudad, un proyector color blanco, marca NEC, modelo VT491, serie VT491G7940437EG. Que para sustraer dicho elemento hubo de forzar una puerta que estaba en el patio trasero del local comercial. Se acredita ello con el acta policial de fs. 3/ vta., las tomas*

fotográficas Nros 7 y 8 (que obran a fs. 6) y con la declaración testimonial de los funcionarios policiales P., U. y además de la víctima Sr. L.… quien ilustra el preciso lugar donde se encontraba el proyector, manifestando que se encontraba en el medio y colgado en el techo. En el interior del local, y través del acta policial se advierte la presencia de pisadas sobre una mesa de color negra que dejaron por debajo del proyector, quedando los cables sueltos en el lugar al ser desenchufados del proyector (ratificado todo por las declaraciones de U., P. y L.)…se acredita que casi a una cuadra del local los funcionarios policiales A. y S. encuentran abandonado el proyector y una campera rosa en el patio de la familia B. a las 6,25 hs del día del hecho".-

En tal sentido *"… La especial fuerza probatoria del testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica …"* (CNCasPen., sala II, 31-8-07, "R., R. E. s/recurso de casación", causa 7320, reg. 10481.2, Magistrados: David, Mitchell, Fégoli).-

Dice el Juez sentenciante: *"Todas las actitudes y conductas de S. al margen del transporte de la "res furtiva", constituyen indicios unívocos que producen certerza necesaria. Y esa univocidad de los indicios está directamente determinada por la proximidad, en el tiempo y en el espacio, del hecho indiciario con el hecho indicado".* Citando jurisprudencia al respecto.-

En conclusión a pesar de que no se hiciera una pericia de las huellas del calzado hallado sobre la mesa, en nada modifica o aporta para

determinarse que la violación al bien jurídico tutelado: la propiedad, lo ha sido por la autoría del imputado S..-

Así las cosas, el defensor de confianza, en su libelo critica al Juez que podría darse el instituto de la tentativa, pero que como él entiende no sería su caso, ya que encuadra la conducta de su pupilo en el delito de Encubrimiento por receptación de cosas, hemos consensuado durante la deliberación su tratamiento -favor rei- en virtud de la fundamentación que sobre el punto ha considerado el aquo en la sentencia en crisis.-

Considerando que la gravedad del ilícito que ha quedado en grado de conato merece una profunda reflexión. Siguiendo a Omar Breglia Arias- Omar R. Gauna en su obra CODIGO PENAL y leyes complementarias COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO 1, 4ª edición actualizada y ampliada Editorial Astrea sobre el punto define su naturaleza de la siguiente manera: *"La tentativa es un delito que no llega a cometerse; un mínimo de ilicitud penal. Delito preterintencional a la inversa, ocurre que en ella lo producido es menos que lo querido (en el delito preterintencional, lo producido es más que lo querido). Por eso, CARNELUTTI dice que "representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto a que esto que se ha producido es menos de lo que se quería realizar". El límite superior de la licitud es el límite mínimo de la tentativa; ella comienza cuando se excede la máxima libertad permitida por el derecho penal, y tiene como polos la idea criminal y el agotamiento consumativo, el acto del hombre rompe la envoltura de la exigencia social, y se colorea de punibilidad.-*

Hemos arribado durante la deliberación, en base a las precisas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue detectado el

encartado portando el botín (a media cuadra del local violentado), que se ajusta el caso a la calificación de robo agravado en grado de tentativa.-

En apoyo de ello debe recordarse que el delito *"… se consuma con la completividad del apoderamiento de la cosa, es decir, con la creación de las posibilidades de disposición de ella por parte del agente. El solo hecho de haber logrado el desapoderamiento -con la intención de apoderarse- constituye tentativa; ésta se extiende aun a la simple penetración en la esfera de custodia de la cosa cuando ella puede considerarse materialmente acotada, aunque no se haya alcanzado a perpetrar el desapoderamiento …"* (cfme. Carlos Creus, "Derecho Penal - Parte Especial", t. I, 6° edición actualizada y ampliada, edit. Astrea, pág. 397/398). En el mismo sentido *"… Como el delito se integra por dos fases ejecutivas, perfectamente diferentes, que son el desapoderamiento de la cosa, por un lado, y por el otro, la toma de poder sobre la cosa por parte del ladrón, recién en este punto se consuma el delito. Mientras el traspaso del poder efectivo a las manos del ladrón esté en condiciones reales de ser impedido, la lesión no está consumada. Sólo se puede hablar de consumación si el agente puede disponer materialmente de ella, aunque sea por unos breves instantes … "* (cfme. Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal - Parte Especial", Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 47).-

Así lo ha interpretado también la jurisprudencia, al sostener que *"… No cabe afirmar que ha mediado robo consumado cuando no ha mediado solución de continuidad en la persecución y -de tal suerte- amén de que se ha ejercitado la protección de los bienes objeto del conato, los cacos no han podido ostensiblemente disponer de ellos y -naturalmente- han sido recuperados…"* (cfme. Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala I, 15-11-2005, L., G.

D. s/ Recurso de casación", publicado en Edgardo Alberto Donna, "El código penal y su interpretación en la jurisprudencia" -actualización al 31 de diciembre de 2009-, Tomo II, Rubinzal-Culzoni editores, pág. 24). También *"… Si la imputada no pudo disponer del faltante de la suma de dinero que se encontraba en la billetera sustraída, toda vez que fue inmediatamente revisada por personal policial, debe considerarse que el hecho quedó en grado de conato …"* (cfme. CNCCorr., sala IV, 13-7-2004, "P., D. M. y otra", c. 24.565, aut. y ob. cit.).-

Por otro costado, la inspección ocular que se llevara a cabo en el local comercial y quedara plasmada en la documental respectiva, como las tomas fotográficas que ilustran (piezas admitidas como prueba, sin ninguna oposición por parte de la Defensa), dan acabada cuenta que la agravante en la emergencia ha de aplicarse al imputado, que tiene como base la defensa predispuesta, de manera que no lo es el simple elemento demarcatorio o señalizador de un límite, sino aquel que realmente protege la cosa, el que es idóneo para tornar la conducta en calificada. *"Hay escalamiento cuando el ladrón perpetra su hecho superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensas preconstituídas de cercamiento, mediante el empleo de un esfuerzo considerable o de una gran agilidad (SCBA, 18/8/59, Fallos, 1959-II-879)"*.-

Tampoco ha de ser posible acoger la petición defensista que solicita su absolución de su asistido por in dubio pro reo. En tal sentido "... el planteo subsidiario de la aplicación del principio *in dubio pro reo* a modo de "premio consuelo", parte de una idea errónea de los alcances del instituto en cuestión, ya que para que este principio cobre operatividad se requiere que las pruebas de valor convictivo negativo deben ser concordantes en su peso con

las de valor positivo, lo que no sucede si la contundencia del material de cargo meritado en forma total otorga al *aquo* el grado de certeza necesario para arribar al fallo condenatorio. El quebrantamiento del estado de inocencia mediante el dictado de una sentencia condenatoria es válido en tanto la certeza emergente de los argumentos expuestos en la pieza analizada, impida sostener la existencia de dudas 'más allá de lo razonable'" (cfme. STJ de Entre Ríos, Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal, 17-3-2009, "De la R., E. J. L., G. G. D. y otros. Homicidio en grado de tentativa y otros -Recurso de casación-" (Expte. 3356, L. III, p. 171), Chiara Díaz, Mizawak y Carubia, ob. cit. pág. 370/371).-

Ahora bien, tal como arribáramos en la deliberación al modificar el encuadramiento de la conducta antijurídica realizada en la emergencia por S., corresponde en esta revisión de la sentencia condenatoria y el recurso del imputado, reducirse el monto punitivo, el que quedará en un año y ocho meses de prisión de cumplimiento suspendido a partir de la nueva escala penal que rige, al considerarse que el delito ha quedado en grado de conato. No obstante no he podido dejar de valorar en calidad de agravante, tal como ha quedado acreditado que el encartado contaba con una suspensión de juicio ha prueba, y no obstante ello ha violado las normas de conducta impuestas y que debía cumplir -como surge del Testimonio de Auto de Suspensión de Proceso, dictado el 26-03-08 en la carpeta judicial Nro. 64/08 a su respecto-, esto naturalmente con independencia de que tal inobservancia, en su momento le pueda traer como consecuencia en la mencionada causa.-

A los efectos de determinar la dosimetría de la pena a imponer al imputado *S.*, corresponde situarse dentro de las pautas

mensurativas que prescriben los artículos 40 y 41 del Código Penal. Sin perjuicio de ello, no resultará ocioso partir de la premisa de que la pena tiene su fundamento en la culpabilidad. Sentado ello, ésta " *... determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche. Dentro del marco penal legalmente determinado los tribunales deben fijar la pena en un punto que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor ...* " (Cfme. Bacigalupo en "Teorías actuales en el derecho penal", A.A.V.V., edit. Ad Hoc, págs. 131 y ss.).-

En la misma dirección "*Los topes mensurativos máximos y mínimos de las penas constituyen el marco dentro del cual ha de moverse el juez para imponer la sanción. El mecanismo es el siguiente: dentro de esos tópicos, el juez ha de partir abstractamente de un punto de mensuración central, o sea de equidistancia de los extremos y desde allí correrse a un lado y a otro movido por los diferentes aspectos de apreciación que pueden incidir entre ellos, tanto para acumularse, como para compensarse o anularse. Para otros, y preferimos este criterio,* ***el juez debe partir de la pena inferior, y alejarse de ella en proporción a los elementos atenuantes y agravantes*** *…*" (Conf. Omar Breglia Arias - Omar Gauna - Código Penal y leyes complementarias - comentado, anotado y concordado, 4º Edición, Editorial Astrea, pág. 1049 -el destacado es propio-).-

Como corolario, ha de confirmarse parcialmente la sentencia venida en impugnación. Así sufrago.-

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

I.- Tal como lo pusiera de resalto, en su intervención, el Sr. Fiscal General actuante en la audiencia del art. 385 CPP, la existencia en el caso de dos recursos sucesivos contra la sentencia de condena del acusado P. D. S., interpuestos respectivamente por el otrora Defensor de Confianza y el Sr. Defensor Público de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, provoca cierto grado de confusión en orden a la cantidad y contenido de los agravios. Sin perjuicio de ello, hemos de procurar a lo largo del presente, dar una respuesta adecuada a los distintos planteamientos desplegados en aquellas presentaciones.-

II.- En primer término, por razones de orden metodológico, comenzaremos por dejar en claro que no debe prosperar el agravio sobre la autoría del imputado, que se conecta con la posibilidad de una hipótesis alternativa a la de la acusación, en el sentido de que S. debería responder sólo como responsable del delito de Encubrimiento, por receptación de cosas. En efecto, la sentencia cuenta con sobrada fundamentación para sostener la conclusión de que los elementos de juicio resultantes de la audiencia de debate, conectan temporal y espacialmente de modo inequívoco al acusado, con la sustracción del elemento propiedad del damnificado C. R. L., y de esta manera se afianza la tesis acusatoria que lo sindica como autor del desapoderamiento.-

Sobre este particular, tal y como reiteradamente lo hemos citado en plurales precedentes, recordemos que "... la **racionalidad de las decisiones** depende de su justificación, que **no está basada en otra cosa más que en las pruebas** a partir de las cuales se realizan las **inferencias lógicas** que conducen a la aceptación de una hipótesis como verdadera"; esta "aceptabilidad" de una determinada hipótesis como verdadera, ha de depender

por un lado, “de la **coherencia entre el material probatorio y la hipótesis** que se sostiene confirmada”, y por el otro, de “su **mayor** capacidad explicativa con respecto a las otras hipótesis alternativas” (cfme. Guzmán, Nicolás: “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, pág. 100, el destacado me pertenece).-

Por último, no empece a esta conclusión la referida falta de prueba pericial sobre unas huellas de pisada verificadas en el lugar del hecho, desde que tal ausencia en modo alguno puede llegar a contrarrestar la prueba de cargo; y, menos todavía, determinar la operatividad del principio *favor rei.-*

III.- Del memorial presentado, oportunamente, por el entonces Defensor particular, no surge con claridad un agravio puntual respecto a la calificación legal del hecho, respecto a si el mismo configura un delito consumado o en grado de tentativa. No obstante ello, teniendo presente que el tema forma parte sustancial de los fundamentos de la sentencia, como así también la vigencia de los principios *iuria novit curia*, e *in dubio pro reo*, hemos coincidido en la deliberación en que corresponde abordar este punto en los siguientes términos.-

Sobre la consumación del delito, he de recordar, con fundamento en la jurisprudencia de la C.N.Cas.Pen., sala III, entre otras en las causas: “G....”, del 21/5/97; “S.....”, del 25/3/03; y “P. ...”, del 11/8/03 –esta última con voto preopinante del Dr. Riggi, publicada en “L.L.”, suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal, del 27 de febrero de 2004, págs. 58 y ss.-), que “...la cuestión relativa a la determinación del significado del verbo ‘apoderar’ –como manifestación del acto punible contenido en los tipos correspondientes al delito de hurto y de robo- ha dado lugar a varias posturas.

Así, dentro de las clásicas se alinean: a) Teoría del simple tocamiento –'aprehensio rei'- que considera que el delito se consuma en cuanto la mano del sujeto entra en contacto físico con la cosa de la cual éste pretende apoderarse; b) Teoría de la remoción –'amotio'- para ésta el momento de la consumación es aquél en que el delincuente ha movido la cosa, objeto del delito, del puesto que ocupa; c) Teoría de la traslación –'ablatio'- exige que la cosa sea sacada de la esfera de actividad de quien la tiene, es preciso un desplazamiento físico de la cosa de la órbita de acción de su dueño; y d) Teoría de la 'locupletatio', que considera preciso, para que el delito se halle consumado, que el ladrón haya sacado provecho de la cosa obtenida. Frente a estas teorías se ha levantado, entre otras, la denominada del **apoderamiento verdadero y propio**, sostenida por el autor italiano Giuriati quien arguye que el **principio de la custodia** es la base para caracterizar la grave cuestión de cuándo sale la cosa de la posesión de su dueño y cuándo pasa a la posesión del delincuente (Molinario, Alfredo J., 'Derecho Penal, Segundo curso, El Libro II del Código Penal Argentino (Títulos I a VI), ps. 443/446, La Plata, 1943) (...). La tesis de la 'amotio' fue jurisprudencialmente abandonada, aunque no en forma definitiva, a partir del fallo plenario de la Cámara de Crimen en los autos "T." (Fallos: C.C. de A., VI-245), en el que se resolvió que "la sola remoción de la cosa ajena no basta para consumar el delito de hurto". Señaló en aquella oportunidad el doctor Ure que "como el hurto sólo alcanza su madurez mediante el apoderamiento de la cosa, resulta imprescindible fijar la propia y jurídica naturaleza de esa acción de apoderarse, la cual no se cumple, en mi sentir, por la única circunstancia de que sea movida aquella del sitio en que se halle colocada, estoy convencido de que sólo se produce el apoderamiento cuando se retira un objeto del lugar en que se

encuentra, debiendo entenderse por lugar –y este es el ‘quid’ del asunto-, la esfera de acción y de custodia del derecho-habiente, y al mismo tiempo, **se somete dicho objeto al propio señorío, adquiriendo la posibilidad de ejercer sobre él actos de disposición; posibilidad que, correlativamente, se suprime para el legítimo tenedor**”.-

También se consideró (...) que “juristas de la talla de Soler y Fontan Balestra han sido coincidentes en el sentido que habrá de asignársele al verbo del tipo. El primero de ellos, resumiendo su postura, explica que ‘la afirmación que se haya o no producido el ‘apoderamiento’ depende, en consecuencia, de las variadas formas en que puede realizarse la exclusión del propietario y la ‘ocupación’ de la cosa por el ladrón. En este punto debe atenderse no sólo al ‘ánimo’ de apoderarse, sino al hecho de **‘poder’ hacer actos dispositivos’** (Soler, Sebastián, ‘Derecho Penal Argentino’, t. IV, p. 197, Buenos Aires, 1988; Fontan Balestra, Carlos, ‘Tratado de Derecho Penal’, t. V, ps. 434 y ss. Buenos Aires, 1969)”; y que “quizás el desarrollo más profundo y completo de la materia lo ha realizado Frías Caballero al expresar que ‘la figura del hurto, en efecto, ha sido construida acuñándose el tipo de acción desde el punto de vista del sujeto activo, esto es, de aquello que éste ha de obtener para perfeccionar el delito (‘apoderamiento’) y no desde el del sujeto pasivo (como ocurría, por ejemplo, si el verbo utilizado fuese ‘sustraer’ tal el código italiano vigente-, vocablo que se refiere inequívocamente a la pérdida por este último sufrida). Esta peculiaridad de nuestro derecho positivo hace que la acción consumativa de este delito deba integrarse por dos fases: pasiva la una (privación de la cosa quien la detenta) y activa la otra (**toma efectiva de poder sobre la misma**

por parte del agente, mediante la cual se desapodera la víctima). Por ello carece de relevancia la acción que sólo consiste en quitar, despojar, privar, sacar, extraer la cosa fuera de la esfera de custodia o de vigilancia del dueño (esto es, sustraer o desapoderar) si correlativamente no se produce el **efectivo apoderamiento** por parte del ladrón. Esto sentado, entiendo que el 'apoderamiento' exigido por el tipo se perfecciona cuando el autor obtiene el poder efectivo sobre la cosa, o sea cuando se halla en condiciones de hecho tales que le permitan la inmediata posibilidad de realizar, materialmente sobre ellas, actos de disposición física (criterio teoría que podría llamarse de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer) aunque sea por breves instantes; posibilidad que **no** nace, por cierto –aunque tenga consigo las cosas **mientras ello pueda serle impedido por la víctima, la autoridad o un tercero que intervenga eficazmente**, y que dependerá además en muchos casos fundamentalmente, incluso de la naturaleza del objeto sobre el cual recae la acción (cosas consumibles, fungibles, etc.)- (Frías Caballero, Jorge, en 'La acción material constitutiva del delito de hurto', ps. 60/61, Buenos Aires, 1962)".-

Por último, se consideró también (...) la letra expresa de la ley, pues según reza el Diccionario de la Real Academia, en su segunda acepción "apoderar" es "poner en poder de alguien una cosa o darle la posesión de ella"; éste y no otro es el sentido que hay que asignársele al vocablo utilizado en los tipos genéricos acuñados por los arts. 162 –hurto- y **164 –robo-**. Por ello, se concluyó que "lo decisivo es el criterio de disponibilidad de la cosa aunque sea por muy breve lapso, es decir para que haya apoderamiento y delito consumado, es preciso que el sujeto haya tenido

la posibilidad física de disponer del objeto y consecuentemente la víctima deje de tener tal opción” (el destacado me pertenece en todos los casos).-

Como consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí, hemos coincidido en la deliberación que la calificación que mejor se ajusta al caso es la de Robo calificado, en grado de tentativa.-

IV.- Por su parte, la concurrencia en el caso de la agravante de Escalamiento (art. 167, inc. 4to. CP, que remite al art. 163 CP), debe ser objeto de confirmación, toda vez que se ajusta a los antecedentes jurisprudenciales en la materia (conf. doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, sentada en causa "Y., A. P. s/ Hurto" -Expte- 1735-Y-62, rto. el 31/5/63- " ... además de la exigencia de la entrada para concretar el hecho por lugar no destinado al efecto, también debe requerirse para que se de esta agravante el vencimiento de una defensa real y efectiva de la propiedad que demande un esfuerzo superior al común para vencerla ... "; también en "M., D. y otros s/ Hurto simple, etc." -Expte. 5639-70, rto el 9/8/73- " ... para que concurra la agravante de escalamiento es preciso que el autor supere corporalmente las defensas preconstituídas de cercamiento, mediante el empleo de un esfuerzo considerable, no constituyendo verdadera defensa un cerco o una ventana que pueda ser superada con un simple salto ... ", publicadas en "Derecho Penal, José A. Ferreyra, Jurisprudencia de la Provincia del Chubut 1.959-1.994, T. III, págs. 38, 40 y 41/42); y tendencias doctrinarias (cfme. Mario Alberto Juliano, en su artículo: “La construcción de una legalidad democrática, a propósito de nueve temas penales”, publicado en la obra “Pensamiento Penal del Sur”, tomo 2, editorial Fabián J. Di Plácido, págs. 169 y ss.): “… se propone una interpretación de los alcances del

‘escalamiento’, recurriendo a las siguientes variables: a) que el ingreso al sitio donde se encuentra la cosa debe realizarse por una vía o de una forma que normalmente no se encuentra destinada al acceso; … c) que quien escala debe desplegar físicamente la acción literal de ‘ascender’ (subir desde un sitio a otro más alto); …d) que esta acción debe requerir del autor un especial despliegue físico o intelectual (esfuerzo, artificio, habilidad, etc.); … e) que la cosa debe encontrarse resguardada con defensas especialmente preconstruidas o comúnmente aceptadas como idóneas a los fines de su protección; … g) que el ‘escalamiento’ se configura tanto para el ‘ingreso’ como para el ‘egreso’ del lugar…”).-

V.- 1) Finalmente, también hemos coincidido en el Acuerdo, que como consecuencia de la modificación en el encuadramiento típico del hecho; y, sobre todo teniendo en cuenta asimismo que la revisión de la sentencia de condena y el derecho al recurso del acusado, deben incluir necesariamente el control del monto de la pena, por todo ello hemos acordado que la sanción aplicada a S. merece reducirse al monto de un año y ocho meses de prisión de cumplimiento en suspenso, a partir de la escala penal que se desprende de los arts. 40, 41, 42, 44, 45, 167, y ccs. del CP, valorando en calidad de agravante que se encuentra acreditado que al momento del hecho, el acusado se hallaba sometido al régimen de suspensión de juicio a prueba en otra causa, lo que supone el acatamiento de ciertas normas de conducta, que son absolutamente incompatibles con la comisión de un hecho delictivo –todo ello con independencia de las consecuencias propias que, a su turno, tal inobservancia podrá tener en la causa respectiva-.-

2) Por último, en cuanto al modo de cumplimiento de la pena, también hemos concordado en la solución del caso, cual es la ejecución en suspenso (art. 26 del CP). En apoyo de lo expuesto, y a mayor abundamiento, se tiene presente que cuenta que la CSJ, en el precedente: “Squilario, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario- Smoldi, Néstor Leandro s/ defraudación especial en gdo. de partícipe secundario”, sentencia de fecha 8 de agosto de 2006, hubo de sostener, que: “… el instituto de la condenación condicional previsto en el art 26 de Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional. Que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que: ‘… la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente’…”.-

Patricia Ziffer, en su artículo “El problema de la legitimación de la prevención especial”, publicado en “El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos”, con la dirección de Daniel R. Pastor y coordinación de Nicolás Guzmán, págs. 490 y ss., dice: “La presencia de la finalidad de prevención especial en el Pacto de San José debería dejar fuera de toda

duda no sólo la legitimidad de que el Estado persiga la readaptación social del condenado, sino que, además, el orientar la privación de libertad a tal objetivo es una obligación de derecho internacional. Es innegable que perseguir como finalidad la ‘readaptación social’ tiene una cara humanista, que **se preocupa por los efectos nocivos que puede tener el encierro** y que intenta darle un sentido positivo a la ejecución de las penas de privación de libertad. Al mismo tiempo, por esa vía se refleja en el derecho penal el Estado ‘social’ de derecho, no sólo por el medio del intento de asumir la compensación de los posibles déficit sociales del condenado, sino también **postulando, bajo ciertas condiciones, la renuncia a la señalización del hecho** como disvalioso. Sobre esta base, en el **sistema legal argentino**, la ejecución de la pena privativa de libertad se estructura de tal manera que, a partir de cierto momento, al encierro efectivo ya **no aparece como necesario** para afirmar la norma a costa del autor, y la necesidad de **contrarrestar los efectos perniciosos de la privación de libertad** adquiere preponderancia a través de la atenuación del encierro y de formas condicionales de recuperación anticipada de la libertad. Del **mismo** modo, cuando se trata de hechos de **menor gravedad**, la posibilidad de que la prisión provoque un daño social significativo es ponderada como un valor de **mayor peso** que la necesidad de marcar la infracción a la norma con una señal más clara, como la prisión. Tal **el caso de la condena de ejecución condicional** o las reglas de prescindencia de pena previstas respecto de los menores....” (el destacado me pertenece).-

VI.- Por todo lo expuesto, a la presente cuestión voto parcialmente por la afirmativa.-

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

I.- No he de reiterar la reseña del caso, remitiendo en tal sentido a lo expuesto por los colegas que han sufragado en orden precedente.-

Solo mencionaré que las partes no han discutido la materialidad del evento, consistente en la sustracción de un proyector color blanco, marca NEC del interior del local comercial “Azkavan”, ubicado en la intersección de las calles Pellegrini y San Martín de la ciudad de Sarmiento, el día 26/4/09, entre las 5 y las 6:25 AM, aproximadamente. Para lograr el desapoderamiento, el sujeto activo hubo de forzar una puerta trasera, introducirse en el comercio y descolgar del techo el instrumento.-

Luego, una comisión policial halló el artefacto, abandonado junto a una campera color rosa, en una vivienda ubicada a menos de una cuadra del local aludido. Previamente, el acusado fue divisado por dichos agentes del orden en las inmediaciones del comercio portando la campera indicada, a la manera de una “funda” para ocultar el proyector. Ante la presencia de los funcionarios policiales, S. habría arrojado ambos elementos en el lugar donde fueron encontrados con posterioridad.-

II.- Hemos deliberado y considerado que el relato precedente encuentra aval en el plexo, dicho esto a raíz de uno de los agravios de la Defensa consistente en la orfandad probatoria respecto de la autoría de S., por lo cual, en cuanto a ello, remito a los argumentos expuestos por los colegas que me precedieron en orden de sufragio.-

Solo abordaré dos cuestiones relativas a la calificación legal, el estadío del iter críminis al que arribó el plan del autor y la tipificación de su acción como Robo Agravado por Escalamiento.-

III.- De la descripción de los hechos apuntada se desprende un dato determinante en cuanto a dilucidar si estamos hablando de un delito consumado o tentado. Si la sucesión de acontecimientos entre el ingreso al local, el egreso con el proyector, la observación por la comisión policial de S. ocultando con la campera la res furtiva, la acción de este de deshacerse de ambos elementos y su detención por la autoridad se produjeron en un lapso y un recorrido breves (una cuadra), no es posible afirmar que se trata de un evento propio de la etapa de la consumación delictiva, pues dicha detención encontró fundamento en la figura de la "cuasi flagrancia" (art. 217 CPPCh.), y esta se compadece mucho mejor con el delito tentado.-

De lo contrario, si el acusado hubiese tenido el poder de disposición que el Sentenciante le asignó, no hubiese tenido que deshacerse del botín ante la presencia en las inmediaciones del local comercial de la Policía, circunstancia que se relaciona mucho más con la necesidad de no cargar con las consecuencias del hecho que con la "libertad" de decidir qué hacer con el proyector. Además, la aprehensión por la autoridad de una persona que no porta cosas fruto de una sustracción y alejada en tiempo y espacio del lugar del suceso que se le endilga, excedería de la mentada cuasi flagrancia y encontraría inconvenientes en su validez.-

En lo que hace al tan debatido tema del límite superior de la tentativa, y más allá que el análisis se modifica para cada tipo penal en especial, tomando la fórmula de Enrique Cury Urzúa (Tentativa y Delito Frustrado, Jur´dica de Chile 1977, citado por Gonzalo Fernández, Código Penal comentado, Tomo II, Ed. Hammurabi, pag. 117), que radica en que el delito se consuma cuando la acción típica esta completa o se obtiene el resultado típico,

si en este caso hablamos de una sustracción, la misma no llegó a verificarse completamente por un factor ajeno a la voluntad del autor, la aparición de la comisión policial, lo cual obligó a aquel a desprenderse del botín. Extremo que, sin dudas, encaja en la fórmula del art. 42 del CP.-

IV.- Respecto de la calificante prevista en el art. 167 inc. 4to. del CP. en función del art. 163 inc. 4to., la decisión del Magistrado se halla avalada por piezas de convicción como el acta policial inicial, tomas fotográficas y testimonios (P.), de los que se desprende que el predio se encuentra rodeado por altas paredes (2,60 mts.), o no tan altas pero complementadas con alambre de púa (2.06 mts), lo cual constituye un plus de defensa que habla a las claras de una mayor convicción en vulnerar el bien jurídico tutelado en quién pretende sortearla, lo que a su vez justifica la aplicación de la agravante (Elizabeth Marum. Ob. Cit. Tomo VI, pag. 118).-

V.- En resumidas cuentas, la Sentencia debe ser confirmada en todas sus partes, excepto en cuanto a la calificación del hecho, que debe pasar al grado de tentativa, y con ello es menester revisar la pena impuesta.-

Teniendo en cuenta que la escala a considerar de tres a diez años de prisión se reduce en un tercio del máximo y la mitad del mínimo, coincido con mis colegas en que la sanción debe quedar determinada en un año y ocho meses de prisión, pero debo decir que las agravantes tenidas en cuenta por el Sentenciante en mi criterio no fundamentas debidamente apartarse del mínimo, excepto en lo que hace a la gravedad del injusto.-

No surge del acto revisado la imposibilidad de aplicar el art. 26 del CP por la existencia de una condena anterior, y la circunstancia de estar

gozando S. de una suspensión de juicio a prueba en otro caso, la cual en virtud del hecho que aquí se trata debería ser revocada y continuar el trámite de la causa, no puede ser tenido como un agravante en la medida que la consecuencia de tal revocación ya se encuentra estipulada en el Código Penal (art. 76 ter. 5to. párrafo), y consiste en que una eventual pena no podría ser dejada en suspenso. Adicionarle a dicho incumplimiento otra consecuencia, como lo sería agravar aquí la pena, constituiría una hipótesis de violación del principio del “ne bis in idem”.-

Por lo demás, tratándose de primera condena, de corta duración, no existiendo razones atinentes a la prevención especial como fin de la pena que justifiquen su cumplimiento, considero que este puede ser dejado en suspenso. Así voto.-

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

De acuerdo al resultado que se ha arribado precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado S., confirmar parcialmente la sentencia condenatoria nº 18/09, readecuar la calificación legal y la pena del hecho atribuido, la que quedará de la siguiente manera: Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 167 inciso 4° en relación del 163 inc. 4º del CP) y condenándolo en definitiva a la pena de un (1) año y ocho (8) meses de prisión de cumplimiento suspendido, con costas (arts. 26 y 29 inciso 3° del citado cuerpo legal). Asimismo corresponde imponer las reglas de conducta por el término de dos años: Fijar domicilio y someterse al cuidado del Patronato de Presos y Liberados de su lugar de residencia ante el que deberá comparecer cada seis meses (artículo 27 bis inciso 1° del CP).-

De igual manera deberán regularse los honorarios profesionales de la Defensa pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($2.000).-

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

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, adhiero al criterio de que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado P. D. S., confirmar parcialmente la sentencia condenatoria nº 18/09, readecuar la calificación legal y la pena del hecho atribuido, la que quedará de la siguiente manera: Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 167 inciso 4° en relación del 163 inc. 4º del CP) y condenándolo en definitiva a la pena de un (1) año y ocho (8) meses de prisión de cumplimiento suspendido, con costas (arts. 26 y 29 inciso 3° del citado cuerpo legal). Asimismo adhiero a lo manifestado por la colega que me precede en el orden de votación en lo que respecta a las reglas de conducta impuestas al condenado y la regulación de honorarios.-

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

Atento al resultado arribado debe hacerse lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa del acusado P. D. S., confirmar parcialmente la sentencia condenatoria nº 18/09, readecuar la calificación legal y la pena del hecho atribuido, la que quedará de la siguiente manera: Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 167 inciso 4° en relación del 163 inc. 4º del CP) y condenándolo en definitiva a la pena de un (1) año y ocho (8) meses de prisión de cumplimiento suspendido, con costas (arts. 26 y 29 inciso 3° del citado cuerpo legal). Coincido a los dichos

de los colegas que me preceden en el orden de votación en cuanto a la regulación de honorarios y a las reglas de conducta impuestas.-

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. D. S.**, contra la sentencia Nº 18/09 dictada en fecha 16 de noviembre de 2009 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----

2º) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria Nº 18/09 impuesta a **P. D. S.**, y readecuar la calificación legal y la pena del hecho atribuido, la que quedará de la siguiente manera: Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 167 inciso 4° en relación del 163 inc. 4º del CP) y condenándolo en definitiva a la pena de **UN (1) AÑO y OCHO (8) MESES** de prisión de cumplimiento suspendido, con costas (arts. 26 y 29 inciso 3° del citado cuerpo legal), en orden al hecho ocurrido el día 26 de enero de 2009, en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de C. R. L..----------

---

3º) IMPONER a **P. D. S.** las siguientes reglas de conducta, que deberá cumplir por el término de **dos años**: Fijar domicilio y someterse al cuidado del Patronato de Presos y Liberados de su lugar de residencia ante el que deberá comparecer cada seis meses (artículo 27 bis inciso 1° del CP).----------

---

4º) DISPONIENDO que el Jefe del Servicio Social de la localidad de Sarmiento designe un Delegado de Control que realice el seguimiento del condenado quien deberá presentar los informes correspondientes en forma

semestral.----------

5º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($ 2.000).----------

6º) Cópiese, protocolícese, notifíquese y remítase la misma a la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento.----------