En la ciudad de Puerto Madryn, a los dieciséis días del mes de marzo del año dos mil diez, se da a conocer en base a la comunicación recibida por medio de correo electrónico con firma digital, que el Tribunal Subrogante de la Cámara Penal, con asiento en la ciudad de Puerto Madryn, integrado por los Dres. Daniel Luis María PINTOS, Florencio MINATTA y Nelly GARCIA, en el marco de los legajos fiscales N° 5292, 4479, 2117 y 5465/07, **Carpeta Judicial N° 0720/07** y acumuladas N° 0632, 0331 y 0748, luego de desarrollarse la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. y de reunirse en acuerdo, dicta sentencia en la que tuvieron debida participación el Ministerio Público Fiscal, representado por la Fiscal General, Dra. Miriam Pazos, y por la Defensa técnica del imputado F. D. B., la Defensora General Dra. María Angélica LEYBA.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones a resolver: ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria deducida por la Dra. María Angélica LEYBA, Defensora de F. B., contra la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal de Juicio Colegiado de la ciudad de Puerto Madryn, el 23 de octubre de 2008?. En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: Dra. Nelly GARCIA, Dr. Luis María PINTOS y Dr. Florencio MINATTA.

A la primera cuestión la **Dra. Nelly Nilda GARCIA** dijo:

I. Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por la Defensa de F. D. B., contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio Colegiado de la ciudad de Puerto Madryn, el 23 de octubre de 2008 y que condenara a F. B. como autor penalmente responsable de los delitos de robo en concurso real con robo con escalamiento en grado de tentativa en carácter de coautor (arts. 164, 167 inc 4° en función del art. 163 inc 4°, 42, 45 y 55 del C. Penal)a la pena de dos años y seis meses de prisión y costas (art. 29 inc 3°, 40 y 41 del C. Penal), por los hechos ocurridos en Puerto Madryn, el 14 de marzo de 2007, en el domicilio de C. P. N° ***, en perjuicio de J. A. y el día 18 de septiembre de 2007 en la intersección de las calles G. y L. P., en perjuicio de J. C. S.

II). La Dra. G. M. D. B., en su carácter de defensora de F. D. B., interpuso recurso contra el fallo condenatorio N° 59/08 solicitando absuelva a su defendido por el delito de robo con escalamiento en grado de tentativa (art. 167 inc en función del art. 163 inc 4 y 42 del C.P.) readecuando la pena impuesta.

Refirió que el MPF acusó a B., por el hecho ocurrido el 14 de marzo de 2007, aproximadamente a las 22:15 hs. cuando juntamente con E. R. D., subió al techo de la vivienda identificada con el N° *** de C. P., rompiendo el vidrio de la claraboya ubicada en dicho techo, con la finalidad de acceder a la casa y sustraer elementos existentes en la misma. Al no poder ingresar por ese sitio, bajó junto a D., al

patio de atrás de la vivienda, el cual se encuentra totalmente cercado y levantaron la persiana de una de las ventanas, comenzando a hacer palanca con un elemento contundente en la parte media de la ventana corrediza y así lograr desbaratarla, siendo en estos momentos visto por un vecino que llamó a la policía Calificó el hecho como robo con escalamiento en grado de tentativa (art. 167 inc 4 en función del art. 163 inc 4 y 42 del C.P.)

Motivó la impugnación en a) falta de adecuada motivación lógica de la sentencia. Violación a las reglas de la sana crítica racional art. 169 C. Chu, 25 C.P.P.) Afectación al derecho de defensa (art. 18 C.N. ; 45 C. Chu.) ya que con la prueba producida no se puede afirmar la finalidad de desapoderamiento de bienes ajenos y destacó la inexistencia de acusaciones alternativas.

Refirió que el Juez PITCOVSKY dijo al respecto: la prueba es concluyente, pues si a la hora que antes se señalara, en las circunstancias indicadas, seguramente que B. no se encontraba en el techo de la vivienda con el proyecto de morar allí, o en su caso rompiendo la claraboya del lugar intentar penetrar con el designio de usurpar o en su caso, solo permanecer allí, como dijera la fiscalía, no cabe otra explicación que el fin era ingresar a la vivienda, con el único objetivo de sustraer elementos de su interior". Que el Sr. Juez ha procedido a presumir, por íntima convicción, ya que no hay en su voto una explicación razonada de la exclusión de otros fines típicos distintos del dolo. Que el voto de la Dra. MARTOS adolece de igual defecto en su

fundamentación, ya que sostuvo que "pretendieron entrar para robar y para ello comenzaron forzando las posibles entradas a la vivienda. Descarto que el dolo haya sido realizar un acto vandálico o de represalia contra el propietario de la vivienda, dado que si esa hubiese sido la intención habrían actuado de otra manera. Digo esto porque el daño se produjo en el techo, rompiendo la claraboya y en la ventana existente en la parte posterior de la casa, la cual barretearon y lograron que quedara levantada, sostenida con un fierro, lo que demuestra a las claras que la intención fue entrar a la vivienda. Esta fue la vía elegida para ingresar al inmueble y también el comienzo de ejecución del ilícito, el que quedó en conato, descartando además que la intención haya sido la de violar el domicilio dado que se pretendió el ingreso por vía anormal."

Y continuó diciendo que por último el Juez BLANCO va más allá en su defecto de fundamentación, ya que dijo: "ahora bien, frente al cuestionamiento de la Defensa Oficial que no se ha acreditado la intención de robar, entiendo que es importante la valoración de los dichos del testigo B. G. en relación al resto de las probanzas aportadas, que me lleva en la inteligencia sostenida por la Sra. Fiscal, de no existir otra razón, a la certeza de que la intención del imputado en el hecho fue la de sustraer elementos del domicilio ya indicado, lo que no se llegó a concretar por la intervención del personal policial.". Que el Juez afirma que ha aplicado las reglas del recto pensar, pero no ha dado cuenta de

su razonamiento para llegar a la conclusión que sostiene.

Que el otro motivo es b) falta de debida fundamentación en la individualización de la pena (art. 169 C, Ch) Violación al principio de no contradicción. Afectación de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 C.N. 44 y 45 C. Ch).
Que el Juez PITCOVSKY dijo al respecto:"Atendiendo a las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. he de considerar como agravantes la naturaleza de los hechos traídos a proceso, el perjuicio ocasionado a las víctimas, la falta de causa o motivo, al menos detectable, que pueda revelar el actuar disvalioso llevado a cabo por el inculpado, por lo que considero justo se le imponga una pena de dos años y seis meses de prisión a F. D. B.". Que en el caso, la fundamentación lógica y legal ha sido reemplazada por una afirmación dogmática.

Que el voto de la Dra. MARTOS encierra una violación al principio lógico de no contradicción que se traduce en una falla lógica y jurídica, comienza por descartar la agravante genérica del art. 41 quater por la participación de un menor, pero al final sostiene que "es una agravante en los términos del art. 41 pues la protección de menor que interviene con el mayor, es una circunstancias del ilícito culpable que ya está prevista en este artículo, especialmente en la extensión del daño causado, el que sin lugar a dudas abarca aquel que se infiere al partícipe menor del hecho, dado la mayor experiencia y la ascendencia que ejerce sobre aquel". Que no hay prueba de la experiencia y ascendencia ejercitada por

su defendido, se trataría de una consecuencia extra típica imposible de ser valorada en la individualización de la pena.

Refirió también que el Juez BLANCO, dijo: "teniendo en cuenta como agravantes su situación familiar conformada, el apoyo familiar tal como señalara la propia Defensa, el tener un trabajo fijo, lo que no ha sido valorado por el mismo y el reiterado desprecio por las normas penales, debe aplicársele una pena de dos años y seis meses de prisión."

En consecuencia, sostuvo que es muy escueta la fundamentación, que lleva a la nulidad que prevé el art. 25 del C.P.P. y solicitó que se proceda a nulificar la sentencia, individualizando el Tribunal la pena justa.

Hizo reserva de caso federal.

En la audiencia celebrada conforme lo dispuesto por el art. 385 del C.P.P. la Dra. María Angélica LEYBA, por la defensa de F. B., ratificó los motivos de la impugnación y amplió diciendo que el Juez PITCOVSKY, se basó en los dichos del testigo B. G., pero que en realidad este testigo solamente dijo que escuchó ruidos de personas arriba de los techos y que al día siguiente cuando se realizó la inspección, encontró la ventana barreteada.

Que el hecho concreto que se tiene probado, es que ese día, en ese lugar la policía detuvo a dos personas descendidas del techo de una vivienda colindante y al día siguiente se encuentra en el domicilio, una ventana rota y la persiana levantada, puso en duda la autoría de la rotura del vidrio de la claraboya, ya que el testigo E., cayó en muchas

contradicciones y no fue valorado por el MPF. Que el elemento subjetivo del robo no está probado, no hay ningún dato, los jueces infieren y presumen la conducta. Descartó que en esta instancia se lo pueda condenar por otras figuras, como daño o usurpación porque no hubo acusaciones alternativas.

Que con relación al otro agravio, para la ponderación de la pena traen argumentaciones teóricas, la Dra. M. es contradictoria en su argumentación y el Juez BLANCO, toma los planteos de la Defensa pero los valora como agravantes en forma arbitraria.

III) La Dra. Miriam PAZOS, Fiscal General, sostuvo que el hecho ocurrió pasadas las 22 hs. los imputados son vistos en los techos de las viviendas y se constata que la claraboya fue rota y la ventana
"palanqueada" – persiana caída por el accionar. Dijo que, quien ingresa en un predio cercado-por su techo, baja al patio, rompe vidrios, fuerza ventanas, en ausencia del morador y en horas de la noche tiene una clara intencionalidad; que no la haya podido concretar es una cuestión aparte.

Que los indicios son claros y concluyentes y sin pretender ingresar en el derecho penal de autor, son conocidos en el ámbito judicial por numerosos casos de violación a las normas penales relacionadas con el derecho de propiedad, a B. se lo acusó por tres hechos y se lo condenó por dos. B) Que en cuanto a la individualización de la pena, la fundamentación más allá de lo escueto que pueda resultar existe. Que la Defensa en su

alegato dijo que B. tenía trabajo, una esposa y un hijo, que su empleador dio buenas referencias, lo que no puede tomarse como atenuante es una muestra del desprecio absoluto por las normas penales sin excusa alguna.

Que en todos los hechos participó con menores y no tuvo en cuenta que se lo tomaba como referente, o como conducta a seguir.

IV) Para resolver la primera cuestión, parto de la base que la tentativa es una anticipación de la punibilidad, y su tipicidad requiere objetivamente que haya comienzo de ejecución de un delito determinado, que se corresponda con el plan del autor, lo que implica conocer los elementos objetivos del tipo y querer esa finalidad.

La mayor dificultad se presenta en la práctica, para precisar cuál es el delito tentado cuando la conducta desarrollada es común a varios tipos o cuando lo hecho ya es un delito consumado y no se tiene ninguna noticia del plan del autor.

En este caso no existe ninguna manifestación externa de la voluntad de los autores, no descarto que sea posible construirla en base a indicios a partir de hechos probados, pero no advierto en la argumentación de los jueces una construcción de ese tipo, ya que a partir de los dichos del testigo L. A. B. G., que dijo que escuchó ruidos de personas arriba de los techos y que al día siguiente cuando se hizo la inspección ocular vio el vidrio roto de la claraboya y que la ventana que da al patio interno había sido barreteada, corroborados por el testimonio

del Oficial de Policía B. G., concluyen que la intención era robar, descartando otras finalidades, no para usurpar dice el Dr. P., no para dañar dice la Dra. M. En principio advierto que para mantener la solución que proponen, la sentencia carece de motivación suficiente, ya que por motivación suficiente se requiere que el juez "explicite todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por él, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de la contra prueba y las refutaciones por modus tollens." (FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón: teoría del garantismo penal", 1995, pág. 155) Citado por la Cámara de Casación Penal Sala III, en MJ-JU-M-166776-AR I MJJ16676.

El principio de legalidad exige subsumir la conducta realizada en el tipo exacto y no hacer una interpretación extensiva del mismo.

No está probado el elemento subjetivo de la tentativa de robo agravado por escalamiento, la pretensión de apoderarse de cosas muebles ajenas, como presunción es válida, se puede descartar un fin lícito, ya que ingresar por los techos, romper un vidrio, saltar a un patio interno y forzar una ventana, no es el modo normal de llegar de visita, pero no puede descartarse sin más otras intenciones ilícitas, como posibles son posibles, elegir una y descartar otras, nos lleva al campo de la discrecionalidad, a lo sumo está probado el daño, porque cualquiera sea la intención final, puedo afirmar que conocía que estaba destruyendo una cosa ajena, dolo directo o indirecto del tipo del daño

(art. 183 C. Penal), más allá de la duda en cuanto a si la rotura del vidrio era reciente.

El sentido común, como conocimiento práctico apoyado en la experiencia, puede decirnos que en el noventa y nueve por ciento de los casos como éste, ingresan en las viviendas a robar; pero para condenar a alguien se necesita prueba y certeza de que inequívocamente la intención era desapoderar a la víctima.

La Sra. Fiscal preguntaba que tenía que hacer la policía para tener probada la tentativa, esperar que rompan, que entren y salgan llevándose las cosas, la respuesta a su interrogante es que la policía hizo lo que debe hacer, una de sus funciones esenciales es prevenir y en el caso ante el llamado del vecino acudió de inmediato y evitó que se consume un hecho más grave.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo que se haga lugar a la impugnación con relación al primer agravio, absolviendo a F. D. B. por el delito de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa, por el hecho ocurrido el 14 de marzo de 2007 en perjuicio de J. A.

A mi criterio se encuentra probado el daño en la ventana, pero como no integró la acusación y fue descartado por la Dra. M., condenarlo por ello en esta instancia violaría el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa en juicio.

Esta postura restrictiva que propongo, bregando por un derecho penal mínimo y el estricto respeto del principio de legalidad, ha sido sostenida en un fallo actual, por la Suprema Corte de Justicia de la

Provincia de Buenos Aires en S. J.R s/ robo calificado en grado de tentativa en concurso ideal con abuso de armas; robo calificado en concurso real con robo calificado. Fecha 5-mar-2008. En un caso similar donde la Defensa cuestionaba el fallo de la Cámara, diciendo: "No es posible adivinar que es lo que querían hacer los autores del hecho cuando intentaban entrar a la casa de los S. Anotaba en la expresión de agravios que la secuencia fáctica es la siguiente: de la narración efectuada por el señor S y su esposa surge que dos personas rompen un vidrio para abrir una puerta, portando un arma de fuego, forcejean y se dispara el arma". Extrayéndose del voto de la Dra. K.: "De ninguna de esas declaraciones surge un mínimo de certeza que los acusados tuvieran como fin ingresar al domicilio con el propósito de cometer un desapoderamiento. Adviértase que ni en el fallo originario ni en el ahora recurrido han sido precisadas las porciones de esos elementos probatorios afirmados como útiles que permitirán confirmar las conclusiones extraídas por el juzgador. Tampoco han mencionado otros indicadores que permitiesen afirmar algún grado de conocimiento relativo a la exteriorización de la conducta. En rigor, sólo se advierte una hipótesis como sustento del razonamiento del juzgador. Sin apoyo en alguna prueba que permita establecer con certeza cuál era el plan que los acusados se proponían llevar a cabo al ingresar a la casa de sus vecinos por la fuerza y llevando consigo un arma de fuego, la mera afirmación de que en la mayoría de los casos ello indica la posible comisión de un desapoderamiento y la

consecuente subsunción en las normas penales indicadas carece de razonabilidad.

”MJ-JU-M-21574-AR I MJJ21574.

Y también la Sala I de la Cámara Penal de Paraná, L 101 4209 S 29-11-2000, integrada por los Jueces CELLI, ASCUA y SOBRERO, con la disidencia del Juez CELLI, en R.E.A. s/ robo simple en grado de tentativa. “La intimación formulada al tiempo de la indagatoria y mantenida en todo el decurso del proceso, refiere en forma dogmática “con evidentes intenciones de apoderarse ilegítimamente de bienes o efectos de la finca”, lo cual no pasa de ser una suposición. Siendo ello así, no puede –salvo quebrando las reglas de la sana crítica racional y de la lógica- arribarse con certeza a la convicción de que el imputado comenzó a cometer el hecho incriminado, y que por razones totalmente ajenas a su voluntad se interrumpió el *íter criminis*. Objetivamente surgiría como conducta ilícita desplegada por el procesado el daño tipificado en el art. 183 del C. Penal, pero el mismo no ha sido correctamente intimado, por lo cual no se ha defendido. En consecuencia, la conducta desplegada por el imputado en la emergencia no puede serle penalmente reprochada, correspondiendo en consecuencia decretar su absolución de culpa y cargo”. El Dial – AT287A.

En igual sentido la misma Cámara Penal Sala I Paraná, L 101 4483 S 4-10-2000, disidencia del Juez SOBRERO en S.J.E s/ robo en grado de tentativa, decidieron: “Solo se tiene probada la presencia del imputado en el interior del vehículo de un tercero por la policía que así lo aprehendió. Pero esta

circunstancia por sí sola no autoriza a sostener con criterio que pretendía sustraer elementos del mismo y como tal atribuírsele el delito tentado, como se hizo por la Acusación, toda vez que para que la tentativa resulte viable debe quedar fehacientemente demostrado el ánimo, la pretensión de apoderarse de cosas muebles ajenas. Ello deviene de la forma como en nuestra legislación sobre la materia está constituida la tentativa, que al exigir la existencia del comienzo de ejecución de un delito determinado nos está hablando del dolo directo – artículo 42 del C. Penal. Queda de tal forma claro que la existencia de ese elemento intencional volitivo es esencial y si ello no resulta aceptado por el justiciable – como en el caso -, ni surgen de hechos objetivos que lo exterioricen o evidencien, debe ser desechado so pena de entrar en presunciones ilegales. De tal forma, no estando demostrado fehacientemente daño alguno y no existiendo figura penal que reprochar al imputado en la especie, cabe dictar su absolución de culpa y cargo.” El Dial – AT2870.

Con relación al segundo agravio, en principio la motivación para determinar el monto de la pena que le imponen a B. es escueta; pero cumple mínimamente con el estándar para mantener la validez de la misma. Las afirmaciones del voto del Dr. PITCOVSKY, sin referencias al caso concreto, son mejoradas con las explicaciones del razonamiento efectuado por los Dres. MARTOS y BLANCO.

Atendiendo a los agravantes que tienen en cuenta, considero que no se puede valorar como tal: la naturaleza de los hechos traídos a proceso, sin más,

ya que se trata de un robo simple sin violencia en las personas, su disvalor está dado por la calificación legal, el perjuicio ocasionado a la víctima, no fue importante, aunque no se recuperaron las cosas sustraídas, un celular marca Sony Ericson, modelo W300, una riñonera y una billetera con diez pesos aproximadamente, un atado de cigarrillos marca Malboro y un encendedor. La falta de causa o motivo, si existiera podría ser un atenuante, pero su falta no lo transforma en agravante.

No corresponde integrar la extensión del daño causado, con el posible daño ocasionado al menor coautor, como lo hace la Dra. M., ya que se trata de una causal objetiva referida al daño económico, físico y/ o moral ocasionado a la víctima y menos en este caso en el cual B. no tenía ningún rol de padre, guardador, protector o educador de Q.

Tampoco se puede considerar un agravante el hecho de tener una familia constituida, un trabajo fijo y apoyo familiar, la situación familiar tiene una valoración neutra, su falta podría ser un atenuante. Y por último el Juez BLANCO, no explica por que razón afirma que tiene un reiterado desprecio por las normas penales.

Encuentro como agravante conforme lo dispuesto por el art. 41 inc 1° del C. Penal, el daño causado por la no recuperación de las cosas sustraídas y la participación de varias personas en el hecho, disminuyendo la posibilidad de defensa de la víctima. Y el reproche que merece su conducta, al desechar otras opciones a su alcance, que deben valorarse como un mayor grado de culpabilidad,

agravantes que estarían incluidas en la gravedad del hecho y la situación personal del imputado, que sostuvo el M.P.F., en su alegato sobre la pena.

Y valoro como atenuante su juventud, ya que los jóvenes por la etapa especial que están viviendo son más impulsivos y menos reflexivos, no piensan en las consecuencias de su conducta.

Llegados a este estado, como en la cesura se discutió el monto de la pena a imponer, existiendo parámetros para fijarla, creo que estamos en condiciones de asumir competencia positiva y ajustar la pena al delito de robo simple por el que fuera condenado y propongo como pena justa y adecuada a las pautas mensurativas reseñadas, la pena de seis meses de prisión y así lo propongo.

Y para regular los honorarios correspondientes a la alzada, tengo en cuenta la labor desarrollada y el éxito obtenido, por lo que estimo justo y razonable la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO (25% de lo regulado en Primera Instancia), para la Dra. María Angélica LEYBA, conforme lo dispuesto por los arts. 6, 14 y 50 de la LEY XIII N° 4 y art. 59 LEY N° 90

A la segunda cuestión, la **Dra. Nelly Nilda GARCIA** dijo:

Atento las conclusiones a las que he llegado, propongo al acuerdo: absolver a F. D. B., por el delito de robo con escalamiento en grado de tentativa, adecuar la pena a seis meses de prisión y reducir las costas a las correspondientes al robo simple que no fue materia de recurso, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 242 y 247 del C.P.P.

Y regular los honorarios de la Dra. María Angélica LEYBA en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO (25% de lo regulado en Primera Instancia).-

A la primera cuestión el **Dr. Daniel Luis María PINTOS** dijo:

I.- 1) Entiendo que el Tribunal colegiado de juicio, acertadamente, tuvo por probada la materialidad de un hecho –perpetrado en la vivienda de J. A., sita en la calle C. P nro. *** de la ciudad de Pto. Madryn, susceptible de ser encuadrado típicamente en la figura del art. 167, inc.4, C.P. en grado de tentativa (art. 42 C.P.). Sus principales notas distintivas, que confirman esta conclusión, pueden resumirse del siguiente modo:

a) Según testimonios de los vecinos, el domicilio indicado se hallaba sin moradores al momento del hecho -"la casa está sola" dijo, por ejemplo, el testigo L. B. G.-, lo que según las máximas de la experiencia suele ser un aliciente para quienes están inclinados a atentar contra la propiedad ajena –en la forma de un desapoderamiento-, por cuanto aquella circunstancia –sumada como en el caso, al horario (nocturno) de comisión del suceso- hace suponer que la capacidad de resistencia/oposición al accionar delictual por parte del titular del dominio y/o de terceros, se ve notablemente mermada, o directamente anulada.-

b) Las autoridades prevencionales han descrito los paredones de la vivienda, como de una altura entre los 3 (tres) y 4 (cuatro) metros; y

c) en el techo, a su vez, se apreciaron y constataron roturas en el vidrio de una claraboya del baño, mientras que una ventana de un dormitorio se

encontraba no “corrida” –normalmente-, sino “abierta entre el medio” de sus hojas corredizas (“separada...con indicios de haber sido ‘barreteada’”), y un “fierro” trababa a modo de “palanca” una persiana, para que permanezca levantada – días después se detectó también que un vidrio de la hoja presentaba una “grieta diagonal”, y el testigo B. G. afirmó haber visto una cortina “desparramada”-.-

2) En apoyo de la conclusión anticipada al inicio del apartado precedente, tengo en cuenta a titulo comparativo, la jurisprudencia, de la CNCrim. y Correc., Sala I, en el caso “Galiazzi”; en cuanto consideró que configuraba una tentativa, y no un mero acto preparatorio, la siguiente conducta: “...haber intentado sustraer objetos de valor del interior del inmueble sito sobre la calle ..., ejerciendo fuerza sobre su portón de entrada, ... el día ..., siendo aproximadamente las ... emprendimiento delictivo (que) no pudo concertarse dada la oportuna intervención de personal policial ... (sentencia del 23/4/96, JA 1997-IV-262). El tribunal transcribió, entre otros, la opinión del autor alemán Jescheck para fundar su solución: ‘... Las acciones de la tentativa sólo son, por consiguiente, sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo. Lo decisivo ahí es que ese comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios

esenciales...'...” (citado por Hernán Víctor Gullco, “Principios de la Parte General del Derecho Penal”, Jurisprudencia Comentada, pág. 216).-

Agrega este autor, en su comentario a fallo: “Si bien el tribunal señala que su solución se fundó en la ‘teoría de la impresión’, la doctrina suele llamarla ‘teoría individual-objetiva’ (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar; Manual, p. 645, y Bacigalupo, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Temis-Ilanud, 1984, p. 169)”.-

En la reciente obra: “Estructura básica del Derecho Penal” (Editorial Ediar, Bs. As. 2009, del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, pág. 153); leemos: “El *límite mínimo* de la tentativa es el comienzo de *ejecución*, que no coincide con el comienzo de la conducta individualizada en el verbo típico, pues no sólo resulta demasiado estrecho sino que muchas veces se confunde directamente con la consumación: comenzar a matar exigiría una lesión, comenzar a robar exigiría un apoderamiento, etc. ... Siempre un delito se comete conforme a un plan *concreto* y éste es fundamental para determinar el comienzo de ejecución... Tomando en cuenta el plan concreto del hecho, puede afirmarse que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción del verbo típico, sino que también abarca los actos según el plan concreto del autor, que son *inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de ésta* (de la acción señalada por el verbo típico) e implican ya un peligro para el bien jurídico. Debe entenderse que hay un acto parcial inmediatamente precedente al comienzo de ejecución

de la acción típica cuando entre ésta y aquél no quepa otro acto parcial conforme al plan concreto del autor... no pude hallarse una fórmula general que señale el comienzo de ejecución en todos los casos y en abstracto. Debe atenerse al plan concreto de cada delito en particular, de cada realización del supuesto de hecho fáctico. Hay tentativa ... de robo cuando **se comienza a ejercer la fuerza** o la violencia ...” (el destacado me pertenece).-

También aprecio que puede ser de utilidad, para contribuir a fundamentar el temperamento ya expuesto, la jurisprudencia que enseña: “…Sabido es que la razón de la punibilidad de un hecho tentado radica en la puesta en peligro del bien jurídico, …”; por lo que en estos casos a través de un “juicio posterior respecto del plan del autor”, se determinará *ex ante* la peligrosidad de la conducta, es decir “la posibilidad de causación del resultado”. En este procedimiento lógico, “…el juzgador debe situarse en el momento de la acción y realizar una prognosis, es decir un juicio con miras al futuro, de previsión. Dicho juicio siempre será posterior, porque se cumple a posteriori de la conducta analizada, pero remitiéndose al momento en que el hecho se perpetró. Situado en ese momento el juzgador debe emitir el pronóstico sobre la peligrosidad de la acción: si en tales condiciones le asigna posibilidad de realización, habrá tentativa idónea (peligro)…” (cfme. T. Oral Criminal n° 14, causa “Blanco, Sebastián R.”, sentencia del 8/3/00, publicada en el Suplemento de Jurisprudencia penal de LL, del 28/7/00, pág. 52).-

Al igual que aquélla que entiende que: "...los sostenedores de la teoría subjetivoindividual introducen como elemento individualizador 'el plan del autor', que por su naturaleza, puede ser apreciado por un tercero para establecer la proximidad inmediata a la realización del tipo. 'La tentativa comienza – dice Welzel - con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización del tipo delictivo. Siempre hay que partir de la acción típica, del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.). A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo se puso en actividad inmediata a la realización típica'...Entonces dicho 'plan' debe ser apreciado en base a los elementos objetivos y subjetivos probados en el juicio que puedan ser demostrativos de la finalidad perseguida con el accionar concreto desplegado y que en forma inequívoca puedan llevar a concluir en el objetivo de lesionar el bien jurídico tutelado por el tipo penal respectivo..." (cfme. T. Crim. nro. 1 de Necochea, sentencia del 21 de mayo de 2000, autos: "Puebla, Jorge Leonardo y Velásquez, Rafael Alejandro s/ Robo en grado de tentativa", voto del Dr. Mario A. Juliano, publicado en el sitio elDial.com).-

Por su parte, la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia, aplicando la norma del art. 164 CP, ha sostenido que: "...**no cabe duda alguna** que el levantamiento de una persiana (que cierra una

ventana) de 2 x 2,20m. (...) o sea, evidentemente pesada, valiéndose para ello de un cabo de escoba y de un tirante de madera usados a modo de palancas, **importa haber ejercido la fuerza en las cosas que exige la norma legal citada**, la que, por cierto no requiere un acto de rompimiento o efracción, sino, solamente, el uso de la fuerza necesaria para vencer la efectiva protección y resistencia que ofrecen los medios de defensa de la propiedad preconstituidos por el propietario de los bienes...” (cfme. sentencia de fecha 8/5/72 en causa: “Esparza, Francisco y otros s/ Robo”, voto del Dr. Sancholuz, publicado en “Derecho penal” de José A. Ferreyra, pág. 51, Tomo III –el destacado no pertenece al original-).-

3) a) A mayor abundamiento, resulta conveniente también considerar que una probable hipótesis alternativa –cual sería que el hecho sólo alcanza a constituir un caso de daño- carecería de adecuada fundamentación dogmática. Al respecto, tengo en cuenta también aquí la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia local, que acerca de la interpretación del tipo penal del delito de Daño simple (art. 183 CP), ha sostenido que: “Si bien entre esta figura y la del Hurto hay ciertas semejanzas y a veces resulta difícil, frente a un caso concreto, establecer con precisión cuál de esos delitos ha quedado consumado, en el sub-exámine esa dificultad no existe, pues en el daño se produce la destrucción total o parcial de una cosa ajena con el propósito de perjudicar **de esa manera** a su propietario, **sin que concurra la intención de apoderarse** …” (causa “W. N. y otro s/ Hurto”,

sentencia del 19/19/67, publicada en “Derecho Penal” de José Ferreyra, Jurisprudencia de la Provincia del Chubut 1959-1994, ya citado, tomo III, pág, 130, el destacado me pertenece).-

El TOC nro. 2, por su parte, sostuvo: “....La descripción realizada del hecho que se estima probado (se violentó el candado que aseguraba la reja de ingreso con intención de apoderarse de bienes que se encontraban en el interior de la finca, lo que no pudo concretarse) adelantó que **no** se aceptaba la postura subsidiaria de la defensa en punto a que estaríamos ante un **daño**. La base de tal petición fue el argumento de que no se había establecido, a partir de los dichos de la representante de la institución damnificada, que hubiera habido cosas sustraibles, con lo que se habría sostenido que la conducta de ...no sería constitutiva de robo por falta de un elemento objetivo del tipo ... El tribunal estima que debe tener por cierto que en el inmueble de ... había bienes de valor y susceptibles de sustracción. Ello así porque no apareció en la audiencia, en todo su transcurso ..., ni el más mínimo indicio que apuntara a una situación excepcional como sería que el lugar hubiera estado desocupado, sin cosa mueble alguna dentro de él. Lo corriente y natural, lo acomodado a la normal ocurrencia de las cosas, en este caso, dadas las circunstancias de lugar y de efectiva titularidad de la posesión por la institución que se anuncia en su frente, era entonces lo obvio. Y lo que reviste tal naturaleza no debe cargarse como extremo a probar. Todo ello sin perjuicio, a mayor abundamiento, que sí eran cosas muebles susceptibles de apropiación la cadena y el candado reconocidos por

la testigo ... como de propiedad de la casa. El hecho es constitutivo, por lo expuesto, **de robo, que quedó en tentativa**, habida cuenta de que el accionar de ... fue frustrado... Rigen los arts. 42, 44, 45 y 164 del Cód. Penal...” (causa “Mollo, Armando”, del 21/04/1993, publicado en La Ley 1993-E, 149 –el destacado ha sido agregado al original-).-

b) Tampoco procede el encuadramiento del hecho en la figura de Violación de Domicilio (art. 150 CP), en virtud del principio de subsidiariedad, siempre según la jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de Justicia: a saber, “H. J. s/ Hurto simple”, sentencia del 1/6/62, “... la sustracción de mercaderías con fuerza en las cosas cometida por ... constituye evidentemente Robo simple solamente”, pues la Violación de domicilio en que habría incurrido para perpetrarlo,... queda absorbido por aquél ...”; “C. I.”, sentencia del 1/3/72 (“...un análisis detenido de los distintos supuestos que pueden presentarse me mueve a limitar la **subsidiariedad** de la figura exclusivamente a los casos en que la violación de domicilio es, en si misma un elemento constitutivo de otro delito más grave: ejemplos típicos, el robo con efracción, o el hurto agravado por **escalamiento** ..., pues en tales casos la figura subsidiaria – violación de domicilio- forma **parte inseparable de la figura más grave**, de la que constituye, meramente, un elemento o aspecto constitutivo...” (el destacado ha sido agregado al original).-

Asimismo en la causa “F. J. C.” del 5/9/73: “Considero... plenamente probada la tentativa de Robo

agravado por efracción y **escalamiento**, y por consiguiente estimo que en esa figura se **subsume** la violación de domicilio... porque se trata aquélla ... del delito 'más severamente penado' que 'resulta' de la antedicha Violación de domicilio y la hace **desaparecer...**";

"E. Á. J. s/ robo" sentencia del 11/2/92, "... se falló que: ...'La relación subsidiaria entre Violación de domicilio y otro ilícito, según la cual la pena correspondiente a la de aquél se aplica 'si no resultare otro delito más severamente penado', es decir, que el delito más grave debe originarse de la Violación de domicilio por una **transformación** del hecho constitutivo de éste en el hecho constitutivo de aquél, **por ejemplo** el ingreso ilegítimo de un domicilio mediante el uso de ganzúa, llave falsa o **escalamiento'...**" (el destacado ha sido agregado al original).-

c) Por último, no se aprecia tampoco que en el caso puedan concurrir los presupuestos de hecho, de otros ilícitos, como ser a título meramente ejemplificativo; el delito de Incendio intencional, la Usurpación de inmuebles, etc..-

II.- Sentado ello, con lo cual discrepo en parte con la fundamentación seguida por la colega que me precede, sí he de coincidir en la solución definitiva del caso, consistente en la absolución del acusado F. D. B., en virtud de la aplicación al caso del principio *favor rei*; pero en orden a la atribución de la autoría del hecho, es decir el extremo subjetivo de la imputación, y no el objetivo.-

Tengo en cuenta para ello, en primer término, los agravios de la Defensa en la audiencia de impugnación –en la medida en que ha planteado que existen dudas en cuanto a las circunstancias en que se produjo la rotura de la claraboya y demás daños constatados en la vivienda damnificada; a lo que se agregan las siguientes circunstancias.-

1) Ubicándonos temporalmente en el momento en que se produce el procedimiento policial, que dio lugar al presente caso, se advierte que en el decisorio impugnado no se han tomado en cuenta, algunas circunstancias de hecho, como ser que el testimonio de F. E. dio cuenta de la detención de un número de aproximadamente siete (7) personas en total, en el lugar del hecho, sumando algunos que se encontraban en el techo, otros en el patio, y algunos en la esquina –cabe aclarar, además, que cuando se interrogó a este testigo acerca de la cantidad de personas que participaron en este hecho, el mismo respondió que no tenía idea, y que "la policía agarró al que iba pasando ahí"-.-

2) Ya dijimos, en el apartado I, siempre siguiendo los testimonios de los vecinos, que la vivienda damnificada se encontraba sin moradores, y del acta de audiencia de debate se desprende que el testimonio del propietario de la misma, J. A., fue desistido por la Fiscal actuante – tampoco de las declaraciones de los vecinos surgen precisiones acerca de la data de aquella ausencia de moradores- ; todo lo cual hace que no pueda descartarse, con certeza, que los referidos vestigios materiales del intento de desapoderamiento verificados en la

vivienda de A., hubiera podido producir con anterioridad a las 22:00 hs. del día 14 de marzo de 2007. Adviértase que los testigos de cargo no han trasmitido experiencias percibidas por sus sentidos, sino simplemente aluden al procedimiento policial, y a partir de éste al conocimiento que toman de que "encontraron unos pibes robando" (del testimonio de L. B. G., quien agrega al ser interrogado sobre si él estaba en su casa: "Claro. Estaba dentro cuando sentí ruidos en el techo me subí por la escalera a alumbrar. Y digo ¿quién anda arriba del techo?. La policía me dice encontramos dos tipos robando...").-

Por lo demás, en orden al fundamento dogmático de la tentativa, el mismo no es incompatible con lo que se viene exponiendo respecto a la autoría; ya que si bien es cierto –tal como ha quedado perfectamente establecido en el apartado I.- 2)-, que para la delimitación entre preparación y tentativa, se exige "una real inmediatez de la acción" con la realización del tipo, ello no debe entenderse necesariamente como una "conexión temporal" (cfme. Maurach – Gössel – Zipf: "Derecho Penal. Parte General", tomo 2, 7° edición, Editorial Astrea, Bs. As. 1995, pág. 31).-

3) En tren de ensayar con distintas alternativas posibles, diversas a la hipótesis acusatoria que fija la autoría en cabeza de B., también debe computarse en el contexto del caso, que resulta perfectamente verosímil la posibilidad de que otra/s persona/s haya/n sido el/los autor/es de la tentativa de Robo con escalamiento; teniendo en cuenta, al respecto, que no se ha constatado acerca

de este acusado, que el mismo revista alguna condición particular que lo vincule de modo directo a ese domicilio, como ser a título ejemplificativo, que conozca los movimientos de la casa por algún motivo (haber trabajado en su interior, etc.) como asimismo que tampoco, al momento del hecho, se han incautado en su poder elementos tales (vg. barreta, herramientas, etc.) que lo relacionen, aunque sea a titulo indiciario, de manera inmediata (temporalmente) con la materialidad del suceso.-

En tales circunstancias, como ya se anticipara, me inclino por la operatividad del principio *in dubio pro reo*, art. 28 CPP, teniendo en cuenta en primer término como criterio rector en materia de valoración de la prueba en relación con las precedentes posibles alternativas enumeradas, respecto a la acusación contra B. como autor de la tentativa de robo calificado, no que es necesario que estén avaladas con el mismo grado de confirmación que requiere la hipótesis de la acusación; siendo suficiente con que pongan en duda la veracidad de esta última, es decir basta con que introduzcan una duda que no pueda ser superada (cfme. Guzmán, Nicolás: "La verdad en el proceso penal...", editorial Del Puerto, Bs. As. 2006, pág. 159).-

Sobre el principio *favor rei*, en particular, Roxin enseña: "El principio del derecho vigente reza: 'sobre el resultado de la recepción de la prueba' –por tanto, sobre los hechos,- 'decide el tribunal según su libre convicción extraída del la totalidad del juicio'. Esto significa que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin

duda alguna ... por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado... El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces y que no se base en meras suposiciones" (aut. cit. "Derecho Procesal Penal", pág. 103). Y en relación a la duda, señala el autor que un importante principio probatorio del proceso penal, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado (*in dubio pro reo*); con la salvedad de que este principio "no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba...". El mismo autor agrega más adelante que: "En el supuesto de que existan varios imputados, el principio puede conducir a que, en favor de cada uno de ellos, se deba suponer, en cada situación particular, que es el otro el que ha cometido el hecho, de modo tal que, dado el caso, todos deben ser absueltos a pesar de ser seguro que uno de ellos es el autor" (pág. 112).-

III.- En conclusión, corresponde la revocación parcial de la sentencia impugnada, la absolución del acusado en orden al delito de Robo con escalamiento en grado de tentativa en carácter de coautor (arts. 164, 167 inc. 4°, en función del art. 163 inc. 4°, 42 y 45 CP), y la consiguiente

adecuación del monto de la pena impuesta; que hemos acordado en la deliberación, fijarla en seis (6) meses de prisión - todo ello teniendo en cuenta la siguientes pautas de individualización judicial de la misma (arts. 40 y 41 CP).-

1) En calidad de agravantes, los mismos que tuvieron en cuenta los integrantes del Tribunal de juicio, respecto al hecho que perjudicara a J. C. S., a saber: "la naturaleza" del mismo, y "el perjuicio ocasionado" a la víctima (del voto del Dr. Pitcovsky); "el número de personas que intervinieron, concretamente cuatro, número que será tenido en cuenta en esta etapa..., el número de partícipes aumentó la intimidación y fue determinante de la actitud pasiva que tomó la víctima, a quien incluso siguieron hasta el domicilio de la hermana, con actitud intimidante y desafiante, dado que, luego de la sustracción, la víctima ingresa a un kiosco..., a la salida lo increparon preguntándole si había llamado a la policía" (del voto de la Dra. Martos).-

Comparto, en cambio, la crítica de la impugnante, en orden a la valoración efectuada en la sentencia – como agravante - de las condiciones de vida del acusado; por lo cual adhiero en este punto a las consideraciones vertidas por la Sra. Juez del primer voto. En la obra de Patricia S. Ziffer "Lineamientos de la determinación de la pena", págs. 138 y 139, leemos: "...es indudable que la valoración de la personalidad del autor debe mantenerse dentro de ciertos límites y que el límite principal sólo puede constituirlo el hecho mismo. Únicamente podrán

analizarse aquellos aspectos de la personalidad que estén vinculados al hecho en forma directa. La situación personal del autor puede resultar decisiva para fundamentar un deber mayor. Por lo general, las circunstancias personales del autor, tales como situación familiar, profesión, origen social, infancia, educación en general, serán de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y para determinarse conforme ese conocimiento. Para ello, lo decisivo será el momento del hecho.... Tanto la posición social elevada como la profesión, **en principio**, no agravan el ilícito **por sí mismas**. De ellas **no deriva**, **automáticamente**, un deber mayor de conducirse conforme a derecho... Sin embargo, la posición social o la profesión **pueden** implicar en ciertos casos una fuerte conciencia de la ilicitud de ciertas conductas, que revelará una decisión más conciente en contra del derecho, una mayor culpabilidad...” (el destacado me pertenece).-

Por su parte, el Magistrado del Tribunal Supremo español Perfecto Andrés Ibáñez, en su trabajo: “La sentencia penal” (publicado, entre otras obras, en la recopilación de sus trabajos titulada: “Justicia penal, derechos y garantías”, editado en la colección “Pensamiento Jurídico Contemporáneo”, dirigida por Manuel Atienza, de los editoriales “Palestra” de Lima y “Temis” de Bogotá, págs. 153 y ss.), dice respecto a la motivación de la pena en la sentencia que: “...De todas las categorías legales de uso común, seguramente, la que presenta mayores problemas de utilización es la de la personalidad del delincuente,

que, como se ha puesto de manifiesto, 'no puede ser interpretada desde una perspectiva de estricta prevención especial sino sólo por su incidencia en el nivel o contenido de reprochabilidad del sujeto por el acto cometido'. Aquí, mayores problemas quiere decir más riesgos de un uso arbitrario que, si bien podrá limitarse en alguna medida por esa vía de la mas rigurosa adherencia de la valoración judicial a las particularidades objetivas del hecho enjuiciado, serán difíciles de eliminar...".-

2) En orden a las circunstancias atenuantes, también comparto las conclusiones de la colega preopinante, es decir que debe merituarse a su favor la edad; a lo que agrego también que al momento del hecho, no contaba con antecedentes.-

IV.- Finalmente he de compartir lo relativo al pronunciamiento que corresponde dictar en el presente caso, con el agregado de que debe revocarse parcialmente el punto III.- de la sentencia impugnada, para luego absolver a F. D. B. – tal como lo anticipara en el apartado precedente; como asimismo la propuesta al monto de los honorarios, y de imposición de costas.-

A la primera cuestión el **Dr. Omar Florencio MINATTA**, dijo:

Que los detallados votos precedentes en orden a las impugnaciones y contestaciones de las partes me eximen de entrar en ellos y evitar la sobreabundancia al respecto, por lo que entraré directamente al análisis de los agravios. En esta senda, la defensa técnica impugna la sentencia por

estimar que carece de un adecuada motivación y que ella viola las reglas de la sana crítica, afectando de esta forma el derecho de defensa en juicio, así como que la sentencia adolece de la fundamentación necesaria para el quantum punitivo impuesto. Se queja, específicamente, de que la resolución jurisdiccional da por acreditada el tipo subjetivo del robo calificado, cuando de los hechos objetivos probados no puede inferirse ello con la certeza necesaria como para condenar. Adelanto que coincido con la defensa, puesto que la inferencia del dolo del apoderamiento en el caso concreto es equívoca, ya que de los mismos hechos probados se puede también concluir en forma razonable que la intención pudo haber sido otra. En efecto, obsérvese que los tres votos hacen hincapié – en cuanto a la valoración del tipo subjetivo del robo – en los daños existentes en la claraboya y ventana del inmueble y en las declaraciones del vecino B. G., es decir, en hechos que perfectamente pueden sostener la intención de violar el domicilio o el de usurpar, puesto que no son hechos concluyentes al respecto ni los referidos daños ni la declaración del testigo en cuanto a que escuchó ruidos en el techo, amén de la detención del imputado en un domicilio distinto al de la víctima. Al menos, puede razonablemente establecerse una duda al respecto, lo que beneficia por mandato constitucional al imputado. Esto es así cuando la defensa refuta la hipótesis acusatoria e introduce un elemento que alcanza para ponerla en duda. A ello, cabe agregar que estamos ante la afirmación en la sentencia de

un dolo directo, es decir, de una dirección de la voluntad explícita, por lo que las probanzas del mismo deberán ser aún más severas. Adviértase que no se trata de consagrar la impunidad para casos semejantes, puesto que aquí teníamos dos resultados consumados previstos en otros tipos penales: daño y violación de domicilio, al menos, sin entrar a considerar el delito de usurpación. Va de suyo que a esta altura del proceso es imposible retrotraer y que ello lleva a la impunidad del caso, pero esto no es salvable ahora, sino que lo pudo ser en los estados anteriores en los que el ministerio público debió hacer usos de institutos útiles para estos casos equívocos, tales como la acusación subsidiaria o alternativa para el caso de que no pueda probar con certeza la acusación principal. En fin, entiendo que lo afirmado es más que suficiente como para establecer una duda razonable en cuanto a la existencia del tipo subjetivo del robo calificado, por lo que lleva razón el agravio de la defensa, debiendo absolverse al imputado por tal delito.-

Consecuentemente, el monto punitivo establecido debe disminuirse considerablemente, puesto que estamos ante un injusto que tiene un mes de prisión, como mínimo y la pena impuesta fue fijada conforme los principios del concurso real, en los que forzosamente vinculaba al juzgador un mínimo de un año y medio de prisión, monto que debe, obviamente, descontarse en forma automática, por lo que deberá partirse en el caso de un máximo de un año. Ahora bien, no se aprecia aquí que éste último monto sea necesario, conforme a la finalidad resocializadora

de la pena, si se tienen en cuenta los efectos de la prisionización en orden a los daños psíquicos y físicos e inconveniencia ya comprobadas empíricamente de las penas cortas en tiempo, por lo que tales extremos son decisivos en la mensuración de la pena justa. En el caso, debe establecerse también como atenuante el daño ocasionado, ya que no aparece como grave atentado a la propiedad, así como la falta de motivos comprobables de la acción que no debe agravar, sino en todo caso, atenuar, pues si la medida de la pena es la medida de la culpabilidad y ésta se gradúa conforme los motivos, entonces, no tenemos referencias empíricas comprobables de su grado de aberración, por lo que es imposible su mensuración en perjuicio, tal como lo hace la sentencia. Sin embargo, entiendo que no corresponde tampoco el mínimo de un mes, pues es cierto, tal como lo afirma la sentencia en consonancia con la acusación, que estamos ante un sujeto cuyo ámbito de autodeterminación no está tan reducido como le sucede a un vulnerable típico, pues no se trata de uno de ellos, sino de un autor con cierto margen de decisión en el espacio social, tal como se probó, por lo que su grado de culpabilidad es mayor y esto justifica la elevación del mínimo a los seis meses que se propugna.-

A la segunda cuestión el **Dr.Omar Florencio MINATTA** dijo:

En consecuencia, entiendo que lo afirmado respecto del hecho analizado es tal que me conduce inexorablemente a una duda razonable en relación a la existencia del tipo subjetivo del robo calificado,

por lo que lleva razón el agravio de la defensa, debiendo absolverse al imputado por tal delito.-

En segundo lugar y en base a los argumentos vertidos supra en relación a la mensuración de la pena propongo se imponga a B. la pena de seis meses de prisión en orden al delito de robo simple por el hecho cometido el 18 de septiembre de 2007 y que tuviera como víctima a J. C. S. En cuanto a las costas, cabe remitirse a lo establecido en el primer voto, por ser ello lo acordado en la deliberación. Así lo voto.-

Por ello, la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn:

RESUELVE:

I) HACER lugar al recurso deducido por la Defensa del acusado F. D. B., contra la sentencia condenatoria Nro. 58/08 (Arts. 374, 382 y ss. del Código Procesal Penal).-

II) REVOCAR parcialmente la sentencia condenatoria Nro. 58/08, de fecha 23 de octubre de 2008, que impone la pena de dos años y seis meses de prisión al acusado F. D. B. como coautor penalmente responsable del delito de Robo en concurso real con Robo con escalamiento en grado de tentativa (Arts. 164, 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 4°, 42, 45 y 55 del Código Penal).-

III) Absolviendo a **F. D. B.**, en orden al delito de Robo con escalamiento en grado de tentativa por el hecho ocurrido el día 14 de marzo de 2007 en perjuicio de J. A. y adecuando **la pena** en orden al delito de Robo simple por el hecho cometido el día 18 de septiembre de 2007 en perjuicio de J. C. S., la que se fija en **SEIS (6) MESES DE PRISIÓN**.-

IV) TENER presente la reserva del caso federal solicitada por la Defensa Pública (Art. 14 Ley 48).-

V) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la etapa de impugnación en la suma de pesos trescientos setenta y cinco ($ 375,00.-) (Arts. 6, 14 y 50 de la LEY XIII N° 4 y art. 59 Ley V N° 90 – antes N° 4.920).-

VI) REGÍSTRESE, Protocolícese, notifíquese por su pública proclamación y efectúense las comunicaciones de rigor (Art. 331 del C.P.P.).-

Omar Florencio MINATTA

Presidente

Daniel Luís María PINTOS Nelly Nilda GARCÍA

Juez de Cámara

Juez de Cámara

Ante mí:

Stella M. EIZMENDI

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° 4 CPPM DEL AÑO 2010. CONSTE.-

Stella M. EIZMENDI

Secretaría de Cámara