En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de marzo del 2014, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Mónica Rodríguez, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "C., D. O. psa tentativa de robo –Trelew" Carpeta 3765 Legajo Fiscal 35283 y "C., D. O. psa daño-Trelew" Carpeta 3761 Legajo Fiscal 35267 con motivo de la impugnación interpuesta por la Dra. Gladys Olavarría, Abogada Adjunta de la Defensa Pública, contra la sentencia Nro. 2277 dictada en fecha 5/7/2013.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 19/02/2014 en la sede de este tribunal intervino en representación del acusado el Dr. Marcos Nápoli, remitiéndose a lo expresado en el escrito por su colega.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Defranco, Omar Florencio Minatta y Mónica Rodríguez

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Como prólogo de mi decisión llevaré a cabo una sucinta relación de los antecedentes del caso, así como de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria deducida.

Mediante sentencia Nro. 2277/13, el Juez Penal Dr. Roberto Adrian Barrios condenó a D. O. C. a la pena de cinco meses de prisión, accesorias legales y costas, por la comisión del delito de robo en grado de tentativa en concurso real con el delito de daño (arts. 164, 42, 183 y 55 del CP) en perjuicio de L. M. (Carpeta 3765) y de D. A. M. (Carpeta 3761), hechos cometidos el 4 y 2 de diciembre de 2011 en esta ciudad.

Contra ella, la Defensora del condenado dedujo impugnación ordinaria aduciendo, en primer término, el erróneo uso de la ley penal por parte del Magistrado

al omitir la aplicación al caso de la eximente contemplada en el art. 34 inc 4° del C.P.

Entiende, que ha quedado debidamente probado en el debate el estado de extrema necesidad de su pupilo, situación que no pudo revertir con los medios a su alcance al momento de ocurridos los hechos imputados.

Asimismo, respecto de la declaración de responsabilidad en el robo tentado, considera la impugnante que la conducta del acusado se debió encuadrar en la figura del delito imposible, en atención a la dolencia física que aquejaba a C. la que –a su entender- le impediría hacerse del pesado objeto que intentó sustraer.

Encuentra arbitraria la sentencia aduciendo que no se ha probado con el grado de certeza requerida, la autoría de su defendido en el caso del daño a M..

Por último, se agravia respecto a la determinación de la pena impuesta. Sostiene que el Juez de grado no especificó los parámetros objetivos que lo llevaron a imponer la condena de cinco meses de prisión de efectivo cumplimiento y alejarse del mínimo establecido por la norma y requerido por la Defensa.

2. Repasando, la recurrente finca su agravio, respecto a la condena por el delito de Tentativa de Robo, ventilado en carpeta 3765, en la inadecuada calificación escogida para el caso probado ya que encuadraría en un estado de necesidad justificante o, en todo caso, en un delito imposible.

En este caso, luego de analizar la sentencia recurrida, no es posible acompañar las postulaciones del impugnante. Por el contrario, la sentencia del Dr. Barrios, Juez del debate, resulta fundada de manera suficiente, ajustada a derecho y habiendo tenido en cuenta la totalidad del plexo probatorio producido en el debate.

Ha descartado la causa de justificación, en primer lugar, de manera acertada, con sólidos fundamentos dogmáticos, compartiendo su apreciación en punto a que "*…para que pueda comenzar a considerarse la posible*

existencia de un estado de necesidad justificante, como lo solicitara la defensa de C., es absolutamente necesario que en la emergencia haya existido una situación acuciante de conflicto entre dos bienes jurídicos que además requieran de modo inevitable para su resolución, la lesión o puesta en peligro de uno de ellos…".

Que en el caso, si bien es cierto, se ha acreditado a través del informe social 292 y la prueba testimonial rendida, que el imputado C. padece dolencias físicas que le impiden estabilidad laboral lo que lo coloca en una situación de alta vulnerabilidad por no poder satisfacer sus necesidades básicas, no menos cierto es –como lo pondera el juez de la sentencia- que ello no implica la inevitabilidad de la afectación del bien jurídico de la víctima para impedir el mal grave e inminente, que por otra parte, no se ha explicitado en forma certera.

Considero, con la doctrina mayoritaria, que ante la necesidad justificante no puede legitimarse cualquier lesión porque, como sí sucede en la legítima defensa, el sujeto actuante no sufre ninguna agresión, por ello adquiere relevancia la ponderación entre el mal causado y el mal evitado.

En el caso, repito, si bien se ha acreditado una situación de alta vulnerabilidad, la afectación del derecho de disponibilidad de los bienes de la víctima no resulta justificada por poder recurrir el imputado a vías alternativas, como pedido de ayuda estatal u otras, y no el sustraer un elemento que necesariamente debía vender para hacerse de algún dinero, lo que quita inmediatez al pretenso salvamento de un mal, cual es la necesidad de alimento.

El propio C., luego de reconocer el hecho imputado, dice que decidió tomar el generador, venderlo y así "tirar un par de días". Entiendo, con el juez de grado, que no se evitaba con ello un mal grave e inminente, de absoluta necesidad que justifique la acción típica, más allá que,

como se verá luego, pueda incidir en la mensuración de la reacción penal.

3. En segundo lugar, respecto al mismo injusto, el Juez Adrián Barrios, descarta adecuadamente el pretendido delito imposible. Dice al respecto que "…*el lugar en donde el hecho se cometiera… el modo en que fuera cometido mediante arrastre… del garaje de una vivienda y hasta la vereda y la circunstancias acreditadas del objeto, como su transportabilidad… me determinan a descartar que efectivamente haya sido… absolutamente imposible que el delito que comenzara a ejecutarse, pudiera válidamente consumarse…*" .

Efectivamente, tal como dije en autos "C., J. M. y otros p.s.a. robo doblemente agravado s/impugnación" Expte. N° 02/2013 CPPM, Carpeta N° 3.775 OFIJU", donde se presentó el mismo problema terminológico que en estos folios, "…a fin de evitar la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 44, recurso extremo al que sólo debe acudirse cuando la ley no admite ninguna interpretación compatible con la norma suprema, "…*debe concluirse que el último párrafo del art. 44 trata de casos en que, pese a que ex ante el medio haya sido idóneo y el observador tercero pueda haber creído que existía un peligro para el bien jurídico, el delito haya sido imposible, o sea, la consumación o perfeccionamiento del delito haya sido imposible. Se deduce de ello que el último párrafo del art. 44 impone una distinción ex post, referida al grado de probabilidad de lesión al bien jurídico, en consonancia con la extensión del daño y del peligro causados a que se refiere en el art. 41…*" (Cfr. Zaffaroni-Alagia-Slokar; Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As. Año 2000, pág. 802).

Dije también que "siguiendo la racional construcción del referido profesor –que evita la declaración de inconstitucionalidad– debe determinarse cuándo, pese a que *ex ante* el medio fue idóneo y el agente comenzó a ejecutar su plan concreto con el medio elegido, *ex post* se concluye que el delito no podía haberse consumado. En ese sentido "…*se trata de supuestos en que el delito no*

podía haberse consumado (a) por la forma muy inadecuada en que se usó el medio, (b) por un grave defecto del medio empleado, (c) por un accidente del objeto del delito o (d) por una previa neutralización del peligro, como es el caso… cuando la trama hubiese sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubiesen tomado las medidas para impedir su consumación" (ibid., pág. 802/803).

En el caso, contra lo interpretado por la recurrente, no encuentro elemento alguno que permita sospechar que si el imputado no hubiera sido sorprendido en su accionar por un vecino el injusto no se hubiera consumado; puede coincidirse, es cierto, que fue una grosera acción encaminada burdamente a la afectación del bien jurídico propiedad pero, jamás, que el mismo no era perfectamente posible de agotar.

Por ello, corresponde confirmar también este tramo de la sentencia.

4. En cuanto a la crítica que realiza la impugnante respecto al segundo tramo de la sentencia, afirma que no existen elementos suficientes como para dar por acreditado con certeza el hecho de daño del 2 de diciembre de 2011 y que Magistrado "pone en boca de algunos testigos cosas que no han sucedido en el debate" (sic, del escrito de fojas 111 vta.).

En particular, argumenta la Defensa que la víctima sólo lo vio correr y que no indicó a la Policía las características del sujeto.

Veamos. El Sr. Juez de mérito construye su sentencia a partir de los dichos de la víctima, D. M., quien en la audiencia da cuenta del hecho que la damnificara describiendo al sospechoso *"…con un pantalón, una remera, una mochila en su hombro izquierdo, morocho…"*. Agrega poco después que *"era alto, de 1,76, morocho de tez… robusto"*, agregando que cuando se le cruza el Gol blanco de la Policía, *"les dije como estaba vestido que llevaba remera, que era morocho…"*.

Ergo, ya desde aquí, no puede atenderse el reclamo de la Defensa.

Pero además, tal como lo realiza el juez Barrios, debe hilvanarse este testimonio con los de los vecinos D. R. L. V. B. R. y su padre, D. B., quienes son contestes en afirmar que ven pasar a un joven morocho, robusto con un gorro de lana y que en ese instante suena la alarma de la casa de la vecina quien sale a los gritos pidiendo ayuda. En efecto, la primera de las nombradas, la más exhaustiva, lo describe como de 1,75 de altura, grandote, con un bolsito "de Boca" y preguntada acerca de la existencia de un yeso dijo que así lo supuso porque no doblaba la rodilla.

También B. recordó en la audiencia que el sospechoso "llevaba algo de Boca", no recuerda si era la mochila, pero la remera no era, lo que debe relacionarse con el contenido del acta obrante a fojas 32 del Legajo Fiscal- donde consta que al momento de ser detenido C. portaba "un bolso color azul con escudo del equipo de Boca Juniors".

A partir de estas alertas, el personal policial interviniente se avoca a la búsqueda, con el resultado que se conoce, todo lo que es ratificado por los agentes convocados al debate.

De todo ello, debo coincidir con la conclusión del magistrado interviniente cuando dice que "*…C. fue visto salir en la vivienda donde ocurriera el siniestro, por la propietaria de la vivienda. También lo vieron los vecinos y sus datos fueron aportados por el personal policial que interviniera. Fue encontrado cerca del lugar, en la misma dirección hacia donde la damnificada comenzara su seguimiento e indicara a los uniformados observara su huida…*"

Por lo que cabe afirmar la solidez y adecuada fundamentación lógica del fallo, basada en el correcto ensamble de la prueba producida en el debate y de su análisis de acuerdo a la experiencia más elemental, y, en consecuencia, confirmar en este tramo también la sentencia recurrida.

5. En tercer lugar, se agravia la Defensa en el monto de la pena, por cuanto, afirma, no ha enumerado el Juez los parámetros objetivos que ha tenido en cuenta para alejarse del mínimo legal.

En este punto si se atenderá el reclamo del recurrente.

En efecto, si bien he descartado la presencia en el caso del estado de necesidad justificante, no puedo dejar de tener en cuenta que de conformidad con la prueba rendida –ya individualizada- el imputado ha desplegado sus conductas lesivas en una situación de alta vulnerabilidad, con problemas físicos inclusive, con dificultades para alcanzar el diario sustento, situación que, en forma expresa, es prevista por el art. 41 del código penal al prever como indicio de menor culpabilidad *"la dificultad de ganarse el sustento propio…".*

A más de ello, no se puede dejar de tener en cuenta que el grado de reproche es inversamente proporcional al motivo enderezado al salvamento de bienes jurídicos; o dicho de otro modo, el grado de culpabilidad es mayor cuando resulta una aberrante conducta alejada de preservar un bien jurídico propio.

En el caso, si bien se descartó la necesidad permisiva del actuar típico, debe considerarse que, según los dichos del imputado –no desvirtuados totalmente por la acusación- su intención, su motivo, fue "tirar un par de días" vendiendo la cosa que pretendió sustraer.

Considerando lo antes dicho, voto por la aplicación en el caso de una sanción de un mes de prisión como respuesta adecuada a los delitos por los cuales resultara condenado y cuya sentencia así se confirma.

6. Por todo ello, entendiendo que los elementos tenidos en cuenta por el sentenciante son suficientes para derribar el estado de inocencia en el que se encontraba el traído a proceso, que tales elementos han sido analizados de acuerdo a las reglas de la sana critica racional y de conformidad con las reglas elementales de la lógica, corresponde confirmar en todas sus partes la

sentencia motivo de esta impugnación excepto en el monto punitivo, debiendo imponerse la pena antes analizada.

Las costas del proceso deben ser soportadas por el condenado (art. 239 siguientes y concordantes del CPP, regulándose los honorarios de la Defensa Publica, en un porcentaje equivalente al treinta por ciento de lo impuesto en la sentencia impugnada (art. 5, 5 bis, 7, 13 y 14 de la Ley XIII-4 t.o Ley XIII-15, art. 59 y concordantes Ley V-90)

El Juez Omar Florencio Minatta dijo: A) Carpeta nro. 3765- Caso 35283:

2. Aquí la defensa impugna la sentencia condenatoria por estimar que el juez efectuó una errónea interpretación de la ley penal, ya que, según su parecer jurídico, el hecho quedó justificado por estado de necesidad o, en todo caso, debió calificarse al mismo como delito imposible. Seguidamente trataremos separadamente ambas cuestiones que la defensa trae como sostén de su petición.

3. Estado de necesidad justificante:

Comencemos por contornear el marco teórico en el que debemos analizar el caso. Sabemos que la necesidad es un concepto central que juega tanto en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en casos de exclusión de culpabilidad, y que se presenta cuando el sujeto actuante no dispone de otros medios menos ofensivos para evitar una lesión. Sin embargo, la necesidad no es apreciada jurídicamente con la misma vara, puesto que, por ejemplo, mientras en la legítima defensa no tiene una consideración decisiva la magnitud de la lesión inferida, en el estado de necesidad, no se permite cualquier lesión por parte del agente. Esto tiene su explicación en que la necesidad en el primer caso proviene de una conducta lesiva antijurídica, mientras que en el segundo caso ella no proviene de la conducta antijurídica de quien soporta la lesión, situaciones que llevan, en definitiva, a ser más exigentes y rigurosos

en este último caso en la apreciación de la necesidad, lo que lleva a la ley exigir que se provoque un mal menor para evitar otro mayor.

Asimismo, cualquiera de los males señalados -menor y mayor- se presenta cuando se produce una lesión o peligro para un bien jurídico, que puede hallarse en curso o peligro inminente de que se produzca, recordando que la inminencia no debe interpretarse con un criterio cronológico, sino que ella debe considerarse tal durante todo el tiempo en que el agente se encuentre sometido a él. Se exige, también, que el autor no haya provocado el mal mayor que quiere evitar y que el mal causado sea el medio adecuado para evitar el mayor y que éste no pueda evitarse por un medio no lesivo o menos lesivo. *(Cfr., para todo lo dicho: Zaffaroni-Alagia-Slokar; Derecho Penal, Ediar Bs As. 2000, págs. 602/607 y LUZON PEÑA, Diego- Manuel; Curso de Derecho Penal, ed. Universitas, Madrid, 1996, págs. 617/632).*

Estos son los requerimientos mínimos que deben presentarse para que la acción típica se encuentre justificada, por lo que, si se presentan todos en el caso, podemos considerar al autor incurso en el tipo permisivo que se analiza.

4. En cuanto a la necesidad, adelantamos que de la causa puede inferirse una situación casi rayana con ella que tendrá influencia en la rebaja de pena, pero que no alcanza a ser idónea como para justificar el peligro concreto de afectación a la tenencia de una cosa mueble.

Esto es así, porque si bien de las propias declaraciones del imputado y de la licenciada M. surge un nivel de vulnerabilidad social, éste no se evitaba únicamente con la lesión inferida, disponiendo el autor de otros medios para sortear la dificultad, tal como lo demuestra la circunstancia de que ese estado era una presencia permanente en él ý ello no lo llevó a la abstención de utilizar prendas, vivienda y comida del caso. Es decir, se exige casi una necesidad prácticamente

absoluta de lesionar y ello se presenta cuando no se tienen otros medios proporcionales para evitar el mal mayor, como podría ser el caso de la ayuda estatal vía subsidios o pensiones graciables o la petición esporádica de limosnas, cuestiones que estaban a mano del imputado como medios no lesivos de evitar la lesión del mal mayor. Recordemos aquí que la rigurosidad señalada es producto de que el mal ocasionado también es digno de protección jurídica, lo cual no sucede con la legítima defensa, en donde la necesidad es creada por un agresión ilegítima, lo cual lleva a permitir incluso que el mal causado sea mayor al que se evita.

En definitiva, la necesidad que se presentó en el caso, podría haberse sorteado con otras acciones salvadores no lesivas, por lo que deberá descartarse en el caso el tipo permisivo alegado.

5. Delito Imposible:

Se trata de aquellos casos en que el medio utilizado es idóneo ex ante, es decir antes del hecho y que objetivamente así se puede concluir desde un punto de vista objetivo, pero analizado el hecho ex post, es decir, teniendo en cuenta circunstancias que se presentaron en el momento del hecho, su consumación deviene imposible, quedando el mismo en tentativa, pero con una idoneidad muy baja en cuanto a la extensión del daño y peligro causado, es decir, un injusto muy disminuido, a tal punto que la ley habilita en estos casos a reducir la pena e inclusive a eximir al sujeto de ella, conforme lo estipula el art. 44 del Código Penal en su último párrafo. La circunstancias que impiden la consumación, pueden ser tanto la forma muy inadecuada con que se utiliza el medio o porque éste presenta un grave defecto o por un accidente que afecta al objeto o bien porque el peligro de lesión ya se encontraba neutralizado por la participación de agentes provocadores o los casos de delitos experimentales o cuando el hecho ya había sido descubierto y, sin que el autor lo sepa, se tomaron las medidas para impedir su consumación.

6. Adelantamos que en el caso no se presenta ninguna de las circunstancias que habiliten la aplicación del artículo citado, toda vez que el medio utilizado -la propia fuerza del imputado y la transportabilidad de la cosa- resultó perfectamente idónea para la consumación, sin que existiera imposibilidad de ella proveniente de su disminución física o accidente alguno del objeto, ya que la falta de consumación se debió a que fue sorprendido "in fraganti", y no a su defecto físico o intransportabilidad de la cosa.

7. Sanción:

Aquí sí asiste razón a la defensa, toda vez que la tentativa de robo realizada en un estado permanente cercano a la situación de necesidad, hace las veces de lo que en otras legislaciones se designa con el nombre de eximentes incompletas, es decir, de disminuciones de la culpabilidad que ameritan la atenuación de la pena. Nuestro derecho permite tal atenuación en forma expresa en el artículo 41 con las palabras "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio o de los suyos". Es decir, la culpabilidad –y con ello la medida de la pena- aparece en estos casos claramente disminuida, a lo que hay que agregar que la culpabilidad por el acto se disminuye a medida que nos acercamos, como en el caso, a una eximente justificante, todo lo cual amerita que votemos por el mínimo legal que corresponde por tentativa de robo.

Si a este monto punitivo le agregamos la circunstancia de que resultarán aplicables al condenado las prescripciones de la ley 24.660 que permite cumplir la pena sin exclusivo encierro, casi en libertad, evitamos así prisionizar al condenado una vez más y, con ello, todas las desventajas de nuestro sistema carcelario.

B) Carpeta nro. 3761-caso 35267:

8. En este caso, la defensa impugna la sentencia condenatoria argumentando que el juez efectuó una

errónea valoración de la prueba, puesto que los elementos de cargo aducidos debieron llevar al Magistrado a un estado de duda respecto de la autoría endilgada a su defendido, agravio que pasamos a tratar seguidamente.

9. Adelantamos que lleva razón la defensa, toda vez que los elementos cargosos no tienen idoneidad para sostener la certeza necesaria destructora del estado constitucional de inocencia que ampara al imputado, por lo que deberá revocarse la sentencia en el punto y absolver al condenado.

Esto es así en primer lugar, porque la víctima M., que viera salir de la entrada de su casa a una persona mientras sonaba la alarma, sostiene que el hombre corrió y que le pareció una persona común y corriente la señalada, mientras que su vecina R. dice que al sentir la alarma, observa en el ingreso de la casa de su vecina a una persona que tenía un yeso en la pierna y que portaba un bolsito con el logo y los colores del club de fútbol Boca Juniors, persona que momentos antes le había pedido trabajo. Como se observa, no puede sostenerse enfáticamente que ambos testimonios coinciden, tal como lo dice el juez, toda vez que la víctima señala a una persona normal, ordinaria, que corrió, mientras que a su vecina le llamó la atención la dificultad en la pierna y el detalle del bolso con el logo que la víctima no observa. Amén de ello, tampoco contribuye a esclarecer el asunto, la falta de reconocimiento en rueda de personas que debió hacerse en ambos casos, sobre todo porque la víctima lo observa desde cerca.

Al señalado defecto en la investigación, puede agregarse en el mismo sentido la falta de una pericia criminalística sobre las huellas levantadas en el lugar, que también podría haber aportado con una altísima probabilidad a dilucidar la autoría, lo que tampoco se llevó a cabo. Estas omisiones en la recolección de evidencias, podrían haber favorecido al imputado como prueba en caso de ser negativas, por lo que puede

sostenerse razonablemente que eran esenciales para la defensa, lo cual a esta altura no puede salvarse. Esta situación es un elemento que refuerza más el estado de duda al que debió arribar el juez, puesto que existiendo claros elementos que podrían esclarecer el caso, no se los tomó en cuenta, perjudicando notoriamente a la defensa, lo cual determina a alejarnos definitivamente de la certeza sostenida por el juez.

10. Como corolario de todo lo expuesto, corresponde revocar la sentencia condenatoria, modificando el monto punitivo y reduciendo el mismo a quince días de prisión, por el hecho constitutivo del delito de robo en grado de tentativa. Asimismo, por el hecho calificado por la sentencia como daño, deberá revocarse también la sentencia y absolver al imputado. Así lo voto.

En cuanto a las costas e imposición de honorarios a los profesionales de la Defensa Penal, comparto los términos propuestos por el Juez que lidera el acuerdo.

La Jueza Monica Rodriguez dijo:

1. La impugnante sostiene que fue imposible para el acusado acudir a un medio menos lesivo para neutralizar la acuciante situación económica que padecía, a la fecha de los hechos atribuidos, su defendido.

No he de reproducir las nociones teóricas básicas de esta eximente de responsabilidad penal, conocida como estado de necesidad justificante, pues el juez preopinante ha despejado ese camino con impecable precisión.

Así, si bien se ha acreditado que C. atravesaba dificultades para obtener trabajo, carecía de subsidios sociales y se mantenía haciendo "changas", no menos cierto es que el estado de necesidad –como causal de justificación de un ilícito penal- procede en situaciones límite, de extrema exclusión social por pobreza crítica, esto es, en escenarios que evidencien la imposibilidad cierta del agente de procurarse el sustento propio o de aquellos a quienes tiene obligación de mantener.

Es claro que una situación semejante traduciría el incumplimiento de un deber estatal básico, cual es la ejecución de políticas públicas que garanticen ese elemental derecho ciudadano, panorama que impediría sancionar penalmente a quien violara el derecho de propiedad ajeno para neutralizar esas acuciantes necesidades.

Sin embargo, no advierto –como el Sentenciante de grado- que tal haya sido la situación del acusado. El propio C. dijo vivir con su madre jubilada, y con un hermano que tiene trabajo. Manifestó haber laborado con "gente de tribunales" en diversas actividades y que en la actualidad hace "changuitas" y es ayudado en la iglesia evangélica, lugar al que concurría hacía unos tres meses anteriores al juicio. Además, dio cuenta de que uno de los días en que ocurrieron los hechos imputados, si bien tenía dificultades para conseguir empleo por su problema de salud, había adquirido petacas de bebidas alcohólicas, relatando que se movilizaba en taxi con frecuencia, extremos ambos que, sumado a lo expuesto más arriba, impiden afirmar que el acusado padeciera de una necesidad alimentaria acuciante.

Corresponde, pues, rechazar el primer agravio propuesto por la esforzada Defensa técnica, en cuanto postulara la errónea aplicación de la ley penal en el fallo de condena -por omisión de aplicar al caso la eximente contemplada en el art. 34, inc. 4°, del Código Penal-. Ello, como se verá, sin perjuicio de ponderar la situación alegada al momento de evaluar la pena impuesta.

2. Tampoco cabe, en mi opinión, considerar errónea la postura del Sentenciante, en cuanto descarta la figura de la tentativa de delito imposible, como subsidiariamente lo esgrimiera la impugnante.

Más allá de la equívoca designación empleada por el art. 44 del Código Penal, es sabido que aquella noción dogmática exige la absoluta imposibilidad –no mera improbabilidad- de concreción del ilícito, analizado objetivamente *ex ante*, por inidoneidad absoluta de medios, de objeto o de sujeto.

Se trata de supuestos en los que el autor, por la vía elegida -notoriamente inidónea-, jamás podría llegar al resultado propuesto.

No es el caso que se analiza, pues la acción desplegada por C. aparece como una conducta idónea para consumar el robo, aunque en el caso haya sido frustrada al haber sido descubierto en su maniobra por un vecino. Pero una cosa es decir que el accionar fue burdo –ya que las circunstancias de lugar, tiempo y modo hacían previsible el descubrimiento-, o que el objeto elegido conspirara también contra una rápida huida y otra, bien distinta, es afirmar la imposibilidad de consumación del robo.

Cabe, pues, adherir a la postura jurídica adoptada por el Juez del debate y confirmar en el punto la sentencia de condena respecto del hecho que fuera calificado como tentativa de robo.

3. En su segundo agravio la Defensa denuncia la falta de prueba de cargo suficiente respecto de la autoría de su defendido, D. O. C., en relación al hecho calificado como daño (art. 183 CP), cometido en perjuicio de D. M. el día 2 de diciembre del año 2011.

El Magistrado, luego de un exhaustivo análisis de las principales declaraciones testimoniales del caso, concluye afirmando la suficiencia de las pruebas que incriminan a C. en el referido suceso.

Las circunstancias que llevaron al Sentenciante a concluir de tal modo han sido sintetizadas de manera clara en el fallo. Así, el juez Barrios, con toda lógica, ponderó el hecho de haber sido visto el acusado salir de la vivienda dañada instantes posteriores al disparo de la alarma, ser encontrado en las proximidades del lugar del hecho y en la misma dirección hacia donde fuera perseguido por la damnificada y, particularmente, la coincidente descripción del sospechoso con la brindada por tres testigos–padre e hija y una tercera vecina, de apellido R.- que pudieron observar a C. momentos previos al hecho.

Considero que la valoración probatoria que propone la Defensa implica diseccionar cada uno de los indicios de autoría ponderados por el Sentenciante para, desde la parcialidad que conforma cada uno de ellos, predicar incerteza. La prueba indiciaria exige, al contrario, un razonamiento que los integre cuando las inferencias provengan de datos ciertos y se conecten con la conclusión probatoria de manera lógica y racional.

Así, luego de escuchar detenidamente a los testigos, particularmente a la damnificada D. M., a D. B., a su hija L. y a la vecina D. R., he llegado a la conclusión de que el Magistrado del debate ha valorado correctamente el peso probatorio de esos testimonios.

Queda claro que aquello que la Defensa señala como contradicciones no son tales, pues las declaraciones –acerca de cuya absoluta credibilidad nadie ha dudado- describen la secuencia de lo sucedido desde la particular óptica que cada uno tuvo desde el lugar y momento en que se produce la observación, y de allí las diferencias.

En ese esquema cobra sentido la faena del Juez, en cuanto transcribe en el fallo las porciones de relato que ha considerado útiles para reconstruir el hecho. De ello surge que tanto B. como su hija son absolutamente coincidentes al describir lo ocurrido esa mañana, el ladrido anormal de los perros en el patio de su vivienda y el inmediato disparo de una alarma en las inmediaciones. Indican los testigos que ambas circunstancias los alertan y cuando el hombre sale al exterior ve en la vereda de la casa de M. a un joven, al que describe con detalles, que salía caminando tranquilo en dirección a la calle Soler.

La damnificada dice que cuando se va acercando a su casa para ver de dónde provenía el ruido de la alarma observa que un hombre salía “tan pancho” desde la entrada de autos de la casa hacia la vereda. Ese es el momento en que coinciden en su observación M. y B., no viendo este último el momento de la corrida.

Es razonable pensar que ante el disparo de la alarma el individuo haya intentado alejarse disimuladamente, y

que cuando la nombrada testigo lo interroga comenzara a correr, tratando de huir del lugar lo más raudamente posible.

A su vez, la damnificada dijo haber perseguido a este individuo unas cuantas cuadras, indicándole a los empleados policiales que se le acercaron la dirección que llevaba el sospechoso.

Así, la identidad entre la persona que ve M. salir de su casa y la que es atrapada por la policía puede inferirse sin demasiado esfuerzo. Por un lado debe tenerse presente que la víctima persiguió, sin solución de continuidad, a la persona que ve egresar de su propiedad, siguiéndolo por varias cuadras hasta ser interceptada por los preventores, a quienes se lo señala –como dijo en el debate-.

Pero, además, se observa que la persona que la policía detiene, a instancias de la damnificada, reúne idénticas características físicas a las descriptas por B. como aquel individuo que viera en la vereda de la vivienda vecina instantes después del disparo de la alarma, siendo además la única persona que describen haber visto en las inmediaciones, el plexo cargoso se cierra sin hesitación sobre el acusado.

Pero no sólo dijo B. que se trataba de una persona robusta, de 1.75 mt. aproximadamente –caracterí<u>s</u> ticas físicas coincidentes con las del acusado- y que portaba una mochila, sino que aclaró un detalle en mi opinión altamente relevante: dijo que llevaba "algo de Boca … me acuerdo porque yo soy de Boca, algo de Boca llevaba" expresó textualmente en la audiencia de juicio. Esto debe correlacionarse con lo consignado en el Acta de aprehensión –fs. 32 del Legajo Fiscal- en la que consta que al momento de ser detenido C. portaba "un bolso color azul con escudo del equipo de Boca Juniors".

Por todo ello, cabe predicar la suficiencia y corrección del fallo de primera instancia, particularmente cuanto afirma la autoría del acusado en

el hecho que fuera calificado como Daño (art. 183 CP), según Carpeta Judicial N° 3761 OJTw.

4. En su tercer agravio la impugnante sostiene que el Magistrado, al momento de graduar la sanción a imponer, no ha enumerado los parámetros objetivos que ha tenido en cuenta para alejarse del mínimo legal que admite la escala aplicable a los ilícitos en juego.

Pese a rechazar la defensa de un estado de necesidad justificante, considero que la situación de pobreza y vulnerabilidad evidenciada por el acusado debe tener un peso mayor en este proceso, y la sanción debe ser inversamente proporcional a las dificultades padecidas a causa de su precaria e inestable situación socioeconómica. Así, si bien se ha acreditado un contexto que no alcanza para eximir completamente de responsabilidad penal al acusado, por sus características e intensidad se presenta como un parámetro fuertemente morigerante de la sanción a aplicar, pauta que se halla prevista de modo expreso en el inc. 2° del art. 41 del Código Penal. Pareciera que el acusado, a partir de sus continuas reincidencias en burdos y frustrados ataques a la propiedad ajena, actúa coaccionado por fuertes presiones internas que no encuentran explicación en una situación de pobreza estructural ni en un contexto socio-político adverso, pero que sin duda ponen en evidencia la escasa o nula eficacia preventiva de la sanción penal a su respecto.

A ello debe sumarse que si bien se atribuyen dos ilícitos, la burda factura de ambos –en punto a su peligrosidad-, sumado al tiempo transcurrido desde su comisión (más de dos años) y la falta de otros antecedentes computables en el referido período, torna aconsejable reducir la sanción individualizada en el fallo de primera instancia. Ello, además, teniendo en cuenta que se trata de una pena que no podrá ser dejada en suspenso.

Por lo expuesto, entiendo justo morigerar la sanción aplicada, fijándola en definitiva en la de un mes de prisión, de cumplimiento efectivo. Así voto.

5. Adhiero a la postulación efectuada por el primer votante en cuanto a las costas del proceso y a los honorarios profesionales de la Defensa Pública en esta instancia.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal por mayoría dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1. Confirmar en lo principal la sentencia condenatoria Nro. 2277/13 OJTw, en cuanto declara la autoría responsable de D. O. C. por el delito de robo en grado de tentativa, en concurso real con el delito de daño (arts. 164, 42, 183 y 55 del CP) hechos cometidos el 4 y 2 de diciembre de 2011 en esta ciudad, en perjuicio de L. M. y de D. A. M.,

2. Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida, modificando la pena impuesta y fijándola en definitiva en un mes de prisión de efectivo cumplimiento,

3. Imponer las costas del proceso al condenado (art. 239, 240 241 y concordantes del CPP) y regular los honorarios de la Defensa Publica, en un porcentaje equivalente al treinta por ciento de lo impuesto en la sentencia impugnada (art. 5, 5 bis, 7, 13 y 14 de la Ley XIII-4 t.o Ley XIII-15, art. 59 y concordantes Ley V-90),

4. Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta Mónica Rodríguez

El Juez Alejandro Defranco no firma la presente, por ausencia posterior al acuerdo. (art. 331 in fine CPP). Registrada bajo el Número 2/2014.

Pilar Maza Secretaria de Refuerzo