---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de Diciembre del año dos mil trece, en la Cámara en lo Penal de esta ciudad de Puerto Madryn tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y el Juez de Cámara Subrogante Dr. Alejandro Gustavo DEFRANCO, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"C., J. M. Y OTROS P.S.A. ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 02/2013 CPPM, Carpeta N° 3.775 OFIJU**, seguidos contra: **J. M. C.**, argentino, hijo de A. y de O. K., nacido el día xx de x de xxxx, en Capital Federal, de estado civil casado, instruido, empleado policial, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, domiciliado en B. S. M., calle J. M. R. Nº XXX de Puerto Madryn; **P. D. D.**, argentino, hijo de A. y de M. L. P., nacido el día xx de x de xxxx, en Capital Federal, casado, instruido, empleado policial, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, domiciliado en calle B. M. XXXX, x, x y **A. N. V.**, alias "G." o "G.", argentino, hijo de E. A. y de E. I. C., nacido el día xx de x de xxxx, en la localidad de Trelew, provincia de Chubut, casado, instruido, empleado policial, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, domiciliado en Barrio L. A., calle L. P., Casa Nº xx de la ciudad de Trelew, a los fines del tratamiento de las IMPUGNACIONES ORDINARIAS deducidas por el imputado J. M. C. – glosada a fs. 1007/1010 – y su Sr. Defensor Particular Dr. J. R. H.; por P. D. D. y A. N. V. – glosada a fs. 1011/1013 – y su Sra. Defensora Pública Dra. M. Angélica LEYBA, contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 2013, registrada bajo el N° 6243/13 OFIJUPM, mediante la que el Señor Juez Penal de Refuerzo Dr.

Marcelo NIETO DI BIASE, condenara a J. M. C. como partícipe necesario material y penalmente responsable del delito de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato de delito imposible (Arts. 44 *in fine*, 45, 167 inc. 2º y 167 bis del C.P.) a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.); a P. D. D. como coautor material y penalmente responsable de los delitos de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato en concurso real con los delitos de Interrupción de las Comunicaciones Telefónicas y del suministro de Energía Eléctrica (Arts. 44 in fine, 45, 55, 167 inc. 2º, 167 bis, 194 y 197 del C.P.) a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.); a A. N. V. como coautor material y penalmente responsable de los delitos de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato de delito imposible en concurso real con los delitos de Interrupción de las Comunicaciones Telefónicas y del suministro de Energía Eléctrica (Arts. 44 in fine, 45, 55, 167 inc. 2º, 167 bis, 194 y 197 del C.P.) a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.), por los hechos cometidos en la localidad de Puerto Pirámides, el 02 de Septiembre del año 2.011 en perjuicio del Banco del Chubut, contra la Seguridad y el Orden Público.----------

---------- Intervino por la Acusación el Fiscal General Jefe Dr. Daniel Esteban BÁEZ, por la Defensa técnica de J. M. C., el Defensor Particular Dr. J. R. H., por la Defensa técnica de los imputados P. D. D. y A. N. V., la Defensora Pública Penal Dra. M. Angélica LEYBA.----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dr. Alejandro Gustavo DEFRANCO y Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY.---------- ------

------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**---------- ------

-------- Ha llegado el presente caso a esta instancia para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por deducidas por el imputado J. M. C. – glosada a fs. 1007/1010 – y su Sr. Defensor Particular Dr. J. R. H.; por P. D. D. y A. N. V. – glosada a fs. 1011/1013 – y su Sra. Defensora Pública Dra. M. Angélica LEYBA, contra la sentencia de fecha 13 de agosto de 2013, registrada bajo el N° 6243/13 OFIJUPM, mediante la que el Señor Juez Penal de Refuerzo Dr. Marcelo NIETO DI BIASE, condenara a J. M. C. como partícipe necesario material y penalmente responsable del delito de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato de delito imposible (Arts. 44 *in fine*, 45, 167 inc. 2º y 167 bis del C.P.) a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.); a P. D. D. como coautor material y penalmente responsable de los delitos de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato en concurso real con los delitos de Interrupción de las Comunicaciones Telefónicas y del suministro de Energía

Eléctrica (Arts. 44 in fine, 45, 55, 167 inc. 2º, 167 bis, 194 y 197 del C.P.) a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.); a A. N. V. como coautor material y penalmente responsable de los delitos de Robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato de delito imposible en concurso real con los delitos de Interrupción de las Comunicaciones Telefónicas y del suministro de Energía Eléctrica (Arts. 44 in fine, 45, 55, 167 inc. 2º, 167 bis, 194 y 197 del C.P.) a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.), por los hechos cometidos en la localidad de Puerto Pirámides, el 02 de Septiembre del año 2.011 en perjuicio del Banco del Chubut, contra la Seguridad y el Orden Público---------- Tras el reenvío efectuado por este Tribunal se desarrolló el juicio de pena contra los encartados que arrojara dichos resultados.---------- La Dra. LEYBA articuló su agravio sobre la pena señalando que el Juez al momento de decidir, lo hace sin elementos de convicción suficientes que permitan sostener los presupuestos con los que concluye.---------- Así, indicó que teniendo en consideración las calificaciones legales determinadas por esta Cámara, la escala penal iba desde un año como mínimo y cuatro años y ocho meses de prisión, enrolándose el Juez en la postura que corresponde partir del mínimo legal; no obstante el Magistrado no dio razones para no aplicar la eximición de pena solicitada por esa parte y supletoriamente el mínimo de pena.----------
---------- Subrayó que se han valorado agravantes genéricas refiriendo circunstancias propias del tipo penal, las que ya han sido consideradas al considerar la sentencia de condena respecto del *iter críminis* desarrollado, incurriendo así en doble valoración.----------
---------- Por otra parte invocó el yerro del Juez al considerar la cuestión de encontrarse los imputados en uso de sus facultades, cuando de no

encontrarse en condiciones no se aplicaría pena alguna.---------- En cuanto a las circunstancias individuales de D., refirió que se han analizado como atenuantes la realización de una carrera universitaria y las condiciones de detención expuestas por la Sra. Barreto en la audiencia de cesura anterior. En relación a V. aludió haberse tenido en cuenta como atenuantes la enfermedad de su esposa.---------- Así, concluyó que no es posible llegar al monto de pena impuesto a ambos, siendo que carecen de antecedentes penales.---------- Por su parte el Dr. H., Defensor de C., hizo un introito de los antecedentes procesales de autos, haciendo reserva del caso federal.---------- Aclaró que no ha consentido la actuación del tribunal unipersonal habiendo impugnado tal decisión oportunamente, en tanto no se condice con lo dicho por esta Cámara al hacer el reenvío, en el entendimiento que ello constituye un agravio constitucional, vinculado a la garantía del juez natural y el debido proceso y aún por arbitrariedad de sentencia. Aludió que sólo el imputado puede provocar la cesura ante un tribunal unipersonal y aquí se opusieron.---------- Sostuvo que ello conlleva a la nulidad de todo lo actuado que puede y debe ser declarado de oficio y en cualquier estado y grado del proceso – arts. 21, 22, 10 C. Ch., en tanto el juez natural era y es un tribunal colegiado – arts. 18, 77 (22) C.N., 304 C.P.P.---------- Tras dar argumentaciones de su postura acerca de lo que evaluó este Tribunal, que será materia de tratamiento en superiores instancias, refirió que el Juez A Quo se apartó dos veces del principio pro homine, una, al alejarse del mínimo pese a que la misma ley indica lo contrario y más grave aún, cuando aplica una pena pese a que la normativa le indica no imponer pena alguna. Cita doctrina alusiva.----------

---------- Criticó la sentencia de arbitraria por ausencia de motivación constitucional suficiente. Hizo reserva del caso federal.---------- En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P., las partes sostuvieron sus argumentos y ampliaron los fundamentos vertidos por escritos, los que en honor a la brevedad, al acta y soportes de audio me remito.---------- Habiendo reseñado, los antecedentes que motivan los recursos, comenzaré a tratar en particular los agravios que dieran motivo a la impugnación deducida por la Defensora Pública Penal, Dra. M. Angélica LEYBA en representación de sus pupilos P. D. y N. A. V..---------- La Dra. LEYBA señala como agravio que el Magistrado para cuantificar la pena, ha tenido en cuenta la peligrosidad del hecho delictivo y la actividad de los coautores al momento de realizarlo. Señala – a su entender – que este razonamiento revela un desconocimiento de la valoración hecha por este Tribunal de Alzada, el cual resolvió que la peligrosidad del robo había quedado neutralizada.---------- Con relación a este agravio, debo decir que el Magistrado ha ponderado correctamente el peligro, que *ex ante* corrieron los bienes jurídicamente protegidos, por la conducta desplegada por los condenados. Ello es así, toda vez que los Magistrados de este Tribunal, al modificar la calificación legal que se les diera en la condena, al resolver la impugnación deducida por las partes, hemos acordado que si bien los medios utilizados analizados *ex ante* eran idóneos para la perpetración del robo, examinados *ex post* nos encontrábamos que su consumación resultaba imposible, en atención al despliegue de un fuerte operativo policial desplegado.---------- No resulta ocioso recordar en este punto, los basamentos que tiene el Derecho Penal para punir la tentativa. En ese sentido, Zaffaroni explica que: *"El fundamento de la tentativa no puede ser otro que el mismo fundamento por el que se da relevancia penal al delito consumado, que en el caso del delito tentado presenta un menor grado de intensidad: es el temor del derecho por el sujeto pasivo. La prohibición no se extiende mediante la fórmula de la*

tentativa por la impresión en la comunidad ni por la impresión en el sujeto pasivo, sino por la impresión en el orden jurídico. Sólo penetrando un poco la estructura del temor, veremos cómo funciona este fenómeno. Se teme siempre a algo que amenaza; es, pues, característico de todo objeto temible, ser amenazador. La tentativa, como objeto capaz de generar temor, es un objeto amenazador, en concreto: una conducta amenazadora. La tentativa genera temor porque amenaza con un mal, pero el mal con que amenaza siempre ha de ser incierto, pues que el mal cierto, seguro, inevitable, no puede infundir temor. El temor sólo tiene lugar frente a un mal que puede golpearnos o pasar de largo. Lo inexorable puede generar angustia, pero no es temible. Puedo angustiarme porque pienso que la flor que tengo sobre la mesa se marchitará, pero no puedo "temer" que se marchite al fin, porque es inevitable que se marchite. El carácter amenazador de la tentativa no depende del peligro que ella implica; ***puede no haber aumentado efectivamente las posibilidades del mal, y sin embargo, ser amenazadora porque, valorada ex–ante (como debe ser siempre) aparecía como peligrosa****.* ***No se muestra como amenazador y temible sólo lo que aumenta el peligro en forma efectiva, sino también lo que proporciona la vivencia del peligro.*** *Este es el carácter amenazador que el derecho descubre en la tentativa cuando la valora ex-ante: es el temor del orden jurídico por el sujeto pasivo. Hemos visto que todos los bienes jurídicos se tutelan porque el derecho considera necesario protegerlos en razón de la disponibilidad de esos entes es necesaria para la autorealización individual. Por consiguiente, el derecho penal tipifica conductas porque teme por los hombres, porque teme que esas conductas le cierren las posibilidades externas de realización en co-existencia y las pena aún cuando, de hecho y en el caso concreto, estas posibilidades no las sienta afectadas el sujeto pasivo. Así, no es típica la acción del que toma algo que se le ha regalado, pero es típica la acción de quién se apodera de algo,*

aunque el propietario diga luego que igualmente se lo hubiese regalado y que el hurto no le ha causado la menor molestia, porque aquí es el orden jurídico que teme por el hombre, por el sujeto pasivo. El orden jurídico teme por quien no se atemoriza. La razón de ello finca en que se puede temer por quien no se atemoriza, o sea que, podemos procurar evitarle lo amenazante a quien no lo vivencia como amenaza. Al temer el derecho por el bien jurídico, teme por el hombre, y tanto en la tentativa como en el delito consumado, teme por el hombre que se encuentra amenazado en su autorealización, en el delito consumado porque se ha afectado –por lesión o por peligro- un bien jurídico; en la tentativa porque se le amenaza un bien jurídico. (Zaffaroni, Eugenio R., "Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV."- Editoral EDIAR, Buenos Aires -2004- Pág. 429/430, el resaltado me

pertenece.).----------

Así, resulta correcto el razonamiento del Juez NIETO DI BIASE, al ponderar "como agravantes genéricas para todos los acusados, la acción, medios empleados, daño y el peligro causado, y la circunstancia de tiempo, lugar , modo y ocasión. Así se trató de un hecho de carácter grave, esto es la planificación de un robo a un cajero automático con dinero en su interior, realizando los acusados tareas tendientes a la consumación del mismo; esto es la compra de un oxicorte; la preparación del hecho, con A. oficiando de "campana"; en horas de la madrugada, aprovechando la nocturnidad a fin de no ser advertida su presencia, lo cual les permitiría llevar adelante el delito sin mayores riesgos, garantizando así la impunidad; como así también, la circunstancia de haber iniciado el hecho planificado...."----------

------ No existen fisuras lógicas en el presente razonamiento, efectuado por el Magistrado NIETO DI BIASE, que permita hacer lugar a este agravio. Por el

contrario, la ponderación de estas circunstancias, son la exteriorización de los motivos que lo llevan al Juez a apartarse del mínimo de la pena que solicitara subsidiariamente la Defensora. La circunstancias antes reseñadas, en modo alguno son el fruto de una doble

valoración, como lo señala en su libelo la Dra. LEYBA. Basta tener en cuenta que las mismas no son otra cosa que los parámetros que establece el artículo 41 del Código Penal, en sus dos incisos, para realizar la determinación de la pena. ----------

---------- Tampoco puede ser acogido favorablemente el agravio referido a que el Magistrado ha tenido en cuenta la circunstancia que los imputados se encontraban en uso de sus facultades mentales al momento de realizar el hecho.---------

---------- En ese sentido, el Juez ha dicho que:

"...Tengo en cuenta, además, que todos los imputados estaban en plenas facultades para comprender las acciones que realizaron; tenían pleno conocimiento de que eran contrarias a derecho y la posibilidad como adultos responsables de motivarse adecuadamente en la norma...". En primer lugar, debo decir que en la teoría del delito, la culpabilidad es el estrato que admite mayor graduación. Para realizar la determinación de la pena se debe tener en cuenta la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad. Cuanto más vulnerable sea una persona menores posibilidades tendrá de motivarse en la norma. Por ello, es correcta la apreciación del Magistrado, ya que lo que dice en su sentencia es que los condenados son "adultos responsables" y que no padecían al momento del hecho, ninguna circunstancia que pudiera limitar su capacidad de motivarse en la norma ----------

---------- Por otra parte, han sido considerados como atenuantes la carencia de antecedentes penales de todos los condenados y en el caso de los ahijados procesales de la Dra. LEYBA la circunstancia de haber sido exonerados de la fuerza policial. Además, el Magistrado ha tenido en cuenta para atenuar la pena respecto de D. la circunstancia que se encuentra realizando una carrera universitaria de licenciatura en Políticas Públicas. Con relación a V. la crítica situación de salud de su esposa.----------

---------- Así las cosas, entiendo que el Magistrado ha

hecho una correcta ponderación de los agravantes y atenuantes, conforme lo establecen los artículos 40 y 41 del Código Penal, por lo que propongo confirmar la pena establecida. Así lo voto.----------

------ Con relación a J. M. C., ha sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión, accesorias legales y costas como participe necesario del delito de robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y por el carácter de funcionario policial en grado de conato de delito imposible (Arts. 44 in fine; 45; 167 inc. 2° y 167 bis del Código Penal).----------

---------- El primer agravio, consiste – a su entender – en que se ha violado el principio del Juez Natural, al haberse conformado un Tribunal unipersonal para determinar su pena.-

---------- En ese sentido, coincido plenamente con lo resuelto por los Magistrados ORLANDO y BLANCO, en su resolución N° 5870/13, en cuanto a que la nueva calificación que se le diera a la conducta que desplegara J. M. C., implicaba necesariamente que el Titular de la acción pública no podía pedir una pena superior a seis años. Siguiendo con este razonamiento, toda vez que el Código de Procedimiento establece en su artículo 71 B) I) que el Tribunal unipersonal es competente cuando el Fiscal pretenda una pena inferior a seis años, entiendo que el presente agravio no puede tener acogida favorable. Más aún, Germán Bidart Campos – a pesar de no compartir este punto de vista – indica que: *"...Para la jurisprudencia de la Corte, lo que queda prohibido es sustraer ciertos hechos, casos o personas determinadas, a la competencia que, con carácter "general", ha adjudicado la ley a tribunales permanentes, y hacer juzgar esos hechos, casos o personas por un tribunal establecido "especialmente" para ellos.*

(Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. II A, Ed. Ediar, Bs. As., 2003, pág. 42). Resulta claro, a mi juicio, que no nos encontramos ante la sustracción del Juez Natural, ya que es una ley general la que ha establecido la competencia de un Tribunal unipersonal para entender en el caso. Por ello,

este agravio será rechazado.---------- El Dr. H. adhiere a lo postulado por la Dra. LEYBA en cuanto a la falta de peligrosidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 44. En sentido he de remitirme, en honor a la brevedad, a lo ya dicho sobre el tópico al tratar las conductas de D. y V..----------

---------- También el Dr. H. señala que no es correcto que el Magistrado se refiriese a las calidades funcionales del imputado, porque ya está en el tipo. Expresa, además, que esto le fue señalado al Magistrado y este no contestó, por lo que la sentencia – a su entender – deviene arbitraria.---------- Con relación a este agravio, el Magistrado ha realizado una clara diferenciación entre la situación de revista de C. de los otros condenados que poseían estado policial. Con relación a este último, ha tenido como "... agravante la

circunstancia de tratarse de un personal policial con alta jerarquía en la Institución, encontrándose al momento del hecho a cargo de la Escuela de Policía, cuyo objetivo es adiestrar a nuevos funcionarios policiales...". Mientras que con relación a los otros condenados policías, señaló que: "... En cuanto a D. y V., no coincido con la Fiscalía en considerar como agravante la circunstancia de que ambos eran funcionarios policiales, dado que dicha situación ha sido tenida en cuenta en la calificación del hecho. No eran funcionarios de alta jerarquía y responsabilidad como sí lo era C., para quien debe efectuarse un análisis distinto, teniendo en cuenta los argumentos ya expresados. Ello, haría caer en una doble valoración prohibida, conforme lo ha expresado la Sra. Defensora...".----------

---------- Juzgo que el Magistrado ha ponderado acertadamente la situación de revista de C., que por su alta jerarquía y el hecho de estar a cargo como Jefe de la Escuela de Policía, implicaba una responsabilidad muy superior – que no atrapa la agravante del tipo y por ello no cae en una doble valoración – a la de D. y V. que por su baja jerarquía y responsabilidad

sí se encontraba contenida en la calificación del hecho. Por lo dicho, este agravio no tendrá acogida favorable.----------

Señala como otro punto de agravio, que el Magistrado contraviniendo el principio prohomine, se ha apartado de diversas opciones favorables al imputado sin haber explicado en qué consiste la peligrosidad en concreto, que es inexplicable tal como ha sido calificado por la Cámara, ya que si no hubo consumación –a su juicio – tampoco podría hablarse de peligro. Cita a D´Alessio, en su comentario al Art. 44, señalando que para establecer el mínimo legal que se establece en dicho artículo se debe acudir a la parte especial del Código Penal. En ese sentido, la pena mínima establecida es la del artículo 96, cuatro días, la cual puede reducirse a 2 días acudiendo a lo establecido en el artículo 46 (cómplice secundario). Reitera que C. no estuvo en el lugar del hecho. Señala que la Cámara en su sentencia lo condena porque ha cometido una omisión, omite dar aviso a la autoridad policial de lo que estaba por ocurrir, pero entiende que tal obrar hubiera resultado inocuo atento a que la autoridad ya lo conocía, es así que la participación en el hecho no existe por parte de C., salvo por el referido acto de omisión. Por dicho motivo entiende que aplicarle tal pena sería un exceso absoluto, se trataría de una pena arbitraria y sin sustento legal----------

---------- Acerca de a este agravio, comenzaré aclarando, que en la sentencia de revisión, al tratar el planteo del Dr. H. con relación a un supuesto desistimiento de C., expresé – luego de establecer que el nombrado debía responder como cómplice primario, que:

"...Así las cosas, al cómplice primario, para que sea válido su desistimiento se le exige que neutralice el aporte que ha realizado a los coautores del hecho. Por ello, para que C. válidamente pudiera aducir que desistió voluntariamente del hecho que se iba a realizar debió poner en conocimiento de las autoridades dicha circunstancia, para que hubiera podido evitar el hecho. Esa era la única manera que tenía C. para neutralizar el aporte que había realizado...."---------- Vale decir, no he dicho ni se ha escrito en la sentencia que C. fuera condenado por un delito de

omisión. Se lo condenó como cómplice primario, por haber realizado una cooperación necesaria en la ejecución de un hecho delictivo. Simplemente, en la sentencia de revisión he explicado la única manera válida que tenía C. para desistir voluntariamente del aporte doloso que había efectuado.---------- ---------- Habiendo aclarado este punto, debo señalar que el artículo 44 establece en su última oración, al tratar el delito imposible, tres posibilidades: Reducir la pena a la mitad, al mínimo legal que sería de dos días o eximirse de ella, de acuerdo a la peligrosidad revelada en el hecho.---------- C., realizó un aporte doloso a un hecho grave. Si bien no tomó parte en la ejecución del mismo, sin su aporte el hecho no se habría podido realizar. Participó activamente en la planificación del mismo y en la obtención de los medios necesarios para su realización. Si bien *ex post* el hecho resulto de imposible ejecución, *ex ante* el hecho implicó un peligro concreto. El Magistrado ha aclarado de manera conveniente, que no se trata de la peligrosidad del autor, sino de la peligrosidad de hecho a fin de determinar la pena. Por ello, el Juez ha medido acabadamente que el peligro puesto de manifiesto no lo hace acreedor del mínimo legal ni de eximirse de la pena. Entiende ajustado a derecho, aplicarle la reducción de la pena de la tentativa a la mitad.---------- El Magistrado ha ponderado tanto las circunstancias agravantes, como los atenuantes de una manera equilibrada, respetando las pautas mensurativas que establece los artículos 40 y 41 del Código Penal, conforme la escala antes mencionada. No se encuentran vicios lógicos ni errores que puedan descalificar el acto jurisdiccional puesto en crisis por los Señores Defensores.---------- ---------- Así las cosas, juzgo acertado confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. Así lo voto---------- ---------- Entiendo además, de conformidad a los arts. 59 y cc.

de la Ley V Nº

90, antes Nº 4920 que C. deberá cargar con los Honorarios Profesionales de su Defensa, lo que encuentro ajustado regularlo en esta etapa en la suma de Veinte JUS para el Dr. H.

Respecto de la Defensora LEYBA corresponde a sus pupilos

V. y D. cargar con los honorarios respectivos en la suma de Quince JUS por cada uno de ellos conforme lo prevé la ley orgánica que regula el asunto.----------

---------- ---------- **El Juez Alejandro Gustavo DEFRANCO dijo:**---------- x.- En primer lugar, se refiere la Dra. LEIBA a que oportunamente había solicitado la eximición de pena de sus asistidos, toda vez que en virtud de las circunstancias merituadas en la sentencia de condena, el robo agravado había quedado en la modalidad del art. 44, es decir, delito imposible.----------

---

---------- Dice que si bien el Juez resuelve al respecto, lo hace de forma equivocada, ya que se refiere a la peligrosidad del hecho delictivo y a la actividad del autor al momento de realizarlo, desconociendo –dice – la valoración hecha por el Tribunal de Cámara, el cual resolvió que la peligrosidad del robo había quedado neutralizada; motivo por el cual, si no existió peligro para el bien jurídico, mal puede decir el Juez al imponer una pena que existió peligrosidad, cuando el tipo penal está justamente tipificado sin peligrosidad.------

---------- x.- A ello he de decir, en primer término, que en la sentencia de revisión a que alude la doctora LEYBA, efectivamente he dicho que *"...en el caso se trataba de un medio idóneo* ex ante *para producir el corte en la chapa del cajero automático y así sustraer los dineros que se encontraban en su interior, pero, que jamás hubieran podido disponer atento el despliegue policial – cinco policías del Grupo Especial mas otros cinco en la casa de E. – al haberse "tomado las medidas para impedir su consumación", que abortaría y haría*

imposible cualquier designio criminal...".----------

------- No se ha dicho – como pretende la distinguida Defensora – que no hubo peligro para el bien jurídico; no se dijo porque, por definición, tal como lo expliqué en la sentencia que se cita, el delito imposible se da, precisamente, cuando 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. Pero, repito, durante el tránsito del *iter criminis* el peligro concreto estuvo presente.----------

---------- x.- Apuntado ello, acierta el Juez de Refuerzo, Dr. Marcelo NIETO DI BIASE, cuando aprecia que no es obligatoria para el sentenciante la eximición de pena y cuando valora para aplicar la sanción que impone no la peligrosidad del delincuente – como juicio de valor sobre las probabilidades de que cometa nuevos delitos – sino como juicio sobre la peligrosidad puesta de manifiesto al emprender la acción típica.----------

---------- x.- Se agravia la colega a quien se atiende en este momento de la consideración por parte del Juez de la cesura de dos agravantes respecto de D. y V.. Dice la Dra. LEYBA que el Magistrado tuvo en cuenta las circunstancias del hecho ocurrido durante los momentos en que se desplegó el accionar delictivo, entendiendo que se trató de un hecho grave, y por otro, la situación de los imputados quienes se encontraban en pleno uso de las facultades mentales, pudiendo motivarse en la norma.----------

---

---------- No encuentro, en las consideraciones hechas por el Magistrado interviniente, motivo alguno para censurar su construcción lógica.---------- No menos cabe que compartir la idea que ha sido un hecho de carácter grave, altamente

planificado, puesto en acto en horas de la madrugada, aprovechando la nocturnidad; por otra parte, no veo desatino alguno al considerar la plena capacidad de asequibilidad normativa y la posibilidad de motivarse en la norma al momento de graduar la pena, cuando, precisamente, es claro el art. 41 del Código Penal al establecer la necesidad de tener en cuenta *"...los motivos que lo llevaron a delinquir..."*.---------- En este aspecto es conteste la doctrina en el sentido que es la culpabilidad el grado del reproche y la medida de la pena, siendo mayor aquella cuando mas alejada se encuentra la acción del salvamento de bienes jurídicos.---------- x.- Por último, se queja la Sra. Defensora Oficial por *"que no se sabe cuál es el análisis que hace el Juez, cuál es la merituación jurídica o circunstancia concreta que lo llevan a apartarse del mínimo legal que él mismo valora y considera en el caso..."*.---------- ---------- Por el contrario, de la lectura del fallo recurrido se vislumbra un prolijo análisis de lo que considera agravantes, una minuciosa atención de las atenuantes aplicables, explicando con esmero por que se aparte del mínimo legal y cómo arriba a los guarismos aplicados.----------

x.- Hasta aquí, en definitiva, la sentencia debe ser confirmada.--------

---------- x.- Veamos los agravios del Dr. H..---------- En primer lugar, recrea en la audiencia lo planteado ante el Juez de la cesura en el sentido que resultaba incompetente éste por haberse tenido que integrar el Tribunal con tres Jueces, tal como fuera conformado el Tribunal del debate.----------

En este punto, por el contrario, entiendo con los señores Jueces doctores Marcelo ORLANDO y Rodolfo BLANCO (Res. del 1 de julio del corriente año), que no existe agravio alguno en la conformación del Tribunal de la cesura de pena.----------

---------- En efecto, siendo que las penas impuestas a los imputados A., P., V. y D. en la sentencia original eran inferiores a los seis años de prisión y que en el caso de C. – si bien

era de siete años – eliminada la figura de Jefe de una Asociación Ilícita a su respecto se esperaba una pena sensiblemente menor, deviene competente un único Juez para llevar a cabo la audiencia, tal como el art. 71, B, I, 2 del C.P.P. lo establece.----------

---------- x.- Luego de adherir a los planteaos de la Dra. LEYBA – que ya han sido resueltos antes – entiende que *"referirse como lo hizo el Juez a las calidades funcionales del imputado no es correcto, porque ya está en el tipo."*----------

Entiendo que también aquí el sentenciante se ha expresado con cautela respecto al punto y ha tenido en cuenta no su condición de policía exclusivamente, sino que ha hecho expresa mención a alta jerarquía que ostentaba, el encontrarse a cargo de la Escuela de Cadetes y a su larga carrera.---------- x.- Por último, se agravia el Dr. H. por entender que el mínimo legal de pena desde el cual debería haber construido la sanción el Juez de grado era la del art. 96 del Código Penal y no la del delito en concreto. Dice textualmente que

"...no es el de la escala del delito en concreto; cuando el Art. 44 CP se refiere al mínimo legal lo hace respecto del mínimo legal de la parte especial del Código, en la parte general no se explica en qué consiste ese mínimo legal, por lo cual éste es el del Art. 96 CP en materia de lesiones, que establece un mínimo de cuatro (4) días, pero como aún puede reducirse en virtud del Art. 46 CP (participe secundario), el mínimo es dos (2) días...".---

---------- Acierta el apelante con el criterio que trae a colación, avalado – entre otros – por Sebastián Soler en su obra cumbre (Derecho Penal Argentino, T. II, Ed. TEA, 10 reimpresión total, 1992, pag.

432) al decir que *"...Cuando el art. 44 menciona el "mínimo legal", ya dijimos que evidentemente no se refiere al mínimo de la penalidad fijada para cada delito, puesto que*

justamente dicha disposición autoriza a reducir la pena hasta el "mínimo legal" o a eximir totalmente de ella. Ese mínimo legal para la pena de prisión es, pues, de dos días."---------- Que también dicha interpretación fue sostenida por D'Alessio (Código Penal, comentado y anotado, Parte General, La Ley, 2005, pág. 484) y admitida por Núñez (Tratado, T. II, Lerner, pág. 471) pero es necesario destacar, como lo hace el maestro cordobés citado en último término, que esta operación es la segunda opción que tiene el juez *"si el delincuente revela poca peligrosidad"* (expresión que debe ajustarse al criterio de peligro por el hecho, como se sostiene aquí).---------- Por el contrario, si existió peligrosidad en la acción emprendida, se aplica la primera opción dada por el art. 44, último párrafo, esto es, la disminución de la pena de la tentativa *en la mitad.* Como claramente lo explica (ob.

Cit., pag. 470) *"...la escala de la pena del delito imposible va de la mitad del mínimum de la pena del delito consumado disminuida en un tercio, a la mitad de la mitad del máximo de este delito...".*---------- Así lo ha hecho en forma correcta el juez de la pena. Ha explicado satisfactoriamente que encuentra en el caso peligrosidad por la acción emprendida, lo que ya excluye la aplicación del mínimo de la especie de pena (dos días, por el juego armónico del art. 96 y 44, Código Penal), tomando entonces el mínimo del delito consumado, reducido de acuerdo a las mandas del art. 44, primer párrafo, y ajustadas nuevamente de acuerdo al último supuesto del dispositivo citado.---------- x.- Por todo ello, en definitiva, por entender que en la sentencia de pena se han valorado con criterio las escalas penales aplicables, que se han tenido en cuenta en forma correcta las agravantes solicitadas por el Ministerio Público (y desechadas en forma expresa las que no compartía) y se han considerado prolijamente las atenuantes de la situación particular de cada condenado, es que la sentencia cuestionada es producto de una construcción razonada, apegada a la lógica y fruto de las probanzas traídas a la cesura sin perjuicio de otras posibles interpretaciones que los protagonistas del

juicio pretendieran realizar a la cuestión.---------- Voto, en definitiva, por la confirmación del fallo recurrido.---------- En cuanto a los honorarios, adhiero en un todo a lo votado por el colega que me precede. Así lo voto.----------

---

---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:**----------

----- Ha llegado nuevamente la presente carpeta a esta instancia de revisión, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por los Sres. Defensores de los imputados P. D. D., N. A. V. y J. M. C., recurso que pretende se revise y se revoque la pena impuesta en la sentencia dictada por el Dr. Marcelo NIETO DI BIASE, donde se les impusiera a los nombrados la pena de dos años y tres meses de prisión; dos años de prisión y un año y seis meses de prisión, respectivamente.---------- Los argumentos de las partes han sido considerados al principio de esta sentencia, por lo que me avocaré a dar mi opinión sobre el asunto traído a examen, principiando por la cuestión procesal arrimada por el Dr. R. H. en cuanto a la conformación del tribunal – unipersonal – para imponer la pena hoy discutida. Se aprecia en primer lugar que el punto de crítica fue resuelto por dos Jueces Penales rechazando la petición del Sr. Defensor, quien entonces se ocupó ante la resolución en contrario de recurrir ante la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia local. Sin perjuicio de ello y ante la renovación del planteo ante esta Cámara, he de señalar someramente que la intervención del Juez en la sustanciación de la pena y su cesura ha sido – en cuanto a competencia – la correcta, puesto que la sanción que acaso se iba a imponer, atendiendo el cambio de calificación legal y por la pena ya impuesta en anterior instancia, cabía solamente, como bien lo desarrollaran los colegas que me preceden con sus votos, se imponga a los inculpados una pena inferior a los seis años de prisión. Ello surge, por supuesto, de lo establecido en el artículo 71 letra B del C.P.P.----------

---------- Respecto a la cuestión de fondo, esto es la pena que se les impusiera a los inculpados D., V. y C., juzgo que el Juez realizó una correcta valoración de lo actuado antes de arribar a la decisión final.---------- En relación a los agravios traídos por las partes, comenzaré el tratamiento conforme el orden de exposición de la audiencia, esto es, los traídos por la Dra. LEYBA, quien luego de insistir que no debió imponerse pena en tanto el peligro se encontraba neutralizado y por ende, deduce, inexistencia de peligro como tal, cabe destacar que al tiempo de producir esta Cámara su sentencia en anterior revisión, hubimos de expresar que sin duda se ha probado que los autores iniciaron con su acción los actos ejecutivos para apoderarse ilegítimamente del dinero que se encontraba dentro del cajero automático en la localidad de Puerto Pirámides, y que, dentro de ese *iter criminis* llegaron al lugar con las herramientas idóneas para forzar el sitio, sin perjuicio que luego los imputados deciden abandonar el lugar previo intento de rotura del cajero automático existente en el lugar. También se dijo que el límite inferior estuvo dado por el comienzo de los actos ejecutivos realizados por los sospechados, creando un riesgo idóneo jurídicamente desaprobado. Y es en ese contexto donde se sitúa el Juez que impone ahora la pena, para determinar, a mi juicio correctamente, que conforme la gravedad de los injustos, los imputados eran merecedores de la sanción que se les imponía. La sesuda reflexión que ha realizado el Juez respecto de la peligrosidad de los condenados ha sido construida sobre la base del propio injusto y sobre el riesgo que corrió el bien jurídico tutelado, y no sobre imperativos positivistas añejos respecto a la calidad personal de los mismos. Así lo dejó expresamente dicho en su decisorio.----------
---------- Coincido también con el evalúo que realiza el Juez respecto de las agravantes genéricas advertidas para imponer la pena a cada uno de los sujetos incriminados. No es antojadiza ni mucho menos arbitraria su decisión, puesto que está tomada de los términos de ambas sentencias, aquella dictada por el Tribunal de juicio como de la Cámara Penal, donde se resalta, más allá de la posición final que adoptara éste Cuerpo, la planificación previa, la nocturnidad en su operación y por cierto con una manufactura

que hubo de destacarse oportunamente cuando se confirmara el hecho en examen. Que se haya neutralizado el resultado, no significa de ninguna manera que el peligro no se encontraba presente mientras se ejecutaba el hecho, pues el mismo se mantuvo hasta el mismo tiempo en que se abortara. Debo subrayar sobre el tópico en análisis, que la peligrosidad a la que se hace mención en la sentencia, cuya consideración lo fue en relación a los términos del artículo 44 *in fine,* fue tomada como un elemento concreto y determinado como derivación de los elementos objetivos de la comisión del hecho y no genérico ni abstracto sobre los imputados sobre conductas futuras.----------

------ Que conforme el alegato del Dr. H., tampoco ha de atenderse su petición relacionada a tomar en la construcción de la pena lo descripto en los artículos 44 *in fine* y 96 del C.P. respecto a la pena mínima a imponer, pues, más allá que la posición doctrinaria mayoritaria da aserto a su petición, cierto es también que el Juez, analizando la situación del suceso en general e incorporando a esta perspectiva lo solicitado por el defensor, bien tomó la decisión de ajustar la pena atendiendo al delito en cuestión, determinado ello por la peligrosidad desplegada por los asaltantes a lo largo de la preparación y curso de ejecución.---------- Ya particularizando la situación de los imputados D. y V., cabe destacar, tal lo referenciara el A-Quo, que tenían pleno conocimiento de la gravedad del hecho, ello se advierte en el grado de participación que tuvieron en la gestación y en la realización del evento criminal. Las pautas escogidas conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del C.P., tanto en lo relativo a las agravantes, tanto en relación a los atenuantes, han sido apropiadamente analizadas por el Magistrado al tiempo de imponer la pena.----------

---------- Respecto del imputado C., la calidad de Comisario que revestía en aquella ocasión no es dato menor a atender. Más no existe aquí, como bien lo reseña el Juez, una doble valoración de su calidad de funcionario, sino que se hace hincapié

en esa alta función policial desde el grado que ocupaba, dato que resulta ser relevante al tiempo de agravarse la sanción. Se subraya su conducta en el ilícito, enfatizándose sobre su contribución fundamental en la preparación del mismo, dando instrucciones de cómo conseguir la herramienta cortadora de metales, el modo de pago de la misma y los movimientos a seguir en el *iter criminis* en todo tiempo, cuestiones que sin duda son indicativas precisamente de una mayor culpabilidad en el injusto, trasladable en consecuencia al momento de imponerse la sanción.----------

---

---------- En lo demás, las pautas relevantes respecto de las atenuantes, también fueron bien descriptas por el Magistrado, puntualizando correctamente en cada uno de los inculpados aquellas que los favorecían al tiempo de evaluarse la pena que finalmente se les impuso.---------- Conforme lo dicho, y luego de una lectura exhaustiva de la sentencia puesta en crisis, entiendo que los fundamentos brindados por el Dr. NIETO DI BIASE han sido suficientes, más no han sido puestos en jaque los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad en las penas impuestas. Así lo voto.---------- Comparto finalmente se fijen los honorarios de las recurrentes en las sumas expresadas por el primer opinante, conforme la labor desarrollada en la presente impugnación.----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:------

---

FALLO:---------- **I)** **RECHAZAR** la impugnación impetrada por la Defensa de los imputados P. D. D. y A. N. V., a cargo de la Dra. M. Angélica LEYBA con costas (art. 385 y cc del C.P.P.).----------

---------- **II) RECHAZAR** la impugnación impetrada por la Defensa del imputado J. M. C. a cargo del Dr. J. R. H. con costas

(art.

385 y cc del C.P.P.).----------

------- **III) CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 993/1001, registrada bajo el Nº 6243/13 OFIJU.---------- **IV) REGULAR** los Honorarios profesionales del Dr. J. R. H. en la suma de Veinte Jus con cargo a su defendido. No corresponde

IVA. No corresponde IVA (art. 7, 9, 14 y ccdtes. de la Ley XIII Nº 4, antes Nº 2200, t.o. ley 4335 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920).---------- **V) REGULAR** los Honorarios profesionales de la Defensora Pública Penal Dra. M. Angélica LEYBA en la suma de Quince Jus por cada uno de sus defendidos con cargo a éstos (Ley V Nº 90, antes Nº 4920 en conc. con Ley XIII Nº 4 modif. por ley XIII N 4).---------- -------- -------- **VI) TENER** presente la reserva de caso federal (art. 14 Ley 48).------ ---------- **VII) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Señor Juez de Cámara Dr. Alejandro DEFRANCO (Art. 331 *in fine* del C.P.P.).-

Rafael LUCCHELLI
Juez de Cámara

Leonardo Marcelo PITCOVSKY
Presidente

Ante mí:

Stella M. EIZMENDI

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 17/13 CPPM DEL AÑO 2013. CONSTE.-

Stella M. EIZMENDI

Secretaría de Cámara