En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiún días del mes de septiembre de dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 7608**, **Carpeta individual n° 1472**, caratulada: **"N., E. E. s/p.s.a Hurto en grado de tentativa (dos hechos), resistencia a la autoridad, hurto consumado y tentativa de hurto, en concurso real"** de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvo debida participación el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública, **Gustavo Oyarzún**; y

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

Que los días 24 y 26 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de E. E. N., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación

interpuesta por la Defensa de E. E. N. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- Ha suscitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. Gustavo Oyarzún, a favor de su asistido E. E. N., contra la sentencia N° 305/2016, de fecha 21 de abril del corriente año, por la que se condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, más las costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo, encubrimiento por receptación culposa y hurto -dos hechos ambos en grado de tentativa-, todos en concurso real, por los sucesos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 6 de enero de 2015 en perjuicio de M. R. y el día 9 de enero de 2015 en perjuicio de D. R., O. B. y la administración pública (Arts. 164, 277 inc. 2, 162, 42 y 55 del C.P.).-

1.- El recurrente en su libelo impugnativo solicitó se revoque el decisorio y se ordene la absolución de su defendido y subsidiariamente que, en caso de confirmarse la condena, se aplique el monto mínimo de la escala penal.-

Señaló que en relación al delito de encubrimiento el Juez ha valorado erróneamente los argumentos, toda vez que el Señor Venigna

realizó un reconocimiento impropio, carente de las formalidades que requiere tal acto.-

Agregó que, más allá de eso, el Ministerio Público Fiscal no pudo acreditar el dolo necesario para la configuración de la figura y que la carga de la prueba no puede suplirse con prédicas tales como “debería sospechar”, “debería saber”, “debería conocer”, a las cuales se aferró el Dr. Pérez para arribar a la condena.-

Concluyó que, en el afán de condenar a N., el Magistrado ha violentado el principio de imparcialidad modificando la calificación propuesta por el Ministerio Público Fiscal -encubrimiento doloso- y optando en definitiva por el encubrimiento culposo.-

En cuanto a la declaración de reincidencia por primera vez indicó que el Dr. Pérez ha tenido en cuenta una pena que el imputado cumplió parcialmente en esta ciudad. Resaltó que N. estuvo detenido en centros de la provincia de Chubut en los cuales no le han ofrecido tratamientos orientados a su reinserción social.-

Finalmente hizo expresa reserva del caso federal.-

2.- A su turno, la Fiscal General Dra. Laura Castagno, contestó los agravios esgrimidos por la defensa y señaló que en relación al delito de encubrimiento el Juez Penal entendió que el hecho ha quedado perfectamente acreditado con la denuncia y los dichos de la Señora C. en el debate, no quedando dudas de que N. portaba el cuchillo que instantes previos le habían hurtado del interior de su vehículo.-

Agregó que durante las diferentes jornadas de debate ni el

imputado ni su defensor aportaron elementos probatorios que permitieran al juez tener por acreditada la imposibilidad de que N. sospechara que el cuchillo que portaba era objeto de un ilícito anterior.-

Indicó que el Juez Penal ha sido claro al sostener que la portación del cuchillo hurtado debió ser alcanzado por la forma culposa, pues no cabían dudas que recibir un cuchillo instantes antes de parte de un tercero necesariamente implica un acto al menos negligente, si fue sin siquiera tratar de conocer el origen del mismo, circunstancia que quedó a cargo del imputado acreditar y que no era tarea del acusador.-

Y señaló con respecto al supuesto apartamiento del deber de imparcialidad en el que habría incurrido el Juez, que el Defensor no mencionó que perjuicio le provocó el cambio de calificación ni tampoco refirió si el mismo le generó alguna alteración de la plataforma fáctica, resaltando la facultad que tienen los tribunales de ejercer el principio de "iuria novit curia".-

Con relación a la declaración de reincidencia por primera vez entendió que el Juez ha valorado correctamente la circunstancia de que el imputado haya cumplido parcialmente una pena anterior impuesta en la Circunscripción Judicial de esta ciudad, advirtiendo que ha seguido la doctrina que emana de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia y que el estado de reincidencia nada tiene que ver con la circunstancia de que el condenado haya recibido o no tratamiento penitenciario.-

Finalmente, solicitó se rechace la impugnación presentada y se confirme la sentencia en todas sus partes.-

3.- En la audiencia celebrada a tenor del Art. 385 del C.P.P. el Señor Abogado Adjunto de la Defensa Pública expuso los motivos que lo llevaron a impugnar la sentencia solicitando la absolución de su asistido y, subsidiariamente, la aplicación del mínimo de pena. Asimismo adjuntó el informe social que fuera oportunamente ofrecido.-

En la ocasión realizó una breve reseña de los hechos por los cuales N. fue condenado y luego se explayó en relación a los agravios respecto de cada uno de ellos, considerando que el Dr. Pérez efectuó una errónea valoración de la prueba.-

Respecto al hurto indicó que no quedó probado que N. haya participado de ese hecho. Destacó los testimonios de D. R. y de Josefina Cornejo quienes coincidieron que en el momento en que aparentemente sustrajeron la recaudación de la Farmacia P., R. se encontraba atendiendo a N., a quien no identificó pero dio las características que fueron coincidentes con el mismo.-

Agregó que los únicos testigos que sostuvieron que N. llevaba consigo una billetera marrón -denunciada por D. R. como sustraída-, fueron los miembros del personal policial, y que el testigo de actuación, E. A., que observó la requisa personal al imputado cuando fue detenido, fue categórico al señalar que N. no tenía ninguna billetera marrón, lo que puso en crisis la postulación fiscal.-

Indicó que el reconocimiento de la billetera se llevó a cabo sin las formalidades correspondientes, sin participación de la Defensa y en el ámbito de las Oficinas de la Brigada de Investigaciones, vulnerando el

derecho de defensa.-

Concluyó que, al haber desistido el Ministerio Público Fiscal del testimonio del testigo de actuación que había participado de dicho acto, solamente quedaron las manifestaciones del personal policial que efectuó la detención de N. en cuanto a que era él quien portaba la billetera marrón.-

Seguidamente refirió al delito de encubrimiento, entendiendo que no se hallaba configurado ya que el Acusador Público no pudo acreditar que N. fuera el que llevaba el cuchillo denunciado como hurtado a Á. R..-

Dijo que la vinculación de N. con el cuchillo surgía de las manifestaciones de Venigna quien denunció en la Brigada de Investigaciones que le había encontrado ese cuchillo a un joven, al que luego reconoció como E. N., pero que no fue acreditado fehacientemente que haya sido él.-

Consignó que no existió en la etapa de investigación un reconocimiento de persona por parte de Venigna, sino que el reconocimiento se efectuó en la propia audiencia de debate y que fue impropio, sin las formalidades del Art. 210 del C.P.P.-

Advirtió que el Ministerio Público Fiscal y el Juez Penal presupusieron que N. debía saber que el cuchillo provenía de un origen ilícito pero no se trataba de un elemento con características que hicieran suponer que provenía de un acto ilícito.-

Apuntó que otra inconsistencia radicó en que Venigna dijo que el cuchillo él se lo dio a Ricardo Oyola, comerciante de la ciudad de

Sarmiento, y que luego no volvió a tener contacto con él, por lo cual no pudo habérselo entregado al personal policial cuando fue a hacer la denuncia, tal como consta en las actas.-

Finalmente opinó que no se acreditó el vínculo de N. con el cuchillo y que, por más que estuviera acreditado, tampoco se puede presuponer el elemento subjetivo del delito con lo cual el encubrimiento no se encontraba configurado.-

Por último, se refirió al robo simple, explicando que le fue imputado a través de una huella papiloscópica que, pericia mediante, fue vinculada con la huella indubitada de N..-

Explicó que el rastro levantado por el personal de criminalística no es unívoco porque fue levantado de la parte exterior de una ventana de una vivienda que no cuenta con enrejado perimetral por lo cual cualquier persona pudo haber dejado su huella allí, máxime cuando fueron cuatro los rastros palmarios levantados y sólo uno coincidente con N..-

En definitiva solicitó la absolución de su asistido y se revoque la declaración de reincidente por primera vez.-

4.- El Ministerio Público Fiscal ha descripto los hechos en su Acusación de la siguiente manera: “a) Los acaecidos el día 10 de enero de 2015 entre las 23:00 y las 23:40 horas aproximadamente, cuando N. previo a ingresar por el fondo del terreno (por calle A. intersección con Av. S. M.) sustrajo del interior de la Farmacia “P.” una billetera color marrón, contendiendo once mil pesos, con billetes de cien, cincuenta y otros de menores denominaciones. Posteriormente se dirigió hasta el interior de un

galpón de chapas y sustrajo un taladro marca M., con manuales y tres mechas de 6, 8 y 10 mm. Cuando salía del lugar, su presencia fue advertida por el Jefe de la Brigada de Investigaciones Judiciales, Oficial Inspector M., quien comenzó a seguirlo. N. comenzó a correr por calle A., giró en calle España y antes de llegar a la Avenida E. el Oficial M. le dio la voz de alto, haciendo N. caso omiso. Una vez que cruzó la Avenida E. continuó su marcha hasta calle P., allí fue detenido por otro miembro de la Brigada en momentos en que intentaba ingresar a la vivienda ubicada en calle P. intersección con calle España. b) El acaecido el día 9 de enero de 2015, a las 19:00 aproximadamente cuando L. C. estacionó su vehículo XX S., dominio XXXXXX en Avenida S. M., entre A. y U., y descendió dejando la puerta del conductor sin llave. Minutos más tarde una persona cuya identidad se desconoce sustrajo del interior del vehículo una portamemoria del stereo, color negra con azul marca Kingston, un cuchillo tipo puñal con vaina de cuero, color plomo y con el cabo de madera partida a lo largo; un sobre plástico color gris conteniendo una cédula de identificación del automotor, boleto de compraventa, tres manuales del rodado, una copia del formulario 08 y un billete de un dólar doblado, resultando damnificado por el hecho Á. M., pareja de la señora C.. Tiempo más tarde el señor M. V. radicó una denuncia en la Brigada de Investigaciones de Sarmiento e hizo entrega de un cuchillo que se le cayó a N., minutos antes de devolverle dos celulares que sustrajo del interior del rodado que conducía el señor V. El cuchillo fue reconocido en audiencia por el propietario y pareja de la denunciante, el señor Á. R.. c) Los acaecidos entre las 17:00 y las 19:00 del día 6 de enero

de 2015 en la vivienda sita en calle G. P. N° XXX de esta ciudad de sarmiento, ocupada por la señora M. A. R., oportunidad en que E. E. N. previo a romper un vidrio de una ventana que da a la parte posterior de la vivienda ingresó a la misma y sustrajo una caja metalizada conteniendo la suma de $ 6.000 (pesos seis mil), una llave de una caja fuerte y un celular marca Samsung".-

II.- Seguiré el orden expuesto en la Sentencia de grado, a los efectos de tratar el recurso interpuesto. Por ende, comenzaré por el hecho que damnificó a M. R..-

En una Sentencia reciente (Nro. 29/15), también inherente a un suceso acaecido en la ciudad de Sarmiento, hemos analizado el impacto del hallazgo de un rastro dactilar en el sitio de la sustracción, tanto en orden a la interpretación del plexo probatorio inteG.mente considerado, como a su naturaleza jurídico procesal.-

Expresamos allí que dicho hallazgo , y posterior cotejo con similares incluidos en un sistema informático como el AFIS, reviste el carácter de medida de investigación preliminar, propia del art. 268 del rito, sencillamente por que, hasta allí, no se puede dirigir una imputación jurídico penal a persona alguna, ya que los autores del suceso son ignorados.-

Es lo que ocurrió en el sub-lite. De un universo indeterminado de posibilidades, el Ministerio Fiscal utilizó la información que poseía, huellas dactilares de individuos con antecedentes, para comenzar la pesquisa. Establecida la compatibilidad del rastro dubitado con el indubitado "archivado", si se permite la expresión, de N., sí existía chance de formular

imputación.-

Podrá gustar o no la aplicación del avance tecnológico a la investigación criminal, en lo personal lo creo valioso, pero lo concreto es que a esa altura no había nadie legitimado para controlar tal medida pues, insisto, no había sospechados.-

Ahora bien, ya dirigida la imputación hacia N., se le pusieron a disposición a la experta Medina los elementos de trabajo, y efectuó una pericia, que arrojó el mismo resultado que el cotejo preliminar, la compatibilidad entre el rastro hallado en un trozo de ventana y el indubitado existente en el Registro de AFIS perteneciente al encartado.-

Debemos adicionar que se levantaron otros rastros dactilares y/o palmares, al menos tres más, recogidos de los trozos de vidrio del ventanal, caídos en la parte contigua al interior de la casa ubicada en G. P. nro. XXX, cuya rotura permitió al o los autores de la sustracción ingresar en tal vivienda.-

En el caso inherente a la Sentencia que hemos reseñado, además del rastro palmar, pudo comprobarse que una persona allegada al imputado, en tiempo inmediato reciente a la sustracción, portaba un objeto de características específicas, que solo podía provenir del apoderamiento ilegítimo.-

Pero en autos no ocurre lo mismo. El Juez de grado ha pretendido hallar un indicio, consistente en que N. nada tenía que hacer en el patio interno de la vivienda damnificada, al que se accede fácilmente, pues no tenía motivo para estar allí, ni siquiera tenía residencia en Sarmiento, lugar en

el que estuvo cuatro días, del 6 al 9 de Enero del año 2015, y se vió involucrado en los hechos de los que trata el pronunciamiento en revisión, al menos.-

Más allá que circular libremente por el territorio nacional resulte un derecho constitucional, y por ende difícil de conceptualizarse sin más como indicio de cargo, lo que el Ministerio Fiscal no pudo acreditar fue el momento aproximado en que N. estuvo en la parte externa de la propiedad de la víctima, alguna vinculación, así sea mínima, con la res furtiva, ni pudo descartar las hipótesis que se desprendían objetivamente de la circunstancia que fueron hallados rastros dactilares de otros sujetos en los trozos de vidrio esparcidos en el suelo.-

Claramente, solo con lo que se obtuvo en la averiguación preliminar, la huella, se culminó en el Juicio, y se procedió contra el imputado por que dichas huellas se hallaban en un registro estatal, lo que probablemente no ocurría con los otros sujetos, que sumado al argumento de un supuesto raid delictivo que protagonizó, compuesto por los otros sucesos que aquí debemos analizar, en una ciudad ajena, en los tres días referidos, edificó un plexo cargoso demasiado asociado a lo que se ha dado en llamar Derecho Penal "de autor".-

En síntesis, ante una materialidad demostrada, y no discutida, aquella sospecha válida a efecto de construir una imputación no se vio completada por otros elementos idóneos para superar el estado de inocencia, y por lo tanto, con el auxilio de la regla del art. 28 del CPPCh., corresponde revocar la Sentencia en cuanto al punto y absolver al acusado.-

III.- El siguiente suceso consistió en la sustracción de un cuchillo tipo puñal, vaina de cuero y cabo de madera partido, del que fue desapoderada L. C. el día 9/1/015, en horas de la tarde, del interior de su rodado XX S.. En realidad, el objeto fue recuperado de manos del encartado tiempo después, por lo que se le endilgó el delito de Encubrimiento, es de suponer debido a que no se lograron incorporar evidencias que lo vincularan con dicha sustracción.-

Tal como surge de la reseña que principia este sufragio, variados fueron los argumentos de la Defensa en pro de hacer caer la condena, pero he de centrarme en el que considero de mayor eficiencia.-

El A-quo ha tipificado la conducta de N. en los términos del art. 277 inc. 2 del CP., Receptación de cosas de procedencia sospechosa.-

Jorge Buompadre, en una de las obras citadas por el Sentenciante en su apoyo (Código Penal comentado, Tomo 11, dirigido por Baigún y Zaffaroni, pag. 167, Ed . Hammurabi), refiere que la posibilidad de sospecha de la ilicitud de la cosa recibida, adquirida u ocultada por el sujeto activo, debe emerger de las circunstancias de la recepción o adquisición, a raíz de las modalidades de la entrega, las particularidades del objeto, y/o de la persona del oferente.-

Partiendo de la base que aquí el objeto no tenía particularidades que lo hicieran de una singularidad notoria, pues era un cuchillo común, tipo puñal, sin iniciales, mas allá que la Defensa haya cuestionado si realmente era N. quién lo tenía consigo, la forma en que llegó el bien a poder de la Autoridad policial, y la ausencia de las formalidades propias

del Reconocimiento de cosas, y de personas, de lo que ha existido orfandad probatoria absoluta fue de la manera en que el cuchillo llegó a manos del acusado.-

Sin la verificación de ello, resultaba imposible indagar sobre aquellas circunstancias de la recepción, parte del tipo objetivo del Delito y esenciales para la determinación del tipo subjetivo, aún en la por demás discutida variante culposa.-

Por ende, dicha insuficiencia probatoria conduce a la ausencia de acreditación de la tipicidad, y con ella, a la inexistencia del delito enrostrado, lo que conlleva a la revocación de la Sentencia y a la absolución de N. también respecto del suceso indicado.-

Agrego que existe otra interpretación de las exigencias subjetivas del precepto en análisis, y de la Receptación del art. 277 inc 1 ap. c) del CP.. El propio Buompadre en la obra mencionada (pag. 165), refiere que este último delito admite solo dolo directo, al igual que la Doctrina española (por ejemplo Bajo Fernández, Bacigalupo), parte de la italiana y alemana (conf. Donna, E., Derecho Penal, Parte Especial Tomo III, pag. 504 Ed. Rubinzal Culzoni).-

Entonces, el actual inciso 2), cuyo mínimo de pena es menor, bien puede conceptualizarse como una hipótesis que admite dolo, pero eventual, aunque no culpa.-

A riesgo de abundar, dicha culpa nunca podría ser de naturaleza inconsciente, pues ello significaría la ignorancia del sujeto activo sobre las circunstancias de la receptación, que ya hemos visto que resultan

trascendentes para el juicio de tipicidad.-

Y si se tratara de culpa consciente, la representación de la posibilidad de la procedencia ilícita de los bienes recibidos sería superada por algún factor que en definitiva, llevara al agente a descartar la misma, y con ello, a la sospecha requerida en el tipo objetivo, con idénticos resultados, lo que refuerza el temperamento expresado supra.-

IV.- En cuanto al último de los hechos, tal lo oportunamente adelantado, el agravio no ha de prosperar.-

N. fue aprehendido de forma cuasi flagrante por la autoridad policial, portando la res furtiva (billetera de color marrón con dinero de la recaudación de la Farmacia P. y un taladro marca M. desapoderado de un galpón situado en el mismo predio que el comercio referido), momentos después de la sustracción.-

El plexo rendido ha sido sólido en cuanto a tal conclusión, desde las versiones de los Funcionarios del orden, M., C. y C., el primero quién lo observó desde la sede de la Brigada de Investigaciones cercana al sitio del atraco, egresar del mismo llevando consigo un bulto; de los damnificados, D. R. y O. B.; de la testigo de la persecución policial Erica Valbuena; del testigo de la requisa, E. G., quién divisó la billetera, recordó la cantidad de dinero incautada, equivalente a la sustraída.-

La circunstancia que N. haya ingresado al comercio previamente, y pagado con dinero que tenía en una billetera con el escudo del club de futbol R. P., cuyo destino no haya quedado establecido, no opaca que fue encontrado instantes siguientes a la sustracción , en poder de la res furtiva.

Aquí sí se tornan relevantes los indicios de presencia e inmediatez.-

Por ende, la materialidad, no discutida, y la autoría del acusado se presentan como indiscutibles, en lo que no cabe sino coincidir con el Juez A-quo.-

V.- En lo que no hemos de coincidir con el Sentenciante es en la concurrencia real (art. 55 CP.) adjudicada.-

Es sabido que el criterio de considerar tantos, en el caso Hurtos, como objetos sustraídos cuando la conducta fue única, no resulta procedente, precisamente por que existe unidad de acción. Tampoco es posible acudir a la noción de delito continuado pues aquí ha habido dos damnificados, y tal instituto requiere identidad en el sujeto pasivo del delito.-

Lo que juzgo relevante para definir la cuestión reside en que la Farmacia y el galpón se hallan en el mismo predio, muy cercanos, y N. actuó rápidamente, celeridad que se le ha cargado para definir su aprehensión como en estado de cuasi flagrancia.-

Ante ello, la ausencia de comprobación de la existencia de signos exteriores (por ejemplo cartelería), que anoticien que se trataba de dos establecimientos distintos, o al menos que el imputado pudo saberlo de algún modo, lo que no fue verificado ni argumentado, me llevan a privilegiar la circunstancia que la conducta desplegada fue única, los bienes sustraídos dos, al igual que los damnificados, pero que el encartado no lo tuvo presente al actuar, en lo que lo auxilia el beneficio de la duda, por lo que se trata de un solo hecho, imponiéndose descartar la concurrencia real decidida.-

VI.- Corresponde tratar en esta etapa la declaración de

reincidencia por primera vez en orden a N. dispuesta por el A-quo.-

El encartado fue condenado en esta sede, Comodoro Rivadavia, en fecha 9/5/014, a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, mediante un procedimiento abreviado que acumuló una serie de hechos, todos sobre delitos contra la propiedad.-

Menos de dos meses después (3/7/014), fue adelantada su libertad condicional, en el marco de un Hábeas Corpus colectivo correctivo, ante la notoria insuficiencia de los lugares de detención de esta ciudad, no ya solo para articular algo así sea parecido a un tratamiento carcelario, sino para alojar personas privadas de libertad en términos de un respeto mínimo por los Derechos Humanos, y por lo tanto inadecuados para cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado argentino (art. 75 inc. 22 CN). Remito al contenido de la Resolución jurisdiccional de dicho proceso, en honor a la brevedad y por ser de público y notorio.-

Entonces, claramente, en menos de dos meses de duración del cumplimiento de pena, en Comisarías con tales carencias, N. seguramente no recibió tratamiento carcelario.-

Respeto los diferentes enfoques sobre el tema de la Reincidencia, como el del apreciado Juez de grado, aunque no lo comparto, y creo que las citas de jurisprudencia de la Sentencia no resultan atinentes a la situación de autos. Lo digo pues valerse solo de un escaso lapso de ejecución de pena, en las condiciones indicadas, para hacer operativo el instituto, torna el criterio demasiado compatible con la llamada "reincidencia ficta", que no tiene recepción en nuestra derecho sustantivo.-

Como se ha manifestado en el acto jurisdiccional en revisión, tengo postura en cuanto al punto (Sentencias nro. 33/14 y 28/06), consistente en que el criterio de la Reincidencia en su variante "real", es el consagrado legalmente (art. 50 CP), y requiere que para que sea operativo el instituto deba haber existido el indicado tratamiento carcelario, pues solo la progresividad penitenciaria permite sostener que el condenado recibió las nociones de convivencia social dentro de la legalidad (dicho esto sin perjuicio de las falencias del mentado tratamiento que hemos advertido en otros pronunciamientos), y las desoyó delinquiendo nuevamente.-

Evidentemente, períodos cortos de privación de libertad, cumplidos en Seccionales Policiales, con las deficiencias aludidas, no pueden ser elevados a la categoría de cumplimiento, aún parcial, de la progresividad penitenciaria.-

Incluso, conforme el último pronunciamiento de la CSJN sobre el tema (Fallo Arévalo, 27/5/014), lo que ha sido evaluado como relevante por el Alto Tribunal nacional para expedirse a favor de la constitucionalidad del instituto, ha sido el factor de comprensión por el condenado de la antijuridicidad en sentido amplio, es decir, de las ulteriores consecuencias de la comisión de un nuevo delito, que necesariamente serían más gravosas que en la primera oportunidad delictiva.-

Pero para que exista tal conceptualización, se requiere que se halla verificado una real diferenciación entre el régimen de detención propio de una cautela personal y el del cumplimiento de la pena, que aquí no existió ni en duración, ni en calidad.-

Por lo tanto, para evitar subvertir el régimen legal, hacia un retorno al criterio de Reincidencia ficta, lo cual esta vedado, y al no haberse podido determinar si N. adquirió dicha comprensión sobre las consecuencias que tendría la comisión de un nuevo delito, nuevamente impera el beneficio de la duda aquí, procede revocar la declaración de Reincidencia dispuesta.-

VII.- Sin perjuicio del acápite anterior, lo concreto ha sido que el acusado nuevamente delinquió una vez, y supo que lo estaba haciendo, conducta que en definitiva ha quedado tipificada como Hurto en grado de Tentativa, un hecho (arts. 162, 42, 45 CP.). Ello en términos del art. 41 del CP. implica un factor de agravación en el análisis propio de la cuantificación de la sanción.-

Desde el suceso en sí existe otro, relativo a que no solo sustrajo una billetera, sino que en la rapidez de la huida se hizo de otro bien, lo que demuestra un mayor designio en contra del bien jurídico propiedad.-

La ausencia de otros antecedentes con posterioridad al hecho por el que aquí se confirma la condena, más lo que emerge de su subjetividad, todo con impacto favorable, constitución de un núcleo familiar, posesión de empleo, etc. permiten identificar la sanción en dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, ante la necesidad de readecuarla en función de las absoluciones que este Tribunal ha decidido. Asi voto.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Dr. Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación que debe

ser materia de tratamiento de este decisorio, y ello con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

En el caso traído a conocimiento de este Tribunal, tenemos que a E. E. N. se le atribuyen cuatro hechos distintos, tres contra la propiedad y uno contra la administración de justicia; los mismos habrían ocurrido entre los días 6 y 10 de enero de 2015 y por razones de orden para el tratamiento he de seguir su cronología.-

1.- El primero sintéticamente consistió en el ingreso a la vivienda de la Sra. M. A. R., ubicado en la calle G.. P. Nº XXX de la ciudad de Sarmiento, cuando su moral no se encontraba, para sustraerle un celular y una caja metálica conteniendo $6000. El o los autores para acceder al interior de la casa destruyeron un vidrio de una ventana ubicada en parte posterior del inmueble y de tal forma lograron su apertura. Este hecho fue calificado como Robo Simple del art. 164 del C.P..-

La defensa desde el inicio del debate sostuvo que las pruebas resultarían insuficientes para acreditar la participación de N. en los hechos atribuídos y puntualmente en relación a este suceso se agravia pues la responsabilidad penal ha sido declarada exclusivamente en función de un rastro dactilar levantado del vidrio de la ventana por personal de criminalística cuyo cotejo arrojó como resultado corresponder a su asistido, considerando que ello solo constituye un indicio anfibológico.-

Del pronunciamiento se extrae que la pericia papiloscópica es el único elemento que vincula al imputado con este suceso, un solo rastro dactilar del lado externo de la ventana dañada, afirmando el

sentenciante “que la huella dactilar es la firma que el delincuente estampa en el lugar de los hechos” y que no hay otra explicación para que esa huella se encontrara en dicho lugar, pues no se trata de un sitio al que pueda acceder cualquier persona.-

También ha ponderado el aquo el testimonio del Oficial E. M. M. para sumar el indicio de presencia. El funcionario policial afirmó haber visto a N. en la ciudad de Sarmiento y que por ese entonces se encontraba residiendo en esa localidad con su pareja, Daiana Oliva, aclarando que ya lo conocía.-

Con tales elementos, apelando al sentido común y la lógica, el Magistrado concluye afirmativamente la autoría del acusado.-

Corresponde entonces ingresar a la lógica del fallo en lo que ha valoración probatoria se refiere. Queda expuesto que sobre la base de un indicio N. resultó condenado por este suceso, y es oportuno señalar que los principios que rigen la valoración de la prueba en el proceso penal permiten que, mediante prueba indiciaria, se arribe a un juicio de certeza pero con la ineludible condición que estos sean unívocos y no anfibiológicos, producto de un análisis conjunto no por separado, en definitiva una utilización racional de los mismos, tema que este Tribunal ha tratado en reiteradas oportunidades fijando posición -Sentencias Nº 35/2014; 7/2015; 7/2016-.-

En el caso entiendo que el valor conviccional adjudicado al indicio no deriva de una operación racional que lo vincule necesariamente a la autoría del hecho que damnificara a la Sra. R.; esa relación necesaria que

debe mediar entre el hecho indiciario con el hecho indicado no se verifica.-

No existe ningún otro elemento que vincule a N. con el robo, así el rastro digital es insuficiente para generar certeza sobre la imputación y en tales condiciones no me parece razonable apostar a la autoría del imputado, la situación es dudosa, dentro de los límites de la duda razonable.-

Desde luego que una huella dactiloscópica es un indicio importante de autoría y resulta de gran utilidad para orientar la investigación hacia determinada persona, pero llegado el momento de sentenciar, si no ha sido corroborada por al menos otro elemento de cargo, resulta a mi entender insuficiente como único fundamento de un pronunciamiento condenatorio.-

Si tenemos en cuenta que la necesaria motivación de la sentencia impone al Juez el deber de apreciar razonadamente la prueba, una decisión jurisdiccional legítima debe asentarse en elementos aptos para generar un convencimiento cierto y no meramente probable sobre el hecho, y por ello el cuidadoso tratamiento que es exigible con la prueba indiciaria a fin de no desvirtuar por vía interpretativa la veracidad del hecho, y aquí el juez ha realizado incluso interpretaciones claramente contrarias a los principios que gobiernan la valoración de la prueba en el proceso penal, apreciaciones subjetivas que han ayudado a construir su imagen de sospechoso tal como que registra un antecedente condenatorio por un delito contra la propiedad u otorgar el rango de indicio de presencia en el lugar cuando el nombrado se encontraba residiendo en la localidad con su familia, como así también minimizar el hecho que en la parte externa de la ventana,

en el sitio donde se levantó la huella dactilar de N., también se levantaron otras que no le correspondían sin establecerse a quien o quienes podían pertenecer; es más resulta llamativo que no se hallaran otras cuando por las características de la ventana para lograr la apertura de la hoja además de romper el vidrio debía accionarse la traba que poseía, ello de acuerdo a la constatación efectuada por los preventores y personal de criminalística.-

De esta forma el aquo ha fundamentado su convencimiento en una interpretación parcializada, probable, dejando de lado otras posibilidades sin ningún argumento; de tal manera la decisión adoptada resulta arbitraria y en consecuencia corresponde ser revocada en este punto y absolver al imputado del delito de Robo simple (art. 164 C.P.).-

2.- El segundo de los hechos atribuidos es el ocurrido el 9 de enero de 2015, consistente en la tenencia de un cuchillo, tipo puñal, que previamente había sido sustraído del interior de un automóvil propiedad de L. C..-

El impugnante sostiene que la prueba producida en el juicio no resultó suficiente para establecer con el grado de certeza necesario que su asistido fue el autor del hecho, y que el reproche en definitiva solo se sustenta en un reconocimiento impropio. Por otra parte considera que tampoco se pudo comprobar fehacientemente que el cuchillo provenía de un ilícito en razón que es un elemento común y que la persona que lo entregó a los preventores no es la misma que efectuara el reconocimiento en el juicio.-

Ingresando al análisis del pronunciamiento indudablemente el aquo adjudica relevancia al testimonio del Sr. V., quien es

advertido que habían ingresado a su camión estacionado en calle U. frente a una panadería, y que era un joven vestido de negro que caminaba por la vereda comenzando su persecución, logrando darle alcance en la intersección de calles U. y S. M. entregándole éste dos celulares y que en la corrida se le cayó el cuchillo en cuestión, el que habría sido recogido por otra persona quien fue la que lo entregó a la autoridad policial a contrario de lo informado por el Oficial M., que nuevamente previene en este caso.-

Dicho elemento fue posteriormente reconocido por su dueña, la Sra. C., y no se encuentra en discusión que el mismo había sido sustraído entre otros elementos del interior de su automóvil.-

Sobre esta base el Juez concluye sin más que se trataba del imputado y que se encontraba en posesión de un objeto hurtado instantes previos; en cuanto a la divergencia de quien fue la persona que entregó el cuchillo a la autoridad policial entiende que no es sustancial pues lo relevante resulta que el elemento se pudo obtener al caérsele al imputado en la persecución realizada por el Sr. V., calificando la conducta como Encubrimiento por receptación culposa (art. 277 inc. 2 del C.P.).-

La primera impresión es que el Ministerio Público Fiscal ha echado mano al encubrimiento por receptación -277 inc. 1º "c" del C.P.-, como una alternativa residual porque no se pudo acreditar la intervención del imputado en el hecho principal, cual era la sustracción de bienes del interior del vehículo de la Sra. C., además de resultar llamativo que no se iniciara la investigación del hecho que afectara al Sr. V. cuando se trata de un delito de acción pública del cual tomó inmediatamente conocimiento el Oficial M., y

así ante la insuficiencia probatoria para determinar como o de que manera N. aparentemente se encontraba en poder del objeto, el aquo optó por la forma culposa del inc. 2º del art. 277 del sustantivo.-

El criterio seguido por el sentenciante conforme el cual la mera tenencia de bienes previamente sustraídos es suficiente para fundar el reproche no resulta acertado, porque se parte en principio de una presunción que es inadmisible, dado que es imprescindible demostrar el extremo subjetivo de la figura que hace sencillamente en principio a conocer de que manera o circunstancia habría ingresado en posesión del cuchillo, máxime el escaso margen temporal entre la sustracción del mismo y el momento en que es recuperado luego de la persecución del individuo por el Sr. V.-

Lo que reprocha la norma en este caso es el actuar imprudente o negligente del autor, violatorio del deber de cuidado, cuando las circunstancias que rodean la receptación del objeto resultan irregulares y presentan alguna situación anómala y no obstante ello realiza la acción cuando debió sospechar la procedencia ilícita de la cosa, de la que incluso no sabemos si fue adquirida, ocultada o meramente recibida como acciones posibles para comisión del ilícito; a decir de D'Alessio, "La irregularidad en el acto puede evidenciarse, por ejemplo a través del precio vil que se adquiere la cosa u objeto, el lugar donde se efectúa la transacción o la personalidad del que transfiere la misma ("Código Penal de la Nación Comentado y Anotado", T. II, pág. 1401).-

No puedo dejar de mencionar, entre los postulados lógicos a los cuales debe someterse todo pronunciamiento judicial, que el

principio de razón suficiente, importa admitir que los elementos fácticos que sustentan la sentencia solo puede dar fundamento a las conclusiones a las que arriba y aquí se ha condenado a N. a pesar de la existencia de dudas no solo vinculadas a la identidad del sujeto que fue perseguido, sino también a la presunta acción desplegada para entrar en posesión de la cosa; la culpabilidad debe ser demostrada con certeza y frente a ello se erige el indubio pro reo, garantía constitucional por ser la esencia del principio de inocencia (art. 8.2 CADH, art. 14.2 P.I.D.C.P., art. 75 inc. 22 Const. Nacional) que impone que se pruebe la culpabilidad plenamente, más allá de cualquier duda razonable (Cafferata Nores "In dubio pro reo" y Recurso contra la sentencia condenatoria", La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 23/12/99).-

Por las consideraciones que vengo efectuando, entiendo que este agravio también debe prosperar, correspondiendo la absolución del imputado en orden al delito de Encubrimiento por receptación culposa (art. 277 inc. 2º del C.P.), lo que así voto.-

3.- Distinta es la conclusión respecto a la sustracción de dinero de la Farmacia P. y de un taladro marca M. de un galpón ubicado dentro de la misma propiedad, pues se trata de un hecho en flagrancia al ser advertido el autor por el Oficial M. cuando salía de la misma, más precisamente del patio trasero llevando objetos entre su brazo, tomando por calle España iniciando el oficial la persecución, logrando aprehenderlo a escasos metros con ayuda de un móvil policial, arrojando el sujeto el taladro que se hallaba en su caja, siendo recuperando también el dinero sustraído al

comercio.-

a.- Todo ello ha sido plenamente corroborado por abundante prueba entre ellas los testimonios de los preventores M. C., P. P. C. y el propio oficial M., el de la propietaria de la Farmacia, Sra. D. R., quien denuncia el faltante de $11000 y que previamente el sujeto había ingresado al comercio consultando por mercadería, y por último el testimonio del Sr. E. A. G. quien ofició de testigo de actuación en el procedimiento que concluyó con la detención del autor y recuperación de los bienes, confirmando que llevaba una importante suma de dinero, alrededor de $10000, y una billetera, los que luego fueron reconocidos por sus propietarios.-

Los argumentos del impugnante relacionados a la autoría del hecho no son de recibo, el aquo valoró correctamente las pruebas y los testimonios recabados permitieron reconstruir lo ocurrido en su totalidad, más los extremos apuntados que fueron incorporados desde la aprehensión, alejan completamente la decisión de cualquier crítica referente a una deficitaria motivación o arbitrariedad.-

b.- No ocurre lo mismo en forma parcial en relación a la significación jurídica, dado que no encuentra justificación la conclusión de que se trata de dos hechos distintos e independientes en función exclusivamente que los bienes pertenecen a diferentes personas y de allí la consideración de un concurso real –art. 55 del C.P.-, sosteniendo el impugnante que ello encuadraría en un concurso ideal pues se trata de una única conducta con una doble afectación.-

Ni uno, ni lo otro; quedó plenamente establecido que N. intentó apoderarse de bienes, un taladro, propiedad del Sr. B., y dinero perteneciente al comercio "Farmacia P.", propiedad de la Sra. R., pero ellos ocurrieron en el mismo lugar o propiedad y en un mismo contexto de acción, uno a continuación del otro.-

En el caso puntual la circunstancia que pertenecían a distintas personas no autoriza a considerarlos hechos distintos; se trata de un mismo inmueble en el que se encuentran tanto el local comercial como el galpón, y el autor ha ingresado a la propiedad por la parte posterior para introducirse primero en la farmacia por una ventana que estaba abierta y luego al galpón contiguo y sustraer los bienes ya detallados, sin conocer o saber que dichos espacios eran ocupados por distintas personas y por otra parte al tratarse de una sola propiedad el ámbito de custodia es único; en tal dirección resulta ilustrativo un fallo de la Cámara Nacional Criminal, Sala IV, C. 44735, de fecha 13/6/95, en cuanto expone que "Constituye el delito de hurto y no de hurto reiterado, la conducta del sujeto activo que tras ingresar a un garaje intentó sustraer varios efectos que se hallaban en diferentes vehículos, pues el hecho único no pierde su singularidad porque sean varios los damnificados cuando no se advierten circunstancias que permitan independizar los actos consecutivos signados por una determinación común"; por todo ello en tal contexto de acción mal pudo considerarse como hechos diversos, sino que se tata de uno solo y único, y así debe calificarse.-

4.- El temperamento absolutorio en relación a los dos

primeros hechos y el tratamiento como hecho único de los otros dos, conlleva una necesaria y considerable reducción en la dosis de pena impuesta y hemos coincidido, en función de la escala prevista para el delito de Hurto en grado de tentativa (art. 162, 42 y 44 del C.P.) que debe ubicarse en dos meses de prisión, ello en virtud de la naturaleza del hecho, la modalidad comisiva, la favorable información acompañada por el Sr. Defensor, lo que fue correctamente evaluado por el aquo en cuanto a las intenciones del imputado de salir de las adicciones concurriendo al Centro de Día de esta ciudad y desde luego también aquellas pautas que operan como agravantes que no podemos desconocer y que en definitiva importan una necesaria y razonable elevación del mínimo posible, no pudiendo prosperar la moción subsidiaria de la defensa en este sentido.-

5.- Por último el Sr. Defensor se agravia ante la declaración de reincidente por primera vez de su asistido aceptando que el mismo registra un antecedente condenatorio y que se encontraba en libertad condicional al momento de cometer el hecho por el que en definitiva a de resultar condenado, argumentando que estuvo escaso tiempo privado de libertad, fuera de lo que puede entenderse como régimen penitenciario y que fue externado anticipadamente en función de una acción de Habeas Corpus colectiva, lo que fue ponderado por el aquo en su contra.-

Ingresando al tratamiento de la cuestión verificamos que N. registra una sentencia condenatoria a la pena de tres años de prisión de fecha 9 de mayo de 2014 y que el día 3 de julio de 2014 se le otorga la libertad condicional en forma anticipada en función del resultado obtenido

en una acción de Habeas Corpus colectiva vinculada a la agravación de la forma y condiciones en que cumplen la privación de la libertad las personas detenidas en Comodoro Rivadavia, resultando de público conocimiento que en tal oportunidad fue declarada la emergencia carcelaria para esta ciudad.-

El sentenciante considerando exclusivamente que ha existido un cumplimiento parcial de la pena anterior, procedió a declarar la reincidencia y como respuesta a los argumentos esgrimidos por la defensa sostiene que la anticipación de los tiempos para la libertad condicional obedeció al propio reclamo de N. por vía de un hábeas corpus y que por lo tanto no se le puede reprochar al estado la falta de tratamiento, además de expresar que no comparte el criterio de la mayoría de este Tribunal de Alzada, invocado por el Dr. Oyarzún en refuerzo de su postura, sin dar mayores fundamentos, avalando su decisión en jurisprudencia ya superada y vale traer aquí el precedente de la C.S.J.N. en el caso "Arévalo", Sentencia de fecha 27/05/2014, en el cual si bien se cuestionaba la validez de la norma –art. 50 C.P.-, manteniendo el Alto Tribunal su postura en cuanto es constitucional el sistema de reincidencia previsto en el Código Penal, concordantemente con el dictamen del Procurador Fiscal, Dr. Eduardo Casal, ha reiterado que la mayor severidad en el cumplimiento de la nueva sanción no se debe a la mera circunstancia de que el sujeto haya cometido antes un delito, sino al mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; entonces para ello debe haber cumplido previamente, ya sea en forma total o parcial, efectivamente una pena de manera tal que haya

podido asegurar, intensificar o profundizar esa comprensión.-

En primer termino resulta mínimamente inaceptable que se le adjudique al imputado la imposibilidad de que el estado haya podido incluirlo en el régimen penitenciario o brindarle el tratamiento que por mandato constitucional le corresponde, cuando ello obedeció a una decisión jurisdiccional que justamente declaró la emergencia carcelaria y que comprendió a todas las personas privadas de libertad, asintiéndole razón al Sr. Defensor cuando afirmó que en el caso todo aquello que debió interpretarse a favor del reo, fue utilizado en su contra.-

En función de la condena anterior, y el escaso tiempo que permaneció privado de libertad, además de los fundamentos brindados por el tribunal que declaró la emergencia carcelaria por ese entonces en el marco la causa "Ministerio de la Defensa Pública s/ Habeas Corpus", Resolución Nº 2237/2014, como así también los empleados por el Juez de Ejecución Penal para otorgar la libertad condicional en forma anticipada a N., queda en evidencia que no ha recibido tratamiento carcelario.-

No he de reiterar mi postura en cuanto al punto puesto que es conocida y ha sido tratada –sentencia 2/2014-, pero evidentemente períodos cortos de privación de libertad cumplidos en seccionales de policía cuyas deficiencias son importantes, incluso establecidas y declaradas en decisiones jurisdiccionales, no puede ser elevado a la categoría de cumplimiento, aún parcial, de la progresividad penitenciaria, lo que fue dado por cierto por el aquo producto de un tratamiento defectuoso y parcializado de la cuestión, por ello comparto con el colega que me precede que esta

declaración debe ser revocada y así voto.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- En relación con el hecho abordado en primer término en la sentencia de condena, adhiero al temperamento que ha guiado a los votantes que me preceden en el orden de sufragio, en el sentido que las pruebas de cargo acumuladas no son suficientes para fundamentar una condena.-

Para ello, tengo en cuenta que los indicios valorados por el Juez Penal remiten, en líneas generales, a cuestiones que solo marcan una tendencia de conducta, o una forma de conducirse, pero que no alcanzan a conformar un cuadro certero de la autoría de un delito; como ser, a título ejemplificativo, que el acusado tenga su domicilio en otra ciudad -Comodoro Rivadavia-; que coincida su presencia en Sarmiento con la fecha de comisión de una serie de delitos contra la propiedad privada; teniendo en cuenta además, que N. registra antecedentes judiciales por esa clase de injustos; etc.-

A contrario sensu, en la sentencia n° 18/14 también originaria de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, se tuvo en cuenta como indicio de cargo que los sucesivos hechos habían ocurrido en un breve

lapso; todos perpetrados en horas de la noche, en lugares próximos entre sí, y también cercanos al domicilio del acusado; el autor siempre disimulando su identidad, con una capucha o pasamontañas; el medio comisivo del ataque violento a la propiedad privada, era un arma blanca portada en la mano izquierda; en perjuicio de víctimas vulnerables, por su condición de mujeres; etc.-

A diferencia de ello, y volviendo a nuestro caso, la solitaria prueba pericial que acredita el relevamiento de huellas dactilares del acusado, en el lugar del hecho, aparece como insuficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, a falta de otros datos que vinculen a N. con el suceso –como podrían ser: que hubiera sido visto en cercanías del lugar, que se hayan secuestrado en su poder efectos procedentes del ilícito, etc., es decir todo cuanto habitualmente de acuerdo a las reglas de la experiencia, se utiliza como pauta de valoración probatoria para fundamentar una autoría-.-

Por lo expuesto, sumo mi voto por la absolución *favor rei* del imputado N., en este primer caso, en un todo de acuerdo con el resultado de la deliberación.-

III.- En lo concerniente al segundo hecho, que hubo de calificarse de Encubrimiento, también comparto la solución absolutoria por la que se inclinan mis colegas, en razón que no se encuentra acreditada la receptación en sí misma; o sea, en qué circunstancias de tiempo, lugar y modo, fue que N. se hizo del elemento (un cuchillo), que había sido denunciado como sustraído por L. C., en la tarde del 9 de enero de 2015.-

Sí se pudo determinar que, momentos más tarde, el

acusado fue sorprendido en la tenencia del instrumento de filo, porque se le cayó de entre sus pertenencias, en la vía pública; pero tal como se adelantara, en cambio no fue posible reconstruir el primer tramo, es decir cómo fue que el imputado entró en la tenencia de la cosa, siendo que ello constituye un dato sumamente relevante, para luego poder construir el tipo subjetivo del Encubrimiento –¿podía sospechar su procedencia delictual? ¿por qué razón? etc.-.-

También en este punto, voto por revocar parcialmente el decisorio recurrido.-

IV.- 1) Comparto el criterio de que debe confirmarse la declaración de responsabilidad de N., en orden a dos hechos consistentes en un intento de sustracción, de una suma de dinero a la dueña de la farmacia "P.", la testigo-víctima D. R., y un taladro marca "M.", de un galpón propiedad de O. B., cometidos ambos en la noche del 10 de enero de 2015, siempre en la ciudad de Sarmiento.-

Se trató de un delito descubierto en flagrancia, toda vez que la intervención oportuna de los funcionarios prevencionales: E. M., M. C., P. C. y Gustavo Urbina –los tres primeros testigos en la audiencia de debate-, permitió la aprehensión del imputado. También se receptó la deposición del testigo de actuación E. A., de los preventores N. R. y D. A., y de la perito C. A..-

2) A fin de abordar el agravio sobre la calificación legal del hecho, advierto que por un lado el Juez Penal ha concluido que "…efectivamente se procedió al desapoderamiento de la suma de dinero en

cuestión y de (sic) taladro, en una acción prácticamente continuada una de otra …"; como asimismo, en todo momento, se refiere al "tercer" hecho en singular, es decir una unidad. Sin embargo, luego lo califica –correctamente- como Hurto simple tentado, y añade "dos hechos", como si se tratara de un concurso real.-

Sentadas estas consideraciones preliminares, comparto con mis colegas que me preceden en el orden de votación, el criterio favorable a la petición defensista, en el sentido que no nos hallamos en presencia de un caso de concurso real (art. 55 CP) –aunque discrepo con el encuadramiento que propugna el recurrente, es decir un concurso ideal (art. 54 CP)-.-

Me pronuncio, en definitiva, en el sentido que debería tipificarse como un delito continuado. Para ello, tengo en cuenta la doctrina nacional que nos enseña, que el reconocimiento de este instituto de la dogmática, surge por "interpretación contraria del art. 55" (cfr. Caramuti, Carlos S. *Concurso de delitos*, edit. Hammurabi, Bs. As., año 2010, ps. 309 y ss.; quien cita a Núñez, en su análisis del concurso real, cuando señala que en este y a contrario del delito continuado: "los hechos son independientes entre sí cuando no están vinculados como partes de una misma empresa delictiva").-

En consecuencia, si existe esta vinculación como en nuestro caso, allí se impone la aplicación del delito continuado. El tema resulta sumamente controvertido en la ciencia jurídica, por lo que habremos de destacar, y a mayor abundamiento, que concurren los requisitos de este

instituto, a saber: el subjetivo, o unidad de designio, que comprende el denominado dolo de continuación o de continuidad (homogeneidad de culpabilidad), que requiere que cada decisión particular renueve una anterior, de tal forma que se pretende una línea de continuidad psíquica; y los objetivos: las distintas acciones presentan entre sí una semejanza sustancial, y en relación con el requisito subjetivo, existe un similar contexto de ocasión u oportunidad que enlaza las sucesivas decisiones, mostrándolas como una continuación de las anteriores, asimismo finalmente también hay unidad de lesión jurídica (factor normativo) –ibídem-.-

Solo resta aclarar respecto al último de los elementos referidos, que si bien es cierto que algunos autores exigen "la identidad del sujeto pasivo del delito", la doctrina dominante solo lo acepta con relación a aquellos bienes jurídicos altamente personales, como la vida, la integridad corporal o la libertad, mas no respecto a la propiedad (ibídem).-

3) Como directa consecuencia de todo cuanto se viene exponiendo, es que corresponde reducir notoriamente el monto de la pena de prisión efectiva, que se impone al encartado, habiéndose acordado en la etapa de la deliberación un monto de dos meses, con costas.-

4) Por último, acerca de la declaración de reincidencia, voto por mantener la misma, con base en la jurisprudencia de la CSJN, que desde antaño viene sosteniendo que este instituto se sustenta en el "desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual

reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida" (causa "Gómez Dávalos, Sinforiano s/ recurso de revisión", Fallos: 308: 1938, 16/10/86; consid. 5).-

En el precedente citado *ut supra* de la CSJN, también se había sostenido que: "Es suficiente, entonces contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de prevención especial"; de tal modo, no hallándose controvertido en nuestro caso, que el condenado cumplió efectivamente durante aproximadamente dos (2) meses, pena de prisión, se encuentran reunidos los requisitos legales que imponen la declaración de reincidencia, tal como lo ha decidido el juez unipersonal de juicio en el decisorio ahora impugnado.-

Por último, y para el caso que frente a esta conclusión, se objetara que aquel plazo y condiciones de cumplimiento, resultan exiguos como para afirmar que el condenado haya podido "sentir", verdaderamente, que está sufriendo una pena; diremos que ello nos remite a una cuestión más ardua, y de naturaleza político-criminal, relativa al mantenimiento o supresión de las penas privativas de libertad de corta duración, que nos excede y no puede ser resuelta en esta sede jurisdiccional, en un caso concreto -tal como ya lo sostuviéramos en el precedente de la sentencia nº 2/14, dictada en la carpeta nº 1005 (cfr. analógicamente las Conclusiones a

las que llega el jurista Luis M. García, cuando aborda el tópico: "Concepto de cumplimiento total o parcial de la pena anterior", en su obra: "Reincidencia y punibilidad", edit. Astrea, Bs. As., año 2005, 1ª reimpresión, págs. 135 y ss.)-.-

En consecuencia, sin perjuicio de haberse conformado ya una mayoría contraria a este temperamento, en el presente Acuerdo, dejo a salvo mi opinión en aquel sentido, es decir por la confirmación de la sentencia impugnada en este punto.-

V.- Por las razones expuestas, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión.-

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

En base al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **E. E. N.**, contra la sentencia Nº 305/16, dictada en fecha 21 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, en cuanto condena al nombrado, readecuando la pena impuesta en dos (2) meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de Hurto en grado de tentativa (un solo hecho), ocurrido el día 9 de enero de 2015, en perjuicio de D. R. y O. B.; revocar la condena dictada y absolver a N. respecto de los delitos de Robo en grado de tentativa y Encubrimiento, por los hechos ocurridos el día 6 de enero de 2015, en perjuicio de M. R. y la Administración Pública, (art. 164, 42, 45, 277 inc. 2 del CP) y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el punto 3) de la sentencia nº 305/16.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por su labor en la etapa de impugnación ordinaria, en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Atento al resultado al que se ha llegado en la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término y se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **E. E. N.**, contra la sentencia Nº 305/16, dictada en fecha 21 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, en cuanto condena al nombrado, readecuando la pena impuesta en dos (2) meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de Hurto en grado de tentativa (un solo hecho), ocurrido el día 9 de enero de 2015, en perjuicio de D. R. y O. B.; revocar la condena dictada y absolver a N. respecto de los delitos de Robo en grado de tentativa y Encubrimiento, por los hechos ocurridos el día 6 de enero de 2015, en perjuicio de M. R. y la Administración Pública, (art. 164, 42, 45, 277 inc. 2 del CP) y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el punto 3) de la sentencia nº 305/16.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por los colegas que votan en primer

término, en el sentido que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **E. E. N.**, contra la sentencia Nº 305/16, dictada en fecha 21 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, en cuanto condena al nombrado, readecuando la pena impuesta en dos (2) meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de Hurto en grado de tentativa (un solo hecho), ocurrido el día 9 de enero de 2015, en perjuicio de D. R. y O. B.; revocar la condena dictada y absolver a N. respecto de los delitos de Robo en grado de tentativa y Encubrimiento, por los hechos ocurridos el día 6 de enero de 2015, en perjuicio de M. R. y la Administración Pública, (art. 164, 42, 45, 277 inc. 2 del CP) y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el punto 3) de la sentencia nº 305/16.-

De la misma manera, adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta, pata la presente etapa de impugnación.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría, con la disidencia parcial del Dr. Daniel Luis María Pintos,

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

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **E. E. N.**, contra la sentencia Nº 305/16, dictada en fecha 21 de abril del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia mencionada, en cuanto condena a **E. E. N.**, readecuando la pena impuesta en dos (2) meses de

prisión, como autor penalmente responsable del delito de Hurto en grado de tentativa (un solo hecho), ocurrido el día 9 de enero de 2015, en perjuicio de D. R. y O. B..----------

3º) REVOCAR la condena dictada y **ABSOLVER** al nombrado respecto de los delitos de Robo en grado de tentativa y Encubrimiento, por los hechos ocurridos el día 6 de enero de 2015, en perjuicio de M. R. y la Administración Pública, (art. 164, 42, 45, 277 inc. 2 del CP).----------

4º) DEJAR sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el punto 3) de la sentencia nº 305/16.----------

5º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por su labor en la etapa de impugnación ordinaria, en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

6º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 17/16

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.-