En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de noviembre de dos mil diecisiete, 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. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO**, 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° 75598**, **carpeta individual n° 8754**, caratulada: **"S., S. F. s/ Robo agravado en grado de tentativa",** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr. **Carlos Adrián Cabral** , la Sra. Defensora de Confianza, Dra. **A. L. D.** y el imputado **S. F. S..**; y

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

Que los días once y diecisiete de octubre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de S. F. S., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de S. F. S. contra la sentencia condenatoria?, y en

su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- Motiva la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensora Particular, Dra. A. L. D., en favor de su asistido, S. F. S., contra la Sentencia N° 2749/17, de fecha 5 de julio de 2017, por cuanto resultó condenado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, y al pago de costas procesales como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por ser cometido con arma en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de abril de 2016 en perjuicio de L. A. C..-

1.- La recurrente expuso en su presentación por escrito tres motivos de agravio: aplicación errónea de la ley penal; falta de motivación suficiente de la sentencia, y la omisión de valorar prueba decisiva; supuestos contemplados en el art. 372 inc. 2°, 3° y 5° respectivamente.-

Consideró que el Juez efectuó una errónea aplicación de la ley penal al no quedar establecido la utilización del cuchillo en el hecho, ni su poder intimidante, toda vez que ello no surge ni del testimonio de la víctima, ni de los dos únicos testigos presenciales -S. y A.-, y no obstante haber reconocido el imputado el cuchillo como propio, queda desvirtuada la

aplicación del agravante del uso de arma, por lo que subsidiariamente se debería encuadrar el hecho en la figura de robo simple en grado de tentativa (art. 164 CP). Hizo saber que el cambio de calificación sólo fue solicitado en la audiencia preliminar, no así durante el debate.-

Indicó en relación a la prueba que ha sido insuficiente, que no fue valorada de acuerdo a la sana crítica, sino de manera arbitraria a fin de sostener la existencia del hecho y la autoría de S., vulnerándose el principio de inocencia. Que el a quo omitió las diferencias existentes entre las declaraciones de A. y S. en cuanto a la oportunidad en que S. exhibió el cuchillo. En relación al testimonio de la víctima, no fue tenido en cuenta, que la percepción de la realidad se vio perturbada tal vez por el consuno de alcohol que él mismo refirió. Agregó respecto al cuchillo que en las filmaciones aportadas, no se advierte objeto alguno en las manos de S..-

Afirmó que la sentencia ante la falta de motivación suficiente, resultó ilógica, contradictoria y arbitraria, dado que al valorar la prueba, se omitieron las declaraciones de M. -chofer del móvil que trasladaba a S.-, T. –testigo de actuación-, y A. -del centro de monitoreo-, también se omitió reseñar la diferencia existente entre la denuncia y la declaración de la víctima y el informe del RNR. En cuanto al reproche del a quo de no haber presentado la defensa testigos de lo ocurrido en el B. H., puso de resalto que al no haber contestado el defensor anterior la acusación, al momento de querer hacerlo la recurrente en la audiencia preliminar le fue rechazada la posibilidad. Puso de resalto la declaración de su asistido, quien reconoció como propio el cuchillo, que él fue quien ingresó a L. C. en el

registro fílmico, además de reconocer su pasado delictual, pero no en dicha modalidad, circunstancia que no hubiera manifestado de haber tenido fines delictivos su accionar, concluyendo que no se le dio ningún crédito al imputado a pesar de su sinceridad.-

Por ello solicitó se decrete la nulidad de la sentencia recurrida y se dicte la absolución de su asistido, por imperio del principio *in dubio pro reo*. Subsidiariamente se califique el hecho como robo simple en grado de tentativa, en función de la errónea aplicación de la ley penal.-

2.- A su turno, el Fiscal General, Dr. Adrián Cabral, en su escrito de contestación, consideró que ha quedado ampliamente probada la utilización del cuchillo por parte de S. para amedrentar a la víctima y exigirle entrega de dinero, tanto por la declaración de la víctima, que indicó que al sentir que lo apoyaba con un elemento punzante requirió auxilio, así también por los testimonios de S. y A., quienes afirmaron que el imputado llevaba un cuchillo en su mano, y el personal policial que acudió al lugar de aprehensión de S. -Oficiales T. y M.-, éste último dispuso el secuestro del arma blanca. Por lo que la calificación escogida resulta acertada, en consecuencia debe ser rechazado el agravio relativo a la errónea aplicación de la ley penal.-

En cuanto al resto de los agravios también deben ser rechazados, dado que el Juez hizo un análisis de la totalidad de la prueba, valorada en su conjunto, a los fines de comprobar tanto la materialidad como la autoría, así la víctima brindó un testimonio coherente, apoyado por el de S., valorando además los testimonios del resto del personal policial, como la

declaración del imputado, ausente de evidencias que dieran crédito a su versión.-

Finalmente solicitó el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia en todos sus términos.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. la Defensora de Confianza ratificó en su totalidad el escrito presentado, ampliando los fundamentos e incorporando un nuevo motivo de agravio, solicitando la absolución de su asistido; subsidiariamente se encuadre el hecho en el delito de robo simple en grado de tentativa, y se declare la inconstitucionalidad del art. 27 a fin de que la pena de prisión sea impuesta en suspenso. Seguido fue escuchado el imputado S..-

La Defensa planteó como cuestión previa, en función de un "hecho nuevo" que hace a las condiciones personales de su asistido, la existencia de un proyecto de resocialización para privados de libertad desarrollado por el causante, quienes a través del aprendizaje de un oficio, en el caso la elaboración de todo tipo de premoldeados, pueden además con el producido ayudar económicamente a sus familiares. Proyecto que se lleva a cabo como prueba piloto en el centro de detención de la ciudad de Pico Truncado, y que consideró debe tomar en cuenta el Tribunal, en su caso, a la hora de mensurar la pena.-

Además cuestionó el monto de pena impuesta, y en caso de que no se haga lugar a la absolución, solicitó se declare la inconstitucionalidad del art. 27 del CP a fin de que la pena, le sea impuesta en suspenso. Consideró que una condena de cumplimiento efectivo impediría

la continuidad del proceso de resocialización que esta desarrollando S. a través de su proyecto, quien además de contar con un trabajo estable, es monotributista, tiene una empresa de servicio con la que se encarga de la manutención de su hijo de seis años, siendo su único sostén, dado que la madre se encuentra detenida. Por ello la aplicación del art. 27 del CP es contraproducente y contraria a la aplicación de la pena.-

A su turno el Fiscal General, ratificó el escrito de contestación, y solicitó la confirmación en todos sus términos de la sentencia atacada, por último y ante la consulta del Sr. Presidente, hizo saber que no se opone a que el proyecto traído por la defensa sea tomado en cuenta eventualmente a los fines de mensurar la pena.-

También postuló el rechazo a la declaración de inconstitucionalidad del art. 27 del CP planteada por la defensa en la audiencia del art. 385 como un nuevo motivo de impugnación, en primer término por resultar extemporánea la petición, y en segundo lugar, toda vez que no explicó los motivos o el agravio por el cual la solicitó tratándose de una de las cuestiones mas graves institucionalmente a fin de dejar sin efecto una norma.-

II.- El hecho por el cual se autorizó el juicio oral fue el descripto en la acusación de la siguiente manera: “Que el día 30 de Abril de 2016, aproximadamente a las 05:05 horas, en circunstancias en que L. A. C. caminaba por la calle San Martín casi intersección con calle 9 de julio de esta ciudad, S. F. S. por medio de la fuerza tomo por detrás a C., coloco un cuchillo en su espalda ejerciendo presión, manifestándole “cuanta guita

tenes" "dame la guita". Ante los gritos de C. pidiendo auxilio, el Cabo Primero de Policía E. S., quien se encontraba cumpliendo tareas de policía adicional en el local D., sito en calle X N° XXX de esta ciudad, corrió hacia al lugar a prestar ayuda, por lo que S. inmediatamente soltó a C. y corriendo intentó darse a la fuga, llevando consigo en una de sus manos el cuchillo, siendo aprehendido a escasos metros de la intersección de calle 9 de Julio y Av. Rivadavia de esta Ciudad al intentar ingresar al Pub L. C.; procediéndose al secuestro del cuchillo que llevaba S., siendo el mismo de 25 cm con mango de madera color marrón.-

1.-Adelantando opinión la impugnación evidencia serias falencias en la línea argumental, ya que la Sra. Defensora presenta una tesis del hecho que, al margen de no contar con respaldo probatorio, no lo tradujo en un planteo concreto y preciso que acompañe la posición asumida por su asistido en ejercicio de su defensa material en el sentido de no haber obrado con fines de robo sino simplemente increpar a L. A. C. por un incidente previo en un bar céntrico para darse a la fuga ante la intervención de dos funcionarios policiales, siendo detenido a poca distancia, en el ingreso al Pub "L. C.".-

Las críticas dirigidas a la sentencia no son precisas, sostiene la impugnante que la construcción efectuada por el Magistrado es producto de una parcializada y errónea apreciación de la prueba que se traduce en un pronunciamiento carente de fundamentación y por ende arbitrario.-

Un postulado como el que intenta hacer prevalecer la Sra.

Defensora debe mínimamente detallar las pruebas que entiende no fueron ponderadas, o demostrar que el aquo ha dividido las declaraciones de los testigos de cargo rescatando aquellos pasajes que lo incriminan descartando sin explicación aquellos en los que se contradicen, o dejar en evidencia el interés de los mismos en perjudicar a su asistido y detallar de que manera debieron valorarse las mismas para arribar a otra conclusión, además de brindar algún respaldo probatorio a su tesis y nada de ello hemos podido verificar.-

Se trata de un hecho en flagrancia, todos los testigos en forma unívoca y concordante han sostenido que una persona requería auxilio pudiendo apreciar que un individuo empujaba a otro contra las persianas del local comercial "F." y que ante la aproximación de dos funcionarios del orden exhibe un cuchillo retirándose raudamente hacia calle 9 de julio intentando ingresar al Pub "L. C.", y en líneas generales estas acciones han sido reconocidas por el imputado.-

Acepta que emprendió contra C., que intervinieron agentes del orden, que se retiró rápidamente a sabiendas que era perseguido por calle 9 de Julio, que intentó ingresar al Pub, que lo reducen y que llevaba circunstanciadamente un cuchillo de su propiedad circunstancialmente porque esa noche había concurrido a un asado.-

Han sido determinante entonces los testimonios de los funcionarios policiales S. y A. quienes brindaron un detalle pormenorizado de lo sucedido, sosteniendo que C. inmediatamente dice "me quería robar", resultando también relevante el testimonio de J. B. H., quien oficiaba de

adicional en “L. C.”, como corroborante de que S. era perseguido por S., siendo detenido en las circunstancias ya apuntadas y que llevaba un cuchillo.-

En lo demás los testimonios de los funcionarios policiales que intervinieron luego de la aprehensión, me refiero a T. y M., poco aportaron, quedando en un segundo plano, por lo que no se comprende aquel supuesto interés que tendría M. en perjudicar a S. según la impugnante, pues con los elementos antes mencionados se conformó un cuadro probatorio completo que fue correctamente ponderado por el Juez de grado.-

Por último cabe referirse al testimonio de la víctima en aquello vinculado a la intención de la persona que lo abordó, pues indica que fue en oportunidad que salía de un cajero automático, precisamente ubicado a metros del local de F., y que un individuo lo seguía pidiéndole que le entregue el dinero, ignorándolo continuando su marcha, cuando repentinamente lo empuja contra la persiana y le apoya un objeto punzante exigiéndole el dinero por lo que pidió auxilio.-

El relato resulta coherente tanto en su faz interna como externa y sostenido en el tiempo. La víctima había retirado dinero de un cajero, más allá de no haberse acompañado la constancia de extracción, y por ello fue abordada por S. cuando se dirigía a la terminal de ómnibus local; no existe ningún dato comprobable que esa noche un supuesto amigo de S. haya mantenido un altercado con C. en el Bar “H.”, menos que éste se encontrara en ese sitio, aspecto que fue adecuadamente abordado por el sentenciante.-

Las explicaciones que intentó brindar el imputado

respecto a las circunstancias y motivos por los que abordó a la víctima, resultaron absolutamente insatisfactorias y no resisten el mas elemental análisis, al margen de no encontrar aval en prueba alguna, y en relación al empleo del arma, sobre lo que la víctima ha dicho que no vio el elemento con que fue intimidado, lo que habla a las claras de su sinceridad, sí sostuvo que le apoyó algo punzante y ante la inmediata intervención de los policías exhibió el elemento que luego fuera secuestrado y reconocido, por lo que no cabe otra conclusión que fue el utilizado para intimidar a la víctima como así también para evitar que la autoridad lo detenga y a los fines del art. 166 inc. 2° del C.P., se admite la utilización del arma en cualquiera de los tres momentos previstos en el art. 164 de mismo cuerpo legal, por lo tanto también cabe descartar el planteo subsidiario de la impugnante pretendiendo la subsunción de la conducta de S. en la figura del robo simple en grado de tentativa, lo que así propongo al pleno.-

2.- La Sra. Defensora de Confianza en la audiencia del art. 385 del C.P.P. introdujo un nuevo motivo no expuesto en el recurso, por lo que el Sr. Fiscal General correctamente manifestó su oposición frente a la prohibición contenida en la norma citada.-

Si bien este Tribunal tiene fijada posición en cuanto a la amplitud de la revisión de la sentencia ante el recurso del imputado, en este particular la oposición del Titular de la Acción tiene suficiente sustento.-

Sin mayor argumentación la impugnante planteo la inconstitucionalidad del art. 27 del sustantivo; ello esta estrechamente vinculado al antecedente penal computable que registra su asistido, ya que en

razón del mismo la pena de prisión ha sido impuesta de manera efectiva y reclama subsidiariamente se le aplique en suspenso.-

Al margen de las reglas de litigación que contienen las normas procesales y la competencia asignada a la alzada por el art. 369 de dicho cuerpo legal, estrictamente pretende la parte la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal que no ha sido aplicada en el caso y partiendo de allí resulta absolutamente inadmisible el planteo.-

El Juez de grado solo ha verificado que no es posible dejar en suspenso el cumplimiento de la pena sencillamente porque no se trata de un supuesto de primer condena, condición indispensable para acceder al beneficio –art. 26 del C.P.-, mas no se ha pronunciado en esta oportunidad sobre las consecuencias que tal declaración trae aparejado en función del art. 27 del mismo cuerpo legal, lo que eventualmente queda sujeto a la decisión del Juez de la ejecución penal, conforme la competencia asignada por el art. 394 del C.P.P., y que por otra parte tampoco fue reclamado por el Titular de la Acción durante el juicio.-

Ahora bien, sí hemos considerado la queja vinculada a la insuficiente fundamentación de la sentencia al tratar la dosimetría de la pena, pues el aquo se limitó a mencionar de manera genérica las pautas mensurativas contenidas en los art. 40 y 41 del C.P. sin brindar fundamentos, lo que torna inmotivada la decisión en este punto y si bien la hace pasible de sanción de nulidad (arts. 161, 25, 330 CPP y 169 C.Ch.), ello importaría la realización de un nuevo juicio de cesura con una decisión abierta que puede llegar a resultar mas perjudicial para el imputado, justamente en función de

una resolución integral en razón del antecedente penal que registra de conformidad a lo previsto por el art. 58 del Código Penal, quedando vedado a este Tribunal ante el recurso del imputado modificar la decisión en su perjuicio –art. 369 C.P.P.- y por ello entendemos necesario readecuarla precisamente en función que no encontramos justificación convincente al monto aplicado.-

El aquo sin atender las circunstancias particulares del caso, ponderó como agravante aquellas personales del imputado sin explicar razonadamente los motivos por los que así las considera, y entiendo que valorar como agravante de la sanción la edad del imputado es ajeno al sentido que intentan dar los arts. 40 y 41 del C.P.; la pena debe necesariamente respetar el principio de culpabilidad, la estrictamente necesaria para que el individuo se resocialice y reitero que al no explicar el alcance de los parámetros utilizados relativos al quantum decidido descalifica el pronunciamiento en este punto tan relevante de la sentencia.-

Tampoco relaciona la educación con la obligación de respetar la propiedad ajena, o la ausencia de motivos para emprender contra la víctima con el fin de desapoderarlo del dinero que llevaba.-

En relación al antecedente penal podemos convenir que no se encuentra el aquo impedido de considerarlo como dato objetivo y formal a efectos de ajustar con mayor precisión la pena, aunque debe ser interpretado restrictivamente y de manera compatible con el principio de culpabilidad por el hecho y de prohibición de la persecución penal múltiple, máxime las consecuencias que traerá aparejada en el caso la condena ante el

antecedente que se verificó durante el juicio.-

Por último entiendo pertinente dejar sentado que los defectos advertidos en este segmento del pronunciamiento son a mi entender consecuencia de un tratamiento inadecuado de todo aquello que era materia de cesura, puesto que si bien no correspondía en principio la división del juicio en dos etapas, ni fue solicitado por la Defensa o el imputado (art. 304 del C.P.P.), se justificaba reparar sobre información que permitiera una comprensión más acabada de la composición y determinación de la pena, correspondiendo entonces ante tales falencias ajustar el monto de pena al mínimo legal, lo que así propongo al pleno, sin dejar de señalar que he tenido en consideración la situación familiar y la preocupación por todo aquello vinculado a la resocialización de las personas privadas de libertad, puesto de manifiesto con el proyecto elaborado por el imputado.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, 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.- De conformidad al resultado de la deliberación, adhiero al criterio expuesto respecto a la procedencia de confirmar parcialmente el decisorio, en orden a la declaración de responsabilidad penal; toda vez que la hipótesis acusatoria cuenta con suficiente respaldo dentro del cuadro probatorio, para ser avalada como la que se encuentra dotada de

mayor grado de probabilidad.-

1) En efecto, la prueba testimonial rendida en la audiencia de debate permitió acreditar que en las últimas horas de la madrugada del pasado día 30 de abril de 2016, en plena vía pública del centro de esta ciudad, calle San Martín a la altura del número X aproximadamente, el acusado S. F. S. intentó apoderarse de bienes propiedad del testigo-víctima L. A. C., quien transitaba por la vereda de la arteria mencionada; para lo cual hubo de apoyarle un cuchillo en la espalda, mientras lo interrogaba por la cantidad de dinero que podría haber poseído -"cuánto tenés?"-.-

La maniobra fue advertida por los funcionarios prevencionales de la Seccional Primera de Policía local, a saber el Cabo Primero E. S., quien persiguió al imputado unos metros, hasta el local nocturno denominado "L. C.", sobre la calle 9 de julio, donde lo aprehendió; tomando intervención luego el Oficial Subinspector C. M. M., como así también el Sargento O. M., quienes se conducían en el móvil R.I. XXX de la dependencia referida, y el numerario de la División de Criminalística, Agente J. D. A., responsable de la elaboración de los informes técnico-fotográficos n° XXX y XXX/XXXX.-

2) Ninguna de las alegaciones defensistas, ni material ni técnica, cuentan con corroboración en prueba independiente, de manera que es imposible aplicar el principio *favor rei*.-

Así, resulta que carece de sostén la versión de S. en cuanto a que habría existido un incidente previo con la víctima en un "pool", de manera que ello fue lo que motivó su accionar, y no el propósito de robo.

Tampoco se acreditó ninguna animosidad de los efectivos prevencionales actuantes, que disminuya el valor probatorio de sus dichos, como pretende la Defensora de confianza, a partir de una presunta enemistad con su persona (no con el acusado).-

En lo concerniente a la tipificación, resulta que del relato de C. se desprende sin lugar a dudas uno de los medios comisivos del art. 164 CP, violencia presunta o intimidación, según las diferentes interpretaciones de la dogmática; ahora bien, al haberse secuestrado inmediatamente después un arma de filo en poder del autor, resulta que ello configura prueba indiciaria del empleo de ese instrumento en el hecho, es decir que lo que la víctima sintió que le apoyaban en la espalda, era el arma blanca incautada minutos después, y sin solución de continuidad.-

De conformidad con la doctrina dominante, la agravante debe interpretarse del siguiente modo: en torno al medio comisivo "armas", recordemos que "… exigiendo la ley que el robo haya sido cometido con ellas, se transforman en un medio, aunque más peligroso, de ejercer violencia en las personas, por lo que su utilización requiere, al igual que aquella, de un despliegue de actividad física, que debe traducirse en un uso efectivo del arma como tal, esto es, como amenaza directa a la víctima, por lo que no basta para configurar la agravación, el llevar un arma, o su mera exhibición, en la cintura, el bolsillo o dentro de una bolsa, …" (cfr. Carlos A. Tozzini *Los delitos de hurto y robo*, edit. Depalma, Bs. As., año 1995, p. 311).-

III.- Pena: 1) en la sentencia solo se ha reproducido el anticipo que ya obraba en el acta de la audiencia de debate, sin ninguna otra

consideración. Esta fundamentación no es adecuada, sino insuficiente, por lo que debe reducirse al mínimo por falta de motivación.-

Andrés Ibáñez, en forma más amplia acerca del deber de "motivación de la pena", nos señala que: "La forma incondicionada de la formulación del deber constitucional de motivar, hace que el mismo, ya por esto solo, debiera extenderse, necesariamente, al pronunciamiento sobre la pena. Pero es que, además, se trata de un aspecto extraordinariamente relevante de la decisión. En el que los códigos suelen trasladar a los tribunales, en términos de notable amplitud, la tarea de individualización de aquélla. Así, por ejemplo, cuando se impone la compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el caso; cuando se hace uso de criterios de ponderación como la mayor o menor gravedad del hecho; o se impone considerar la personalidad del delincuente; o quepa la posibilidad de valorar una atenuante como muy cualificada, etc." (cfr. aut. cit., *Justicia penal, derechos y garantías*, capítulo V: "La sentencia penal", p. 203).-

Más adelante, este autor, también nos enseña que: "…cuando no exista verdadera claridad de criterio y no se esté en condiciones de justificar convincentemente un grado de pena de posible legal imposición, situado por encima del **mínimo, lo correcto será atenerse a éste,** caso en el que la motivación… podría ser implícita, puesto que vendría ya predeterminada por la propia acreditación de la existencia del delito" (ibídem, el destacado me pertenece).-

Ello es lo que ocurre, justamente, en nuestro caso

concreto, por lo que se concluye que corresponde reducir la pena a dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas.-

2) Respecto al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 27 del CP, el mismo debe rechazarse por improcedente, en atención a que el sentenciante no ha aplicado esta norma en el caso concreto; debiendo colegirse que, dado que el acusador público tampoco solicitó ninguna unificación de condenas (art. 58 CP) en la etapa procesal del debate, cabe la posibilidad que ello sea tramitado ante la instancia de Ejecución, en su oportunidad.-

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

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

I.- Resultaría ocioso reiterar los antecedentes del caso, argumentos de las partes y términos de la Sentencia, por lo cual remito a tales fines al detalle de todo ello incluido en el primer sufragio, sin perjuicio de reproducir aquello que resulte imprescindible a efectos de esta exposición.-

Considero que el gran tema a dilucidar refiere a cuales deben ser los estándares probatorios, los que permitan arribar a una condena, especialmente en relación a la prueba indiciaria. Luego, desde ya pues también fue motivo de agravio, la magnitud de la sanción impuesta y los criterios para determinarla.-

II.- Surge del contexto argumental generado por las partes, que la materialidad y la autoría no han sido cuestionadas, ya que no se

ha discutido que el día 30/4/016, a las 5 hs. aproximadamente, en la intersección de las calles San Martín y 9 de Julio de esta ciudad, cuando L. C. se desplazaba caminando, el acusado lo abordó desde atrás, le exigió la entrega de dinero, y le apoyó un cuchillo en su espalda, ante lo cual la víctima comenzó a gritar pidiendo ayuda, lo que fue percibido por el policía S. que cumplía servicio adicional en un pub cercano, quién se aproximó para intervenir, ante lo cual S. se retiró, siendo aprehendido por la Prevención al pretender ingresar en otro pub cercano, "L. C.", y secuestrada un arma blanca que portaba. –

El episodio, en la huida del imputado, fue filmado por una cámara de seguridad (nro, XX) del sistema del Centro de Monitoreo urbano, C. declaró en consonancia con el personal policial que intervino en la detención de S., el nombrado S., A. con quién estaba en el pub "D."; H. y B., que se hallaban en el pub "L. C."; T., que patrullaba en un móvil oficial a pocas cuadras; y M., que editó el video de la cámara aludida.-

Todos convalidaron en líneas generales los términos de la Acusación arriba expuestos, el propio imputado admitió que tenía el cuchillo y que persiguió al damnificado como consecuencia de una discusión en un bar en el que estaban previamente, aunque se expresó, tanto en Debate como en la audiencia anterior a este acto, negando sus fines de apoderarse de lo ajeno.-

Soy de la opinión que en el sistema acusatorio que consagró la Ley V 127 la labor de las partes es clave en el resultado del litigio, tanto como que se impone previo a contrastar las tesis en pugna, una

evaluación primaria de la pretendida por el Ministerio Fiscal o Acusador Particular, pues si esta no es idónea en sí, para generar el cese del estado de inocencia, no hace falta pasar a evaluar lo propuesto por el imputado o su defensa, ello como derivación primara de la trascendencia de dicho estado de inocencia.-

Pero también considero que si bien el objetivo del proceso penal es reconstruir la "verdad histórica" de lo ocurrido, ello se conjuga, nuevamente, con la actividad de las partes, por lo que partiendo de lo acontecido, se va generando a través de la acción de esa suerte de "método dialéctico" que en definitiva es el proceso, otra verdad, "consensual o procesal", la cual siempre tiene que ver con la primera pero puede no ser del todo coincidente.-

Es decir, lo que los Jueces consagran como "verdad" no deja de ser una explicación racional y fundamentada de lo acaecido, que puede coincidir totalmente o mayormente con la realidad. Pero nunca tal reconstrucción es simétrica a la realidad pasada, pues lograr ello es imposible.-

Partiendo de esa base, he de exponer brevemente los argumentos por los cuales la prueba rendida, desde la que emergen también indicios, todo ello propuesto por el Fiscal y avalado por el A-quo, los que en sí mismos reúnen los caracteres de seriedad, pluralidad y concordancia que se imponen cuando de pretender condena con elementos de convicción no directas se trata, han ostentado el carácter de suficiencia a tal efecto.-

Concretamente, el Acusador logró brindar una

explicación racional y avalada en prueba de lo ocurrido. Es que, evidentemente, no existía acreditación directa sobre la intención de S. al acometer a la víctima en la vía pública, más allá del testimonio de esta, respecto de la finalidad de sustraerle dinero, ni sobre si eso que apoyó en su espalda, que el damnificado no observó, era un arma blanca.-

No obstante, si C. "sintió" algo con filo, se le requirió dinero, e instantes después, el imputado fue aprehendido portando un cuchillo, intentando eludir la persecución policial, filmada, en un establecimiento público, era claro que el arma blanca que llevaba fue la utilizada en un primer momento, y que su conducta se parecía demasiado a un intento de desapoderamiento valiéndose de la misma.-

La versión de la víctima no fue desautorizada a través de un contra examen en el Debate por la Defensa, y si bien lo que opuso el acusado como descargo pudo haber tenido un anclaje en la realidad, ya expresamos que el concepto de verdad se corresponde con una explicación racional de los sucesos, y la misma aquí ha sido la propuesta por el Acusador Público.-

La interpretación precedente reafirma el concepto consistente en que la suma de las partes es más que el todo en lo que ha apreciación probatoria refiere. Y tiene que ver con una correcta lógica en la evaluación de la prueba, derivación de la sana crítica racional, sistema ritualmente consagrado (art. 25 CPPCh.).-

Reitero, el "caso" del Acusador Público tenía sustento probatorio. Desde tal inteligencia era necesario analizar la hipótesis contra

fáctica, el “caso” de la Defensa, técnica y material, que ya hemos reseñado, la que no llegó a conmover la solidez de la postura de su contraparte, ni siquiera con el auxilio del “in dubio pro reo” (art. 28 CPPCh.).-

La tarea del Magistrado consistió en determinar que la tesis acusatoria poseía anclaje en la prueba. Y al haber arribado a dicha conclusión, condenó a S. , ante la insuficiencia de acreditación de la posición de este y su asistencia técnica, en comparación con la primera.-

En síntesis, coincido con el enfoque del primer votante, y considero que la Sentencia, en este aspecto, debe ser confirmada, tanto como en cuanto a los preceptos jurídicos aplicables sustancialmente, el Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de Tentativa, en calidad de autoría (arts. 45,42, 166 inc. 2 primera parte del CP).-

III.- Los fines de la pena constituyen un tema de arduo debate.-

Entiendo, más allá de que no nos guste, que existe un componente de retribución en toda sanción, en la medida de causar un mal a aquel que ha causado otro. Desde Kant, al menos como construcción racional, que se reitera el concepto, y parece estar admitido universalmente en la Doctrina.-

Pero también existe el fin establecido legal y constitucionalmente, de resocialización, técnicamente llamado prevención especial positiva, fruto de la evolución de los derechos humanos y tendiente a que el condenado logre incorporar durante el encierro nociones mínimas de convivencia que lo alejen del delito y le permitan regresar al medio libre

exitosamente. Este fin nos suele gustar más, no así el estado del sistema organizado para lograrlo.-

El primero tiene directa relación con el principio de culpabilidad, a mayor reprochabilidad, mayor pena. El segundo, con la situación del condenado y tiene efecto de atenuación de los alcances del primero.-

Pareciera que el A-quo partió del mínimo de la escala aplicable, dos años y seis meses de prisión, lo cual comparto, y se alejó del mismo debido a que S. manifestó y acreditó poseer una actividad laboral que le permite vivir con relativa holgura, y también que despliega iniciativas tendientes a ofrecer alternativas de reinserción a quienes salen del sistema carcelario, lo cual el Estado ciertamente no proporciona. Evaluó negativamente sus antecedentes y tal situación económica como signos de su no motivación en la norma penal, y su paternidad como atenuante. Allí arribó a los tres años que impuso.-

Así decidida, la determinación de la sanción carece de sustento, no solo por ausencia de un mayor análisis, sino por qué la situación patrimonial del imputado nada debería hacer concluir respecto al acatamiento del mandato subyacente a la norma penal, excepto que se coincida en que sustrae lo ajeno solo aquel que tiene necesidades básicas insatisfechas, lo cual nos llevaría a afirmar que ciertos delitos, esencialmente los que tutelan el bien jurídico propiedad, los cometen solo aquellos con escasos recursos, ecuación que la experiencia común nos demuestra como alejada de la realidad.-

A todo evento, aquel que se apodera de lo ajeno por necesidad podría ingresar en el campo de la justificación, y lo que sí incrementa la culpabilidad, es el conocimiento de las normas, la ausencia de su desconocimiento total o parcial, lo que se relaciona con el acceso a la educación, que puede tener que ver con el patrimonio, o no.-

Entonces, excluido tal argumento, restan los antecedentes computables como agravante, y la paternidad en sentido inverso.-

En cuanto al primero, la esforzada Defensora solicita la inconstitucionalidad del art. 27 del CP., prematuramente, pues aún no se lo ha declarado operativo para S., específicamente respecto a la unificación de la condena de autos con la anterior. El dispositivo que se pretende excluir también prevé el término que debe transcurrir para acceder a una nueva condicionalidad, y no ha quedado del todo claro cual aspecto de la norma se cuestiona. Todo ello expresado sin perjuicio de la extemporaneidad señalada por el Ministerio Público, en tanto agravio introducido en la Audiencia del art. 385 del rito, por fuera del memorial escrito, en violación a lo ordenado por el art. 369 del rito.-

Por tales caracteres, lo prematuro y difuso del planteo, carece de sentido expedirse al respecto.-

No obstante, de ser operativa la aplicación del art. 27 en cuanto a la unificación de condenas, tendría una consecuencia específica, atento lo cual, asignarle otra en la individualización de esta sanción podría vulnerar el principio del “ne bis in ídem”.-

Objetados los argumentos tendientes a salir de mínimo

legal utilizados por el A-quo, y a efecto de no generar una actividad procesal estéril, hemos coincidido en el Acuerdo en fijar el mínimo de la escala como pena para el acusado por el hecho de autos.-

Ha tenido relevancia en tal consideración, que S. tiene familia, trabajo, participa de brindar chances de egreso exitoso para aquellos que pasaron por el sistema carcelario, lo que demuestra cierta internalización en cuanto a la observancia de Derecho, todo ello sin perjuicio del hecho de autos, por el que corresponde la respuesta contingente ya definida. Así voto.-

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

En orden 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 S. F. S., contra la sentencia Nº 2749/17, dictada en fecha 5 de julio del corriente año; confirmar parcialmente la misma, readecuando la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de dos (2) años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con arma, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2; 42 y 45 CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de abril del año 2016, en perjuicio de L. A. C..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza, Dra. A. L. D., en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Atento al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente por unanimidad, adhiero a la propuesta del colega que vota en primer lugar, en el sentido que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado S. F. S., contra la sentencia Nº 2749/17, dictada en fecha 5 de julio del corriente año; confirmar parcialmente la misma, readecuando la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de dos (2) años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con arma, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2; 42 y 45 CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de abril del año 2016, en perjuicio de L. A. C..-

De la misma forma, adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

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

De acuerdo al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

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

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **S. F. S.**, contra la sentencia Nº 2749/17, dictada en fecha 5 de julio del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la misma, readecuando la pena impuesta y **CONDENAR** al nombrado, en definitiva a la pena de dos (2) años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por ser cometido con arma, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 2; 42 y 45 CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 30 de abril del año 2016, en perjuicio de L. A. C..----------

3º) TENER presente la reserva de caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza, Dra. A. L. D., en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia con posterioridad a la deliberación el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

Sentencia nº 27/17

Fdo. Dres. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo.-