CAMARA EN LO PENAL
COMODORO RIVADAVIA
PROTOCOLIZADA BAJO EL Nº 10 AÑO 2023
María Victoria Di Capua
Auxiliar Letrada
Cámara en lo Penal

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dos días del mes de mayo de dos mil veintitrés, el Tribunal integrado por los Dres. Martín Roberto MONTENOVO, en su carácter de Presidente, Daniel Luis María PINTOS y Martín Eduardo ZACCHINO, Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal n º 11728, Carpeta individual n º 2151, caratulada: "S., D. B. s/ p.s.a Robo en grado de tentativa", de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación, la Procuradora Fiscal Dra. Cristina Marisol Sandoval (por cisco webex) y el Defensor Público Dr. M. C.; y

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

Que los días doce y diecisiete de marzo 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 D. B. 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, 5 ^{0} párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de D. B. 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, 5 ^{0} pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Eduardo Zacchino.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

I.- Ha motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público, Dr. M. E. C., contra la Sentencia nº 476/2022, de fecha 14 de Octubre de 2022, por la cual el Juez Penal de Sarmiento Alejandro Rosales condenó a D. B. S. a la pena de un (01) mes de prisión de efectivo cumplimiento, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de Hurto en grado de Tentativa, en calidad de autor (arts. 162, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido el día 26 de enero de 2020 del que resultó víctima R. L. L.; asimismo dispuso que firme la presente se proceda a la detención del causante para el cumplimiento de la condena impuesta.-

1) El hecho por el que comenzó el presente trámite y por el que en definitiva se abrió el juicio, es el detallado por el Ministerio Fiscal de la siguiente manera: El ocurrido el día 26 de Enero del 2020, aproximadamente a las 03:00 hs., en calle L. entre calle F. C. y pasaje s/n, Barrio X. viviendas de la ciudad de Sarmiento, oportunidad en que la persona de B. D. S., ingresó con la intención de sustraer elementos del interior del automotor marca Ford Escort dominio X., propiedad de R. L. L. Siendo sorprendido por S. D. A., dando aviso en forma inmediata al propietario del rodado, quien lo persigue por calle F. C. y antes de que llegue a la esquina lo alcanza, S. le pega un golpe de puño en el pecho a L. para

que no lo pueda detener procurando así su impunidad, no logrando su cometido ya que L. se defendió y pudo reducirlo para luego entregarlo al personal policial. Se constató que el imputado revisó la guantera del auto en búsqueda de elementos de interés para su sustracción dejándola abierta y papeles esparcidos por el piso, no logrando su objetivo por cuestiones ajenas a su voluntad".-

Formulada la acusación, se encuadró la conducta antes descripta como Robo Simple en grado de tentativa, en calidad de autor (art. 42, 45 y 164 del CP), que mantenido ello en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia preliminar, y por lo que finalmente se abrió el Debate oral.-

Durante el mismo, y concluida la producción de la prueba, la Fiscal sostuvo que se probó el hecho llevado ajuicio, solicitó se lo declare responsable del delito de Robo Simple en grado de Tentativa, en la etapa de cesura requirió la imposición de una pena de un (l) mes de prisión para S., y teniendo en cuenta el antecedente computable que registra — condena de tres años de prisión en suspenso dictada el 7/7/17 en el marco de la Carpeta Judicial nº 3972, correspondiente a la Oficina Judicial de Esquel-, solicitó sea remitido al C. de J. de la ciudad de Esquel a los fines del art. 58 del CP.-

La Defensa, concluyó que no se acreditó la plataforma fáctica propuesta, solicitó la absolución por falta de intención, pues no se demostró el dolo de apoderamiento, planteó el desistimiento voluntario, y por otro lado propuso que los hechos sean calificados como Hurto en grado de Tentativa. En oportunidad de la audiencia de cesura solicitó la imposición del mínimo legal, es decir quince (15) días de prisión.-

Finalmente se condenó a S. a la pena de un mes de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de Hurto Simple en grado de Tentativa por el hecho ya descripto. Tuvo por acreditada la materialidad y autoría, por las declaraciones vertidas en debate por el damnificado R. L. L., S. D. A., con quien compartía un asado, y quien advirtió la presencia del acusado dentro del rodado de su amigo. Además del personal policial que acudió de inmediato al lugar, el Sargento 1 ^{0} P., quien identificó a la persona reducida y las trasladó a la Comisaría, el Oficina I., y M., ésta última de la Unidad de Criminalística, quien obtuvo las vistas fotográficas del interior del vehículo, donde se constató que presentaba un importante desorden, tal lo afirmado por el damnificado.-

2) Contra dicho decisorio el Defensor dedujo impugnación ordinaria, solicitó la absolución de su asistido por aplicación del beneficio de la duda. Tildó la sentencia de arbitraria, por cuanto el sentenciante incurrió en falta de motivación, parcialidad y en una deficiente valoración de la prueba, al no haber observado las reglas de la lógica y de la sana crítica racional, incumpliendo con lo establecido por el art. 25 del CPP, Subsidiariamente planteó el desistimiento voluntario de la conducta desplegada por S., y en esos términos solicitó se revoque la sentencia sin imposición de pena conforme lo establece el art. 43 del CP.-

Cuestionó que el Juez Penal construyó la responsabilidad de S. partiendo de la base que el vehículo había sido revisado en su interior, que estableció como probado "el desorden del vehículo", con apoyatura en lo manifestado por los testigos A., M. e I., lo que debió ser contrastado con el conjunto de medios de prueba, y en modo alguno puede sostenerse tal

afirmación de solo analizar las muestras fotográficas que la Cabo M. obtuviera del interior del rodado.-

Reprochó también la libre valoración que hizo el Magistrado del testimonio de A., entendió el Defensor que éste no sorprendió a S. salir del vehículo, de haber ocurrido ello, lo lógico hubiera sido que salga corriendo, y no que haya actuado con la tranquilidad que lo hizo al pedirle un cigarrillo.-

Concluyó que atento la carencia probatoria, la ausencia de rastros dactilares del interior del vehículo, el Juez llegó a su sentencia sin apoyatura en la evidencia y prueba, así sus fundamentos sólo se conformaron a partir de su íntima convicción, lejos de la realidad de los hechos. Por lo que solicitó se haga lugar al planteo, y por último dejó hecha reserva de ampliar los fundamentos en la audiencia respectiva y del caso Federal.-

3) El Ministerio Público Fiscal solicitó se rechace la impugnación interpuesta y se confirme la sentencia en todos sus términos, señaló que el Juez Penal Rosales realizó un análisis armónico de la prueba rendida en debate en cuanto a la materialidad del mismo y autoría en cabeza de S.-

Destacó que el hecho fue cometido en flagrancia, S. fue detenido a 100 metros del lugar, hubo continuidad desde que salió del rodado y fue visto por A. quien avisó a su amigo L. —propietario del vehículo- quién lo persiguió, e inmediatamente intervino personal policial — Sgto. P.-. Por lo que al tratarse además de un caso de poca gravedad, no era necesario el levantamiento de rastros del interior del rodado, ya que existieron otros medios para demostrar el ilícito como ser las declaraciones testimoniales del damnificado L., su amigo A. y los policías intervinientes en el lugar.-

Por último sostuvo el rechazo también del planteo de la figura del art. 43 del CP, toda vez que no existió por parte de S. un desistimiento voluntario, quien ingresó al vehículo que no era de su propiedad, valiéndose de la nocturnidad, revisó el interior de la guantera, y al momento de su ejecución es sorprendido por A., por ello es que sale y se hace el distraído, por lo que consideró que el delito fue frustrado y no desistido por el encartado.-

4) En ocasión de celebrarse la audiencia del art. 385 del C.P.P., el Defensor ratificó en todos sus términos el recurso presentado por escrito y solicitó que se revoque la sentencia de condena y se absuelva a S. por imposición del beneficio de la duda. Por su parte, la Fiscal General ratifico su escrito de contestación y solicitó que se confirme la sentencia en todos sus términos.-

II.- No he de extenderme demasiado pues tal como lo hemos adelantado, el caso no presenta mayor complejidad y quizás forme

parte de un universo que de acuerdo al diseño original del ordenamiento adjetivo vigente, pródigo en modos de solución del conflicto generador o generado por el delito distintos a la realización de un Juicio oral si el hecho no reviste gravedad, no deben llegar a esta instancia.-

No obstante ha arribado y por tanto debemos tratar la impugnación deducida.-

El Sentenciador valoró correctamente el testimonio de S. D. A. quién afirmó que esa noche salió del exterior del sitio donde estaba compartiendo un asado con un grupo de personas, entre ellas el propietario del rodado (R. L. L.) y observó a un sujeto saliendo del interior del mismo, el que hacia él se dirigió para solicitarle un cigarrillo y ante la consulta que le efectuó respecto de qué estaba haciendo dentro del automóvil, intentó alejarse raudamente del lugar, por lo cual el testigo dio aviso al titular del vehículo produciéndose instantes después la aprehensión privada de quién culminó siendo el aquí imputado.-

Convocada la Prevención, realizó la diligencia de inspección pertinente y constató que el rodado no se encontraba cerrado a tenor de las expresiones de su dueño (Sr. L.), y que resultaba evidente que quién en él se introdujo había hurgado en su interior, en la guantera y los asientos, todo ello conforme los documentos y testimonios de policías independientemente de los dichos del testigo presencial y la víctima.-

Los testimonios referenciados fueron sometidos a contra examen, cuyo resultado fue negativo para los intereses de la Defensa pues su mérito radicó allí donde lo identificó el Sentenciador.-

En virtud de tal cuadro probatorio, básicamente las alternativas fácticas a considerar eran dos. Una primera en la cual existió un desistimiento voluntario de la tentativa por parte de S.; una segunda en la cual el imputado dio marcha atrás en su iniciativa delictiva ante la aparición imprevista de A., es decir por una razón ajena a su voluntad.-

La Defensa intentó plasmar la primera de las alternativas indicadas, al menos instalando el caso en el territorio donde debe imperar la duda razonable a favor de su pupilo.-

Aunque dos extremos conspiraron contra su planteo. El primero se relaciona con que evidentemente el acusado se introdujo dentro del rodado y con ello en la esfera de custodia de bienes ajenos, superando el límite entre actos preparatorios y comienzo de ejecución, al menos de acuerdo a la posición mayoritaria de la doctrina en cuanto al punto, que hemos seguido reiteradamente al pronunciarnos (conf. Gonzalo Fernández Código Penal Comentado Baigún-Zaffaroni pag. 1 17, Tomo 2, Ed. Hammurabi -Sentencias nro. 31/10 y 29/14 entre otras).-

Luego, ya respecto de la voluntariedad del desistimiento, la interpretación que se imponía de la conducta comprobada de S., al pretender naturalizar una situación irregular trabando un diálogo forzado con quién lo sorprendió en la faena ilícita (y luego correr rápidamente) no era otra que la realizada por el A-quo, al adjudicar a S. el intento de disimular la iniciativa ante quién podía develarla, factor determinante en la conceptualización sobre la existencia de tentativa de apoderarse de lo ajeno.

En un hecho al que le cabe el concepto de cuasi flagrancia (art. 217 CPPCh.), que debido a su naturaleza no le era exigible mayor caudal probatorio, la lógica, la experiencia común y la psicología como herramientas de la sana crítica racional (art. 25 CPPCh.), y el rendimiento indiciario de dicha prueba sustentan la valoración del plexo efectuada por el Juez de grado y con ello el descarte del agravio respectivo.-

III.- Ahora bien, en lo que se vincula a la sanción impuesta, de una simple lectura de la Sentencia se desprende que la argumentación ha reposado en aspectos ajenos a la situación de S. -

Si bien existe un antecedente computable, condena de ejecución condicional que derivaba en el tenor de cumplimiento de la pena aquí a imponerse, las referencias en torno a la libertad condicional del acto en revisión carecen de sustento desde que S. no cumplió la pena aludida.-

Ello de por sí habilitaría, vía control de constitucionalidad oficioso del art. 369 del CPPCh. (Sentencias nro. 5/19, 13/21, 19/21 y 7/22 entre otras), la invalidación parcial del pronunciamiento en cuanto al punto y el reenvío correspondiente.-

Pero la escasa gravedad del hecho nos ha persuadido de reducir el monto punitivo al mínimo legal, quince días de prisión, devolviendo la Carpeta de la Oficina judicial de Sarmiento a efecto que el trámite continúe de acuerdo a la ley (arts. 27 y 58 CP.).-

Por último, si bien los Magistrados se hallan facultados para hacer cumplir sus decisiones (conf. Sent. nro. 3/23), aquí dado el tema de la pena impuesta y la remisión a otro Organo Jurisdiccional a efecto de

realizar la unificación de condenas, no se comprende la decisión tomada en el apartado 3 ^{0}) del resolutorio en análisis, la cual debe quedan sin efectos. 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.-

11.- 1) El recurso ordinario ha planteado el vicio de arbitrariedad de sentencia, cuestionando los estándares probatorios utilizados por el Juez Penal del tribunal de juicio unipersonal, a los que califica como de "íntima convicción", y violatorios del art. 25 del CPP.-

Hemos acordado en la deliberación que no ha de ser de recibo dicho gravamen, teniendo en cuenta que tal como lo ha puntualizado la acusadora pública en su responde, se trató de un delito cometido en flagrancia, seguido de una aprehensión privada por parte de los testigos R. L. L. —damnificado- y su amigo S. D. A.; quienes en lo sustancial han permitido tener por acreditado que en la madrugada del día 26 de enero del pasado año 2020, el acusado D. B. S. intentó atentar contra la propiedad privada de L., a través del apoderamiento de objetos del interior de su automóvil marca Ford "Escort", dominio X., todo ello en la ciudad de Sarmiento.-

En efecto, y más allá del loable esfuerzo del Defensor público, resulta a todas luces excesivo pretender que para poder tener por debidamente acreditado un hecho de tal naturaleza, por ejemplo, sea menester probar el grado de "desorden" verificado en el habitáculo del vehículo, es decir en qué medida el único autor del hecho revolvió o tocó las pertenencias, modificó su posición, alteró su forma, etc. De continuarse con esa línea de entendimiento, el siguiente paso podría consistir en exigir la realización de una "pericia", que compruebe aquel estado de cosas, lo cual resulta materialmente imposible.-

El impugnante se queja de que los funcionarios prevencionales han procedido en la emergencia, y declarado luego, en base a los dichos del dueño del rodado; pero resulta que, y en la misma línea de razonamiento del párrafo anterior, no existe otra alternativa lógica posible: tengamos en cuenta el contexto fáctico, horario, lugar, etc ¿quién más que el titular de los bienes podría aportar información a las autoridades prevencionales, convocadas por él mismo y su amigo? O bien ¿qué debería exigirse a la Policía, a título ejemplificativo y como ejercicio argumental? ¿Que requiera al dueño de casa filmaciones o video-grabaciones, so pena de no tomarle la denuncia, en ausencia de elementos "objetivos" corroborantes? Y así, hasta el infinito: v.g. la documentación del vehículo ¿y porqué no de la vivienda misma frente a la cual se hallaba estacionado? etc, olvidando que una testimonial en estos casos, importa una auténtica declaración jurada acerca de los extremos fácticos de la imputación —al igual que como ocurre en casos de apoderamiento de dinero en efectivo, o

valores muebles no registrables, por ejemplo, de lo contrario se invertiría la carga de la prueba - .Lo concreto, y que no ha sido desvirtuado en la impugnación ordinaria, particularmente en orden a la descripción del interior del automóvil, es que el espacio denominado "guantera" o "gaveta" se hallaba abierto, de manera entonces que aún en el hipotético supuesto de que se pretenda que faltan pruebas sobre el estado de "desorden", y/o la magnitud del mismo, en general, aquel segmento del hecho —búsqueda de elementos u objetos, dentro de la gaveta- no admite discusión posible.-

Comparto la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en materia de aplicación del principio de inocencia como regla de juicio, cuando se sostiene que: "Así como no es indispensable para la sentencia condenatoria la certeza que conduzca a la admisión íntegra de la existencia del relato de acusación -como fue formulado en la requisitoria o en su ampliación o modificación durante el debate-, no cualquier incertidumbre y por tanto no toda duda sobre las circunstancias en aquella descriptas conduce a la absolución. Tanto la certeza como la duda deben recaer en las cuestiones esenciales o nucleares. La duda como consecuencia del principio de inocencia que conduce a la absolución tiene que ser razonable", TSJ, Sala Penal, Sent. N^{O} 107, 'G., C. H. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. —recurso de casación', 06/06/2007 (Dres. Cafure, Tarditti y Blanc G. de Arabel) el destacado me pertenece-.-

2) Una consideración especial merece la valoración de la testimonial de A., ya que fue quien se hallaba en el exterior del

inmueble propiedad de L. —sector de "quincho" o "galpón"-, y entonces le dió aviso sobre lo ocurrido en el automóvil. De acuerdo con la sentencia de condena, tenemos que con esa declaración se establece el nexo entre el hecho tenido por probado, y la tipicidad de una tentativa de Hurto simple, en el marco del art. 42 del CP, en la medida en que su presencia sorpresiva hubo de erigirse en la circunstancia ajena a la voluntad del autor (S.), que impidió su consumación.-

No encuentro ninguna alternativa posible y válida, como para poner en tela de juicio la versión del amigo de la víctima, o por lo menos no se han argüido argumentos de peso en pro de su descrédito; ya que si combinamos este segmento del suceso, con la posterior aprehensión privada por parte de L. y A. -comprobada luego por los preventores-, no cabría presumir en absoluto que se trató de un "complot", o conspiración, en perjuicio de S., porque ello no tiene apego en la realidad.-

3) El desistimiento del art. 43 del CP: recordemos que más allá de la diferente raíz de las teorías que se formulan para explicar el instituto del desistimiento, sean de orden psicológicas o normativas, siempre se coincide en exigir que el mismo sea voluntario. En particular, en orden a la denominada "decisión de abandonar", la doctrina nos enseña que: "Además de la posibilidad objetiva de conclusión de la conducta dañosa del bien jurídico, se requiere subjetivamente una conducta dirigida y conducida al resultado de abandono (por acción u omisión, . . .). Como elemento dirigente —comparable al dolo- cabe exigir la decisión de renunciar a la conclusión de la conducta dañosa del bien jurídico, la que

debe conducir el hacer o no hacer que ha de evitar dicha conclusión . ' (cfr. MaurachGössel-Zipf, Derecho Penal. Parte general, t. 2, edit. Astrea, Bs. As., 1995, traducción de la T, edición alemana, ps. 93 y ss.).-

En nuestra Dogmática, Zaffaroni enseña que el desistimiento dependerá siempre del presupuesto de ausencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, . . . " (cfr. aut. cit., Estructura básica del Derecho Penal, edit. Ediar, Bs. As., año 2009, p. 159). Por su parte, la jurisprudencia nacional también se ha inclinado por la tesis de la "involuntariedad" —y por ende, de la punibilidad de la conducta-en aquellos casos en que las circunstancias externas permiten descartar "todo vestigio de autonomía al abandono".

La doctrina, a su tiempo, anota que ' . inclusive para una postura que evalúe de manera psicológica la renuncia al hecho, los supuestos en que se desiste por temor al descubrimiento son prototípicos de desistimiento involuntario. O bien el autor parece no modificar su motivación respecto de la norma, o bien se aleja por circunstancias externas, pero en todo caso nunca voluntariamente" (cfr. María de las Mercedes Galli, análisis del fallo "W., A. J." de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, del 19/3/03, en la obra colectiva: Jurisprudencia de Casación Penal, t. l , ps. 15 y ss., edit. hammurabi, Bs. As., año 2009, el destacado ha sido agregado al original).-

Como ya lo habíamos anticipado, y en relación con el testimonio de A., su imprevista salida al espacio público sorprendió a S.,

de allí que nos encontremos ante una tentativa punible (cfr. Bacigalupo, catálogo de criterios orientadores de la decisión: "positivos", el comienzo de ejecución ' . se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección", Derecho Penal. Parte General, ps. 471 y ss.).-

III.- El monto de la pena de prisión de cumplimiento efectivo: debe reducírselo al mínimo de la escala penal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 42, 44, 162 y ccs. del CPP, teniendo en cuenta para ello que no obstante contar S. con antecedentes, el grado de puesta en peligro del bien jurídico propiedad privada, ha sido sumamente reducido.

En apoyo de lo expuesto, reiteradamente hemos seguido la opinión en la materia de Andrés Ibáñez, quien sostiene sobre la fundamentación de la sentencia penal, en orden a la pena, 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.' . _

Más adelante, el autor citado añade en consecuencia, 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. Y cuando, en razón de las particularidades personales y del hecho, sea legalmente posible y se estime obligada una agravación de la pena, recorriendo hacia arriba los márgenes de apreciación discrecional abiertos en el supuesto concreto, habrá de considerarse que ello sólo estará justificado si realmente se acierta a justificarlo de una forma razonable, argumentada y convincente. Nunca acudiendo a la vía . . . de las fórmulas estereotipadas" (cfr. Recopilación de sus artículos titulada: "Justicia penal, derechos y garantías", p. 203, edit. Palestra el destacado me pertenece, en todos los casos).-

Asimismo, se satisfacen así muy adecuadamente los requerimientos de nuestra doctrina procesal penal, en el sentido que: "… Además de aseverar la tesis de la comisión del delito por un sujeto culpable, el juez valora también, a los fines de la decisión sobre la medida o sobre la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto ambiental en que se ha verificado, con sus causas objetivas y sus motivos subjetivos, con la intensidad de la culpabilidad, en una palabra, con las circunstancias específicas con que el culpable ha actuado. Todo esto conforma la llamada equidad del juicio, en la que se expresa un poder

llamado de connotación" (cfr. Fernando Díaz Cantón: "El control judicial de la motivación de la sentencia penal ", en la obra colectiva: La motivación de la sentencia penal y otros estudios, edit. del Puerto, Bs. As. 2005, ps. 155 y ss.); quien añade que: "Ferrajoli sostiene que aunque las tesis que describen estas circunstancias específicas, suelen ser aserciones dotadas de referentes empíricos, casi nunca es posible predicar de ellas la verdad jurídica . . . 'La ley, en efecto, no prevé ni podría prever todas las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos por ella denotados, sino que todo lo más puede indicar sus criterios de valoración ' el destacado ha sido agregado al original).-

IV.- También corresponde revocar el punto 3 ^{0} del fallo motivo de impugnación ordinaria, en cuanto ordena proceder a la detención de D. B. S. por improcedente.-

V.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto al del Colega que presidió el Acuerdo, y me expido en forma parcial por la afirmativa, a la presente cuestión.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. ZACCHINO dijo:

1.-

Los magistrados que me preceden en el orden de sufragio han conseguido resumir adecuadamente los términos en que la Defensa basó su protesto ordinario de conformidad a lo estatuido por los arts. 370, 372, 374, y 382 del Ceremonial y, por prácticas razones de economía procesal, a dicha síntesis me remito. Del mismo modo, y también en honor a la brevedad, daré aquí por reproducido el hecho objeto de

juzgamiento para su amplia inspección en esta Alzada, tal y como fue desbrozado en las 'resultas " que encabezan esta sentencia-

En tal orden de ideas, y en aras de respetar un orden metodológico, puntualizaré que los motivos de agravio se circunscribieron a la errónea valoración de la prueba producida, habiendo recurrido el juez a quo a su íntimo convencimiento acerca del acaecimiento del suceso juzgado. Según el impugnante, tal posicionamiento frente a la interpretación de la prueba transforma en arbitraria la sentencia, por haberse violado las reglas del art. 25 del CPP.-

Subsidiariamente, introdujo como motivo de agravio autónomo, que la conducta juzgada debe ser tenida como desistida voluntariamente por su pupilo y, como su jurídica consecuencia, prescindirse de la imposición de pena, tal lo establece el art. 43 del Código Penal.-

11.-

En primer orden —y tal como lo he señalado en otros casos resueltos (v.gr. "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ C. H. y otro s/ Lesiones Leves- Esquel" (NIC N^{O} 5276 - NUF N^{O} 49.145 y 50.661), Rta. 30-A GO-2022) "no puede pasarse por alto que no abastece el carácter de arbitrario de un pronunciamiento jurisdiccional la circunstancia de que alguna prueba quede al margen del análisis valorativo realizado por el Juez, o que se le dé un alcance distinto al pretendido. [I] Que las pruebas puedan ser valoradas de otra forma, es un tema diferente, pero no suficiente para concluir desde allí, la presencia de un pronunciamiento arbitrario. Ha sido

pacifica la doctrina seguida por el Superior Tribunal de nuestra Provincia, distinguiendo la decisión arbitraria, de aquella que da cuenta de una valoración distinta de la prueba colectada durante el proceso"

En este orden de ideas, no demuestra el impugnante el vicio señalado.-

Contrariamente a lo que se sostiene, advierto que la sentencia sub examine muestra una conclusión fundada y razonable sobre la prueba de la intervención y responsabilidad de D. B. S. en la comisión del suceso que se tuvo por acreditado. En efecto, la sentencia exhibe una adecuada aplicación de las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del estado jurídico de inocencia y de la regla legal de la sana crítica racional, lo que permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena que, en el caso, el Tribunal Unipersonal arribó a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos, propios de la tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.-

Se observa así que el a quo analizó y valoró de forma detenida, objetiva y precisa la prueba incorporada al debate.-

Los hechos ventilados en juicio, no encierran, en su reconstrucción, ninguna complejidad pues, la flagrancia (presencia y oportunidad) ni siquiera ha sido discutida.3

Pero aun así, el juzgador meritúo adecuadamente el testimonio de A., persona que observó en el interior del auto Ford Escort

de L. a una persona en actitud llamativa; el del propio L. que, además, persiguió y dio alcance a S. mientras intentaba escapar, y el de los empleados policiales que acudieron al lugar donde se produjo la aprehensión privada luego de un forcejeo entre L. y S.; estos empleados policiales resultaron ser O. P. y D. F. I. En rigor, la reconstrucción fáctica no adolece de fisura alguna. De lo que se trata en definitiva, es de desentrañar el significado jurídico de la presencia de S. en el interior de un automóvil ajeno.-

Sobre el particular, fue bien descartada —y no recurrida la posibilidad de que el imputado se haya confundido de auto, o que haya ingresado al mismo a dormir; por el contrario, la paradoja sólo quedó planteada entre las partes respecto a si el imputado pretendió alzarse con efectos de valor y no pudo o, en su defecto, si se arrepintió de ello y decidió no continuar su propósito.-

En tal orden de ideas, es dable indicar que la materialidad del hecho acreditado, incide lógicamente en la calificación legal escogida. Y es aquí donde la Defensa también dedicó esfuerzos argumentales, sosteniendo que más que un hecho de hurto tentado, el sub lite se trata de un desistimiento voluntario, enmarcable en las previsiones del art. 43 del Código Penal. En otras palabras, que su conducta queda para ley, exenta de pena.-

Hay varias circunstancias que atender antes de arribar a una conclusión sobre el punto. La primera, es que el iter criminis debe haber traspasado el límite de la mera preparación y haber ingresado ya al

terreno de la ejecución del delito. La segunda, aunque parezca obvio remarcarlo, es que la situación fáctica no haya conseguido llegar a la consumación. Por tanto, en el contexto así planteado, el "desistimiento" voluntario variará según si la tentativa se considera acabada o inacabada. En el primer supuesto, le hubiese bastado a S. con no continuar avanzando en su plan delictivo; en el segundo, le era exigible que vuelva sobre sus pasos deshaciendo lo ya hecho; en suma, que haya sido él quien evite el resultado típico.-

Del análisis conjunto y armónico de las probanzas colectadas, fundamentalmente, del testimonio rendido por S. D. A., del damnificado R. L., como así también de la huida de S. del lugar, la persecución y posterior aprehensión, con más cierto desorden constatado en el interior del rodado Ford Escort (guantera abierta y papeles dispersos, al menos eso), dan cuenta de una situación muy diferente a la planteada por la parte impugnante en torno a un posible desistimiento voluntario.-

La lógica, la experiencia y el sentido común aplicados por el juzgador de mérito en la interpretación de las probanzas señaladas y su lectura conjunta en la situación dada, es a mi criterio correcta pues, al descubrimiento de un sujeto en el interior del rodado por parte de A. —quien inmediatamente le da aviso a L., situación por demás elocuente de que los hechos le llamaron la atención por su evidente apariencia delictiva, la actitud adoptada por S. al saberse descubierto —sale del interior del vehículo, entabla con A. una conversación trivial pidiéndole un cigarrillo, para intentar tras ello alejarse del lugar- nos colocan ante una tentativa

acabada, habiendo quedado el suceso inconcluso por circunstancias enteramente ajenas a la voluntad del acusado (arts. 42 y 44 del Código Penal).-

Por ende, coincidiendo en ello con mis colegas, propondré confirmar la sentencia en este aspecto.-

111.-

La calificación de los hechos no ha sido cuestionada —salvo, claro está, la ya descartada situación relativa a un posible desistimiento voluntario- por lo que la conducta acreditada fue bien subsumida en el tipo penal del art. 162 del Código Penal, en grado de tentativa (art. 42, CP).-

La escala penal, reducida por el conato, parte de un mínimo de 15 días hasta el año y los cuatro meses. El juzgador impuso la pena de un mes de prisión, de efectivo cumplimiento, tras valorar —en favor y en contra- circunstancias atenuantes y agravantes, conforme lo disponen los arts. 40, 41 y 44 del Código Penal.-

Así entonces, y tal como compuso la respuesta punitiva el juzgador, el monto de la sanción y la modalidad de su cumplimiento, guardan relación también con el antecedente condenatorio informado por el Ministerio Público Fiscal, vinculado a la sentencia condenatoria que registra S. de tres años de prisión en suspenso, dictada el 7 de julio de 2017 en el marco de la Carpeta Judicial nº 3972 (Legajo Fiscal 38730 y acumulados), del registro de la Oficina Judicial de Esquel. Tal como ha señalado el a quo, la pena impuesta no podrá ser dejada en suspenso, en

virtud de que no han transcurrido los plazos dispuestos por el art. 27 del Código Penal para que la primer condena se tenga por no pronunciada y lograr así la condicionalidad de su ejecución.-

Pero interpreto que, para que tal estado de situación incremente la dosificación punitiva, no alcanza con tomar el antecedente condenatorio como una pauta agravante, dado que corresponderá acumular ambas penas (Cf. art. 58, CP) y someter su cumplimiento a lo que dispone el primer párrafo del art. 27 del Código Penal en cuanto establece que "...si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito ... lo que de por sí, y pese a la nimiedad del hecho hoy juzgado, implicará para el imputado una sanción mayor (art. 31, primer párrafo del CPP).-

Si bien comparto el razonamiento aplicado por el a quo para fundar el monto de la sanción4, no menos cierto es que la afectación del bien jurídico ha sido prácticamente insustancial lo que, interpretado a la luz del principio de proporcionalidad, me persuade de dejar fijada la pena en el mínimo legal, esto es, quince días de prisión (arts. 42, 44 y 162 del CP).-

Así, se ha entendido que "el juicio de reproche se compone con el modo e intensidad de agresión al bien jurídico, lo que provoca una ligazón entre la magnitud del injusto y la culpabilidad. Se es más culpable o se está más sujeto al reproche cuanto más intensamente se ofende al bien jurídico, pero no por la función protectiva respecto de éste último, sino por la revelación de un mayor grado de lesividad y

reprochabilidad en el caso concreto, que se modula junto con las circunstancias o situación personal que ayudan a motivarse o desmotivarse frente al hecho. Por otro lado, cabe decir que la motivación frente al delito posible no es, en rigor, una cuestión abstracta que deba medirse respecto de la regla jurídica, sino que guarda directa vinculación con la posición concreta del afectado por el delito, de donde podría reformularse la noción de reprochabilidad y direccionarla en busca de bases dogmáticas más previsibles, como una cuestión que debe asociarse con el presupuesto de la capacidad de motivarse frente a un determinado sistema de interacción que la norma en el lenguaje pretende preservar".-

"La vinculación entre culpabilidad y lesión se reconoce con nitidez en la síntesis que elabora Zaffaroni, cuando dice que se reprochará al agente que en el contexto en que actuó no haya obrado de otro modo no lesivo o menos lesivo, de lo que se infiere que el juicio de reproche personalizado que gobierna la mensura judicial de la pena incluye necesariamente el grado de afectación del valor preservado por la norma".

-

"La relación entre culpabilidad y el monto de la pena no está completa si ésta resulta disociada del daño o peligro causado con el injusto; en consecuencia, el principio de culpabilidad como rector de la mensura de la sanción debe ser tenido como un recipiente que comprende la denominada proporcionalidad". 5

Todo acto de gobierno requiere de un tránsito indemne por nuestra ley suprema para ser pleno y justo, pero en materia de justicia

penal, el asunto adquiere otra dimensión, así de simple. Es en esta arena, donde el Estado se encuentra habilitado para la aplicación del poder punitivo y, por ende, y dado el altísimo poder vulnerante del mismo, donde deben redoblarse los esfuerzos para su aplicación más racional posible. Que este caso haya despertado el interés del Ministerio Público Fiscal soslayando posibles vías de alternatividad al juicio, es un aspecto propio de su política criminal que, huelga remarcarlo, es ajeno a esta judicatura de Alzada. Pero de allí no necesariamente se desprende que deba serle revocada una libertad condicional (art. 15 del CP) de la que S. no gozaba, sino que, en todo caso, tenga que ser atendida —como ya señalé- una acumulación de penas y la modalidad de su cumplimiento, con sus ya consabidas consecuencias negativas. En tal inteligencia, y si se procediera tal lo ordena el sentenciante, es probable que, una vez firme este pronunciamiento, y detenido que fuera B. S., cumpla la pena antes de que las penas lleguen efectivamente a acumularse.-

Tal estado de cosas me convence de un exceso de rigor en la decisión plasmada en el punto 3) de la sentencia en trato, cuando la efectiva detención puede ser ordenada —para el cumplimiento de la pena que resulte- por el juez de ejecución penal o de quien en definitiva unifique esta condena con la que ya registraba.-

En definitiva, propondré reducir el monto de la pena impuesta en quince días y revocar el punto 3) de la sentencia impugnada,

hasta tanto sean acumuladas las penas, de conformidad con lo establecido en el art. 58 del Código Penal.-

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales de la Defensa pública, adhiero a la propuesta realizada por el magistrado que lidera el acuerdo. Así voto.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado D. B. S., contra la sentencia N^{O} 476/22, dictada en fecha 14 de octubre del año 2022; confirmar parcialmente la misma, revocar la pena impuesta en la sentencia indicada, y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de quince (15) días de prisión; revocar el punto 3 de la mencionada sentencia en lo atinente a la detención del causante y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por su labor en la impugnación en 20 JUS (Ley XIII, N^{O} 15, modificatoria de la Ley XIII N^{O} 4, antes Ley 2.200).-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación y consiguiente votación de la primera cuestión, adhiero íntegramente a la propuesta de pronunciamiento del colega que me precede en el orden de sufragio, y quien presidiera el Acuerdo.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. ZACCHINO dijo:

Atento al resultado al que se llegara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a 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:**----------

1°) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado D. B. S., contra la sentencia N^{O} 476/22, dictada en fecha 14 de octubre del año 2022 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).--------

2°) CONFIRMAR parcialmente la misma, revocar la pena impuesta en la sentencia indicada, y CONDENAR al nombrado, en definitiva a la pena de quince (15) días de prisión.----------

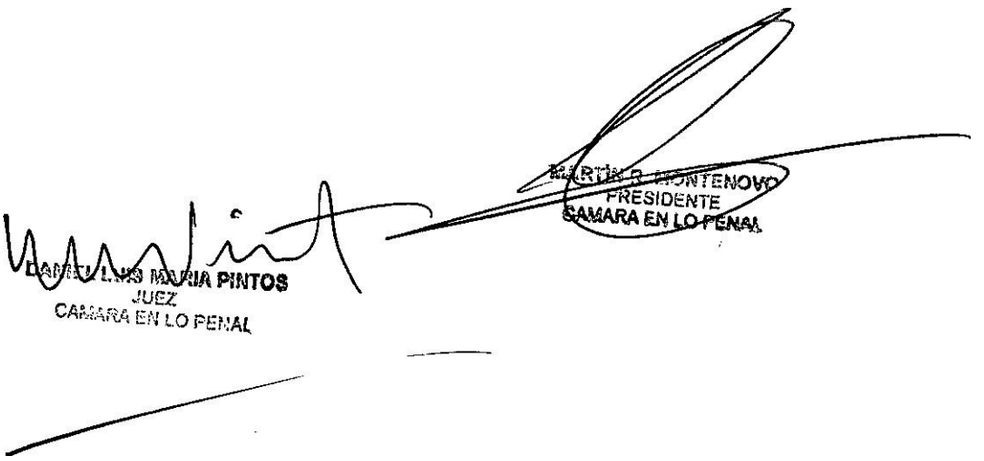
3°) REVOCAR el punto 3 de la mencionada sentencia en lo atinente a la detención del causante.----------

4°) TENER presente la reserva del caso federal.----------

5^{0}) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por su labor en la impugnación en 20 JUS (Ley XIII, N^{O} 1 5, modificatoria de la Ley XIII N^{O} 4, antes Ley 2.200).----------

6^{0}) Cópiese, protocolícese, notifiquese.----------

La presente sentencia es firmada por dos de los Magistrados por encontrarse en su Circunscripción el Dr. Zacchino, quien remitió su voto por correo electrónico y firmado en formato pdf.-


MARTIN R. MONTENOVO
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL
DANIEL LUIS MARIA PINTOS
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL