

Expediente IPP diez mil ochocientos ochenta y ocho.

Número de Orden: 52

Libro de Sentencias nro.7

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince **días del mes de Noviembre del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca Doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Ángel Barbieri (artículo 440 del C.P.P.)**, para resolver en la I.P.P. nro. 10.888/I del registro de este Cuerpo, caratulada: "**P., C. R. s/ robo en grado de tentativa y hurto de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa (arts. 164 y 163 inc. 6. del C.P.P.) en Bahía Blanca**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden: **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I

O N E S

1ra.) ¿Resultan admisibles los agravios formulados en el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es nulo el fallo dictado por violación al principio de congruencia al haberse variado la calificación legal?

3era.) ¿Se ha apartado el A Quo de los principios que abonan la sana crítica al valorar la mendacidad del procesado?

4ta.) ¿Resultan conductas atípicas aquellas por las que se dictara veredicto y sentencia de condena?

5ta.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I

Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: El fallo

(luego de la celebración del correspondiente juicio oral y público), dictado por el Señor Juez en lo Correccional Nro. 1 de esta ciudad -Dr. José Luis Ares de fs. 150/156 y vta.-, condenó a C. R. P. a la pena -individual- de seis meses de prisión con más el pago de las costas procesales, por considerarlo autor del delito de hurto de vehículo dejado en la vía pública -dos hechos en concurso real, en rigor en grado de conato, calificación a la que ut infra me referiré ampliamente-.

Esa sanción fue unificada con dos condenas de ejecución condicional que se le dictaran al mismo justiciable, aplicándose en definitiva la pena única de siete meses de privación de libertad.

El citado decisorio, resultó impugnado por la Señora Defensora Oficial -Dra. Julieta Stordeur-, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 164/167; ello acaeció en debido tiempo.

Asimismo y en cuanto a la forma, contiene el libelo la indicación de **tres motivos de agravios**, los que serán tratados en cada una de las preguntas que serán parte de la encuesta de este Acuerdo **por resultar admisibles.**

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del colega que abre el acuerdo, haciéndolo en idéntico sentido (art. 371 y ccdts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: En primer término **la impugnante pretende la nulificación del resolutorio** por considerar que se habría violado el principio de congruencia al haberse dictado sentencia por los delitos de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública (consumados) en concurso real (dos hechos) cuando durante todo el trámite judicial se había formulado imputación y acusación por esos delitos pero en grado de tentativa.

No queda en claro qué perjuicio le ha causado ello (especialmente al relacionarlo con la pena impuesta, luego lo explicaré más detalladamente); sólo agrega la recurrente a fs. 165 segundo párrafo que "...debe

considerar la defensa como agravio a fin de prevenir un avance en la afectación de los intereses procesales de P....".

Adelanto desde ahora que la denuncia efectuada por la Defensa es parcialmente correcta, pero efectuaré varias aclaraciones por las que **propondré el rechazo del pedido invalidante.**

Bien puede advertirse que **en todos los actos de intimidación** cursados por la Agencia Fiscal (léase: declaración recibida al justiciable en los términos del art. 308 del Rito de fs. 72/74; requisitoria de citación a juicio de fs. 115/118 y en los lineamientos de apertura y en el alegato final de juicio oral de fs. 144/148 y vta.) **se describió una materialidad ilícita en grado de tentativa** en lo tocante a los dos hechos por los que se dictara veredicto condenatorio.

También puede observarse (como cita la defensa) que en la calificación legal de la sentencia definitiva de fs. 155 vta. y de fs. 156 y vta. se le otorgó a las conductas desarrollada por P. el nomen juris de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública. Sin embargo tengo buenas razones para concluir que **la ausencia de las palabras "en grado de tentativa", no es más que eso, un error material involuntario, que en nada perjudica la situación del justiciable.** Explico por qué llego a esa conclusión.

En primer término debo decir que la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Y en ese sentido el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse; de lo expuesto puede aseverarse que para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una **mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica** contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un **menoscabo en la facultad de la refutación** (al conllevar sorpresa) por parte del imputado. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la

estrategia defensiva.

No habiendo existido mutación alguna, la denuncia de la recurrente se vuelve una afirmación dogmática no relacionada con las constancias de la causa.

En segundo término la descripción fáctica efectuada por el Dr. Ares a fs. 150 vta. último párrafo y 151 en el veredicto al dar por acreditada la materialidad delictiva, es propia de un accionar típico en grado de tentativa; ello desde el momento que escribió "*...en su huida el sospechoso **intentó** sustraer el ciclomotor marca Gilera Smash dominio 920... para luego **intentar** sustraer la moto marca Garelli...*". Ambos verbos utilizados demuestra **la disposición del ánimo de intentar hacer algo o iniciar la ejecución de algo.**

Es más en la parte dispositiva del veredicto nuevamente se describe como hecho II. (fs. 154 vta.) los mismos acontecimientos. No hay entonces dudas de qué dio por probado el Juzgador.

En tercer término en la propia calificación legal se ha echado mano al artículo 42 del Código Penal, por lo que no hay dudas de que el Sr. Juez de Grado entendió que el delito por el que se dictaba condena, lo era en grado de conato (de lo contrario nada tendría que hacer allí esa cita legal, ver fs. 155 vta. y 156).

Es más. Al evaluar la autoría de P. en estos hechos y su responsabilidad penal se intituló el acápite (ver fs. 153 vta.) numeral IV "*...De la tentativa de hurto de los motociclos...*". Y allí el Sr. Juez A Quo **valora e interpreta fundadamente por qué considera que ambos intentos de apoderamiento han quedado en grado de tentativa.**

Y por último, lo que decide definitivamente la cuestión, es **la imposición de la pena practicada.** Nótese que el concurso real previsto por el art. 163 inc. 6to. en relación al art. 55 en ambos casos del Código Penal, tendría previsto un mínimo de un año de prisión. Evidentemente desde el momento que el A Quo **aplicó**

una pena de seis meses de prisión para esos aconteceres, es porque echó mano a la reducción prevista para el delito tentado en los terminos de los arts. 42 y 44 del C.P.

De allí que no pueda llegarse a otra reflexión. La carencia en la calificación legal **no es más que un error material involuntario**, por lo que **no puede denunciarse violación al principio de congruencia** (ni a ninguna otra garantía).

Por si lo expuesto fuera poco, agrego que esa falencia **no ha causado perjuicio a los intereses del justiciable, pues la pena fijada lo fue en el mínimo legal del delito tentado** (lo que hubiera sido causal de rechazo in límine del planteo formulado por su falta de alegación, pero dado los intereses en juego y el momento procesal, he optado por adentrarme en el fondo del asunto).

Sí por el presente propondré enmendarlo (como lo podría haber efectuado el Juez de la instancia de oficio o a pedido de parte en los términos del art. 109 del C.P.P.), agregando a la calificación la terminología siguiente "en grado de tentativa" (en particular para un mejor orden y a los fines registrales).

Respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri, respondiendo por la afirmativa (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA TERCERA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: La Sra. Defensora se queja (en forma un tanto escueta ver fs. 155 últimos dos párrafos y los dos primeros párrafos de la vuelta) al entender que el Sr. Juez A Quo valoró la mendacidad del justiciable. Si bien no lo expresa en forma concreta, lo que la agraviaría es la utilización de esa mendacidad como prueba de cargo (de allí que manifieste "*...reverten su derecho a no declarar contra sí mismo y cercenan su derecho de defensa, alterando el onus probando...*").

Comparto la cuestión jurídica, pero no tiene que ver con

esta causa.

Puede advertirse del veredicto a fs. 152 numeral II. que si bien el Dr. Ares escribe que el imputado mintió, lo hace al sólo efecto de establecer el "estado del imputado durante los hechos", para así descartar una presunta inimputabilidad, que si bien no fue planteada por la defensa técnica, aparecía como una cuestión esencial advertida por el juzgador.

No puede entonces agravarse la defensa cuando se le está resolviendo más y mejor de lo que pidió (en los términos de la doctrina de los arts. 106, 371 del C.P.P.; 168 y 171 de la C. Provincial y 18 de la Nacional).

Reitero el **Dr. Ares lo que hizo fue valorar los dichos de P. para determinar si pudo obrar en estado de inimputabilidad** y en ese razonar es que entendió que las manifestaciones contradictorias (en el 308 no recordaba cosas que sí habría destacado en el Debate, especialmente en los momentos previos al hecho) lo hizo dentro de su competencia **ante referencias voluntarias del procesado debidamente asesorado legalmente.**

Nada para reprochar, **especialmente desde el momento que ello no fue utilizado para acreditar el hecho o la autoría penalmente responsable, sino sólo para descartar una eximente** (no peticionada por la defensa, agregó).

De allí que no exista violación a la garantía de no autoincriminación, ni al derecho de defensa en juicio.

Voto nuevamente por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri, respondiendo por la afirmativa (art. 371 y cc. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA CUARTA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: La Sra. Defensora en último término plantea la atipicidad de ambas tentativas de sustracción de las motocicletas.

Con respecto al **primero de los dos hechos** refiere que su asistido se habría "llevado por delante una de las motos" y que las maniobras realizadas fueron "sin sentido", absolutamente ineficaces a los fines de desapoderar, calificándolo como tentativa desistida (fs. 165 vta. últimos tres párrafos y 166 primeros tres).

No concuerdo. Sin entrar al controvertido punto sobre si el desistimiento (voluntario) para ser jurídicamente relevante sólo podría tener lugar en la tentativa inacabada, lo cierto es que tal como viene fijada la materialidad delictiva por el A Quo el planteo no tiene eficacia.

Nótese que el hecho I (de fs. 150 vta.) por el que se dicta veredicto condenatorio está descrito como un intento de sustracción que se frustra porque el imputado no consiguió poner en marcha la motocicleta y que ante la presencia de quienes lo perseguían optó por continuar la huida. **Ello no es desistir de nada, sino directamente no querer ser aprehendido.**

En tal sentido el A Quo valoró los dichos de B. (fs. 151 vta.) y de A. C. (fs. 151 vta.) en el sentido de que lo estaban persiguiendo a P. y que en esa huida del procesado intentaba sustraer móviles para escapar. Ante la dificultad de encender la primer moto continuó su carrera, pero ello por "circunstancias ajenas a su voluntad", lo que hace su accionar típico tentado (siendo que en su aspecto subjetivo el tipo está completo pero incompleto desde el punto de vista objetivo); **eso no es un desistimiento, pues hubo puesta en peligro del bien jurídico y no existió abandono de ejecución voluntario.**

En cuanto al **segundo intento de sustracción** (de la moto Garelli estacionada en la vereda de Bravard nro. 1890) la defensa refiere que sería una tentativa de delito imposible, desde el momento que la motocicleta no funcionaba.

Tampoco puedo acompañarla. Hay tentativa imposible cuando (relacionándola con estos obrados) los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado; deben existir dos características (una

objetiva y una subjetiva): inidoneidad y error.

Ello no ocurre aquí; la motocicleta podía no andar y P. querer sustraerla igual como de hecho ocurrió. Nótese que los propios testimonios que antes citara, **hacen saber que el imputado agarró la moto y se la llevaba a la "rastra"**; así pudo consumar el ilícito emprendido, lo que no ocurrió por la intervención de B. y C. que lo "venían corriendo", y del personal policial que llegara convocado al efecto.

Distinto es si uno quisiera sustraer un avión por ejemplo y éste no anduviera; sería imposible llevarlo a costas. Pero -en este caso- el vehículo era posible de ser transportado al costado del cuerpo y conducido con fuerza física humana, **por lo que los medios eran absolutamente idóneos en relación al objeto.**

El planteo no tiene que ver con las circunstancias fácticas que diera por probadas el A Quo y no debidamente refutadas por la defensa.

Nuevamente respondo por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri, respondiendo por la afirmativa (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA QUINTA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Atento el resultado obtenido en el acuerdo precedente, corresponde declarar admisibles los agravios de la recurrente e improcedentes los mismos, confirmando (en lo que fue materia de impugnación) el fallo dictado por el Sr. Juez A Quo (arts. 371, 434 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial). Sí agregando a la calificación legal por la que se dictara condena, que los delitos son "en grado de tentativa".

Tal es mi voto.

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al sufragio del Dr. Barbieri, haciéndolo en sus mismos términos.

**Con lo que terminó este acuerdo que firman los
Sres. Jueces nombrados.**

RESOLU

CIÓN

Bahía Blanca, Noviembre 15 de 2013.-

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto **que es justo el fallo recurrido, en lo que fue materia de agravio.**

Por ello este Órgano **RESUELVE:**

I-) Declarar admisibles los agravios formulados en el recurso de apelación interpuesto (arts. 439, 440, 441, 442 y ccmts. del Rito Provincial).

II-) Declarar improcedentes los mismos, confirmándolo en lo que fue materia de ataque (arts. 106, 210, 373, 375 y ccmts. del Rito, 1 y 18 de la C. Nac.), agregando a los delitos por los que se dictara condena que los mismos fueron "en grado de tentativa".

Notificar.

Hecho, devolver a la instancia de origen.