Causa n° 27659/III

"FONDATI, BRAIAN ALAN S/ SENTENCIA CORRECCIONAL"

En la ciudad de San Isidro, a los 2 días de agosto de 2012, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de este Departamento Judicial, Carlos Fabián Blanco, Gustavo Adrián Herbel y Celia Margarita Vázquez, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia correccional definitiva dictada en primera instancia en causa seguida a Braian Alan Fondati; practicado en su oportunidad el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: doctores Herbel, Blanco y, para el caso de disidencia, Vázquez (Conf. art. 440 del C.P.P. y acuerdo ordinario N° 1786).

ANTECEDENTES

Viene a esta alzada concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Braian Alan Fondati contra la sentencia de primera instancia mediante la cual el Juzgado Correccional N° 4 condenó al nombrado a la pena de **tres (3) meses de prisión**, más el pago de las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de *robo en grado de tentativa*, cometido el 22 de junio de 2011 en la localidad y partido de San Fernando, en perjuicio de Facundo Ramiro Mayor, y a la **pena única de un (1) año y nueve (9) meses de prisión**, más las costas, comprensiva de la de tres meses de prisión recién mencionada y de la de **un (1) año y seis (6) meses de prisión de ejecución condicional** dictada en marzo de 2011 por el Juzgado de Responsabilidad Juvenil N° 1 en causa 71, en orden a un robo doblemente calificado por haber sido cometido con escalamiento en lugar poblado y en banda; todo ello, con invocación de los arts. 27, 42, 44, 45, 58 y 164 del C.P. y 18, 371, 375, 530 y 531 del C.P.P.).

CONSIDERANDO

El Juez Herbel dijo:

I.- El recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Fondati a fs. 45/48vta. debe ser declarado admisible, pues ha sido presentado en término, la impugnante posee legitimación personal para recurrir, se han respetado las formas

prescritas y el caso es uno de aquellos para los cuales se otorga esta vía recursiva (arts. 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

II.- Viene condenado Braian Alan Fondati a la pena de tres meses de prisión referida en los antecedentes, tras ser hallado autor penalmente responsable del siguiente hecho, calificado de robo en grado de tentativa: “el 22 de junio de 2011, aproximadamente a las 13.10 horas, un sujeto de sexo masculino en la calle Sarmiento entre avenida Del Libertador y San Ginés de la localidad y partido de San Fernando, interceptó a Facundo Ramiro Mayor y mediante intimidación al simular poseer un arma de fuego, le sustrajo su teléfono celular marca Samsung, modelo GTM 2520 con pantalla deslizable de color negro con vivos azules, el cual fue luego recuperado habida cuenta que el hombre fue perseguido y finalmente aprehendido por personal policial a escasas cuadras del lugar”

III.- Sintetizaré a continuación los agravios expresados por la recurrente.

1) La queja sobre el rechazo (anterior al juicio) al pedido de suspensión del juicio a prueba.

Señala la recurrente que la condena de Fondati por un hecho cometido como menor no puede impedir una condena de ejecución condicional por un hecho cometido como mayor. Por lo tanto, esa condena no puede impedir en el caso – una tentativa de robo - la suspensión del juicio a prueba oportunamente solicitada y rechazada.

Afirma ello en base a que “Es improcedente valorar el antecedente de Fondati como menor [...]. “[S]e ha adoptado una apresurada interpretación “in malam partem” del supuesto antecedente condenatorio”. Invoca en su apoyo un párrafo de un fallo de la Sala I del Tribunal de Casación provincial, que transcribe, según el cual “de la letra del art. 50 del Código Penal [...] resulta que *“...no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos... cometidos por menores de dieciocho años de edad...”*, entonces puede afirmarse que una condena en esa situación no es de las que pueda incorporarse al registro aludido y –de tal suerte– no puede generar efectos penales”.

Funda lo dicho, asimismo, en “uno de los textos legales de mayor jerarquía en materia de justicia de menores a nivel internacional”, a saber, las llamadas “Reglas de Beijing”, según las cuales “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente” (Conf. art. 21.2).

Así las cosas, el rechazo de fs. 34/36vta. (fs. 106/108vta. del ppal.) al pedido de suspensión de juicio a prueba (ver fs. 30), apelado en su momento pero que la Sala Ilda. no revisó por considerar inadmisibles tal apelación (ver fs. 31/32), debe ser revocado, concediéndose en consecuencia tal suspensión.

2) En subsidio, la recurrente expresó agravios sobre la condena de Fondati, comenzando por la valoración de la prueba que llevó al *a quo* a considerar acreditada su autoría en el delito investigado.

La supuesta víctima de autos, Facundo Ramiro Mayor, “no pudo reconocer al autor del hecho denunciado y no recordó precisiones para su individualización más que su estatura, vestimenta y rasgos genéricos que pueden coincidir con muchas personas más”.

“Su padre, Oscar Alfredo Mayor, quien alertado por su hijo decide correr tras la persona que le indicara, del cual sólo pudo recordar que poseía un sobretodo negro; que en un momento de la persecución del individuo dobla y ve a pocos metros que personal policial había reducido a un sujeto, al que se le dijo ser el mismo que le había sustraído el celular a su hijo”.

Por último, queda el testimonio de Cristian Taboada, el policía que persiguió y aprehendió a Fondati “sin noticia criminis y con un esforzado discurso respecto de la selectividad primaria”. Dijo al respecto esta persona que lo que llamó su atención fue que Fondati “cruzó corriendo y vestido con pantalón largo y que no saludó al resto del grupo”. El recurrente señala que se advierte que “nada de la conducta de Fondati resultó trascendente como para restringir la libertad de una persona en la vía pública”, resultando por ello que la aprehensión “fue manifiestamente arbitraria e ilegal” y por lo tanto “nula”, como lo es también “todo lo obrado en su consecuencia” (Conf. art. 201 y ss. del C.P.P.). “Resulta evidente que operó en Taboada una burda estigmatización que tanto Fiscal como Juez convalidaron, vulnerando el derecho penal de acto”.

Este policía, además, “dijo que no vio al sujeto desprenderse de elemento alguno y en su poder no fue incautado elemento alguno. Se le preguntó puntualmente por el supuesto celular y manifestó no recordar dónde se encontraba”.

Se agravió asimismo de que se hayan valorado los testimonios de las personas que al ver la copia de la fotografía de fs. 15 del principal reconocieron la prenda que se ve allí. “Resulta ser un reconocimiento de una vestimenta negra en virtud de una fotocopia en

blanco y negro. Entonces, me pregunto si ello no es conducir o forzar el testimonio de los declarantes hacia el reconocimiento”.

En razón de todo lo expuesto, existiendo a su juicio duda acerca de la autoría de Fondati en el hecho investigado, la recurrente solicitó se absuelva a su asistido.

3) También en subsidio, la señora defensora expresó agravios sobre la individualización de la pena.

Se quejó de que se haya impuesto la pena de tres meses de prisión cuando no se valoraron agravantes y se valoraron varios atenuantes. En su opinión, esto obligaba a imponer el mínimo legal, a saber, quince (15) días de prisión. “Nada de lo argumentado por el Magistrado habilita el apartamiento de aquel punto de inicio señalado por el legislador y que produce la menor afectación a la libertad personal del destinatario de la pena”.

4) Por último, se quejó de la revocación de la condena de ejecución condicional anterior - impuesta a Fondati por un hecho cometido siendo menor de edad - y del consecuente dictado de pena única.

Al respecto, señala la recurrente que no corresponde tal decisión por no estar “firme” la condena dictada por el hecho juzgado en las presentes actuaciones. En su opinión, lo decidido viola el art. 58 del C.P., que exige “condenas firmes”.

Existe, además, otra razón para la recurrente que impide tal revocación: “la condena de menores no puede generar una pena única. Es más, no debe ser considerada ni para la reincidencia ni para los antecedentes [...]”

IV.- Con el alcance que otorgan los arts. 434 y 435 del Código Ritual, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debe ceñirse el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del *a quo* alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta, sin perjuicio de conocer más allá de ellos cuando eso permita mejorar la situación del imputado y de declarar las nulidades absolutas que hubiere.

Analizados los agravios expresados, adelanto que habré de propiciar el hacer lugar al recurso interpuesto solo en lo que respecta a la individualización de la pena única.

La suspensión del juicio a prueba rechazada

El agravio relativo al rechazo del pedido de suspensión del juicio a prueba no puede prosperar. Es correcto lo dicho por el *a quo* al respecto, a saber, que las condenas

por hechos cometidos por menores de edad no tienen efecto en materia de *reincidencia* - conforme lo dispone el tercer párrafo del art. 50 del C.P. – pero que *no hay una excepción de esa naturaleza en materia de condena condicional*. Y que, por lo tanto, rige la *regla general*, según la cual una condena de tres años o menos de prisión puede ser de ejecución condicional *sólo si se trata de la “primera condena”* (art. 26 del C.P.).

No hay entre nuestros doctrinarios más relevantes opiniones a favor de hacer una excepción como la pretendida. Enumeran ellos diversas excepciones a la regla de la “primera condena” (que no supere los tres años de prisión) y en ningún momento dicen que la condena penal por un hecho alcanzado por el derecho penal juvenil no cuente como condena anterior a estos efectos. Veamos.

En los códigos penales comentados de Jorge De la Rúa (1997), Andrés D’Alessio (director. 2009), Breglia Arias/Gauna (1987) y Zaffaroni/Baigún (directores. 1997) no se hace tal excepción. Como tampoco la hacen Alberto Bovino (2005), Julio de Olazábal (1994) y Carlos Edwards (1994) en sus libros sobre suspensión de juicio a prueba.

Soler, por su parte, dice que parece no ser impedimento para la condenación condicional una condena anterior dictada cuando la persona en cuestión era, según la ley vigente al momento de dictarse la segunda condena, *absolutamente inimputable* en razón de la edad. Pero no hace reparo alguno en que sea un obstáculo para ello la condena anterior dictada respecto de un hecho cometido a una edad que sigue siendo considerada penalmente imputable, aunque sea de modo relativo o atenuado.

Dice Soler: “Para su procedencia [la de la condenación condicional] se requiere, en primer lugar, que se trate de la primera *condena*. La ley usa esa expresión, en vez de referirse, para excluir de los beneficios, a la *reincidencia*. De este modo, deben entenderse los términos *primera condena* en su sentido literal y llano, es decir, que no procederá la condena condicional a favor del que ha sido condenado otra vez, aun cuando se haya prescrito la condena anterior o hayan corrido los términos del art. 53 [Conf. la redacción vigente en 1970], pues este artículo dispone que la condena anterior no se tenga en cuenta *a los efectos de considerar al reo como reincidente*; pero nada dice para este fin que aquí interesa. En este punto, sin embargo, se ha atenuado considerablemente el rigor del precepto originario del art. 26, [en virtud de lo que dispone] el apartado final del art. 27 [...]. La situación, pues, será la siguiente: cuando ha existido una condena efectiva a prisión o reclusión, quedará excluida la aplicabilidad del art. 26;

cuando una primera condena ha existido, impuesta en carácter condicional, será posible otra condena del mismo carácter, si han transcurrido ocho años a partir de la primera condena. Ese plazo deberá ser superior al que basta para cancelar la condena (cuatro años). Sin embargo, no parece que pueda tomarse en cuenta una condena impuesta durante el período de incapacidad penal” (Conf. autor citado, *Derecho Penal Argentino*, Bs .As., 1992, pp. 498/499). Al finalizar esta última oración, Soler hace una llamada con la siguiente nota al pie: “Conf. C.C.C., 7 dic. 1943, D.J.A., feb 1944, fallo núm. 2318”. Se trata de un fallo de la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal de la fecha señalada, según el cual no impide la condena condicional una condena anterior “impuesta al acusado a la edad de 12 años de edad, edad de capacidad penal dentro del régimen del Código derogado de 1886 pero de absoluta incapacidad en el sistema vigente (art. 36) por cuyo motivo es aplicable al caso la doctrina que informa el precepto del art. 2, ya que el tribunal en esta oportunidad debe pronunciarse con respecto a una ulterioridad del delito cometido en 1900 pero en presencia de una ley más favorable que ha eliminado la imputabilidad del autor” (Conf. el fallo citado, publicado en J.A., 1944-I, p. 126/127).

Núñez, por último, expresamente dice que tal excepción no procede:

“El beneficio [de la condenación condicional] se concede en los casos de primera condena (C.P., art. 26, § 1, 1ª parte). Esto significa que el beneficio sólo procede para el que por primera vez es objeto de una sentencia condenatoria de ejecución efectiva o condicional. **No estando el requisito de que la condena recaída sea la primera sometido a condición restrictiva de carácter objetivo o personal**, no procede el beneficio si el condenado cuenta con una condena anterior cuya pena está prescripta (C.P., art. 65); o si la condena anterior no es computable a los efectos de la reincidencia (C.P., art .50, § 4º, según la redacción del decreto ley 20.942/44, ratificado por la ley 12.997; o si la condena anterior lo fue por un delito cuya culpabilidad es de distinta naturaleza de la correspondiente al delito que motiva la actual. **Tampoco se excluye la calidad de ‘primera condena’ en razón de la minoridad del condenado** [cita aquí un fallo de la Suprema Corte de Catamarca del 29/05/1948], o de la legislación vigente en la época en que se dictó la sentencia, salvo que la inadmisibilidad de la condena resulte de la aplicación del principio de la ley más benigna (C.P., art. 2). Pero sí queda excluida la condena anterior amnistiada, porque desde el punto de vista penal ya no existe. El indulto

no la excluye porque sólo obra sobre la pena” (Núñez. *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Córdoba, 1987, pp. 525/526; el resaltado no es original).

De este modo, no siendo posible la condena de ejecución condicional - pues Fondati registra una condena reciente como menor -, no puede suspenderse a prueba el presente proceso, en el que se ventila un delito cuyo máximo supera los tres años de prisión (Conf. párrafos 1º y 4º del art. 76 del C.P.).

No se hace con ello una interpretación “*in malam partem*”, como señala la recurrente, pues no se está haciendo una interpretación por analogía sino una aplicación lisa y llana de las normas penales en juego.

Es verdad que el art. 21.2 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), invocado por la recurrente, dice que “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”. Pero no debe olvidarse que si bien se trata de un artículo relevante en cuestiones como la aquí tratada, él no integra un tratado en el que la Argentina es parte sino un texto dictado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 40/33, del 28/11/1985). Las Reglas de Beijing son *recomendaciones* que dicha Asamblea dirige a los Estados Parte de Naciones Unidas para que reforme – eventualmente – su ordenamiento jurídico, y no normas que la Argentina adoptó como parte de su ordenamiento.

Esto último, por lo demás, coincide con la visión de nuestra CSJN, quien en el fallo emblemático de la justicia de menores (“Maldonado”) estableció, sin por ello desconocer la importancia que tienen la reglas mencionadas, que “en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores” (Conf. Considerando 34º, “M. 1022. XXXIX. Recurso de hecho. Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174C.).

Además, lo que la Asamblea de Naciones Unidas pretende que los Estados Parte impidan es la utilización, en procesos penales de mayores, de las *informaciones que los*

órganos de persecución penal pudieren tener registradas respecto de la misma persona cuando era menor de edad. Las eventuales *decisiones jurisdiccionales* dictadas en esos momentos, como por ejemplo *una condena*, no están comprendidas. Ello surge del “Comentario” que la Asamblea de Naciones Unidas acompaña a dicha regla. Cito a continuación la totalidad del texto relativo a la regla 21:

“21. Registros

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

Comentario

La regla trata de ser una transacción entre intereses contrapuestos en materia de registros y expedientes: los de los servicios de policía, el Ministerio fiscal y otras autoridades por aumentar la vigilancia, y los intereses del delincuente. (Véase también la regla 8.) La expresión "otras personas debidamente autorizadas" suele aplicarse, entre otros, a los investigadores”.

Nótese que lo que se recomienda no utilizar son los “*registros de menores delincuentes*” y que, cuando en el Comentario se especifica qué son esos registros, se dice que se trata de “*los de los servicios de policía, el Ministerio fiscal y otras autoridades por aumentar la vigilancia*”. La regla no dice lo que la recurrente pretende, a saber, que está prohibido utilizar en un proceso penal de mayor *una condena* que la misma persona registrare como menor.

Esta interpretación, por lo demás, es coincidente con la que recientemente hizo de ese texto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en el Informe aprobado por la Comisión el 13 de julio de 2011, elaborado en el marco del “memorándum de entendimiento” entre la CIDH, UNICEF y la OACNUDH), y que puede verse en la página web de la Comisión):

“12. Registro de antecedentes ante la justicia juvenil

219. La Comisión considera que, a efecto de prevenir la estigmatización de las niñas, niños y adolescentes, los **datos personales** en registros de antecedentes ante la justicia juvenil deben ser automáticamente suprimidos una vez que la niña, el niño o el adolescente alcance la mayoría de edad, salvo aquella **información** que, dentro de un plazo determinado y a petición de algún interesado, los tribunales competentes consideren excepcionalmente relevante a efectos de salvaguardar los derechos del propio niño (ahora adulto) o de terceros, conforme a un fin legítimo, de forma objetiva y razonable. Lo mismo aplicaría a los registros administrativos de niños que estuvieron sujetos a medidas alternativas a la judicialización.

220. La CIDH **coincide con las Reglas de Beijing en el sentido de que es vital que los Estados garanticen la confidencialidad de la información contenida en los registros de antecedentes ante la justicia juvenil** de las niñas, niños y adolescentes que han sido acusados, procesados o condenados por infringir una ley penal dentro del sistema de justicia juvenil, y que sólo tendrán acceso a dicha información las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como personas debidamente autorizadas. Conforme a las Reglas de Beijing, la Comisión reitera que **la información** contenida en los registros de antecedentes ante la justicia juvenil no deberá utilizarse en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente [nota al pie citando las mencionadas Reglas de Beijing Nos. 21.1 y 21.2]' (lo resaltado no es original).

También la Comisión, pues, interpreta que lo buscado por la regla de Beijing bajo análisis es que no se utilicen, en un proceso penal de mayores, las informaciones que los órganos de persecución penal hubieren registrado respecto de la persona sometida a ese proceso cuando era menor de edad. No busca que una condena por un hecho cometido como menor de edad, aplicada una vez alcanzada la mayoría de edad (Conf. art. 4.2 de la ley 22278), tal el caso de autos, carezca de efectos en el futuro.

Además de destacarse que para el ordenamiento comentado no son las condenas que registra el menor las inutilizables en un proceso como mayor, sino las informaciones referidas a investigaciones o formas de control y vigilancia a la que se sometió al menor, debe destacarse que en nuestro sistema, las condenas en un proceso penal juvenil solo se dictan una vez que el sometido a proceso adquiere la mayoría de edad (Conf. art. 4, inc. 2, de la ley 22278), con todo lo que esto implica, a saber, que el reproche y la

advertencia de las posibles consecuencias de ello, el sujeto los recibe siendo ya maduro como para comprenderlos.

Sentado ello, corresponde ahora abocarse a los agravios relativos a la sentencia dictada, empezando por el que gira en torno a la prueba de la autoría.

La autoría de Fondati en el hecho aquí investigado

Debe aceptarse que el reconocimiento que los testigos hicieron de las cosas (abrigo y teléfono) fotografiadas a fs. 15 a partir de esta fotografía tiene escasa entidad probatoria, pues siempre se habló de un abrigo negro y de un celular, a lo que se suma que la imagen se encuentra en blanco y negro y que es de muy mala calidad. Sin embargo, pese a ello, la autoría de Fondati en el hecho investigado está plenamente acreditada.

Dice la recurrente que la supuesta víctima Facundo Mayor no hizo un reconocimiento del autor y que “no recordó precisiones para su individualización más que su estatura, vestimenta y rasgos genéricos que pueden coincidir con muchas personas más”. Pues bien, es correcto lo primero pero no lo segundo: Dijo Facundo Mayor durante el debate – según el veredicto - que tras salir del colegio al mediodía, “un muchacho casi de su estatura, de color de pelo morocho, que tenía un saco negro, zapatillas negras y pantalón negro, de aproximadamente 19 o 20 años” le sacó el teléfono celular bajo amenazas de hacerle algo con un arma de fuego que decía tener. La descripción efectuada, entonces, es bastante precisa y de ningún modo apta como para coincidir con “muchas personas”; en general, no hay al mismo tiempo en la calle muchas personas, por ejemplo, vestidas completamente de negro, y que además cuenten con las características fisonómicas referidas por el testigo.

Dijo asimismo Facundo Mayor que instantes después hizo saber el atraco a su padre y le señaló al agresor, que “era la única persona que corría”. Entonces su padre, “sin perderlo de vista salió corriendo a buscar al muchacho”. Luego señaló que su padre le contó que a la persecución se sumaron dos policías, hasta que finalmente lo agarraron y se pudo recuperar el celular.

Con respecto a éste (el padre de la víctima), dijo la recurrente que Oscar Alfredo Mayor sólo pudo recordar que el ladrón poseía un sobretodo negro, que en un momento de la persecución el individuo dobló y que a pocos metros fue reducido por personal policial. El padre de la víctima, en efecto, recordó todo esto durante el debate: pero

también recordó otras cosas relevantes y coincidentes con el resto de los testimonios. Veamos.

Oscar Mayor dijo que ese día salió a la calle por haber recibido un llamado cortado de su hijo, que a esa hora llegaba del colegio. Entonces se lo encontró: le indicaba que una persona que corría se había llevado su celular, por lo que se decidió a correrlo; era “un muchacho de saco negro y gorrita”. “Nunca lo perdió de vista, porque él corría por el centro de la calle y el imputado, por la vereda, salvo cuando dobló por las vías del tren por un escaso tiempo, ya que tendría una distancia de cien metros de diferencia y allí dobló en noventa grados”. “Durante la corrida se cruzó con policías, quienes lo comenzaron a correr”.

“Aclaró que una vez que él dobló, la policía ya lo había reducido”. “Lo agarraron a unos cincuenta metros del paso a nivel, sobre las vías donde hay un desagüe”. “Cuando llegó, le dijo a la policía que le había robado el celular y ahí revisaron el saco que estaba en el piso y estaba el celular”.

Este testimonio coincide con el de su hijo en cuanto a que comenzó a perseguir al ladrón teniéndolo bajo su vista. Y resulta que la persona perseguida terminó aprehendida al lado de un saco negro como el descrito por la víctima y del celular que tanto esta como el padre reconocieron como el desapoderado.

Como se vio, el padre del dueño del celular desapoderado dijo que el ladrón fue interceptado por la policía. Ahora bien, la señora defensora se agravió de esta interceptación. Dijo que Taboada aprehendió a Fondati arbitrariamente, pues lo hizo exclusivamente a partir de que este “cruzó corriendo y vestido con pantalón largo y que no saludó al resto del grupo”.

Al declarar en juicio, el policía Taboada dijo que, estando cumpliendo tareas de prevención en la zona, le llamó la atención una persona que corría con pantalón largo y gamulán y que luego se ponía a la par de unos chicos, todos ellos con pantalón corto, sin saludarlos y con las manos en los bolsillos. Aclaró que estaba alerta en razón de ser un lugar donde suelen robarles a los chicos que salen del colegio y del club San Fernando. Que por esa razón le pidió a esa persona que se detuviera, pero ella “salió corriendo de nuevo” y “se metió en el paso a nivel, sacándole cincuenta metros de distancia. En razón de ello, lo persiguió, pidiendo refuerzos. Finalmente lo agarraron luego de correr por las vías del tren, debajo del desagüe. Aclaró que él bajo por un lado de la alcantarilla y el

policía Sotomayor por el otro lado, sin haberlo perdido de vista en esos doscientos metros de persecución. “Cuando fue interceptado, se encontraba tratando de desprenderse del gamulán, lo tenía en una mano, y constataron que el celular estaba tirado en el piso, [entonces] el padre de la víctima apareció, a segundos de haber ocurrido todo. Si bien no observó el momento en que se desprendió del celular, el padre al llegar al instante dijo que ése era el que se le había robado a su hijo”.

No puedo compartir, por tanto, la opinión de la recurrente. La situación descrita permitía al policía formular al sujeto en cuestión alguna pregunta relativa al - en principio - extraño y sospechoso acercamiento al grupo de jóvenes escolares. Y la huida dio motivo suficiente para su persecución. Luego, la incautación a su lado de un celular que una persona que venía corriendo decía ser el arrebatado a su hijo, justificó su aprehensión.

El relato del policía Luis Alfredo Sotomayor, por su parte, coincide con el del policía Taboada en lo que este pudo observar: que avisado de la persecución, otro compañero y él “fueron a las vías y vieron al policía corriendo a una persona a quien interceptaron y posteriormente arribó el padre de la víctima. En esa oportunidad secuestraron un celular y un tapado negro que estaba en el piso al lado de la alcantarilla, como si se hubiera descartado de eso. El padre de la víctima reconoció el celular”

Con las testimoniales colectadas se acredita, pues, que instantes antes de su aprehensión, la persona aprehendida se había desprendido de su abrigo negro y del celular arrebatado; que instantes antes de esto esa persona venía siendo perseguida por la policía y por el padre de la víctima, por llevarse el celular de ésta, y, en definitiva, que esta es la persona que había desapoderado al joven del teléfono celular en cuestión.

Así las cosas, el agravio sobre la presunta incorrecta valoración de la prueba relativa a la autoría de Fondati en el hecho investigado no puede tener acogida favorable.

La revocación de la condenación condicional anterior y la consecuente imposición de una pena única.

Como se ha visto, la recurrente se quejó de la revocación de la condena de ejecución condicional anterior, impuesta a Fondati por un hecho cometido siendo menor de edad, y del consecuente dictado de pena única. Dijo que “la condena de menores no puede generar una pena única”, en razón de esa menor edad, y que tampoco corresponde este dictado por no estar “firme” la condena dictada en las presentes actuaciones, tal como lo establece el art. 58 del C.P. como requisito de procedencia.

Estos planteos tampoco serán aceptados.

El art. 27 del C.P. es claro cuando señala que quien fue condenado a una pena condicional, “*si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas*”. Y no hay excepción alguna al respecto basada en que el condenado era menor de edad al momento de cometer el hecho penado con la condena condicional.

Resulta a mi juicio incorrecta la interpretación de la defensa sobre este punto, pues lo que estaría postulando es que *la principal condición* para no aplicar la pena, a saber, *no cometer un nuevo (segundo) delito*, no exista. Es decir, que esa “pena en suspenso” sea básicamente una absolución. Al condenado en suspenso (recuérdese que los que cometen delitos a los 16 o 17 años sólo pueden ser condenados a partir de los 18, Conf. el inc. 2 del art. 4 de la ley 22.278) se le estaría diciendo que un eventual nuevo delito no tendrá efectos sobre esa pena condicional, cuando es claro que la razón de este instituto es la “ocasionalidad delictiva” (es decir, la no reiteración delictiva) (ver Jorge de la Rúa, *Código Penal Argentino. Parte General*. Bs. As., 1997, Ed. Depalma, 2da. edición, p. 378).

Sentado que procede la revocación de la condicionalidad de la pena anterior y la consecuente unificación, debe señalarse que la norma que regula esto último no es otra que el art. 58 del C.P., correctamente invocada por la defensa, aunque - a mi juicio - incorrectamente interpretada. Esta norma no exige que esa acumulación se haga *recién* cuando las sentencias se encuentren firmes. Establece que ella debe hacerse en la oportunidad “de juzgar” a la persona que registra la condena anterior (se trata del llamado “primer supuesto” del referido artículo). La segunda parte de este artículo es la que regula la manera de unificar sentencias “firmes” (dictadas en violación a las reglas del concurso).

“Desde el momento del segundo delito *debe* juzgarse por concurso real, de modo que la única hipótesis que queda fuera es que el sujeto tenga agotada la pena cuando comete el segundo hecho, puesto que en ese caso no hay concurso real”. (Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. segunda edición, junio 2002, pág. 1020, parágrafo 10). “La unificación de las condenas y de las penas debe hacerla el tribunal que pronuncia la última sentencia”. (E. Raúl Zaffaroni, y otros, ob cit, pág. 1024, parágrafo 1). Cabe aclarar que la pena condicional anterior fue dictada el 4 de

marzo de 2011 (Conf. fs. 2/8) y el hecho aquí investigado data del 22 de junio de ese mismo año.

“El argumento del recurrente que lo lleva a peticionar la nulidad de la unificación fundado en que la misma se produjo sin previa petición de parte ni acusación fiscal, no es atendible si se advierte que la exigencia de petición de parte que el recurrente estima omitida está prevista para el caso de *unificación de sentencias*, esto es cuando se hubiesen dictado *dos o más sentencias firmes con violación de las reglas del concurso*, - siendo competente en ese supuesto el Juez que hubiese dictado la pena mayor- y no para el presente en *donde la unificación de oficio por el juez del segundo decisorio constituye un deber legal* de conformidad con lo resuelto por esta Sala en causa n° 11.653. De ese modo, el pronunciamiento del "a quo" que unificó de oficio la pena impuesta en el presente proceso con la dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 13 de Capital Federal resulta inobjetable no sólo porque operó conforme el art. 58 del C.P. que prescribe aplicables las reglas del concurso real al supuesto en que "...se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto...", sino también a la luz del art. 18 del rito, pues como el mismo impugnante lo reconoce, se cumplió la vista allí referida, salvaguardando de ese modo el debido proceso” (Conf. causa 12.997, rta.el 24/05/2005 por la Sala I del Tribunal de Casación provincial. El resaltado no es original). Corresponde aclarar aquí también que la vista referida en este fallo de casación se concretó en autos con la audiencia instrumentada a fs. 145/150 del principal, en donde la defensa no sólo presenció el pedido fiscal de revocación y unificación, sino que se opuso a ello con diversos argumentos.

La pena única a imponer

El juez que unifica condenas (primer supuesto del art. 58 del C.P.) tiene ante sí dos o más hechos en concurso real, a saber, el o los hechos de la sentencia anterior y el o los hechos de la sentencia que él dicta, no habiendo norma que imponga la suma de las penas y sí una que impone la aplicación de las “reglas precedentes” (arts. 54, 55, 56 y 57). Entre estas reglas se halla la que establece la escala penal aplicable a los casos de concurso real (del mínimo mayor a la suma de los máximos de los delitos en trato) y la obligación de “no alterar las declaraciones de hechos”, que tiene relevancia en materia de atenuantes y agravantes (Conf. causa N° 26.564/III, “Caballero”, Rta. el 28 de septiembre de 2010. Mag. votantes: Herbel – Blanco. Entre otras.).

Al respecto, nuestro máximo tribunal provincial ha dicho: “Para unificar penas no debe determinarse primero la que hubiera sido apropiada para el o los hechos bajo juzgamiento sino que corresponde aplicar directamente el régimen de los arts. 40, 41 y 55 a 58 del C.P. respecto de todos los delitos relacionados con la unificación” (1) SCBA, P 34101 S 17-12-1985, “D., M. s/ Privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con robo agravado reiterado”. 2) SCBA, P 34167 S 25-3-1986, “N., s/ Robo calificado reiterado – Violación”. 3) SCBA, P 33247 S 8-4-1986, “N., s/ Lesiones graves - Tentativa de robo”. 4) SCBA, P 61510 S 24-8-2005, “F.,W. s/ Robo calificado”. Fuente: JUBA).

Sentado ello, como he adelantado propiciaré se haga lugar al pedido subsidiario de reducción de la pena única impuesta en la instancia.

Fondati fue oportunamente condenado por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo doblemente calificado por haber sido cometido con escalamiento en lugar poblado y en banda (arts. 167 incs. 2º y 4º del C.P.), cometido el 27 de diciembre de 2009 (conforme la sentencia dictada por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 Deptal., que luce en copias a fs. 2/8 de este incidente). Y ahora resultó condenado como autor penalmente responsable del robo en grado de tentativa (arts. 42 y 164 del C.P.) cometido el 22 de junio de 2011 (conforme la sentencia aquí dictada). Así, teniendo en cuenta estas calificaciones y la *reducción de la escala* respecto del primer delito en atención a la *menor edad* del autor (Conf. art. 4 de la ley 22278), aplicada en su momento (el Juzgado del fuero juvenil le aplicó el mínimo de la escala reducida por la menor edad, a saber, 1 año y 6 meses de prisión), la escala penal que en este acto resulta aplicable va de un *(1) año y seis (6) meses de prisión a diez (10) años y ocho (8) meses de prisión* (Conf. art.55 del C.P.).

En cuanto a atenuantes y agravantes, se dijo en la primera sentencia que no se valoraba nada al respecto (ver fs. 272 y 278 de la causa del fuero juvenil N° 71 recibidas *ad effectum videndi et probando*). En referencia al hecho aquí juzgado, el *a quo* valoró positivamente la impresión que le causó Fondati al tener contacto personal con él, su buen informe ambiental y “que en la actualidad estaría trabajando y habría reiniciado el contacto con su hija”. No valoró circunstancia agravante alguna.

En atención a dichas circunstancias, opino que la pena total a imponer debe coincidir con el mínimo posible, esto es, un año y seis meses de prisión (de efectivo cumplimiento). En efecto, si bien la situación de existir atenuantes y ninguna agravante no

determina, por sí sola, imponer dicho *quantum* - ya que no hay norma (explícita) en nuestro ordenamiento jurídico que imponga partir, al individualizar la pena, del mínimo de la escala aplicable (Conf. ha dicho esta sala en causas 24.050, 24.052, 25.207 y 26100, entre otras), entiendo que esto se impone en autos dada la circunstancia adicional especial de que uno de los hechos que integran el concurso real es un hecho cometido siendo su autor menor de edad.

He sostenido más arriba que el delito cometido por un joven en edad de imputabilidad penal reducida tiene ciertas consecuencias en la vida de adulto en caso de estar involucrado en un nuevo conflicto con la ley penal (el delito cometido a esa edad impide suspender a prueba un nuevo proceso penal cercano, esta vez seguido a él como mayor, y una condena en este último determina que la pena condicional impuesta en razón de aquél se vuelva de efectivo cumplimiento). Sin embargo, ello no implica que el delito cometido en esa etapa de penalidad especial tenga la *misma relevancia* que tendría un delito cometido en la etapa de penalidad plena. Si bien la ley no permite, por así decirlo, hacer un “borrón y cuenta nueva” al cumplirse los 18 años de edad, la ley sí permite (art. 55 del C.P.) que la pena correspondiente a un concurso real coincida con el “mínimo mayor”, siendo razonable hacer valer esta posibilidad en un caso como el de autos, donde además de haber varios atenuantes y ninguna agravante existe la circunstancia especial – reitero – de que uno de los hechos fue cometido siendo su autor relativamente inimputable.

Por todo lo expuesto, no habiendo otros agravios que atender ni apreciarse circunstancias que justifiquen otra modificación, propicio: I) Declarar admisible el recurso de apelación interpuesto; II) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra el rechazo al pedido de suspensión del juicio a prueba; III) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra la condena por el delito aquí juzgado y la revocación de la condicionalidad de la pena impuesta con anterioridad; y IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y reducir a un año y seis meses de prisión, de efectivo cumplimiento, la pena única correspondiente a ambos delitos. Rigen los arts. 27, 29 inc. 3, 40, 41, 42, 45, 55, 58, 76 bis, 4º párr., *a contrario*, 164, y ccdtes. del C.P. y 210, 375, 439, 530 y 531 del C.P.P.

Es mi voto.

El Juez Blanco dijo:

Adhiero al voto del colega preopinante, por los mismos fundamentos (arts. 168 de la Const. Prov. y 106 del C.P.P.).

Por lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando la Sala la siguiente

S E N T E N C I A

I.- DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Braian Alan Fondati a fs. 45/48vta.; por las razones expuestas en los considerandos (arts. 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

II.- NO HACER LUGAR AL RECURSO de apelación interpuesto contra el rechazo al pedido de suspensión del juicio a prueba obrante a fs. 34/36vta. (fs. 106/108vta. del ppal.); por las razones expuestas en los considerandos (Conf. 76 bis, 4º párr., *a contrario*, del C.P.).

III.- NO HACER LUGAR AL RECURSO de apelación interpuesto contra la condena a Braian Alan Fondati – titular del DNI 36.823.788, nacido el 12 de marzo de 1992 en San Fernando -, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa investigado en la presente, cometido el 22 de junio de 2011 en la localidad y partido de San Fernando, en perjuicio de Facundo Ramiro Mayor; revocando en consecuencia la condicionalidad de la pena de un año y seis meses de prisión que el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°1 departamental, en causa 71, había impuesto a Fondati tras hallarlo coautor penalmente responsable del delito de robo doblemente calificado por haber sido cometido con escalamiento en lugar poblado y en banda, cometido el 27 de diciembre de 2009 en la localidad y partido de San Fernando, en perjuicio del propietario del comercio “Mario Motores”; por las razones expuestas en los considerandos (Conf. arts. 27, 1er párr., 42, 164 y ccdtes. del C.P. y 210, 375, 439 y ccdtes. del C.P.P.).

IV.- HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO y reducir en **un (1) año y seis (6) meses de prisión, de efectivo cumplimiento**, más costas, la **pena única impuesta en la instancia**, correspondiente a los dos delitos referidos en el punto anterior, cometidos por Braian Alan Fondati; por las razones expuestas en los considerandos (Conf. arts. 27, 29 inc. 3, 40, 41, 42, 45, 55, 58, 164, y ccdtes. del C.P. y 375, 439, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.).

Regístrese, notifíquese a Fiscalía General y a la Defensa y devuélvase, encomendándose al *a quo* la notificación al imputado. Remítanse de inmediato a la instancia los autos principales y la causa solicitada *ad effectum videndi*. Sirva la presente de atenta nota de envío.

FDO.: GUSTAVO A. HERBEL – CARLOS F. BLANCO

Ante mí: GABRIELA GAMULIN