

Causa nro. 79086/Ida.

"LUNA BRITO, CLAUDIO JAVIER s/ inc. de apelación de sentencia"

///la Ciudad de San Isidro, a los veintiseis días del mes de junio de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Dres. Leonardo G. Pitlevnik, Luis C. Cayuela y Juan Eduardo Stepaniuc, para dictar sentencia en la causa que por el delito de robo en grado de tentativa se le siguiera a **Claudio Javier Luna Brito** y practicándose sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Dres. Cayuela, Pitlevnik y, para el caso de disidencia, Dr. Stepaniuc.-

ANTECEDENTES

Claudio Javier Luna Brito fue condenado el 29 de diciembre de 2014 por el Sr. Juez interinamente a cargo del Juzgado Correccional nro. 2 Dptal., Dr. Juan Facundo Ocampo, en la causa nro. 4197/14, a la pena de siete meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa ocurrido el día 15 de octubre de 2014 en perjuicio de Juan Guillermo Rautenberg (arts. 29, inc. 3ro., 42, 45 y 164 del C.P. y arts. 371, 375, 399, 530 y 531 del C.P.P.), y luego a la pena única de tres años y siete meses de prisión accesorias legales y costas, comprensiva de la sindicada anteriormente y de la condena preexistente dictada por el Juzgado Correccional nro. 4 Dptal., en causa nro. 2291, a la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas en orden a los delitos de tentativa de hurto calificado por escalamiento, robo simple, tentativa de robo simple y tentativa de hurto, en concurso real entre sí (art. 58 del C.P.) conforme obra en copia a fs. 10/21vta. del presente incidente.

Contra dicha sentencia, el Sr. Defensor Oficial, Dr. Juliano Matías Novo, interpuso el recurso de apelación que obra a fs. 22/27vta. del presente incidente.

Por ello, corresponde plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

PRIMERA: ¿Es admisible el recurso interpuesto a fs. 22/27?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. JUEZ CAYUELA
DIJO:**

Radicados los autos en esta Sala de Cámara y practicado el sorteo de ley, resultó desinsaculado para votar en primer término el Suscripto.

Los arts. 21 y 439 del C.P.P., a partir de su reforma por el art. 1ro. de la ley 13.812, establecen la competencia de la Cámara de Apelación y Garantías respecto del recurso de apelación contra las sentencias de juicio oral y abreviado en lo correccional.

Ahora bien, después del análisis de las previsiones del art. 433 del C.P.P., recibido el recurso ante estos estrados, el Tribunal debe expedirse con relación a su admisibilidad formal, es decir, si fue presentado en tiempo, si quien lo interpuso tenía derecho a hacerlo y si la resolución puesta en crisis es impugnabile por esa vía.

De conformidad con los arts. 421 y 439 del Código de forma, la Defensa Oficial se encuentra legitimada para recurrir. Asimismo, el recurso ha sido tempestivo y, en lo demás, se ha cumplido con las previsiones de los arts. 421, 439, 441, 442, 443, 444 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y sus modificatorias-, por lo que, de conformidad con las previsiones del art. 433 del C.P.P., corresponde declarar admisible el recurso interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Juliano Matías Novo.

Se ha llevado a cabo la audiencia prevista por el art. 41 del C.P. conforme obra a fs. 41/vta. del presente incidente.

Por lo expuesto, a la cuestión planteada, voto por la afirmativa.

ASÍ LO VOTO.-

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. JUEZ PITLEVNIK
DIJO:**

Adhiero al voto que antecede, pues concuerdo con sus motivos y fundamentos.

ASÍ LO VOTO.-

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. JUEZ CAYUELA
DIJO:**

I) De los agravios del recurrente.-

Señaló el Sr. Defensor Oficial, en primer lugar, que el supuesto investigado queda subsumido bajo las previsiones del art. 44 in fine del C.P. ya que la comisión del hecho fue realizada por medio inidóneo y ante la evidente vigilancia de una cámara de seguridad municipal. Entendió, en este sentido, que el grado nulo de peligrosidad demostrado por el imputado en la maniobra que se le atribuye haría propicia la eximición de prisión. Solicita, en tal extremo, se exima a su asistido de la pena en la presente causa, se deje sin efecto la unificación de pena y la revocación de la condicionalidad de la pena preexistente.

En segundo lugar, estimó que la circunstancia de que los bienes sustraídos fueron recuperados íntegramente debió obrar como atenuante del castigo en los términos del art. 41 inc. 1ro. del C.P., pues evidencia una disminución considerable de la afectación al bien jurídico tutelado.

Cuestionó, además, que se haya declarado reincidente a su asistido, toda vez que ello no fue pactado por las partes en el acuerdo de juicio abreviado, como tampoco ha ofrecido el fiscal fundamentos suficientes para así proceder. Adunó a ello que de la sentencia impugnada no se desprende claramente si el imputado ha adquirido la calidad de "penado" a los fines del art. 50 del C.P. ni, en su caso, qué regímenes de ejecución de la pena ha transitado, y qué tratamiento ha recibido.

Por último, denuncia el recurrente la errónea aplicación del art. 58 del C.P. implicada en la adopción por parte del "a quo" del "método aritmético" en la mensura de la pena, en desmedro del "método composicional" que resulta más adecuado a la luz del principio "pro homine".

II) El caso.-

El Juez Correccional tuvo por acreditado que "El día 15 de octubre de 2014, momentos antes de las 2.50 hs, el aquí imputado Claudio Luna Brito se aproximó al rodado marca Renault Kangoo, dominio DPP-270, propiedad de Juan Guillermo Rautemberg, el cual se encontraba estacionando en la via publica...ocasión en la cual luego de ejercer violencia sobre la ventanilla delantera

del lado del acompañante de dicho rodado, desde que dañó el vidrio de la misma, se apoderó ilegítimamente de los siguientes elementos, a saber: dos chalecos inflables de color negro y un pantalón de trabajo de color azul...Seguidamente Luna Brito se dio a la fuga del lugar, no logrando consumar su propósito de desapoderamiento por razones ajenas a su voluntad desde que fue interceptado...por parte de personal dependiente de la Secretaria de Cuidados Comunitarios de la Municipalidad de san Isidro, quienes alertados de la conducta desplegada momentos antes por Luna Brito lograron su aprehensión incautando aun en poder del mismo los elementos que había sustraído Juan Guillermo Rautemberg".

a) Del art. 44 in fine del C. P.

En este aspecto no haré lugar a la solicitud de la defensa por los siguientes fundamentos. Considero que no se dan los extremos exigidos por la norma de fondo mencionada por el esmerado defensor. En el caso de autos, no puede verificarse ex post una imposibilidad absoluta de consumación del delito por parte de Luna. Nótese que si bien el mencionado fue aprehendido a pocos metros del ocurrido (fs. 19), lo cierto es que su accionar -desapoderamiento violento de elementos que se encontraban en un vehículo automotor estacionado sobre la calle en zona poblada en horas de la noche- no constituye un acto con una probabilidad de éxito tan baja que pueda considerarse la aplicación el artículo del Código Penal antes citado.-

En otras palabras, las circunstancias que rodearon al hecho, no tornan imposible la consumación con éxito del plan llevado a cabo por el autor.

Es por lo expuesto, que entiendo que corresponde rechazar el recurso de apelación del Dr. Novo en este aspecto.-

b) Del art. 50 del C.P

Se agravio el recurrente que se haya declarado reincidente a su asistido, toda vez que ello no fue pactado por las partes en el acuerdo de juicio abreviado, como así tampoco ha ofrecido el fiscal fundamentos suficientes para así decidir. Según su entender el Dr. Ocampo declaró su reincidencia de manera incorrecta por lo que solicitó se desaplique.

Como lo ha sostenido esta Sala en reiterados pronunciamientos (causa nro. 71.200/Ila. Romero, Horacio Oscar s/inc. de apelación de sentencia, del 28/08/09, causa nro. 70.386/Ila. Cortez, Gastón Maximiliano s/robo de arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y hurto, causa 2777/Ila. Sala de Feria, López, Daniel Héctor de enero de 2006, entre otras), el carácter de reincidente de un condenado debe ser declarado en una sentencia producto de un debate oral o juicio abreviado pues ése es el ámbito propio en que se discuten la existencia del hecho, su calificación, la participación, las eximentes, las atenuantes y agravantes (art. 371 del C.P.P.). Ello así, porque la calidad de reincidente es tenida en cuenta por la ley para valorar atenuantes y agravantes. El Estado no cuenta con oportunidades diversas y a elección para determinar cuestiones relativas a la aplicación del art. 50 del C. Penal, pues es en la sentencia en donde se debe zanjar de manera definitiva. Dicha declaración ha de tener como condición habilitar el debate sobre el punto, a fin de preservar el derecho de defensa en juicio en favor del causante, circunstancia ésta no verificada en el presente.

La condición de reincidente requiere en muchas oportunidades de producción de prueba y decisión de extremos que deben ser evaluados en la etapa de juicio (comprobación de que cumplió toda o parte de la condena anterior, que no le fue compurgada con el tiempo sufrido en prisión preventiva; que no hayan transcurrido los plazos previstos por el artículo 50 del C.P., determinación de la cantidad de tiempo que debe ser interpretada como cumplimiento parcial de la pena etc. La reincidencia y sus condiciones no pueden soslayarse ni fijarse oficiosamente en perjuicio del encartado.

Lo cierto es que la reincidencia es una consecuencia penal que ingresa dentro de los puntos de acuerdo vinculantes para el órgano de juicio por el art. 399 del C.P.P..

En este caso, luego de firmar el acuerdo de juicio abreviado, al corrersele vista al Sr. Agente Fiscal interviniente, solicitó se declare a Luna Brito reincidente.

Entiendo que le asiste razón a la Defensa en cuanto a que este ítem no fue materia de acuerdo entre las partes, sino un pedido independiente del Fiscal (fs. 115 y vta.).

En suma, dado que no se ha cumplido con la bilateralidad y contradictoriedad que se requiere en el marco del juicio abreviado para la declaración de la reincidencia, postulo desaplicar la declaración de reincidencia de Claudio Javier Luna Brito.

Atento a ello postulo revocar el punto V) de la sentencia recurrida en cuanto declara reincidente a Claudio Javier Luna Brito.

c) De los arts. 40 y 41 del C. Penal

Entiendo que en este aspecto corresponde hacer lugar a la queja defensiva. Cierto es que no ha sido ponderado correctamente por el Dr. Ocampo la atenuante de haberse recuperado todos los efectos sustraídos. Así es que entiendo que dicho extremo comprende el ítem a valorarse como extensión del daño causado a los fines de mensurar la pena (art. 41 inc. 1ro del C. Penal). Por ello, considero de aplicación la atenuante enunciada.

Asimismo, la buena impresión que me ha causado el nombrado en la entrevista llevada a cabo ante esta Sala, (fs. 41 y vta.) como así también, a ese efecto pondero su instrucción básica y sus vulnerables condiciones sociales (art. 41 inc. 2 del C. Penal).

Por todo ello, considero justa y adecuada la imposición de un mes de prisión de efectivo cumplimiento en orden al delito de robo simple en grado de tentativa llevado a cabo en perjuicio de Juan Guillermo Rautenberg ocurrido el día 15 de octubre de 2014 (arts 42 y 164 del C. Penal).

Así entonces postulo revocar el punto II de la sentencia recurrida e imponer al mencionado la pena de un mes de prisión de efectivo cumplimiento con costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (arts. 29 inc. 3ro; 42, 45 y 164 del C. Penal).

d) Del art 58 del C. Penal

Coincido nuevamente con la defensa del imputado Brito pues el método que debe aplicarse es el denominado compositivo. Pues la doctrina sostiene

que la pena justa debe ser fijada por composición y no por suma. Ello toda vez que el criterio de unificación de penas es el criterio rector y el mas adecuado.

Por ello entiendo que es este método -composicional- y no el aplicado por el Juez Correccional el que debe ser empleado para la unificación de penas en la presente.

En ese sentido postulo se lo condene a la pena única de tres años, accesorias legales y costas comprensiva de la presente de un mes de prisión de efectivo cumplimiento con costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa y la condena recaída en el Juzgado Correccional nro 4 del Departamento Judicial de San Martín en la que con fecha 9/03/12 se condenó al mencionado a la pena única de tres años (3) años de prisión de cumplimiento efectivo y costas comprensiva de la impuesta en esa causa y la pena única de tres años de prisión dictada en la causa nro. 965 del Juzgado Correccional nro. 6 Departamental, la que a su vez comprende la sentencia correspondiente a la causa nro. 3164 y acollaradas 3277, 3309, 3721 y 3739 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4 Departamental de dos años y seis meses de prisión en suspenso en orden a los delitos de tentativa de hurto calificado por escalamiento, robo simple, tentativa de robo simple y tentativa de hurto simple, en concursos real entre sí.

ASÍ LO VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:

Coincido con los motivos y fundamentos expuestos en el voto que antecede.

Me permito agregar, en consonancia con lo expuesto por mi distinguido colega, que el hecho de que el imputado haya sido observado por una cámara de seguridad y luego aprehendido sin llegar a consumar el hecho no habilita de por sí a la afirmación de que se que trató de una tentativa inidónea. Como señala el Dr. Cayuela, esas circunstancias no volvían absolutamente inidónea la comisión del hecho. Si bien el sistema de seguridad disminuye el riesgo, no lo hace imposible y

no es infrecuente que una persona filmada en el momento de la comisión del hecho logre escapar sin ser habida.

En cuanto al sistema compositivo, la doctrina del máximo tribunal federal es que el límite de la pena única es el de la suma de las condenas (fallos 308:2547), pero ello de ningún modo es obligatorio, ni invalida el método compositivo, aceptado por la Excma. Suprema Corte de Justicia bonaerense (SCBA P53340 S 27/12/1994). El método mencionado se aplica en los casos de unificación de condena, "pues se trata en definitiva de un concurso real" (Tribunal de Casación Bonaerense, Sala I, RSD-86-14, S13/2/2014).

Con los agregados mencionados es que adhiero al voto de mi colega.

TAL ES MI VOTO.-

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

I)DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto a fs. 22/27vta. del presente incidente por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Juliano Matías Novo, contra la sentencia que obra a fs. 10/21vta. del presente incidente, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando.-

II)REVOCAR el punto II de la sentencia recurrida e imponer a **Claudio Javier Luna Brito** la pena de **un mes de prisión de efectivo cumplimiento con costas** por considerarlo autor penalmente responsable del delito del robo simple en grado de tentativa, en perjuicio de Juan Guillermo Rautenberg ocurrido el día 15 de octubre de 2014 de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 29 inc. 3ro., 41 incs. 1ro. y 2do., 42, 45 y 164 del C.P.).-

III) REVOCAR el punto V de la sentencia impugnada en cuanto declara reincidente a Claudio Javier Luna Brito, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (art. 50 del C.P. y arts. 371, 399 y ccdtes. del C.P.P.).-

IV) REVOCAR Y CONDENAR EN DEFINITIVA a **Claudio Javier Luna Brito** a la pena única de **tres años, accesorias legales y costas** comprensiva de la presente de un (1) mes de prisión

de efectivo cumplimiento con costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa (punto II) y de la condena recaída en el Juzgado Correccional nro. 4 del Departamento Judicial de San Martín en la que con fecha 9/03/12 se condenó al mencionado **Claudio Javier Luna Brito** a la pena única de tres (3) años de prisión por el cumplimiento efectivo y costas comprensiva de la impuesta en esa causa y la pena única de tres (3) años de prisión dictada en la causa nro. 965 del Juzgado Correccional nro. 6 Departamental, la que a su vez comprende la sentencia correspondiente a la causa nro. 3164 y acollaradas 3277, 3309, 3721 y 3739 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4 Departamental de dos (2) años y seis (6) meses de prisión en suspenso en orden a los delitos de tentativa de hurto calificado por escalamiento, robo simple, tentativa de robo simple y tentativa de hurto simple, en concurso real entre sí, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (art. 58 y ccodes. del C.P.).-

Regístrese, actualícese RUD, notifíquese y devuélvase al origen, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.-

FDO.: LUIS C. CAYUELA – LEONARDO G. PITLEVNIK

Ante mí: ADRIANA ERNAGA