

ACUERDO:

En la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los ocho días de julio de dos mil quince, reunidos los Señores miembros de la Cámara de Casación Penal, a saber: Presidente Marcela A. DAVITE, y Vocales: Rubén A. CHAIA y Elvio O. GARZON, asistidos por la Secretaria autorizante Dra. Claudia A. GEIST, fue traída para resolver la causa caratulada "**R. C. O.- T., C. S. S- ROBO CALIF. POR USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENT. S/ RECURSO DE CASACIÓN**".

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. DAVITE, CHAIA y GARZON.

Estudiados los autos, la Cámara planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el Recurso de Casación interpuesto por la Sra. Fiscal Dra. María Carolina CASTAGNO, y en su caso, qué debe resolverse?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. DAVITE, DIJO:

I.- Por resolución de fecha 10 de febrero de 2014 (a fs. 306/338), la Cámara del Crimen, Sala Primera de la ciudad de Paraná, resolvió absolver de culpa y cargo al Sr. C. O. R. y a C. S. T. por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y en calidad de coautores.

Que en la Requisitoria Fiscal obrante que se transcribe en la sentencia a fs. 328 se les atribuyó el siguiente hecho: "*...el día 24 de noviembre de 2009, siendo aproximadamente las 00:30 horas, a bordo del vehículo R. 18 color marrón claro, dominio ---, que conducía M. A. R., y actuando de común acuerdo, ingresaron al inmueble donde funciona el Frigorífico L. A., sito en Ruta -- Kilómetro --- a unos ciento cincuenta metros aproximadamente del acceso a la ciudad de H. del Dpto. Paraná, estacionando el vehículo a pocos metros del portón de ingreso a dicho establecimiento, descendiendo del mismo C. S. T., portando en la cintura un arma de fuego pistola marca B. calibre 22, sin numeración visible, conteniendo cinco cartuchos siendo uno de ellos de punta hueca, y un bolso que contenía en su interior una peluca, un par de guantes de látex, un guante color blanco, binoculares, una camiseta color rojo y una bermuda, y C. O. R., portando una campera en cuyo interior se hallaba un revólver calibre 22, todo ello con evidentes intenciones de efectuar un robo en perjuicio de dicho Frigorífico, no pudiendo concretar su cometido a raíz de la oportuna intervención de personal policial que advirtió el ingreso del vehículo en el que circulaban los encartados, logrando aprehenderlos luego de que intentaran fugar...*".

II.- Contra esa decisión, la Fiscal de Cámara, **Dra. María Carolina CASTAGNO**, interpuso Recurso de Casación (fs. 341/349 y vta.) disconformándose de las siguientes cuestiones; a saber:

Entendió que el fallo impugnado incurrió en un vicio *in iudicando* (art. 477 Inc. 1º del CPP), al confundir un claro acto ejecutivo de tentativa - frustrada -, con un acto preparatorio atípico.

Opinó que este vicio, se manifestó como vicio *in procedendo* (art. 477 inc. 2º del CPP) que descalifica como válido el fallo recurrido, al incurrir en vicios de fundamentación aparente y contradictoria, los cuales trascienden la estructura formal del pronunciamiento, afectando su contenido, dado que la resolución es arbitraria, contiene afirmaciones dogmáticas y autocontradictorias que constituyen un fundamento aparente, que no importan una derivación razonada del derecho vigente.

Así, conforme a las pruebas que se desarrollaron en el debate, la Sra. Fiscal consideró que se tuvo por cierto, y no controvertido: a) que los imputados R., T. y RI. (sobreséido por extinción de la acción penal por fallecimiento) arribaron hasta el lugar de los hechos y luego fueron detenidos por el personal policial que cumplía funciones en el puesto caminero; b) que detuvieron el rodado a unos 17.8 metros de la puerta de ingreso del Frigorífico, como se indica en el mencionado relevamiento; c) que el conductor de dicho automóvil descendió y se dirigió caminando hacia esa puerta (que según las declaraciones sería RI.), mientras que los coimputados R. y T. permanecían a un costado del rodado, siendo inmediatamente detenidos por el personal policial que cumplía funciones en el puesto caminero instalado en la intersección de la ruta -- y la ruta de acceso a la localidad de H..

Para arribar a dicha conclusión, la recurrente explicó que la sentencia afirmó que: a) en ningún momento se ingresó al predio; b) tampoco se llegó a ejercer algún tipo de violencia sobre la puerta de acceso y/o blandir la única arma de fuego hallada en el lugar; c) que no hubo contacto visual con el empleado de la firma que ignoraba totalmente lo que ocurría en el exterior; y d) que no corrió riesgo alguno como potencial o hipotético sujeto pasivo; y concluyó que la actividad por ellos desarrollada, sólo puede ser vista como actos preparatorios, resultando tales conductas atípicas.

Opinó que resulta imposible imaginar que los autores ingresaron al camino de acceso al frigorífico "L. Á.", camino que sólo tiene como destino dicho establecimiento, tal como lo ratificaron todos los testigos que depusieron en el marco de estos actuados, portando armas de fuego y réplica, llevando elementos, como pelucas, binoculares, guantes, gorros, etc., que pueda concluirse que dicho suceso no tenga significación jurídico penal de "comienzo de ejecución".

Entendió que a ello debió sumarse la actitud asumida por los enjuiciados de pretender darse a la fuga al verse sorprendidos por los funcionarios policiales, tal como lo ratifican V., M. Y L..

Adujo que la sentencia recurrida no se constituyó en una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las concretas constancias comprobadas del proceso, circunstancia que irremediablemente lo descalifica como acto judicial válido, en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sobre arbitrariedad.

III.- A fs. 357/361 la **Procuradora Adjunta Dra. Cecilia A. GOYENECHÉ**, mantuvo el recurso interpuesto por la Dra. CASTAGNO y reforzó sus argumentos agregando que lo decidido por la Sala transgredió las normas de la experiencia y el sentido común, al interpretar como ajenos a la ejecución del hecho de robo, actos que no pueden sino ser interpretados como ya insertos en la ilicitud de esta figura (tentativa).

Insistió en que, lo que el Tribunal entendió "*como un simple merodeo, un acecho, un reconocimiento previo del terreno antes de adoptar la decisión de dar comienzo a la hipótesis delictiva que ha presentado la Fiscalía, por lo que no puede ir más allá, inevitablemente, de lo que configurarían actos preparatorios...*"(Cfr. fs. 335), consistió en realidad en el ingreso de tres personas armadas (una de ellas con un revólver calibre 22 y otra con una imitación de dicha arma) al predio privado del Frigorífico "L. Á.", que además llevaban consigo elementos para disimular sus facciones (gorro de lana, peluca, etc.).

Destacó que este hecho no puede ser calificado como acto preparatorio, y consideró que el yerro del fallo fue haber confundido el ingreso al "predio" perteneciente al frigorífico, con el ingreso a la edificación existente en el predio.

Advirtió que los argumentos que el Tribunal utilizó para descartar la tentativa resultaron ineficientes para delimitar el comienzo de ejecución del hecho, confundándose en la sentencia la calidad de víctima, porque se trató de un delito contra la propiedad.

Realizó consideraciones dogmáticas citando prestigiosos autores que han profundizado en el tema, y concluyó en que, los hechos demostrados en la causa sólo indicaron que R., T. y RI., se propusieron robar, empezaron a hacerlo, su accionar no fue equívoco y que ingresaron en la esfera de la víctima con actos unívocamente tendientes a la ejecución de un robo agravado.

En otro orden de ideas agregó que la sentencia incurrió en un vicio *in judicando* al disponer la absolución de los imputados sin considerar la subsistencia de la figura de portación de arma de fuego de uso civil, pese a que tal conducta se encontraba debidamente acreditada.

Solicitó que, por ser el fallo arbitrario y contrario a derecho, se lo case anulándolo y reenviando la causa para que otro Tribunal debidamente integrado dicte sentencia adecuada a derecho.

IV.- Corrido traslado a la defensa del imputado R., se presentaron (a fs. 371/386) **los Dres. Miguel Ángel CULLEN y Miguel Alejandro RETAMOSO.**

Plantearon como cuestión previa la violación del principio *Ne bis in idem*, en el entendimiento de que anular la sentencia absolutoria violentaría el principio de prohibición de la persecución penal múltiple y la exposición a un nuevo riesgo procesal, habiéndose agotado la facultad punitiva con el dictado de la sentencia absolutoria, máxime cuando, como en este caso, no existe perjuicio ni víctima.

Discreparon con la interpretación de la prueba objetiva realizada por la Sra. Fiscal, entendieron correcta la conclusión, ya que por el principio de congruencia no podía sino absolverse a los imputados al quedar probado que no se ingresó al predio frigorífico como sostuvo el hecho imputado, ni que R. portaba una campera con una pistola calibre 22. Extremos que no fueron probados a lo largo de la causa.

Opinaron que la sentencia se basó en las testimoniales que dieron cuenta claramente que jamás se ingresó al predio del frigorífico "L. Á.", al contrario de lo que entendió la Fiscalía, quien a su vez se contradijo al afirmar que estacionaron a metros del portón de ingreso de dicho establecimiento y que no ingresaron al mismo.

Concluyeron que el fallo recurrido es una derivación razonada del derecho vigente y en especial de la prueba producida en la causa.

V.- A su turno, el **Dr. Alberto ROGER SALVATELLI**, abogado defensor del Sr. T., contestó el traslado (a fs. 394/404) y sostuvo como cuestión previa que la concesión de este recurso implicaría la violación al principio de persecución penal múltiple.

En relación al delito atribuido a su defendido, coincidió con la defensa del coimputado R., y estimó que no existió delito, no hubo actos que conduzcan a la tentativa.

Realizó un análisis detallado de la sentencia y de la prueba que fue valorada en la misma, concluyendo que el fallo es ajustado a derecho.

Opinó que el sentenciante comenzó describiendo las posiciones de las partes, la prueba obrante en la causa, con referencia a lo dicho por los testigos en la audiencia de debate, concluyendo que los imputados no habían ingresado en ningún momento al predio del frigorífico "L. Á."

Solicitó que se rechace el recurso y se confirme la sentencia puesta en crisis.

VI.- Reseñadas en los párrafos anteriores las posturas de las partes corresponde ingresar al tratamiento del tema a decidir debiendo pronunciarme sobre la resolución atacada.

A tal fin y para una mejor comprensión, he de reconstruir el razonamiento que expuso el Vocal en la sentencia para llegar al resultado absolutorio, y analizar su validez.

En la primera cuestión, el Vocal del primer voto delimitó con precisión el marco probatorio: primero sintetizó las testimoniales que se produjeron durante la audiencia de debate; luego enumeró los elementos de convicción que se incorporaron por lectura; por último señaló que debían ser consideradas las declaraciones testimoniales prestadas en sede instructoria por O. H. M. y D. D. L., las que también se introdujeron por lectura previa conformidad de las partes.

A continuación, y ya en trance de pronunciarse sobre el primer aspecto de la cuestión planteada, mencionó que: *"cabe destacar desde ya que los elementos objetivos obrantes en la causa, tales como la diligencia de inspección ocular practicada en el lugar del hecho, el croquis referencial y las*

placas fotográficas tomadas en el sector, el relevamiento planimétrico del escenario de los hechos, los informes técnicos periciales balísticos y químicos, a lo que se suma las declaraciones testimoniales que se ha tenido oportunidad de escuchar en la pasada audiencia solo permiten establecer determinados extremos fácticos de la originaria acusación que obra en la pieza fiscal requirente, debiendo descartarse absolutamente, desde ya, como apuntaron los Sres. Defensores, que los encausados hayan ingresado efectivamente al establecimiento donde funciona el Frigorífico 'L. Á.', conforme lo admiten todos los testigos de cargo que han depuesto en estas actuaciones, cuyas declaraciones me he ocupado de sintetizar en los párrafos que anteceden y de las que se desprenden que los encausados permanecieron en todo momento en el exterior de dicho establecimiento"

Ahora bien, la única información que surge de los elementos de convicción mencionados es la referida a la ubicación espacial en la que se encontraban las personas y las cosas cuando la policía llegó al lugar, sin adicionar ningún dato que marque los límites físicos del establecimiento, como para deducir de allí si ya estaban dentro del mismo o no. Los informes técnicos balísticos y químicos tampoco nada informan sobre este extremo de la imputación.

Sumado a esto, en esta argumentación se omitió la consideración de la testimonial de O. H. M., a pesar de que era el único testigo que podía informar si al momento de la detención los imputados estaban dentro o fuera del perímetro del establecimiento, porque era el sereno del lugar y conocía perfectamente la propiedad.

El testigo M., prestó declaración durante la instrucción (a fs. 78/79 y vta.) con la presencia de los Dres. SALVATELLI y CULLEN. Relató en lo esencial que: *"el 24 de noviembre del corriente, siendo aproximadamente las 00.00 hs. cuando llegó un camión del Frigorífico "L. A.", yo lo que hago es abrirle el portón. Al portón lo dejé abierto, solamente arrimado, sin ninguna traba (...) preguntado: para que diga el testigo si puede especificar si la calle donde estaban parados los policías está dentro del predio del Frigorífico "L. A.". Responde: que sí, que esa calle es del predio del Frigorífico. Preguntado: para que aclare el testigo cuántas entradas tiene el frigorífico "L. Á.". Reponde: una sola, esa calle que referí"*.

Esta declaración debió ser considerada porque resulta de un alto valor convictivo, por la fiabilidad y entidad de su contenido, y porque no se contradice con el resto de los elementos de prueba sino que -por el contrario- permite que se los interprete en su justo sentido, valga como ejemplo el dato indubitable que surge de la planimetría de fs. 182, croquis de fs. 3 y placas fotográficas de fs. 166, donde se aprecia que el camino conducía solamente al establecimiento, o sea que el auto no podía dirigirse a otro lugar que no sea aquél.

Debo aclarar que, a mi entender, la circunstancia de que al momento de la detención los imputados estuvieran dentro o fuera del perímetro es irrelevante a los fines de lo que aquí se debe demostrar. Sin perjuicio de ello,

en esta tarea de revisar los argumentos de la sentencia, este dato cobra trascendencia porque el Vocal construye su verdad -conforme a la cual los imputados permanecieron fuera del establecimiento- y a partir de allí direcciona todo su razonamiento.

Ello es así porque para llegar a la absolución el Vocal tuvo por probado que los imputados llegaron hasta el lugar que indica el relevamiento planimétrico de fs. 182; que allí fueron detenidos por el personal policial que cumplía funciones en el puesto caminero; que detuvieron el rodado a unos 17.8 metros del ingreso al frigorífico, que el conductor del auto se bajó y se dirigió caminando hacia esa puerta y los otros dos permanecieron al costado del auto; y al momento de detenerlos constataron que llevaban consigo, entre otros elementos, un arma calibre 22 cargada y un arma de utilería.

Ahora bien, si a estas consideraciones le añadimos los dichos del testigo M., comprobamos que no es posible seguir explicando lo ocurrido en el sentido de que tal actividad solo puede ser vista *"en el peor de los supuestos, como un simple merodeo, un acecho, un reconocimiento previo del terreno antes de adoptar la decisión de dar comienzo a la hipótesis delictiva que ha presentado la Fiscalía, por lo que no puede ir mas allá, inevitablemente, de lo que configurarían actos preparatorios"* (cfr. fs. 335); ni es posible concluir sin mas en que tales conductas son atípicas, y -menos aún- señalar la posibilidad de un *"desistimiento del plan original"*, afirmando que *"...se presenta también aquí como altamente probable un cambio de designio de los agentes, por lo que no puede decirse entonces que dicha acción haya estado muy cerca de producir el resultado..."*, cuando es muy claro que el suceso se interrumpió gracias a la oportuna intervención policial.

Basta comparar el comportamiento de los imputados con lo dispuesto en el art. 43 del CP, para verificar que de ningún modo puede incluirse entre sus previsiones. Es evidente que no hubo ningún indicio de un desistimiento voluntario, sino una circunstancia que impidió la consumación de un hecho que ya se había iniciado.

Por todo ello entiendo que le asiste razón a la Fiscalía en cuanto a que una valoración completa de la prueba impide apartarse del hecho descrito en la requisitoria fiscal de elevación a juicio, en cuanto menciona que *"ingresaron al inmueble del Frigorífico (...) estacionando el vehículo a pocos metros del portón de ingreso de dicho establecimiento"*, e impide también compartir lo afirmado en la sentencia respecto a que: *"los encausados permanecieron en todo momento en el exterior de dicho establecimiento"*.

El sentenciante, para llegar a la solución absolutoria, hizo otras consideraciones que también fueron cuestionadas por los recurrentes.

VI. a.- Estado de sospecha previo y fundado.

Es así que la Fiscalía señaló que se omitió la consideración de las circunstancias concomitantes que demostraban que la policía intervino bajo un estado de sospecha fundado en elementos objetivos que justificaron su actuación; como ser: las testimoniales de los policías que los aprehendieron, que dan cuenta que fueron al lugar porque antes vieron entrar un camión de

los que llevan la recaudación, y a los pocos minutos vieron ingresar un auto, pero además vieron que apagaron las luces y eso les llamó la atención (conf. Testimonio L. fs. 91) y por eso sospecharon de este auto que ingresaba; que cuando llegaron al lugar uno de los imputados estaba casi junto al portón y que el portón estaba abierto, o sea solo tenían que traspasarlo. Efectivamente se trata de un dato importante porque ese estado de sospecha previo y fundado es el que justificó que la policía tomara la decisión de concurrir al lugar; pero además, esa sospecha, a medida que el procedimiento fue avanzando, se fue intensificando al compás del mismo comportamiento de los imputados, quienes, cuando advierten que se aproxima el móvil policial intentan darse a la fuga y cuando los están por aprehender tratan de deshacerse de los elementos que los comprometían. Todo lo cual, conduce a que el personal policial, convencido de encontrarse ante un hecho delictivo, procediera a la aprehensión de los imputados y labrasen las actas de prevención, dando inmediata intervención al juez como lo demuestra el informe de fs. 1 y vta. quien dispuso en ese momento el secuestro de todos los elementos encontrados en el lugar, el traslado a la dependencia de los tres aprehendidos y que se continuara con las diligencias de rigor.

VI. b.- El portón estaba abierto.

Otra omisión relevante que destaca la Fiscalía es la de no haber considerado la circunstancia probada respecto a que el portón de ingreso al Frigorífico se encontraba abierto.

Este es un dato incontrovertible conforme surge de los dichos del testigo M. y de los policías que intervinieron en el procedimiento, y de las actas labradas en la prevención.

No obstante, el Vocal en su sentencia destacó entre los elementos desincriminatorios que lo conducían a apreciar los hechos como actos preparatorios no punibles, la circunstancia de que *"los imputados no llegaron a ejercer algún tipo de violencia sobre la puerta de acceso"* y que *"ni siquiera la tocó"*.

La inclusión de esta prueba dentro del contexto en el cual ocurrieron los hechos incide en su apreciación jurídica, porque indica una mayor proximidad física y temporal con la consumación del hecho, ya que los imputados no tenían que realizar ningún esfuerzo, ni otra acción adicional para traspasar el portón, que ya se encontraba abierto, y del cual R. se encontraba muy cerca.

VI. c.- Sobrevaloración de circunstancias que no son dirimentes para definir la tentativa.

Finalmente destaca la Fiscalía que el Vocal consignó entre sus valoraciones que *"viendo la cuestión desde otra perspectiva, si se tiene en cuenta que en ningún momento se ingresó al predio, que tampoco se llegó a ejercer algún tipo de violencia sobre la puerta de acceso y/o a blandir la única arma de fuego hallada en el lugar, que ni siquiera hubo contacto visual con el empleado de la firma que ignoraba totalmente lo que ocurría en el exterior, y que, por ende, no corrió riesgo alguno como potencial o hipotético sujeto pasivo, se torna sumamente difícil imaginar, en este punto máximo alcanzado"*

en el desarrollo de los acontecimientos, que ello constituya un grado de aproximación inmediato a la realización típica o una situación de peligro inmediato (según otros autores) al bien jurídico tutelado por la figura penal agravada que atribuye el órgano acusador".

Estas valoraciones no son de ningún modo útiles para descartar la imputación, así lo explicó la Sra. Procuradora Fiscal Adjunta al decir: *"La ausencia de contacto visual con el empleado de la firma que ignoraba totalmente lo que ocurría en el exterior y que, por ende, no corrió riesgo alguno como potencial o hipotético sujeto pasivo es un dato absolutamente irrelevante. Tampoco hubieran sido vistos los autores por el sereno si, en lugar de estar ocupado ayudando a descargar el camión que había llegado minutos antes, hubiera esta durmiente o viendo TV, lo que en nada incide sobre el momento de inicio de la ejecución de robo. Por otra parte se ha confundido en la sentencia la calidad de víctima, ya que en su caso la principal víctima del delito contra la propiedad no sería otro que el titular de la misma".*

En efecto, el conocimiento de los hechos por parte del empleado no tiene ninguna relevancia jurídica; el robo se podría haber consumado con o sin su conocimiento. Del mismo modo, tampoco tiene relevancia jurídica la circunstancia de no haberlo visto blandir el arma porque el peligro efectivamente corrido por la utilización del arma configura -en todo caso- un requisito del delito consumado y no de la tentativa.

Por todo ello, no es válida la conclusión a la que llega el sentenciante después de valorar estas circunstancias conforme a las cuales *"para afirmar que los imputados habían comenzado a protagonizar el acto productor de la finalidad, como mínimo "...deberían haber transpuesto la puerta de acceso al establecimiento, ya sea mediante fuerza, violencia o aún, a través de engaños, esgrimiendo o blandiendo el arma de fuego, con la que se generaría así la situación de peligro a la integridad física de quienes se hallaban en el interior del establecimiento, tal como lo exige el tipo agravado del art. 166 inc. 2 segundo párrafo del Cód. Penal. Así las cosas, todos los actos anteriores a éste, protagonizados por los encartados no dejan de ser actos preparatorios como se sostuviera inicialmente."*

VI. d.- Subvaloración de elementos de prueba.

La Fiscalía también se agravia porque en la sentencia se omitió ponderar elementos que prueban que T. portaba el arma B. Calibre 22 y R. el arma réplica.

Conviene poner énfasis en esta cuestión, puesto que -efectivamente- le asiste razón a la Acusación, para demostrarlo, voy a retomar el razonamiento del Vocal en la sentencia sobre este punto, en el cual, luego de descartar que los imputados hubiesen ingresado al predio comercial sostuvo que: *"En esa senda de análisis, tampoco puede aseverarse con certeza que el imputado T. haya llevado consigo, en ese preciso momento, la pistola marca B. calibre 22, si se tiene en cuenta las contradicciones en que han incurrido los principales testigos de cargo al deponer en la pasada audiencia".*

A partir de allí, se refirió a los dichos de V. quien manifestó *"que fue él quien detuvo a T., que lo palpó de armas y comprobó que llevaba una pistola en la cintura, señalando sin embargo a R. en la pasada audiencia como el individuo a quien efectivamente detuviera en aquella ocasión. Por otro lado D. D. L., en su declaración de fs. 91/94 manifestó que él detuvo a RI. y que V. le informó que uno de los sujetos identificados como T. tenía un arma en la cintura, pero ya se ha visto que no ha sido aparentemente él quien lo detuvo. Por su parte M. aseguró en la pasada audiencia que él detuvo a R., por lo que indefectiblemente se plantea la duda introducida por uno de los Sres. Defensores en torno a quien aprehendió efectivamente a T. para asegurar si realmente este último portaba un arma en su cintura. Finalmente, para crear mayor incertidumbre en torno a esta cuestión puntual, concurre aquí el testimonio de L. quien manifestó en el pasado debate que el arma de fuego fue encontrada en un cantero existente en el lugar"*.

La confusión manifestada por el testigo V. durante la audiencia, respecto a la identidad física de T., se explica sin dificultad, en los más de cuatro años transcurridos a partir de la ocurrencia del hecho.

Esta duda fue hábilmente introducida por la Defensa, y sólo puede compartirse omitiendo injustificadamente ponderar importantes elementos de prueba que el mismo Vocal anunció al principio de su voto (a fs. 333) que debían ser considerados en su análisis y que indican unívocamente que T. tenía el arma en su poder: *"tal como el parte policial de fs. 1/vta.; el acta de inspección ocular de fs. 2/vta.; el croquis referencial del lugar del hecho de fs. 3.; el acta de secuestro de fs. 4/vta; el parte policial de fs. 6 (...) las placas fotográficas de fs. 166/170 y 172/176 que ilustran el lugar del hecho, el vehículo en que se conducían los imputados, el arma de fuego y los demás efectos secuestrados; el informe pericial balístico de fs. 177/181 elaborado por la División Scopometría de la Dirección Criminalística, que determinó que el arma de fuego pistola semiautomática B. con número de serie suprimido, es apta para efectuar disparos y que los cartuchos secuestrados serían aptos para producir el disparo; el relevamiento planimétrico de fs. 182 efectuado por la Dirección Criminalística donde se detalla la ubicación del frigorífico "L. Á.", del R. 18 y del lugar donde fueron aprehendidos los encausados; (...) los informes papiloscópicos de fs. 184, 186, 188 de la División Rastros de la Dirección de Criminalística con sus respectivas actas de levantamiento de rastros"*.

En esa línea argumental, no cabe duda que L. lo detuvo a RI. y que M. lo detuvo a R. - y así consta en todas las actas- es evidente que V. detuvo a T. y que la confusión es baladí en relación al resto de la prueba, que consigné en el párrafo anterior, y que confirma este extremo de la imputación.

Tampoco se valoraron correctamente los dichos del testigo L., porque no estuvo presente en el momento que los detuvieron y por eso no podía aportar el dato relativo a cuál de los imputados tenía una u otra arma en su poder. Así surge de lo que declaró en la audiencia de debate acerca de que *"cuando llegó al lugar, después de que el móvil de la caminera pidió apoyo porque habían detenido a tres personas en el frigorífico "L. Á.", llegando ellos al lugar como a*

las 02.00 de la madrugada, cuando ya los tenían reducidos, por que procedieron a tomarle los datos a los detenidos (...) recordó que había armas de fuego en el lugar, una calibre 22 corto aunque no recuerda el calibre de la otra, mencionando que estaban frente al frigorífico, en un cantero" (cfr. fs. 331 vto.).

Cabe señalar que aquí también el Vocal convirtió una circunstancia secundaria en un elemento dirimente, y sostengo esto porque el dato relativo a quién era el que físicamente portaba cada una de las armas no es trascendente, lo importante es que las armas las llevaban ellos y fueron encontradas en el lugar. Pero al igual que en el apartado anterior en esta labor de revisar la sentencia constato que el Vocal asume una duda a pesar de la prueba contundente que demuestra lo contrario.

Las declaraciones de los testigos L., M. Y V. y las constancias de las actas de prevención, son suficientes para acreditar con grado de certeza que T. tenía en su poder el arma B. calibre 22 y que R. intentó deshacerse del arma de utilería. Pero lo que demuestra que efectivamente la valoración de la prueba es parcial es la desconsideración del resultado de los informes técnicos papiloscópicos practicados en relación a las armas (conf. fs. 184/185 y 380/383) de donde surge que en el arma B. calibre 22 se encontraron vestigios papilares que se corresponden con las fichas dactiloscópicas de T., y que en el arma réplica se encontraron vestigios papilares correspondientes a R..

Del contenido de las actas de prevención, las testimoniales de los policías que intervinieron en la detención y los informes papiloscópicos, se deduce entonces sin ningún esfuerzo intelectual que el arma calibre 22 estaba en poder de T. y el arma réplica en poder de R..

Y frente a la consistencia de esta prueba, no puede enfrentarse la versión que brindó T. en su indagatoria -respecto a que esa noche la policía le puso el arma entre sus manos y la hizo detonar- para lograr explicar la presencia de su huella dactilar en el arma, puesto que, además de ser por sí inverosímil, otros elementos de prueba la descartan, como ser el resultado negativo del dermatotest o la circunstancia de que ninguno de los testigos, especialmente M. que era el más ajeno a los hechos, haya escuchado esa detonación.

A esta altura, es posible afirmar que la sentencia contiene fallas en la argumentación y éstas se observan principalmente en la determinación de las circunstancias fácticas que rodearon el suceso, en tanto al enumerar las pruebas predica que "deberán ser consideradas", para luego, al momento de su ponderación las excluye de plano, al punto que ni siquiera mencionarlas entre los argumentos mediante los cuales transita hacia la solución absolutoria.

Entonces, a pesar de que en la sentencia se dan cuenta (aunque sea brevemente) de todas las probanzas arrimadas a la causa, las mismas no se relacionaron en un razonamiento conducente y totalizador, en el sentido establecido por el STJ: *"...es insuficiente la sola mención global de los*

elementos probatorios o la remisión genérica a las constancias de autos, de modo tal que constituyan una referencia general o vaga acerca de la plataforma fáctica, ya que, por el contrario, el sistema institucional y el esquema normativo imponen al Juez explayarse con claridad y sin contradicciones en sustento legítimo de sus afirmaciones o negaciones relativas a los elementos probatorios trascendentes en los cuales constituyó el factum y después seleccionó los tipos del Código Penal para aplicar o desechar la imputación formalizada. Así, no es fundamentación idónea lo resuelto con base en la sola afirmación de premisas dogmáticas que no encuentran apoyo en elementos válidos a lo largo de la estructura sentencial" (causa "BOSCH, María Rosa..." sent. 17/11/08).

De acuerdo a las valoraciones precedentes, ninguna duda me cabe respecto a que el fallo contiene un vicio que consistió en prescindir de prueba dirimente y valorarla fragmentariamente, y ese defecto en la valoración es lo que le impidió al Vocal una correcta determinación de los hechos conforme la prueba de la causa.

Con el mayor de los respetos por los Sres. Vocales, debo señalar que a mi entender la resolución contraría los principios de la experiencia, tal como se puede verificar en las consideraciones que realiza acerca de la confusión del testigo V., como por la forma en que descarta la tentativa pese a los numerosos elementos de prueba que, sin ingresar siquiera en el análisis típico, indican un comportamiento prohibido y altamente riesgoso para el bien jurídico propiedad.

Toda esta fundamentación solamente aparente, torna arbitraria a la pieza sentencial, según criterios ya establecidos por la CSJN y por la Sala Penal del STJ en autos "O., D." (Sent. del 15/04/09), es criterio fijado por el Máximo Tribunal nacional que: *"la existencia de arbitrariedad se configura, entre otros casos, cuando se valoran las pruebas de manera fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de los hechos conducentes, prescindiendo de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los testimonios y los demás elementos indiciarios"* (conf. "F. d.C. y otro", CSJN, 27/06/02).

Corresponde destacar también que la sentencia concluye con una solución absolutoria, alegando la aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo que entiendo no es admisible porque no se verificó el cuadro de situación que tornaría aplicable ese principio. Puesto que lo que se ha evidenciado, no es una situación de duda, sino un análisis parcial y sesgado de la prueba, mediante el cual se alcanza una conclusión necesariamente errónea, porque ya en el punto de partida del razonamiento se omitieron ponderar circunstancias significativas para su justa evaluación.

Por último a lo planteado por la Defensa -respecto a que la nulidad de la sentencia violentaría el principio de prohibición de persecución múltiple- cabe responderle que si bien no cabe duda que existen etapas del proceso que precluyen, sobre la que no se pueden volver, desde el punto de vista

constitucional lo decisivo es si la etapa del proceso ha sido cumplida válidamente.

Por ello en el caso "MATTEI", una vez que se llegó a la etapa de dictar sentencia de una manera válida, no era correcto retrotraer la causa a etapas cumplidas con observancia de las formas procesales. Lo mismo pasó en "POLAK", y esos fueron también los argumentos de Zaffaroni en "SANDOVAL", donde sostuvo que una causa no puede volver a la etapa de ofrecimiento de pruebas que fue válidamente cumplida, para ofrecer nuevas que no fueron solicitadas en ese momento por la Fiscalía en la etapa anterior y procurar así en un nuevo juicio una condena.

Ahora bien de tal doctrina, no surge una prohibición al Ministerio Público o a la parte Querellante en su facultad de apelar una sentencia condenatoria. Adhiero plenamente a las consideraciones de Javier A. De Luca, en cuanto a que *"existe consenso en que, en virtud de lo dispuesto por el art. 8º.2.h) de la Convención Americana, aunque durante el proceso exista igualdad de partes (proceso adversarial), el condenado siempre debe contar con la posibilidad de desnivelar, de recurrir ante una instancia superior la decisión por la que se lo condena. Este asunto, sin embargo, no es válido para prohibir los recursos de la parte fiscal, porque tienen fundamentos distintos y porque la operatividad del primero no obsta a la existencia del segundo. En efecto, que una sentencia absolutoria deba quedar firme en última instancia por recurso del imputado y su defensa (doble conforme), no obsta al ejercicio del derecho de la parte acusadora a la anulación de una sentencia inconstitucional. Ambos derechos deben coexistir en un sistema armónico porque tienen fundamentos distintos. El del condenado, en el art. 8º.2.h) de la Convención America y similares; el de los acusadores, en los arts. 1º, 31, 116 y 117 de la Const. Nacional, que establecen el control difuso de constitucionalidad de las normas y actos de gobierno (para evitar la estabilidad de sentencias infundadas y arbitrarias, impensadas en una república), lo cual impide que cualquier norma o acto de gobierno (una sentencia lo es) de inferior jerarquía obste al acceso de cualquiera de las partes a la Corte en última instancia cuando se encuentra involucrada una cuestión federal. La cantidad de instancias, la institución de tribunales inferiores, no incide en este asunto, porque se trata de un mandato de la Constitución al legislador para alivianarle la cantidad de trabajo a la Corte (arts. 75, inc. 20. y 116, Const. Nacional; ley 48, ley 4055, etcétera). 3- También debe advertirse que la solución que se adopte deberá tener en cuenta todos los demás aspectos del ordenamiento jurídico y que no puede ser automática la importación de instituciones de otros países. A diferencia de los Estados Unidos de América y de los países europeos, en la Argentina rige un sistema que toma sólo algunas características de cada uno de ellos, no todas, y las combina. Como acabo de señalar, aquí contamos con un sistema republicano, federal, de control de constitucionalidad difuso donde en materia de Derecho federal la corte de la Nación tiene la última palabra. 4- Es importante asimismo recordar que en la Argentina, cualquiera fuese el ordenamiento procesal (oral, escrito, más o menos acusatorio o inquisitivo, o*

mixto, etcétera), siempre se ha considerado que una persona es imputada desde los primeros momentos de las investigaciones en su contra, cualquiera sea el nombre que se le asigne a esa etapa del proceso y que, desde entonces, será titular de todos los derechos y garantías que le otorgan la Constitución y las leyes. De modo tal que "juicio", para nosotros, tradicionalmente fue equivalente a "proceso" y no solamente a la etapa del "plenario" o "debate" (sea ella oral o escrita). Desde los primeros momentos de una imputación rige el non bis in idem, que cubre el riesgo de un nuevo enjuiciamiento, y no sólo el de una segunda acusación o condena por el mismo hecho y causa. La consecuencia de toda la vida fue que, mientras no existiese sentencia firme, su revocación y la consecuente reapertura y repetición del debate o plenario siempre fue considerada la reedición de una etapa del mismo proceso y no la realización de uno nuevo y de distinto sometimiento o proceso por el mismo hecho. Son algunos trabajos de doctrina y unas pocas decisiones judiciales quienes pretenden aplicar a nuestros sistemas procesales el estándar de non bis in idem que rige en otras latitudes y, desde ahí, considerar que la celebración de un nuevo debate o plenario es sinónimo de nuevo juicio". (Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. T. 13, Pág.191, Ed. Hammurabi).

VI.- Por los argumentos expuestos, propicio que se haga lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia de acuerdo a lo que solicitó la Fiscalía, se decrete la nulidad de la sentencia atacada, y se reenvíen las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que un nuevo Tribunal renueve los actos invalidados.

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, el Señor Vocal **Dr. RUBÉN CHAIA**, dijo:

Habiendo la Vocal preopinante, en el voto que antecede, resumido los planteos recursivos, desarrollando un análisis pormenorizado tanto de las posturas como de la totalidad de los fundamentos esgrimidos por las partes, me remito al mismo a fin de evitar reiteraciones y en razón de la brevedad.-

Corresponde por tanto, adentrarme a desentrañar lo que considero que es el núcleo de la impugnación formulada, esto es: si la conducta desplegada por los encartados de autos constituye una acción disvaliosa con entidad suficiente para constituir un delito -tentado-, o resulta ajustada a derecho la absolución decretada por el *a quo*.-

Recordemos brevemente, que en nuestro ordenamiento, el art. 42 CP establece la punibilidad para quien "... con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad". Ello, a diferencia de otras regulaciones, como la alemana, que en su Código penal -§ 22- precisa que "Comete tentativa de un delito el que, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo", por lo que incorpora el baremo de la representación del autor como dirimente de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. De igual manera, y atento a la distinta regulación que tienen en dicho ordenamiento los delitos y los considerados *crímenes*, el § 23 establece la punibilidad de la

tentativa siempre que se esté ante un crimen, pero la de una tentativa de delito únicamente en los casos expresamente previstos por la ley, además de establecer el carácter facultativo de la reducción de pena respecto del hecho consumado -cfr. § 49, párr. 1-.-

Recordemos igualmente, que la doctrina internacional ha marcado la distinción entre tentativa acabada e inacabada, no receptada en nuestro ordenamiento vigente. Resulta ilustrativo de ello, que el último Anteproyecto de reforma al Código Penal no introduce cambios a este respecto, manteniendo *"... la tradición legislativa que no introduce distinciones punitivas entre las tentativas, según sean inacabadas, acabadas o delitos frustrados, simples y calificadas, que seguirán siendo categorías doctrinarias a los efectos de resolver adecuadamente los diferentes casos, pero que en orden a la pena deberán ser evaluadas judicialmente conforme a las circunstancias del peligro, proximidad y lesividad concretas de cada supuesto"* -cfr. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, comisión presidida por el Dr. E. Zaffaroni, Decreto PEN 678/12-.-

Independientemente de las teorías que se adopten a los fines de delimitar los actos preparatorios de aquellos que constituyen un principio de ejecución -teorías subjetivas y objetivas, éstas en sus vertientes formal y material-, en nuestro marco constitucional el baremo más adecuado parece ser aquel que respete más acabadamente el principio de lesividad o del hecho.-

La doctrina ha receptado este criterio, afirmando que *"... el límite a que se enfrenta todo adelantamiento de la punibilidad (no sólo la tentativa, sino también los delitos de peligro, la punibilidad de actos preparatorios —en sentido material— como delitos autónomos, etc.) está constituido por el denominado "principio del hecho": cogitationis poenam nemo patitur, principio que se corresponde con la tesis de que "[e]n el Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos ... Entre las exigencias legitimatorias que derivan del principio del hecho, una de las más importantes consiste en la restricción de la imputación a título de tentativa a aquellos casos en que es constatable un principio de ejecución. El principio de ejecución constituye el hito que posibilitaría la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos"* -cfr. Mañalich Raffo, J.P., "La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales", en *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, año 2004-.-

Resulta, por tanto, imprescindible -conforme nuestra legislación- afirmar un principio de ejecución, y ello es lo que debe verificarse en el accionar de los imputados, a los fines de calificar el hecho como penalmente relevante o no.-

Al respecto, en la sentencia en crisis, el Tribunal afirmó la atipicidad de la conducta de R. y T., por entender que su accionar no estuvo cerca de producir el resultado supuestamente buscado, no habiendo ingresado al predio -ni siquiera tocaron la puerta de ingreso al mismo-, además de no haber sido posible reconstruir certeramente quién de los encartados portaba el arma de

fuego que fue secuestrada. En orden a definir la tentativa con el fin de discriminarla respecto de los actos preparatorios, entendieron -siguiendo a Pessoa- que el acto de tentativa es el productor de la finalidad según el plan concreto del autor, mientras que el acto preparatorio es el posibilitador de aquél.-

Del estudio pormenorizado de la causa, surge incontrastable que los incursos se dirigieron en un vehículo R. 18 al mando de M. RI. -fallecido-, ingresando por la ruta nº-- en un camino que conduce al frigorífico "L. Á." -cfr. croquis de fs. 3-, deteniendo el automóvil a unos metros de la puerta de ingreso al mismo -aproximadamente a unos 18 mts., aunque M. al declarar hable de unos 60 mts. de distancia-, y permaneciendo R. y T. al costado del rodado mientras RI. se acercaba al portón, siendo en ese momento aprehendidos por personal policial.-

Sin embargo, a pesar de estar relativamente claro este cuadro de situación, el hecho no está exento de dudas. Si bien la recurrente afirma que los incursos se encontraban ya en propiedad del frigorífico y desplegaron acciones con un sentido unívoco dirigido a la perpetración del robo -circunstancia que refuerza la colega preopinante con los dichos en instrucción de M., el sereno del lugar-, también es cierto que aunque al declarar en debate M. expresara que el camino de broza por el que ingresaron los encartados es "ingreso exclusivo" del frigorífico, ello no importa por sí mismo afirmar que forma parte del predio, entendido como ámbito privado del frigorífico. Y ello así, por cuanto -más allá de presentarse ese camino como un desvío abierto, sin ningún tipo de demarcación y al alcance de cualquiera que circule por la ruta Nº---, el mismo M. refiere que existe otra casita lindera al frigorífico, donde vive "un vecino", y que asimismo hay un caminito estrecho que se usa para llegar de esa casita a la ruta. De hecho, en las fotografías de fs. 166 puede observarse una casa que no se menciona en el croquis de fs. 3. De lo que no hay dudas, es de que existía un portón de ingreso -ámbito de protección- al frigorífico, el que abrió M. para que acceda al interior el camión que traía mercadería, y dejó parcialmente abierto; es el portón que el *a quo* refiere que los encartados no llegaron ni a tocar, lo que surge prístino de autos.-

Si bien concuerdo con la Dra. Davite en que el ingreso o no al "predio" del frigorífico -como así tampoco, quién efectivamente portaba el arma de fuego- es una circunstancia dirimente para la calificación del hecho, cierto es que, junto a la disposición geográfica de los encartados, la distancia respecto del portón, la falta de violencia sobre persona alguna o sobre las cosas, etc. son elementos que válidamente pueden -y deben- ser valorados para arribar a la conclusión sobre el comienzo o no de ejecución del delito enrostrado, lo que devendrá en su punibilidad o irrelevancia.-

Conforme, entonces, con el principio de hecho, se ha dicho que el peligro y la lesión del bien jurídico constituye el *presupuesto necesario* para poder aplicar la norma de sanción -esto es, para imponer la pena-, pero no puede ser el *fundamento* de la sanción, que resultaría en una fundamentación absoluta

de la pena -sin ninguna función social-, de igual manera que si se afirmara que su razón de ser radica en prevenir conductas futuras, no se estaría fundamentando la pena en la calidad lesiva de la acción realizada por el agente; por ello, *"... si hemos de partir de un Derecho penal que base su actuación en un cometido instrumental de la pena, y no en la retribución, pero que no se fundamente exclusivamente en ese afán preventivo, sino que también sea respetuoso de principios garantísticos como el de lesividad o el de culpabilidad, el fundamento de la sanción sólo puede venir basado en virtud de los efectos lesivos del delito que sean susceptibles de revocación por la pena. Pues bien, a diferencia de la lesión del bien jurídico, el quebrantamiento de la vigencia de la norma sí es susceptible de ser corregido por la imposición de la pena: con la misma se reafirma ante la sociedad que la norma sigue siendo una pauta de conducta vinculante, y que, por tanto, el ciudadano puede seguir confiando en que la norma seguirá vigente de cara a terceros",* pudiendo concluir que *"sólo cuando una conducta presente cierto grado de lesividad para los intereses protegidos por el Derecho penal podrá considerarse contraria a la norma de conducta y ser, por ello, desvalorada como injusto penal y, en consecuencia, merecedora de pena"* -cfr. Alcácer Guirao, R. *La tentativa y los fines del Derecho Penal* -artículo-.-

Al respecto, no resulta ocioso traer a colación lo dicho por Zaffaroni, advirtiendo el peligro de equiparar las nociones de bien jurídico afectado y bien jurídico tutelado, por cuanto *"... la intervención tutelar de un derecho puede ser anterior e independiente de cualquier lesión al mismo, dependiendo sólo de la intensidad que el operador quiera dar a la prevención en su discurso: en materia penal, la vía de la tutela es siempre la vía de la inquisición. Al ilusionar (por mera deducción) la eficacia tutelar de la ley penal (y, por ende, preventiva de la pena), el discurso permite racionalizar la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas (peligros abstractos, remotos, etc.), pero también permite racionalizar intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una enorme necesidad tutelar aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes, porque la idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello, cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o por peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes"* -cfr. ZAFFARONI, E., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Tercera reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 128/129-.-

Por todo lo referenciado, se debe evitar la aplicación de una sanción punitiva en todos aquellos casos en que no se puede constatar una efectiva

lesión al bien jurídico -que deja así de "espiritualizarse" como tutelado y pasa a ser efectivamente "protegido" como afectado-.-

En esa faena, entiendo que la requerida certeza sobre el carácter delictivo del obrar de R. y T. no puede alcanzarse en autos. La conducta desplegada por los incurso, de ningún modo puede ser entendida en tal sentido, por las particularidades apuntadas, las que -como bien entendió el *a quo*- no pueden interpretarse como más que un merodeo o incluso una preordenación a la posible comisión de un delito, pero no como algo más que una suma de actos preparatorios. En otros términos: las circunstancias apuntadas no pueden interpretarse como lesión o puesta en peligro del bien jurídico "propiedad", atendiendo a las precisiones antes apuntadas.-

Pero aún en caso de duda sobre el carácter de los actos desplegados por los incurso, opera plenamente el *favor rei*, y por tanto, deben considerarse atípicos. Ello así, por cuanto el principio de lesividad encuentra su formulación, explicación y complemento, en virtud del art. 19 CN, el que impone el respeto por la libertad del ciudadano siempre que no traspase ese umbral de la puesta en peligro de bienes ajenos, con la certeza que permita superar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida.-

Ello así, por cuanto extender los límites punitivos más allá del principio de hecho -efectiva lesión-, aplicando una sanción a una conducta que no ha logrado no solo lesionar, sino ni siquiera poner en serio peligro -al menos con el grado de certeza que exige la instancia en que se dictó la resolución atacada-, importaría un ejercicio punitivo excesivo y sin fundamento legal suficiente.-

Y yendo aún más allá: en el supuesto de considerarse -*via argüendi*- que estamos ante hechos que podrían considerarse comienzo de ejecución, estaríamos -aún así- claramente frente a una tentativa inacabada -reiteramos, categoría dogmática no receptada en nuestro ordenamiento-; la tentativa inacabada, recordemos, es aquella en que los actos desplegados no configuran aún el núcleo típico del delito enrostrado, y por tanto, permiten al incurso desistir de la consumación del delito absteniéndose de continuar actuando, con la consecuente atipicidad. Así -recuerdo, solo *via argüendi* y a fin de abarcar suficientemente todas las alternativas-, aún aceptando la posible atribución del carácter de actos ejecutivos a los que realizaron R. y T. -desoyendo, reitero, el *favor rei*- estaríamos ante una tentativa inacabada.-

En ese sentido, encuentra relevancia la preventiva aclaración del Tribunal por cuanto resultaba aún posible el cambio de designio en los encartados, dado que en los casos de tentativa inacabada, el desistimiento opera con la mera abstención de continuar actuando -a diferencia de la acabada, que exige un comportamiento activo para evitar el resultado disvalioso-. Ese dato es importante para mensurar la relevancia de la acción, considerando que en los ordenamientos que receptan la tentativa inacabada, otorgan la posibilidad -facultativa- de reducir la pena al mínimo o incluso no aplicar sanción alguna, en la inteligencia de que aún el desistimiento está en manos del autor, y no de la causalidad ciega. Por lo tanto, si bien esas

posibilidades no se encuentran legalmente previstas en nuestro ordenamiento, son directrices claras para valorar la efectiva -al menos- puesta en riesgo del bien jurídico -en este caso, propiedad-.-

Por último, en relación al vicio *in iudicando* referido por la Dra. Goyeneche a fs. 357/362, relativo a la omisión del Tribunal al absolver sin subsumir la acción en el delito de portación de arma de fuego de uso civil -a la que considera como "calificación subyacente"-, a más de ser un planteo extemporáneo -no formó parte de los agravios planteados en el recurso interpuesto a fs. 341/349 vta.-, dicha tarea imputativa corresponde a la Fiscalía, que no lo planteó en su oportunidad y que no puede ser tampoco tratado sin más de manera "subyacente", no habiendo tenido la oportunidad los incursores de defenderse de ella, además de las vicisitudes que a ese respecto se han apuntado -por ejemplo, que el testigo M. no reconoce sus firmas en las actuaciones de fs. 26 y 28/30, además de las dudas que se plantearon ante la falta de asertividad de los funcionarios policiales intervinientes al identificar a los incursores, confundiendo a R. con T. y sin poder precisar adecuadamente quién portaba el arma y quién la réplica-.-

Por todo ello, no puedo compartir la solución propuesta por la Dra. Davite, propiciando por el contrario, el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación del resolutivo en crisis.-

Así voto.-

A su turno el Señor Vocal, **Dr. GARZON**, expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal Dr. CHAIA.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA LA SRA. VOCAL, Dra. DAVITE, DIJO:

En relación a las costas y atento a la decisión a la que ha arribado este Tribunal, cabe que las mismas sean declaradas de oficio, con excepción de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, los que corresponden exclusivamente a sus defendidos.

Respecto de los honorarios no corresponde su regulación en virtud de no haberlos petitionado en forma expresa.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, **Dr. CHAIA**, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal preopinante.

A su turno el Señor Vocal, **Dr. GARZON**, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal, Dra. DAVITE.

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto, y por los fundamentos que anteceden queda acordada la siguiente:

SENTENCIA:

I.- NO HACER LUGAR al recurso Fiscal interpuesto a fs. 341/349 y vta. contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2014 (a fs. 306/338), dictada por la Cámara del Crimen, Sala Primera de la ciudad de Paraná la que, en consecuencia, **se CONFIRMA**.

II.- DECLARAR las costas de oficio -arts. 547 y cc. del CPPER, con excepción de los honorarios profesionales del letrado interviniente, los que corresponden exclusivamente a sus defendidos

III.- NO REGULAR honorarios profesionales a los letrados intervinientes por no haberlos peticionado en forma expresa (art. 97, inc. 1º) Decreto Ley N° 7046-.

IV.- Protocolícese, notifíquese, y en estado, devuélvase.

MARCELA A. DAVITE
(en disidencia)

RUBEN A. CHAIA

ELVIO O. GARZON

Claudia A. Geist

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.

CLAUDIA ANALIA GEIST
-Secretaria-