

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24796/10 STJ

SENTENCIA Nº: 105

PROCESADOS: FERREYRA ESTEBAN LUCIANO – FIGUEROA HÉCTOR RAÚL  
– RUIZ HERNÁN RAÚL – VELÁZQUEZ ERNESTO OMAR

DELITO: ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA  
EL DISPARO EN GRADO DE TENTATIVA – VIOLACIÓN DE DOMICILIO  
COMETIDA CON INTIMIDACIÓN MEDIANTE EL EMPLEO DE ARMAS DE  
FUEGO – COACCIÓN CALIFICADA POR EL USO DE ARMA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 03/08/11

FIRMANTES: LUTZ (NO FIRMA POR RENUNCIA) – SODERO NIEVAS EN  
DISIDENCIA – BALLADINI

///MA, de agosto de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis Lutz, Víctor Hugo Soderó Nievas y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “FERREYRA, Esteban Luciano y otros s/Robo agravado por el uso de arma s/Casación” (Expte.Nº 24796/10 STJ), y concluida la deliberación el día 25 de julio del corriente, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

#### CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

#### VOTACIÓN

El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 16, del 7 de julio de 2010, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- condenar a Esteban Luciano Ferreyra,

Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez, como coautores del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, en grado de tentativa, a la pena de cinco años de prisión (arts. 166 inc. 2º y 42 C.P.). Asimismo, condenó a Héctor Raúl Figueroa, como partícipe primario del mismo delito, a la pena de tres años y cuatro meses de prisión.- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, la defensa pública -en representación de Esteban Luciano Ferreyra y Héctor Raúl

///2.- Figueroa- dedujo recurso de casación; lo mismo hizo la defensa particular de Hernán Raúl Ruiz y de Ernesto Omar Velázquez. Ambos recursos fueron declarados admisibles por el a quo.- - - - -

-----1.3.- Por Auto Interlocutorio N° 24/11, este Superior Tribunal de Justicia resolvió “Primero: Declarar parcialmente admisibles los recursos de casación deducidos a fs. 983/993 y vta. y 995/1003 y vta. de autos por el señor Defensor Oficial doctor Marcelo Chironi y los doctores Maricel Viotti Zilli y Juan Carlos Chirinos, en representación de Esteban Luciano Ferreyra y Héctor Raúl Figueroa, y Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez, respectivamente, solo en lo referido a la advertencia de un posible desistimiento (art. 43 C.P.) o de delito imposible (art. 44 últ. párrafo íd.), y a su posible incidencia en la determinación de la pena y su modo de ejecución.- - - - -

----- “Segundo: Declarar formalmente inadmisibles los recursos interpuestos respecto de los demás agravios, con costas en el caso del recurso de los doctores Viotti Zilli y Chirinos.- - - - -

----- “Tercero: Disponer que el expediente quede por diez días en la Oficina para su examen por parte de las defensas (arts. 435 y 436 C.P.P.).- - - - -

----- “Cuarto: Registrar, notificar y dar intervención a la señora Defensora General y al señor Fiscal General”.- - - -

-----1.4.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo, asistieron el doctor Juan Carlos Chirinos y la doctora Maricel Viotti Zilli, defensores de Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez; la señora

///3.- Defensora General doctora María Rita Custet Llambí en representación de Esteban Luciano Ferreyra y Héctor Raúl Figueroa, y la señora Fiscal General subrogante doctora Adriana C. Zaratigui.- - - - -

-----2.- Impugnación de Juan Carlos Chirinos y la doctora Maricel Viotti Zilli, defensores de Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez:- - - - -

----- La defensa alega la incorrecta tipificación del hecho pues lo considera desistido

(art. 43 C.P.). Agrega que todos los autores coinciden en que la nota fundamental es que sea una decisión libre, no motivada por elementos externos, y varios mencionan la frase de Franck, “no quiero aunque puedo”, característica para entender el tema.-----

----- En cuanto al caso particular, refiere que los testigos dijeron que no se llevaron nada, la casa no estaba revuelta, la calle era de tierra y poco transitada, y solo se escuchaba el taxi en marcha. Cita luego al testigo Agüero, quien agregó que, cuando se retiraron, los imputados pidieron disculpas y, al salir, incluso devolvieron la llave que se había caído, colocándola en su lugar; también sostuvo que no fue advertido nada que pudiera hacer suponer el motivo del abandono. Refirió una llamada telefónica, que la Cámara consideró el factor externo para la tentativa, aun cuando no está probada ni tampoco su contenido. Entonces, a todo evento, aduce que la comunicación, aun de haber existido, no habría incidido.-----

----- Insiste en que no se requiere ningún fin altruista para el desistimiento, sino que lo relevante son las condiciones objetivas; en tal sentido, expresa que sus

///4.- defendidos ingresaron con fines de robo, tenían el dominio del hecho y podrían haber desvalijado la casa, pero decidieron irse aun cuando podrían haber continuado. Señala que otro gesto, además de la devolución de la llave, es que al irse pidieron perdón por el hecho.-----

----- Remite a la jurisprudencia que se encuentra citada en el recurso y en el escrito de ampliación de fundamentos, y afirma que la teoría psicológica exige la autodeterminación, lo que ocurrió en la situación de autos, en la que tenían absoluto dominio sobre el hecho. Por lo anterior, pide que se aplique el art. 43 del Código Penal.-----

-----3.- Impugnación de la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí en representación de Esteban Luciano Ferreyra y Héctor Raúl Figueroa:-----

----- Esta manifiesta su coincidencia con los dichos de la otra defensa en cuanto a que debe aplicarse el art. 43 del Código Penal por el desistimiento voluntario de los partícipes y agrega que, tanto por la teoría psicológica como por la valorativa, el desistimiento no tuvo motivo en un hecho de terceros o circunstancias externas. Cita doctrina en abono de su postura (Zaffaroni), y alega que una llamada por teléfono de la que se desconoce su contenido no puede ser considerada una coacción. Reitera que no se dio ninguna circunstancia externa que fuera un obstáculo para la consumación del delito.-----

----- Como defensa subsidiaria, en caso de que se descartara la aplicación del art. 43 del

código de fondo, expresa que debería considerarse que se trata de un delito imposible (art. 44 último párrafo).- - - - -

///5.-- Finalmente, reitera que adhiere a la exposición del otro defensor, solicita la aplicación del art. 43 del Código Penal y, subsidiariamente, la del 44 último párrafo del mismo cuerpo normativo.- - - - -

----- 4.- Responde de los agravios por la Fiscalía General:-

----- La funcionaria expone en la audiencia que no hubo desistimiento, pues se encuentra ante el “no puedo aunque quiero”; aduce que nos encontramos ante un llamado telefónico cuyo contenido no se conoce, pero es dable inferirlo por las reglas de la sana crítica, la experiencia y la psicología, dado que uno de los imputados manifestó que se habían equivocado de domicilio. Señala que fue a partir del llamado que los imputados dijeron “vámonos, nos equivocamos de casa”, y que el botín (dinero en euros) no se encontraba en dicho lugar. Argumenta que este desistimiento no es voluntario, sino que obedece a condiciones objetivas reales, pues el dinero que buscaban no se encontraba ahí. La señora Fiscal General subrogante plantea que la actuación debe valorarse ex ante, y tener en cuenta que los participantes hicieron todas las acciones idóneas para consumir su propósito, que no se consumó por circunstancias externas.- - - - -

----- Por lo expuesto, entiende que la condena era apropiada, así como la pena impuesta, y solicita que la sentencia impugnada sea confirmada en todas sus partes.- - -

-----5.- Hecho reprochado y de condena:- - - - -

----- Dijo la Cámara: “... tengo por acreditado el hecho que quedara fijado en la requisitoria; esto es el día 7 de marzo de 2009, aproximadamente a las 12.40 hs. en la localidad de

///6.- San Javier (Dpto. Adolfo Alsina) Raúl Ruiz, Esteban Ferreyra y Ernesto Velázquez, juntamente con Héctor Raúl Figueroa se presentaron en el domicilio de la familia Agüero ubicada en calle Madreselva mz. 461 lote 10, a bordo de un taxi Ford Escort –Dominio CLN 740- siendo conducido por el último de los nombrados. Los tres primeros descendieron del mismo, mientras el conductor quedó en el auto regulando a la espera de los restantes. Dos de ellos portando armas de fuego; encañonan a Alejandro Agüero quien se encontraba al frente de la vivienda, lo obligan a ingresar a la misma y a tirarse al piso. Del mismo modo procedieron con el titular de la familia Raúl Martín Agüero con su esposa Zulma Galván y otro de sus hijos. Y les exigen que les entreguen dinero (dólares y euros) mientras los maniataban con precintos plásticos. Efectúan la

búsqueda de la referida moneda sin lograr su objetivo. Uno de ellos recibe un llamado al celular y les dice al resto '\paren, que nos equivocamos\'. Piden disculpas y se retiran del lugar previa advertencia que esperaran a hacer la denuncia, porque volverían” (fs. 911). Más adelante se lee: “... se tiene que ha quedado certeramente probado... que el hecho quedó inconcluso en razón de un llamado efectuado al celular de uno de ellos, desconociéndose lo que allí les comunicaron. El iter criminis seguido en el facto tendiente a la sustracción de moneda extranjera se inició con la presencia en el lugar de los autores, el sometimiento de los damnificados mediante el uso de arma de fuego y precintos, continuó con la búsqueda del referido dinero hasta que se produce la intervención exterior por el mentado llamado” (fs. 913 vta.).- - - - -

///7.-6.- Impedimento ajeno a la voluntad de los imputados para consumir el hecho:- -  
-----

----- En relación con dicho punto, la doctrina legal del Superior Tribunal señala, con cita de Nelson R. Pessoa (El injusto penal y tentativa. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado, ed. Hammurabi, 2007): “\El dolo es la finalidad prohibida y forma prohibida de obtención de la finalidad. El dolo requiere que el autor se represente una finalidad y una forma de obtener esa finalidad. [...] Por eso decimos que dolo es querer realizar mediante ciertas formas el tipo objetivo. A esa voluntad precede cierto componente intelectual: la representación de los elementos del tipo objetivo. En síntesis, para que haya dolo, el autor se debe representar ciertas formas en cuanto a medios para producir la finalidad [...]” (págs. 172/173).- - - - -  
-----

----- “En concreto: “[...] a los fines de determinar la existencia de «comienzo de ejecución» de un tipo legal, es decir, creado por la ley, hay que tener en cuenta el plan concreto del autor, o sea, hay que tomar en consideración la finalidad de la conducta, los medios elegidos para lograr tal objetivo y el contexto concreto de circunstancias en el que se lleva a cabo tal conducta. [...] La única perspectiva correcta a lo hora de construir los conceptos de dolo y comienzo de ejecución [...] es la perspectiva ex ante [...] en el momento en que el autor toma la decisión de la ejecución de la acción y no después de haber realizado la conducta” (págs. 282/285).- - - - -

----- “Más adelante manifiesta: “[...] la tentativa es

///8.- exclusivamente comienzo de ejecución, en razón que no integra tal concepto la «amenidad» de la circunstancia impeditiva de la consumación [...] E]n otras palabras, las razones de la no consumación no eliminan un hecho indiscutible: la realización

parcial del tipo que ha concretado el autor. Estas «circunstancias ajenas» pueden considerarse como una condición de punibilidad y el desistimiento voluntario como una excusa absolutoria\ (págs. 293 y 302/303).- - - - -

----- “A continuación Pessoa desarrolla: \Clases de tentativa según las causas que impiden la realización completa del tipo objetivo. La realización incompleta o parcial del tipo objetivo propio del injusto tentado o de la no consumación del hecho puede deberse a diversas causas, que pueden clasificarse como involuntarias o voluntarias (desistimiento). Las causas involuntarias que determinan la realización incompleta del tipo objetivo, a su vez, pueden ser: a) Referidas al dolo: se tiene en cuenta la calidad del programa de conducta pensado por el autor para realizar el tipo objetivo. El factor que impide la realización completa del tipo objetivo existe en el momento de la programación de la conducta; hay programación deficiente. b) Referidas a la ejecución del dolo: se tiene en cuenta la realización del programa de conducta, lo que requiere ser visto desde dos perspectivas: cualitativa (cómo se ejecuta el programa) y cuantitativa (cuánto se ejecuta del programa). Los factores que impiden la realización completa del tipo objetivo existen en el momento de la ejecución del programa de conducta. c) Referidas a factores posteriores a la ejecución

///9.- de la conducta: se tienen en cuenta circunstancias que aparecen luego de la ejecución del dolo. El factor que impide la realización completa del tipo objetivo existe en un momento posterior a la ejecución de la conducta\ (págs. 309/310)” (Se. 22/09 y 18/10STJRNSP).- - - - -

----- Trayendo tales principios teóricos al sub exámine, sostengo que los hechos de la acusación acreditados son subsumidos de modo incorrecto en una tentativa punible, porque esta fue desistida de forma voluntaria luego de comenzada la ejecución de la conducta.- - - - -

----- Se trata de una ejecución eficiente propia y voluntaria. Quedó demostrada la eficiencia de los imputados en la ejecución del plan y en el dominio del hecho y que la información recibida por teléfono (posiblemente de que se equivocaron) no obstaculizaba la continuidad de la ejecución del plan y la eventual consumación del hecho (mediante el apoderamiento ilegítimo de los bienes buscados u otros).- -

----- Por lo tanto, no existió un factor ajeno a la voluntad de los imputados, sino una información sobre cuya base decidieron voluntariamente desistir del delito de robo con armas. Entonces, el agravio respecto de este punto debe ser acogido favorablemente (art. 43 C.P.).- - - - -

-----7.- Hechos. Iura novit curia:- - - - -

----- Lo anterior no conlleva sin más a la absolución. Los hechos de la acusación quedaron probados por el a quo, cuestión que se encuentra consentida por las defensas en razón de no haberse impugnado el Auto Interlocutorio N° 24/11 STJRNSP.- - - - -

----- De tal forma, no está controvertido que tres de los

///10.- encartados ingresaron al domicilio de las víctimas contra la voluntad de estas y con intimidación mediante el empleo de armas de fuego (arts. 150 y 41 bis C.P.), y las amenazaron con armas para que no hicieran la inmediata denuncia “porque volverían” (art. 149 ter inc. 1° íd.).- - -

----- La cuestión de hecho del elemento subjetivo de cada tipo penal mencionado (dolo) también está acreditado y no controvertido, y solo basta decir que las defensas consintieron todos esos hechos típicos, antijurídicos y culpables al argumentar la excusa absolutoria (que supra recepte por el delito de robo).- - - - -

----- “La consideración del desistimiento como causa de supresión de la pena se corresponde con la concepción dominante en la doctrina, en especial la alemana. Por entrar a tallar recién tras la comisión del hecho, se las señala como circunstancias que dejan intactos el injusto y la culpabilidad. Por este motivo, esta concepción es la que mejor se concilia con la fundamentación político-criminal de la impunidad del desistimiento, toda vez que este privilegio nada tiene que ver con el hecho mismo, cuya incolumidad queda fuera de toda discusión. Asimismo, es adoptada por los partidarios de las teorías premiales, toda vez que la culpabilidad no es eliminada, sino tan sólo compensada por el desistimiento. También representa la posición dominante en la doctrina [(Soler... Núñez... Creus... Righi... Friele... Sancinetti...)] y jurisprudencia [(CSJN, '\Cinopa S.A.\', del 29/3/1988; CNCP Sala IV, '\Andruchow, Juan\'; etc.)] argentinas, donde al desistimiento se lo denomina también «excusa absolutoria»” (Héctor Alejandro David, El

///11.- desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 110).- - - - -

----- “Así, del carácter delictuoso del acto de tentativa resultaban dos consecuencias fundamentales: la no exención de pena del coautor y partícipes, y la punibilidad de otro delito consumado en el marco del iter criminis” (autor, obra y página antes citados, nota 48).- - - - -

----- De tal forma, dado que uno de los agravios trata concretamente el encuadramiento

legal del hecho (tipicidad) –entendido como la infracción jurídica sobre la aplicación de la norma-, “el Tribunal de casación no queda constreñido a la interpretación pretendida por el recurrente, sino que debe aplicar la que sea exacta. Si bien el aforismo iura novit curia no se aplica en cuanto el Tribunal de casación no puede corregir de oficio vicios no denunciados en la impugnación, sí se aplica en cambio cuando se trata de corregir los errores de derecho registrados en la sentencia que hayan sido concretamente denunciados. Pretender que al Tribunal de casación, intérprete máximo del derecho, no le sea aplicable bajo este aspecto una regla tan expresiva de su misión como la condensada en la fórmula iura novit curia, implicaría negar los fines de su institución” (De la Rúa, El recurso de casación, ed. 1968, págs. 223/224).- - - - -

----- En otras palabras, con aplicación del principio iura novit curia, se califican los hechos probados como violación de domicilio con la agravante de haber sido cometido con intimidación contra las personas mediante el empleo de armas de fuego y amenazas con armas para no hacer la inmediata

///12.- denuncia, en concurso real (arts. 150, 149 ter inc. 1, 41 bis y 55 C.P.).- - - - -  
- - - - -

----- No puede alegarse que se violente el principio de congruencia, pues la habilitación de la instancia local no fue de oficio, sino por el concreto recurso de las defensas y sus agravios en relación con la decisión de condena, por entender que la Cámara en lo Criminal incurrió en un error de derecho en el encuadramiento penal.- - - - -

----- Así, la decisión se circunscribe a dicho punto en resguardo del principio de congruencia con fundamento en las constancias de la causa, pues el conocimiento de este Cuerpo quedó circunscripto a los puntos de la decisión referidos en los agravios, aunque este rigor no alcanza a las formas posibles en que la infracción denunciada se puede corregir.-

----- La jurisdicción de los tribunales de alzada en la resolución del recurso de casación y la necesaria distinción entre “punto de la resolución” y “agravio” (conf. art. 418 C.P.P.) atribuye “al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios”, en tanto no son sinónimos, en su estricto sentido, “punto” y “motivo”, tal como señala Franciso J. D'Albora (Código Procesal Penal de la Nación, pág. 650), para quien el primer vocablo “está tomado como sustancial o principal en algún asunto”, mientras que la palabra “motivo” (del “agravio”) es definida como “causa o razón que mueve para una cosa” (CNC Penal, Sala 2ª, del 23-09-94, in re “PORTOLESI”, en JA 1996-I, pág. 504, voto del Dr. Tragant).- -

-----

----- A criterio de este Cuerpo -de lege lata-, cuando el

///13.- código de rito le permite a la Alzada conocer en cuanto a los puntos referidos, lo está haciendo sobre los capítulos o partes de la resolución que causan agravio, cualquiera sea su razón, por lo que no supone un exceso jurisdiccional en tanto se trata del análisis de un idéntico punto cuestionado –el encuadramiento legal-, sobre el que el Tribunal de Casación tiene amplitud decisoria.- - - - -

----- Así, “si bien el tribunal ad quem está limitado a los puntos objetados, a los fines de la solución de los mismos tiene la más amplia facultad en la misma extensión que le cabría al a quo y por ello puede, sin afectar el derecho de las partes, utilizar distintos fundamentos que los invocados por las partes y por el juez de primera instancia..., lo expuesto se deriva del principio iura novit curia, que lo faculta a ubicar y calificar la acción dentro del ámbito jurídico que corresponda...” (ver Víctor de Santo, Tratado de los Recursos, Tº I, págs. 302/303). Incluso dicho doctrinario, inmediatamente después y citando a Hitters, sostiene que “no resultaría ocioso repetir que el órgano de apelación, pese a las cortapisas ya enunciadas, goza de amplias libertades respecto del objeto litigioso sometido a consideración, pues falla sobre los hechos y el derecho con las mismas posibilidades que el a quo; teniendo la aptitud de revocar, reformar o confirmar, en todo o en parte, la providencia atacada, estando en este supuesto, potenciado para utilizar la motivación del inferior, ampliarla o reformarla a su manera” (ver Se. 06/02 y 174/06 STJRNSP).- -

----- Queda en evidencia que la materialidad imputada durante todo el proceso observa el principio de identidad y

///14.- que la variación apuntada tiene solo relación con la subsunción jurídica de los hechos, circunstancia que no puede alegarse como un cambio sorpresivo del reproche ni un violación del debido proceso, pues los recurrentes siempre se defendieron de igual actuación fáctica (conf. Se. 192/05 STJRNSP) y sabían que los hechos podían calificarse como supra se hizo.- - - - -

----- El voto en minoría de la Cámara en lo Criminal que oportunamente resolvió la apelación del auto de procesamiento dijo: “si bien no puede achacárseles a los imputados el delito de tentativa de robo calificado en razón de lo expuesto, queda como remanente, al menos, la violación del domicilio en perjuicio de la familia Agüero y las amenazas calificadas que se les profirieron en el curso del hecho a todos sus miembros” (fs. 353/354); “[s]e modifique la calificación jurídica dispuesta en el auto apelado,

disponiéndose el procesamiento de Esteban Luciano Ferreyra, Ernesto Omar Velázquez y a Hernán Ruiz como coautores del delito de violación de domicilio en concurso real con amenazas calificadas por el uso de arma de fuego (arts. 150, 149 ter, inc. 1, 41 bis y 55 del CP), y de Héctor Raúl Figueroa por estimarlo partícipe necesario del delito de violación de domicilio en concurso real con amenazas calificadas por el uso de arma de fuego (arts. 150, 149 ter, inc. 1, 41 bis y 55 del CP)” (fs. 366). Este voto fue citado in extenso en el recurso de casación de la defensa de Ferreyra y Figueroa (fs. 989 vta./990 vta.) y avalado con jurisprudencia que se agrega (fs. 991).- - - - -

----- Por otra parte, en el hecho reprochado se acredita la

///15.- lesión al bien jurídico protegido por el art. 150 del Código Penal, que es la libertad domiciliaria. En este sentido, “[e]l delito de violación de domicilio es material e instantáneo, consumándose con el acceso a alguno de los lugares indicados en el art. 150, consistiendo el dolo en la voluntad y conciencia de realizar el hecho sabiendo que se actúa contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a oponerse, sin requerirse dolo específico cuando el lugar está efectivamente habitado en ese momento (CPen Rosario, Sala II, 2/9/91, JA 1993-IV-245, secc. índice)” (Se. 174/06 STJRNSP).- - - - -

----- “[... L]a regla de subsidiariedad opera cuando el delito más grave tiene su origen en la misma violación de domicilio, esto es, cuando resulte de ella misma y no constituye un hecho independiente... Creus señala que solo el desplazamiento se produce... cuando esa violación ha integrado la tipicidad de la acción de otro delito (p. ej. penetración con escalamiento para hurtar) o cuando, en sí mismo, el hecho constituye el corpus del delito más grave (p. ej., cuando la penetración y permanencia en el domicilio ajeno sea el hecho que el agente hace tolerar a la víctima por medio de coacciones); en esos casos la norma de mayor punibilidad descarta la aplicación del art. 150...’ (Patricia Azzi, ‘Violación de domicilio’, págs. 331/332, en ‘Delitos contra la libertad’, coord. por Luis F. Niño y Stella M. Martínez).- - - - -

----- “En este orden de ideas, participo de... [esta] postura, toda vez que ‘de la misma expresión de la ley es forzoso sacar esa consecuencia, porque el art. 150 se autoexcluye no

///16.- ya cuando el autor cometa un delito más grave, sino cuando resulte otro delito más severamente penado, lo cual es muy distinto, porque en ello leemos «resulte de la violación misma del domicilio», y por ese «resulte» no entendemos propiamente la

célebre relación medio-fin, ni la situación que se produce por se inevitable la infracción, ya puesto el autor en el propósito de cometer el otro delito (atentado al pudor de una monja de clausura)\ (conf. Soler, IV, 101, bastardillas en el original).- - - - -

----- “Entonces, la regla de la subsidiariedad va a estar dada cuando la violación de domicilio venga a representar un elemento constitutivo de la figura –vg. art. 167 inc. 3º C.P., robo cometido con perforación o fractura de pared... puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas-. Esto es, un delito complejo, que necesita de un apoderamiento, un daño (art. 183 íd.) y la violación de domicilio (art. 150 íd.).- - - - -

----- “Es la hipótesis de subsidiariedad expresa, en la que \a pesar del encuadre del hecho único en más de un tipo penal, sólo uno de ellos resulta en definitiva aplicable, porque desplaza al otro o a los otros en virtud de determinadas relaciones aplicables\ (Caramuti, \Concurso de delitos\, 263, en \Código Penal\, dirigido por Baigún y Zaffaroni). El tipo subsidiario es sólo aplicable cuando no lo puede ser la otra figura distinta y mayor, de la que forma parte como elemento constitutivo. Si la aplicada es la pena mayor, la menor no podría serlo atento a la prohibición del \non bis in ídem\” (Se. 178/03 STJRNSP).- - - - -

----- El “delito de coacción se encuentra ubicado en el

///17.- capítulo I del Título V del Código Penal. Las coacciones -al igual que las amenazas- son atentados contra la libertad individual, la cual consiste en la facultad de determinarse o de obrar o de no obrar en determinado sentido, como así también en el derecho a la preservación de la propia tranquilidad (Nuñez, Ricardo C. \Manual de Derecho Penal Argentino\ -Parte Especial-, 2da. Edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Ed. Lerner, 1999, pág. 145; Laje Anaya-Gavier \Notas al Código Penal Argentino\, Ed. Lerner, 1995, T. II., pág. 212; Donna, Edgardo \Derecho Penal\ Parte Especial, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001 , T. II-A, págs. 106 y ss., Buompadre, Jorge \Delitos contra la libertad\, Ed. mave, 1999, p. 25). Específicamente, lo que se protege al prever la figura de la coacción es la libertad para determinarse a hacer o no una conducta determinada (Nuñez, Ricardo C. \Tratado de Derecho Penal\, Ed. Lerner, 1979, Tomo actualización, p. 28; Creus, Carlos \Derecho Penal -Parte especial-\, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1999). La acción material del delito de coacción consiste en hacer uso de amenazas para obligar al sujeto pasivo a la realización de una acción u omisión no queridas (Donna, Edgardo \Derecho Penal\ Parte Especial, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001 , T. II-A, págs. 256; Buompadre, Jorge \Delitos contra la libertad\, Ed. Mave,

1999, p. 138). La doctrina científica es conteste en señalar que, la figura requiere que el autor que realice el verbo típico (amenazas) lo ejecute con el propósito de obligar al sujeto pasivo a que actúe o no actúe o que soporte o sufra algo (Nuñez, Ricardo C. \Manual de Derecho Penal Argentino\ -Parte Especial-, 2da. Edición actualizada ///18.- por Víctor F. Reinaldi, Ed. Lerner, 1999, pág. 169; Donna, Edgardo \Derecho Penal\ Parte Especial, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001, T. II-A, págs. 256; Buompadre, Jorge \Delitos contra la libertad\, Ed. Mave, 1999, p. 139). Se ha señalado que el contenido de la imposición tiene que ser una conducta determinada; si no lo es, el ilícito sólo podría configurar el delito de amenazas. Además, la exigencia debe resolverse en un hacer o en un omitir que sea posible para el sujeto pasivo; cuando para él sea imposible (material o jurídicamente), la acción también deberá ser examinada como amenaza (Creus, Carlos \Derecho Penal -Parte especial-\, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1999, p. 336; Céliz, Fabián R.E. \Delitos contra la libertad\ [Niño, Luis F. - Martínez, Stella M. -Coordinadores-], Ed. Ad-Hoc, 2003; Carranza Tagle, Horacio A. en \Estudios de las figuras delictivas\ [Carrera, Daniel Pablo -Director-], Ed. Advocatus, 1994, p. 400)” (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, in re “MANZANO”, del 04/06/07).- - - - -

----- Con arreglo a los hechos de la causa, se advierte que la conducta que -mediante amenazas- los acusados tuvieron como propósito imponer era de posible ejecución para las víctimas (no denunciar inmediatamente). Así, el objetivo que los imputados se propusieron lograr con el anuncio del mal era posible de realizar por las víctimas, extremo requerido para que se configure la particular vulneración de la libertad individual prevista en el delito de coacción.- - -

----- En conformidad con lo expuesto, se debe casar la sentencia impugnada y condenar a Esteban Luciano Ferreyra, Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez, como coautores, y

///19.- a Héctor Raúl Figueroa como partícipe primario, de los delitos de violación de domicilio cometido con intimidación mediante el empleo de armas de fuego y de coacción calificada por el uso de armas, en concurso real (arts. 150, 149 ter, inc. 1, 41 bis y 55 del Código Penal).-

----- Por último, aclaro que los encuadramientos típicos realizados surgen de la mas estricta e in extremis preservación del derecho de defensa en juicio; es decir, las figuras seleccionadas eran conocidas desde la etapa de instrucción, con lo cual no puede alegarse sorpresa e indefensión. En suma, las particularidades del caso me convencen de

proponer iura novit curia las calificaciones supra señaladas aun cuando los hechos imputados podrían encuadrarse de forma todavía más gravosa para los recurrentes. - - - -

-----8.- Carencia de motivación de la pena: - - - - -

----- El nuevo encuadramiento típico realizado precedentemente torna inmotivada la pena impuesta, porque aquel modifica el mínimo y el máximo de la escala penal que aplicó el Tribunal de grado inferior; así, se debe anular la sentencia solo en lo referido a la imposición de pena y reenviar el expediente al tribunal de origen para que decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.). - - - - -

----- “Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que la \’pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial

///20.- deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, «Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria», LLNoroeste, 2006, pág. 849).-

----- “\’Como primera aproximación al tema, un dato que surge de la simple lectura del fallo es el notable contraste en la tarea argumentativa entre aquellas cuestiones referidas al trámite del proceso, la prueba de los hechos, su autoría y la calificación legal correspondiente, y la vinculada con la imposición de pena, cuando las primeras no son más que exigencias constitucionales y legales para justificar esta última, atento a los arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional. Ello es así pues la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, lo que implica la racionalidad de los actos de sus funcionarios y magistrados y asimismo la imposibilidad de que alguno de sus habitantes sea penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Del mismo modo, y en una temática que no puede ser desconocida, se destaca que ninguna norma infraconstitucional argentina podría rebasar a los mandatos que surgen de los acuerdos internacionales suscriptos por nuestro país en materia de derechos humanos, que conforman un bloque normativo incorporado a nuestra Constitución por el inc. 22 de su art. 75. De éste «... nos surgirán entonces, y como pauta directriz obligatoria, los mandatos emanados de los tratados a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional, gozando por esta razón, de una nueva y

actualizada imperatividad» (Marcelo Alfredo

///21.- Riquert, «Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional», Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, N° 11, págs. 422 y 423).-  
-

----- “\En este sentido podemos mencionar, entre otros, el art. 5° num. 6° del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, orientación corroborada en el plano normativo inferior por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24660), que en su art. 1° dice que la finalidad que reviste la pena privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten la vida en comunidad.- - - - -

----- “\Ahora bien, desde un punto de vista formal la pena es uno de los requisitos esenciales de la sentencia condenatoria (arts. 37[5] y 37[9] C.P.P.), y por tanto el tribunal debe resolver la cuestión de modo fundado y exponer en forma sucinta los motivos de hecho y de derecho en que se base (art. 3[74] íd.).- - - - -

----- “\La exigencia de la motivación es lo que permite el control de la racionalidad de los actos y el ejercicio de la defensa en un sistema de organización republicano de gobierno, y toda argumentación que lo impedía con fundamento en que la facultad de fijar la pena es discrecional y exclusiva del tribunal de juicio, por tanto ajena al recurso de casación, ha sido expresamente dejada de lado luego del precedente «CASAL» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptado por este Superior Tribunal en numerosos

///22.- pronunciamientos. En este marco, se circunscribe el sentido de la inmediación del debate oral, para que ésta no sea utilizada como pretexto limitante del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (art. 8.2.h. de la CADH, Adla, XLIV-B, 1250).- - - - -  
- - - - -

----- “\A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial -apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. «En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la

sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social» (Roxin, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660 [...] (Se. 190/06 STJRNSP, entre otras)\” (Se. 93/09 STJRNSP).- - - - -

----- La extensión de la cita precedente se justifica porque resalta la insuficiencia de la argumentación en relación con

///23.- la temática de la imposición de pena, toda vez que del nuevo encuadramiento típico resulta una nueva escala penal aplicable, en función de la cual el art. 40 del Código Penal manda a merituar la totalidad de los atenuantes y agravantes que surgen de las constancias de la causa y el inc. 1º del art. 41 reconoce cuatro elementos posibles, mientras que el inciso siguiente se refiere a diez, más el conocimiento de visu del imputado, la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso.-  
-----

-----9.- Alcance del reenvío:- - - - -

----- La determinación de los defectos de motivación y el reenvío consecuente no implican una toma de postura por parte de este Cuerpo en orden a la justicia de la pena que se ha de imponer -el monto de la pena de prisión y su forma de cumplimiento-, sino que declara un vicio in procedendo respecto de un requisito formal del fallo respecto de dicha cuestión y señala los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que apoyan la nulidad.- - - - -

----- “[D]ado que en el caso existe acusación, se encuentra consecuentemente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho que se ajuste a los hechos comprobados... [y] los arts. 40 y 41 del Código Penal establecen pautas mensurativas para fijar el ‘quantum’ de la pena que deben imponer los tribunales” (Se. 117/05 STJRNSP). Asimismo, el reenvío permitirá asegurar la garantía de la doble instancia, en tanto la parte, eventualmente, podrá recurrir en casación la pena que ha de imponerse, posibilidad que se vería frustrada en caso de ser este

///24.- Superior Tribunal el que resolviera el punto (Se. 190/06, 131/07 y 93/06 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y más allá de tales fundamentos, la tarea

del juzgador no encuentra sujeción alguna para el análisis de las constancias del expediente que le permitirán arribar al pronunciamiento correspondiente, "... con lo que la doctrina de este Cuerpo tampoco supone en el reenvío la fijación de un derecho limitativo de las posibles soluciones a la temática involucrada. Simplemente se exige que, cualquiera sea la que se adopte, ésta tenga fundamentos legales y constitucionales" (ver Se. 136/06, 190/06 y 131/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- En este punto señalo que, si bien el sentenciante podrá meritar las circunstancias de la figura de robo calificado que antes omitió por ser del tipo penal, debo destacar que, a todo evento, los montos punitivos no podrán superar los impuestos en la sentencia en crisis en virtud de que no fue recurrida por el Ministerio Público Fiscal.- - -

----- La prohibición de la reformatio in peius prevista en la última parte del art. 418 del Código Procesal Penal impide que la resolución en crisis se modifique en perjuicio del imputado cuando solo ha sido recurrida por él o a su favor. En este sentido, los encartados no pueden quedar en peor situación que la que tenían a la de la interposición de los recursos (ver Miguel A. Almeyra, "Reformatio in pejus y juicio de reenvío", DJ 1986-II, 1 y ss., conf. Se. 154/02 y 157/05 STJRNSP).- - - - -

----- Entonces, cuando el Tribunal de Casación se pronuncia ///25.- sobre el fondo de la cuestión en su función natural, típica y característica de resolver el caso "con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare" (art. 440 C.P.P.), cobra plena vigencia el principio iura novit curia, sin perjuicio de que la pena finalmente impuesta no pueda superar la de la sentencia originariamente cuestionada por la defensa (Se. 93/09 STJRNSP).- - - - -

----- "[S]egún doctrina establecida por esta Corte [Suprema de Justicia de la Nación], la prohibición de la reformatio in pejus cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 255:79; 298:432; 311:2478; 312:1156, entre otros)" (CSJN, O. 136. XXXVII, "OLMOS", del 09-05-06, consid. 3º de los Ministros de la Corte en mayoría).- - - - -

-----10.- Costas:- - - - -

----- Las costas de esta instancia se deberán imponer en el orden causado en virtud de

que se ha resuelto de acuerdo con el principio iura novit curia.- - - - -

-----11.- Conclusión:- - - - -

----- En conformidad con las razones que anteceden, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente a los recursos de casación impetrados; 2) casar la Sentencia N° 16, dictada el 7 de julio de 2010 por la Sala A de la Cámara en lo Criminal

///26.- de Viedma; 3) condenar a Esteban Luciano Ferreyra, Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez como coautores, y a Héctor Raúl Figueroa como partícipe primario, todos de condiciones personales señaladas en la sentencia casada, de los delitos de violación de domicilio cometido con intimidación mediante el empleo de armas de fuego y de coacción calificada por el uso de armas, en concurso real (arts. 150, 149 ter inc. 1º, 41 bis y 55 C.P.); 4) anular de oficio la sentencia impugnada en lo referido a la imposición de las penas y, en consecuencia, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración (toda vez que tuvo conocimiento de visu de los condenados en la audiencia de debate y se encuentra en las mejores condiciones para resolver esta temática), decida la cuestión según el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.), y 5) imponer las costas en el orden causado. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Coincido con los considerandos 1 a 5 del voto que encabeza este pronunciamiento, a los que remito en razón de brevedad.- - - - -

- - - -

-----2.- Siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina legal sentada en las Se. 22/09 y 18/10 STJRNSP, disiento con el señor Juez preopinante en cuanto a que los encartados desistieron de forma voluntaria luego de comenzada la ejecución de la conducta ilícita. Esta última en base a haberse cumplido con: 1) indagatoria, acusación y defensa; 2) delitos consumados; se excluyen los no imputados ni requeridos; 3) delito imputado: en grado de tentativa, o delito imposible.- - - - -

///27.-- Los hechos han quedado firmes en esta instancia y en tanto las partes recurrentes consintieron el Auto Interlocutorio N° 24/11 este Superior Tribunal de Justicia. Asimismo, durante el proceso las partes no consideraron imputar ni se defendieron de delitos cometidos en el tramo de ejecución hacia el robo imposible, ni medió acusación alternativa pese a surgir del comienzo de la causa.- - - - -

----- En consecuencia, debemos atenemos al marco fáctico reprochado y acreditado por el Tribunal inferior, sobre lo que sostuvo que el “iter criminis seguido en el facto tendiente a la sustracción de moneda extranjera se inició con la presencia en el lugar de

los autores, el sometimiento de los damnificados mediante el uso de arma de fuego y precintos, continuó con la búsqueda del referido dinero hasta que se produce la intervención exterior por el mentado llamado” (fs. 913 vta.). Ello pone en evidencia que fue un factor externo el que motivó la retirada del lugar, sin que se haya determinado cuál fue la información concreta que los hizo desistir, pero ello lejos está de afirmar que fue una decisión íntima de no continuar con el proceso ejecutivo (ver fs. 915).- - - - -

-----  
----- Ingresando ahora al encuadramiento jurídico, a diferencia de lo afirmando por el Tribunal inferior -fs. 915 vta./916-, considero que los hechos imputados encuadran en un delito imposible (art. 44 último párrafo C.P.), toda vez que el resultado –apoderamiento ilegítimo de dólares y euros- nunca pudo producirse por inexistencia del objeto (jurídico / disvalor del resultado).- - - - -

----- Tengo dicho que para nuestra ley, “es particularmente //28.-- importante separar la tentativa del delito imposible, porque ambos son objeto de distinto tratamiento. Este criterio diferencial no es posible hallarlo buscando solamente en el aspecto objetivo de la idoneidad o inidoneidad de los medios, por cuanto es verdad que objetivamente y mirados en conjunto, en toda tentativa los hechos resultan inidóneos ex post facto. La inidoneidad del medio tiene siempre relación con el fin propuesto por el agente; pero existe un matiz diferencial entre la tentativa y el delito imposible, y es que en aquélla el diagnóstico de la imposibilidad se efectúa ex post facto, mientras que en el último se formula ex ante. En el delito imposible el error se hallaba como ínsito en el plan, y el autor, por la vía elegida, no podía llegar a la violación propuesta” (Soler, Derecho Penal Argentino, pág. 258, citado en Se. 209/06 STJRNSP).- - - - -

----- Siguiendo a Vidal, aclaro que Soler no distingue entre “medio” y “objeto” para los fines del delito imposible, e incluso remite también al delito imposible los actos en que la doctrina alemana, siguiendo a Beling, se denomina “carencia de adecuación” (conf. Soler, Tratado, Tº II, págs. 219 y 225, y Vidal, “El delito imposible”, en Opúsculos de derecho penal y criminología, Nº 10, pág. 20).- - - - -

----- La previa inexistencia del objeto hacía imposible la consumación del delito, en virtud de lo cual la conducta de los encartados quedó sellada por la inidoneidad del objeto (art. 44 último párrafo C.P.).- - - - -

----- 3.- Este último artículo dice: “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se

///29.- disminuirá de un tercio a la mitad.- - - - -

----- “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.- - - - -

----- “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.- - - - -

----- De lo anterior surge, entonces, que el nuevo encuadramiento típico realizado precedentemente deja inmotivada la pena impuesta, porque el mínimo y el máximo de la escala penal que utilizó el Tribunal de grado inferior responde a una situación legal totalmente diferente, sin afectar el principio de congruencia y sin juzgar hechos que, como dice la Cámara, integraron el iter criminis y que, consumados, no fueron imputados.- - - - -

----- Ello es así toda vez que, acorde con el último párrafo del art. 44 del Código Penal, deberá motivarse si corresponde eximir de pena y, eventualmente, si es ajustado a derecho disminuir la pena en la mitad o reducirse al mínimo legal, para lo cual deberán considerarse las circunstancias del último párrafo del art. 44 del código de fondo: la peligrosidad y el peligro en el caso, ya que se pusieron en ejecución por un error esencial sobre el objeto. Lo dicho, por supuesto, dentro del marco de derecho, ya que la doctrina y jurisprudencia van de la tipicidad (Zaffaroni) a la pena (finalistas) y se cuestiona el término peligrosidad como inconstitucional (art. 19 C.Nac.).- - - -

///30.-- En consecuencia, se debe anular la sentencia solo en lo referido a la imposición de pena y reenviar el expediente al tribunal de origen para que decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).- - - - -

----- “La exigencia de la motivación es lo que permite el control de la racionalidad de los actos y el ejercicio de la defensa en un sistema de organización republicano de gobierno, y toda argumentación que lo impedía con fundamento en que la facultad de fijar la pena es discrecional y exclusiva del tribunal de juicio, por tanto ajena al recurso de casación, ha sido expresamente dejada de lado luego del precedente ‘CASAL’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptado por este Superior Tribunal en numerosos pronunciamientos. En este marco, se circunscribe el sentido de la inmediación del debate oral, para que ésta no sea utilizada como pretexto limitante del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (art. 8.2.h. de la CADH, Adla,

XLIV-B, 1250).- - - - -

----- “A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial -apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. \En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección

///31.- del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social\ (Roxin, \Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad\, en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660...” (Se. 190/06 y 93/09 STJRNSP, entre otras).- - - - -

-----4.- La determinación de los defectos de motivación y el reenvío consecuente no implican una toma de postura por parte de este Cuerpo en orden a la justicia de la eximición de pena o del monto y su forma de cumplimiento, sino que declara un vicio in procedendo respecto de un requisito formal del fallo en orden a dicha cuestión y señala los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que apoyan la nulidad.- - - - -

----- La tarea del juzgador no encuentra sujeción alguna para el análisis de las constancias del expediente que le permitirán arribar al pronunciamiento correspondiente, “... con lo que la doctrina de este Cuerpo tampoco supone en el reenvío la fijación de un derecho limitativo de las posibles soluciones a la temática involucrada. Simplemente se exige que, cualquiera sea la que se adopte, ésta tenga fundamentos legales y constitucionales” (ver Se. 136/06, 190/06 y 131/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

///32.--5.- En virtud de las razones que anteceden, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente a los recursos de casación impetrados; 2) casar la sentencia N° 16, del 7 de julio de 2010, de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma; 3) reenviar el expediente al tribunal de origen para que ejerza las facultades del art. 44 in fine del Código Penal, e 4) imponer las costas en el orden causado. MI VOTO.- - - - -

----- El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- Analizadas las presentes actuaciones, me corresponde dirimir la disidencia planteada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación.-----

----- Sintéticamente, el doctor Lutz sostiene que el llamado telefónico recibido por uno de los imputados, luego de comenzada la ejecución del hecho reprochado, no constituye un factor ajeno a la voluntad sino una información sobre cuya base desistieron voluntariamente. Después realiza un nuevo encuadramiento típico (arts. 150, 149 ter inc. 1º, 41 bis y 55 C.P.).-----

----- Por su parte, el doctor Soderó Nievas entiende que dicho llamado constituyó un factor externo en cuanto a la decisión íntima de no continuar el proceso ejecutivo. Luego califica el hecho como delito imposible (art. 44 in fine C.P.).-----

-----2.- En primer lugar, destaco que este Superior Tribunal de Justicia ha fijado como doctrina legal que la tentativa es comienzo de ejecución o ejecución incompleta de un tipo doloso, y que para determinar la existencia de “comienzo de ejecución” de un tipo legal, es decir, creado por la ley,

///33.- hay que tener en cuenta el plan concreto del autor, esto es, hay que tomar en consideración la finalidad de la conducta, los medios elegidos para lograr tal objetivo y el contexto concreto de circunstancias en el que se lleva a cabo tal conducta (ver Se. 209/06, 22/09 y 18/10 STJRNSP; Nelson R. Pessoa, El injusto penal y tentativa. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado, ed. Hammurabi, 2007, págs. 277, 282 y ccdtes.).-

----- “[... H]ay comienzo de ejecución cuando el autor realiza la conducta que conforme a su dolo habrá de realizar el tipo objetivo [...] El punto decisivo es verificar si el autor ha objetivado el acto que, conforme su plan, es el encargado de producir el tipo [... H]ay comienzo de ejecución, es decir, tentativa, porque hay dolo y acción ejecutora de ese dolo; y lo hay porque el autor se representó y quiso los elementos del tipo objetivo (mejor dicho, las circunstancias que se subsumen en un tipo) y ello es suficiente para que haya dolo, más allá de lo que sucede en el mundo real [...] La única perspectiva correcta a la hora de construir los conceptos de dolo y comienzo de ejecución [...] es la perspectiva ex ante [...] al hecho [...] En otras palabras, la conducta es vista con estas categorías en el momento en que el autor toma la decisión de la ejecución de la acción y no después de haber realizado la conducta” (autor y obra citados, págs. 282/285; también ver págs. 378/380, 403 y 423/424 y ccdtes.).-----

-----3.- Las citas precedentes de la doctrina seguida por este Superior Tribunal (conf. sentencias supra mencionadas) brindan inequívocos argumentos para la decisión de la  
///34.- presente causa.-----

----- Entonces, del análisis del hecho reprochado a los encartados, firmes en esta instancia (ver considerandos 1 y 5 del voto del doctor Lutz), surge que la no consumación del hecho ilícito (apoderamiento ilegítimo de los bienes buscados) determina que el delito fue en grado de tentativa.-----

----- De la acusación también se desprende que los imputados ejecutaron en forma total la conducta programada (ingresaron al domicilio de las víctimas contra la voluntad de estas con intimidación y mediante el empleo de armas de fuego, las redujeron –maniataron- y buscaron los bienes –solo faltó el resultado apoderamiento-), por lo que la tentativa fue acabada.-----

----- Por último, fácil es advertir que ejecutaron un plan concreto que era idóneo, juzgado desde la perspectiva ex ante, porque cuando comenzaron la ejecución de la acción tenían conocimiento de que en ese lugar había dólares y euros, se representaron su actividad delictiva y actuaron con esa finalidad. Tanto es así que tuvieron el dominio del hecho y continuaron con la búsqueda del dinero “hasta que se produce la intervención exterior por el mentado llamado” (fs. 913 vta.) que motivó la retirada del lugar (ver fs. 915).-----

----- En consecuencia, la ausencia o inexistencia del objeto (dinero) no es suficiente para calificar los hechos ejecutados como tentativa inidónea. “Ello es así en razón de que sólo hay delito imposible cuando la inidoneidad del programa de acción es producto del dolo, por lo tanto, y

///35.- conforme a los argumentos desarrollados, sólo habrá delito imposible por inidoneidad, ausencia o inexistencia del objeto si tal tipo de circunstancia es resultado del dolo del autor al elaborar el plan de acción” (Pessoa, ob. cit., pág. 501).-----

-----4.- Establecido que los hechos del caso encuadran en una tentativa idónea acabada, resta decidir si el desistimiento fue voluntario o involuntario. Para ello es importante destacar los siguientes hechos acreditados por el a quo: la búsqueda de la moneda extranjera se realizó hasta que uno de los imputados recibió un llamado al celular y le dijo al resto “paren, que nos equivocamos”; se desconoce lo que allí le comunicaron ni se determinó cuál fue la información concreta; a continuación, pidieron disculpas y se retiran del lugar (fs. 911, 913 vta. y 915).-----

----- Cualquiera que haya sido la circunstancias sobre la que se “equivocaron” (aunque seguramente fue la vivienda

–ver declaración de la víctima Raúl Martín Agüero, cuando a fs. 912 dice que “por rumores sabía que un vecino tenía ahorros en moneda extranjera”-), lo cierto es que luego del llamado telefónico pudieron continuar con la ejecución del hecho exigiéndoles a las víctimas y buscando en la vivienda moneda extranjera, lo que voluntariamente no hicieron teniendo la posibilidad de seguir actuando y –eventualmente- consumir el delito de robo con armas.- - - - -

----- La información que recibieron vía telefónica determinó un hecho voluntario, porque con discernimiento, intención y libertad (art. 897 C.C.) los encartados decidieron desistir (art. 43 C.P.) de continuar la ejecución del delito de robo

///36.- con armas (art. 166 inc. 2º íd.).- - - - -

----- Al respecto se ha dicho: “Identificar arrepentimiento y pedido de perdón con desistimiento a las luces de nuestro art. 43, es confundir absolutamente las cosas, ya que bien puede ocurrir el tal arrepentimiento y disculpas, luego de consumado el delito. Pero lo que difícilmente sea aceptable, a las luces de la realidad fenoménica, es que la realización integral del tipo objetivo y su coincidencia con el dolo típico resulten compatibles con el desistir de una acción, pues ésta ya se consumó, salvo que se refiera a la tentativa acabada, pero esto sólo podría ser viable de no haberse producido el resultado desapoderamiento” (CNApel. en lo Crim. y Correc., Sala IV, en “DÍAZ”, c. 30.998, del 12/02/86; en el mismo sentido, CNCrim. y Correc., Sala VII, “MELERO”, c. 4499, del 29/10/84; citadas por Guillermo E. Friele, El desistimiento en la tentativa. Estudios del art. 43 del CP, ed. Ad Hoc, pág. 56).- - - - -

-----5.- En conformidad con lo expuesto, adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el doctor Luis A. Lutz, y en tal sentido propicio 1) hacer lugar parcialmente a los recursos de casación impetrados; 2) casar la Sentencia N° 16, dictada el 7 de julio de 2010 por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma; 3) condenar a Esteban Luciano Ferreyra, Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez como coautores, y a Héctor Raúl Figueroa como partícipe primario, todos de condiciones personales señaladas en la sentencia casada, de los delitos de violación de domicilio cometido con intimidación mediante el empleo de armas de fuego y de coacción calificada por el uso de armas, en

///37.- concurso real (arts. 150, 149 ter inc. 1º, 41 bis y 55 C.P.); 4) anular de oficio la sentencia impugnada en lo referido a la imposición de las penas y, en consecuencia,

reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración, decida la cuestión según el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.), e 5) imponer las costas en el orden causado. MI VOTO.-----

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto supra, el doctor Luis Lutz no firma la presente por haber sido aceptada su renuncia al cargo a partir del 31 de julio del corriente,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA  
POR MAYORÍA R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación

----- deducidos a fs. 983/993 y vta. y 995/1003 y vta. de autos por el señor Defensor Oficial doctor Marcelo Chironi y por los doctores Maricel Viotti Zilli y Juan Carlos Chirinos, en representación de Esteban Luciano Ferreyra y Héctor Raúl Figueroa, y Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez, respectivamente.-----

Segundo: Casar la Sentencia N° 16, dictada el 7 de julio de

----- 2010 por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma y condenar a Esteban Luciano Ferreyra, Hernán Raúl Ruiz y Ernesto Omar Velázquez como coautores, y a Héctor Raúl Figueroa como partícipe primario, todos de condiciones personales señaladas en la sentencia impugnada, de los delitos de violación de domicilio cometido con intimidación mediante el empleo de armas de fuego y de coacción

///38.- calificada por el uso de armas, en concurso real (arts. 150, 149 ter inc. 1°, 41 bis y 55 C.P.).----- Tercero: Anular de oficio la sentencia impugnada en lo

----- referido a la imposición de las penas y, en consecuencia, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración, decida la cuestión según el derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).----- Cuarto: Imponer las costas de esta instancia en el orden

----- causado.----- Quinto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 8

SENTENCIA: 105

FOLIOS: 1402/1439

SECRETARÍA: 2