

SENTENCIA N° setenta y cinco /2014.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los **ocho días del mes de agosto de dos mil catorce**, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Impugnación, integrado por los doctores: **Alejandro Cabral, Liliana Deiub y Mabel Folone**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en el **Legajo 487/2014**, caratulado: "**GRAMAJO, MIGUEL ANGEL s/HURTO EN GRADO DE TENTATIVA**" del registro de la Oficina Judicial Neuquén, debatida en la audiencia celebrada el día 25 de Julio del año en curso en Cutral-có, seguida contra **MIGUEL ANGEL GRAMAJO**, Argentino, D.N.I. N°, nacido en Cutral-có el 8/6/....., soltero, albañil, domiciliado en calle N° ..., Barrio ... Viviendas, de la ciudad de Cutral-Có, Prov. de Neuquén, con estudios primarios completos; en la que intervino por la Defensa el Dr. Diego Simonelli, no habiendo comparecido a la audiencia ningún funcionario de la Fiscalía.

ANTECEDENTES: Por Sentencia dictada en fecha 26 de marzo de 2013 la Señora Jueza subrogante del anterior Juzgado Correccional con sede en la Segunda Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral-có resolvió, en lo que aquí interesa: "I.- Condenando a **GRAMAJO, MIGUEL ANGEL**. (...), como autor material y penalmente responsable del delito de HURTO AGRAVADO POR ESCALAMIENTO EN

GRADO DE TENTATIVA (art. 163, inc. 4° y 42 CP) a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO. II. Imponiendo al condenado las costas del proceso.

La Defensa en legal tiempo y forma dedujo recurso de casación contra la referida sentencia a favor de su asistido MIGUEL ANGEL GRAMAJO.

Por aplicación de la ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo.

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP a fin de debatir oralmente los fundamentos del recurso interpuesto y cedida la palabra al Sr. Defensor, Dr. DIEGO SIMONELLI, sostuvo que la sentencia: 1°) Viola el principio de lesividad y necesaria relevancia de la afectación del bien jurídico protegido, solicitando la absolución. Al respecto refiere que el hecho fue absolutamente insignificante, que no existió daño alguno a la propiedad. Explica que de la investigación el botín habría consistido en la intención de apoderarse de una pala de

jardín, de escaso valor y usada. No está acreditado que se quisiera apoderar de otros elementos. Que la afectación al bien jurídico protegido fue mínima. En forma subsidiaria, efectúa otros dos planteos respecto de la sentencia expresa que: 2°) Es arbitraria y viola el principio "in dubio pro reo", por errónea aplicación de la agravante del escalamiento. Que la agravante no está suficientemente fundada en la sentencia. Que no fue suficientemente probada la dimensión de los paredones; que no se hizo una planimetría del lugar. Dice que en el acta de inspección ocular se establece que el paredón o muro en un lugar tiene 1,60 m. de altura y en otro lugar posee 2,00 m. de altura. Que en definitiva, si ingresaron por el lugar donde medía 1,60 m. no se requería demasiado esfuerzo porque es menor a la altura de una persona y, que a ello se le suma que no tenía ningún tipo de defensa punzante. Por tal razón, expresa que no se requirió casi esfuerzo para pasar al jardín. Cita jurisprudencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea. En definitiva solicita, que de confirmarse la sentencia y no hacerse lugar al primer planteo, se modifique la calificación legal por la de HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (art.162 y 42 CP). Por último, plantea: 3°) Que la pena impuesta es nula, porque carece de fundamento. Que sólo expresa los malos

informes de abono y la reiteración. No hizo referencia alguna al hecho, a la culpabilidad ni a la proporcionalidad que debe tener en relación a la afectación del bien jurídico protegido. Que no se remitió al art. 41 del CP, en cuanto a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, ni a la extensión del daño y peligro causado. Refiere que la pena impuesta de un año de prisión de cumplimiento efectivo en definitiva se sustenta en el derecho penal de autor, el que se encuentra vedado por el art. 18 CN.

Tal como se expuso al comienzo, la Fiscalía no asistió a la audiencia por lo que no existió refutación de los agravios esgrimidos por la defensa.

Llevado a cabo el oportuno sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: En primer término el Dr. ALEJANDRO CABRAL, en segundo y tercer término -respectivamente- las Dras. LILIANA DEIUB y MABEL FOLONE.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 193 del Código de rito -de aplicación supletoria-, el Tribunal se plantea las siguientes **CUESTIONES**: **1°)** ¿Es formalmente admisible el recurso de impugnación interpuesto?; **2°)** En su caso ¿Cuál es la solución que corresponde adoptar? y **3°)** Costas.

VOTACIÓN: ¿Es formalmente admisible el recurso de impugnación interpuesto?

EL **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.-

En tal dirección cabe considerar que el recurso de casación fue interpuesto en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, asimismo la Oficina Judicial adecuó el recurso de casación a la nueva Impugnación ordinaria de sentencia, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Fuero Penal (Ley 2981), en sus disposiciones transitorias.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto de la audiencia celebrada (art. 245) fue posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Adhiero al voto del vocal que se pronunciara en primer término, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

A su turno, la **Dra. Mabel Folone**, sostuvo: que comparte los fundamentos y la decisión adoptada por el Dr. Cabral.

A la segunda cuestión planteada, **¿Cuál es la solución que corresponde adoptar?**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

I.- En la audiencia prevista por el art. 245 del Código Procesal Penal, el Sr. Defensor procedió a exponer los fundamentos de su recurso, refiriéndose a los agravios oportunamente propuestos, los que no fueron rebatidos por el Ministerio Fiscal ante la ausencia motivada en las previsiones del art. 245.

II. Sentado lo anterior e ingresando en el primer agravio formulado por el Sr. Defensor relativo a la violación al principio constitucional de lesividad y necesaria relevancia del bien jurídico protegido en relación a terceros, corresponde resaltar que el hecho tuvo lugar el día 8 de diciembre de 2010, alrededor de las 00.00 hs. en una casa de familia habitada que tenía una protección y que había gente en su interior. El hecho imputado concretamente

consistió en que el día y hora mencionados, el imputado previo escalar un paredón de 2 metros de altura, se introdujo en la vivienda sita en calle Principal Sáez de la localidad de Cutral-Có, propiedad de la Sra. Alba, con fines de apropiarse de bienes ajenos no logrando consumar su accionar por flagrancia debido a la inmediata actuación policial, quien fuera alertado por la moradora de la vivienda.

Entiendo que la circunstancia de que el autor/es no haya podido sustraer ningún elemento o, que el mismo tuviera un escaso valor económico, no convierte a este hecho en algo menor que no afecte el principio de lesividad y de necesaria relevancia.

Nuestro Código Penal pretende proteger la libertad y la propiedad privada de distintas maneras. Tan es así que sanciona la violación de domicilio (art. 150) respecto de aquel que entra en una morada ajena, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, a fin de garantizar la libertad de hacer ingresar o no a determinadas personas, sancionando también a los funcionarios policiales que ingresaren sin las formalidades legales a un domicilio (allanamiento) (art. 151 CP). También, el art. 34 inc. 6° legisla sobre la legítima defensa, privilegiando a aquel que rechazare el escalamiento o entrada

a su casa habitada en horas de la noche, estableciendo la no punibilidad de la conducta cualquiera sea el daño ocasionado al agresor. Tal norma, claramente establece la gravedad de la conducta de la persona que intenta ingresar en horas de la noche a una vivienda habitada sin el consentimiento de quien la habita, eximiéndolo de pena aún en el caso que le produzca la muerte.

Por tal razón es que entiendo que el primer agravio relativo a la violación al principio constitucional de lesividad o de escasa relevancia, no puede prosperar y debe ser rechazado, ya que la acción desplegada es grave por más que no haya conllevado un daño material.

III. En cuanto al segundo agravio, relativo al agravamiento de la conducta por el escalamiento, voy a coincidir con la defensa que no está debidamente fundamentado en la sentencia.

En la sentencia se menciona el acta de procedimiento policial (fs. 1/2), del que se desprende lo siguiente: *"... que al momento de ingresar al patio de la vivienda ubicó en el interior a los ciudadanos Gramajo Miguel Angel y..., observando una escalera tirada en el patio y una pala ubicada en la parte superior de la medianera, presuntamente preparada para ser llevada, se procedió a la*

demora de los aprehendidos... Se hizo asentar que la propietaria verificó el interior del mismo (quincho), declarando que no observó el faltante de elementos y presumió que no ingresaron al interior. El patio de la vivienda en su totalidad cuenta con vereda y césped, dificultando el levantamiento de rastros. Se observa hacia el margen oeste y sobre el césped, se ubica tirada una escalera indicando la ciudadana que la misma fue corrida de su lugar, aclarando que se encontraba sobre la vereda y apoyada sobre la pared de la casa. Sobre el cardinal este se ubica una medianera de ladrillo de 1,60 mts de alto, se puede apreciar sobre el paredón una pala de punta color negra, mango de madera la misma colgaba de un gancho presumiendo que los sujetos intentaron sustraerla".

Ahora bien, si como lo indica la propietaria la escalera se encontraba ubicada sobre la vereda y estaba apoyada sobre la pared de la casa antes que ellos ingresaran y que esta fue movida de su lugar, todo hace presumir fundadamente que el imputado y su consorte utilizaron la escalera que estaba apoyada sobre la pared para ingresar al patio de la vivienda.

El "escalamiento" que agrava el hurto requiere del ascenso efectuado mediante un esfuerzo,

actividad o artificio llevado a cabo para vencer predisposiciones defensivas que desempeñen una función de efectivo cercamiento en la protección de la cosa y dificulten su desapoderamiento, lo cual debe resultar del análisis de la naturaleza del obstáculo y de las diversas circunstancias fácticas vinculadas a la cosa como su colocación, lugar, etc., más que de la intención del sujeto pasivo. La razón de ser de la agravante toma en cuenta la demostración de mayor peligrosidad en el autor en tanto debe vencer defensas que se oponen al desapoderamiento.

Siendo ello así, la agravante del escalamiento considero que no corresponde imponerla, pues a los autores no les requirió casi esfuerzo alguno el ingresar al patio de la vivienda. Cabe destacar que el paredón es una defensa para el ingreso a la vivienda, pero si sobre este se encuentra apoyada una escalera, tal defensa se convierte en casi inexistente.

Por tal razón, en el convencimiento que el ingreso al patio de la vivienda no les requirió a los autores esfuerzo alguno al existir una escalera apoyada sobre la pared, considero que el hecho debe calificarse como HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (art. 162 y 42 CP), tal como lo propone la defensa.

IV. En relación a la pena a imponer, teniendo en cuenta el antecedente de condena en suspenso por hechos de escasa gravedad, el tiempo transcurrido desde aquellos (más de cinco años), que no hubo violencia sobre las personas ni daños materiales a la propiedad, que la acción desplegada fue escasa al tener una escalera a su alcance y que no se causó ningún peligro, pues aparentemente sólo querían llevarse una pala, es que entiendo justo y equitativo que se le imponga a Gramajo la pena de UN MES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, en función del antecedente condenatorio que registra del año 2008.

V. Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser acogido en cuanto a la calificación legal y la pena a imponer, debiendo ser rechazado en relación al planteo de escasa lesividad.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Adhiero al voto del vocal que se pronunciara en primer término por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arribara.

A su turno, la **Dra. Mabel Folone**, sostuvo: que comparte los fundamentos y la decisión adoptada por el Dr. Cabral.

A la tercera cuestión planteada, **¿Cómo se imponen las costas?**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Que toda vez que el recurso prosperó aunque de manera parcial en forma favorable al imputado, corresponde eximirlo de las costas aún para en aquello en lo que no prosperó, con el objeto de no condicionar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria que posee. (art. 268 primero y segundo parrafo del C.P.P.N).

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: que comparte los fundamentos y lo resuelto por el Vocal el primer voto en lo relativo a las costas.

A su turno, la **Dra. Mabel Folone**, sostuvo: que comparte la decisión propuesta por los vocales preopinantes para eximir de costas al acusado.

De lo que surge del presente Acuerdo el Tribunal de Impugnación Provincial y por unanimidad,

RESUELVE:

I.-DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO Estrictamente FORMAL el recurso de Impugnación interpuesto por el Dr. DIEGO SIMONELLI, a favor de su asistido MIGUEL ANGEL GRAMAJO (arts. 233,234 y 241 del C.P.P. y C.).

II.- NO HACER LUGAR a la **IMPUGNACIÓN** deducida **en cuanto al primer agravio** relativo a la violación del principio de lesividad.

III.- HACER LUGAR a la IMPUGNACIÓN de DEDUCIDA por el DEFENSOR en cuanto a la CALIFICACIÓN LEGAL y la PENA a IMPONER, y, por lo tanto, CONDENANDO a GRAMAJO, MIGUEL ANGEL (...), como autor material y penalmente responsable del delito de HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (art. 162 y 42 CP), a la pena de UN MES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO.

IV. Sin costas en esta instancia, en virtud a lo considerado en la tercer cuestión (Art. 268 , segundo párrafo *in fine* del C.P.P. y C.).

V.- Regístrese, notifíquese a las partes en forma electrónica por medio de la oficina judicial a sus respectivos correos, conforme fuera acordado en la audiencia.

VI.- Se deja constancia que no firma la presente la Dra. Mabel Folone por encontrarse en uso de licencia, aunque participó de la deliberación.

ALEJANDRO CABRAL

Juez

LILIANA DEIUB

Juez

Reg. Sentencia N° 75 T° IV Fs. 630/636 Año 2014