**STJSL-S.J. – S.D. Nº 140/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a seis días del mes de julio de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“QUIROGA MUÑOZ MAXIMILIANO – MONTES PAILLALEF RUBÉN OSVALDO - AV. ROBO CALIFICADO - RECURSO DE CASACIÓN” –*** IURIX PEX N° 153865/13.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del Código Procesal Penal?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que por ESCEXT (actuación Nº 7141095 de fecha 02/05/17), el abogado defensor de los condenados en autos, Dr. Miguel Ángel Agúndez, interpone recurso de casación contra el veredicto y la sentencia condenatoria, dictados en fecha 25/04/17 por la Excma. Cámara del Crimen Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial (actuación Nº 7111012), que declara a los acusados Quiroga Muñoz Maximiliano y Montes Paillalef Rubén Osvaldo, como autores penalmente responsables de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada en concurso real, con el delito de privación ilegal de la libertad (arts. 166, Inc. 2, último párrafo, 141 y 55 del Código Penal), que damnifica a Rodolfo José Marchissio, Maria Luisa Brito y Rodolfo Daniel Marchissio, y condenarlos a sufrir la pena de (9) nueve años de prisión, accesorias legales y costas procesales. El recurso es fundado por ESCEXT (actuación Nº 7167119 de fecha 08/05/17).

2) Que a los efectos de la admisibilidad del recurso, esto es, la aptitud formal del acto impugnaticio, derivada de la concurrencia de los requisitos necesarios para provocar el juicio de casación y la sentencia del tribunal de recurso se observa, que ha sido interpuesto y fundado en término contra una sentencia definitiva de Cámara, estando el recurrente, eximido de efectuar el depósito de rigor, en virtud de lo dispuesto por el art. 431 del C.P. Crim., siendo en consecuencia formalmente procedente.

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo: Agravios del recurrente:** Manifiesta la defensa, que el resolutorio es abusivo, desacertado, en cuanto a *su encubrimiento* (sic), violatorio del principio de legalidad y del principio de congruencia.

Agrega, respecto del delito de privación ilegal de la libertad, que esta figura penal es absorbida por el delito de robo con armas, y lo que caracteriza a este tipo de infracciones y lo deslinda de otras figuras, es que la libertad es el objeto directo e inmediato del ataque, y no solo un medio para lograr la lesión de otro bien jurídico.

Expresa, que en los casos en que la privación de la libertad resulte efímera, y tenga por fin la concreción del robo y asegurar su impunidad, no existe ningún enlace concursal, quedando la privación ilegal de la libertad subsumida en el robo, por lo que no puede considerarse como un delito autónomo. Que si bien su comisión pone en crisis la libertad personal, el objeto del ataque es la lesión a la propiedad ajena.

Con relación al arma utilizada por sus pupilos manifiesta, que el fundamento de la agravante, como sostiene Sebastián Soler, debe buscarse en la peligrosidad del medio empleado, o en el peligro realmente corrido por la victima. De ahí, que la tipología impuesta excede el tipo penal adecuado, violando el principio de legalidad y de congruencia que debe primar en el proceso.

Agrega, que estamos en presencia de un robo simple, porque no se pudo secuestrar el arma empleada en el atraco, dado que no se pudo comprobar su idoneidad y carga. El dolo directo en el actor consiste en la acción de quien, por portar un arma, tiene un mayor poder de violencia sobre la víctima.

Destaca, que si el reo conoce que la misma está descargada y no piensa usarla, tampoco como arma impropia, entonces no se cumple subjetivamente, uno de los requisitos que describe la norma para agravar.

Expresa que no es claro el art 166 del C. Penal, lo cual no es bueno para la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Destaca que no hubo daño causado, ni tampoco fueron lesiones sufridas por las víctimas, las que recuperaron el total de las cosas sustraídas, lo que habla a las claras, de la real intención en primar por la vida e integridad de los damnificados.

Bajo el punto *MOMENTO CONSUMATIVO* manifiesta, que para determinar si el robo con armas quedó consumado o tentado, los tribunales desde siempre, han aplicado casi en forma unánime, el criterio de considerar consumado el robo o el hurto cuando el reo tuvo posibilidad de disposición del bien, en caso contrario, quedará en grado de tentativa. O cuando el reo fue perseguido ininterrumpidamente hasta su detención (sin importar que haya sido perdido de vista en algún momento de la persecución) y si el autor arrojó la cosa sustraída en su huida, para evitar ser incriminado, igualmente se lo considera en grado de tentativa. Por lo que solicita, se case la sentencia recurrida por errónea aplicación de las normas del Código Penal explicitadas.

3) **Traslado a la contraparte:** Que por actuación Nº 7257656 de fecha 30/05/17, contesta traslado la Fiscalía de Cámara, quien ratifica lo expresado en el debate oral. Analizando los fundamentos del recurso articulado concluye, que no se percibe más que una mera discrepancia con los argumentos vertidos en el veredicto.

4) **Dictamen del Sr. Procurador General Subrogante**: Que por actuación Nº 8408931 de fecha 14/12/17, el Sr. Procurador General Subrogante emite dictamen, postulando el rechazo de la casación articulada. En primer lugar, respecto de la impugnación que efectúa el recurrente, respecto del concurso real de los delitos de robo y privación ilegal de la libertad manifiesta, que se introduce el concepto de lo “efímero” relacionado con la extensión temporal de la privación de la libertad, a efectos de tener por existente, o no, el concurso real al que venimos refiriendo. Expresa, que es claro que si la privación se extiende en el tiempo más allá de lo necesario para perpetrar el desapoderamiento, el concurso queda configurado, pues ya no tiene directa relación con aquella, necesaria para consumar el robo. Ahora bien, conforme resulta de las constancias de autos, el concurso satisface los requerimientos legales que lo legitiman en derecho.

Agrega, que la circunstancia de no haber sido secuestrada el arma utilizada en el atraco, no constituye valladar insuperable que impida probar haberse utilizado el arma de fuego. En la presente causa judicial, está incorporado suficiente material probatorio que demuestra su existencia. Por lo que propicia el rechazo del recurso de casación.

5) **Consideraciones previas sobre el recurso de casación y el fallo “Casal”:** El recurso de casación, ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos, atribuidos a la sentencia de merito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Con el alcance del nuevo recurso de casación surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise integralmente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

Así, en la sentencia dictada en autos: “**TORRES, HÉCTOR HUGO - AV. HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO — RECURSO DE CASACIÓN”; Expte Nº 5-1-08;** este Superior Tribunal de Justicia, con diferente integración, dijo: *“...he de pronunciarme sobro el fondo de la cuestión, dado lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa”, causa Nº 1681 del 29/9/2004, según el cual después de la reforma constitucional de 1994 y teniendo en cuanta la jurisprudencia internacional (cfr. arts. 2 y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al “doble conforme”), todo condenado tiene derecho recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba de hecho con el único límite de los que estén íntimamente ligados a la inmediación real. Va de suyo quo esta elevación paradigmática de la doble instancia y del recurso con derecho a revisión con el “máximo rendimiento” con sede en la Carta Magna, no podía quedar subordinada a una cuestión de mera admisibilidad formal contenida en una ley subjetiva convertida, incongruentemente, en instancia dirimente”* (Ver: STJSL-S.J. Nº 131/09, del 3 de diciembre de 2009 y, en similar sentido, STJSL-S.J. Nº 140/09, del 29 de diciembre de 2009).

6) **Resolución del recurso.** Sentado lo anterior, adelanto que comparto el dictamen del Sr. Procurador General Subrogante emitido por actuación Nº 8408931 de fecha 14/12/17, a cuyos fundamentos adhiero. Asimismo, debo agregar las siguientes consideraciones:

La defensa no cuestiona los hechos que se tuvieron por probados en el debate, ni la autoría de sus defendidos, solo cuestiona la aplicación de los tipos penales contenidos en los arts. 166, Inc. 2, último párrafo, 141 y 55 del Código Penal a las conductas probadas en el debate oral. Básicamente, su impugnación está dirigida contra: 1) el concurso real que se tuvo por configurado entre los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada, y el delito de privación ilegal de la libertad. 2) La calificación de robo agravado, proponiendo su tipificación por robo simple, atento que el arma utilizada no fue secuestrada, y su aptitud para el disparo no ha podido en consecuencia, ser acreditada. Y 3) La consumación del robo, cuando a su entender, el mismo quedó en grado de tentativa, por cuanto los imputados no lograron consolidar la tenencia de los bienes muebles desapoderados.

Considero, que la subsunción legal que efectúa la Excma. Cámara es la correcta, habiendo evaluado las pruebas rendidas en el debate oral, lo que conlleva a rechazar los agravios de la defensa, en cuanto a que se ha aplicado erróneamente el Cód. Penal.

En efecto, respecto del primer agravio, se tuvo por probado: *“…la ocurrencia de un hecho ilícito en fecha 12 de Diciembre del año 2013, cuando tal como lo relata Rodolfo José Marchissio (denuncia de fs.1,) y ratifica en la Instrucción Judicial, (fs.120) que se incorpora al debate por su lectura. El damnificado expresa que ese día alrededor de las 22hs,22,30 hs, se retiró de su domicilio su hijo Pedro, quedando en la casa él, su señora y su nieto Rodolfo Daniel Marchissio, que éste iba saliendo de la casa, que la puerta se hallaba abierta, cuando ingresaron empujándolo hacia adentro y con un* *arma , que él se encontraba leyendo el diario en la cocina, cuando siente que un hombre joven, le introduce el arma en las costillas diciéndole: “dame la plata sacándole del bolsillo la suma de $4.900, que lo hace levantar y lo lleva a la otra habitación donde estaban reducidos por el otro individuo, su señora y su nieto. Que éste le dijo” dame la plata que tienes o te revuelvo toda la casa”, que le pidió que se tirara al piso, que se acostó en la cama, que siempre lo apuntaba con un arma y le ató las manos con una bufanda. Que sacaron dinero de la mesa de luz, de un fichero, que sacaron revólveres de un escondite, que preguntaban por la caja fuerte, lo empujaron a su nieto, pero no hallaron nada. Sí un anillo de oro, que uno de los individuos se lo colocó. Que le decían que” si no les entregaban los $500.000 que tenía iban a matar a un integrante de la familia, que habían vendido unas propiedades alrededor de ese valor. Que entre ellos se dijeron: “No está la plata, nos dieron el dato equivocado” El damnificado los describe físicamente, recuerda sus características física, reconoce las vestimentas que llevaban y fueron secuestradas, su nieto les dio la llave de su auto, lo cargaron con los objetos robados, relata que los encerraron en una habitación y les apagaron la luz y se fueron en el Focus blanco, se llevaron los celulares, cerraron con llave la puerta del garaje.”*

La privación ilegal de la libertad, a la que los imputados sometieron a las tres víctimas, ha quedado acreditada por la denuncia de fs. 2/3 del Sr. Rodolfo José Marchissio, y la declaración en sede judicial de fs. 120/121. A su vez, su esposa Sra. María Luisa Brito, a fs. 18 y vta. declaró, que fueron encerrados por los imputados en una habitación, y que les amarraron las manos. El nieto de las víctimas, Sr. Rodolfo Daniel Marchissio declaró a fs. 13 y vta. , que fue encerrado en otra habitación y que lo ataron de pies y manos con dos corbatas. Por lo que el ataque a la libertad ambulatoria de estas tres personas, superó en su duración temporal y en su modo (mediante ataduras de manos y encierro en una habitación) la inmovilidad física necesaria, que puede sufrir la víctima de un robo, que es instantánea al desapoderamiento y que tiene un lapso breve, ya que en este caso la privación de la libertad se extendió en el tiempo, y se intensificó en su *modus operandi.*

Es decir, que a mi criterio ha quedado tipificado el delito de privación ilegal de la libertad, cometido por los imputados contra el denunciante, su esposa y su nieto, independientemente del robo.

Se ha sostenido que: *“La privación ilegítima de la libertad -art. 142 inc. 1º del C. P. - cobra autonomía respecto del robo calificado cuando rebasa los límites propios del desapoderamiento para anular a la víctima, retenida a pesar de logrado el despojo propuesto.”* (TCasPenal Bs As, Sala II, 16/09/2008, "I., P. s/ Recurso de casación", RSD-477-8 S, Jueces: Mancini - Celesia. www.jusbuenosaires.gov.ar Sumario nº B3286939, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

También se ha dicho que: “*La conducta tipificada por el art. 141 CP alcanzó la afectación de la libertad de movimientos impuesta al damnificado y excedió el tiempo necesario para perpetrar la sustracción, por cuanto el imputado mantuvo maniatado y boca abajo sobre su cama a la víctima durante cuatro horas aproximadamente. En consecuencia, tal privación de libertad no ha formado parte de la violencia exigida desde el aspecto objetivo del robo [en el caso, agravado por el "uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada"], con el cual concurre en forma ideal.”* (Toranzo, Eduardo David /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 17; 09-10-2009; Rubinzal Online; RC J 10026/11, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

Por lo que estimo, que se ha aplicado correctamente el art. 141 del Cód. Penal, a los hechos probados en el debate, y en consecuencia, el encuadramiento en los delitos de robo con armas, cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada, y privación ilegal de la libertad, en la figura de concurso real (art. 55 C.P.) es correcto, atento la existencia de dos hechos independientes.

Con respecto al segundo agravio expuesto considero, que tampoco es de recibo. En efecto, el hecho de que no haya podido ser secuestrada el arma utilizada en los hechos investigados, no impide tener por probado su uso para perpetrar el desapoderamiento.

La utilización, por parte de los imputados, de un arma calibre 9 mm aproximadamente, surge acreditada de las siguientes probanzas, a saber:

1. Denuncia de la víctima, Sr. Rodolfo José Marchissio, de fs. 2/3 y la declaración en sede judicial de fs. 120/121.
2. Declaración de su esposa Sra. María Luisa Brito de fs. 18 y vta.
3. El nieto de las víctimas, Sr. Rodolfo Daniel Marchissio, quien declara a fs. 13 y vta.
4. Acta de requisa y secuestro de proyectil calibre 9 mm, en la ropa secuestrada en el automóvil Peugeot Partner Patagónica dominio JBF-480, en el que se trasladaron los imputados, de fs. 42/43 vta. Allí se encontró, entre diversos elementos incriminatorios, un proyectil calibre 9 mm marca Luger, dentro de un pantalón jean marca Levis. (fs. 375/391).-

La calificación legal adjudicada a la conducta de los encausados es correcta a la luz de lo normado en los arts. 166, inc. 2° y 45 del Código Penal.

En efecto, la sustracción de los efectos fue realizada mediante la utilización de un arma de fuego es decir, que el modo de desapoderar a las víctimas de sus cosas muebles fue intimidándolas. Ese mayor poder intimidante, que tenían los sujetos en el momento de ejecutar el hecho, y el mayor peligro corrido por las víctimas por ese mismo motivo, son las razones que justifican la agravante prevista en el citado art. 166 inc. 2° del C.P., sin que resulte necesario el secuestro del arma de fuego utilizada en la ocasión.

Se ha sostenido que: *“Corresponde encuadrar el hecho como robo con armas cuya aptitud para el disparo no ha podido tenerse por acreditada, si los imputados esgrimieron armas de fuego con las que amedrentaron a los damnificados para lograr su cometido pero no ha podido comprobarse su aptitud para el disparo, dado que la armas utilizadas en aquella oportunidad no fueron secuestradas.”* (Hardt, Cristian Mariano y otro /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 17; 30-10-2009; Rubinzal Online; RC J 9761/11, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

*“La falta de secuestro del arma de fuego determina la inclusión del hecho en la agravante del robo por el uso de "arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada", atento a la incierta aptitud para su disparo*” (Cfr. "Escudero, Javier Alejandro", CNCrim, Sala IV, 22/9/2004). (Del voto del Dr. Litvack.) Miranda, José Luis y otros /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 29; 05-08-2009; Rubinzal Online; RC J 10329/11. En <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

“*Corresponde encuadrar el hecho como robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, toda vez que el imputado utilizó un arma de fuego que no pudo ser secuestrada, razón por la cual no fue peritada a los efectos de comprobarse su aptitud para el disparo.”* (Rolón, Enzo José Armando y otro /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 17; 02-06-2009; Rubinzal Online; RC J 9702/11, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

Respecto del agravio, referido a que el delito de robo no fue consumado, sino que quedó en grado de tentativa, ya que, según la defensa, los imputados no tuvieron la posibilidad de realizar actos de disposición de los bienes muebles secuestrados, debo realizar algunas consideraciones previas.

Se ha probado en el debate oral, que los imputados, después del desapoderamiento de los bienes de la familia Marchissio, a saber: dinero en efectivo ($ 36.000.- pesos treinta y seis mil-, cfr. denuncia de fs. 2 y vta.), tres armas de fuego, juegos de cubiertos, relojes, joyas y los celulares; huyeron con el botín en el automóvil Ford Focus dominio MHC 477, propiedad del Sr. Rodolfo José Marchissi (cfr. declaraciones de la victima Sr. Rodolfo José Marchissio, de fs. 2/3 y en sede judicial de fs. 120/121). Declaración de su esposa Sra. María Luisa Brito de fs. 18 y vta, y del Sr. Rodolfo Daniel Marchissio, de fs. 13 y vta.

El automóvil fue hallado por la policía provincial, abandonado en la localidad de Nueva Galia, (San Luis) Km 559 de la Autopista Serranías Puntanas Nº 55 Sur, en el que se realizaron los respectivos peritajes de criminalística, obrantes a fs. 375/391, y abandonados a su alrededor, se hallaron parte de los bienes sustraídos. También se encontró una parte del dinero sustraído (cfr. acta de requisa de rodado de fs. 10), en un total de $ 3.927.- (pesos tres mil novecientos veintisiete).-

El fallo ha considerado que: *“…Se trata de un robo como delito consumado; tanto en la sustracción del vehículo posteriormente abandonado, como los demás objetos hallados en la alcantarilla y malezas, hubo sobre ellos por parte de los acusados actos de posesión y señorío en cuanto se conformó la desposesión de los bienes de los damnificados y posterior posesión de los incriminados, aunque haya sido por algunas horas…”*

El robo fue consumado porque los imputados, mediante el desapoderamiento ilícito, huyeron con los bienes que salieron de la esfera de custodia de sus propietarios, y lograron consolidar un poder de disposición sobre esos bienes. Ello, no obstante haber sido parte de esos bienes (sólo se encontraron $ 4000.- pesos cuatro mil - aprox.) abandonados al costado de la ruta junto con el automóvil, al continuar, Maximiliano Quiroga y Rubén Montes, la fuga en otro automotor. Todo ello surge avalado por las declaraciones testimoniales de los policías que intervinieron en el sumario, la pericia de la División Criminalística y el reconocimiento de los elementos sustraídos.

No es óbice, para considerar al robo como consumado, el hecho de que el abandono y posterior hallazgo de los bienes por la policía, haya sido en un corto lapso de tiempo, desde el momento del desapoderamiento.

En la doctrina penal, existen varias teorías referidas al momento consumativo de los delitos de hurto y robo, a saber: 1) la *apprehensio rei* que hace coincidir el momento consumativo del delito de hurto o robo con el poner la mano sobre la cosa, asirla sin moverla, protegiéndose de esta forma al tenedor mucho antes de haberse violado completamente su tenencia. Esta doctrina ha quedado relegada a un espacio histórico, pues representa una protección exagerada para el Derecho Penal. 2) La *amotio rei*, teoría que considera que se ha consumado el robo o el hurto, cuando la cosa ha sido trasladada o movida de lugar. Esta teoría merece su reparo, ya que la cosa por el mero de ser movida o sacada de lugar en que se hallaba, no es objeto de apoderamiento por parte de quien lo efectúa, ni desapoderamiento para el tenedor. 3) La *ablatio rei* confiere a la remoción de la cosa una extensión más determinada, y no se reduce simple y específicamente a lo físico o espacial, sino que se aviene a la circunstancia en que se haya producido el desapoderamiento de la víctima. En esta doctrina se habla de sacar las cosas de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor (dentro de los principios de esta teoría se debe apuntar, que ha habido dos criterios distintos sobre el significado y alcance del verbo “apoderar”: la teoría de la disponibilidad y la teoría del desapoderamiento). 4) La *illiato rei o locupletatio* determina, que la privación de la tenencia se consuma únicamente, cuando las cosas han sido llevadas al lugar que el autor ha destinado, piensa utilizarlas o saca provecho de ellas. Esta orientación también carece de actualidad, pues la tutela del derecho está representada tan pronto, el mismo es violado sin tener en cuenta, si el agente ha conseguido o no, el bien deseado por él.

Hecha esta reseña, es indudable que la doctrina de mayor predicamento y que guarda asidero en el terreno de la jurisprudencia, y a la que por supuesto adhiere la mayor parte de la doctrina, es la tercera (la ablatio), pues el momento consumativo del robo o hurto, está dado por la disponibilidad por parte del sujeto pasivo cuando el bien abandona efectivamente, la llamada “esfera de custodia”, esto es un espacio indeterminado, dentro del cual la víctima puede tratar de impedir la consumación del hecho, como lo es procurándose una ayuda eficaz. También es cierto, que tal esfera de custodia no puede ser entendida de un modo rígido y consecuentemente, debe determinársela en cada caso concreto, según la circunstancia del suceso. (*Sobre la esfera de custodia,* Rubén Figari, en Derecho Penal, <http://www.rubenfigari.com.ar>, acceso 28/05/18).

A su vez, la jurisprudencia ha dicho respecto de este tema, que: “*Sólo la teoría de la disponibilidad conforma las exigencias del derecho vigente (Conf. Donna, Edgardo Alberto; "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B", Rubinzal Culzoni, segunda edición actualizada, 2007, pág 29). Para ésta teoría, la conducta está integrada por dos fases ejecutivas: por un lado, desde el punto de vista del sujeto pasivo, implica una privación, desapoderamiento de la cosa y, por otro, desde la perspectiva del sujeto activo, toma efectiva del poder por parte del mismo.*” (Fernández, Leandro Ezequiel /// Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 29; 18-08-2009; Rubinzal Online; RC J 10328/11. En <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 28/05/18).

Consecuentemente, el agravio defensivo carece de sustento, pues el razonamiento del "*a quo*", fue inferido en base a las constancias probatorias de la causa**, resultando ajustado a derecho, el tener el hecho por consumado, en virtud de que ha quedado acreditado que los bienes sustraídos salieron de la esfera de custodia de sus tenedores (la flia.** **Marchissio), por la acción desplegada por los condenados, y que éstos se llevaron consigo el automotor y los demás bienes muebles, fuera del ámbito de custodia de las víctimas, hasta que en la fuga hicieron abandono de los bienes y del rodado secuestrado, pero lograron disponer de la mayor parte del dinero robado. Es decir, que está suficientemente comprobada, la disponibilidad material de Maximiliano Quiroga y de Rubén Montes, sobre las cosas sustraídas (el rodado y demás cosas muebles, ver acta de fs. 1 y vta.), después de producido el desapoderamiento, durante un lapso de tiempo importante.**

También se ha dicho que: *“En efecto, así lo dice FRIAS CABALLERO: "[…] tanto la doctrina como la jurisprudencia se las podía considerar escindidas en dos grandes grupos que yo me atreví a denominar, respectivamente, "teoría del desapoderamiento" y "teoría de la disponibilidad" o de la "posibilidad física de disponer". Terminología, ésta, que hizo camino, ya que es frecuentemente empleada. El primer punto de vista ha sido expuesto y razonado por el maestro de Córdoba, Ricardo C. Núñez. El segundo tuvo como expositores a Luis Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Ernesto J. Ure y muchos otros, entre los cuales me cuento”.*

*“[…] para la teoría del desapoderamiento, la acción consiste en el desapoderamiento de la víctima, siempre que con ello concurra la intención de apoderarse el ladrón de la cosa sustraída. El delito se consuma si, con esa intención, se ha privado de la cosa al ofendido, quitándola o sacándola de su esfera de custodia. La intención dolosa confiere al acto de desapoderar la significación jurídica de apoderamiento Para la teoría de la disponibilidad, en cambio, el hurto no está consumado con el simple apoderamiento si no existe, por parte del sujeto activo, un auténtico apoderamiento real de la cosa, aunque exista sustracción consumada. Esto así porque el delito se integra en dos fases ejecutivas perfectamente diferentes: por una parte, el desapoderamiento de la cosa; por la otra, la toma efectiva de poder sobre ella, de parte del ladrón. Ambas fases, como el anverso y el reverso de una medalla, caracterizan la acción constitutiva del delito, de manera semejante a la figura bifronte de Jano, debiendo ambas acciones materiales ser ejecutadas por el agente, una con precedencia lógica y material (privación o desapoderamiento) respecto de la otra (apoderamiento). Según esto, el delito ya está* *definitivamente consumado en cualquier* *momento en el cual, incluso en el curso de un simple acto de aprehensión, de remoción, de ablattio, o de extracción fuera de la esfera de custodia, de poder, etc., haya existido, cuando menos por unos instantes, en manos del autor, la posibilidad de ejecutar sobre la cosa actos de disposición material (exactamente como lo haría el titular de la propiedad...”* (S.T.J. Corrientes, Expediente N° PEX 50368/10 “RÍOS MIGUEL ROBERTO p/ DAÑO y TENTATIVA DE ROBO CALIFICADO --- CAPITAL--- Expte.- N° 9120 DE T.O .P. N° 2 (3)” 25/07/13, en <http://www.juscorrientes.gov.ar>, acceso 28/05/18).-

7) En definitiva, y a modo de conclusión sostengo, que el recurso de casación debe rechazarse, ya que los agravios esgrimidos se fundan en la discrepancia o disconformidad del recurrente, con la correcta subsunción que realiza el tribunal sobre los hechos probados en el debate y las normas del Código Penal. No es suficiente enunciar principios de razonamientos y sostener que han sido violados. En la casación, se debe indicar cómo y dónde resultan vulnerados, explicando cómo construyó su resolución el juez y determinar el momento y el lugar, en donde se apartó del iter correcto. Indicar por qué esa construcción lógica y legal, no es consecuencia de un proceso ordenado de razonamiento y exponer, cuál habría sido la manera correcta de elaborarla (ver Olsen Ghirardi, Lógica del Proceso Judicial, 2ª. Edic. Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2005; STJSL: “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: GIL ALBERTO – AV. DELITO c/ LA INTEGRIDAD SEXUAL”, 26-05-2011).

8) Que en consecuencia, el recurrente no logra demostrar el absurdo que autoriza a revisar lo resuelto atento, que la sentencia tiene suficientes fundamentos, que la avalan como acto judicial válido y se adecua a las circunstancias comprobadas de la causa.

Que al respecto, es jurisprudencia pacífica de la CSJN y del Superior Tribunal que: “... *al contar el pronunciamiento impugnado con fundamentos suficientes, al margen de su acierto o error cabe concluir que no corresponde hacer lugar a la tacha de arbitrariedad formulada, pues tal doctrina no autoriza a sustituir el criterio de los jueces de las instancias ordinarias por el de este Tribunal”*. (Fallos 297:235 y 181; S.T.J.S.L “Castelli Oscar Roque c/ De-Cre-Mer y Centro de Comercio e Industria de la Ciudad de Villa Mercedes- Habeas Data- Medida Autosatisfactiva- Dilig. Preliminar- Recurso de Queja”, 5-10-05 entre otros).

Que el fallo atacado ha realizado una correcta valoración de los hechos y de la prueba, y no ha vulnerado las garantías constitucionales de legalidad y congruencia, por el contrario, se han consignado suficientes, las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas.

Por lo expuesto, se concluye, que en la sentencia bajo recurso se ha efectuado una correcta aplicación del derecho, ya que del examen exhaustivo de la causa, surge acreditada la autoría y responsabilidad penal de los Sres. Maximiliano Quiroga Muñoz y Rubén Osvaldo Paillalef, por los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada en concurso real con el delito de privación ilegal de la libertad (arts. 166, Inc. 2, último párrafo, 141 y 55 del Código Penal), que damnifica a Rodolfo José Marchissio, Maria Luisa Brito y Rodolfo Daniel Marchissio, correspondiendo rechazar el recurso intentado.

Por ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Que corresponde, rechazar el recurso de casación intentado, confirmando la sentencia recurrida. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, seis de julio de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto en fecha 2/5/17, confirmando la sentencia recurrida.-

II) Costas a la recurrente vencida.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*