CUIJ: 13-07482216-3/1((018601-18075))
FC/SUAREZ ACOSTA, EMILIANO GABRIEL P/ ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (18075) P/ RECURSO EXT.DE CASACION (LEY 9423)

En Mendoza, a los trece días del mes de agosto del año dos mil veinticuatro, reunido este Tribunal en lo Penal de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-07482216-3/1**, caratulada "**F. c/ Suárez Acosta Emiliano Gabriel p/ Robo Simple en grado de Tentativa p/ Recurso extraordinario de casación**".

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la sentencia nº 3.154 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se condena a Emiliano Suárez Acosta en causa nº P-18075/22, por el delito de robo simple en grado de tentativa, a un año y seis meses de prisión (art. 167 inc. 4 en función del art. 163 inc. 4).

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **Dr. Julio R. Gómez**; segundo, **Dr. Dalmiro F. Garay** y, tercero, **Dr. Omar A. Palermo**

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, este Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. Julio R. Gómez, dijo:

1.- La resolución recurrida

La jueza de la instancia previa tuvo por acreditado que *«el día 14 de febrero de 2023, siendo aproximadamente las 2:10 hs., Emiliano Gabriel Suarez Acosta y una persona más, se hicieron presentes en la calle Cabildo intersección calle Echevarría de Guaymallén, Mendoza. Una vez allí, Suarez Acosta trepó al poste de madera que se encuentra en dicha arteria y valiéndose de*

un cuchillo, cortó de una sección de cable negro de aproximadamente 30 metros de largo […] *siendo en esos momentos sorprendidos por personal policial quienes ya habían sido alertados de la situación y procedieron a la aprehensión de los sindicados quienes no pudieron llevar a cabo su cometido*». Estos hechos fueron calificados como robo simple en grado de tentativa.

Para decidir en tal sentido, tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos Emanuel Cardozo y Marcelo Villegas, el acta de procedimiento, las actas de aprehensión y secuestro, el acta de croquis, el acta *de visu*, las constancias del desgrabado del CEO, las fotografías de los imputados, así como el resto de la prueba oportunamente incorporada.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

La representante del Ministerio Público Fiscal, luego de fundar formalmente la procedencia de su recurso, interpone el mismo en función de las razones dispuestas en el art. 474 inc. 1 del CPP. Ello, en tanto entiende que se ha calificado erróneamente el hecho, al no habérsele atribuido al acusado Suárez Acosta la agravante prevista por el art. 167 inc. 4 del CP, en función del art. 163 inc. 4, del CP.

Argumenta que el fundamento del escalamiento como agravante del robo, se encuentra en el mayor contenido de injusto presente en la actividad del autor para vencer las barreras u obstáculos predispuestos por el titular del bien jurídico tutelado, y que exige un esfuerzo físico adicional con relación al dueño de la cosa. Ello revela una mayor peligrosidad del autor, quien despliega su astucia, destreza y habilidad para acceder al lugar donde se encuentra la cosa. A su criterio, lo relevante es que el agente venza las defensas que se oponen a su apoderamiento mediante esfuerzo, agilidad o artificio, sin que sea necesario para configurar la agravante en cuestión, que el sujeto deba hacer un esfuerzo físico extraordinario.

En función de lo expuesto, solicita que esta Corte case la sentencia y condene al acusado, por el delito de robo con escalamiento, a la pena de tres años y seis meses de prisión.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General remite a los argumentos vertidos en su recurso por la Fiscal.

4.- La solución del caso

Puesto a resolver el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal considero que, por las razones que a continuación se exponen, la impugnación resulta procedente.

De manera preliminar, corresponde señalar que la recurrente no se agravia en razón de la valoración probatoria efectuada en la sentencia, ni propone una interpretación disímil de los hechos objeto de controversia, sino que su crítica se centra en lo que considera una errada interpretación del tipo de robo con escalamiento. Así, mientras la recurrente estima que basta con escalar cierta altura para tener por configurado el tipo, la jueza de la instancia previa argumentó que escalar implicaba entrar al sitio donde se encontraba la cosa por una vía no destinada a tal efecto, lo cual no podía tenerse por acreditado. Llegó a esta conclusión, a través de distintos métodos interpretativos: gramatical; histórico; sistemático; y *pro persona*.

En cuanto a la interpretación literal, estimó preferente entender que el concepto hacía referencia al ingreso a una dependencia cerrada, por vía no destinada al efecto y no el simple ascenso verificado en quien trepa un poste para allí sustraer cables. Ello, por cuanto esta interpretación era consecuente con la evolución histórica del tipo y sus antecedentes, contenidos en los proyectos de 1891 y 1906 e incluso antes, en el proyecto Tejedor, la definición del escalamiento contenía el ingreso a una dependencia cerrada por vía anormal. Con relación a una interpretación axiológica o teleológica, la jueza sostuvo que el fundamento de la mayor pena del escalamiento frente a la figura básica se encontraba en el vencimiento de la defensa predispuesta, a través de un esfuerzo y habilidad excepcional.

A partir de estas premisas, la jueza argumentó que una interpretación teleológica, sustentaba igualmente su posición; dado que el fundamento de la agravante es la mayor energía desplegada por el autor frente a medidas de defensa dispuestas por su tenedor legítimo; de tal manera, es la habilidad excepcional –que supone un esfuerzo igualmente excepcional en comparación con el que debe hacer el legítimo tenedor para acceder a la cosa– la que aumenta el contenido de injusto. De este modo, argumentó que no basta con un escalamiento en su sentido literal –simplemente, trepar para acceder a la cosa–, sino que éste debía denotar un esfuerzo especial, que supone anormalidad o superioridad de la fuerza ejercida en términos comparativos con el del legítimo tenedor. Otra interpretación, alegó, resultaría inconsecuente con el resto del catálogo

de agravantes previstas en el art. 167, en función del art. 163 del CP, cuyo fundamento radica en la energía especial dispuesta para vencer medidas de protección dispuestas por el tenedor, o bien, en la ausencia o reducción de éstas.

En lo sustancial, entonces, la jueza estimó que debía probarse el despliegue de un esfuerzo físico especial, con relación al que ejercería el legítimo tenedor, que se traducía en el uso de una vía no destinada a tal efecto para acceder a la cosa.

Al respecto, considero que una interpretación literal, no aporta fundamentos de peso para decantarse por una u otra opción. Sin embargo, debe aclararse que la definición sostenida por la jueza de la instancia previa –ingresar a un lugar cerrado valiéndose de escaleras– sólo puede admitirse en un sentido figurado, puesto que resulta indiscutible que el uso de instrumentos para perpetrar el robo no está limitado a escaleras, ni resulta sustancial a la circunstancia calificante el uso mismo de instrumentos o que el autor haya escalado valiéndose únicamente de su propia agilidad.

Por su parte, de acuerdo a una interpretación histórica, debe destacarse que los proyectos que sirvieron de antecedente al código penal vigente, partían de una sistemática de circunstancias calificantes del robo y el hurto diversa al código actual, fundamentada en otros criterios. Así, por ejemplo, en los proyectos de 1891 y 1906 se agravaba el hurto en el que participaran dependientes de la casa robada, por abuso de confianza (cfr. RIVAROLA, Rodolfo y ots., *Proyecto de Código Penal para la República Argentina,* 2ª ed., 1898, Taller tipográfico de Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, pp. 182 y ss; *Proyecto de Código Penal para la República Argentina,* Tipografía de la Cárcel de Encausados, Buenos Aires, 1906, p. 45).

Ahora bien, a más de un sistema de circunstancias modificativas del injusto fundado en criterios parcialmente diversos, los Proyectos de 1891 y 1906 definieron al escalamiento como «*la penetración por vía no destinada a servir de entrada»*. Esta fórmula no fue adoptada en proyectos posteriores y no encuentra una definición correlativa en la norma vigente (cfr. LAJE ANAYA, J., *El hurto en la doctrina judicial argentina*, Ed. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pp. 377 y 378), probablemente en razón de que el redactor del proyecto –Rodolfo Moreno (h)– consideraba que también el escalamiento para salir del lugar donde se encuentra la cosa está englobado en la agravante, por una parte, y la sobreinclusión y superposición con otros tipos –por

hipótesis, el robo con efracción– que se derivaba de la fórmula, por la otra.

Por su parte, esta definición de escalamiento que provenía de la ley francesa, era, ya en la época, fuertemente criticada. De hecho –como recuerda Núñez– esta fórmula del proyecto de 1917, que luego sería el Código Penal Vigente, fue criticada por Jorge Coll como la más antigua y errónea (NÚÑEZ, R.*, Derecho Penal Argentino, Ed.* Omeba, Buenos Aires, 1967, T. V, pp. 209/210). Probablemente, en razón de estas críticas esta fórmula no se mantuvo en el Código Penal promulgado. Visto así, la interpretación histórica permite sostener tanto lo argumentado por la jueza de la instancia previa, como que los fundamentos sistemáticos eran diversos –y no permiten una trasposición directa en la norma vigente–, o bien, que el legislador consideró la discusión entonces existente, y dispuso que la definición y alcance del elemento sea fijado por sus intérpretes. En consecuencia, un método de interpretación histórica no arroja tampoco resultados decisivos en uno u otro sentido, puesto que admite interpretaciones válidas mutuamente excluyentes.

Una interpretación teleológica, por su parte, exige aportar un fundamento relativo a por qué quien escala realiza un mayor injusto. De este fundamento, se deduce su aplicación a los grupos de casos que se estiman incluidos. A su vez, exige también coherencia interna respecto al resto del sistema normativo, especialmente, con relación a otras circunstancias modificatorias del injusto propio del robo.

El razonamiento de la jueza parte de la correcta distinción de dos fundamentos principales en el elenco de circunstancias previstas en el art. 167 del CP. En primer término, circunstancias que agravan el injusto en razón de que la naturaleza misma de las cosas o la configuración fáctica del contexto en el cual se desarrolla el desapoderamiento, y así, no permiten al tenedor legítimo una protección eficiente de su patrimonio (hurto campestre y calamitoso, por ejemplo) y, en segundo término, el ejercicio de una actividad especial del autor para vencer defensas predispuestas (hurto con escalamiento y con ganzúa, llave falsa o verdadera).

En esta inteligencia, la doctrina especializada ha dicho que el fundamento de la agravante por escalamiento se encuentra en el segundo grupo y radica en la mayor violación de defensas privadas y, que lo decisivo consiste en el vencimiento no violento de defensas, no a través de instrumentos –como en el hurto con ganzúa– sino por el autor mismo (así, SOLER, S.*, Derecho Penal Argentino, Ed.* TEA, Buenos Aires, 1992, T. IV, p. 247).

Esta interpretación se encuentra sumamente extendida en la doctrina especializada. Actualmente prácticamente no se discute que el fundamento del mayor contenido de injusto de esta agravante, radica en la mayor actividad del autor del apoderamiento para vencer barreras u obstáculos predispuestos para su protección. La cosa se encuentra, de este modo, lejos del alcance del autor, quien debe realizar un esfuerzo anormal para alcanzarla (así, ABOSO Gustavo *Código Penal de la República Argentina,* BdeF, Buenos Aires, 2012, pp. 812/ 813). También se ha dicho, en este sentido, que la ley atiende a la mayor peligrosidad de un autor que debe vencer defensas predispuestas que se oponen al apoderamiento (CREUS, Carlos, op. cit., pp. 412 y ss).

Con relación a ello, debo señalar que el criterio de la intensidad de un mayor esfuerzo físico comparativo –respecto al legítimo tenedor– que debe ejercer el acusado, es un criterio confuso y que implica soluciones paradójicas. Ello, por cuanto el esfuerzo físico efectivamente impreso en la acción depende de la configuración fáctica del suceso y las características físicas del autor. Si el poste cuenta con escalones que faciliten el ascenso a través del mismo, si el autor cuenta con la ayuda de otras personas, o bien, con el uso de objetos que faciliten el acceso a la cosa –como escaleras–, o una constitución física que le facilita el acceso a la cosa, son todas circunstancias que tienen incidencia directa en el grado de esfuerzo a aplicar para consumar el hecho. Si estas circunstancias modificaran el injusto, entonces se premiaría con una pena más leve a aquél que con su acción demuestra una mayor preparación –y consecuentemente, una mayor peligrosidad– orientada hacia la lesión del bien, puesto que es, precisamente, esta previsión la que le permite consumar el hecho a costa de un menor esfuerzo. Frente a ello, debe tenerse en cuenta que no es la fatiga del autor lo que califica al robo o hurto, sino el vencimiento de la particular defensa predispuesta (así, CREUS C. op. cit., p. 412).

Asimismo, tampoco resulta claro si este ejercicio hipotético de comparación de la fuerza que debería ejercer el tenedor legítimo respecto al autor para acceder a la cosa, toma como baremo al tenedor legítimo en esa situación concreta o si adopta un baremo normativo. Así, por ejemplo, si el autor ha perdido sus llaves y debe trepar una reja para acceder a su domicilio, no existe un mayor esfuerzo comparativo respecto al tenedor legítimo individualmente considerado, aunque sí frente a un baremo normativo –por ejemplo, cualquier persona en el lugar del tenedor legítimo–. Si este razonamiento es correcto, entonces no puede sostenerse que la aplicación del agravante dependa del alea propio del hecho, puesto que ello termina privando a la norma del

fundamento aportado.

Ahora bien, cabe recordar que esta Corte –en una integración diversa a la actual– ha definido el escalamiento como aquél robo en el cual el autor perpetra su hecho superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensas preconstituidas de cercamiento, mediante el empleo de un esfuerzo considerable o de una gran agilidad. De modo tal que aquellas defensas no están constituidas por el simple elemento demarcatorio, sino aquél que realmente protege la cosa, aquél idóneo para configurar la conducta agravada (cfr. «Flores Emiliano»; «Domínguez Marcelo»). Lo aquí dicho resulta consecuente con esta definición, aunque debe precisarse qué significa que una defensa ostente el carácter de «preconstituida».

Las defensas denotan la intención de dificultar el apoderamiento pero esto no implica, necesariamente, que tienen que haber sido predispuestas con el fin principal de defender los bienes –por parte del tenedor legítimo– sino que esa función de defensa puede surgir de la naturaleza misma del obstáculo y de las demás circunstancias que se relacionan con la cosa –ubicación, estructura, etcétera– (así, CREUS, C., *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 412 y 413; LAJE ANAYA, J., ob. cit., p. 377 y 378). Otro razonamiento, pecaría de la necesidad de recurrir a un examen de intención del propietario predisponente, puesto que exigiría determinar las motivaciones del sujeto pasivo –por caso, desconocidas para el sujeto activo– como fundamento de la agravante, arribando a consecuencias contraintuitivas. Así, por ejemplo, si el tenedor ha puesto una reja difícil de franquear en el frente de su casa, pero con un fin exclusivamente decorativo, el escalamiento no podría tenerse por acreditado, pese a que el fin por el cual se dispuso la defensa no guarda relación alguna con la conducta del autor. Tal interpretación no resulta razonable.

Está claro, por lo demás, que en el caso de las redes en altura existen motivaciones técnicas que tienen en consideración aspectos propios del deber de dificultar la indebida captura de las cosas que la integran –como los cables–, entre otras razones para evitar el peligro que podría provocar su tocamiento y desde luego, su aprehensión ilegítima.

De este modo, lo predispuesto de la defensa no atiende tanto a la intención de legítimo tenedor de la cosa de haber construido la defensa *para* protegerla, cuanto al desempeño de una *función* de efectivo cercamiento que realmente protege la cosa, dificultando su apoderamiento.

La predisposición defensiva depende, pues, más que de la intención del eventual sujeto pasivo, de la naturaleza del obstáculo y de las demás circunstancias relacionadas con la cosa (en este sentido, CREUS, C., *Derecho Penal. Parte Especial* T 1, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 412).

Contra este razonamiento, podría replicarse que el mismo guía a resultados injustos. En efecto, si no se exige –como puede inferirse de los fundamentos vertidos en el presente voto– la penetración del agente al lugar en el cual se encuentra la cosa, pareciera a simple vista, que existe en esta interpretación la sobreinclusión de conductas en el tipo alegada por la jueza en su sentencia. Sin embargo, esta crítica es sólo aparente.

El ejemplo significativo consistente en que este razonamiento debería llegar al absurdo de apreciar un hurto calificado por escalamiento cuando el autor sube a un árbol para sacar fruta, obvia que en dicho caso no existiría defensa preconstituida. En efecto, este extremo permite colegir una aplicación razonable del tipo cuando se atiende a la idoneidad objetiva que presenta la defensa vencida por el autor. De este modo, no podría decirse que quien escala un muro y hurta algo estirando la mano a través de una ventana, no comete un hurto con escalamiento (en este sentido, CREUS, C., *Derecho Penal. Parte Especial* T 1, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 415).

Sentado lo anterior, resulta claro que la interpretación del tipo realizada por la jueza de sentencia causa un legítimo agravio a la recurrente. En efecto, si bien se trata de un tema discutido, la exigencia de elementos extraños en el tipo objetivo –concretamente, un mayor esfuerzo comparativo frente al tenedor legítimo y el uso del escalamiento como medio para penetrar en el lugar donde se encuentra alojada la cosa– no se deriva del texto legal y lleva a conclusiones sistemáticas que no se encuentran lo suficientemente fundadas. Estas exigencias, como ha señalado parte de la doctrina, se derivan más bien de la exégesis de textos extranjeros que de un análisis sistemático de la norma vigente (en este sentido, SOLER, S. op. cit., p. 248).

De este modo, es posible advertir el vicio en la fundamentación de la jueza de la instancia previa consistente en la ampliación de los elementos exigidos por el tipo penal para tener por configurada la figura y, consecuentemente, la incidencia del agravio denunciado.

En razón de todo lo referido, y en opinión concordante con el Procurador General, estimo que debe contestarse afirmativamente a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Disiento de la solución propuesta al acuerdo por mis distinguidos colegas de Tribunal que me anteceden en el orden de votación, en tanto estimo que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Dicho ello, limitaré mi análisis a la definición de la agravante por escalamiento (a) y su aplicación al caso (b), dado que sobre ello versa el recurso incoado. En este sentido, analizaré inicialmente los métodos interpretativos a utilizar para asignar sentido al enunciado, luego en función de una interpretación teleológica describiré el fundamento que estimo adecuado y, por último, en función del fundamento aportado, daré razones por las cuales considero que la interpretación de la recurrente no debería ser de recibo en este caso. No obstante, no debe soslayarse, que la pena impuesta al acusado se encuentra dentro de la escala penal de cualquiera de las dos calificaciones que se han discutido –robo simple en grado de tentativa y robo con escalamiento en grado de tentativa–, lo cual priva de buena parte de su gravitación a la calificación concreta que se le imprima a los hechos.

Debe dejarse en claro, sin embargo, que el rechazo de las razones aducidas por la fiscal no es esquivo a aquéllas otras razones que dan cuenta de la comisión de un injusto de mayor magnitud por el acusado y las razones político criminales que aconsejan un trato más severo con el acusado. En efecto, la extensión del daño –aun cuando no se haya producido prueba específica para determinarlo, como observa la jueza de la instancia previa– y la mayor energía criminal desplegada, reflejan un mayor disvalor de acto y de resultado en el hecho cometido por Emiliano Suárez Acosta, quien afectó un bien sensible y de primera necesidad para un número indeterminado de personas. Ahora bien, estas circunstancias –que deben ser ponderadas a la hora de practicar la determinación de la pena– han sido consideradas en la instancia previa y explican buena parte de las razones por las cuales la jueza se apartó del mínimo legal a la hora de determinar la pena aplicable al acusado.

a.- Interpretación de la agravante por escalamiento

Inicialmente, coincido con la jueza de la instancia previa en cuanto a que una interpretación estrictamente semántica del término «escalamiento» es insuficiente para determinar el alcance del tipo agravado del hurto –o, en su caso, del robo–. Ello, por cuanto en general, el tenor literal puede resultar ambiguo en razón de que la asignación de sentido al enunciado legal «escalamiento» puede hacerse tanto bajo las reglas del lenguaje ordinario –y así, «escala» quien se desplaza subiendo o trepando una pendiente– como en el marco de los conjuntos de sentido posibles en uso y desuso –esto es, con un criterio gramatical-normativo, en este caso exigiendo conceptualmente un ingreso por vía no destinada al efecto, o lo que es lo mismo, «ingresar con escalas»–. En razón de estas circunstancias, interpretar no es una tarea valorativamente aséptica, sino que exige asignar sentido a la norma (cfr., en este sentido, mi voto en el fallo plenario «Carpinterio Sbarbat»). En particular, respecto al término escalamiento, cabe señalar que «[pocas] *figuras en nuestro derecho penal han merecido tantas y disímiles definiciones como* [la] *del escalamiento*» (cfr. CHIAPPINI, J., «El hurto con escalamiento», La Ley, 1982-D)

Visto así, a través de una interpretación gramatical, es correcto atribuir al enunciado «escalamiento» cualquiera de las dos interpretaciones en pugna, lo que revela –precisamente– los límites de una interpretación literal. Ello, en tanto para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que, si bien la primera fuente de la exégesis de la ley es su letra (cfr. Fallos 304:1820; 314:1849), esta no agota la tarea interpretativa, en razón de que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político-criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y con el principio *pro persona,* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos 331:858).

Ahora bien, una vez asumida la insuficiencia de un método puramente gramatical, resulta necesario acudir a otros métodos interpretativos, tal y como hizo la jueza de la instancia previa. Esta perspectiva, exige explicitar los principios y valores que orientan la interpretación practicada por el juez, lo cual permite un control adecuado por la ciudadanía. Es que, como he dicho en otras oportunidades, el fundamento del deber judicial de motivar las decisiones se justifica desde el principio republicano de control de los actos estatales, desde la perspectiva de la seguridad jurídica y desde una concepción democrática e inclusiva del Derecho (véase, en este sentido, mis votos en «Farres Paluj»; «Duarte Actis»; «Álvarez Castillo»; «Hernández Daniel», entre otros).

Visto así, resulta dirimente en el caso una interpretación teleológica del enunciado lo cual presupone, a su vez, las siguientes asunciones: 1) que los enunciados jurídicos responden a una finalidad (*telos*), un objetivo; 2) que esa finalidad puede o no estar expresada en el enunciado legal –normalmente, no–; 3) que ese objetivo puede ser asignado; y 4) que una vez asignado un propósito a la norma, es posible reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, ordenada a ciertos fines (SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Sobre la interpretación teleológica en derecho penal" en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M. & GARCÍA AMADO, J. A. (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 367-395, p. 374).

Dicho cuanto antecede, corresponde definir el contenido asignado al fin de la norma que prevé un ilícito de mayor magnitud cuando éste sea cometido «con escalamiento». A su vez, la interpretación que se asigne debe ser coherente con aquéllos principios generales que informan al sistema –específicamente, el principio de culpabilidad y su derivado, el principio de proporcionalidad–.

Un fundamento sumamente extendido para la norma, consiste en que el autor al burlar una defensa predispuesta, superándola mediante esfuerzo, agilidad o artificios, demuestra mayor peligrosidad en razón de un ataque abierto contra la propiedad privada (cfr. DONNA, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 75). En sentido similar, Núñez afirma que el fundamento emana del principio común de la inutilidad de las defensas privadas (cfr. NÚÑEZ, R., *Delitos contra la propiedad,* Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 168/169). De este modo, análogamente a la agravante por el uso de llave verdadera, falsa o ganzúa, el fundamento de la agravante radicaría en el vencimiento no violento de defensas predispuestas –pero a diferencia de este tipo– no mediante instrumentos, sino por la persona misma –lo cual, por cierto, no impide el empleo de aparatos para que el sujeto venza por sí el obstáculo, por ejemplo, a través del uso de una escalera–. En la doctrina se ha interpretado, en consecuencia, que escalar es superar obstáculos predispuestos por el tenedor de la cosa para su protección, debiendo el sujeto activo trasponerlos a los efectos de la agravante, utilizando un esfuerzo superior al que debería utilizar el legítimo tenedor para penetrar al lugar (cfr. DONNA E., *op. cit.,* p. 76).

De este modo, lo característico del escalamiento no es únicamente que el sujeto acceda a una cosa en altura –aunque ello es necesario, en razón de los límites semánticos del

enunciado– sino que se acceda a la cosa que pretende sustraerse por vía insólita o desacostumbrada, valiéndose de una conducta que no sea aquella que usualmente sirve a los titulares para acceder a la cosa. Lo que se escala es, en consecuencia, una defensa preconstituida y efectiva, en su función de cercamiento, que requiere un cierto esfuerzo para ser superada (DONNA E., op cit., pp. 77/78).

La característica distintiva de la defensa a vencer, entonces, no consiste meramente en su aptitud física como obstáculo, sino que debe realizarse una apreciación objetiva de la calidad defensiva que presenta. En apoyo de esta tesitura, se ha dicho que resulta absurda la interpretación del escalamiento como un simple hurto agravado por la altura dado que, si así fuera, todo hurto cometido en un complejo de propiedad horizontal se vería agravado (DONNA E.- DE LA FUENTE J.- MAIZA M- PIÑA R.- *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, t. III, p.76). Precisamente, la extendida distinción entre escalamiento interno y externo, sólo tiene sentido con referencia a un lugar cerrado, del mismo modo que la referencia a un escalamiento para ingresar o salir, sólo puede comprenderse en función del ingreso a un recinto. En resumen, las notas salientes del escalamiento consisten tanto en un acceso por vía no destinada al efecto, como en un vencimiento de defensas efectivas que existen sobre la cosa (cfr. FÍGARI, R., *Hurtos,* 2ª ed., Ed. Jcas. Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 212/213).

Ahora bien, ¿cuáles son las notas distintivas que debe presentar una defensa para que su vencimiento pueda ser típico a la figura agravada? Esta pregunta, exige definir mínimamente si una función de protección accidental resulta suficiente a tal fin. Esta Corte, en un antiguo precedente, ha contestado ya negativamente esta cuestión al decir que «[no] *puede darse a la voz "escalamiento" una extensión impropia que no surge ni de su etimología ni de las acepciones con las que es corrientemente usada. El tipo penal sanciona a quien revela un mayor grado de peligrosidad al vulnerar un obstáculo* puesto con un definido propósito de exclusión […]» (cfr. «Flores Leguiza», sentencia del 09/04/1979, sin destacado en el original).

Ahora bien, un definido propósito de exclusión en la defensa preconstituida, puede sin embargo ser leído en clave subjetiva u objetiva. Esto es, como intención del titular de la cosa a la hora de erigir la defensa o bien, como cualidad objetiva del obstáculo. La primera interpretación implica una aplicación relativamente arbitraria del tipo, en razón de que la constatación de un escalamiento debiera depender de cuáles son las intenciones del titular al predisponer la defensa y éstas son, desconocidas para el autor. Consecuentemente, en la lectura objetiva que aquí se propone,

el definido propósito de exclusión como cualidad de la defensa, debe reinterpretarse como la exigencia de que independientemente de las intenciones del titular, la altura cumpla un papel efectivo de defensa que impida efectivamente el ingreso al recinto donde se encuentra la cosa y ello, a través de la inferencia de que el autor ha debido emplear una energía significativa para poder vencer la defensa en altura.

Una interpretación que precisa esta última línea, ha sido adoptada por el Supremo Tribunal Español, –en función del artículo 238.1 de la L.O. 10/1995, que agrava el robo cuando concurra escalamiento– al sostener una interpretación restrictiva del tipo, en razón de dos circunstancias, a saber: 1) la exigencia de un lugar cerrado; y, 2) la aplicación de un esfuerzo extraordinario, diverso del que requiere normalmente la entrada al lugar (STS 18/01/1999; 10/03/2000; 07/02/2001; 16/11/2022). Prestigiosa doctrina española ha interpretado esto como una decidida apuesta por una reducción teleológica del tipo, en la cual sólo concurre la agravante cuando la altura pueda entenderse como barrera de protección específica –¡y efectiva!– de la cosa, dispuesta por el propietario –cfr. SILVA SÁNCHEZ J. (DIR.)- RAGUÉS I VALLÈS R. (COORD.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial,* 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015, p. 236–. En consecuencia, el esfuerzo extraordinario se define por comparación con aquél que exige el uso de la vía normal de ingreso, debe aplicarse para el vencimiento de una defensa predispuesta –en la cual la altura cumple el rol defensa efectiva–.

En definitiva, puede afirmarse que existe escalamiento cuando el autor ingresa a un recinto cerrado, por una vía insólita en la cual la altura exige el empleo de una fuerza extraordinaria –respecto a aquella que exigiría el uso de la vía normal– para poder acceder al lugar donde se encuentra la cosa, cumpliendo la altura una función objetiva de defensa.

b.- La aplicación al caso

En el caso, la existencia de un poste de luz, escalado por el acusado, no resulta suficiente a los fines de la aplicación del tipo puesto que el escalamiento no es utilizado para el ingreso a un recinto, por un lado, y porque no supone el uso de una vía insólita con relación a la vía de ingreso normal a la cosa. Así, lo ha entendido también la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, al recordar en un caso sustancialmente análogo, que escalar un poste de luz no admite en sí mismo la aplicación de la agravante, puesto que el

escalamiento «[…] *requiere para ser completado, además del esfuerzo, agilidad o artificio del autor para violar la mayor defensa puesta por el propietario en el resguardo de la cosa* […], *que se trate de una casa, edificio, local o recinto*» (Cfr. «Cardozo» sentencia del 27/09/2016, del voto del Dr. Jantús).

Esta interpretación permite una aplicación racional de la agravante y evita la sobreinclusión que supondría la interpretación de la recurrente. Es que, si el hurto se calificara únicamente en función de haber trepado y sin definir, mínimamente, la necesidad de altura, y a su vez no se considera la necesidad de un recinto cerrado, debería aceptarse el despropósito de agravar el hurto de quien toma una cosa en lo alto de una estantería. En rigor, con esa interpretación, cualquier obstáculo que coloque a la cosa en altura, puede ser interpretado como una «defensa». Por ello, la exigencia de un recinto cerrado, así como la necesidad de la aplicación de un esfuerzo extraordinario respecto al que requiere la vía normal de entrada para vencer una defensa en altura –en la cual la altura cumple objetivamente una función efectiva de defensa–, permiten una aplicación razonable de la agravante y respetan, a su vez, una correcta aplicación del principio político criminal de intervención mínima del Derecho Penal (en este sentido, cfr. mi voto en el fallo plenario «Ibáñez Benavídez».

En razón de lo expuesto, no es posible admitir los agravios alegados por la parte recurrente y consecuentemente, corresponde responder negativamente a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular *la sentencia* N° 3154 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO F. GARAY Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal en lo Penal de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

2.- Anular la sentencia N° 3154 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Tribunal correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JULIO R. GOMEZ
Ministro

DR. DALMIRO F. GARAY CUELI
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro
(disidencia)

CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz, obrante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art. 412 del C.P.P.). Secretaría, 13 de agosto de 2024.-