PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "C., M. Á. p.s.a. robo con escalamiento - tentativa - Puerto Madryn" (Expte. 20.831 - F° 280 - Año 2007 - letra "C").

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 02 días del mes de febrero del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrado por los señores Ministros doctor Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"C., M. Á. p.s.a. robo con escalamiento - tentativa - Puerto Madryn"** (Expte. 20.831 - F° 280 - Año 2007 - letra "C").

Para la emisión de los votos, del sorteo de fojas 195/196, resultó el siguiente orden: Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Incita la competencia de este Tribunal el recurso de casación (fojas 161/164) presentado por la señora Defensora Pública Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, doctora María Angélica Leyba, en representación de don M. Á. C. En su escrito, reclamó contra la sentencia (fojas 148/158) dictada por el señor Juez en lo Correccional subrogante de dicha circunscripción, doctor G. D. C., que condenó a C. a la pena de dos años y medio de prisión de acatamiento efectivo, con más las accesorias legales y costas del proceso y lo declaró reincidente, por juzgarlo autor responsable del delito de robo tentado, agravado por escalamiento

(artículos 27, 29 inciso 3°, 40, 41, 42, 167 inciso 4° del Código Penal).

La defensa objetó el fallo sobre la base del artículo 415, inciso 2° del Código Procesal Penal. Concretamente, se agravió por dos motivos: que el pronunciamiento del juez de grado carece de fundamentos con respecto a la valoración de la prueba del hecho (sobre el escalamiento) y la declaración de reincidencia del condenado.

El remedido intentado fue sostenido en esta instancia por el señor Defensor General, doctor Arnaldo Hugo Barone, quien mantuvo también la reservación de ejercer el recurso federal del artículo 14 de la Ley N° 48 (fojas 177/178).

A su turno, el señor Procurador General, doctor Eduardo Samamé, propició el rechazo del recurso de su contraparte, tanto en lo concerniente a la agravante de escalamiento, como al planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

II. El hecho que fue objeto del juicio es el siguiente: con fecha 13 de octubre de 2005, a las 7,40 horas, aproximadamente, el imputado, previamente a escalar las rejas del frente de una vivienda –sita en el Barrio Pujol II, manzana ***, lote * de la ciudad de Puerto Madryn–, violentó las ventanas, ingresó a la casa, se apoderó de una cámara fotográfica y fugó. Fue capturado mientras huía, por efectivos de la policía, quienes le secuestraron un revólver

calibre 0,22.

III. La primera causa que movió a la defensa a requerir casación es que, a su criterio, la sentencia carece de fundamentos (artículo 363, inciso 3° del código citado) porque la conclusión del magistrado para tener por acreditada la agravante del robo –el escalamiento– es de carácter subjetivo y una conjetura sin relación con la prueba producida.

Agregó que no se diligenció ni incorporó prueba alguna que permitiera probar que el ingreso a la vivienda ocurrió por las rejas frontales. En lugar, quedó probado, según la doctora L., que en el hecho participaron dos personas y que una de ellas escapó por un sitio que no era el enrejado. El Juez, añadió, tuvo por probado fehacientemente que el imputado debió escalar las rejas pero no aludió a ningún medio de prueba.

En resumen, la defensa consideró que no surge que se haya acreditado que C. se hubiera valido del escalamiento de las rejas.

El segundo motivo de agravio –como anoté antes– es la declaración de reincidencia de C.. Adujo la defensa que el artículo 50 del Código Penal es inconstitucional, ya que infringe el 19 de la Constitución Nacional y, por consecuencia, también lo hacen los artículos 14, 41 inciso 2° y 52 del mismo código.

Postuló que el instituto de la reincidencia

quebranta el precepto que sienta la prohibición de persecución penal múltiple e infringe los principios de culpabilidad y legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Por las razones que acabo de exponer concisamente, la defensa del condenado pidió a este Tribunal que case la sentencia impugnada, y declare la inconstitucionalidad de las normas citadas, al tiempo que hizo reserva de acudir ante los estrados federales.

IV. Con respecto al primer agravio, noto que el magistrado de sentencia ha juzgado como "fuerte prueba cargosa" el testimonio del oficial M. Á. S. –uno de los policías que desbarataron el robo– que narró el procedimiento desde que arribaron a la vivienda donde ocurrió el hecho. Cuando llegó la policía los intrusos ya estaban dentro del domicilio de doña M. E. E., de manera que no vieron de qué modo aquellos ingresaron a la casa. Tampoco pudo hacerlo la moradora, ya que estaba ausente.

Es decir, ninguno de los testigos de la causa pudo ver que C. sorteara el vallado de rejas para ingresar a la vivienda –ni S., ni S., ni E.

El resto de los elementos valorados por el Juez (fotografías de fojas 62/66 y atestado inaugural de fojas 1/2) tampoco demuestran que C. hubiera escalado las rejas.

El sentenciante, como fundamento para tener por acreditadas las notas que dan su peculiar

forma al escalamiento, anotó que *"... la propiedad siniestrada, se encuentra protegida con rejas de dos metros de altura, que* (los autores) *debieron sortear para su ingreso..."*. Agregó que *"... el imputado para ingresar a la vivienda, tuvo que escalar, lo que normalmente se dice trepar, unas rejas que protegían la propiedad de E., para poder ingresar a la casa..."*. Y finalmente, escribió que *"... efectivamente el imputado debió sortear una defensa que protegía el inmueble para ingresar al mismo..."*.

Es conforme a las reglas de la lógica la conclusión a la que arribó el magistrado para configurar el hecho del modo prescripto por el artículo 163, inciso 4° del Código Penal (por aplicación del 167, inciso 4° del mismo cuerpo legal). Si hay intrusos dentro de una vivienda que está resguardada con un cerco de rejas de dos metros de altura, que tiene una puerta y un portón cerrados con llave y con candado, respectivamente, se saca de ello una consecuencia que es ineludible admitir: los intrusos sortearon de algún modo las rejas.

Pero acertó la defensora cuando dijo que no hay prueba en la causa que respalde tal razonamiento.

El Juez, de acuerdo con las citas que transcribí de su fallo, dedujo que el escalamiento había ocurrido. Formó su juicio sobre el acaecimiento de la escalada por un

examen del estado de cosas, no por la prueba que contiene la causa. En ésta no hay rastro alguno de que C. hubiera escalado el vallado de rejas.

Sobre la base del testimonio del oficial M. Á. S., el sentenciante tuvo por acreditado que C. fugaría por la parte posterior de la vivienda (acta de fojas 148/151 vta. y considerando 1°), como lo hizo su cómplice (que sí logró escapar).

De manera que no es posible afirmar sin temor a equivocarse, que quienes se habían introducido sin derecho en el domicilio de E. no ingresaron por el mismo sitio elegido para la fuga.

Por lo tanto, deben aplicarse al caso, las reglas del principio "in dubio pro reo", y del deber de motivación de la sentencia, que constituyen garantías para las partes del juicio penal.

Una condena sólo está libre de errores o defectos, si se ajusta a las reglas. Esto es, cuando el juez tiene la certeza de la culpabilidad del reo y de todos los elementos que componen el tipo penal que selecciona, por lo que si tal certeza no es alcanzada subsiste el estado de inocencia con el que el enjuiciado se sentó en el banquillo.

Es ineludible que la convicción del Juez proceda de las pruebas producidas en el debate, que son las que nutren de legitimidad a la sentencia y le dan fundamento.

Las normas procesales ordenan que las

sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad. O sea que, tienen que exteriorizarse en ellas las pruebas valoradas por el Juez, y los argumentos jurídicos que sustenten la solución que dan los pronunciamientos. De lo contrario, la sentencia es nula (artículos 107 y 363, inciso 3° del Código Procesal Penal).

Por lo tanto, propicio hacer lugar al pedido defensivo sobre el punto tratado, declarar la nulidad parcial del fallo recurrido y cambiar la calificación legal del hecho objeto del proceso, por la de robo simple en grado de tentativa (artículo 42 y 164 del Código Penal).

A fin de establecer el monto de la pena, de acuerdo con la figura legal establecida, deberá remitirse la causa al juez competente.

V. El segundo agravio de la defensa, consiste en el planteamiento de inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia y su obstáculo para la concesión de la libertad condicional.

Sobre este tema, la Sala Penal, se expidió en contra de un planteo idéntico al presente, en la causa caratulada "B., V. A. p.s.a. robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real", expediente N° 20387-B-2006 (sentencia N° 45 del 10/10/2006), a cuyos fundamentos remito.

Propongo, en consecuencia, a los colegas que el agravio sea rechazado.

VI. Regulo los honorarios de la defensa pública, en forma conjunta, en la suma de PESOS

QUINIENTOS PESOS ($ 500.-) sin IVA. Tengo en cuenta la calidad de las labores profesionales y el resultado al que se ha arribado en este pronunciamiento (artículos 6°, 10, 14 y concordantes del decreto ley 2200, mod. por ley 4335; 59 de la Ley 4920, decreto 1303, BO. 24/10/02).

Así voto.

El Juez **Daniel Rebagliati Russell** dijo:

La reseña del caso que ha formulado mi colega de Sala, me libera de reproducir el motivo de la intervención del Tribunal y el contenido de la sentencia bajo examen.

Por ello ingresaré directamente al análisis de la cuestión planteada, adelantando que comparto la solución propiciada.

La agravante que se dio por acreditada en la sentencia se basó en suposiciones, ya que no existe constancia alguna en la causa que acredite que el imputado tuvo que sortear algún obstáculo para ingresar al domicilio.

La instrucción no logró establecer fehacientemente las circunstancias que calificaban al robo –C.P.P. Ley 3155, art. 171, inc. 2°– y en el caso de autos, era muy sencillo, ya que un croquis ilustrativo, una inspección ocular, o la toma de fotografías que describan adecuadamente la conformación de la vivienda, hubiesen permitido conocer las distintas posibilidades de ingreso.

La única referencia fue la del acta de aprehensión de fs. 1/2 vta., en donde personal policial indica que se encuentra frente a una vivienda que posee en su frente un enrejado de aproximadamente dos metros de altura, y que la parte posterior del lugar esta cercado por paredones y en una de las partes existe un pequeño portón de madera.

Que este único dato no alcanza para lograr la certeza requerida para aplicar la agravante, ya que se desconocen las dimensiones de las paredes y de la puerta mencionadas, sumado pudo ser éste el lugar seleccionado para el ingreso, como bien lo indica el juez Panizzi.

Lo apuntado habilita a esta instancia a modificar el criterio sustentado por la Cámara, por aplicación del principio contenido en el artículo 4° del citado ordenamiento legal, y disponer la modificación de la calificación legal dada en la sentencia por la de robo simple en grado de tentativa.

Esta alteración influye necesariamente en la pena, la cual deberá ser seleccionada por el Tribunal que corresponda.

Por último plantea la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

La Sala Penal de este Superior Tribunal de Justicia emitió opinión sobre el tema, en oportunidad de resolver un planteo similar en la causa caratulada "**B., V. A. p.s.a robo con arma**,

daño y lesiones leves todo en concurso real" (Sentencia N° 45 del 10/10/2006 - Expediente N° 20387 - 201 – Año 2006) donde se dejó claramente expuesto el concepto de reincidencia y su constitucionalidad.

Ese mismo criterio lo he venido sosteniendo como integrante de la Cámara en lo Criminal de Trelew, al aplicar el instituto cuestionado, aún cuando el Ministerio Público Fiscal omitía pronunciarse sobre el tema.

Siendo ello así, este agravio deberá desestimarse en tanto no existe una doble valoración injusta, sino la valoración especial de cada caso, a la que obligan los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Adhiero a la regulación de honorarios realizada por mi colega de Sala en el voto que antecede.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, existe mayoría de votos para conformar la voluntad de la Sala Penal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el art. 357 del CPP (texto según ley 4550).

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

--

1°) Declarar parcialmente procedente el recurso de casación deducido a fs. 161/164 vta. por la defensa de don M. Á. C., a cargo de la Dra. M. A. L., sin costas (artículos 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);

2°) Declarar la nulidad parcial del fallo dictado a fs. 152/158 por el Juez Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, registrado bajo el N° 089/07, y cambiar la calificación legal del hecho objeto del proceso, por la de robo simple en grado de tentativa (artículo 42 y 164 del Código Penal);

3°) Ordenar la remisión de la causa ante el Tribunal que corresponda, a fin de que se establezca el monto de la pena a imponer, de acuerdo con la figura legal fijada por esta Sala Penal;

4°) Regular los honorarios de la defensa pública, en forma conjunta, en la suma de PESOS QUINIENTOS PESOS ($ 500.-) sin IVA (artículos 6°, 10, 14 y concordantes del decreto ley 2200, mod. por ley 4335; 59 de la Ley 4920, decreto 1303, BO. 24/10/02);

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: R. Russel, Pfleger y Panizzi.-