En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de marzo del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela y Nelly García, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"U., V. y otra p.s.a. robo agravado a J. P. M. y otro - Trelew" (Carpeta 1708 OJ Tw – Legajo 17576 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa Pública contra la sentencia Nro. 2368/10 OJ Tw dictada en fecha 29/10/10.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 18/03/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado V. A. U. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. Javier Francisco como su defensor y el Dr. César Zaratiegui en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y Nelly García.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

A modo de introducción, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso, así como de los agravios traídos a conocimiento y resolución de esta Cámara en lo Penal.

A tal fin, en primer lugar debo mencionar que mediante sentencia Nro. 2368/09 OJ Tw dictada en fecha 17/12/09, el imputado V. A. U. fue originalmente condenado a la pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento, como autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca en carácter de coautor funcional (arts. 166 inc. 2 primera oración y 45 CP), por el hecho ocurrido en fecha 16/03/09 aproximadamente entre las 04:30 y las 07:50 horas en calle A. Nro. *** de Trelew, en perjuicio de los Sres. J. P. M. y M. I. S..

Impugnada dicha decisión, esta Cámara resolvió modificar la calificación legal originalmente escogida,

tener al imputado como partícipe secundario en el delito de robo agravado por el uso de armas (art. 46 en relación al art. 166 inc. 2 primera oración CP), y como consecuencia de ello, declarar la nulidad del debate sobre la pena y reenviar el caso para que el tribunal que correspondiera decida la nueva pena a aplicar (sentencia Nro. 24/10 CPTw de fecha 07/09/10).

Cumplido el nuevo juicio de cesura ordenado por esta Cámara, mediante sentencia Nro. 2368/10 OJ Tw dictada en fecha 29/10/10, el tribunal colegiado integrado por los Dres. Roberto Adrián Barrios, Ana Laura Servent y Sergio César Piñeda, impuso al acusado una nueva pena de cuatro años y ocho meses de prisión en su carácter de partícipe secundario del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (arts. 166 inc. 2 y 46 CP), por el hecho ya referenciado.

Contra esta resolución, el Dr. J. F. dedujo impugnación ordinaria, centrando su crítica en la arbitrariedad en que -a su criterio- habría incurrido el tribunal de la segunda cesura de pena, por tres motivos: 1) diferentes escalas penales tenidas en cuenta por los jueces para fijar una misma pena; 2) errónea valoración de circunstancias del hecho principal, vedadas al tribunal de cesura; y 3) escasa diferencia entre la pena impuesta al acusado en calidad de partícipe secundario, en comparación con la pena aplicada a quien fue condenada como coautora del mismo hecho.

Con relación a la primera crítica, el letrado consideró que los jueces redujeron la escala penal a aplicar al caso, según el grado de participación atribuido al acusado por esta Cámara, entre la mitad del mínimo y un tercio del máximo. Sin embargo, dijo, entre ellos no existió univocidad sobre tal cuestión.

Así, los jueces Barrios y Servent consideraron que la regla mensurativa de la pena tenida en cuenta por las partes había tomado como máximo la pretensión punitiva provisoria indicada en la acusación (ocho años de prisión), y no el tope previsto en la norma. La petición fiscal al momento de la cesura (cinco años y tres meses

de prisión) implicó, entonces, la reducción de un tercio de dicha pretensión punitiva.

No obstante ello, y a diferencia de sus colegas, el juez Piñeda tuvo en cuenta un techo de diez años de prisión, para la escala penal aplicable al caso.

Según la Defensa, la coincidencia entre los jueces respecto de la pena a imponer a U. a partir de esta extensa diferencia mensurativa, demuestra la ausencia de motivación valedera en la sentencia. Criticó, además, los escasos elementos atenuantes tenidos en cuenta por el tribunal (sólo la edad del acusado, en el caso del juez Piñeda).

En lo atinente a la segunda crítica, y valiéndose para ello de diversas citas de los votos de los tres jueces, el Dr. Francisco consideró que el tribunal de cesura tuvo en cuenta elementos de valoración que le habían sido vedados por esta Cámara al momento de readecuar el grado de participación de U. en el hecho juzgado.

Al respecto, todos los jueces de la cesura aludieron a las características violentas del hecho principal. Pero el nuevo grado de participación enrostrado al imputado, había privado al tribunal de considerar las características ya merituadas anteriormente, conforme el nuevo encuadramiento y el plexo probatorio y motivacional.

En otras palabras, dijo el defensor, las pautas mensurativas de la segunda pena como partícipe secundario, fueron las mismas que ya habían sido tenidas en cuenta para tenerlo como coautor. No obstante haberse reducido el tramo de la intervención de U. en el hecho, ninguna mención se hizo a su efectivo accionar, ponderándose circunstancias agravantes relativas a la modalidad del hecho pero de la acción principal, omitiendo en forma expresa lo resuelto por esta Cámara.

Por último, y como tercer cuestionamiento, el Dr. Francisco indicó que los jueces también tuvieron en cuenta que había quedado firme la condena a cinco años de prisión impuesta a quien fuera declarada coautora del hecho principal. Y si bien sostuvieron que ello servía

de límite para adecuar razonablemente la pena a imponer a quien tuvo una participación secundaria, eventual y accesoria en el tramo final del evento, de todos modos fijaron una pena que sólo difiere en cuatro meses menos de prisión, sin que exista motivo que pueda fundar tan escasa brecha entre ambas.

Valiéndose de citas de doctrina y jurisprudencia que consideró aplicables al caso, el defensor manifestó que la situación era casi equiparable a la responsabilidad objetiva: el acusado había sido juzgado como autor por circunstancias que no le eran achacables, atento a que esta Cámara ya lo había considerado como partícipe secundario del hecho ilícito.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el tiempo de detención ya sufrido por U. -dos años y un día- y el informe socioambiental labrado a su respecto en el año 2009, el Dr. Francisco solicitó que se le imponga al nombrado el mínimo de la escala penal aplicable al caso (dos años y medio de prisión).

El Ministerio Público Fiscal, por su parte, respondió los agravios durante la audiencia de impugnación (art. 385 CPP).

Respecto a la referencia comparativa efectuada por la defensa sobre la condena dictada contra J. S., el Dr. Zaratiegui detalló pormenores del hecho atribuido, e indicó que si hubiera que hacer una relación entre ambos, no es como la plantea el defensor vinculando la escasa diferencia entre la pena del autor y la del partícipe secundario.

Y en términos más generales, el Fiscal afirmó que la misión de la Cámara en lo Penal consiste en verificar si la sentencia de mérito había respetado las reglas de la sana crítica, pero sin superponer su propia apreciación del caso, ya que ello excedía el fin de la revisión. Y como la sentencia había respetado dichas reglas, solicitó que fuera confirmada.

A modo de réplica, la Defensa expresó que el Fiscal había señalado las diferentes formas de actuar en la acción principal, pero ello nunca fue relacionado con U.

en una acción accesoria (acompañar a una persona y extraer un monto dinerario a través de una tarjeta de débito). Sobre este accionar accesorio, sostuvo el defensor, nada se dijo.

Por último, concedido el uso de la palabra al acusado V. A. U., afirmó su inocencia y manifestó que su error fue acompañar a su supuesta pareja al cajero, e ingresar con ella al mismo.

Concluida la reseña, y avocado entonces a analizar los agravios expuestos por la Defensa de V. U., los que luego fueran ratificados en el transcurso de la audiencia por ante este Tribunal (art. 385 del Código Ritual), debo adelantar que el enunciado en el punto 3 referente a la escasa diferencia entre la pena impuesta al acusado en calidad de partícipe secundario y la aplicada a Jessica Soto, quien fuera declarada coautora material del hecho principal (robo agravado por el uso de arma blanca, art. 166, inc. 2do., 1er. párrafo y 45 del C.P.) y se le impusiera la pena de cinco años de prisión, tendrá acogida favorable.

Hago la aclaración en extenso respecto de la condenada Soto como consorte de causa del recurrente en los presentes, porque éste fue condenado como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca en carácter de partícipe secundario (arts. 166, inc. 2do., 1er. párrafo y 46 del C.P.), a una pena de cuatro años y ocho meses de prisión.

Descripto el escenario que involucra a ambos condenados respecto de su situación procesal, se puede observar claramente que a Jessica Soto se le impuso el mínimo de la escala penal correspondiente al tipo en cuestión (de cinco a quince años de prisión), mientras que a u. se le aplicaron cuatro años y ocho meses de prisión, lo que configura –casi- el doble del mínimo establecido luego de hacer la operación que ordena el art. 46 del C.P. en relación con el art. 44 del C.P..

Es decir que luego de reducir la mitad del mínimo y un tercio del máximo para obtener la escala penal que debe ser necesariamente tenida en cuenta para la fijación

del *quantum* punitivo, obtenemos en principio un parámetro que oscila entre un mínimo de dos años y seis meses de prisión, y un máximo de diez años de prisión.

No obstante ello, es necesario realizar otra acotación respecto al máximo que importaría el análisis del delito en abstracto tras la aplicación de las reglas que hacen a la tentativa, atento a que tampoco debe soslayarse la prohibición de *reformatio in pejus*.

En virtud de este principio, es imperativo tener presente la pena de ocho años de prisión que se le impusiera al condenado en la primera sentencia que fuera objeto de impugnación, en la que esta Cámara mutó la calificación de la conducta achacada a U.. Es decir que a su respecto se modificó la conducta primigeniamente adjudicada de coautoría (art. 45 del C.P.) en el ilícito por el que también se sancionara a Jessica Soto, por la de partícipe secundario (art. 46 del C.P.). Más aún, por imperio de la pena de cinco años y tres meses de prisión peticionados por la Fiscalía, es este último *quantum* el que se erige como máximo de la escala.

Continuando con el tratamiento del agravio de la Defensa en cuanto al monto de la pena impuesta, entiendo que los jueces de mérito han tenido en cuenta para su individualización las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. (evaluando para ello la violencia ejercida durante la ejecución del hecho principal aunque excluyen al imputado de la implicancia en estos eventos- como así también los daños físicos y psíquicos irrogados a las víctimas y el perjuicio económico padecido, y erigiendo como atenuantes la edad del victimario, su condición social, la vulnerabilidad al sistema penal y otras consideraciones), y concluyeron que la pena a aplicar debía ser de cuatro años y ocho meses de prisión.

Sin embargo, he de hacer notar que la actividad ilícita llevada a cabo por el imputado, según surge de la sentencia del Tribunal que tratara la impugnación, se limitó a un tramo del hecho principal, es decir -como nos enseña el maestro Zaffaroni- al *agotamiento* como *consumación material*, habiendo sido producida la

consumación del tipo penal en una acción que prolonga los efectos del mismo.

En este sentido, si bien es cierto que los magistrados intervinientes en la cesura de la pena correspondiente a U. tuvieron en cuenta la naturaleza y el modo de llevar adelante el hecho principal -como también lo hicieron con la autora material del mismo, Jessica Soto-, vemos que a ésta se le aplicó el mínimo de la escala penal (de cinco a quince años de prisión), mientras que a U. -quien intervino en el último tramo, específicamente en el del "agotamiento"- se le impuso casi el doble del mínimo de la escala.

Es por ello que encuentro que dicho *quantum*, manteniendo similitud en las pautas mensurativas, no resulta razonable, y cabe hacer lugar entonces a este agravio, y establecer consecuentemente como pena a cumplir por parte de V. U., la de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento.

Lo contrario a lo que vengo sosteniendo significaría, evidentemente, hacer lugar a una decisión arbitraria e injusta, ya que no dieron los judicantes los argumentos suficientes del por qué a quien resultara coautora directa de los hechos violentos del ilícito principal se le impuso el mínimo previsto en el tipo pertinente, mientras que a U. -quien intervino únicamente en la etapa de agotamiento del hecho ya consumado-, se le aplicó casi el doble del mínimo establecido para el tipo penal en cuestión.

Estimo prudente adunar que una decisión judicial es irrazonable cuando no respeta los principios de la lógica formal, no es clara, ni tampoco brinda fundamentos del por qué se decidió de esa manera. Si bien los magistrados gozan de un marco de discrecionalidad para tomar sus decisiones, ésta potestad no puede ser ejercida de un modo arbitrario. La discrecionalidad obliga a moverse en el plano de lo razonable, y es opuesta al valor justicia, a la ley, al dictado de un pronunciamiento o resolución concretado, cuando se sostiene en la mera voluntad sin brindar las razones a tal efecto.

Respecto a los demás agravios, a saber las distintas escalas penales tenidas en cuenta por los jueces para fijar una misma pena, y la errónea valoración de las circunstancias del hecho principal vedadas al Tribunal de cesura, no observo que tales extremos se hayan producido en la medida afirmada por la Defensa.

En efecto, el tratamiento que realizaron los jueces de la sentencia atacada -con la salvedad del *quantum* punitivo ya analizado- ha sido el correcto en cuanto a la fijación del mínimo y máximo conforme a las reglas de la tentativa, como así también la consideración de la pena impuesta al imputado en la primera sentencia impugnada, y el *quantum* de cinco años y tres meses requeridos por la Fiscalía, como límite máximo. Y aunque pueda señalarse que la explicación en uno de los votos no fue completa, no por ello corresponde su tacha del modo requerido.

Por otro lado, si bien los jueces se refirieron a la violencia desplegada en la comisión del hecho principal en perjuicio de las víctimas, ello de ninguna manera modificó la escala penal impuesta a este acusado, ya que surge evidente que no intervino en dicho tramo, razón por la cual no encuentro que se haya incurrido en una doble valoración de estos elementos mensurativos.

En definitiva, cabe hacer lugar a la impugnación, y fijar al condenado V. U. el cumplimiento del mínimo aplicable, es decir, dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento como autor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca en carácter de partícipe secundario (arts. 166, inc. 2do., 1er. párrafo y 46 del C.P.).

En orden a los honorarios que en el caso proceden regular al letrado de la Defensa Pública, considero adecuado establecerlos en la suma de pesos trescientos cincuenta ($ 350), según lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920).

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. He de ingresar directamente al tratamiento del recurso deducido remitiéndome, por razones de brevedad, a la completa síntesis realizada por el Magistrado que guía el acuerdo.

La Defensa denuncia arbitrariedad en la decisión recurrida por considerar que carece de fundamentación suficiente, solicitando la aplicación del mínimo de la escala penal prevista para el delito por el que recayera condena, esto es, robo agravado por el uso de arma blanca, en carácter de partícipe secundario (art. 166 inc. 2°, primer párrafo, y 46 del Código Penal).

Se queja en primer lugar el recurrente por la escala penal aplicada ya que, sostiene, los Sentenciantes no resultan coincidentes en punto al criterio que cabe aplicar para disminuir la pena de la tentativa.

Considero que la crítica no tiene sustento suficiente pues, a pesar de la discrepancia de uno de los Magistrados, la mayoría del Tribunal –Dres. Servent y Barrios- ha fijado una misma interpretación legal y, consecuentemente, ese es el criterio que conforma la mayoría y que resulta, por ende, aplicable en el caso.

Por otra parte la postura adoptada no resulta en modo alguno irrazonable -habiendo sido convalidada implícitamente incluso por la CSJN en el caso "Veira"-, en tanto disminuir la mitad del mínimo legal significa dotar de mayor amplitud a la escala penal, permitiendo al juez una individualización más precisa y, también, más favorable respecto de su límite inferior.

2. El fallo de segunda instancia calificó el hecho en cuestión como participación secundaria en el delito de robo agravado por el uso de armas (art. 46 en relación al 166, inc. 2°, primer párrafo, del Código Penal). Así, la escala disminuida en la forma prevista para la tentativa arrojaría una nueva escala de entre dos años y medio a diez años de prisión, aunque limitada por la prohibición de la *reformatio in pejus* a la de ocho años, pues se trata de la pena aplicada en primera instancia.

No obstante una nueva limitación rige en el caso, dada esta vez en el nuevo juicio de cesura, pues el pedido

fiscal de imposición de pena es de cinco años y tres meses de prisión y, por ende, tal es el límite mayor que correctamente han establecido los Magistrados del mérito.

He sostenido en anteriores pronunciamientos que la determinación de la pena es la fase de la sentencia penal que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida a proceso y exige, por ello, una motivación específica, que va más allá de la genérica exigencia legal y constitucional de fundamentación. El juez debe construir la decisión -aún dentro del marco de parquedad de los lacónicos parámetros legales-, teniendo en consideración la gravedad del hecho sólo en tanto refleje la culpabilidad del acusado y decidiendo la cuestión con arreglo, básicamente, a los principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad y prohibición de doble punición.

La difícil tarea aconseja establecer parámetros lo más objetivos posibles para permitir el control del razonamiento seguido en la valoración, teniendo en cuenta que la libertad que ha dado el Código Penal a los jueces en tan trascendente decisión no puede traducir un mero arbitrio, sino el razonado análisis de circunstancias -objetivas y subjetivas- que distingan el hecho a juzgar dentro de la constelación de hechos atrapados por el mismo tipo penal.

Sin embargo la pretensión de objetividad no es absoluta pues, tratándose de la aplicación de pautas eminentemente valorativas, la misma "... nunca logrará eliminar el problema del criterio judicial. Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible, y constituye el embuste de un criterio pretendidamente objetivo..." (cfr. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Año 2002, p. 950).

3. A partir de dicho marco interpretativo, cabe ingresar al análisis del *quantum* punitivo aplicado, motivo central de la crítica del recurrente. Así, si bien entiendo que puede resultar útil considerar la escala punitiva como un marco de gravedad continua -que contiene todos los posibles supuestos atrapados por la norma en cuestión-, he opinado en oportunidades anteriores que la función reductora del derecho penal aconseja una aplicación restrictiva de la habilitación de poder punitivo, que ubica al intérprete en los márgenes menores de la escala penal para, a partir de allí, ponderar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia local, al señalar: "Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, *pro hómine*, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos" (del voto del Dr. Montenovo en autos caratulados "Provincia del Chubut c/ M., J. C." - Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC Nro. 414 – Legajo de Investigación Nro. 3193).

No se trata de reemplazar el criterio de los Jueces de la cesura por el propio criterio valorativo de quienes estamos llamados a decidir el recurso ordinario del condenado en relación a la sanción impuesta, sino de analizar si los argumentos ponderados en la sentencia de condena resultan válidos o si, acaso, no se le oponen otros cuya consideración ha sido obviada u omitida, como lo sostiene el recurrente.

Cabe señalar, además, que una regla básica -que surge de la aplicación de los principios de un proceso acusatorio en esta etapa- exige que los únicos agravantes que pueden ser ponderados son aquellos oportunamente requeridos por el Ministerio Público Fiscal, pues los que fije el Tribunal deben surgir taxativamente de ese requerimiento, no así los atenuantes, que no reconocen tal límite. Lo contrario implicaría vulnerar el derecho

de defensa del acusado, al impedirle alegar y probar en contra de eventuales calificantes que pueda valorar -con evidente quiebra de la imparcialidad- el juzgador.

4. Cabe tener en cuenta, a los fines de analizar la valoración realizada por los Magistrados del mérito, que la readecuación fáctica y jurídica llevada a cabo por este Tribunal en el marco de la impugnación originaria, si bien descartó la intervención directa del condenado en la primera etapa del hecho incriminado – desapoderamiento violento-, lo ha considerado partícipe secundario respecto del tramo final –sustracción de dinero con la tarjeta de débito robada-, lo cual implica afirmar cierto grado de conexidad subjetiva en el accionar de U. respecto del primer tramo del evento delictivo.

Sin embargo, como señala la recurrente, si bien tal ha sido el encuadramiento jurídico decidido en la sentencia anterior de segunda instancia, la mayoría del Tribunal ha afirmado la duda acerca del conocimiento por parte de U. de los concretos actos de violencia o de las actitudes mortificantes hacia las víctimas que fueron ejecutados por los autores funcionales del robo en la primera porción de los hechos.

La apuntada reducción de la plataforma fáctica atribuida, que determinó un cambio en la calificación legal –que determinó la nulidad de la sanción impuesta y el reenvío para un nuevo juicio de cesura-, constituye un límite infranqueable para los jueces de la cesura y sólo sobre esa base debieron construir, válidamente, la respuesta punitiva. Por ende, aquellos extremos vinculados a la inusitada gravedad del hecho principal, así como sus consecuencias respecto de las víctimas, no pueden ser cargados al condenado sin vulnerar en primer término las reglas de la lógica y, también, el principio de culpabilidad respecto de aquel cuya coautoría no pudo ser demostrada.

Bien señala la defensa que sólo pueden ser computadas como agravantes de la penalidad aquellas circunstancias que hayan entrado dentro de la esfera de lo dominable por

el agente. Así lo he sostenido en otras ocasiones, al señalar: "... es sabido que sólo procede agravar la pena por todas aquellas circunstancias que sean directamente achacables al agente, circunstancia que no se configura cuando tales extremos escapan al ámbito de su dominabilidad" (Cámara en lo Penal de Trelew, *in re* "D., D. A. y otro p.s.a. homicidio calificado r/ víctima A. M. F." - Carpeta Nro. 2084 OJ Tw - Legajo Fiscal Nro. 20588).

Atribuir responsabilidad por sucesos ajenos, eventuales o fortuitos, que incluso deber ser tomados –*favor rei*- como desconocidos por el agente, implicaría una aplicación del *versari in re illícita*, vulnerando de tal modo el principio que obliga a que la pena sea adecuada a la culpabilidad.

Asiste razón también a la Defensa en cuanto pretende que el Tribunal tome en cuenta, para disminuir la sanción a U., que quien ha actuado como coautora funcional del hecho –J. S.- tanto en el tramo violento principal, como en la parte final en compañía de U., ha sido condenada al mínimo legal de la escala respectiva, esto es, a la pena de cinco años de prisión.

Si bien es cierto, como lo argumenta el Fiscal, que la determinación de la pena es individual y depende de circunstancias que en muchos casos no resultan comunicables al resto de coautores o partícipes, en el caso que nos ocupa es claro que los únicos sucesos considerados por los Magistrados del juicio para aumentar la penalidad de U. se vinculan a la gravedad del primer tramo del hecho, esto es, justamente la porción del episodio en que no se acreditó su participación.

Coincido, pues, con el colega que guía el presente acuerdo en considerar que resultaría carente de toda lógica omitir la ponderación de agravantes del hecho principal respecto de uno de sus autores y valorarlos, en cambio, para aumentar la pena de un partícipe secundario que interviene en un tramo sucesivo y del cual se predica duda, incluso, acerca de que conociera tales circunstancias calificantes.

No ha dado otras razones el representante del Ministerio Público Fiscal que permitan alejarnos del mínimo legal de la escala penal respectiva, como no sean las exclusivas circunstancias vinculadas a la violencia e intimidación ejercidas en la primera porción del suceso, esto es, en el domicilio de las víctimas, o a las secuelas padecidas a raíz de dicha violencia, cuya ponderación cabe excluir por las razones dadas. Las restantes circunstancias merituadas por los Sentenciantes resultan atenuantes de la penalidad a imponer.

Por ello, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes respecto de las pautas a evaluar para dosificar la sanción, circunstancia determinante para atenuar o agravar la responsabilidad, debo decir que los parámetros ciertos que han quedado probados en el caso no justifican, insisto, un apartamiento del mínimo legal previsto para la figura penal en juego. En virtud de ello entiendo justo disminuir la pena impuesta a V. A. U., tal como lo solicitara el impugnante, fijándola en definitiva en la de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, de conformidad a lo normado por los arts. 166 inc. 2 primer párrafo, 46, 40 y 41 del Código Penal. Así voto.

5. Por último, teniendo en cuenta la imposición de costas resuelta en el fallo de condena, cabe regular los honorarios de la Defensa Pública por su labor en esta etapa en la suma de pesos trescientos cincuenta ($ 350), de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 44 y ccdtes. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y art. 59 de la Ley V-90 (antes ley 4920).

La jueza Nelly García dijo:

Previo a comenzar con el tratamiento de los agravios concretos, voy a dejar sentado que la cesura de la pena es un verdadero debate, donde se deben discutir las pautas mensurativas para individualizar la pena y los jueces deben motivar su decisión dando razones que justifiquen cómo llegan a determinado monto, para evitar el puro subjetivismo o la arbitrariedad y permitir el control de racionalidad posterior.

En este caso, por efecto del reenvío ordenado por la Cámara Penal se reeditó la cesura, y del acta de la audiencia de debate de pena del 26 de octubre de 2010, surge que el Fiscal General Dr. César Zaratiegui, refirió que en la sentencia de primera instancia se condenó a U. a ocho años de prisión y a Jessica Soto a cinco años de prisión, que como la Cámara Penal cambió la calificación, disminuyó en un tercio la pena de ocho años, que se corresponde con la que había solicitado en la acusación y solicitó que se le aplique la pena de cinco años y tres meses de prisión, por las características del hecho grave, los medios empleados, la violencia del hecho y la situación de las víctimas con grave estrés postraumático.

Por el contrario la Defensa sostuvo que según la culpabilidad por el acto, hay que considerar el ámbito de decisión del autor, y que como U. sólo acompañó a su consorte al cajero, afirmando siempre que era inocente, corresponde que se le aplique el mínimo legal es decir dos años y medio de prisión.

Advierto que las partes no discutieron otras agravantes y atenuantes personales aplicables al caso según las pautas de los arts. 40 y 41 del C. Penal, el Fiscal se limitó a peticionar el máximo aplicable en concreto, remitiéndose a la gravedad del hecho mensurado en la sentencia de primera instancia.

El Dr. Adrián Barrios consideró que la participación secundaria de U. fue en un hecho sumamente grave "con aristas terriblemente violentas que no pueden desconocerse en esta instancia". Que no le otorga responsabilidad a U. en la acción principal sino que la evalúa para mejor mensurar la pena que corresponde imponer a U. y la agrava por las consecuencias, los daños físicos y psicológicos y tiene como parámetro comparativo la pena de Soto, ya que la pena del partícipe no debe exceder la de quien ha tenido una participación más importante.

La Dra. Laura Servent justifica el monto de la pena en que no es lo mismo que el partícipe secundario extraiga

dinero de un cajero automático cuando ha sido hurtada una cartera a una ocasional transeúnte, que nos encontramos frente a un caso grave por las severas secuelas tanto físicas como psíquicas sufridas, el perjuicio económico por los efectos que no se recuperaron y el exclusivo afán de lucro.

Y el Dr. Sergio César Piñeda, tiene en cuenta el hecho grave y violento, las consecuencias posteriores y su interés en el desmedro patrimonial ya ocasionado.

A mi criterio el modo de establecer la escala penal aplicable no tiene incidencia, ya que no se puede exceder el monto de ocho años por los que había sido condenado ni los cinco años y tres meses que solicitó el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la naturaleza del hecho principal coincido con los Sres. Jueces en que fue un hecho grave de características muy violentas, no con los alcances que le otorga la Dra. Servent, porque justamente esa mayor gravedad está ponderada en el tipo escogido, es participación en un robo agravado, en el otro caso sería participación en hurto simple; la relación con el hecho principal también está dada por la participación en un hecho global con distintas fases, que no escindió las conductas, sino estaríamos hablando de hurto simple o defraudación.

Sin embargo aunque acepte esa relación con la totalidad del hecho, el partícipe debe responder por su grado de culpabilidad, y aunque tome la posición de la Dra. Rodríguez, quien sostuvo que "en el caso ha existido por parte del acusado conocimiento, aprobación y hasta un aprovechamiento de lo actuado con anterioridad, en cuanto ejecuta, conjuntamente con la autoría del robo, la sustracción de dinero del cajero mediante la utilización de la tarjeta y clave robadas".

No es lo mismo asentir, consentir lo realizado por otros, que tomar parte en la ejecución material de esas otras conductas. Si se le reprocha a U. "que con su ayuda hizo más fácil, cómodo o seguro el aprovechamiento de lo sustraído antes" -del voto de la Dra. Rodríguez-, hay que

ajustar la gravedad del injusto al aporte personal, y no puede achacársele la violencia excesiva del hecho principal. Como sostuve en mi voto, "no se ha probado que U. conocía todo el plan, que consentía el atraco con armas, ni que hubo promesa de intervenir con posterioridad, solamente tenemos la certeza de que conocía y quiso participar en el último tramo", y lo dicho por el Dr. Montenovo en su voto "no hay aval probatorio para aseverar que U. estuvo allí, y la duda razonable (art. 28 C.P.P.Ch.), lo auxilia respecto del conocimiento que pudo haber tenido de cómo se desarrollaron los acontecimientos dentro de la morada de M., de los que se podía presumir cierto grado de violencia, pero quizá no una de la entidad ejecutada".

Por otro lado, el Dr. Zaratiegui en la audiencia justificó la aplicación del mínimo legal a Jessica Soto, porque la misma no había participado en los actos de violencia contra las personas.

Considero que le asiste razón a la Defensa, en cuanto a que la sentencia de la Cámara Penal modificó la calificación legal y tuvo influencia en la base fáctica, tal como surge del voto de la Dra. Rodríguez, cuando justifica el reenvío diciendo: "Ello así, toda vez que la retracción de la base fáctica atribuída, traducida en un cambio del encuadramiento legal, determina no sólo la aplicación de una nueva escala penal sino, también, la consideración de circunstancias de hecho diversas a las debatidas con anterioridad". Criterio que fue compartido por los tres jueces de la impugnación.

Por lo que los jueces de la cesura no estaban habilitados para valorar la misma base fáctica que la sentencia anterior, y si el motivo por el que se le aplicó el mínimo legal a J. S. fue que no participó en la golpiza, tal como lo expresó el Fiscal Zaratiegui en la audiencia, no justifican por qué se apartan del mínimo con relación a U. si tampoco participó en la golpiza.

Por lo expuesto considero que en el caso no se han discutido otros agravantes que en lo personal sean aplicables a U., que los atenuantes a considerar son

correctos, su juventud y su falta de antecedentes, que facilitan su reinserción social, su escasa educación, la pobreza y su numerosa familia parental que aumentan su vulnerabilidad social, por lo que corresponde revocar la sentencia de cesura e imponer el mínimo legal, es decir dos años y seis meses de prisión. Y así lo voto.

Por último, comparto la imposición de costas y la regulación de honorarios propuestas por los colegas que me preceden en el orden de votación.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado V. A. U. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 2368/10 OJ Tw dictada en fecha 29/10/10;

2) Modificar la pena impuesta al acusado, fijándola en definitiva en dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento;

3) Imponer las costas al imputado (art. 241 CPP), y regular los honorarios de los profesionales de la Defensa Pública intervinientes en la suma de trescientos cincuenta pesos ($ 350), por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920); y

4) Protocolícese y notifíquese.

Roberto Rubén Portela

La Dra. Mónica Rodríguez no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 331 último párrafo CPP). La Dra. Nelly García remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente. Registrada

con el Nro. 08/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.