CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ Sagardoy, Juan Marcelo" (Carp.OFIJU Esquel NIC N°4303- Leg. Fiscal NUF N° 41777)

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de abril dos mil dieciocho, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Juez de Cámara Hernán Dal Verme, en su carácter de Presidente, y las juezas Carina Paola Estefanía y Nelly García, en el carácter de vocales, dictan sentencia luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la causa caratulada: **"Provincia del Chubut c/ S., J. M." (Carp.OFIJU *Esquel NIC* N°4303- Leg, Fiscal NUF N° 41777)"**, en la que tuvieron debida participación el Dr. Marcos Ponce, en su carácter de Defensor Público del imputado, el Dr. Fernando Rivarola, en su carácter de Fiscal General, el imputado J. M. S. y la víctima.

Y RESULTANDO:

La vía recursiva fue deducida por el Dr. Marcos Aníbal Ponce, defensor público, contra la sentencia de condena dictada por el Dr. José Oscar Colabelli, el día 31 de enero de 2018, registrada con el Nro. 73-2018, por el hecho ocurrido el 8 de octubre de 2017, en perjuicio de B. E. V., por el delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (Art. 42, 45, 164 y 167, inc. 4° en función del art. 163, inc. 4° del Código Penal).

Refiere que la sentencia está afectada de arbitrariedad en punto a la calificación legal atento no existir prueba del elemento subjetivo requerido por el delito por el que su defendido fuera condenado -robo agravado por escalamiento en grado de tentativa-.

Afirma que el MPF mezquinó la prueba en punto a señalar qué bienes habían en las dependencias de la vivienda a la que habría ingresado J. M. S. y eso fue reconocido por el Magistrado.

Agrega que esta falencia en el objetivo del tipo, se evidencia mucho más en el elemento subjetivo del tipo. Si no se sabe cuáles eran los elementos que J. M. S. pretendía apropiarse, no puede sostenerse que haya existido voluntad de apoderamiento de bienes ajenos.

Menciona que prueba el elemento volitivo del tipo -según la sentencia- la exteriorización de los actos del imputado,
sin atender en que, si se evalúa objetivamente lo que se expresa, puede ser constitutiva de cualquier tipo penal en los que el imputado pretenda impunidad.

Luego transcribe un párrafo de los fundamentos dados por el Juez, en el que afirma que los antecedentes de S. no hacen más que confirmar el propósito final de cometer el desapoderamiento, que ha tenido su

principio de ejecución en el mismo momento que ingresa a la morada ajena y lo prosigue rompiendo las diversas puertas existentes.

Acto seguido, asevera que ante la falta de elementos objetivos acude a la persona del imputado para completar el molde típico, extremo que, a su criterio, en óptica constitucional no puede tener acogida alguna, por ser violatorio del principio de culpabilidad y de igualdad ante la ley.

Concluye el agravio solicitando se modifique la calificación legal de los hechos y se condene a su defendido por los delitos de Violación de domici1io en concurso real con Daño. (Arts. 183 y 150 del Código Penal)

Subsidiariamente y como segundo agravio, sostiene que el monto de la pena, cuatro años y seis meses de prisión efectiva, carece de razonabilidad y la tacha de arbitraria.

Comienza destacando que el hecho por el que se lo condena fue en grado de connato, que lejos está de ser un hecho de gravedad inusitada: a la luz del día, sin moradores en la vivienda y con daños materiales mínimos.

Continúa diciendo que no puede soslayarse que el mínimo de la escala penal es de un año y seis meses de prisión, mientras que el máximo es de seis años y ocho meses y que el Juez, sin demasiados argumentos, decide aplicarle casi el triple del máximo.

Menciona que el Juez, para alcanzar el monto de la pena impuesto, acudió al derecho penal de autor, toda vez que tomó como agravantes los antecedentes perales que pesan sobre el imputado por considerar que evidentemente las condenas anteriores no le han permitido aún, reflexionar respecto a modificar sus hábitos de conducta desviados a favor de actividades licitas y positivas.

Agrega, que el Juez sin prueba alguna afirma que no ha sido deficiencia del Estado en el tratamiento penitenciario, sino que él -J. S.- no ha aprovechado las oportunidades que la privación de la libertad le otorgaba
para adquirir un oficio lícito para desempeñarse en el mundo libre.

Se queja del magistrado por considerar que carga todas las tintas en el imputado y su responsabilidad y se olvida que es el Estado quien debe garantizar la efectividad y eficiencia del tratamiento penitenciario. Cita doctrina y jurisprudencia.

Finalmente solicita se le aplique el mínimo de la escala penal, de un año y seis meses de prisión efectiva, por considerar que para elevar la pena en la proporción que se hizo, debieron computarse agravantes más importantes que los que se han sopesado en este caso. Hace especial hincapié en la mínima afectación al bien jurídico protegido.

A su turno el Fiscal General Dr. Fernando Rivarola contestó por

escrito el emplazamiento de la impugnación ordinaria deducida por la defensa y afirmó que de la lectura de dicha pieza jurídica se desprende que lejos de demostrar una valoración arbitraria o parcial de la prueba, reitera su lectura personal de los hechos.

Afirma, que en el caso el juzgador tuvo por probado los aspectos fácticos y resolvió el único punto controvertido, a favor de la hipótesis fiscal que postulaba que la finalidad no concretada había sido el robo.

Rechaza que el Juez haya completado el elemento subjetivo del tipo con meras argumentaciones o con otros recursos la falta de elementos probatorios objetivos producidos en el juicio.

Agrega que estamos ante un hecho simple y de simple amoldamiento a la figura del robo con escalamiento tentado y alejado a la pretendida calificación propuesta por la defensa: violación de domicilio y daño.

En cuanto al segundo agravio, dirigido a obtener la disminución de la pena, se limita a sostener que no debe prosperar por los mismos argumentos apuntados, toda vez que la defensa se circunscribe a reiterar su postura sin demostrar la arbitrariedad en la sentencia atacada.

En la audiencia ante este Tribunal, ambas partes ratificaron sus escritos y ensayaron oralmente mejores argumentos sobres sus posturas, sin modificar sus planteos originales.

Se le concedió la palabra al imputado quien solicitó se considere los perjuicios que el encarcelamiento en cárceles
de máxima seguridad le han traído a su salud, toda vez que perdió la visión completa de uno de sus ojos. Señaló que el sistema penitenciario no le ha brindado un tratamiento adecuado para lograr su reinserción social y lo difícil que le resulta conseguir una actividad laboral.

Y CONSIDERANDO:

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: **García - Estefanía - Dal Verme.**

La Jueza Nelly García dijo:

En el primer agravio cuestiona la calificación legal de robo agravado por escalamiento en grado de tentativa previsto en los arts. 164 y 167 inc 4to. del C. Penal.

Tendré en cuenta la secuencia de los hechos llevados a cabo por J. S. el día 8 de octubre de 2017, aproximadamente a las 15:00 hs llegó a la vivienda ubicada en R. ****, dio unas vueltas, merodeó y golpeó con insistencia, como no atendieron su llamado, saltó un paredón de 2,28 m de altura, ya en el patio sacó de un galpón una barreta, una picota y

una pala, rompió la bisagra de la puerta de chapa del almacén, rompió la bisagra media y superior de la puerta de la vivienda principal donde vive la señora B. E. V. y su madre y rompió la puerta del departamento donde vive el sobrino de la Sra. V., desprendiéndola del marco y dañando la cerradura, llevaba un guante negro de lana de los llamados mágicos que tiró cuando fue detenido.

En todo momento fue visto por el sereno de la Trochita, quien dio aviso a la policía, contándole a la operadora de guardia de la policía, C. M., los movimientos del joven, quien a su vez lo transmitía en tiempo real a los móviles policiales que de inmediato se hicieron presentes en el lugar.

Resalto que para el testigo presencial fue una secuencia sospechosa que de inmediato puso en conocimiento de la autoridad, es un observador neutral que ve el comienzo de ejecución de un delito.

Dar vueltas y llamar a la puerta, son actos preparatorios, neutrales; pero saltar un paredón de 2,06 m, superando con esfuerzo una defensa predispuesta por los dueños para proteger la propiedad, ya es comienzo de

ejecución.

Siguieron varios pasos, con una clara dirección, tomó una barreta, una picota y una pala, intentó romper la puerta del almacén y la puerta de la casa principal, y casi derribó la puerta del departamento, buscaba el acceso más fácil para entrar.

En ese menester se encontraba cuando fue atrapado por la policía, no se llegó a probar si se introdujo en el departamento o no alcanzó, ya que la puerta rota permitía la entrada.

Se desprendió del guante negro y no prestó resistencia.

Los hechos fueron calificados como robo agravado por escalamiento en grado de tentativa conforme los arts. 42, 164, 167 inc 4°, en función del art. 163 inc 4° del C. Penal.

El tipo básico del robo exige fuerza en las cosas o violencia física en las personas para apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena. El art 167 en el inc 4 lo agrava si se dan algunas de las circunstancias del art. 163 y éste artículo agrava el hurto en caso de escalamiento.

El local donde funcionó un almacén, no tenía mercadería; pero tanto la casa principal de la Sra. M. V., como el departamento del sobrino, estaban habitados y por consiguiente allí se encontraban todos los enseres comunes de una casa de familia, por lo que carece de sentido hacer

referencia a cierta mezquindad en la descripción del tipo objetivo y no justifica una tentativa de delito imposible como insinuó el defensor.

Hubo comienzo de ejecución con el escalamiento y la fuerza en las puertas.

El elemento subjetivo o dolo debe extraerse de la

conducta objetivada, dar vueltas, golpear, saltar el paredón, romper puertas, utilizar un guante que sirve para no dejar huellas, revolver, es una secuencia de actos que revelan el conocimiento y la voluntad, de entrar a una vivienda ajena, con violencia en las cosas para apoderarse de cualquier objeto con valor económico.

Descarto la violación de domicilio porque es un delito contra la privacidad y el que entra en morada ajena, entra
por la puerta, no saltando un paredón de dos metros y en octubre a las tres de la tarde, no va con guantes.

Además hizo algo más que un simple daño previsto en el art 183, si su intención era destruir una cosa ajena, tiraba una piedra desde la calle, el frente tiene ventanas con vidrios, la destrucción de puerta de ingreso, está direccionada como delito medio para lograr otra finalidad.

En este caso debe primar una interpretación conforme el sentido común y las reglas de la experiencia, como lo interpretó el sereno de la Trochita, que dio aviso inmediato a la policía, quería robar y no pudo porque lo sorprendió la policía.

Por lo expuesto confirmo la calificación legal.

En el segundo agravio se queja del monto de pena impuesto, considera arbitraria la pena de cuatro años y seis meses.

Tendré en cuenta que se tuvo por probado que el imputado previo a sortear las defensas puestas por la víctima para preservar su intimidad y sus consistente en un paredón de 2,28 m de alto y puertas cerradas y trabadas con llave, aprovechó la ausencia de moradores, un día domingo a las 15 hs. para ingresar a la vivienda, fracturar tres puertas de acceso a los diversos ambientes y pretender apoderarse de cosas muebles de valor existentes en el lugar, sin lograr su cometido por el rápido y diligente accionar del personal policial alertados por el sereno de la Estación de Tren La Trochita.

El escalamiento y la fuerza en las cosas no se pueden mensurar como agravantes porque estas circunstancias ya están previstas en el tipo agravado.

La rotura de bisagras de dos puertas y la rotura de la cerradura y desprendimiento del marco de la puerta del departamento, es un agravante a tener en cuenta como extensión del daño que excede lo fuerza en las cosas necesaria para lo consumación del hecho, ya que dañó tres puertas cuando era suficiente una.

Si bien no se valuaron los daños, tengo presente que se trata de

una vivienda humilde, por lo que a la víctima le costará mayor esfuerzo pagar los arreglos.

Que se haya cometido un día domingo y cuando no se encontraban sus moradores, no puede tomarse como agravante,
porque son circunstancias elegidas para evitar mayor violencia.

En cuanto a las condiciones personales del autor, tuvo en cuenta como agravantes, su madurez, sus antecedentes y su motivación de apropiarse de bienes ajenos a cualquier precio.

Entiendo que pueden valorarse como agravantes, su madurez y sus antecedentes, pero no con la significación que le dio el Juez, no se trata de un primario, tuvo alerta: tempranas sobre el disvalor de esas conductas, pero como ya fue declarado tres veces reincidente, esta condena deberá cumplirla en su totalidad, y la mayor necesidad de pena y la posibilidad de imponerle un nuevo tratamiento, están contempladas en los electos de la reincidencia. Y para la ley no interesa si el tratamiento impuesto, dio resultados positivos o no.

Si advierto la obstinación, la persistencia, para lograr su cometido a cualquier precio. Una vez sorteado el paredón, debía sortear la resistencia de las puertas, intentó con dos que le ofrecieron mayor resistencia, se dañaron las bisagras pero no saltaron y se inclinó por la tercera, la del departamento, que era más fácil de romper y en ese momento fue sorprendido por la policía.

Por último valoró como atenuante la dificultad para ganarse el sustento, pero lo relativizó por la existencia de planes sociales.

Considero que es público y notorio que en octubre de 2017 ya había inflación y había aumentado la desocupación y que recién egresado de la unidad penitenciaria a J. M. S., se le hace difícil conseguir trabajo en el medio donde ya lo conocen.

Sin embargo en la balanza pesan más los agravantes que la atenuante.

En consideración de que la escala penal para la calificación escogida va de 1 año y 6 meses a 6 años y 8 meses, la pena justa es de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo en su totalidad, que es el doble del mínimo y que la pena impuesta de 4 años y 6 meses resulta desproporcionada a la gravedad del injusto. En conclusión propongo que se haga lugar a este agravio y se modifique el monto de la pena. Así lo voto.

Por último a fin de regular los honorarios del Dr. Marcos Ponce en su calidad de Defensor Oficial, se deben fijar en el 35% de lo regulado en primera instancia.

La Jueza Carina Paola Estefanía dijo:

I) Han llegado a este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de la impugnación ordinaria interpuesta por el señor

Defensor Público Dr. Marcos Ponce contra la sentencia condenatoria dictada por el Dr. José Oscar Colabelli contra J. M. S. por el delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa, cometido el 8 de octubre de 2017, en perjuicio de la señora B. E. V..

El avezado Defensor no discutió en debate ni lo hizo en esta instancia la materialidad y autoría de los hechos investigados, sino la calificación legal, por considerar que no se acreditó el dolo de desapoderamiento que exige la figura penal -robo- por la que su pupilo fue condenado. A su criterio, el magistrado ante la falta de datos objetivos que indiquen cuál era su finalidad, completó. el elemento subjetivo con los antecedentes penales del imputado, y consideró que ello está vedado constitucionalmente.

Adelanto, que he de responder de manera simple y concreta la queja de la defensa, pues entiendo que no le asiste razón y ello surge claro de la conducta llevada a cabo por el imputado y la aplicación de las más básicas reglas de la experiencia, el sentido común y los principios lógicos, que han sido correctamente aplicadas por el Juez de Juicio.

Como pocas veces sucede, tenemos en el caso un testigo que observó al imputado, mientras este llevaba adelante su plan y de manera inmediata se comunicó con el personal policial y le fue relatando lo que observaba.

Según ese testimonio, introducido al debate por intermedio del personal policial, el imputado luego de dar un par de vueltas por los alrededores, golpeó -con las manos y los pies- la puerta de acceso del local comercial que daban a la calle y al verificar que nadie respondió, saltó un paredón de 2.28 m.

Ya en el interior del domicilio, se pudo determinar a partir de los rastros dejados en el lugar, que ingresó al patio y allí se introdujo en el galpón abierto -sin puerta- donde estaban las herramientas. Entonces tomó una pala, la
picota y la barreta que habría utilizado para romper las puertas.

Se demostró que S. no pudo abrir dos de las puertas -las que dan al almacén y a la vivienda principal-, pero sí logró romper la puerta mediante la cual se ingresa a un departamento que estaba habitado por el sobrino de la propietaria. Estando en este domicilio, perteneciente a la señora V., llegó el personal policial, que como dije, había sido alertado por un vecino que pudo ver e incluso reconocer a S., cuando este se introducía en el patio, saltando el paredón.

Uno de los policías que llegó al lugar - M.- dijo haber visto desde el exterior, por una rendija entre el paredón y el portón, que el imputado, al ser advertido de la presencia policial, se desprendió de un objeto, a la postre identificado como un guante negro, que no era de propiedad de la dueña de la casa. Allí fue detenido.

Nótese que en las fotografías de la puerta del almacén se observa

la picota apoyada a su lado -que estaba dentro del galpón según su dueña- y con restos blancos en su punta, del mismo color que la pintura de la puerta. (foto inferior de fs. 5, foto superior de fs. 7 Evidencia A, incorporadas con la exhibición en el debate a la testigo policial A. B. L.).

Asimismo, parada en la pared lindera de la puerta de la puerta de la vivienda principal, se visualiza la barreta, también mencionada por la propietaria, quien afirmó que sus herramientas fueron usadas para abrir las puertas. (foto inferior fs. 7 y foto inferior fs. 8, evidencia A.)

Es interesante el relato de la Sra. B. E. V., por las sensaciones que transmite, al recordar que en el momento que llegó a su casa con la policía, se rió de ella misma, al sentir que le habían dicho al ladrón "Toma todo, servite". Ello porque que las herramientas estaban guardadas en un galpón sin puerta, habilitando de ese modo a que el imputado las use en su raid delictivo contra su propiedad.

La dueña, también expresó que el imputado si pudo romper la puerta del departamento habitado por su sobrino y que este le dijo que no le había faltado nada pero "que había signos de que había ingresado" y supuso, al ser preguntada en que consistían esos signos "que eran pisadas".

Sobre este particular, la policía L. dijo que ella no observó actividad alguna y preguntada por la defensa aclaró que "no vio nada fuera de lugar en la habitación del departamento".

A su turno, el Cabo M., dijo que si "pudo ver todo revuelto...", habían muchas cosas tiradas por todos lados. Se veía a simple vista". Esta declaración se condice con las fotos tomadas en el lugar, toda vez que a pesar de que la puerta no está abierta en su totalidad, se puede observar en el interior del hall de ingreso, donde había un ropero, una zapatilla y un pantalón tirado en el piso. (Foto inferior fs. 9 y croquis de fs. 3, que da cuenta de las diferentes dependencias del departamento, entre ellas el hall y la habitación, explicado por L. durante el debate)

Finalmente, he de coincidir con la conclusión del Juez de grado, quien tuvo por cierto que el guante negro, tipo mágico, hallado en el patio del domicilio era del imputado, toda vez que como señalé ut supra, no fue reconocido por la dueña de la casa como de su propiedad y además porque el policía M., pudo ver cuando S. se desprendía de algo, al ser advertido de la presencia policial.

Dicho esto y antes de concluir, es importante tener en cuenta que el dolo es la finalidad prohibida y forma prohibida de obtención de la finalidad. El dolo requiere que el autor se represente una finalidad y una forma de obtener esa finalidad

Por eso decimos que dolo es querer realizar mediante ciertas formas el tipo objetivo. A esa voluntad precede cierto componente intelectual: la representación de los elementos del tipo objetivo. En síntesis, para que haya dolo, el autor se debe representar ciertas formas en cuanto a medios para producir la finalidad.

A los fines de determinar la existencia de comienzo de ejecución de un tipo legal, es decir, creado por la ley, hay que tener en cuenta el plan concreto del autor, o sea, hay que tomar en consideración la finalidad de la conducta, los medios elegidos para lograr tal objetivo y el contexto concreto de circunstancies en el que se lleva a cabo tal conducta. (Nelson R. Pessoa, El injusto penal y tentativa. Desvaíos de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado, ed. Hammurabi, 2007, págs. 277, 282 y ccdtes.).-

A mi criterio, las conductas que llevó adelante el imputado, debidamente acreditadas, que comienzan con un merodeo del lugar y continua con golpear la puerta del local comercial con las manos y los pies para constatar que no hubieran personas en el interior, saltar un paredón de 2.28 metros, tomar herramientas idóneas para romper las puertas de acceso, insistir en lograr la apertura de alguna de las mismas, concurrir en primavera con un solo guante -para de ese modo evitar dejar huellas dactilares- y desordenar el hall de ingreso del departamento en el que se encontraba un ropero, resultan suficientes para determinar cuál era su voluntad final, esto es apoderarse ilegítimamente de cosas ajenas.

Es cierto que el Juez acude a los antecedentes penales del S., que incluye diecisiete hechos delictivos, de los cuales quince fueron delitos contra la propiedad, para confirmar el propósito de robo. Entiendo que las objeciones de la Defensa, en este punto, no deben ser atendidas, por dos razones, relacionadas entre sí. La primera de ellas, porque el Juez estableció el elemento subjetivo en base a las conductas realizadas por el imputado en el hecho investigado y luego, como dato adicional, tomó el historial delictivo de S.. La segunda, derivada de la anterior, es que aun suprimiendo el indicio de personalidad, el dolo de robar está debidamente acreditado.

Dicho de otro modo, diríamos respecto de cualquier persona, con o sin antecedentes penales, que actúe del modo que lo hizo S., que su propósito final era robar.

Lo prohibido, que no ha ocurrido, sería que el Juez hubiera acudido sólo a los antecedentes penales, para probar el dolo, sin tener objetivamente ninguna conducta del imputado demostrativa de su voluntad final.

No podemos soslayar que se trata de un hecho en grado de connato

y como lo sostuvo el Juez, hubo actos de ejecución, indicativos del plan delictivo.

He de recordar que la tentativa es comienzo de ejecución o ejecución incompleta de un tipo doloso, y que hay comienzo de ejecución cuando el autor realiza la conducta que conforme a su dolo habrá de realizar el tipo objetivo.

El punto decisivo es verificar si el autor ha objetivado el acto que, conforme su plan, es el encargado de producir el tipo. Hay comienzo de ejecución, es decir, tentativa, porque
hay dolo y acción ejecutora de ese dolo; y lo hay porque el autor se representó y quiso los elementos del tipo objetivo (mejor dicho, las circunstancias que se subsumen en un tipo) y ello es suficiente para que haya dolo, más allá de lo que sucede en el mundo real. La única perspectiva correcta a la hora de construir los conceptos de dolo y comienzo de ejecución es la perspectiva ex ante al hecho. En otras palabras, la conducta es vista con estas categorías en el momento en que el autor toma la decisión de la ejecución de la acción y no después de haber realizado la conducta" (autor y obra citados, págs. 282/285; también ver págs. 378/380, 403 y 423/424 y ccdtes)

En ese aspecto, no comparto que el Fiscal haya sido mezquino a la hora de describir los elementos objetivos del tipo penal básico, como sostiene el magistrado en su sentencia. Y menos aún, la interpretación que la defensa hace de dicha frase, al aseverar que el Juez reconoció "la mezquina prueba de la vindicta pública respecto de los bienes que habrían en el lugar".

Entiendo que, en un hecho de robo en grado de tentativa, en el que el imputado es hallado cuando aún no había seleccionado las cosas que pretendía sustraer, no se le puede exigir al Fiscal describa, específicamente, cuáles eran los bienes que procuraba apoderarse. Va de suyo que podían ser cosas de valor de distinta índole, que existen en cualquier casa particular, entre las que se incluyen dinero en efectivo, joyas, prendas de vestir, herramientas, electrodomésticos, etc.

Lo cierto e importante es que se demostró que era una casa habitada, en la que obviamente habían numerosos bienes con valor económico que pudieron ser de interés del imputado, que estuvieron a su alcance desde el momento en el que ingresó al patio y rompió la puerta del departamento, pero que no fueron sustraídos por la intervención temprana del personal policial, alertado por un vecino del lugar.

En consecuencia, conforme a todo lo expuesto, coincido con mis colegas, que no estamos ante un caso de arbitrariedad judicial, en punto a la calificación legal del hecho juzgado. Considero que el juicio de tipicidad se encuentra completo en su faz objetiva y subjetiva. Se

accedió dolosamente, mediante fuerza en las cosas al interior del domicilio con la finalidad de apoderarse de bienes ajenos. En definitiva, corresponde confirmar la sentencia en cuanto se condena a J. M. S. como autor penalmente responsable del delito de Robo con Escalamiento en grado de Tentativa (Art. 42, 45, 164 Y 167 inc. 4 en función del 163 inc. 4 del Código Penal).

II) Distinto será el temperamento que habré de adoptar con relación a la pena fijada por el magistrado, sobre el que la defensa apoya su segundo agravio, con el propósito de lograr su reducción al mínimo de la escala penal, que oscila entre el año y seis meses (mínimo) y los seis años y ocho meses (máximo) de prisión.

Para ello he de reiterar que la pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, «Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria», LLNoroeste, 2006, pág. 849).-

Ahora bien, desde un punto de vista formal la pena es uno de los requisitos esenciales de la sentencia condenatoria y por tanto el tribunal debe resolver la cuestión de modo fundado y exponer en forma sucinta los motivos de hecho y de derecho en que se base. La exigencia de la motivación es lo que permite el control de la racionalidad de los actos y el ejercicio de la defensa en un sistema de organización republicano de gobierno.

A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial -apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles.

En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social» {Roxin, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23).

En el caso, sabemos que el MPF, solicitó se condene a J. M. S. a

la pena de cinco años de prisión efectiva, aumentando significativamente el monto punitivo indicado provisoriamente en la acusación pública -tres años-

En su alegato final mencionó los agravantes que debían considerarse, los que fueron compartidos por el Juez de grado, en punto a la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarlos, la extensión del daño y el peligro causado al bien jurídico protegido.

En esa faena, el sentenciante mencionó que debía considerarse que el imputado sorteó las defensas predispuestas por la víctima para preservar su intimidad y sus bienes, aprovechó la ausencia de los moradores, fracturó tres puertas de acceso a los diversos ambientes, con la pretensión de apoderarse de cosas de valor existentes en el lugar.

En cuanto a la extensión del daño valoró en su contra la rotura de las tres puertas de una vivienda humilde y además, refirió que esa conducta, da cuenta de la firme y férrea decisión del imputado de obtener lo que era su objetivo, pues ante la imposibilitad de abrir una y otra puerta, en lugar de desistir, continuó intentándolo, hasta poder ingresar al departamento.

Sobre ello no hay queja de la defensa ni advierto error alguno por parte del Juez en la selección de los agravantes, los que, como dije, fueron propuestos por el Acusador Público.

Luego, el Dr. José Colabelli vinculó esa insistencia en sortear las defensas predispuestas habituales en una casa, - una puerta- para ingresar en alguno de los ambientes de la propiedad, con los motivos que lo han determinado a delinquir, cual es la obtención de bienes de valor a cualquier precio y expresamente incluyó al móvil entre los agravantes.

Aquí, la defensa se agravia, pues el Juez ha dicho que las dificultades para conseguir trabajo son meras excusas para continuar en el derrotero delictivo y no lo considera
como un atenuante, aun cuando ello fue expresado por el Lic. Aníbal Papagallo e incluso fue tomado como tal por el Fiscal General en su alegato final, quien expresamente sostuvo que era el único atenuante a considerar en favor de J. M. S..

Entiendo que le asiste la razón al recurrente, pues además de la discutida posibilidad procesal de introducir un agravante que no ha sido mencionado como tal por el MPF, -más aún, contrariamente a lo resuelto por el Juez, en el caso el Fiscal General sostuvo que debía ser considerado como un atenuante- esa circunstancia, ha sido debidamente acreditada, y es una realidad que normalmente aqueja a las personas que han sido encarceladas cuando obtienen la libertad, hayan obtenido o no un oficio durante el tratamiento penitenciario.

Luego, al analizar los parámetros del art. 40 inc. 2° del Código Penal, el Juez ponderó, con acierto, en contra de S. su edad -33 años-

pues como bien lo señala debió desenvolverse con madurez y mayor capacidad reflexiva.

Acto seguido, se detuvo en los antecedentes penales del imputado y su encarcelamiento previo. Tal como sostiene el defensor, en este aspecto el Juez ha señalado que S. tiene serias dificultades para motivarse en la norma y le achaca no haber logrado capitalizar, en el tiempo de detención, pautas adecuadas de convivencia. Incluso afirma que no ha sido deficiencia del Estado en el tratamiento penitenciario, sino que él no ha aprovechado las oportunidades que la privación de la libertad le otorgaba para adquirir un oficio lícito para desempeñarse en el mundo libre.

No hay discusión en cuanto a que la falta de antecedentes penales opera como un atenuante. Sin embargo hay opiniones doctrinarias y jurisprudenciales divididas en punto a si la existencia de estos, puede ser considerada para aumentar el quantum punitivo. Entiendo, que ello es posible, pero su incidencia debe ser ponderada estrictamente, so pena de caer en la doble valoración, más aún cuando la condena está acompañada de la declaración de reincidencia, que contiene efectos significativos en la ejecución de la pena, pues le veda al condenado la obtención de una serie de beneficios, todos ellos menguantes de la privación de la libertad.

La posibilidad de considerarlos viene de la mano de la prevención especial, uno de los fines de la pena. Así lo mencionan Abel Fleming y Pablo López Viñals en su obra "Las penas", quienes refieren que los antecedentes deben ser considerados a la hora de meritar la pena pues "se entiende que la obstinación del autor por infringir el ordenamiento jurídico seria demostrativa de una mayor necesidad de pena en orden a la prevención" (pág. 410, ED. Rubinzal Culzoni"

Ese ha sido el propósito del Juez, pues ha dicho que evidentemente la dosis punitiva aplicada en las anteriores sentencias no han podido mellar sus desenfrenos inhibitorios y una mayor respuesta punitiva, para el caso, resultara necesaria para procurar a través de un mayor y mejor tratamiento carcelario, la incorporación de prácticas socialmente adecuadas.

Sin embargo, más allá de la coincidencia parcial con el magistrado en el sentido apuntado, en cuanto a cuando y como pueden ser considerados los antecedentes al momento de fijar la pena, en el caso advierto que se ha sobredimensionado su incidencia y no se han considerado los efectos jurídicos en la etapa de la ejecución de la pena que se derivan de la declaración de reincidencia que pesa sobre el imputado.

En ese aspecto, traigo a colación lo resuelto recientemente en la causa "Provincia del Chubut c/A. R., L. B." (Carpeta Judicial N° 4122, Legajo Fiscal N° 38491) en tanto afirmo que el proceso de determinación

de las consecuencias jurídicas de un delito se integra necesariamente de tres clases de normas penales: las relativas a la previsión legal de las penas junto con su concreción en los tipos de la parte especial; las que refieren a la determinación en el caso concreto (individualización) y por fin, las relativas a su ejecución. Previsión legal, individualización y ejecución, son pues, aspectos determinantes del contenido material de un sistema de sanciones.

A partir de este concepto, se puede realizar una lectura que reconoce la significación que las reglas de ejecución adquieren para el juez que debe imponer una pena privativa de la libertad al dictar una condena. Esto es, la dinámica de la in/determinación de la pena supone que la individualización judicial propiamente dicha que se construye sobre normas que proveen parámetros para asignar una pena al caso concreto no
es una actividad aislada de las normas de ejecución, sino que las decisiones que se adoptan en esa etapa también deben entenderse en función de la pertenencia a un determinado complejo normativo regulatorio de la ejecución de la pena que la terminará de definir.

En otras palabras, para analizar qué pena se impondrá, también se examina este proceso en su totalidad. Sobre esta
estructura que integra las tareas de individualización

judicial y ejecutiva de la pena se construye el fallo. (Jurisprudencia Penal de la CSJN, Tomo 13, Pág. 138-139:, Leonardo Pitlevnik, dirección Editorial Hammurabi)

Conforme lo dicho, teniendo en cuenta que el imputado tiene vedado por ley la posibilidad de obtener la libertad condicional, el riesgo real al que estuvo expuesto en estos actuados el bien jurídico protegido -propiedad-, y que no existió violencia en las personas, pues el imputado previo a ingresar se aseguró que sus moradores no estuviesen en el lugar, la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, no cumpliría con los parámetros constitucionales que surgen de los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben nutrir la decisión judicial que fija el quantum punitivo. Especialmente, la pena fijada por el Juez de Grado afecta al principio de proporcionalidad, también llamado "prohibición de exceso", el que además tiene mucho que ver con el principio de culpabilidad, -como juicio de reproche-.

En definitiva, luego de considerar que el magistrado al fijar la pena no incluyó como atenuante las dificultades para obtener trabajo, no consideró los efectos de la declaración de la reincidencia en la ejecución de la pena privativa de libertad y aumentó significativamente el monto punitivo en base a los antecedentes penales en él entendimiento de que de ellos se derivaba la necesidad de una sanción mayor, sin

advertir que el quantum establecido colisionaba con el principio de proporcionalidad, hemos coincidido en que la misma debe ser reducida y ser fijada en tres años de prisión efectiva, manteniendo la declaración de reincidencia por cuarta vez.

III) Respecto de los honorarios del Dr. Marcos Ponce, defensor público del imputado, adhiero sin más a la propuesta de la Dra. Nelly García, que lidera el acuerdo. Así voto.

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

Para abordar los motivos de impugnación que dan sustento a la vía recursiva deducida por el Dr. Marcos Aníbal Ponce, en su carácter de Defensor Público de J. M. S., habré de seguir el mismo orden propuesto por el recurrente. Así abordaré primero el motivo de agravio referido a la significación jurídica que de los hechos ha efectuado el Tribunal Unipersonal interviniente en el debate, y luego, el vinculado al monto de la pena impuesta.

1) En lo relativo al primer motivo de agravio, la defensa pública expone que su asistido fue condenado en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa. Que si bien reconoce "la ocurrencia material de los hechos: el ingreso de J. M. S. al patio de los denunciantes sin el consentimiento expreso o presunto de ellos y el daño de algunas puertas", cimenta la vía recursiva en que el elemento subjetivo del tipo penal en trato no fue probado. Repasa los argumentos seguidos por el señor Juez Penal del debate, Dr. José Oscar Colabelli, y expone que los fundamentos objetivos tenidos en cuenta resultan insuficientes para determinar que la voluntad de J. M. S. estuvo direccionada a apoderarse de bienes ajenos.

También resalta que, por un lado el Magistrado consideró "mezquina" la prueba fiscal tendiente a establecer las cosas existentes en el lugar, pero contradictoriamente con ello, tuvo por acreditado que su pupilo pretendía apoderarse de bienes, sin siquiera identificar a cuál de ellos estaba destinada la conducta ilícita atribuida. Finalmente, el señor Defensor sostiene que el Juez "llenó" el molde típico, en su faz subjetiva, acudiendo a criterios de derecho penal de autor, ya que recurrió a características de la personalidad del imputado para suponer que pretendía sustraer elementos del domicilio al que había ingresado. Así, propone que los hechos sean calificados como constitutivos de los delitos de Violación de domicilio y daño, arts. 150 y 183 del Código Penal.

El Fiscal argumentó que la interpretación de la prueba propuesta por el impugnante resulta descontextualizada respecto de la situación recreada en el juicio, la que fue correctamente valorada por el juez del caso. Invita así a esta Cámara a valorar la prueba tendiente a acreditar el elemento subjetivo del delito por el que fue condenado
S., acudiendo al sentido común, las máximas de la experiencia y la lógica

prevaleciente.

Habiendo analizado los argumentos vertidos por las partes, y repasados los argumentos con los que el Tribunal Unipersonal interviniente ha estimado acreditado el elemento subjetivo del delito en trato, considero que le asiste razón al MPF. Es que la cuestión es, como se sostuvo en el voto que antecede, de sencilla resolución, ya que el cuadro táctico
reconstruido permite acreditar, sin acudir a elucubraciones

complejas, que el día 8 de octubre de 2017, siendo las 15 hs. aproximadamente, J. M. S., ingresó al inmueble sito en la calle R. **** de Esquel, escalando un muro de 2 metros de altura, con el objeto de apoderarse de los bienes muebles que pudiera encontrar en su interior.

Una primera aclaración. Leída la sentencia recurrida, he percibido que el Magistrado no adjetivó de "mezquina" la prueba ofrecida, sino de descripción fáctica efectuada por el MPF al confeccionar la acusación pública. El juez apuntó a que el Fiscal no individualizó los elementos que S. pudo, o pretendió, sustraer del lugar. No considero necesario, a los fines de cumplir con la manda legal del art. 191 inc. 2° del rito, que el Fiscal deba describir todas las cosas muebles existentes dentro de un inmueble para describir suficientemente el sustrato fáctico que permita imputar un delito contra la propiedad tentado. La descripción debe ser clara, precisa y circunstanciada para posibilitar el ejercicio de la defensa material por parte de quién es imputado.

Si a lo dicho se agrega que la teoría del caso de la defensa no se centró en demostrar que en este domicilio no había cosas muebles susceptibles de ser sustraídas por su asistido, la mención en la imputación de que el acusado ingresó al lugar para sustraer bienes, y que no pudo cumplir su cometido por razones ajenas a su voluntad, es suficiente. Teniendo en cuenta tales parámetros, la descripción fáctica claramente cumplió su propósito procesal.

Por otra parte, con la prueba testimonial producida a instancias del Fiscal, ha quedado dócilmente acreditado que dentro del inmueble en el que los hechos ocurrieron había cosas muebles susceptibles de apoderamiento que abastecen sobradamente los requerimientos objetivos del tipo penal en tratamiento. Así, la propia defensa reconoce que su ahijado
procesal dañó las puertas. Estas puertas fueron dañadas con herramientas -propiedad de las víctimas- que estaban en un galpón sin puerta que estaba emplazado en el patio al que accedió el imputado saltando el muro perimetral. Estas herramientas constituyen elementos que responden a los requerimientos típicos del delito enrostrado. Además, de la declaración recibida a la víctima, B. E. V., surge que en su departamento tenía

artefactos electrodomésticos, televisores, dinero y cosas de todos los días.

Volviendo a la idea central, ahora corresponde precisar los elementos que permiten tener por acreditado el elemento subjetivo del delito por el que fuera condenado S., Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa.

Para ello, corresponde previamente precisar el concepto de dolo al que se hace referencia. En pos de ir directo al asunto, habré de echar mano del concepto de dolo sostenido reiteradamente por el Superior Tribunal de Justicia del Chubut, al que adhiero. Con tal norte, consideró dicho Tribunal que, "Por fin he de indicar el concepto de dolo al que adscribo y que nutre el análisis de los litigios que llegan a conocimiento de la Sala. Al respecto sostengo que por conducta dolosa debe entenderse aquella protagonizada por quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de la acción, con referencia al tipo objetivo de la norma que se selecciona. Ese punto de inicio, que es consistente con la opinión de Enrique Bacigalupo resulta el punto de mira a partir del cual se observará el fenómeno de la realidad vital relatada en la sentencia. (ver al respecto al autor citado en su "Derecho Penal" Ed. Hammurabbi)... Imposibilitados de horadar en lo que pasa en la interioridad de un sujeto que actúa, no existe otra herramienta analítica que no sea la ponderación de la evidencia para ello. Hay una relación dialéctica entre la interioridad y lo que se exterioriza. Ello brinda las pautas necesarias para determinar, en cada caso, la categoría jurídica adonde encuadrar la conducta..." (STJCH, 15-11-2012, sent. 53, causa caratulada "Pcia. del Chubut c/ S. W. R. y M. A. V. s/ impugnación" (Expediente 22.466-67-Año 2011).

Así, para examinar la procedencia del planteo deben analizarse las conductas exteriorizadas por el acusado, conforme la prueba producida.

Tal como surge de las declaraciones prestadas por la Oficial de guardia C. V. M., la Cabo M. E. M. y el Cabo l° M. A. M., un vigilador, que se encontraba en la estación de trenes de "La Trochita", llamó a la policía avisándoles que una persona, vestida con ropa gris a la que identificó como J. S., estaba golpeando la puerta de un negocio ubicado frente al lugar indicado, con fines de robo. Esta persona, que se queda en la línea manteniendo informado al operador del equipo sobre lo que iba ocurriendo, hacía saber que, luego de patear la puerta del comercio, el nombrado saltó el portón e ingresó al patio del predio.

Los patrulleros llegaron al lugar, y dos de los efectivos miran por una ranura del portón confirmando que dentro del patio del inmueble estaba S.. Se le dio la voz de alto, y este se tiró al piso y arrojó algo al suelo.

Dos de los policías ingresaron al lugar saltando el portón,

redujeron a S. -quién se entregó sin oponer resistencia- y luego los tres salieron del predio del mismo modo.

Luego, arriba al lugar la víctima, abriendo el portón de acceso que se encontraba con llave. Allí se constata que el elemento arrojado por el sindicado, era un guante de hilo tipo "mágico", color negro. Sobre esto último, recuérdese que el hecho ocurrió en octubre a las 3 de la tarde, que el nombrado arrojó este elemento cuando advirtió la presencia policial, que lo usual es usar un guante en cada mano, y que, además, esta prenda es idónea para tomar elementos sin dejar rastros digitales que permitan establecer la identidad de quién tocó determinada superficie. Concordantemente con ello, la víctima sostuvo al deponer que el guante no era de ninguno de los moradores de la vivienda.

También se determinó, en especial con la declaración de la señora V., que una picota, una pala y una barreta, habían sido removidas de su lugar y utilizadas para forzar tres de las puertas que daban a un único patio interno. De las vistas fotográficas obtenidas se puede advertir, junto a una de las puertas, una picota (casualmente una de sus puntas con filo presenta pintura blanca del mismo color de la puerta junto a la que se encuentra la herramienta) y al lado de otra de las puertas, una barreta.

Tres puertas presentaron signos de fuerza -daños reconocidos por la propia defensa como producto de la conducta del encartado-, dos de ellas no pudieron ser abiertas. Una de las aberturas comunica el patio con el almacén, y la otra, con. el departamento de la señora V. y su madre.

La tercer puerta dañada, sí fue abierta, tratándose de la que comunica el mentado patio con el interior del departamento del sobrino de V.. Al respecto, el Cabo 1° M. menciona haber visto desorden en el lugar -se corresponde con una de las vistas fotográficas que ilustran la existencia de un pantalón y una zapatilla en el hall de entrada de dicho inmueble- y la señora V., quién manifestó que, según le había comentado su sobrino, el acusado había ingresado a su casa.

Esto lleva a concluir que, luego de intentar abrir la puerta del exterior y constatar que no había nadie en el lugar, S. saltó el paredón de dos metros de altura y accedió al patio del inmueble. Una vez allí, tomó herramientas del lugar -con una de sus manos cubierta por un guante- y trató de abrir dos de las puertas. Como no pudo, forzó una tercera que sí pudo abrir. Mientras esto ocurría, llegó la policía y le dio la voz de alto, lo que motivó que arrojara el guante secuestrado.

Si lo recreado es considerado en el contexto del escaso tiempo transcurrido -no debe olvidarse que el vigilador se mantuvo en el teléfono y les iba diciendo a los efectivos lo que ocurría- y que dada la modalidad delictiva escogida por el encartado, éste sólo podía

llevarse objetos de escasa dimensión (evidentemente no podía pasar sólo un televisor por sobre el cerco), no quedan dudas de que éste ingresó al lugar para apoderarse de cosas muebles ajenas, y que no pudo concretar su voluntad por la rápida intervención policial.

Es correcta la afirmación del juez, cuando considera que, en base a tales conductas objetivadas, es factible tener por probado que tales actos "son elocuentes como para determinar que efectivamente el accionar del imputado ha sido poner en marcha el plan ideado que era la de hacerse de cosas de valor existentes en el lugar" (fs. 23 de la sentencia).

Teniendo en cuenta que existen suficientes elementos para determinar las características mínimas del plan delictivo intentado por S., ninguna duda cabe que llevó
a cabo conductas que constituyen actos de comienzo de ejecución tendientes a concretar un delito contra la propiedad de V. y su familia. Basta con acudir a la definición- doctrinaria del concepto de comienzo de ejecución para justificar tal afirmación.

Así, y atendiendo a otro de los argumentos en que se sustenta el motivo de impugnación en análisis; fue luego de tal razonamiento que el juez a-quo hace referencia a los antecedentes del acusado para completar el panorama probatorio por el que consideró acreditado el elemento subjetivo del ilícito atribuido.

Al margen de señalar suficientes los elementos analizados hasta aquí para considerar acreditado el extremo puesto en crisis, no comparto con la defensa su reflexión consistente en afirmar que la valoración de los antecedentes condenatorios, efectuada por el Dr. Colabelli, implique violar preceptos constitucionales vinculados a la culpabilidad por basarse en una ideología propia del derecho penal el autor.

El juez remarcó que de acuerdo a los testimonios presentados por el MPF, J. M. S. registra nueve condenas previas en las que se lo halló penalmente responsable de quince delitos contra la propiedad, de los cuales trece se corresponden con robos y hurtos, dos de ellos imputados idealmente con el delito de violación de domicilio. De ello extrae que estas conductas previas no hacen más que confirmar que el ingreso del acusado en la finca de V.; tuvo por objeto desapoderarla de alguno de sus bienes, y que los daños producidos en las puertas, corrobora la existencia de tal propósito ilícito.

[1] *Resultan de utilidad los criterios orientadores que proporciona la teoría de la imputación objetiva, según los cuales jamás puede considerarse comienzo de ejecución... a los comportamientos que se. mantienen dentro del riesgo permitido* o *resultan socialmente adecuados... Se descartan como ejecutivos los actos que según la representación del autor (aspecto subjetivo), no son apreciados como cercanos a la consumación. También se exige que (objetivamente) exista cierta cercanía temporal, lo que no debe ser entendido como el último acto parcial previo a consumar... hay comienzo de ejecución cuando el autor se introdujo en la esfera de protección de la víctima... o actúa sobre el objeto de protección..."* ("Derecho Penal, Parte General", Esteban Righi, 2° Ed. Abeledo Perrot, pag. 531, en igual sentido, "Derecho Penal, Parte General", Enrique Basigalupo, 2° Ed. Hammurabi, pag. 474).

Este razonamiento no implica extraer conclusiones a partir de la personalidad del imputado, sino corroborar, dado el cuadro comprobado y a partir de lo que el nombrado hizo
con anterioridad, que es capaz de llevar a cabo conductas semejantes, como las aquí imputadas. Ya Gorphe lo

individualizaba como indicio de capacidad de delincuencia.2

Es que aún en sistemas acusatorios de corte adversativo puro, en los que el debate se hace en presencia de un jurado, y en los que por regla, no es admisible la prueba de

reputación o carácter, allí también hay excepciones. Explica Orlando Muñoz Neira que el sentido de la regla radica en que

"una evidencia de esta estirpe tiene poco valor probatorio, la posibilidad de que genere errores cognitivos, la desorientación que puede causar al jurado, y la política que pretende que el hallazgo de la verdad se haga por medios que, si bien exigen más esfuerzo, resultan a la larga más eficientes". Aquí, las condenas previas constituyen un argumento secundario sobre el cuál el juzgador profesional ha efectuado una segunda verificación sobre sus propias

conclusiones, basándose para ello, en la circunstancia de que S. llevó a cabo conductas similares con anterioridad.

Sigue explicando Neira, que aún en el sistema estadounidense

hay excepciones a la regla enunciada, individualizándolas:

"Si la fiscalía pretende, con condenas anteriores, acreditar que existía un motivo en el acusado para cometer el ilícito, tal prontuario puede ser admitido... Cuando la identidad es una característica que permite acreditar uno de los elementos del delito, un crimen pasado puede ser admitido como evidencia...

Cercana a la cuestión de la identidad, está la relativa al modus operandi como una particularidad que distingue a algunos delincuentes de los demás... El ente acusador también tendrá la opción de presentar la malhadada historia del procesado para corroborar que, contrariamente a los que éste sostiene, no había error en su conducta (ausencia de error) ... En otras ocasiones, hechos criminales pasados sirven para certificar la existencia de un plan común, frente al cual, el nuevo hecho, es apenas una pieza..." y la última de las excepciones, "es la que permite introducir en un juicio por abuso sexual contra menores, faltas anteriores, que no

necesariamente tienen que haber conducido a condenas..."3. En el caso traído, las hipótesis de excepción se presentarían en una combinación de modus operandi y ausencia de error. Por un lado, porque S. fue condenado con anterioridad por la

comisión de hechos contra la propiedad de similares características al aquí imputado. Por el otro, porque dado el cuadro factico recreado, las condenas recaídas permiten descartar que la presencia del imputado en el lugar pueda ser considerada un error o un malentendido, en particular si a lo dicho se agrega que el acusado no conocía previamente a los habitantes de la morada en la que fue detenido.

En definitiva, no advierto que el juez del debate hubiera actuado prejuiciosamente, presumiendo la culpabilidad de S. sobre la base de las condenas previas que registraba, sino que efectuó, como señalé antes, un razonamiento de corroboración tendiente a dar sentido al cúmulo indiciarlo previamente recreado sobre la base de evidencias objetivas.

En definitiva, lo cierto es que frente a los argumentos que dan sustento a este motivo de impugnación, la sentencia se mantiene como respuesta jurisdiccional válida, ajustada a la prueba rendida en el debate, correctamente valorada, y basando la decisión en el derecho sustantivo vigente. Por ello es que debe rechazarse la impugnación en este aspecto.

II) En un segundo motivo de agravio, se ha planteado, subsidiariamente, la arbitrariedad del pronunciamiento condenatorio en lo vinculado a la pena impuesta en virtud del delito por el que fuera declarado responsable el imputado. Como solución legal a la invalides de la sentencia, que a su criterio es irrazonable, el impugnante propicia la imposición del mínimo de la pena aplicable al caso, un año y seis meses de prisión.

Tanto en su presentación escrita, como en su alocución oral, el Dr. Marcos Ponce ha postulado la irrazonabilidad de la pena impuesta, remarcando, a modo ilustrativo, que el mínimo de la escala prevista para el caso ha sido aumentado por tres. El defensor considera particularmente reprochable el razonamiento seguido por el a-quo en virtud del cual otorgó un valor desproporcionado a los antecedentes condenatorios que registraba S..

En su discurso, el señor defensor enfatiza que se dio una equivocada preminencia a los antecedentes del encartado, que tornó desproporcionada la sanción frente al hecho ilícito por el que fue condenado su ahijado procesal.

2 ('Apreciación Judicial de la Prueba", Francois Gorphe, Ed. Temis, pag. 264.

3 "Sistema penal acusatorio de Estados Unidos", Orlando Muñoz Neira, 1° Ed. Legis, pag. 356.

Respecto del resto de las agravantes verificadas por el juez del debate, no formuló críticas, aunque, marcó que el Magistrado descartó como atenuante las dificultades de S. para ganarse el sustento como consecuencia de no conseguir trabajo en debido de sus condenas previas.

El impugnante también echó mano de doctrina especializada para justificar que, si a pesar de haber cumplido penas con anterioridad, S. persistió en el delito, fue porque el Estado fracasó en el tratamiento carcelario dispensado, y que ello no podía ser utilizado para empeorar la situación de su asistido ante una nueva condena.

Analizados los fundamentos expuestos y la sentencia impugnada, habré de anticipar que el trabajo de fundamentación de la pena realizado por el juez del debate no es el resultado de un acto de abuso discrecional, como se pretende, ya que el Magistrado ha fundado su postura dando explicaciones sobre las conclusiones a las que arribara, basándose en el derecho vigente y en los hechos ventilados en el debate.

Como se viene remarcando, el impugnante ha argumentado que una de las circunstancias agravantes valoradas fue ponderada erróneamente, pero ello no deriva necesariamente en una sentencia arbitraria. En rigor de verdad, de los propios argumentos de la defensa emerge que el mínimo legal previsto por la ley de fondo no resulta aplicable, toda vez que no ha descartado, por vía argumental, la totalidad de las circunstancias agravantes individualizadas por el juez del debate al pronunciarse sobre la pena.

Sin perjuicio de ello, la inexistencia del vicio de arbitrariedad no obsta la procedencia de la impugnación deducida. La defensa inicia su razonamiento haciendo hincapié en la falta de proporcionalidad entre las agravaciones identificadas y la pena impuesta. Remarcando en particular la preponderancia que han tenido los antecedentes condenatorios del imputado en el razonamiento seguido por el juzgador. También ha remarcado la defensa como un error, el razonamiento por el que el señor juez ha descartado como atenuante la dificultad del imputado de ganarse el sustento a la hora de optar por la conducta ilícita.

Consideramos que sobre estos aspectos la impugnación ha logrado demostrar dos circunstancias que ameritan la procedencia parcial de la vía recursiva, lo que impactará en la reducción del monto de pena impuesto en la sentencia recurrida.

Previo a ello, habré de remarcar los aspectos no controvertidos entre las partes, y aquellos que el señor Defensor no ha puesto en crisis respecto de la sentencia.

En el caso, la escala penal prevista en abstracto para el delito en trato, oscila entre un año y seis meses, a seis años y ocho meses de prisión. Es decir, las partes durante el

debate han coincidido en que el modo de reducir la escala prevista para el delito imputado -Robo agravado por escalamiento- debe llevarse a cabo reduciendo en su mitad el mínimo previsto, y en un tercio el máximo (arts. 167 inc. 4°, en función del 163 inc. 4°, y 44 del C.P.). El juzgador ha respetado la tesis jurídica acordada.

La defensa no controvierte la existencia de los precedentes condenatorios recreados por el Dr. Colabelli, lo que pone en crisis es su impacto al momento de individualizar la sanción impuesta.

Tampoco cuestiona que hubieran mediado circunstancias agravantes vinculadas a naturaleza del hecho. El juez valoró

que para cometer el hecho el acusado sorteó un paredón de más de dos metros de alto, y forzó tres puertas. Estimo que estas circunstancias fueron correctamente valoradas en sentido aumentativo, ya que el propio legislador las consideró como susceptibles de una mayor protección. Basta con repasar la manda del art. 167 inc. 3° del Cód. Penal para reparar en que si el ilícito se comete en un lugar habitado, mediando fractura de -entre otras- la puerta, la figura básica debe ser agravada. Evidentemente se han considerado los peligros potenciales derivados de que quién irrumpe en un lugar

habitado pueda encontrarse con sus moradores. También se ha considerado la peligrosidad de quién concrete el desapoderamiento en lugar habitado forzando las defensas instituidas por la víctima en puertas, ventanas, etc. Si bien es cierto que la agravante no se aplicó, también lo es que dichas circunstancias dan cuenta objetivamente del sentido de la protección jurídica establecida por el

Legislador al aumentar las penas.

La altura del paredón, da cuenta de la mayor energía desplegada por el encartado para vencer las defensas instituidas por las víctimas para proteger sus bienes. Esto también fue correctamente valorado en sentido agravante, ya que el obstáculo sorteado, y atrapado en el art. 167 inc. 4°, en su reenvió al 163 inc. 4° del C.P., reviste diferentes grados de intensidad de acuerdo al grado de esfuerzo realizado para lograr la realización del tipo objetivo.4

La extensión del daño, propuesta por el Fiscal, también fue receptada como agravante. Para el juez la rotura de tres puertas ilustra la férrea decisión del imputado para concretar el tipo objetivo del ilícito en trato. Sin

perjuicio de señalar que el daño material debe evaluarse

teniendo en miras su incidencia objetiva -no probada en el debate, desde que no se pudo determinar el valor de los daños producidos- y subjetiva, advirtiéndose en este último sentido que se trata de victimas de escasos recursos -viviendas humildes al decir del Fiscal-, y que por lo tanto los costos derivados de los daños producidos por la conducta atribuida a S. pueden tenerse en cuenta de modo agravante desde esa perspectiva; el juez hizo mayor hincapié en el aspecto subjetivo de este item, apreciación que no merece objeciones.

Estos aspectos no fueron objeto de particulares críticas por parte del recurrente, aunque las menciona como

insuficientes para habilitar una pena de cuatro años y seis meses como fuera la impuesta.

También reconoce que "en la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes a que aluden los arts. 40 y 41 del Código Penal, son soberanos los jueces de grado" y que lo controlable son los argumentos en base a los cuales se llega a la individualización de la pena concretamente impuesta.

Sobre éste particular, estimo importante reseñar que los

jueces, al momento de individualizar cada una de aquellas circunstancias que ponderan para agravar o atenuar la pena, no les asignan un número, que luego, sumado al mínimo de la escala, les permite arribar al guarismo final de la pena

impuesta. Es que allí es donde radica el margen de discrecionalidad que los arts. 40 y 41 del Cód. Penal le

otorgan al juzgador para ponderar los diferentes ítems y, de tal modo, explicar cómo se arriba a la concreta individualización de la pena.

Como he sostenido en diversos pronunciamientos previos, soy de la opinión que el ordenamiento positivo argentino ha consagrado un sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde *a cada* tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y en virtud del cual el juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta. Dicho marco, configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada

"La prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto del hecho de la figura básica, o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el momento de cuantificación de la pena para particularizar su intensidad, pues ilícito y • culpabilidad con conceptos graduales, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad (CNCas. Pen., Sala II, 27-5-2010, "Barrios José Andrés o Gómez Roberto s/ Recurso de casación", c. 9305, req. 16491.2 ci|t. "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia", Edgardo Alberto Donna, 2° Ed., Rubinzal - Culzoni, Tomo I, pag. 375).

una de las controversias sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (Ziffer Patricia, Lineamientos de la determinación de la Pena, Ad- hoc, 1999, p. 37). Si bien esta línea analítica, que impone necesariamente la valoración conjunta del ilícito, -es decir, determinación de la pena teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál el máximo de la escala prevista para el delito en trato, ya que solo en esa relación es posible reflejar la intensidad con que el hecho ha contrariado al derecho-, el grado de culpabilidad del imputado, con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal; no crea un sistema de determinación perfecto o matemático, indudablemente estrecha considerablemente el margen de discrecionalidad del juez a la hora de llevar a cabo la intelección selectiva de la sanción corresponde al caso (en igual sentido, Cas. Prov. de Buenos Aires, Sala VI, causa N° 54.907, "A., R. A. s/Recurso de Casación; "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, T.II, p. 59; "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Andrés José D' Alessio, Ed. La Ley, p. 635). La fundamentación cierra la metodología de análisis, ya que la exposición de las circunstancias valoradas y el sentido atenuante o agravante que se les asigne, asegura la existencia de una decisión adoptada dentro de los estándares constitucionales requeridos para autorizar el ejercicio del poder punitivo del estado respecto de una persona que infraccionó la ley penal.

En cuanto a la posibilidad del imputado para motivarse en la norma, el juez consideró la edad de J. M. S. como indicador de una experiencia de vida suficiente para conocer la norma prohibitiva y que su comportamiento iba
dirigido a violentar el ordenamiento jurídico. En este sentido, siguiendo al MPF, también consideró que tenía un especial conocimiento sobre tal extremo, desde que afrontó previamente varios procesos en los que pudo conocer los preceptos legales en juego. Tal ponderación, en sentido agravante, es correcta, ya que denota un mayor grado de culpabilidad al optar por la infracción a la ley conociendo su contenido injusto.

El juez de grado también valoró en sentido agravante la motivación para delinquir, extrayéndola de "la obtención de bienes de valor a cualquier precio". Sobre tal valoración estimo que le asiste razón a la defensa.

En primer término, porque el Fiscal valoró la dificultad para ganarse el sustento, de modo atenuante. Para ello, extrajo información proporcionada por el Lic. Papagallo quién relevó el efecto que los antecedentes condenatorios han tenido en S. a la hora de obtener medios de vida lícitos. La conclusión es lógica y se basa en la única evidencia rendida sobre el extremo. Si a ello se suma que el propósito de apoderarse

de cosas es propio del tipo objetivo enrostrado, y por ende no valorable como un motivo agravante, como así también que el señor juez no ha individualizado motivos de peso para desechar la atenuante propuesta por la Defensa y el propio MPF, es que debe accederse al requerimiento defensista en tal sentido.

Es lógico razonar que una persona con diversas condenas por delitos contra la propiedad, cometidos en una Ciudad como Esquel, tenga dificultades para lograr una actividad lícita. Ello no justifica la violación a la norma de fondo, pero si puede constituir una atenuación, como ocurre en el caso.

Los antecedentes condenatorios deben ser considerados en sentido agravante, mas no con el impacto otorgado por el juez del caso en este asunto.

No comparto con la defensa sus argumentos cuando sugieren que valorar las condenas anteriores importa una doble punición por un hecho ya juzgado. Nuestro Superior Tribunal de Justicia ya ha considerado aplicable dicho ítem en sentido agravante.5 Además, ha respondido los mismos

argumentos cuando lo que se ha puesto en crisis es la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, descartándolos.

Tampoco comparto con la defensa que cuando una persona a la que se le aplicó un tratamiento carcelario vuelve a delinquir, es porque el Estado falló en su tarea de resocialibilizar al condenado. Ejemplifica el juez sentenciante, señalando que S. mereció informes negativos en las unidades carcelarias de Rawson y Esquel, "no por falta de tratamiento, sino por cual él no ha logrado capitalizar en el tiempo de detención pautas adecuadas de convivencia, motivando la aplicación de varias sanciones". En definitiva, estimo que las razones por las que el tratamiento carcelario que se presume legitimo- fracasó, no ha sido probado durante el debate, ni tampoco se argumentó al respecto, sólo se recurrió a generalidades. Por tal circunstancia, estimo que este argumento no puede constituir un motivo para considerar errónea la terea de individualización de la pena efectuada por el Magistrado.
Sin embargo, el recurrente ha hecho hincapié en la falta de proporcionalidad en la ponderación de esta agravante.

He analizado pormenorizadamente los argumentos seguidos por el juez del debate para dar sustento a la selección del monto de pena al

[5]"El Tribunal se expidió también sobre la existencia de condena anterior, sopesando la decisión de los Jueces de grado que no la estimaron sino como puesta en valor de la indiferencia del imputado para motivarse en la norma luego de haber sido condenado en suspenso, pues eso era elocuencia de una perseverante actitud proclive a trasgredir las normas penales. Al

que se arribó, y comparto con la defensa que el que mayor análisis mereció fue el vinculado a los antecedentes que registra S.. Si se tiene presente que se trata de una hipótesis de tentativa inacabada, la explicación sobre el monto de pena seleccionado, se explica por la dimensión dada a éste ítem. Repito, puede ser considerado agravante, pero no con el impacto que se infiere otorgado a los antecedentes.

Sobre el particular, considero que el juez no ha valorado que la declaración de reincidencia dispuesta, trae consigo consecuencias en la ejecución de la pena, en particular, la imposibilidad de obtener la libertad

condicional. De tal modo, asignarle una preponderancia excesiva a los antecedentes previos del encartado trae aparejado el riesgo de ponderar doblemente la circunstancia de registrar condenas previas. Por un lado, por imperio del estado de reincidencia, se suprimen derechos durante la ejecución de la pena en virtud de las condenas previas que registra el imputado, y luego, en virtud de la misma circunstancia, se agrava severamente la pena individualizada.

Sobredimensionar la incidencia de los antecedentes como agravante, tiende, a mi juicio, a romper el equilibrio que debe mediar entre los criterios retributivos y los de prevención especial, que justamente deben encontrar su medida en la culpabilidad por el acto. Hacer prevalecer estos últimos sobre los primeros, pone en crisis los mismos principios constitucionales que habilitan la facultad punitiva del Estado, ya que por esa vía se pierde de vista el acto que justifica la pena.

Concordantemente, el Superior Tribunal de Justicia del Chubut ha entendido que "Luego de reivindicar la condición humana desde una ética gue desde Aristóteles, aunque con diferencia, se perpetúa en Santo Tomás, Kant y Hegel, la Corte dictó con elocuencia que ": ...la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma,

o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia..." ya que "...nuestra Constitución impuso desde

respecto expongo mi coincidencia..." (STJCH, autos caratulados "**C., C. p.s.a. de Homicidio Agravado",** 16-12-2013, Expediente N°

22.918 - F° 142 - Año 2013), en igual sentido, "Como agravantes registraron sus antecedentes condenatorios por hechos contra la vida, su nivel económico y cultural, el medio utilizado, la resolución demostrada en su empeño y la extensión del daño ocasionado. No tengo objeciones que realizar..." *(STJCH, del 15- 8- 2013, causa caratulada "**COMISARIA Dtto. Rawson s/ investigación P., D. pto. Homicidio r/victima**" (Expediente 22.928-144-2013 "C").*

siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda

reprochar al autor..."

(STJCH, autos caratulados "C., C. p.s.a. de Homicidio Agravado", 16-12-2013, Expediente N° 22.918 - E° 142 - Año 2013).

Luego de ponerse en caja la incidencia que tuvieron los antecedentes condenatorios de S. para que éste pudiera motivarse en la norma e indicar la necesidad un nuevo
encarcelamiento, recargar las tintas acudiendo nuevamente a los antecedentes, no respondería a los parámetros delineados, tornando ilusorios los principios de racionalidad y proporcionalidad que deben respetarse en la tarea de individualización de la sanción.

Por otro lado, el ítem analizado resulta objetivo, es decir, la potencia asignada a los antecedentes por el juez no guarda relación con aquellas circunstancias que pudieron ser apreciadas exclusivamente por el juez del debate, sino con los argumentos vertidos, y el sentido jurídico a la agravante puede otorgársele.

En consecuencia, teniendo presentes los argumentos vertidos, y en especial aquellos argumentos que se consideraron demostrativos de los agravios que dieron sustento al motivo de impugnación en análisis, estimo que corresponde reducir el monto de pena impuesto en la sentencia recurrida, e imponer a J. M. S. la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento.

III) En cuanto a los honorarios profesionales del abogado de la defensa pública, devengados en esta etapa, deberán fijarse en un treinta y cinco por ciento de los regulados en el punto "2" de la sentencia de grado, los cuales deberán abonados por el imputado dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia (arts. 5,6, bis, 7 y 45 y 49 Ley XIII Nro. 4, antes decreto ley 2200, to Ley 4335 y sus modificaciones Ley XIII Nro. 15). Para ello, se tiene en cuenta la labor llevada a cabo y el resultado obtenido.

Así lo voto.

Por todo ello, la Excma. Cámara en lo Penal del Noroeste del Chubut, con asiento en la ciudad de Esquel, por unanimidad,

RESUELVE:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria interpuesta por el señor Defensor Público Dr. Marcos Aníbal Ponce y confirmar parcialmente la sentencia de condena dictada por el Dr. José

Oscar Colabelli, el día 31 de enero de 2018, registrada con el Nro. 73-2018, por el hecho ocurrido el 8 de octubre de 2017, en perjuicio de B. E. V., por el delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (Art. 42, 45, 164 y 167, inc. 4° en función del art. 163, inc. 4° del Código Penal), declarándolo reincidente por cuarta vez (art. 50 del Código

Penal) con más las accesorias legales y costas del proceso (art. 29, inc. 3° del Código Penal y 239 y 241 y c.c. del CPP)

2) **Condenar a J. M. S.,** cuyos datos personales obran en estos actuados, a la pena TRES AÑOS de Prisión de cumplimiento efectivo.

3) **Regular los honorarios** del Dr. Marcos Ponce en un treinta y cinco por ciento de los que le fueran regulados en el punto 2) de la sentencia de primera instancia (Arts. 1, 5, 36, 44, 45, 59 y cotes. Ley XIII-N°4).

4) Protocolícese, notifíquese y firme remítase copia de la presente y demás piezas procesales útiles al señor Juez Penal a cargo de la Ejecución Penal.

5) Dejar constancia que la Dra. Nelly García ha remitido su voto con firma digital, y que suscribirá la presente en forma material, al término de su licencia por su participación en la sesión mensual del Consejo de la Magistratura.

Dr. Hernán Dal Verme
Presidente

Dra. Carina Estefania
Juez de Cámara

Dra. Nelly García
Juez de Cámara

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº...600
del AÑO 20...18
Conste.-

Lic. Nora Anabela Romero
Profesional
Oficina Judicial Esquel