En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de junio del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"G., E. D. s/ robo en grado de tentativa"** (Expediente N° 21.410-Letra "G" –Año 2008).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 73: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

Contra la sentencia definitiva que condena a E. G. G. P. la defensa interpuso impugnación ordinaria.

El Juez Penal de la ciudad de Puerto Madryn, doctor Horacio Daniel Yangüela, mediante sentencia dictada el día 13 de junio del año dos mil ocho, condenó a G. P. como autor material y penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa y violación de domicilio en concurso real, y lo declaró reincidente.

Que a fs. 57/8 y vta. obra la impugnación ordinaria de la sentencia, en donde la Defensora Oficial, doctora M. A. L., se agravia por la declaración de reincidencia dispuesta en la sentencia contra su asistido.

Sostiene la recurrente que el juez excedió sus atribuciones y dictó de oficio –en el marco de un proceso abreviado- una agravante de condena sin que ello haya sido objeto del acuerdo arribado entre las partes.

Dicha agravante estaría constituida por la declaración de reincidencia, a la que además la impugnante ataca de inconstitucional.

Sobre el primer aspecto, diré que al tiempo de formular la acusación la Fiscalía había ofrecido como prueba documental los antecedentes penales del condenado G., cuya incorporación aceptó la Defensa al tiempo de celebrarse la audiencia de juicio abreviado.

Conocido entonces por esta parte tal extremo, ha de señalarse que la reincidencia no configura una circunstancia agravante de la pena impuesta, ni fue valorada en tal carácter por el sentenciante. Es una cuestión que, según las circunstancias, podrá tener o no consecuencias al tiempo de concederse un beneficio y funcionando como condición resolutoria de la posibilidad de obtener la libertad anticipada del artículo 13 del Código Penal.

La exigencia de la mención explícita de la reincidencia en la sentencia obedece a razones de orden práctico y certeza jurídica que de todos modos no la hacen constitutiva, ya que no causa estado y se encuentra sujeta a reconsideración futura cuando deba analizarse, como en el caso,

la libertad o no del sujeto.

Es por ello que, tal como lo he sostenido al tiempo de integrar la Cámara en lo Criminal de Trelew, la calidad de reincidente puede ser declarada por el magistrado interviniente, siempre que se reúnan los plazos exigidos por la ley sustantiva al tiempo de dictarse la sentencia.

Dicho extremo no puede ser objeto de pacto o acuerdo entre el imputado y el representante del Ministerio Público Fiscal, por ser un estado que se posee con independencia de lo que las partes pretendan.

En consecuencia, la ausencia de petición expresa de declaración de reincidencia por parte del Ministerio Público Fiscal, en la propuesta de juicio abreviado, no impide al tribunal que declare dicho estado, toda vez que la calidad de reincidente se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocer ese estado.

Verificados los extremos exigidos por el artículo 50 del Código Penal, observo que dicha declaración se ajusta a tales parámetros, teniendo en cuenta el antecedente condenatorio que obra en la prueba ofrecida por la Fiscalía y del que surge que con fecha 22 de octubre de 2004 el Juez a cargo de la ejecución del Tribunal en lo Criminal N° 2 de la ciudad de Dolores, le concedió al mencionado la libertad condicional

por la pena impuesta mediante sentencia del día 18 de agosto de 2004, oportunidad en la que fue condenado a la pena única de seis años y seis meses de prisión.

Por lo demás y en cuanto a la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, cabe remitirse a la jurisprudencia de esta Sala en los autos **"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"** (expediente N°20387-B-2006), en los que se rechazó tal planteo.

Por lo expuesto, voto por la confirmación de la sentencia y el consecuente rechazo del recurso de impugnación planteado, con costas.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. De la antología de la sentencia y el contenido del recurso, se ha hecho cargo el doctor Rebagliati Russell quién, como es de su estilo, se centró en los aspectos cruciales de cuanto interesa.

De esta manera, para no incurrir en reiteraciones infecundas al propósito que me convoca, emitiré mi voto sin ninguna digresión previa.

II. Con respecto al asunto atinente a la aplicación de la reincidencia (art. 50 del C.P.), sin que existiera petición fiscal al respecto, seré breve, pues se trata de definir un criterio que, si bien ha admitido posiciones contrarias,

es, al menos para mí, el criterio ajustado a la norma imperante.

Considero que la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con la situación que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado legajo, con conocimiento de las partes, la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena que el causante pudo haber cumplido total o parcialmente.

Así ha sucedido en el presente ya que, conforme puede leerse en el acta de sentencia (fs. 49 vta.) el antecedente condenatorio formó parte de la prueba ofrecida por la Fiscalía (ver carpeta N° 687-Legajo N° 4.947), de donde surge que, el 22 de octubre de 2004, G. obtuvo la libertad condicional en relación con la sanción establecida en la sentencia del día 18 de agosto de 2004, que le impuso seis años y seis meses de prisión en causa: N° 746/735 (autos "E. G. G. P. y otro por Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa en V. D. M.") y su acumulada: N° 466/946 sustanciada por Robo agravado y Desobediencia a la Autoridad en Pinamar.

De esta forma queda desbaratada toda pretensión dirigida a demostrar que hubo sorpresa en la conclusión condenatoria, que podría

erigirse como una violación al derecho de defensa en juicio.

III. En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero, como ya lo he dicho anteriormente en otras causas, que debe también ser desestimada (mi voto en causa "B." un pronunciamiento antiguo de esta Sala)

En efecto, sostuve y sostengo que el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias. Pero ello no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida ésta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia.

En este aspecto también la resolución que se analiza debe ser confirmada.

Por lo expuesto coincidiendo con el Juez Rebagliati Russell en sus conclusiones estimo que corresponde rechazar la impugnación y confirmar la sentencia en crisis, con costas.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Quedaron con claridad establecidos en el primer voto, los motivos de la impugnación ordinaria deducida por la señora Defensora Pública Penal de la Circunscripción Judicial con

asiento en la ciudad de Puerto Madryn, doctora M. A. L.. De modo que no me referiré a ellos para evitar reiteraciones innecesarias.

II. Para responder los agravios blandidos por la impugnante, adelantaré que mi opinión es concordante a la de mis distinguidos colegas preopinantes, pues el ataque al artículo 50 del ordenamiento sustantivo y el planteo de inconstitucionalidad de la defensa, no tendrán acogida favorable en esta instancia.

III. En primer término la recurrente se agravia de que el juez de grado, de oficio, declarara la reincidencia de don E. G. G. P. sin que haya sido motivo del acuerdo arribado entre las partes, ni de un planteo del titular de la acción penal.

Observo que al tiempo de formular acusación el Ministerio Público Fiscal –como ya fue señalado– ofreció como prueba documental la constancia de antecedentes penales del imputado, remitida por el Registro Nacional de Reincidencia. Dicho informe fue declarado admisible en el auto de apertura del juicio oral obrante a fojas 33/34 vuelta e incorporado en la audiencia de juicio abreviado.

No obstante, entiendo que la falta de petición expresa de declaración de reincidencia por parte del Ministerio Público no impide al tribunal que declare dicho estado, toda vez que la calidad de reincidente se asume con el hecho

que motiva la condena. La sentencia sólo se limita a reconocer ese estado y el código de fondo ordena hacerlo siempre.

Por lo expuesto, estimo que este tramo de la impugnación no tendrá acogida.

IV. El planteo de inconstitucionalidad del instituto de reincidencia ya fue resuelto por esta Sala Penal en la causa caratulada "*B.*”, citada en los votos que anteceden.

En aquella oportunidad sostuve que: La consideración de este instituto no transgrede el principio "*ne bis in ídem*", ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso -de conformidad a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito.

Además dije que el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera, como ya se dijo en el voto previo, un estado que se reconoce y declara en la sentencia.

Por lo expuesto, corresponde declarar la improcedencia del remedio deducido por la defensa del acusado, con costas, y confirmar la sentencia dictada por el Juez Penal de la ciudad de Puerto Madryn a fojas 49/50 vuelta, en todas sus partes.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar improcedente la impugnación interpuesta a fs. 57/8 vta., con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 32/2008, de fs. 49/50.

3°) La presente es firmada por dos miembros de la Sala Penal por encontrarse el Ministro Alejandro Javier Panizzi en comisión de servicios.

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: R. Russell, Pfleger, Panizzi.-