En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de julio del año dos mil diez, y luego de deliberar en Acuerdo los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Rubén Portela, Omar Florencio Minatta, y Mónica Rodríguez, con la presidencia de esta última, en los autos caratulados "C., J. R. p.s.a. robo agravado en grado de tentativa" (Carpeta 1772 OJ Tw - Legajo 173 Fiscalía Rw), instruidos contra el Sr. Juan Ramón Casas (DNI. 18.531.431), nacido en Arcadia (Pcia. de Tucumán) el día 13/12/67, hijo de R. (f) y de F. G. (f), soltero, instruido, desocupado, con domicilio en calle S. Nro. *** de la ciudad de Rawson, y actualmente alojado en la Alcaidía Policial de esta ciudad, corresponde resolver la impugnación ordinaria interpuesta por los Dres. O. R. y Abdón Manyauik en representación del acusado, contra la sentencia Nro. 2086/09 dictada en fecha 18/11/09, mediante la cual el juez penal Dr. Roberto Adrián Barrios condenó al Sr. C. a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, más el pago de las costas del proceso y de los honorarios de la defensa, por la comisión del delito de robo doblemente agravado por el uso de arma blanca y arma de utilería en grado de tentativa (**arts. 166, 42 y 45 CP**), con relación al hecho ocurrido en fecha 21/04/09 en la ciudad de Rawson (Pcia. del Chubut).

En la audiencia de impugnación (**art. 385 CPP**) celebrada el día 01/07/10 en sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. R. C. e intervinieron los Dres. R. y Manyauik como sus defensores, mientras que la Dra. Alicia Susana Vilaseca actuó en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación en presencia del secretario (**arts. 385 quinto párrafo, 329 y concs. CPP**), se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: primero el

Dr. Roberto Rubén Portela, luego la Dra. Mónica Rodríguez y por último el Dr. Omar Florencio Minatta.

El juez **Roberto Rubén Portela** dijo:

Comenzaré mi voto efectuando una reseña de los antecedentes de la impugnación traída a conocimiento y decisión de este tribunal colegiado.

A tal efecto, y teniendo en cuenta que en la audiencia llevada a cabo en la sede de esta Cámara (**art. 385 CPP**) la defensa ratificó los cuatro agravios expresados en el escrito de impugnación, y además amplió algunos fundamentos, desarrollaré a continuación una síntesis integral de todos los argumentos expuestos por la parte en ambas oportunidades.

A modo de introducción, la defensa dijo que con anterioridad al hecho juzgado, su asistido fue objeto de una persecución policial por parte del personal de la Comisaría de Rawson, siendo en varias ocasiones demorado por la autoridad policial por averiguación de antecedentes.

Agregó que C. denunció esta persecución ante dicha Comisaría, y que ambas circunstancias –la persecución y la posterior denuncia- fueron reconocidas en el debate por uno de los testigos de la propia parte acusadora (oficial F. D. S.). También sostuvo que el día del hecho (21/04/09) su defendido fue abordado en inmediaciones de su domicilio por un automóvil particular conducido por dos funcionarios policiales, y llevado hasta el lugar donde luego se afirmó que fue encontrado portando elementos vinculados con el hecho ilícito.

A continuación la defensa desarrolló el primer agravio, relatando para ello el hecho atribuido a su asistido, con cita de las constancias del legajo de prueba vinculadas con su detención y secuestro (fs. 03-05). Afirmó que este acta carecía de valor probatorio (**art. 171 CPP**) porque no fue firmada por los testigos de actuación allí consignados –D. y L.-, circunstancia que nunca fue subsanada. Más aún, agregó que en el debate el testigo D. dijo que en ningún momento se le requirió su firma en dicho documento.

En su reemplazo, consideró la defensa, correspondía que la parte acusadora se valiera de otros medios de prueba para fundar la autoría del hecho en cabeza del Sr. C., por ejemplo a través de las declaraciones testificales de los agentes policiales que intervinieron en su detención. Sólo se contó, en cambio, con la declaración del ya citado oficial S., pese a que también habían intervenido -conforme lo que surge del acta atacada- otros agentes policiales (sargento ayudante J. L. G., agente D. L., y cabo M. C.), quienes no fueron convocados al debate.

La defensa luego efectuó una síntesis de la declaración del testigo S., valorada por el juez de mérito, vinculada con los detalles de la aprehensión policial del acusado.

En lo relevante para el agravio formulado, este testigo afirmó que arribó al lugar a bordo de un vehículo particular junto a los policías G. y L., y que de manera inmediata a la detención se observó a una persona que circulaba en bicicleta por la Avda. S., a quien designaron como testigo de actuación.

Según el acta y la declaración de Soto, dijo la defensa, este testigo fue el Sr. C. L. D. Sin embargo, en el debate este testigo manifestó que al ser convocado por la policía, C. ya se encontraba esposado, con su cabeza contra la puerta de un patrullero. En otras palabras, este testigo no vio el momento de la detención, y no hizo referencia a la presencia de un vehículo particular en el lugar. Este testigo, además, dijo que recién unos diez o quince minutos más tarde se convocó a otro testigo de actuación, pero éste tampoco pudo dar alguna referencia concreta acerca del momento de detención de C.

Según la defensa, los elementos secuestrados supuestamente en poder de C. fueron "plantados" por la policía. Sostuvo que en su momento les resultó sumamente difícil colectar pruebas concretas sobre esta circunstancia, al punto tal que en el debate debieron desistir de un

testigo –Da. C.- en virtud del temor invocado por éste, quien había sido ofrecido para declarar sobre la aludida persecución policial en perjuicio de C., e incluso del propio C.

La defensa afirmó que al plantear esta cuestión en los alegatos, el juez de grado dijo que *"sería irrazonable exigir que un civil en forma permanente acompañe a los funcionarios en toda participación, ante la eventualidad de un delito que se cometa y poder contar con su versión imparcial del mismo"*. Pero ello no era lo que se pedía, dijo, sino que al menos los cuatro policías que intervinieron dieran su versión del hecho, para dilucidar posibles discrepancias.

A criterio de la defensa, el principal elemento de cargo –la declaración de S.- es sumamente deficiente, y las demás pruebas permiten afirmar que el acusado C. fue ajeno al hecho. Dijo que ningún testigo pudo reconocer al autor, y que incluso evidenciaron contradicciones respecto de su altura (testigos P. M. F. y D. C. F.) y su vestimenta (testigos N. S. M. y N. C. C. A.).

En cuanto al chofer del colectivo atracado (M. A. C.), la defensa dijo que el juez asignó cierto valor al reconocimiento del acusado que este testigo efectuó en el debate a instancias del MPF, pero consideró irrelevante un reconocimiento judicial en rueda de personas llevado a cabo durante la investigación, porque en dicha oportunidad este testigo no había sido asertivo. Más aún, la defensa sostuvo que era previsible que reconociera al imputado en la audiencia, atento a que ya lo había visto en la citada rueda.

En tal sentido, y como segundo agravio, la defensa insistió en plantear la nulidad de dicha diligencia procesal, por la falta de participación de los defensores de confianza en el acto por no haber sido notificados a tal efecto con la debida anticipación, interviniendo en su reemplazo un defensor oficial.

Consideró que esta decisión por un lado implicó una afectación de la dignidad de la tarea de los defensores, en

tanto obliga a los abogados a desconocer otros compromisos profesionales o personales contraídos con anterioridad, y por otro lado impidió que la defensa de confianza pudiera formular planteos de modo oportuno, por ejemplo oponerse a los "muletos" seleccionados para la rueda (porque pertenecían a la misma Comisaría de Rawson, cuestionada en autos), y solicitar que se respetaran los recaudos previstos en el código de rito (en referencia al **art. 210 CPP**, en particular que se le preguntara al testigo *"si se encuentra en la rueda la persona a la que haya hecho referencia; invitándoselo a que, en caso afirmativo, la designe, clara y precisamente"*).

Como tercer agravio, ya de modo subsidiario, la defensa cuestionó la excesiva pena impuesta al acusado C., y solicitó que se le aplique el mínimo legal previsto para el delito achacado.

En tal sentido, citó algunos pasajes de la sentencia referidos a los criterios tenidos en cuenta por el juez para determinar el monto de la pena, en particular la violencia física ejercida contra las víctimas y los antecedentes penales del acusado.

Al respecto, la defensa sostuvo que la violencia física en las personas es uno de los elementos tipificantes del robo, y que en este caso no había excedido el mínimo necesario para llevar a cabo el cometido. En efecto, ni el chofer –C.- sufrió daño alguno (al punto tal que la pistola secuestrada en autos era de juguete, y tampoco fue utilizada como arma impropia), ni tampoco la pasajera que habría sido amenazada con un arma blanca (C. A.).

En cuanto a los antecedentes penales de C., la defensa reconoció la sentencia condenatoria cumplida en la Unidad 6 de Rawson, pero consideró que en lugar de actuar como un agravante dicha circunstancia debía servir como un atenuante de la pena, por los efectos de la prisonización. En otras palabras, quien sufrió la cárcel es más vulnerable, y por

ende la exigencia de amoldarse a las normas penales es diferente.

Como cuarto agravio, la defensa planteó la inconstitucionalidad del **art. 50 CP** (reincidencia). Con cita de jurisprudencia local (el voto del Dr. Minatta en el caso "C., D. y otro s/hurto tentado y resistencia a la autoridad" – Expte. Nro. 99/09 C1C y sus acumuladas, resuelto en fecha 12/10/06; y el caso "C., C. y E., C. s/ robo calificado" – Expte. Nro. 55/06 C1C, resuelto en fecha 27/09/06), la defensa consideró que la reincidencia viola algunos principios fundamentales del derecho penal, en particular el principio de culpabilidad y la prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*).

A dichos argumentos, la defensa agregó que el sistema penal está destruido, que no sirve a los fines de resocialización, y que no se puede exigir el cumplimiento de la ley cuando es el mismo Estado el que no la cumple (por ejemplo, porque se carece de un órgano técnico criminológico, y porque los condenados no desarrollan labores a modo de capacitación).

Concedida la palabra al Ministerio Público Fiscal durante la audiencia de revisión, con relación al primer agravio (la falta de pruebas para acreditar la responsabilidad penal de C. en el hecho atribuido) la representante de la acción penal pública consideró que los detalles de la aprehensión del imputado C. fueron acabadamente desarrollados en la sentencia de condena, en particular a través del análisis de la declaración del testigo de actuación D.

Sobre este particular, la fiscalía consideró que el acto fue regular. Dijo que era poco probable la presencia de un testigo civil en el momento mismo de la aprehensión, y que éste llegó con posterioridad, y presenció el palpado de armas y el secuestro de objetos. Por otra parte, si bien este testigo no suscribió el acta, reconoció su firma en los sobres que le fueron exhibidos en la audiencia.

Más aún, la fiscal negó que la sentencia estuviera basada en un único testigo. Si bien se reconoció la ausencia de firma en el acta cuestionada, a la par dijo que el juez corroboró las circunstancias del hecho a través de la totalidad de los testigos (ocho de los catorce pasajeros del vehículo público atracado).

En cuanto al segundo agravio (la solicitud de nulidad del reconocimiento en rueda), la fiscalía consideró que se trató de un tema de análisis probatorio y de su incidencia en la convicción del juez, en conjunción con el reconocimiento efectuado por el damnificado durante el debate. En otras palabras, entendió que no se lo podía tildar de nulo porque formó parte del sistema de apreciación del sentenciante.

Y en lo atinente a la no intervención de la defensa de confianza en dicho acto, la fiscal afirmó que en la sentencia el juez dejó señalado que la propia parte había sido consultada respecto de su consentimiento para que el acusado fuera asistido por un defensor oficial, no advirtiendo vicios procesales que impliquen su nulidad.

Con relación al tercer agravio (la excesiva pena impuesta), la representante de la acusación pública sostuvo que si bien la violencia integra el tipo penal, había sido evaluada en los términos de los arts. 40 y 41 CP en forma integral con la interpretación del suceso. Que ello fue así, con la finalidad de ponderar la extensión del daño causado y la real dimensión del hecho para los damnificados, a efectos de determinar la pena, y que por ello no se debía modificar la sanción impuesta.

Por último, en lo que concierne al cuarto agravio (inconstitucionalidad de la reincidencia), la fiscal consideró que el instituto guarda compatibilidad constitucional conforme las interpretaciones que del mismo han efectuado la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut y la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, en orden a que la reincidencia es un estado que debe ser declarado en la sentencia, y que para ello se debe respetar un procedimiento acusatorio previo que permita discutir la existencia y el cumplimiento –total o parcial- de la pena anterior.

El contradictorio exigido se cumplió en el presente caso, dijo la fiscal, toda vez que durante el curso del debate se controvirtió esta cuestión, se exhibieron los antecedentes que la fundaban, y se llegó al pronunciamiento del juez de grado.

Y en relación con los principios constitucionales presuntamente violentados por la reincidencia (*ne bis in idem*, igualdad ante la ley, principio de culpabilidad, etc), la fiscalía efectuó una reseña –invocando para ello la Instrucción Nro. 003/09 PG- de los diversos antecedentes jurisprudenciales del Superior Tribunal local (casos "B." y "C."), y de la Corte Suprema nacional (casos "L'Eveque" -con citas de los casos "Pace v. Alabama", "Beeper v. Texas" y "Moore v. Missouri" de la Suprema Corte de los Estados Unidos-, "Mannini" y "Gago"), mediante los cuales estos tribunales rechazaron estos planteos y confirmaron la constitucionalidad de dicho instituto.

Al momento de las réplicas, la defensa solicitó que se tuvieran en cuenta los registros de audio de las declaraciones de algunos testigos en el juicio oral, a efectos de que el tribunal verifique las contradicciones sobre el momento en que el testigo de actuación llegó a la aprehensión policial del acusado (testigo D.); la existencia de una persecución policial previa al hecho en perjuicio del imputado, y la posterior denuncia de éste ante la Comisaría de Rawson (testigo S.); y la intervención de los funcionarios policiales que se encargaron de fotografiar los elementos presuntamente hallados en poder de C. en un momento muy posterior a su detención, a diferencia de lo consignado en las actas (testigo V.).

Finalmente, se cedió el uso de la palabra al acusado J. R. C., quien nada manifestó.

A continuación, entonces, ingresaré en el tratamiento y solución del caso.

Como ya quedara asentado precedentemente, podemos sintetizar que los agravios de la defensa se circunscriben esencialmente en los siguientes motivos: a) errónea apreciación de la prueba; procedencia del beneficio de la duda a favor del imputado; b) excesiva pena impuesta; c) inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal; y d) planteo de nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas.

Enmarcadas las cuestiones que atacan la sentencia dictada en fecha 18 de noviembre del año 2009 y registrada bajo el nro. 2086/09, adelanto mi opinión en cuanto a que no acogeré las pretensiones sostenidas por la defensa. Ello, en virtud de que el análisis de la prueba registrada y del pronunciamiento del sentenciante, demuestran acabadamente que tanto la valoración probatoria como los otros tópicos ya enunciados, fueron suficientemente abordados y fundados.

En primer lugar resto credibilidad a la imputación de "implantación de pruebas" que se adjudica al personal policial interviniente en el procedimiento, como así también el hecho de que el día 21/04/09 (día en que se produjera el hecho) el acusado fuera abordado en su domicilio y llevado al lugar donde se llevara a cabo el procedimiento de su detención y secuestro de los elementos mal habidos.

Esta exposición del defensor la descarto por inverosímil, toda vez que carece de toda posibilidad de demostración. Lo afirmado anteriormente se apoya fundamentalmente, como lo confirmaré más adelante, en pruebas testimoniales de funcionarios policiales y civiles, que se encargan de destruir la hipótesis invocada por la defensa.

Estas consideraciones me llevan a rechazar de plano la supuesta actividad de "corrupción" que involucraría a "algún" funcionario policial en la investigación del

presente ilícito, circunstancia que fuera inducida a través del discurso del defensor.

Asimismo haré referencia a un presunto acoso, también señalado por el representante técnico del procesado, por parte de la policía y en perjuicio de su cliente. Sobre este aspecto tampoco consta que ello haya sido así, a pesar de que -como ha quedado probado- el imputado cumplía una condena de dieciocho años de prisión impuesta en fecha 12 de septiembre de 1997 por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 29 de Capital Federal, como autor material del delito de homicidio en ocasión de robo, encontrándose a la fecha del hecho bajo el régimen de libertad condicional (tal como surge del informe de la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Nacional, obrante a fs. 28 del legajo de prueba), por lo que va de suyo que debía cumplir ciertas reglas de conducta según lo establece el art. 13 del Código Penal.

Indudablemente el cumplimiento de estas pautas deben ser controladas, sea por la policía u otra institución, y de modo alguno pueden ser tomadas como en el caso como causantes de un acoso o probables excesos cometidos por los funcionarios policiales. Sí observo, en cambio, que dichas invocaciones tienen como objetivo único mejorar la situación procesal del condenado, aunque no tenga -como en este caso- el éxito deseado.

De esta manera, he tratado de despejar cualquier duda en cuanto al correcto procedimiento que le cupiera en la oportunidad de llevarse a cabo el procedimiento policial, obteniendo como resultado la detención del imputado y secuestro de elementos vinculados al delito, otorgándole, en consecuencia, plena validez al no constatarse irregularidades en la dimensión pretendida por la defensa.

Es irrefutable y lógico que la presencia policial en el lugar del hecho fue requerida a través de una comunicación telefónica, por lo que, inmediatamente, funcionarios policiales de la Comisaría de Rawson arribaron al lugar y, con las características aportadas en esa llamada y otras informaciones recibidas posteriormente, hicieron posible la

detención del imputado casi inmediatamente después de producido el hecho.

El funcionario policial F. D. S., al prestar declaración en la audiencia, confirma este anoticiamiento en cuanto al acontecimiento ilícito, explayándose sobre otros detalles que hacen a la fecha, hora y lugar en que fuera recepcionada esta comunicación telefónica por el Cabo M. C., como así también la vestimenta adjudicada al que ejecutara el evento. Por este motivo se moviliza en forma inmediata el declarante conjuntamente con el Sargento José Luis Gigena y el Agente D. L., hacia el lugar del hecho, y sobre la Avda. S.-a pocos metros de la rotonda Don Bosco- visualizan a un sujeto que en principio respondía a las características brindadas, a quien se le secuestrara una pistola de juguete, bono de A., dinero en efectivo, una billetera y una cuchilla con mango de goma, reconociendo el testigo los sobres con su firma labrados por la policía al momento de realizar las primeras actuaciones.

Idéntica situación nos la brinda I. E. V., funcionaria policial perteneciente a la Unidad de Criminalística, quien concurre al lugar donde se encontraba el imputado detenido, testimoniando y confirmando los secuestros de elementos que fueron utilizados en la concreción del ilícito, tales como un arma que aparentaba ser de fuego, percatándose que era de plástico, un cuchillo fuera de la vaina, y el producto obtenido, tales como dinero en efectivo, bonos de colectivo, un carnet de obra social de los gastronómicos y un boleto de colectivo de la Empresa "28 de julio". Todos estos elementos fueron ensobrados, avalándose ello a través de fotografías incorporadas a fs. 32/59.

Ratificando parte de lo que vengo describiendo, tenemos el testimonio de C. L. D., testigo de actuación, quien en el curso del debate manifiesta que el día y hora de ejecución del ilícito, convocado por personal policial, verificó la presencia de un detenido como así también algunos elementos

secuestrados, tal el caso de dinero y un arma de juguete, reconociendo su firma en los sobres ya mencionados. Respecto a la omisión de la rúbrica por parte del testigo en el acta de aprehensión y secuestro, esto no es óbice alguno para considerar la validez de lo actuado, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto por el Código de Procedimientos en su art. 130, en relación con el art. 171, que si bien exige la firma de todos los participantes en el acto, en el último párrafo aclara que tiene validez cuando esta omisión pueda ser suplida con certeza sobre la base de otros elementos de prueba, por lo que la declaración personal del testigo en el curso del debate, reconociendo su intervención, concede a esta actividad entidad suficiente para su consideración incriminatoria.

Esta convalidación de la actividad llevada a cabo por la autoridad de prevención se convierte en otro elemento para refutar las aseveraciones de la defensa, señalando ciertas conductas de "corrupción" en la adquisición de la prueba y de la presencia del imputado en el lugar de los hechos, toda vez que el testigo de actuación al que me vengo refiriendo, también sostiene en forma enfática que él transitaba por el lugar siendo convocado por el funcionario de policía para presenciar lo que estaba haciendo. Es decir, si bien es cierto que estaba detenido, era imposible que presenciara este acto desde el inicio mismo, por lo que se encontró en este escenario una vez producida la detención del sospechoso, y posterior secuestro de elementos que el imputado llevaba consigo y que lo vinculaban directamente con el ilícito investigado.

A través del análisis de la prueba es conveniente invocar el testimonio de M. A. C., chofer del colectivo Interno nro. ** de la E. "** de J.", cuyo viaje iniciara en la Terminal de Ómnibus de la ciudad de Rawson aproximadamente a las 21:30 hs., con otros pasajeros además del imputado.

Relata que a poco de iniciar el trayecto a Trelew, fue sometido por el imputado, apuntándole a una pasajera que estaba sentada detrás del declarante, exigiéndole dinero y

que, previo a bajarse este individuo, en proximidades a la rotonda donde se encuentra el lobo –ya saliendo hacia la ruta-, lo amenaza para que no lo denuncie, porque de lo contrario iba a ir en ataúd a Trelew. En otra parte de su alocución sostiene que fueron los pasajeros los que se comunicaron telefónicamente con la Policía, es decir que también por esta vía se constata que la información de lo acaecido efectivamente se realiza telefónicamente, tal como lo dejara asentado el personal policial actuante. Quien cumplió este cometido fue la Sra. O. E. V., otra de las pasajeras del transporte público, tal como surge de su declaración prestada en el juicio.

El testigo C., al realizar el reconocimiento de cosas, individualiza la billetera secuestrada al imputado como propia, y sostiene que el boleto -también secuestrado al acusado- se corresponde con el que se le expendiera al momento de abordar el colectivo, demostrándolo con las planillas agregadas a fs. 67 y 68 del legajo de prueba.

Luego tenemos, con respecto a la producción del hecho, otras declaraciones tales como la de D. C. F. y P. M. F., agregando ésta última que ella iba sentada en el primer asiento del colectivo (aspecto que concuerda con lo manifestado por el chofer de la unidad), pudiendo observar cómo el imputado apuntó al chofer, pidiéndole la plata con algo que parecía un arma, y que luego descendió del transporte para desaparecer.

E. A., E. N. F., N. S. M., K. Y. G., G. I. S. y N. C. C. A., completan las testimoniales que describen el tiempo, modo y lugar en que se materializara el ilícito.

En este sentido, resulta particularmente relevante la declaración de la testigo N. C. C. A., quien manifestara en la audiencia de debate que luego de ascender al rodado en la terminal, se sentó en el asiento de adelante, y en G. M. y S. subió su amiga y se sentó a su lado -detrás del conductor- y comenzó a hablar con él, y pasando la rotonda

(pasando el puente hacia la estación de servicios), una persona se paró, le puso un objeto punzante en las costillas, y le dijo que se tirara para atrás: *"quedate quieta o te pincho"*.

Según esta testigo, esta persona nunca le sacó el cuchillo de la costilla, y también amenazó con algo –que no pudo ver- al chofer, pidiéndole a éste el dinero que llevaba. A la altura del último semáforo le dijo que detuviera el colectivo, y estando el rodado aún en marcha, se bajó, amenazó al chofer diciéndole que si lo denunciaba lo iba a *"cagar matando"*, y salió corriendo.

Estimo que el magistrado interviniente, en el dictado del pronunciamiento atacado, ha merituado adecuadamente dentro de las reglas de la sana crítica (art. 25 del Código Procesal Penal), las probanzas producidas y escogidas para arribar a las conclusiones que apontoco. La imputación adjudicada al incriminado, se basa en la obtención de la certeza, aventando cualquier duda al respecto. En ese sentido encuentro endeble el argumento defensivo que propone el defensor, por lo que cabe rechazar el agravio tratado.

Si bien la defensa dispuso una enunciación de los agravios, con el objeto de ordenar la exposición y que la misma sea vinculante a lo que vengo tratando, me dedicaré a analizar el planteo de nulidad de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas.

Sobre este aspecto ya el magistrado de la primera sentencia fue contundente al dejar de lado dicha actividad procesal en la evaluación de la prueba escogida, es decir, en una palabra, no la tuvo en cuenta en la composición probatoria que llevaron como conclusión la condena del encartado.

En ese sentido, entonces, si el reconocimiento en rueda de personas no forma parte de la prueba evaluada por el sentenciante, toda vez que esta decisión surge de los propios considerandos de la sentencia, dándosele razón a la defensa, es sobreabundante el tratamiento de esta cuestión. En ese entendimiento el suscripto rechaza la nulidad pretendida por la defensa respecto de esa actividad

procesal, ya que si esta prueba no fue tenida en cuenta por el magistrado interviniente en la sentencia atacada, no encuentro respaldo al argumento del representante técnico del condenado.

En efecto, caeríamos en la redundancia de la declaración de nulidad por la nulidad misma, con ninguna consecuencia jurídica distinta en el caso, ya que los efectos que podría acarrear ésta no modifican el resultado de la sentencia. Es decir, no hay nulidades en solo beneficio de la ley, y su dictado tampoco traería un beneficio para el requirente, pues las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (esto último, S.T.J. Misiones, 12/12/2001, Expte. 357/2000, Res. 635, publicado en DONNA, Edgardo (dir.), *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 569).

En este agravio planteado también debo concluir, al igual que lo hiciera con el anterior, en su rechazo.

Acto seguido me adentraré en la ponderación de otro de los agravios presentados por la defensa, y es el correspondiente a la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal referido a la reincidencia.

El suscripto ya ha tratado con anterioridad su postura en este tipo de instituto adhiriendo a la orientación adoptada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, entre otros casos en autos "B. V. A. p.s.a. de robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expte. Nro. 20387-201-2006), toda vez que, como surge de ese pronunciamiento, la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocerlo. Este instituto "*... no transgrede el pronunciamiento "ne bis in idem" 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 arts. 40 y 41 del Código Penal-. Recordemos que el art. 41 inc. 2do. del código sustantivo, cuya constitucionalidad no ha sido objetada por la Defensa, determina que los Tribunales fijarán la condena teniendo en cuenta, además de la participación que haya tomado en el hecho el condenado, las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes, condiciones y vínculos personales, la calidad de los individuos y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad...".

Así, *"... El tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del art. 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..."*. Lo entrecomillado pertenece a párrafos extraídos de la sentencia mencionada anteriormente.

He aportado la fundamentación sostenida por el máximo Tribunal de la Provincia, a la que adhiriera desde vieja data, ya que considero que esta declaración se condice con la voluntad del legislador de tener presente la anterior condena, como dato objetivo y formal, con el objeto de exigir mayor precisión en el tratamiento penitenciario para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (BAIGUN, David – ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coords.), *Código Penal y Normas Complementarias – Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, tomo 2-A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, págs. 353/354).

En razón de lo expuesto, en definitiva, concluyo también en el rechazo del agravio interpuesto por la defensa sobre la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia previsto en el art. 50 del Código Penal.

Por último, resta avocarme a la cuestión de la excesiva pena impuesta invocada por la defensa, atendiendo a los tres años y seis meses de prisión impuestos en la condena.

Respecto a este tópico, encuentro que la pena impuesta por el magistrado interviniente se adecua al caso previsto en la presente causa, dando las razones para la determinación de la sanción escogida, encontrándose dentro de los parámetros de máximo y mínimo contemplados en el tipo. Fueron valorados los distintos elementos mensurativos para la ponderación de la pena (arts. 40 y 41 del Código Penal), por lo que corresponde confirmar la decisión asumida.

Por todo ello, estimo que el fallo debe ser confirmado en toda su extensión, rechazándose en consecuencia los agravios sostenidos por la defensa.

Finalmente, impongo las costas al condenado (**art. 241 CPP**), y regulo los honorarios de los profesionales intervinientes por la labor desplegada en esta instancia, en la suma de dos mil pesos, en virtud de lo establecido en los **arts. 5, 7, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes ley 2200).**

La jueza **Mónica Rodríguez** dijo:

1. En fecha 18 de noviembre de 2009 el juez penal Roberto Adrián Barrios dicta sentencia condenatoria contra el impugnante, J. R. C., imponiendo una pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, como autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca en grado de tentativa (art. 166 inc. 2°, 42 y 45 del CP), respecto del hecho ocurrido en la ciudad de Rawson el día 21 de abril de 2009 en el que resultara damnificado M. A. C., en ocasión de prestar funciones como chofer del interno ** de la empresa de colectivos "** de J.".

2. Contra esa decisión la Defensa técnica del acusado, representada por los Dres. Abdo Manllauix y E. R., interpone recurso ordinario en los términos del art. 374 C.P.P., centrando básicamente su agravio en la invalidez de las actuaciones que fundan la decisión del Juez del mérito en

punto a la autoría de su defendido. Subsidiariamente impugna la pena impuesta en la sentencia, solicitando se la disminuya al mínimo legal y cuestiona la constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

3. Por razones de brevedad no he de reproducir la descripción de los antecedentes del caso. En tal sentido me remito al detallado *racconto* efectuado por el Magistrado que guía el acuerdo, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

No ha sido puesta en crisis la prueba que hace a la materialidad del hecho delictivo, por lo cual no corresponde ahondar en este aspecto del pronunciamiento, detalladamente descripto por el Juez a-quo en el fallo recurrido.

La Defensa centra su crítica en la nulidad del acto de detención y secuestro de elementos al imputado C. -fs. 3/5 del legajo fiscal-, indicando que las irregularidades formales de la actuación se deben a que, en realidad, existió una maniobra corrupta del personal policial interviniente que habría trasladado a C. desde inmediaciones de su domicilio hasta el lugar de la aprehensión y "plantado" los elementos que lo vinculan al ilícito, circunstancia que reconoce como antecedente una situación de persecución policial contra su asistido y que le resulta imposible de probar.

Si bien es claro que las formalidades procesales, con sus estrictas exigencias de tiempo, modo y lugar, tienen el sentido de garantizar el respeto de los derechos de las partes involucradas en el proceso y el interés social implicado en la administración de justicia, su inobservancia sólo configura una nulidad insanable del procedimiento cuando revele la violación de un derecho o garantía constitucionalmente consagrados.

Si en cambio, como en el caso, se trata de omisiones formales subsanables, como lo es la falta de firma de un testigo de actuación que luego corrobora esa intervención en la audiencia de debate y que, además, suscribe al momento de la diligencia cuestionada los sobres conteniendo secuestros, la cuestión planteada se aleja del ámbito de la *invalidez* de

los actos procesales para ingresar en el de la *eficacia probatoria* de los datos introducidos al proceso.

Así, entiendo, la declaración testimonial de quien oficiara en la diligencia de fs. 3/5 como testigo de actuación, C. L. D., permite tener por saneada la falta de firma en el acta y, por consiguiente, subsistente y válido el secuestro de los elementos allí consignados, así como la aprehensión del imputado en cercanías del lugar del hecho y a instantes de ocurrido el mismo.

4. Cierto es que una falsedad como la que se denuncia resultaría de difícil prueba, teniendo en cuenta que el testigo civil llega cuando ya está detenido C., por lo que el *contenido* del acto atacado -hallazgo en poder del nombrado de elementos de propiedad del damnificado-, exige contrastar la diligencia con los demás datos probatorios válidamente introducidos al proceso, como lo son las declaraciones testimoniales de quienes resultaron damnificados por el hecho.

Ello así pues suponer que la policía le *plantó* los elementos incriminantes al acusado implicaría, necesariamente, presumir que la autoridad contó con la complicidad cuando menos del chofer del colectivo, ya que de otro modo no se explica de qué manera pudo la prevención obtener la billetera de C., así como los objetos personales del nombrado que contenía, cuyo secuestro en poder de C. se hace constar en el procedimiento que se cuestiona, realizado instantes después de ocurrido el hecho. Afirmarlo del modo que lo propone la Defensa obligaría a trasponer el límite de la mera hipótesis para pasar al campo de una afirmación francamente temeraria.

5. Entrando a reevaluar la prueba, a partir del fiel registro que queda de lo actuado en el debate, es preciso repasar las declaraciones de los testigos, además de examinar los documentos y los objetos secuestrados en el caso. En tal sentido encuentro que la valoración que realiza

el Juez a-quo, rigurosa y detallada, se ajusta sustancialmente a los datos probatorios que han sido introducidos por los testigos en el debate.

La declaración prestada en juicio por M. A. C., chofer del colectivo damnificado, resulta relevante para la decisión del caso. Así, el nombrado declara que saliendo de la terminal sube al colectivo la persona que resultaría ser el autor del hecho, a quien le da el boleto. Luego sale de viaje hacia Trelew y de repente lo ve detrás suyo, encapuchado, apuntándole a la chica que estaba sentada en la primera fila. Ese hombre le dice "flaco quedate quieto", él le da la plata, baja la velocidad del micro, el ladrón le dice "mantené la velocidad" y antes de llegar a la rotonda que sale a la ruta 25, le dice que no lo vaya a denunciar porque si no el testigo va a "ir en un ataúd a Trelew", se baja pasando el semáforo y dice "dale y no mirés". C. indica que pasa la rotonda y estaciona el coche y ahí llaman los pasajeros a la policía. Sostiene que el cuchillo era uno de esos fileteros y el arma negra. Indica que el autor vestía un buzo negro con letras blancas y una gorra blanca, tenía la capucha colocada y debajo una gorra, dichos que resultan reforzados por similares descripciones, aún con diferencia de matices por la inesperada situación vivida, de varios de los pasajeros del micro.

C. afirma que le entrega al ladrón la billetera conteniendo plata, sin recordar la cantidad exacta. Luego, en la audiencia de debate, reconoce el boleto secuestrado, coincidente con la numeración descripta en una copia de la planilla de la empresa 9 de julio -confeccionada por su puño y letra-, así como también la billetera conteniendo elementos que nombró como "papeles que uno guarda", en relación a un dibujo que le hicieron sus hijos, un almanaque, un papel relacionado con una agencia; asimismo observa como similares a los empleados por el autor del robo tanto el arma como el cuchillo secuestrados.

También resulta relevante la declaración prestada por quien interviniera en la diligencia de aprehensión y secuestro de fs. 3/5, C. L. D. El testigo dice que iba

pasando en bicicleta y lo paró la policía, y que presenció la requisa que le hicieron a una persona que tenían esposada. Aclara que la requisa se hizo una vez que llegaron los dos testigos; recuerda “más o menos” los elementos que le encontraron, señala que había muchas cosas, plata y también un arma de juguete. Refiere haber firmado unos sobres –diez-, reconociendo en los mismos su rúbrica en la audiencia.

Lo anterior, con más las restantes declaraciones de los testigos que viajaban en el colectivo, permite corroborar la sinceridad de los dichos de los policías S. y V., cuya detallada ponderación en el voto que antecede comparto, lo cual permite descartar definitivamente los cuestionamientos de la Defensa en punto a la autoría de C. en el hecho investigado.

La justa valoración que efectúa el Magistrado a-quo acerca de la fiabilidad que merecen los nombrados testigos en autos, ajenos a todo interés de distorsionar la realidad o de perjudicar al acusado, me persuade del acierto del fallo de condena.

Si bien comparto la postura de la Defensa en cuanto sostiene que no resulta correcto, en el caso, valorar como indicio el reconocimiento que realiza C. en la audiencia de juicio respecto del imputado -teniendo en cuenta el resultado de la diligencia anterior sumado a la situación de estar C. sentado en el “banquillo”-, entiendo que dicha ponderación no incide en la solución contenida en el fallo, toda vez que descartada la nulidad de la diligencia de fs. 3/5, la tenencia de la res furtiva instantes después del hecho, en cercanías del lugar -sólo se requiere unos minutos para llegar hasta el sitio de aprehensión-, más los dichos de los testigos, resultan la mínima actividad probatoria de cargo capaz de derribar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

6. Todo lo expuesto me lleva, en sintonía con la opinión del Vocal que guía el presente acuerdo, a idéntica conclusión que la sentada en la sentencia por el Juez del mérito, esto es, afirmar la corrección y suficiencia del razonamiento seguido en la fijación de los hechos. La reconstrucción fáctica coincidente con la hipótesis fiscal aparece, en mi opinión, como el fruto de un correcto razonamiento a partir de distintos elementos probatorios, prolijamente enunciados y valorados, aventando toda duda tanto respecto de la materialidad del hecho como en lo que hace a la cuestionada autoría del acusado.

Por todo ello entiendo razonable que el Juez a-quo haya considerado que la crítica de la Defensa no alcanza a erosionar el cuadro probatorio cargoso acumulado en autos, suficiente como para destruir el estado de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso, por lo que coincido en la solución propuesta al acuerdo, esto es, confirmar el fallo recurrido en cuanto a la declaración de autoría responsable del acusado J. R. C. en el hecho. Así lo voto.

7. Cabe, pues, ingresar al agravio vinculado a la cuantificación penal fijada en la sentencia de mérito en tres años y seis meses de prisión, habiendo requerido la Defensa, *ad eventualiter*, la aplicación del mínimo de la escala penal prevista para el delito atribuido.

Un primer marco de análisis exige tener en cuenta que la subsunción legal de los hechos decidida por el Tribunal del juicio prevé una escala penal que reconoce un mínimo de dos años y medio de prisión, según lo dispuesto en el art. 42 en relación al 166 inc. 2°, primera parte, del Código Penal.

Al requerir la pena en el debate la Fiscalía solicita la aplicación de cuatro años de prisión, considerando el doble agravamiento por el empleo de dos armas, una blanca y otra que aparentaba ser de fuego, la peligrosidad demostrada en el hecho así como la circunstancia de que se encontrara el acusado gozando de libertad condicional.

He de apartarme en este punto de la opinión del colega que me precede en el orden de votación. La circunstancia que decide el sentido de mi voto viene dada por el hecho de que

en la audiencia preliminar –cfr. fs 40 vta.- la Fiscalía propone que se proceda abreviadamente (art. 355 CPP), requiriendo la aplicación del mínimo legal de la pena. No habiendo aceptado el imputado la propuesta, al momento del debate la representante de la vindicta pública eleva significativamente su requerimiento sancionatorio –a cuatro años de prisión- sin que haya dado fundamento alguno que permita ponderar la razonabilidad del sustancial cambio, como lo exige el art. 25 segundo párrafo del CPP.

Así, no habiéndose modificado la acusación original en el juicio, no se entiende por qué razón habría de mutarse la individualización y proporcionalidad ponderada con anterioridad al debate, más allá de la faceta transaccional que prima en este tipo de acuerdos. Si la aplicación del mínimo legal satisfacía entonces el interés público involucrado, no encuentro lógica ni justa la elevación del pedido de pena después de la sustanciación del juicio, sin otros argumentos que así lo justifiquen.

Interpretar lo contrario implicaría convalidar hacia futuro la posibilidad de una práctica distorsiva del funcionamiento del instituto del juicio abreviado, que aparece como un verdadero castigo adicional para quien no acepte un acuerdo de abreviación del trámite.

Sin perjuicio de lo dicho considero, también, que las pautas mensurativas de la pena que desarrolla la Fiscalía en el juicio –peligrosidad y reincidencia- no configuran fundamento suficiente para apartarse del mínimo de la escala penal prevista para la figura atribuida, teniendo en cuenta que se trata de un hecho que no exhibe particularidades, en su gravedad, que permitan ubicarlo por encima de ese parámetro. He de coincidir, pues, con la pretensión punitiva concretada por la Defensa en el punto, esto es la adecuación del mínimo legal como sanción proporcionada al hecho imputado, por lo que cabe disminuir la pena impuesta a J. R. C. por el Juez a-quo, fijándola en la de dos años y seis

meses de prisión, de conformidad a lo normado por el art. 166, inc. 2°, art. 42, 45, 40 y 41 del Código Penal.

8. Entrando al análisis del planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, tengo dicho en anteriores pronunciamientos –y lo he de reproducir aquí- que se trata de uno de los temas más debatidos dentro del ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia. La falta de acuerdo se traduce en argumentaciones que van desde el extremo del positivismo peligrosista o las nuevas nociones funcionalistas de estabilización de la norma penal, a aquellas que denuncian la ilegitimidad del instituto por resultar violatorio de principios constitucionales básicos del derecho penal liberal.

Desde hace dos siglos la cuestión viene debatiéndose intensamente. Autores como Mittermaier, Pagano, Carmigiani, Tissot, claros exponentes del liberalismo penal, han criticado duramente el instituto, considerando que tomar en cuenta para la mayor severidad de la pena delitos anteriores implica castigar el modo de vida del individuo (derecho penal de autor).

Se trata, tanto la reincidencia como otras figuras asociadas a ese instituto (multirreincidencia, habitualidad, etc), de normas que habilitan una respuesta punitiva de mayor gravedad en supuestos en que el individuo con anterioridad haya sufrido pena por otro delito, es decir, se prevé una mayor reacción punitiva para quien “hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad”, para decirlo en los términos de la norma cuestionada.

Cabe, en primer lugar, recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, de modo reiterado, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, última ratio del orden jurídico (Fallos 302:457). El Alto Tribunal ha sostenido, también, que no corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto (Fallos 240:223; 247:121; 250:410; 251:21, entre otros).

La Fiscalía en el caso, al oponerse al planteo de la recurrente, ha indicado –además de la Instrucción Fiscal N°03/09 de la Procuración General de la Provincia-, que los precedentes que emanan del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, así como los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son coincidentes en cuanto a considerar constitucional el instituto en cuestión.

No desconozco, en modo alguno, la autoridad institucional de los aludidos fallos, tanto de la Corte Suprema, en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como del más Alto Tribunal judicial de la Provincia. Tampoco ignoro los alcances de la llamada “doctrina del leal acatamiento” a la jurisprudencia de los tribunales superiores, delineada por el Alto Tribunal in re "C. S. L."(Fallos 307:1094), entre otros, en tanto indica que *"si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos"* (conf. doc. de Fallos 25:354), por lo que *"carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia"* (Fallos 307:1094 cit., consid. 2, y 311:1646, entre otros).

Sin embargo mi convicción, que desde ya adelanto coincide con la posición sostenida en el recurso, me impone ser coherente con quienes consideran que el instituto de la reincidencia lesiona principios constitucionales básicos del proceso penal y constituye un obstáculo para la humanización de la respuesta punitiva del Estado, en cuanto a penas privativas de la libertad se refiere. Tal es, según

entiendo, la interpretación legal que en mayor medida compatibiliza la reacción estatal frente al delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

Es sabido, por otra parte, que tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella, contienen normas operativas que no pueden dejar de observarse mediante la invocación de otras de inferior jerarquía. En idéntico sentido limitativo opera el art. 10 de la Constitución de la Provincia del Chubut, en tanto veda a los jueces la aplicación de toda ley que prive de las garantías que ella asegura.

He de sostener, pues, las fundadas objeciones que ha merecido el instituto y que, valga decirlo, son cada vez más numerosas en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones positivas, según muestra el derecho comparado.

Además, tal postura no sólo resulta concordante con la de prestigiosos juristas y colegas –que merecen incuestionable respeto-, sino que es coincidente, también, con los argumentos esbozados por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Gramajo, Marcelo" (05/09/06), pese a que en ese caso el Alto Tribunal no aborda la cuestión de la reincidencia sino un instituto íntimamente vinculado a ella, como es la "reclusión por tiempo indeterminado", prevista en el art. 52 del Código Penal Argentino.

La estrecha relación entre estos dos institutos, en tanto ambos agravan la respuesta punitiva por las condenas anteriores, exige analizar exhaustivamente los argumentos plasmados por los Jueces del Alto Tribunal en dicho fallo y su vinculación con la problemática que trato en tanto, según entiendo, la Corte ha fijado claramente el alcance de ciertos principios constitucionales a través de una exhaustiva fundamentación que resulta, en muchos aspectos, llamativamente concordante con aquella que sustenta la crítica de la Defensa en el recurso que se analiza.

El camino abierto por la Corte en el citado precedente, que según se augura podría determinar el reexamen de la cuestión y un futuro apartamiento de la doctrina del Alto

Tribunal respecto de la reincidencia simple, si bien ello es una mera hipótesis, exige de cada uno de los operadores judiciales el máximo rigor posible en la motivación de la postura que asuma. Insisto, muchos de los serios e irrefutables argumentos sentados en el aludido fallo resultan, en mi opinión, plenamente aplicables también al instituto de la reincidencia, en tanto ambos mecanismos legales presentan similares vicios de constitucionalidad.

En tal sentido entiendo que resulta ilustrativo recordar algunos conceptos vertidos en el referido fallo del máximo Tribunal judicial del país, a fin de advertir acerca de la necesidad de tener en cuenta las postulaciones que plasma la Corte en un tema tan estrechamente vinculado al que se analiza en el presente.

Así, en el voto del Juez Fayt puede leerse: *"... toda injerencia estatal sobre los derechos de un individuo debe respetar los límites que rigen en un Estado de Derecho a efectos de su justificación y que con mayor razón aún deben ser interpretados restrictivamente si lo que se encuentra en juego es la privación de libertad de una persona..."* (considerando 8).

"Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad" (considerando 23).

"... Finalmente, la norma contiene la doble valoración prohibida comprendida en el ne bis in idem en la medida que la pena impuesta en la última condena –y en cada una de las condenas anteriores- ya habría cuantificado la culpabilidad del autor por el hecho cometido..." (considerando 25).

A su vez, en el considerando 17 de la mayoría (Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), se

alude a la vulneración del principio de reserva en los siguientes términos: *"... En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa..."*.

La Corte concluye en que el instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, en virtud de las consideraciones citadas, además de otras vinculadas al denominado "estado peligroso", vulnera los principios de *ne bis in idem*, de culpabilidad, de estricta legalidad, del derecho penal de acto y de reserva.

Debe, además, tenerse en cuenta que uno de los principales efectos jurídico-penales de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 C.P.), pero también tiene incidencia en la individualización de la pena (art. 41 C.P.). Ello sin mencionar su influencia en la imposición de la prisión preventiva durante el proceso (suele utilizarse como una presunción *iure et de iure* de la voluntad de no sometimiento al mismo). Otra de las consecuencias, la posibilidad de servir como antecedente para la aplicación de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.), ha sido neutralizada por la doctrina de la Corte Suprema en el referido fallo "Gramajo", al declarar la inconstitucionalidad de ese instituto.

La naturaleza jurídica de la reincidencia, según entiendo, es la de una *pena* que se agrega a la nueva y la agrava; en su aspecto cuantitativo si se la aplica en el marco del art. 41 del Código Penal, o en su faz cualitativa, si se la declara, como en el presente, en el marco de lo dispuesto por el art. 50 del mismo ordenamiento. Pero en cualquiera de ambos supuestos funciona como un *plus de penalidad*, que se cumple del mismo e idéntico modo que la pena de prisión.

La genealogía del instituto en nuestro medio se remonta al siglo XIX, ligada básicamente a la idea de *habitualidad*. Así, en el Código Tejedor configuraba *una presunción legal del hábito criminal en el agente*, que indicaba una mayor grado de criminalidad y que, por ende, agravaba la pena. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 la reincidencia se vincula con la profesión o la tendencia a adquirir la profesión del delito, y una mayor perversidad del sujeto. Se reproduce en el Proyecto de 1906 y en el de 1917 y Código de 1921, en que aparece también como *una causa de agravación justa y legítima de la pena, en tanto aumenta la temibilidad del agente*. En idéntico sentido, el Proyecto de 1937 consideraba *circunstancias de mayor peligrosidad* los antecedentes judiciales por delitos y faltas. El instituto, con algunas modificaciones que han ido restringiendo su alcance, se mantiene en los proyectos y reformas producidos con posterioridad, hasta la introducida por la ley 23.057, que establece el texto del art. 50 vigente en la actualidad.

Cabe mencionar, en este breve *racconto*, que el Proyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha eliminado el instituto de la reincidencia y todas sus consecuencias jurídico-penales, en sintonía con las posiciones legales o jurisprudenciales que en distintos países han ido avanzando en la derogación, explícita o no, del cuestionado régimen de agravación de la sanción punitiva.

En punto a los fundamentos dados para sostener la legitimidad de la reincidencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia asumen distintas perspectivas que pueden agruparse en: a) mayor grado de injusto por mayor alarma social, b) insuficiencia relativa de la pena ordinaria, c) mayor peligrosidad, y d) mayor culpabilidad (mayor alcance de la desobediencia o enemistad con el derecho; cfr.

ZAFFARONI – SAL LLARGUES, *Código Penal comentado*, T.2, p. 218/221).

Nuestro máximo Tribunal nacional ha entendido que la reincidencia *"se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce"* (caso "G. D.", en Fallos 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L., Fallos 311:1451). Esto autorizaría a ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario del recidivante. Sin embargo, esa noción de "ineficacia" encierra el defecto de poner a cargo del individuo un error debido al Estado (el fracaso en el tratamiento penitenciario).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sentado el criterio favorable a la constitucionalidad del instituto en diversos precedentes. Entre ellos puede leerse: *"... la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocerlo... El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la valoración de la pena, no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero 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..."* (del voto del Dr. Jorge Pfleger en autos "B., V." - expte. N° 20387-B-2006).

"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 a la pena que les ha sido impuesta anteriormente..." (Del voto del Dr. Panizzi en la causa citada).

"... La consideración de este instituto no transgrede el principio ne bis in idem, *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 del caso –de conformidad a las reglas de los art. 40 y 41 del Código Penal-, y así deducir las consecuencias legítimas de un delito..."* (del voto del Dr. Panizzi en autos "M. R.M s/ abuso sexual impugnación - Leg. N° 21.123 - F° 53 - T° II - Año 2008, letra M).

Pese a tales posiciones, numerosos fallos de los más altos tribunales judiciales del país han ido sentando una postura contraria a la legitimidad del instituto en cuestión.

En tal sentido se destaca el voto del Juez de la Cámara de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, Dr. Benjamín Sal Llargués, quien ha dicho: *"Sin ánimo de abundar demasiado en el punto, todos los autores que legitiman la reincidencia ven en ella la evidencia de una mayor enemistad con el derecho, una personalidad contumaz en la violación legal, una predisposición al delito —en último análisis— un hábito (un vicio?) delictivo. Pero lo cierto es que aún desde el discurso jurídico penal, la reincidencia —conforme a muy serias investigaciones— revelaría, antes que un grado de reprochabilidad mayor, un menor grado de ella (Tissot, Claudio José, ´El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción Filosófica e Histórica al estudio del Derecho Penal, traducción de A. García Moreno, Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1880, entre los primeros, y Haffke, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena" en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", compilación de Bernard Schünemann, Trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, entre los más recientes). Esto —brevemente dicho- sellaría la*

violación al principio de culpabilidad que se derivaría de considerar que el reincidente es más reprochable que el primario" (TCPBA, autos "M.B, R.A. y S.M. s/ Recurso de Casación", causa N° 14.195, 06/12/05).

En concordancia con esta última postura, entiendo que la norma del art. 50 del Código Penal contraría principios constitucionales cuya jerarquía jurídica exige resolver la contradicción del modo en que lo propone la Defensa, situación que conlleva en concreto, además, la inaplicabilidad del art. 14 C.P., en tanto veda la libertad condicional al individuo declarado reincidente.

Si bien comparto la idea de mi colega de Tribunal, Dr. Minatta, plasmada en el caso "C." en punto a que la violación a uno solo de los principios constitucionales básicos resultaría suficiente como para tachar de ilegítima una norma legal, la declaración de inconstitucionalidad exige un esfuerzo de fundamentación en su dictado, por lo que considero necesario fijar posición respecto a los diversos vicios denunciados que, según entiendo, encierra el cuestionado instituto.

Debo decir que, en mi opinión, es claro que la reincidencia vulnera el denominado principio de culpabilidad por el hecho, en tanto al agravar la reacción punitiva por los antecedentes penales toma en cuenta un elemento ajeno al tipo penal infringido y a la gravedad del injusto cometido.

Según Maier, el instituto de la reincidencia es violatorio del principio de culpabilidad. Para el autor es evidente que la agravación de la pena que conlleva la declaración de reincidencia –cuantitativa o cualitativamente-, no es la respuesta a la gravedad del ilícito o un alto nivel de reproche, sino a la asunción por parte del autor de cierto carácter específico que lo convierte en merecedor de esa reacción penal más intensa.

Así, este autor ha dicho que en la reincidencia *"...responde un autor específico, a alguien que de antemano se 'etiqueta' genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho.*

Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente..." (MAIER, Julio, *Derecho procesal penal – Fundamentos*, tomo 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 644).

Tanto el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto señala que *"... Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."*, como el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que ninguna persona podrá ser condenada sino por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

Este principio -garantía implícita derivada del de estricta legalidad (art. 18 C.N.)-, contracara del principio de reserva (art. 19 C.N.), permiten derivar un concepto de culpabilidad "por el hecho", consecuencia necesaria de la exigencia de que los tipos penales únicamente puedan referir, mediante mandatos o prohibiciones, conductas humanas. En la reincidencia, en cambio, es claro que lo que agrava la pena no es el grado de culpabilidad por el nuevo hecho (por mayor grado de injusto o por mayor vulnerabilidad), sino el "estado" o "calidad" en que se coloca a una persona por hechos anteriores y no por el "hecho de la causa", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Ha dicho Roxin, en relación al derogado instituto en la legislación alemana: *"... pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la*

conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho...”.(cita de Santiago Vismara en “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia”, N° 5, dirección Leonardo G. Pitlevnik, p. 52).

Viene al caso, por último, citar el considerando 10 del voto del Dr. Fayt en el ya citado fallo “Gramajo”, en el que se lee: *“Que conforme se desprende de la propia letra de la Constitución, la reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo (art. 18 de la Constitución Nacional) como al respeto del principio de culpabilidad que rige la materia en cuestión. Así las cosas, mal puede por una parte afirmarse la capacidad de culpabilidad de una persona y al propio tiempo pretenderse la aplicación de un instituto como el examinado que prescinde de aquella. En el mismo sentido, cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique. Concretamente y desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo. En el particular, la accesoria que acompaña a la pena, termina apareciendo sin causa lógica previa alguna, toda vez que el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado. En línea con lo anterior, poco importa ya –desde un otero meramente discursivo-, la denominación que se le asigne a ese plus en la medida que se adviertan en concreto las violaciones a los principios constitucionales mencionados...”* (CSJN, causa “Gramajo, Marcelo”, 05/09/06).

Otro principio constitucional involucrado en la cuestión es el *ne bis in idem*. La mayor objeción a la aplicación de esta norma, en mi opinión, se funda en la vulneración a este principio, también denominado prohibición de la doble punición, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el proceso penal, y que emerge prístino de la normativa legal y constitucional vigente.

Zaffaroni, Alagia y Slokar se han pronunciado por la inconstitucionalidad del instituto con base en la violación

aludida. Así, afirman que "*el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado por lo que importaría una violación constitucional al non bis in idem. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional*" (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal – Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 1057).

Por idéntica razón la negaban Carmignani y Mittermaier entre otros. Cualquiera sea la explicación que se intente (desprecio, indiferencia, insensibilidad, etc), lo cierto es que el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del imputado al ser ahora condenado por el segundo delito. En este punto no es un dato menor que las legislaciones que lo contemplaban, paulatinamente han ido derogándolo (Alemania, Colombia, Perú, entre otros).

Se ha tratado de justificar la legitimidad de la reincidencia argumentando que no afecta el contenido del principio de doble punición, pues el legislador tiene facultades para disponer esa respuesta más gravosa a quien persiste en el "desprecio" por la ley o demuestra mayor "insensibilidad" a la amenaza legal. Este tipo de argumentación implica decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede disponer en contrario. Una verdadera falacia.

Entiendo que la posición contraria a la que aquí se sostiene debe enfrentarse a un dilema insoluble. Si la restricción de derechos que conlleva la aplicación de la norma cuestionada -que en los hechos se traduce en una dosis mayor de privación de libertad-, se aplica por el hecho juzgado en la condena anterior, pues entonces ese plus implica castigar por fuera del injusto actual y penarlo otra vez por aquel hecho, lo cual resulta violatorio del principio que prohíbe la doble punición. Si en cambio se intenta sostener que la punición mayor obedece al hecho que

se está juzgando, entonces se vulnera la proporcionalidad en la respuesta punitiva, pues la nueva excede el estricto límite que autoriza la culpabilidad por el "hecho", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Sabido es que toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

La aludida violación al principio de proporcionalidad surge con evidencia en el caso, pues se advierte que el plus punitivo que se impone no deriva de la mayor gravedad de los hechos por los que se condena.

Otra contradicción de la reincidencia con el texto y el espíritu de la Constitución, entiendo, es la de que lesiona la idea de un derecho penal de acto, toda vez que configura una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo de la punición. De modo más o menos directo, ciertas posiciones argumentan que la mayor severidad se funda en la supuesta mayor peligrosidad del sujeto que, habiendo cumplido –total o parcialmente- pena privativa de la libertad, comete un nuevo delito. Es claro que tales argumentos implican una postura sustentada en el denominado "derecho penal de autor", puesto que el reproche penal no se adecua al injusto, sino a diversas condiciones de personalidad.

El principio de reserva del art. 19 de la Carta Magna protege el fuero interno de los hombres de toda injerencia estatal, de modo que sólo las acciones pueden ser objeto de reproche penal. Siendo ello así, una presunta peligrosidad en el modo de conducción de vida del sujeto no tiene entidad legítima para sustentar una respuesta punitiva de mayor gravedad.

Aplicar un castigo por lo que un hombre es y no por lo que hace implica una grave vulneración del derecho penal de acto y lesiona, también, el principio de igualdad ante la

ley. Así lo explica Ferrajoli, al señalar: "... *La regulatividad de las normas penales es una condición de su generalidad, y con ello un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son. Por el contrario, el carácter constitutivo de la norma penal implica desigualdad y discriminación*" (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 502-503).

Por ende, la reincidencia, entiendo, también afecta el principio constitucional de *igualdad ante la ley* (art. 16, Constitución Nacional), pues no se dispensa el mismo tratamiento a individuos que han realizado idénticos actos –sean acciones u omisiones-, tipificadas legalmente.

Numerosos son los supuestos en que se ve claramente afectado este principio en relación al instituto que nos ocupa. Mario Alberto Juliano, en una presentación como *amicus curiae* en su carácter de Presidente de la Asociación Pensamiento Penal, realiza una serie de suposiciones que dan acabada cuenta de la clara lesión al mencionado principio.

El caso clásico es aquel en que dos personas cometen un hecho delictivo como coautores, demostrando similar grado de culpabilidad. Si uno de ellos es reincidente deberá cumplir una pena de prisión notablemente superior a la del otro. Si dos personas por sendos delitos reciben penas de igual término, pero una de ellas articula todos los recursos disponibles hasta hacer que el tiempo de prisión preventiva cumplido equivalga al de la condena impuesta, a éste el antecedente no le será computable a los fines de la declaración de reincidencia, en tanto al otro sí. Por último menciona un supuesto en que dos coautores de un delito reciben condenas a sendas penas privativas de libertad. Mientras el primero cumple rigurosamente la condena, el segundo se fuga por un tiempo equivalente al de la pena (art. 65 inc. 3° del Código Penal). El primero, que cumplió

la pena, tras un nuevo hecho estaría en peor condición que el segundo, que se sustrajo a la acción de la justicia (cfr. http://www.pensamientopenal.com.ar/01072008/amicus.pdf).

En nuestro medio, además, habiendo el legislador local regulado los institutos de la conciliación y la reparación (art. 47 y 48 C.P.P.), con la consecuencia del sobreseimiento, tendríamos casos en los que por la mera voluntad de la víctima, a lo que debe sumarse la capacidad económica de reparación del imputado, el antecedente puede no dar origen a una declaración de reincidencia, pero sí a aquél que no logre una de estas salidas alternativas. Otro tanto cabe decir, aún tratándose de delitos graves, de los casos en que se logra el avenimiento de la víctima (art. 132, Código Penal).

Tales supuestos resultan sólo algunas de las situaciones imaginables en las que se verifica una total inequidad a partir de la aplicación automática de la norma cuestionada, que vienen a confirmar la advertencia formulada por Ferrajoli en el párrafo citado más arriba.

Por último considero que la reincidencia viola el principio de resocialización, como fin de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades. En tal sentido la Defensa sostiene que si el Estado, luego de someter a una persona a pena de prisión, falla en el cumplimiento de aquel objetivo, no es legítimo atribuir dicho fracaso al individuo que la sufre sino que esa falencia debe achacarse al propio Estado.

El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

El art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos sienta la teoría de la llamada prevención especial positiva, al establecer que las penas privativas de la

libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, doctrina legalmente receptada en la Ley 24660. Es preciso, pues, interrogarse acerca de si el mecanismo de agravación punitiva que implica la declaración de reincidencia resulta compatible con la finalidad, legal y constitucionalmente consagrada, de la pena de prisión.

Teniendo en cuenta que la reincidencia sólo puede aplicarse a quien ha cumplido pena (reincidencia real), hay quienes afirman que su fundamento debe buscarse en la "insuficiencia" del tratamiento resocializador anterior o su incapacidad para transformar la conducta del penado, por lo cual cabría intensificar el mismo.

En ese sentido la C.S.J.N. ha señalado que *"el principio* non bis in idem *prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal"* (C.S.J.N., rta. 21/04/88).

Sin embargo, sabemos, el ideal de la 'reinserción social', más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Pero, además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

Resulta claro que la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (art. 14 del C.P.), implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación más gravosa respecto de un individuo que ya ha mostrado su vulnerabilidad frente al sistema penal.

En último término deseo formular algunas consideraciones respecto a la valoración de la reincidencia como pauta agravante de la pena, en los términos del art. 41 del Código Penal. En tal sentido advierto que los vicios apuntados más arriba alcanzan también a la posibilidad de considerar "las reincidencias" del agente como pauta agravante de la pena, en los términos de la norma aludida.

Si bien nuestro sistema de determinación de la pena brinda pautas generales de mensuración en cada caso particular, no indica el sentido de dicha valoración, es decir, no establece el carácter de atenuante o agravante de cada una de las pautas enunciadas. Esta situación ha generado posturas encontradas en la doctrina sobre el rol de la reincidencia en la fijación del monto punitivo.

Aquellos que se pronuncian en favor del sentido agravante de una condena anterior, sostienen que si la reincidencia implica una ejecución de la pena más gravosa (art. 14 del C.P.), sería ilógico que al momento de determinar la pena el instituto sea valorado como un atenuante. Por su parte, hay quienes consideran que la misma debe valorarse como morigeradora de la pena, en tanto indica un menor grado de culpabilidad en el agente, pues ya ha sufrido las consecuencias deteriorantes de un encierro efectivo.

En tal sentido, el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar, por cuanto la reincidencia puede aumentar el estado de vulnerabilidad por efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo

prisionizante, que provoca estigmatización, rechazo social, desempleo, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el rol desviado conforme al mismo.

Además de advertir razón en tales argumentos, encuentro que la valoración de las "reincidencias" del agente presenta los mismos vicios constitucionales señalados más arriba en relación al art. 50 C.P., como dije, aunque cabe recordar –tal como lo explica el Dr. Minatta en su voto en el caso "C."-, los efectos negativos de la prisionización pueden valorarse como atenuantes de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar las "condiciones personales del autor" (art. 41 del Código Penal), aclarando que tal valoración, para un derecho penal de "acto", únicamente puede hacerse para reducir el reproche penal.

Por todas las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar en este punto al recurso deducido por la Defensa y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, en mérito a los considerandos precedentes.

9. Corresponde imponer las costas al condenado (art. 241 C.P.P.), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en la suma de pesos dos mil ($ 2000), por la labor desarrollada en la presente etapa, de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 44 y cctes. de la ley XIII-4 (antes decreto ley 2200).

El juez **Omar Florencio Minatta** dijo:

Trataremos diferenciadamente los agravios de la defensa, salvo los dos primeros que se encuentran relacionados estrechamente, dejando para lo último la cuestión de la pena y de la reincidencia.

1) Errónea valoración de la prueba:

Partiremos de la declaración del imputado y postulaciones de la defensa técnica a los efectos de verificar si los extremos de descargo traídos son

suficientes como para refutar las afirmaciones acusatorias acogidas por la sentencia condenatoria, puesto que si tales extremos logran poner en duda los fundamentos cargosos, ello bastará para dar razón al imputado.

En esta senda, puede decirse que el núcleo de la defensa pasa por demostrar que tanto la detención como el secuestro de las cosas muebles ajenas en poder del acusado que portaba en ese momento, es producto de un accionar policial irregular, tratando de motivar el comportamiento estatal en una supuesta persecución policial hacia el mismo.

Adelantamos que esta primera cuestión no cabe aceptarla, puesto que de ninguna forma aparece algún hecho cierto que pueda obrar como base de tal conclusión, puesto que no solamente haría falta una persecución policial específica contra el imputado, sino también una clara colaboración de las víctimas de las violencias y de los demás pasajeros del micro, es decir, una especie de acuerdo espúreo entre varias personas que están unidas ocasionalmente.

En efecto, adviértase que el acusado es detenido aproximadamente a cuatro cuadras del lugar del hecho y a cinco de su domicilio, en forma prácticamente inmediata a que bajara del micro con el botín, por lo que la policía –si reconstruimos el cuadro conforme lo traído por la defensa- tendría que haber intercedido en la vía pública al imputado justo en el momento inmediato posterior a que se produce el hecho, ir hasta el lugar donde se detuvo el micro, pedirle la billetera y demás cosas muebles al conductor y decirle a él y a los demás pasajeros cuáles eran las características físicas y vestimentas del agresor, preguntarle a éstos qué tipos de armas utilizó para la intimidación, para después buscar armas similares o semejantes y, luego de todo ello, regresar al lugar, colocarle las cosas al imputado y llamar a los testigos de actuación para la requisa y a las profesionales de criminalística que tomaron fotos de la requisa y depusieron sobre ella, así como el testigo civil de actuación D. que, si bien no firmó el acta, firmó los sobres con las cosas muebles, reconoció su firma y aclaró que recuerda el hecho

de la requisa, especificando que se secuestró un arma de juguete y plata, entre otras cosas.

Creemos que este simple razonamiento hecha por tierra la coartada del acusado, pues es casi imposible que los hechos hubiesen ocurrido tal como él los plantea, independientemente de la increíble persecución policial con colaboración de las víctimas y demás pasajeros del micro que sería necesaria.

Es, en definitiva, el mismo razonamiento central del juez sentenciador cuando afirma que valoradas las probanzas conforme las reglas de la sana crítica, de la experiencia y de la lógica llevan a sostener que el rápido y efectivo accionar policial preventor, inmediato a la recepción de la notitia criminis, pudo lograr la aprehensión del autor del hecho, con el secuestro de elementos indudablemente vinculados al mismo y reconocidos por las víctimas.

Con todo ello damos por suficientemente descartada la versión que de los hechos da el imputado y, por el contrario, son hechos ciertos más que claros que pueden sostener con certeza una sentencia condenatoria, puesto que- como lo enseña el maestro Ferrajoli- la contrahipótesis defensista está claramente desmentida, pues resulta totalmente implausible con alguno de los datos probatorios recogidos, por lo que se cumplen con las tres condiciones o garantías que se exige para llevar a la verdad fáctica: acusación confirmada por pluralidad de pruebas, no contradicha por ningún otro datos disponible y, sobre todo, prevalece como explicación sobre la versión defensista en la forma que vimos (cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 149-155).

Todo lo anterior no dispensa la feble conducta prevencional y fiscal reseñada por el juez, no solo por las omisiones de hacer firmar las actas pertinentes, sino también por la no insistencia en la presencia en el debate de peritos y testigos importantes para reforzar las

conclusiones que pudieren extraerse de los actos criticados por la defensa. Sin embargo, aún así, cabe desechar la contrahipótesis de la defensa, puesto que la acusación cuenta con pruebas más que fiables y la de la defensa con prácticamente ninguna.

2) Monto punitivo:

El hecho debe calificarse como tentativa de robo calificado por el uso de arma, puesto que no tuvo el acusado posibilidad de disponer de las cosas y se apoderó de ellas con violencia física en las personas utilizando un arma blanca, un cuchillo, por lo que cabe partir, en el caso, de un mínimo de dos años y seis meses de prisión hasta un máximo de tres y seis, respectivamente, lapso por el que fuera condenado.

Con este cuadro, la defensa sostiene que el monto por arriba del mínimo es excesivo, ya que el juez valora como agravantes tanto las violencias físicas utilizadas, como la consternación del chofer y el arma blanca con alto poder ofensivo, amen de la conducta precedente que desprende de los antecedentes penales del acusado, extremos todos que no pueden estimarse como agravantes.

En efecto, cabe dar plena razón a la defensa, puesto que todos los tópicos citados –violencias físicas, consternación, armas- integran también el tipo penal en su mínimo y no aparece aquí algún signo de violencia, consternación o arma que sea superior a lo normal para este tipo de casos.

Amén de ello, se deben descartar los antecedentes penales como agravantes, pues precisamente cuando nuestro código penal se refiere en el artículo 41 a las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes que deberán tenerse en cuenta para mensurar el monto punitivo, está mencionando circunstancias que hacen a la historia vital del condenado, pero no para reprochársela -pues eso es derecho penal de autor- sino como parámetros a tener en cuenta para medir el grado o espacio de autodeterminación que tuvo en el momento del hecho para

elegir otra conducta distinta, núcleo central de la culpabilidad de acto.

Es decir, si estuvo antes prisionizado por varios años y vuelve a cometer lo mismo, ese signo nos está diciendo con claridad -al menos es lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos lo que cabe adoptar aquí, pues el fiscal no ha probado otra cosa- que su culpabilidad es menor y no mayor, pues sabemos que la prisonización refuerza el papel o rol de delincuente por innumerables razones, y ello hace más difícil aún la abstención de otra conducta semejante.

Entendemos que tales argumentos son más que suficientes como para dar razón en el punto a la defensa, y postular la aplicación del mínimo legal previsto para el caso.

3) Inconstitucionalidad de la reincidencia:

Los fundamentos de la inconstitucionalidad de la reincidencia este vocal ya lo ha expresado en innumerables causas, por lo que aquí se reproducen literalmente.

Así, en la causa "C., M. A. p.s.a. robo - Trelew" y acumulada "C., M. p.s.a. hurto tentado - Trelew" (Carpeta 1796 OJ Tw - Legajo 18428 OUMPF Tw, y Carpeta 1793 OJ Tw - Legajo 18413 OUMPF Tw), ya dije:

"... el instituto de la reincidencia viola caros principios constitucionales básicos de un Estado de Derecho Constitucional que seguidamente pasamos a señalar:

a) principio de culpabilidad: en el juicio de culpabilidad uno de los dos ingredientes esenciales para establecerla viene dada por el reproche que se hace al autor por haberse decidido libre y autónomamente a cometerlo, lo cual exige esencialmente demostrar el grado o ámbito de autodeterminación dentro del cual la persona tomó tal decisión. Para su determinación el mismo derecho establece pautas mínimas, debajo de las cuales no es exigible al autor otra conducta distinta a la que hizo y, dentro de tales pautas, deben computarse necesariamente el pasado del autor, es decir su vida, sus vivencias anteriores al hecho tanto

como su carácter y personalidad, pues tales elementos sin duda condicionan el actuar de cada uno pues, ante una misma situación, a una persona le puede resultar más difícil que a otra abstenerse de una conducta.

Lo anterior es importante recalcarlo, ya que generalmente las características personales del autor citadas se estiman como excluidas para el juicio de culpabilidad, malentendiéndose como componentes de un derecho penal de autor o como ingredientes que se refieren a la vida del autor que no deben tomarse en cuenta en un derecho penal de acto, lo que no es así: entiéndase bien, las citadas pautas que se refieren al pasado del autor para fijar su ámbito de autodeterminación en el momento del hecho deben funcionar de esa manera, pero con la aclaración que ello se hace en el contexto de una culpabilidad de acto, es decir que ellas no se reprochan al autor -lo cual sería culpabilidad de autor- sino que únicamente se computan para fijar el grado del ámbito dentro del cual tomó su decisión y ello, por ejemplo, puede llevar a demostrar en un caso concreto que el ejercicio anterior de poder punitivo sobre la persona influye sobre sus decisiones al reforzar su rol e impulsarlo nuevamente a caer en la misma situación por causas mayoritariamente ajenas a su voluntad, por lo que al reducir el ámbito de libertad para decidir lógicamente se reduce la culpabilidad y, por ende, la cuantificación de la pena.

Ahora bien, para construir también el juicio de culpabilidad no sólo se tiene en cuenta el reproche según el grado de autodeterminación señalado pues él prescinde de la selectividad estructural evidenciada en el funcionamiento concreto de sistema penal, por lo que hay que agregar a tal juicio el esfuerzo que el autor hizo para alcanzar el estado de vulnerabilidad que no es otra cosa que un estado social de cada persona que se mide por el mayor o menor grado de dificultad con que el sistema penal nos puede alcanzar según el estereotipo que carguemos: distinto será el funcionamiento del sistema si somos ricos o pobres, si tenemos o no cobertura o accesos al poder político o

mediático, etc. es decir, que esta selectividad por un elemental sentido de justicia e igualdad no puede cargarse al seleccionado que porta el tipo social negativo, por lo que, en este caso, deberá descontarse el estado de vulnerabilidad para el juicio de culpabilidad y el grado de esfuerzo que el sujeto hizo para llegar a tal estado, que será cada vez menor cuanto más porte las características del estereotipo pues el peligro de que sea tocado por el sistema penal es mayor (peligrosidad del sistema penal a computar en la magnitud de la pena).

En definitiva, tal como lo expresa Zaffaroni, el juicio de culpabilidad normativa es una síntesis que se construye en un proceso de valoración dialéctico entre la reprochabilidad por el acto (que no tiene en cuenta la selectividad y, por ende, la vulnerabilidad) y el esfuerzo que el sujeto hizo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa, la que, por otra parte, es el parámetro o indicador de la cuantía de la pena.

Si a toda las consideraciones anteriores que se corresponden con un concepto de culpabilidad acorde con la Constitución la comparamos con el instituto de la reincidencia, veremos que ésta afecta gravemente el principio de culpabilidad por el acto, pues –mas allá de los variopintos discursos que tratan de legitimarla pero que no pueden destruir la evidencia de que se trata de una agravante de la pena– tiene en cuenta para la cuantificación y modalidad de ejecución de la pena a hechos pasados del autor como son las condenas anteriores, lo que definitivamente está fuera del juicio de culpabilidad cuando tales hechos pasados que moldearon su carácter, su personalidad, etc. –ver las comprobaciones espantosas de los efectos deteriorantes y otros que produce el fenómeno de la

prisionización- pretenden agravar la sanción a imponer, ya que se estaría juzgando en realidad las características personales o forma de vida del autor, talante indicativo no solo de una culpabilidad pura de autor sino también de cualquier otro que trabaje con conceptos preventivistas en su contenido.

En suma, no puedo desarrollar aquí todos los discursos que legitiman el instituto y aquellos que lo critican a través de artículos o fallos sosteniendo que además del principio de culpabilidad la reincidencia viola otros principios constitucionales (cfr. para ello, entre otros doctrinarios a ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR: Derecho Penal – Parte General, Ediar, Bs. As., págs. 1008-15 y VITALE, Gustavo: La "reincidencia" contamina el derecho penal constitucional, Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., págs. 169-182; para la jurisprudencia ver votos del Dr. Mario A. Juliano en las causas "Giménez" y "Navarro" del Trib. Oral Criminal nro. 1 de Necochea, citados y comentados, publicados en www.pensamientopenal.com.ar, comentados por Vitale) pues estimo que basta la demostración de la violación de un solo principio constitucional -sobre todo del rango nuclear que tiene el principio de culpabilidad- que pueda contener una ley para que sea ya mas que suficiente declarar que ella es contraria a la constitución.

No obstante, agreguemos que la reincidencia viola también el principio de la prohibición de la persecución penal múltiple (ne bis in idem) pues se estaría juzgando más de una vez un mismo hecho al desvalorarse dos veces lo mismo, una vez en la condena anterior y otra en la actual, lo cual acarrea también como lógico corolario, la doble punición.

Asimismo, ya en el plano de la tipicidad se viola el principio de legalidad del artículo 18, pues el juzgamiento no se estaría limitando a las acciones concretas del autor en un tiempo determinado, sino que se lo está juzgando, en realidad, por acciones anteriores como lo son las sentencias condenatorias.

En fin, la reincidencia agrava la pena de acuerdo al artículo 41, impide la soltura anticipada del condenado a través de la libertad condicional de acuerdo al artículo 14 y es un caso concreto de antecedente de la pena de reclusión por tiempo indeterminado establecida en el art.52 –recientemente declarada inconstitucional por la C.S.J.N. en "Gramajo" 05/09/2006- por lo que los efectos jurídicos que produce no son para nada menores y como ello se alcanza violando principios constitucionales –especialmente el de culpabilidad- deberá necesariamente declararse la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal Argentino, en tanto impone de forma obligatoria la declaración de reincidente a aquellos autores que cometan un delito después de haber cumplido total o parcialmente encierro como condenado...".

Por estas razones, se debe hacer lugar al planteo de la defensa sobre este punto, y declarar en consecuencia la inconstitucionalidad del **art. 50 CP.**

Para finalizar, corresponde imponer las costas al condenado (**art. 241 CPP**), estimando adecuado que se regulen los honorarios profesionales -por la tarea desempeñada en esta etapa- en la suma de dos mil pesos ($2.000), según lo establecido en los **arts. 5, 7, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200).**

De conformidad con los votos precedentes, y con la disidencia parcial del juez Roberto Rubén Portela, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar parcialmente** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. R. C. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 2086/09 dictada en fecha 18/11/09,

modificando la pena impuesta en la sentencia recurrida, y fijándola en definitiva en dos años y seis meses de prisión, con costas (**arts. 166 inc. 2, 42, 40, 41, 29 inc. 3, 241 y concs. CPP**), por el hecho ocurrido en fecha 21 de abril de 2009;

2) **Revocar parcialmente** la sentencia recurrida en cuanto declara la reincidencia de J. R. C., declarando la inconstitucionalidad en el caso del **art. 50 CP**;

3) **Imponer** las costas al condenado (**art. 241 CPP**), **regulando** los honorarios de los profesionales intervinientes en la suma de dos mil pesos ($2.000), por la labor desarrollada en la presente etapa, de conformidad con lo establecido en los **arts. 5, 7, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200)**; y

4) **Protocolícese y notifíquese.**

Mónica Rodríguez **Omar Florencio Minatta**

Roberto Rubén Portela

Registrada con el Nro. 14/10 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.