Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 24 días del mes de junio del año dos mil once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministro Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"G., J. s/Homicidio e/víctima s/Impugnación"** (Expediente N° 22.127 - F° 10 – Año 2010).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Introducción

a. Concita la atención de la Sala el recurso extraordinario del Defensor Público Oficial, doctor Carlos Bellorini, en desmedro de la sentencia registrada con el número 17/2010, de la Cámara en lo Penal de la ciudad Puerto Madryn.

Este organismo jurisdiccional rechazó, el 9 de Septiembre de 2010, la impugnación ordinaria deducida por la defensa de S. E. G., S. T. y M. B. M., y confirmó la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio registrada bajo el número 71/2009 que los había condenado, como se observará renglón seguido.

A S. E. G. se le impuso pasar cuarenta años de prisión, como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del Código Penal) en concurso real con homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de

tentativa y lo declaró reincidente por segunda vez (arts. 29 inc. 3, 40, 41, 55, 79, 41 bis, 42 y 50) cometidos el 19 de Diciembre de 2008 en inmediaciones del Barrio 630 de la ciudad de Puerto Madryn, en esta Provincia, en perjuicio de J. y Á. G., respectivamente.

A S. T. le sancionó con quince años de prisión, accesorias legales y costas, como partícipe secundario en orden al delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 12, 19, 29 inc. 3, 40 y 41, 79,46, y 41 bis del C. Penal) por el hecho cometido el día 19 de Diciembre de 2008 en el Barrio 630 Viviendas en la ciudad de Puerto Madryn, en perjuicio de J. G..

M. B. M. fue condenado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas como partícipe secundario en orden al delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 12,19, 29 inc. 3, 40 y 41,79, 46 y 41 bis del Código Penal) por el hecho cometido el 19 de Diciembre de 2008 en las inmediaciones del Barrio 630 Viviendas de la ciudad de Puerto Madryn, en perjuicio de J. G.

b. Atenderá la Sala, a la par, el problema que apareja la Consulta (art.371 del C.P.P.) bajo las formas estipuladas en la decisión del pleno que la defirió a este órgano.

II. El recurso

Según puede leerse en el escrito de impugnación extraordinaria, se ha fijado en cuatro puntos a los agravios, a saber: a) la violación del principio de legalidad e in dubio pro reo; b) la inconstitucionalidad del agravante de pena por el uso de arma de fuego; c) la errónea aplicación del artículo 50 del C.P. y su inconstitucionalidad, y d) la violación del principio de legalidad de la pena.

Al exponer fundamentos sobre la objeción indicada en el punto **a)**, el Defensor realizó una crítica a la prueba en que se fundó la condena de T. y M. como partícipes secundarios del delito de la condena, porque entendió que aquella -la evidencia- era meramente indiciaria y no servía para aseverar, como lo hizo el Tribunal de Control, que sus asistidos hubieran desarrollado la conducta imputada.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Sostuvo que se los condenó por el solo hecho de haberse dado por probado que T. y M. se encontraban junto a G., sin haberse podido determinar cuál había sido la conducta que desplegaron aquellos en el suceso.

Citó a Framarino de Malatesta y a Eugenio Zaffaroni, como autoridades doctrinarias, y destacó lo previsto en el artículo 28 del Código Procesal Penal (el principio de "in dubio pro reo") y el artículo 44, último párrafo de la Constitución del Chubut que reconoce el derecho al estado de inocencia.

Llamó así la atención sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba como consecuencia de esos principios.

Afirmó que existía una gran laguna sin llenar en lo que se refiere a la conducta de T. y M. y que las conclusiones consagradas en el fallo en crisis se asentaban en elementos subjetivos que no habían tenido demostración cabal para arribar a un juicio de certeza.

En los argumentos desarrollados en el apartado **b)**, el impugnante afirmó que el agravante de la pena por el uso de arma de fuego previsto en el artículo 41 bis del Código Penal era inconstitucional. Así lo hizo porque afirmo que contiene una doble valoración que afectaría el principio de legalidad debido a que la "*… máxima taxatividad interpretativa obstaculiza cualquier inteligencia extensiva de las normas penales, la incidencia de arma se encuentra ponderada en los propio tipos penales y no puede agravarse por si misma…".*

Con cita de doctrina y jurisprudencia alertó sobre la aplicación del artículo en cuestión porque consideró que de aplicarse penas máximas en la escala podría excederse notoriamente el máximo de la escala penal del homicidio.

Dijo que la norma debidamente interpretada demuestra su inconstitucionalidad, pues es violatoria

del principio de legalidad, debido a que no respeta el mandato de lex certa.

Pidió que la inconstitucionalidad sea declarada y que se adecue la sanción a imponer, como consecuencia.

Bajo este acápite, el **c)**, y pese a reconocer que los jueces de Cámara se expidieron en forma fundada al rechazar su pedido, volvió a insistir en su postulación por entender que la errónea aplicación del artículo 50 del Código Penal significaba lisa y llanamente la vulneración del principio "… ne bis in idem…" y del principio de culpabilidad, por representar un plus por la anterior condena desconociendo que el delito ya fue juzgado o penado.

También sostuvo que la negación de la libertad condicional no solamente afecta la igualdad ante la ley, sino que, además, se traduce en una pena mayor porque resulta más gravosa.

En lo que concierne al ítem **d)** de sus reclamos, denunció una violación al principio de legalidad de los delitos y de las penas por lo excesiva que resultaban a la vista del reproche efectuado.

Hizo una reseña de los delitos que pese a resultar más graves por su naturaleza tenían un máximo de pena que, visto con una mirada racional, dejaban en evidencia la ilegalidad de aquellas impuestas a M. y T., por su extensión, atento a la participación secundaria que se les imputó y a sus antecedentes personales.

Habló de la pena de muerte encubierta y los riesgos de "desocialización" que fueron ignorados por los Jueces de la sentencia, explayándose sobre los efectos adversos que tiene el confinamiento en una cárcel sobre lo intereses personales del condenado, y los problemas de inserción en la sociedad cuando recupera la libertad.

Finalizó haciendo reserva del caso federal, solicitando la absolución de sus asistidos y subsidiariamente, una rebaja de pena al mínimo de la escala penal para G., M. y T..

III. Breve preliminar.

///

En primer término, no puedo dejar de mencionar que el recurso extraordinario de la defensa viene apareada a la consulta (art. 377 del C.P.P.) que, según siempre he sostenido (en minoría), es de competencia del pleno del Superior Tribunal.

Esto conduce a realizar un estricto escrutinio sobre la sentencia, no obstante los agravios, pues ese y no otro es el sentido de la palabra "… sin (las) limitaciones…" que consigna la regla, en estos casos.

IV. La solución del asunto

IV. a. Considero que la manera mejor de escudriñar el asunto es mediante la verificación de todos los argumentos posibles para establecer la corrección de la sentencia, a través del análisis de los eventuales errores que ella pueda padecer. En esa dimensión comenzaré por cuestionarme y cuestionar si, acaso, la que corre es una sentencia arbitraria según los estándares fijados por esta Sala.

Desde antaño he venido sosteniendo que concepto acerca del vicio de la arbitrariedad comprende varios aspectos negativos que hacen a la invalidez de un pronunciamiento como

derivación razonada del derecho vigente con atención a las particularidades de la causa.

Estas negatividades (por utilizar un neologismo) pueden consistir en la absoluta falta de razones (defecto mayúsculo), en razones que trasiegan o contradicen de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y por ende contienen una apariencia de discurso (una sinrazón), en el hecho de soslayar la evaluación de una prueba relevante a la solución del caso u omitir el tratamiento de un aspecto crucial del asunto sin dar explicaciones ninguna, o por fin, que la decisión fuera edificada sobre la base de prueba inexistente o falseada en su realidad o significado.

Es decir, esta sinopsis o recapitulación de males de una sentencia, tiene el denominador común de que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del capricho de los jueces, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos. Una solución autoritaria que queda englobada en una frase pueril: "Es así porque es así", pretendiéndose legitimar de ese modo el acto que pone fin al proceso.

No hay defecto, en cambio, cuando se han brindado plausibles consideraciones en contra de

///

alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa. El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapar al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a la instancia del doble conforme por la limitación que, por esencia, reconoce la teoría sentada en “Casal”.

También he machacado con que la actividad de apreciación de la evidencia legalmente incorporada al debate es un proceso de construcción en el que nada puede desdeñarse por que sí ni analizarse fragmentadamente; la sana crítica – como método- importa precisamente eso: la crítica sana (libre de prejuicios) del material que se produce bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de suerte tal que las consecuencias sigan a sus causas desde la perspectiva de un observador imparcial. Implica, precisamente, apego a las reglas enunciadas por que resultan su contenido en la medida en que el Código Procesal Penal no

impone normas generales para la acreditación de algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil al esclarecimiento de la verdad, para tamizarla conforme aquellas.

Desde esta perspectiva la lectura de la sentencia, más allá de su acierto o error en esta primera aproximación, no puede caberle el sayo de la arbitrariedad.

Los Jueces de la Cámara Penal han fundado sus respectivas opiniones regularmente.

Cada uno de ellos, al menos así se lee, analizaron prueba testimonial y la verificaron por medio de las grabaciones de estilo y trataron todas las cuestiones que la defensa planteó en la ocasión.

Tanto en lo relativo a lo fáctico como a lo jurídico estudiaron metódicamente no sólo el comportamiento de los Magistrados de la condena sino que efectuaron un examen concordante con los principios de la máxima capacidad de revisión o de rendimiento, propio de su labor.

Ergo, el primer vallado intelectualmente oponible debe quedar descartado.

///

IV. b. Tengo expresado en otros precedentes que el recurso extraordinario exige del impugnante una minuciosa crítica del fallo, con base en las normas procesales que le autorizan el intento.

Esto significa tanto como decir que el texto de la impugnación ha de contener elementos que sirvan de pábulo para la apertura de un nuevo examen basado en las razones que movilizan la voluntad del quejoso.

No sucede así cuando la manifestación escrita y la argumentación oral ante el Tribunal se traducen en una replica de los argumentos de otrora mediante los cuales se motorizó el primer control jurisdiccional, que hoy se censura en otra latitud.

Esta instancia no es un tercer escalón impugnativo común.

Se trata de un plano extraordinario y, como tal, la parte ha de demostrar cabalmente los aspectos errados que lo justifican.

La mera repetición argumental que no logró convencer primero a los Jueces de Juicio, y luego a los Jueces de Cámara sin una explicación

elocuente no alcanza a superar el estándar exigible en clave del remedio que se articula.

Mucho de esto hay en el insistente planteo de la defensa aunque, como veremos, la existencia del instituto de la consulta conduce a ampliar el espectro de análisis de la sentencia.

IV. c. Violación del Principio de Legalidad e in Dubio pro reo (Art. 18 de la Constitución Nacional, Art. 44, VI de la Constitución Provincial; Arts. 28 y 375.2 del Código Procesal Penal).

El principio de legalidad, adjetivo o sustantivo, implica, sintéticamente hablando, que todo comportamiento estatal es reglado y con más estrictez en el ámbito de aplicación del derecho penal.

Tipos penales en principio cerrados, que aún abiertos, se clausuran a partir de otras normas, impedimento de la analogía, ley previa al hecho de la causa, actividad procesal regular llevada a cabo por sujetos procesales estatuidos ex ante, son derivación de este basamento que, como bien lo dice la defensa, tiene una profunda raíz constitucional.

Pero no percibo, ni en el texto de la demanda ni en la propia sentencia un quiebre de estos postulados.

///

La aplicación de un sistema de análisis que conlleva a soluciones diferentes a las que con pertinacia ha sostenido el señor Defensor, no importan por sí violación alguna; solamente disímiles interpretaciones acerca de la consecuencia del razonamiento, que para mí -lo adelanto- ha sido correcto.

La prueba de indicios, con más precisión la prueba de presunciones es admitida, perfectamente, por el sistema de valoración estipulado por la norma procesal y ha sido estudiada, con profundidad, por la doctrina y la jurisprudencia.

He citado, asiduamente, la opinión de Morello, en el sentido que "… Si hay un sector del mapa probatorio que lleva al operador jurídico (juez, jurado, árbitro, abogado) a trabajar en un frente de conjunto, en una red que, interactuante, anude y teja es el de los indicios: dispersos acaso débiles o insuficientes, si son tratados en solitario, pero que multiplican e interactúan en la recíproca articulación y en función unitaria, el valor de convicción de las evidencias. Las parcelas, los indicios abastecen a las presunciones (así, en

plural) que, se reflejan en el paciente armado de la totalidad de esos cabos sueltos. Tan delicada y compleja trama se dibuja, a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada. No hay modo de captar esas partes sino en un todo; sólo así se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta…" (ver Augusto Mario Morello en "El peso de los indicios y la valoración de las presunciones en el delito de violación" en La Ley 1998-A- 312).

He señalado también que es posible que en el decurso de las operaciones intelectuales que se realizan sobre hechos comprobados exista, al final, un cierto grado de anfibología, pero ese obstáculo se supera aplicando las reglas de la lógica probabilística prevaleciente.

Por eso es que no es equivocado, en principio, cimentar la fijación de los hechos que derivan en la subsunción en la norma penal y la aplicación consecuente de la pena en ese medio de convicción.

IV. d. En el caso, los jueces penales, brindaron un pormenorizado relato de las razones que los llevaron a considerar auténtica y

///

aceptable la determinación de la sentencia recurrida.

No ha sido insensata la decisión de los Jueces en tanto ponderaron la manera en que G., M. y T. fueron ubicados en el escenario de los hechos, ni tampoco en definir la conducta de ese trío en la materialidad objetivamente probada (la muerte de J. G. y la herida proferida a su hermano).

Desechar los elementos de descargo y brindarle potencia al testimonio de Á. G., testigo directo (a la par que víctima) de los sucesos, engarzándolo con otros testimonios que se relacionaron, explicándose con precisión la manera en que la aceptación de uno y la composición de los variados se articulaban sin esfuerzo, merece, sin duda, cohonestarse.

Estos últimos testigos, según puede leerse, pudieron, desde distinto ángulo, percibir la presencia de G. con el arma homicida, como así también el incidente que motivó la amenaza de G. y su anuncio de que mataría al occiso. También se evaluó la evidencia compilada sobre el acompañamiento de T. y M., desde el principio de

la secuencia que culminó con el óbito de Jorge y las lesiones de A. G..

En efecto, los testimonios valorados describieron un cuadro en el que M. y T. se encontraban junto a G. cuando éste increpó a la víctima solicitándole dinero por el "peaje".

Luego, no ofrece fisuras el relato acerca de la ida de G. a buscar el arma para cumplir con la amenaza lanzada, y el cortejo que formaron M. y T., con quienes el primero (G.) anduvo hasta el punto de la agresión.

Es atinado el pensamiento que concluye en que ellos permanecieron y acompañaron el accionar de G. con una actitud coadyuvante, emitiendo frases que incentivaban al asesino a llevar adelante la agresión.

Quedó demostrado por medio de testigos, que luego del ataque, M. y T. huyeron como lo hizo G., y cuando fueron vinculados con la investigación brindaron una coartada que fue desbaratada por la prueba de cargo y apuntada como indicio de mala justificación.

Sobre el reproche a T. y M. el doctor Pitcovsky: "… *Según lo aprecia calificada doctrina, la ayuda intelectual admite cualquier forma, de modo que es posible que también se*

///

pueda aportar mediante consejos o con el fortalecimiento de la voluntad criminal del autor. A mi juicio compartiendo la decisión de los jueces de la mayoría, la presencia de ambos en el lugar acompañando al imputado G. desde el inicio de las acciones, con lo cual no podían dejar advertir el curso de los hechos que se avecinaban, resulta ser cuestión importante a atender en relación a la resolución final del fatal suceso … (omissis) *… "Á. G., luego víctima de un segundo hecho, que de seguido abordaré, fue claro cuando refiriera que los imputados T. Y M. acompañaban a G. al volver éste con un arma de fuego, y previo a apuntarle a él a la cabeza, le anuncian que iban por el hermano –al que ultiman momentos después. No puedo dejar de soslayar este punto crucial de la acción, donde Á. G. claramente advierte la intención homicida de G. cuando va en búsqueda de su hermano –con quien tuvo una discusión previa- acompañado en todo momento por T. y M., recordando la actitud de T. colocándose al costado de G., avanzando "como para que no pueda escapar", al decir del Juez, claro está, tomado del testigo de cargo y a M. siguiendo esta maniobra, hasta el momento mismo*

///

del ataque final contra la víctima fatal, por lo que he de confirmar la sentencia en este aspecto…” (extracto del primer voto)

Vale destacar, también, la opinión del segundo sufragante -la doctora Martos- quien ratificó la aptitud de los testigos J. G., B., A. y R. y por cierto Á. G. para ubicar a “… *M., alias M. u O.… en el lugar del hecho…”* y consignó que “… *ubican en el lugar a T., alias B., los testigo Á. G., R. y los hermanos N., que lo ven desde su ventana y B., que lo conoce del Barrio, según surge de los términos de la sentencia, conforme relataran éstos en el audio de debate…”*

Ella, la Juez, desgranó los votos de los Jueces del Juicio y concluyó en que se había detenido en esa labor “… *para llegar a la certeza de la participación secundaria de ambos imputados pues a mi entender, debe rechazarse el agravio de la defensa, pues no le asiste razón cuando afirma que la cooperación que les fue atribuida se infirió sólo del indicio de presencia coetánea en el lugar ante el hecho de G.…”.* Sus conclusiones -fundadas- hicieron hincapié en la corrección del relato construido por los Magistrados del debate en punto a que los dos aquellos no fueron meros espectadores sino que realizaron conductas

///

que implicaron verdaderos actos de acompañamientos al autor principal del homicidio.

También se adentró, la Juez Martos, en el análisis del asunto que concernía a A. G., observando el modo en que quedó asentada la autoría de los disparos que hirieron a la víctima y la intención homicida que lo animaba, con cita de los testigos N. y el propio G..

Por fin el doctor Portela, tercer votante, hizo mentas de los testigos J. O. C., R. G., J. R. A., L. M. V., C. E. B. y M. y A. N. "*… quienes fueron contestes en señalar la presencia del condenado en el escenario donde ocurrieron los hechos de sangre ya descriptos por el resto de los colegas…*" (extracto de su ponencia entre comillas). Y dio razones del porqué de su repudio a la versión excusante de G., tal los sentenciantes originarios formularan.

Más adelante estudió la situación de los atribuidos M. y T. y echó extensos párrafos al respecto, deteniéndose en el relato de Á. G., quién nombró a todos por el apellido "*… y esto no surgió de su imaginación, sino que los vio y los pudo individualizar…*" (doctor Portela dixit) a lo que anudó a los testigos A. F. y M. G. N., J. D.

///

A., J. O. C. en punto al conjunto que formaban los imputados a la sazón.

El doctor Portela señaló que "… *el rol cumplido por M. y T. surge de manera evidente: acompañaban al autor de los disparos que provocaron el deceso de la víctima. No prestaron al autor del homicidio una cooperación de carácter material, si aportaron su presencia preordenada en el lugar de los hechos…"* lo que significó, a su entender, una "… *asistencia de carácter moral, infundiéndole esa simple acción de presencia, confianza y seguridad para cumplir con su objetivo criminoso…"* (todo esto en relación con la muerte de J. G.)

En lo que atañe al ataque a Á. G., el Juez de la Cámara Penal de que se trata, dio razones por las que estimó que G. fue el autor de los disparos, los que definió como producto de su acción deliberada, actitud que también develó su inteligencia sobre la base de datos emergente del análisis del caso.

Recurrió a los testimonios de Á. F. y M. G. N., para apuntalar a los dichos de la víctima respecto de la manera en que el suceso había acontecido.

Quise rescatar los sendos pareceres de los Magistrados para demostrar la futilidad del

///

ataque intelectual de que han sido objeto por el recurrente.

Se demuestra acabadamente que el control ordinario trató los agravios propuesto en forma correcta, determinándose en forma clara la subsistencia de evidencias que permitían rebasar el límite de la duda insuperable, respecto de los hechos.

En ese aspecto la sentencia no ofrece reparo ninguno.

IV. e. La adecuación de la conducta de M. y T. como partícipes secundarios en los delitos en que se basó la condena.

Creo que sobre la base de los hechos que no pueden modificarse -aunque en el estricto escrutinio de la consulta se ha andado gravitando sobre ello- la adecuación de la conducta de esos imputados, tenidos como partícipes secundarios es razonable.

Al respecto, he de decir que el señor Defensor no ha replicado las razones de la Cámara Penal para tenerlos como tales, sino repetido una vez más el discurso que no tuvo acogida en las instancias precedentes.

En cambio, los Jueces han estudiado el tema y establecido esta forma de cooperación en el delito de otro con suma claridad y citas adecuadas.

No ha de olvidarse que la participación secundaria no exige la ejecución del hecho principal, sino la cooperación de cualquier modo -no esencial- a la ejecución del delito (ver "Código Penal de la Nación- Comentado y anotado" bajo la dirección de Andrés D´Alessio, Ed. La Ley, página 798).

///

Y esto implica, en el caso concreto, la aceptación de la conducta del autor en toda su dimensión y de sus consecuencias.

Si M. y T., tal como quedó en la sentencia, conocían de la intención de G. de lanzarse contra los G. a balazos, por cierto que consintieron el resultado previsible: la muerte de J. y el intento de terminar con la vida de Á..

Demás está decir que la autoría de G., en ambos casos, bajo las formas fijadas en la sentencia no deja margen de dudas.

La calificación optada por la Cámara es la correcta en ambos casos, pues como ya he dicho actúa con dolo (en este caso homicida) quien sabe lo que hace y conoce el peligro concreto de su acción.

Y actúa de ese modo quien mata, por las causas que no han sido refutadas exitosamente y luego en el mismo contexto dispara a otro con un arma de alto poder vulnerante.

IV. f. Inconstitucionalidad del agravante de pena por el uso de arma de fuego (art. 41 bis del Código Penal, art. 375 inc. 2° del CPP)

Respecto a este punto partiré de un predicado que insistentemente he expuesto en mis sufragios: la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, "… ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la norma fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable…" (ver CSJN c.L. 1043 XLII, Lemes, M. 3/02/2009, en JPBA T 142 sum. 2).

De allí que, si la inconstitucionalidad de una norma no es palmaria, y la denuncia no supera el estándar que ha fijado la Corte Suprema de Justicia ha de preferirse, siempre, su rechazo.

Por otra parte, los miembros de la Cámara en lo Penal han tratado el asunto dentro del marco sentado por la Sala, y consecuentemente sus votos no merecen objeción alguna.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

IV. g. La aplicación del art. 41 bis del Código Penal en la emergencia.

Como lo he dicho en otras causas, no veo obstáculo a la aplicación en la especie del art. 41 bis del C.P.

Se trata de una agravante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades.

Como se enseña en el "Código Penal de la Nación-Comentado y anotado" dirigido por Andrés J. D´Alessio" (Ed. La Ley, T I, página 658, Ed. 2009) esta calificante tuvo en miras "…el mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para los bienes jurídicos vida e integridad física…", y esto es lo que se ha dado en el bajo examen.

No causa perplejidad el texto mismo de la norma, pues lo que ha discutido la doctrina y la jurisprudencia es su aplicación en los delitos en donde el uso de arma ya estaba contemplado, mas no en este delito- el homicidio simple, art. 79 del C.P- que no prevé ninguna distinción en lo que atiende al medio empleado para su comisión.

///

Es la superioridad de medios lo que justifica la mayor severidad punitiva, pues "… el contenido de ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, y la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima y el mayor peligro corrido por ella…" (Ver "Código Penal y normas complementarias" David Baigún y Eugenio Zaffaroni- Directores, Ed. "Hammurabi" T 2, página 92, Ed.2002).

El comentario, crítico del debate legislativo y de las razones tenidas en consideración para la sanción del artículo de marras, no es obstáculo para adherir a lo que pareciera el argumento racional, el sentido mismo de existencia del precepto, destinado a recrudecer las consecuencias de las conductas que poseen, en sí, mayor capacidad letal y del otro lado sitúan al activo en una condición de poder que enerva cualquier reactividad en la víctima, puesta en condiciones de labilidad que dan al ilícito un mayor contenido de disvalor.

Sobre este particular no hay fundamento alguno para aceptar queja.

V. h. La pretendida inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 del C.P)

Sobre esta cuestión he tomado posición en otros pronunciamientos.

Ya se ha visto la opinión que merece la tacha de inconstitucionalidad de una norma

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

La parte ha utilizado los argumentos que una porción de la dogmática penal ha opuesto a la aplicación del art. 50 del C.P, criterio que no comparto.

En primer término, y reitero la cita de la sentencia, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "… la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla cumplido antes recae en el delito…" (ver CSJN caso L´Eveque, Ramón, L. 513. XXI.; 16-08-1988; T.311P.1451)

Y es bajo la premisa de que el principio de igualdad en la Constitución Nacional no es el de la igualdad rasa sino aquel que implica que la igualdad entre quienes se hallan en igualdad de condiciones, mantuvo la Corte, en el precedente aludido, que: "…La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferente, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupo aunque su fundamento sea opinable…" y que "…El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta…" (En el mismo caso ya citado)

En lo que atañe al "non bis in idem" se sostuvo que éste prohíbe la nueva aplicación de la pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena- entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que

///

considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una infracción criminal (en el mismo caso que se ha citado).

No parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de la diferente composición.

En el caso "Gramajo" (G. 560. XL; RHE; 05-09-2006; T. 329 P. 3680, que concernió a la aplicación en el supuesto del art. 52 del C.P.) el voto del doctor Petracchi específicamente mantuvo que: "… El instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal) se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…"

Esta posición parece extraerse del precedente Mannini, Andrés Sebastián s/causa N° 12.678 del 17/10/2007 (M. 619. XLII; RHE T. 330, P. 4476) cuando con remisión al dictamen del Procurador General la Corte aceptó que "… El art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente y si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios se señaló que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia…"

Este antecedente fue reiterado en A. 2387. XLI; RHE "Alaniz, Eduardo Francisco o Martínez, Oscar Guillermo s/robo con armas —causa N° 840— del 05/02/2008 (T. 331, P. 28); en autos: "R. 1104.XLI;RHE Rodríguez, José Jerónimo y otros s/robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda -causa N° 92.730" del 01/04/2008; e "I.315.XLII; RHE Ibáñez, Gerardo Ismael s/hurto simple en grado de tentativa -causa N° 717" del 20/05/2008 (La consulta de los antecedentes que están en estos párrafos y los anteriores lo ha sido desde

///

la base de datos de la página web de la CSJN, Secretaría de Jurisprudencia)

Es correcto que en los litigios pre-enunciados la Corte sólo estatuyó las condiciones de aplicación del art. 50 del C.P, pero no se me ocurre que haya puesto óbices a su constitucionalidad.

Máxime cuando en el caso "G.704.XLIII;RHE Gago, Damián Andrés s/causa N° 2175 del 06/05/2008 (T. 331, P. 1099) con toda claridad persistió, al menos mayoritariamente, en que "…El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…" homologando de esa manera el dictamen de la Procuración General, al que remitió. (Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda
Voto: Argibay Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni)

En fin, este breve repaso por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es fundamento de autoridad para volver a nuestro criterio en sentido que la aplicación del instituto de la reincidencia, siempre que estén reunidos los requisitos de la ley, no vulnera ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional ni cercena las garantías que los protegen (soslayaré expandirme en esto pues uno de los señores Jueces de Cámara ha tenido la amabilidad de citarme)

IV. i. El ataque de la defensa en lo que atañe a los aspectos cuantitativos de la pena tampoco tendrá andadura.

No comparto el punto de vista de considerar que, al tomar a la reincidencia como un elemento susceptible de ser considerado, se estuviera efectuando una doble valoración injusta pues tal ponderación está permitida por la norma- art. 41 del

///

C.P. cuando refiere- a "...las reincidencias en que hubiere incurrido..." para mensurar la sanción.

Los integrantes de la Cámara, por otro lado, hicieron una adecuada valoración de la determinación de pena que impuso el Tribunal de juicio, sin incurrir en arbitrariedad (pues dieron razones lógicas), siendo que, por otra parte, se compadece del estándar que permite la figura en cuestión.

Lo esencial en la determinación de la pena, dentro de las pautas que prevé el art. 41 del C.P, es que los jueces de mérito brinden razones particulares atinentes al caso y no argumentos genéricos que impliquen una apariencia de fundamentación.

El camino correcto es el que han recorrido los Jueces de la Cámara Penal que han refutado las argumentaciones empecinadas en demostrar que ha existido doble valoración o infracción al principio que impide la doble persecución.

La pena, en su aspecto de prevención general positiva, no hace más que reforzar el cumplimiento de la ley. Emite un claro mensaje a la sociedad en cuanto a la vigencia de normas cuyo respeto hace viable los términos de la convivencia en cooperación social.

El Estado, cuyo rol fundamental es el estímulo de la cooperación social libre, debe hacer respetar la norma siempre en el marco de racionalidad que implica la autoridad limitada por los derechos fundamentales y no creo que la Cámara al confirmar la decisión del Tribunal de Juicio haya incurrido en irracionalidad.

El hecho de haberse enarbolado opiniones de la dogmática que poseen una opinión adversa a la prisionización (otro neologismo cuya virtud pongo en dudas) no es óbice a la idea que expongo, pues en la medida en que el legislador establezca sanciones punitivas, las maneras de regular el concurso de delitos, y la forma en que los Jueces han de medir las sanciones brindando fundamentos plausibles, la mera discrepancia no puede admitirse.

V. Conclusión

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En síntesis, voto por que la impugnación interpuesta sea desestimada y la sentencia venida a control confirmada en todos sus términos.

Asimismo, estimo cumplidos los objetivos de la Consulta por la manera en que se ha pretendido analizar todos los aspectos de la sentencia ocurrida.

Por consecuencia, propongo que se declare improcedente el recurso del Defensor Público y se confirme la sentencia dictada por la Cámara de Apelación Penal.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Compondré mi sufragio sin exponer los antecedentes que motivan la impugnación extraordinaria contra la sentencia de la Cámara en lo Penal, pues la completa relación de los hechos efectuada por mi colega preopinante, resulta lo suficientemente explícita como para impedir fatigar al lector.

II. Disiento del criterio expuesto por el ministro que votó antes en punto a que la presencia de la consulta impone el deber de escudriñar exhaustivamente la condena.

Sostengo, por el contrario, que el reclamo de revisión impetrado por la defensa, desplaza la consulta.

Interpreto que el instituto en cuestión ha sido estatuido sólo en beneficio del imputado sujeto a una condena de más de diez años y que no la hubiera recurrido. Pero, existiendo impugnación de la defensa, la consulta pierde virtualidad, ya que el atribuido satisfizo su derecho a obtener un doble conforme, esto es, la revisión de su condena por un tribunal superior

///

al que se la impuso (ver sentencia del pleno de este Superior Tribunal de Justicia en *"L., E. F. – L., E. R. – C. J. D. – L., D. A. s/ Homicidio Calificado por alevosía - Esquel"* (Expte. 20.373-Folio 199-L-2006).

En el caso, la Cámara en lo Penal, cumplió ese cometido: exploró y fiscalizó en toda su dimensión la labor desplegada por los jueces del debate.

Por lo tanto, la pretendida discusión instalada por el defensor público penal de los inculpados, sobre aspectos fácticos, es materia propia de los jueces de la instancia previa y ajena al remedio intentado.

Además, advierto que los argumentos esbozados en el escrito de las hojas 356/363 vuelta, constituyen una reiteración de los agravios enarbolados en la impugnación ordinaria y, por otra parte, el quejoso en esta instancia, no ha demostrado, en forma clara y precisa, que la ponderación del cuerpo de prueba llevada a cabo por la Cámara en lo Penal hubiera importado un grave menoscabo a las garantías constitucionales invocadas, que habilite variar la suerte de la causa.

Al contrario, opino que la selección probatoria efectuada por los jueces de mérito para atribuirles participación secundaria a T. y M. es la correcta.

Así, luego de tener por acreditada la presencia de los incusos en el lugar de los hechos, describieron el rol que les cupo en el evento.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Es que, de los testimonios vertidos en el debate surgió con certeza que ambos imputados prestaron el acompañamiento y estímulo necesarios y suficientes para favorecer el accionar de S. E. G..

Los testigos afirmaron ver a los atribuidos un poco más atrás que G., fungiendo como “guardaespaldas” o acompañándolo para que J. G. no pudiera escapar.

Por lo dicho, considero que en el pronunciamiento atacado los magistrados ponderaron la prueba ventilada y brindaron fundamentos sólidos para decidir como lo hicieron.

III. La inconstitucionalidad de la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal fue rehusada por esta Sala, en la causa “*D., D. A. s/ homicidio simple*” (Expediente N° 20.083–D-2005), a cuyos fundamentos remito. Allí me pronuncié –integrando la mayoría– a favor de la aplicación del artículo en cuestión cuando el autor comete el delito con un arma de fuego aumentando el poder vulnerante del medio empleado para ejercer violencia o intimidación contra las personas.

Como se sabe, corresponde al Congreso de la Nación Argentina dictar el Código Penal (artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional). La circunstancia de que el legislador incluyera la agravante genérica –empleo de armas de fuego– en la Parte General del Código Penal, que remita a los hechos

///

tipificados en la Parte Especial no afecta el principio de legalidad que acusa de incumplido.

Por lo tanto, la queja impetrada no tendrá acogida favorable y la aplicación de la agravante deberá confirmarse respecto de los tres imputados.

IV. La misma suerte correrá el planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

El tema ya ha sido tratado y resuelto por esta Sala Penal en autos "*B., V. A. p.s.a. robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real*"(Expediente N° 20387-B-2006), en los que se rechazó idéntica petición. Me remito a dicho fallo para dotar de fundamentos a esta decisión.

V. Por último, la pena impuesta a los atribuidos es justa y razonable. El *a-quo* ha controlado adecuadamente el monto aplicado y las pautas tenidas en cuenta por el tribunal de mérito para fijarla, rebatiendo los argumentos de la defensa que denunciaban una doble valoración en perjuicio de los imputados.

VI. En conclusión, concuerdo con el voto del profesor Pfleger y deberá rechazarse la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas, y confirmarse la sentencia en crisis.

Así voto.

El Juez **Daniel Alejandro Rebagliatti Russell** dijo:

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478- procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente,

///

remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

II. En punto a la cantidad de miembros de este Cuerpo que deben conocer en la revisión constitucional denominada consulta por razón de la pena aplicada (artículo 179, inc. 2° de la Constitución de la Provincia del Chubut), este Cuerpo ya se ha expedido en el auto interlocutorio de fs. 399/403.

Sin embargo aclaro que de acuerdo a la sanción impuesta en estos autos, la intervención será sin las limitaciones indicadas en autos **"Comisaría Primera s/ Investigación homicidio r/v Fabián González s/ Impugnación"** (Expediente N° 21.847-163 T° II-2009).

III. La impugnación extraordinaria reitera varios de los puntos indicados en el recurso ordinario, los cuales han sido debidamente tratados por la Cámara en lo Penal.

Sin embargo y, teniendo en cuenta el alcance que le da a la revisión la pena aplicada, ingresaré nuevamente al tratamiento de las cuestiones indicadas.

El primer punto denuncia violación al principio de legalidad e in dubio pro reo.

Sostiene en este sentido que la prueba de la que se valieron la Fiscalía, los jueces, y también ahora el Tribunal de impugnación, es solamente indiciaria.

Agrega que no se consignó en la sentencia el accionar desplegado por los mencionados, es decir en qué consistió la participación secundaria adjudicada.

El segundo ítem ataca la aplicación de la agravante contemplada en el artículo 41 bis del

Código Penal, solicitando se declare la inconstitucionalidad de la norma.

Luego argumenta la errónea aplicación del artículo 50 del Código Penal, y también requiere la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Por último, y en relación al condenado G., sostiene que la pena impuesta es ilegal, solicitando que se adecue al mínimo la pena impuesta, con el mismo criterio que tuvo para condenar a T. y M..

IV. La vinculación de M. y T. al hecho investigado ha sido debidamente analizada por el Tribunal de Mérito.

Así quedó acreditada la presencia de ambos en el momento de hecho, como así también que conocían las intenciones del autor.

La permanencia junto a G. en el momento que aquél acometiera contra la víctima es la circunstancia que evaluaron los jueces (tanto de mérito como los de revisión) para adjudicarle la participación secundaria en el hecho.

Así considero que los jueces han dado razones para atribuirles este tipo participación a los mencionados, y para llegar a esta conclusión utilizaron la prueba arrimada al debate, lo que les permitió descartar la coautoría y decidir la colaboración en el hecho de una manera no esencial.

V. El segundo punto de ataque se relaciona con la aplicación de la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal.

Más allá de los sólidos argumentos utilizados por la Cámara para confirmar la calificación efectuada, me remito a la doctrina sentada respecto a este tema en autos ***"P., O. y otro s/ robo agravado seguido de muerte"*** *(expediente 21.125-P-2007)*, en donde sostuve: *´… la Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas, mediante empleo de un arma de fuego. De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica*

///

respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades…´

Por lo expuesto deberá rechazarse la queja en este sentido.

VI) En cuanto a la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, cabe remitirse a la jurisprudencia de esta Sala en los autos ***"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"*** (expediente N°20387-B-2006), en los que se rechazó tal planteo de la siguiente manera: *´… En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada. El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta 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 doctor Pfleger).

VII) Por último, en relación al monto de la pena impuesta observo que en el presente caso la sanción seleccionada ha sido debidamente fundada y se encuentra dentro de la escala punitiva legal, y que los jueces valoraron y compatibilizaron las condiciones que aumentaron la culpabilidad de los acusados con las que las mitigaban, como así también las demás pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

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

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

///

1°) Declarar improcedente la impugnación extraordinaria que en copia certificada obra a fs. 356/63 vta. con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 17/2010, que luce a fs. 330/354.

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Registrada bajo el n° 39/2011.

Fda. JORGE PFLEGER-ALEJANDRO JAVIER PANIZZI-DANIEL A. REBAGLIATI RUSSELL-ANTE MI: JOSE A. FERREYRA.

///