PROVINCIA DEL CHUBUT

PODER JUDICIAL

CAUSAS: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/B., H. s/Robo Simple - Esquel" (Carp.O.J. Esquel NIC N° 1175, Leg. Fiscal N° 10867) y "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ B., H. s/Resistencia a la Autoridad y otro - Esquel" (Carp.O.J. Esquel NIC N ° 1211, Leg.Fiscal N ° 11.310).-

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de septiembre de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por Los Sres. Jueces de Cámara, **Dra. Cristina Isabel JONES**, en su carácter de Presidente, y **Dres. Víctor Alberto SARQUIS y Omar Florencio MINATTA**, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causas caratuladas: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/B., H. s/Robo Simple - Esquel" (Carp. O. J. Esquel NIC N° 1175, Leg.Fiscal N ° 10867) y "PROVINCIA DEL CHUBUT c/B., H. s/Resistencia a la Autoridad y otro - Esquel"(Carp.O.J.Esquel NIC N°1211, Leg. Fiscal N° 11.310),en las que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, **Dr. Hernán DAL VERME**, en representación del Ministerio Público Fiscal, los **Dres. Bruno DEIAS y Mónica Valeria PONCE**, Abogados Adjuntos del Ministerio Público de la Defensa, como Defensor del imputado **Sr. H. B., y éste.-**

Y CONSIDERANDO.

Que el día 20 de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. Cristina Isabel Jones, en la que la

Dra. Mónica Valera Ponce, como Defensora del Sr. H. B., ratificó y mejoró los fundamentos de la impugnación ordinaria que oportunamente articulara junto al Sr. Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. Bruno Deias (conf. Escrito fs. 23/26 vta. CJ cit.), contra la resolución dictada por la Sra. Juez Penal Dra. Carina Paola ESTEFANÍA, el día 23/02/10, en el marco de la audiencia preliminar celebrada en las causas mencionadas (conf. const. acta audiencia fs. 20/21, CJ cit.), quien, luego de homologar el acuerdo al que arribaran las partes en el trámite del Juicio Abreviado que convinieran (art. 355 CPP), en las Causas referidas en el encabezamiento, condenó al Sr. H. B. a sufrir la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por considerarlo autor responsable de los delitos de Robo Simple en Grado de Tentativa en Concurso Real con Resistencia a la Autoridad en Concurso Ideal con Lesiones Leves Agravadas por tratarse la víctima de un Funcionario Policial (arts. 42, 45, 54, 164, 239, 89, 92, en función del art. 80, inc.8 ° del C. Penal), con costas, por los hechos ocurridos en esta Ciudad de Esquel, el primero, el día 09 de octubre de 2009, en perjuicio del comercio denominado "D. M.", y el segundo, el día 15 de noviembre de 2009, en perjuicio de la Administración Pública y del Sr. D. L. G., respectivamente (arts.239 y 241 del CPP). - Asimismo, conforme el punto 3) del Resolutorio citado, la Dra. Estefanía declaró a H. B. reincidente por primera vez (art. 50 C.Penal), rechazando el planteo de Inconstitucionalidad del instituto de la Reincidencia efectuado por los Sres. Defensores Técnicos del imputado, ya citados (conf. fs.20 vta. CJ cit.); ello, por haber cumplido, según la Magistrada, en forma efectiva una condena anterior a cuatro años de prisión, que oportunamente le impusiera la Cámara Criminal de esta Ciudad de Esquel,

(conf. art. 50 C. Penal), con su efecto obstativo del beneficio de la libertad condicional previsto por el art. 14 del C. penal, y sin haberse operado el plazo establecido en el último párrafo de la norma sustantiva anteriormente citada, postura coincidente con la expuesta en dicha audiencia preliminar por el MPF representado por el Dr. Hernán Dal Verme (conf. const. Acta aud. cit y audio respectivo).-

Tales agravios fueron contestados por éste (conf. escrito fs.30/34 vta.), reiterando la postura que asumiera en la audiencia preliminar citada, con más la ratificación y mejora de sus fundamentos expuestos en la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), por el Sr. Fiscal General, Dr. Hernán Dal Verme, peticionando, por los fundamentos que expuso, la confirmación del fallo impugnado y el rechazo del planteo incoado por la Defensa, pronunciándose contrariamente por la constitucionalidad del instituto de la Reincidencia (art. 50 C. Penal) y manteniendo su pretensión ratificatoria de la decisión de la Juez "a quo" en cuanto declaró al imputado reincidente por primera vez, atento el antecedente condenatorio que registra, de acuerdo al informe respectivo del RNR que obra en el Legajo Fiscal (conf. mención del mismo como ev."K" de la documental ofrecida en el escrito de acusación, fs.16 vta. CJ cit.).-

Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fuera objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

A esos fines, el Tribunal fija las siguientes cuestiones a resolver: ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación interpuesta por la Defensa del Sr. H. B. contra la sentencia que declaró la constitucionalidad del instituto de la

reincidencia previsto en el art. 50 del C. Penal y declaró al mismo reincidente por primera vez?; en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? ¿Qué receptarse o no el planteo fiscal sobre la competencia del Tribunal para entender en el planteo central de inconstitucionalidad de la reincidencia?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: Sarquis - Jones - Minatta.-

El Dr. Victor Alberto SARQUIS, dijo:

I.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA: En el marco de los antecedentes reseñados, preciso que los Sres. Defensores del imputado H. B., Dres. Mónica Valeria Ponce y Bruno Deias, interpusieron impugnación ordinaria contra el punto 3) de la sentencia condenatoria dictada como consecuencia del procedimiento abreviado celebrado en el marco de la audiencia preliminar dispuesta en la CJ cit., y conforme la cual, la Sra. Magistrada Interviniente, Dra. Carina Paola Estefanía, con fecha 23/02/10, conf, acta registrada bajo el N ° 225, F° 344/345, Año: 2010, de la Of. Jud. Esquel, conforme el cual, la Dra. Estefanía rechazó el planteo defensista que propiciaba la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal, declarando al imputado reincidente por primera vez (punto 3) res. cit.),requiriendo los impugnantes, se nulifique parcialmente la sentencia, dejándose sin efecto la referida declaración de reincidencia de su pupilo, declarando la inconstitucionalidad del citado instituto -aspecto central de la impugnación en tratamiento-, anulando el punto 3) del decisorio "...por vulnerar los principios de culpabilidad, "ne bis in ídem", igualdad ante la ley y el principio de resocialización del condenado (arts. 1, 16, 18, 19 y 75,inc. 22 C.N., conf. Cap. III, Motivación, esc.agrav., fs.24 vta.

CJ cit), fundando legalmente su pretensión en las disposiciones de los arts. 370, 372, inc. 1°, 374, 375, inc. 2° , 382 y ccdtes. del CPP.- Reiteró tal pretensión al momento de mejorar los agravios en el marco de la audiencia fijada a esos fines en esta instancia (art. 385 CPP).-

En dicho decisorio, la Dra. Estefanía, luego de homologar el acuerdo al que arribaran las partes en el marco de la lógica del Juicio Abreviado, en lo que respecta a la declaración de autoría responsable del imputado respecto de los dos ilícitos reprochados por la acusación en ambas Carpetas -que ya mencionamos, y que aceptara el imputado-, así como también la conformidad de éste respecto del monto de pena propuesto (un año y tres meses de prisión efectiva, conf. puntos 1) y 2) res. cit., fs. 20 vta. CJ cit), se expidió sobre la corrección del criterio de tratar separadamente la homologación del acuerdo sobre aquellos aspectos propios del juicio abreviado y el tratamiento y decisión del planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia -aspecto éste que, en sintonía con la posición del MPF, consideró de orden público y por tanto extraño al acuerdo propio del procedimiento abreviado-, para abordar luego la citada pretensión de la Defensa, pronunciándose en definitiva por su rechazo.- Tal decisión fue oralizada en dicha audiencia por la Sra. Juez -a quo", por lo que en la transcripción de las partes fundamentales del resolutorio impugnado, trataré de ser lo más fiel posible a lo registrado en el audio.-

En lo que respecta al segmento de la resolución que aquí interesa resaltar la Dra. Estefanía, luego de afirmar respecto del art. 50 del C.Penal, con cita de Jurisprudencia de la CSJN que el mismo, debe ser interpretado literalmente dada la claridad de su texto y por ende la inexistencia de dificultades interpretativas que el mismo plantea, comenzó el

tratamiento de la oposición de la Defensa a aquél pedido fiscal, fijando el alcance que el máximo Tribunal Nacional le otorgara a la finalidad del instituto de la reincidencia, al establecer que "...La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir una 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 sufrido antes, recae en el delito." (CSJN, 16/08/1988, "L'Eveque, Ramón Rafael s/ p/ robo", Fallos, 311:1451).-

En cuanto a la posibilidad de lesión del principio "ne bis in ídem", sostenido por la Defensa, indicando que si se permitiese que una sentencia anterior produzca efectos en el presente caso, se afectaría la declaración de culpabilidad, expresó la Dra. Estefanía su discrepancia con tal aseveración, entendiendo que la ubicación de la reincidencia en relación a la culpabilidad, y no en el ámbito del hecho típico, es justamente la postulación que permite sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional, dado que "...lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido.- Y en torno a la presunta violación al principio de culpabilidad aseveró que el instituto de la reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad; incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas

distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza.- En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente.- En efecto, en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea.-. Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto. (Citó el voto del Dr. Fégoli en C.N.C.P., Sala II, 30/11/2000, "Lapalma, A.D.y Lloveras, M.F. s/rec. de Cas" y pronunciamientos de la CSJN, en Fallos 308:1938; 311:1451; 308:1938.).-

Entendió asimismo en consonancia con el pedido fiscal, que se encontraban en el caso reunidos los requisitos de fondo para la aplicación del instituto de la reincidencia y que las normas del Código Penal son de orden público, y por tanto, no disponible por las partes, y que una declaración de reincidencia en los casos de la aplicación de las normas del procedimiento abreviado -como en el caso-, sólo pueden resultar procedentes si previo a homologar el acuerdo, el Tribunal indagó sobre el asesoramiento recibido por el imputado acerca de la cuestión, y si su consentimiento fue prestado con cabal conocimiento de las consecuencias que una eventual declaración de reincidencia podría acarrearle, dejando debida constancia de todo ello en la sentencia,

requisitos éstos receptados por los Tribunales Nacionales citando en tal sentido el voto de la Dra. Angela Ester Ledesma en el caso "YAMAMOTO, CARLOS ALBERTO" (CNCP, Sala 3, de fecha 26/11/2007),que refiriéndose al punto sostuvo que la declaración de reincidencia por parte del Tribunal sin que las partes tuvieran oportunidad de expedirse respecto de la aplicación de dicho instituto, afecta el principio de contradicción que según la doctrina de la CSJN debe estar presente en todo proceso, trayendo ello aparejado una afectación del principio de defensa en juicio; en tal sentido, la Dra. Estefanía advirtió que tales exigencias fueron cumplidas en el caso.-

Por otro lado, destacó también la Juez "a quo", que no obstante los cuestionamientos doctrinarios a la constitucionalidad de la reincidencia, no debe olvidarse que ella no sólo ha sido creada por el legislador, sino que su validez constitucional ha sido ya reafirmada por la CSJN, por lo que los jueces deben ser muy cautelosos para pronunciarse contra la validez de las normas, en los casos en donde la vulneración de un derecho fundamental no es manifiestamente patente.- Así entendida la cuestión, la opinión doctrinaria contraria que contradice la validez constitucional del instituto no alcanza para justificar la invalidación del criterio legislativo avalado por la Corte Suprema (citó causa del 15/03/2006, "F.O s/ Robo agravado").-

Entendió asimismo, que conforme lo afirmado por la CSJN, no se debe recurrir mas que al propio texto del art. 50 del Código Penal, conforme al cual lo que interesa a los fines de la reincidencia es "...que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante la cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce".-

Por otro lado, contestando a la Defensa, sobre la posible vulneración de la reincidencia al principio constitucional llamado "ne bis in ídem", aseveró que la ubicación de la reincidencia en relación a la culpabilidad y no en el ámbito del hecho típico, es justamente lo que permite sostener la inexistencia de agravio constitucional, dado que lo que funda el agravante es la mayor culpabilidad del sujeto por el nuevo hecho, y que tiene su origen en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal, quien conoce en que consiste una pena por haberla sufrido, y que el instituto de reincidencia previsto en el art 50, no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, pues en el sistema penal argentino resulta indiferente la historia criminal del individuo, pudiendo así un delincuente ocasional caer bajo la declaración de reincidencia, en la medida que sea reprochable su insensibilidad por el reproche penal.-

También entendió que le asiste razón al MPF en cuanto a la cita de un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, de fecha reciente (23/09/09), caratulado "M., R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg. N° 21.123 - F° 53 - T° II - Año: 2.008, letra "M"), que ratificó la doctrina de la Corte Provincial, que rechazara la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (en la causa: "B., V.A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones todo en concurso real", Expediente N° 20.387 - B - 2.006), de cuyos fundamentos, y en especial del voto del Dr. Panizzi, puede extraerse que: "...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 particulares del caso -de conformidad a las reglas de los

artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito...". Aclaró el Ministro citado que "...el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente.- De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera... un estado que se reconoce y declara en la sentencia.".- Por ello es que resulta, a todas luces inaplicable el criterio sostenido por la Defensa, justamente por no ajustarse la interpretación que propugna al marco constitucional; por el contrario, su análisis parcializa el instituto y su finalidad, dispuestas por el legislador en su habilitada tarea de disponer reglas de política criminal, de aplicación obligatoria (orden público), por tanto el desacuerdo con el instituto sólo habilita el requerimiento de la remoción de la disposición del cuerpo normativo nacional por las vías de reforma legislativa constitucionalmente habilitadas, intentando la derogación de la norma o bien postulando su inconstitucionalidad, como en el caso.- Por ello, la Juez a quo resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal, y declarar al imputado B. reincidente por primera vez.-

Agrego también, como antecedente a tener en cuenta para resolver la impugnación planteada y en lo que aquí interesa, lo sostenido y requerido por el Sr. Fiscal General, Dr. Hernán Dal Verme en el inicio de la audiencia preliminar citada -día 18/02/2010, fs. 20 CJ cit.-; allí según lo registrara el audio respectivo, el Dr. Dal Verme solicitó la declaración de reincidencia por primera vez del imputado, al

margen del acuerdo, teniendo en cuenta el informe remitido al MPF por el RNR (conf. Ev. "K", cit. como prueba en el escrito acusatorio, fs. 16 vta. CJ cit.), de acuerdo al cual, el imputado registra un antecedente condenatorio a cuatro años de prisión efectiva impuesto por la CCCE, por la que se lo condenara a la pena de cuatro años de prisión, de cumplimiento efectivo, habiendo cumplido parte importante de la misma en prisión y obtenido su libertad condicional con fecha 28/12/06, operando el cumplimiento de la pena el 28 de abril de 2008, por lo cual tampoco ha transcurrido el plazo legal mínimo de cinco años al que hace referencia el art. 50, último párrafo del C. Penal, que obste a su declaración de reincidente.-

Advirtió por otro lado la Fiscalía, que esta cuestión, no fue parte del acuerdo con la Defensa para el juicio abreviado, ya que tampoco es susceptible de transacción por las partes, dado el carácter público e imperativo que tiene la norma y porque además, media para el MPF una instrucción puntual del Procurador General de la Provincia, que instruyera a los Fiscales acerca de la obligación de plantear la cuestión de la reincidencia en todos aquellos casos en que fuera procedente (conf. Inst. N ° 003/09 del 18/06/09).-

Asimismo, pongo de resalto que escuchando el audio de la audiencia preliminar referenciada, puede advertirse que en su transcurso, y obviamente antes de oralizar el resolutorio impugnado, efectivamente la Juez "a quo" le hizo saber al imputado -también a pedido del MPF con aquiescencia de la Defensa-, en forma detallada y pormenorizada las consecuencias gravosas que podría tener para él una eventual declaración de reincidencia, en especial en lo que respecta a la imposibilidad de obtener en lo futuro su libertad condicional, no obstante lo cual el Sr. B. aceptó

particularmente hacerse cargo de tales consecuencias, no planteando la Defensa objeción alguna. - Y también agrego que, conforme las constancias que obran en el audio citado, al oralizarse el resolutorio hoy impugnado, los Sres. Defensores hicieron formal reserva de impugnarlo, que tal como vimos, hicieran.-

Consigno finalmente, que previo a concluir la audiencia en esta instancia, la Sra. Presidenta del Tribunal, hizo saber a B. su derecho y oportunidad para expresar lo que considere apropiado haga a su defensa material, aseverando el mismo que nada tenía para agregar.-

II.- RESEÑA DE LOS AGRAVIOS DE LOS IMPUGNANTES.-

Conforme se desprende del escrito impugnatorio (fs.23/26 vta. CJ cit.) los Sres. Defensores del imputado, luego de reseñar los antecedentes aludidos más arriba, remarcando en especial los fundamentos dados por las partes y por la Dra. Estefanía en el resolutorio atacado, pronunciándose sobre la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, con sustento en doctrina y cita de fallos en tal sentido de la CSJN, del STJCh y de la CNCP, y, en su virtud, disponiendo que al aplicar la condena impuesta al imputado, se lo declare reincidente por primera vez, y de reconocer que en el marco del Juicio Abreviado, su pupilo fue informado debidamente de los alcances que tendría la condena impuesta y la citada declaración de reincidencia sobre la imposibilidad de obtención de su libertad condicional por imperio del art. 14 del C. Penal -según lo resaltamos más arriba-, no obstante lo cual el Sr. B. aceptara la tramitación y resolución de las causas citadas por la vía del Juicio Abreviado, y las consecuencias referidas, al motivar su impugnación, requirió de este Tribunal declare la nulidad del punto 3) del citado resolutorio, dejando sin efecto la declaración de

reincidencia allí dispuesta, y recepte el planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal -que ya había efectuado la Defensa en el marco de la audiencia preliminar citada, contrariando la postura adversa del MPF y luego de la sentencia en crisis, que la sigue-, por considerar que el instituto de la reincidencia, vulnera "...los principios de culpabilidad, "ne bis in ídem", igualdad ante la ley y el principio de resocialización como fin de la ejecución de la pena privativa de libertad (arts.18 y 19 de la Carta Magna, Arts. 370, 372, inc. 1 ° , 374, 375, inc. 2 ° , 382 sgtes. y ccdtes.del Código Procesal Penal de Chubut)..." (fs.23. CJ cit.).-

Al explicitar los fundamentos de la impugnación, la Defensa sostuvo, en relación a la vulneración del primero de los principios citados, que tal lesión se produce "...toda vez que la reincidencia no tiene en cuenta la culpabilidad del autor por el hecho que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación a otros hechos distintos al juzgado...", como ocurre en el caso de su defendido; agregando, con cita de Vitale, que ello es así por cuanto"...el aumento del rigorismo punitivo -que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel-, se fundamenta realmente en la "peligrosidad" que se dice "demostrada" y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado, como se advierte en el caso del Sr.B. máxime teniendo en cuenta que la "transgresión del principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel), se fundamenta realmente en la "peligrosidad" que se dice "demostrada" y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de este modo..."

(cita de Vitale); lo que además, no sólo pone en evidencia una doble punición por el mismo hecho, sino que también pone en crisis el Derecho Penal de "acto", consagrado en nuestro Estado Constitucional de Derecho, haciendo primar por sobre el mismo el Derecho penal de "autor", que "...persigue a la persona por lo que ella es y no por sus actos...", basado más "...en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo en la punición...” , y en la que “...el reproche penal no se adecua al injusto, sino a diversas condiciones de personalidad..."(últimos encodillados corresponden a la cita del voto de la Dra. Mónica Rodríguez que liderara el acuerdo como integrante de la Cámara Penal que se expidiera recientemente -12/01/2010- en causa "C., M. A. s/Trelew...", Cs.Js. 1796 -1793, Lgjs.Fis.18428 y 18413, declarando la inconstitucionalidad de la reincidencia).-

En cuanto a la violación del principio de resocialización que la declaración de reincidencia conlleva, entendió la Defensa que respecto de su pupilo, ella no hace más que "...aumentar las consecuencias negativas que genera la privación de libertad cuando ésta es demostrativa del fracaso de un tratamiento resocializador que no fue brindado por el Estado y que se pretende reiterar con mayor cantidad de pena privativa de libertad, fórmula ésta que lejos de hacer que el condenado pueda lograr “...la finalidad de comprender y respetar la ley, lo torna más vulnerable, dado el efecto despersonalizante que tiene el encierro...", especialmente cuando no se le brindan al sujeto las condiciones de detención fijadas constitucionalmente...", apuntando que en el caso, la pena cumplida por B. lo fue en dependencias de la Comisaría 2da. de Esquel, que como es sabido, no reúne los recaudos mínimos que deben exigirse para un establecimiento

de detención, en el que no puede aspirar a ninguna posibilidad resocializadora, más que el mero terror de volver a ingresar a ella -prevención especial?-, agregando: "pero este incumplimiento estatal no estaría en discusión, sino sólo la temeridad de B. al cometer un nuevo delito para el que su pena anterior no hizo más que potenciarlo..." agregando que "..el círculo se cierra con más de lo mismo: una nueva prisión que de ser cumplida en dependencias policiales será no resocializante, lo que potenciará para más delitos que lo tornaran a su vez más reincidente y así sucesivamente, sin atrevernos a poner un final a esta historia...".-

En relación a la violación del principio "ne bis in ídem", el mismo se produce en el caso de la reincidencia, pues según la Defensa, lo que ella produce en definitiva es no sólo trasladar los efectos de una condena anterior, sino que al colocar al imputado en la categoría de "reincidente", ello agrava su condena y habilita una mayor pena por los efectos que dicha declaración trae aparejada...", considerando atinado agregar, con cita de Fleming - Viñals ("Las Penas...", pág. 584),que "no habrá racionalidad en propiciar la mayor aplicación de un régimen disuasorio que se haya revelado como inocuo", considerando además que debe tenerse en cuenta que "...quien pese a haber experimentado la vida carcelaria vuelve a delinquir, puede estar poniendo de manifiesto su vulnerabilidad ante el delito, su propensión a la comisión de conductas antisociales, lo que lo dejaría en un grado de culpabilidad disminuida que, según los postulados básicos de graduación de la pena, tiene un efecto no agravante sino depresor (con cita de Mir Puig, pag.624)...". También citó en su apoyo, a más del precedente de la Cámara Penal de Trelew, ya citado, el dictado por el Tribunal

Unipersonal de Juicio de la Dra. Graciela Anabel Rodríguez de esta Jurisdicción, que también, recientemente, se pronunciara por la inconstitucionalidad de la reincidencia, agregando a las razones expuestas, el hecho de que la reincidencia provoca la estigmatización del condenado, como así también el agravamiento de su condena al no permitirle hacer uso de su derecho a su libertad condicional, impidiéndole reintegrarse a la sociedad hasta no haber agotado en prisión la totalidad de la pena impuesta, sin importar si durante su privación de libertad, asimiló de modo satisfactorio, o no, el tratamiento penitenciario, apartándose de esta manera "...del objetivo consagrado en nuestra Carta Magna y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, cuyo espíritu se encuentra en consonancia con lo previsto en los Tratados Internacionales que conforman el bloque federal...".-

Con base en tales fundamentos, los impugnantes requirieron se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad del Instituto de la Reincidencia del art. 50 del C. Penal y se deje sin efecto la declarada respecto de su pupilo, haciendo reserva, en caso de negativa, de recurrir por ante la CSJN, por la vía prevista en el art. 14 de la Ley 48, atento la violación de las garantías constitucionales involucradas (conf. fs. 26 y vta. CJ cit.).-

Ya en el marco de la audiencia celebrada en esta instancia (conf. art. 385 del CPP), al ratificar y mejorar los fundamentos de la impugnación deducida, la Sra. Defensora, Dra. Mónica Valeria Ponce, agregó que reincidencia declarada por el resolutorio atacado, vulnera el principio de culpabilidad al valorar un elemento ajeno al que fuera materia de reproche penal y por el que su defendido ha asumido su responsabilidad penal, y con cita del Prof. Zaffaroni apunta que tal circunstancia debería haber sido

interpretada para disminuir su responsabilidad, no para agravarla, pretendiendo imponerle un plus punitivo mayor que el que 1e correspondería, entendiendo que si el Estado ya le ha impuesto una pena privativa de libertad, con el fin de resocializarlo, y no obstante ello, vuelve a caer en el delito, ello está hablando de una persona que no puede autolimitarse, siendo por ello más vulnerable.- Citó en consonancia con su postura las opiniones de los Prof. Maier y Vitale, en cuanto a que la reincidencia contraría el fin de la pena, que es la prevención especial o la resocialización de su asistido, es decir que pretender que el mismo permanezca alojado hasta el agotamiento total de la pena, no hace mas que desconocer un principio que nuestro Estado de derecho recepta como derecho penal de acto y no como derecho penal de autor; también citó en su favor, lo resuelto recientemente en la Jurisdicción Provincial (fallo de la Cámara Penal de Trelew en autos "C., A.", y "C.", con votos de los Dres. Mónica Rodríguez y Omar F. Minatta y el voto de la Dra. Graciela Anabel Rodríguez en la causa "S.", en la Jurisdicción de Esquel), resaltando el criterio sostenido por la Dra. Rodríguez que en el primero de los casos citados, no aplicó el instituto de la reincidencia, afirmando que si bien la CSJN no se ha pronunciado aún, con su nueva integración, sobre la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P, sí lo ha hecho en relación al art. 52 del C. Penal, sobre la reclusión por tiempo indeterminado, en la causa "Gramajo", en la que la Corte habría definido algunas lineamientos en relación al tema, que indicarían que sus Ministros adoptarán similares criterios cuando deban pronunciarse específicamente sobre la reincidencia, en especial respecto del efecto que produce la misma, como el "etiquetamiento" de las personas que produce la persecución penal con la mayor punición estatal (conf.

Maier), lo que hace que los Jueces den un tratamiento desigual y arbitrario, que hace que determinada persona a la cual se le impone esta categoría de reincidente, vea menguada la obtención ciertos derechos fundamentales, como lo es el acceso al beneficio de libertad condicional, es decir egresar antes de un establecimiento penitenciario.- Resaltó asimismo, que su defendido no ha recibido el tratamiento penitenciario adecuado y exigido por la norma del art. 18 de la Constitución, teniendo en cuenta que dicho planteo entiende no es extemporáneo, ya que no hace mas que receptar el criterio del Dr. Zaffaroni, el que considera que se pone en cabeza del condenado exigencias que no fueron cumplidas por el propio Estado, cercenándosele así derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.- Destacó también la existencia de una corriente doctrinaria que intenta desterrar el instituto de la reincidencia, no resultando casual que el Proyecto de reforma del Código Penal elimine de dicho cuerpo normativo a la reincidencia, el que solo estigmatiza a sus asistidos y aumenta el plus punitivo, impidiéndole acceder a derechos consagrados constitucionalmente.- Reiteró asimismo en esta instancia, las pretensiones volcadas en su escrito impugnatorio.-

Por su parte, al contestar primero aquellos agravios planteados por escrito, también utilizando dicha forma (conf. escrito fs.30/34 vta. CS cit.), el Sr. Fiscal General, Dr. Hernán Dal Verme, solicitó su rechazo y la confirmación del decisorio impugnado, sobre la base de dos cuestionamientos.- Según el primero, porque el objeto de la impugnación del decisorio dictado por la Juez a quo, que ha propuesto la Defensa, no está dirigido en verdad contra la sentencia condenatoria dictada en autos, a la que se refiere el art. 374 del C.P.P., sino sólo a parte de ella, que es la que

declarara reincidente al condenado, el cual, según la Fiscalía , "...no pasa de ser un pronunciamiento que reconoce una situación de hecho..." , por lo que "...si los recaudos fácticos de procedencia de la reincidencia no han merecido cuestionamiento alguno, y la única queja se centra en la validez..." constitucional "...de una norma positiva..., la vía ordinaria no fue incluida para tal supuesto...", agregando que para ello, "...basta la impugnación extraordinaria...", concluyendo que "ni el imputado ni su Defensa Técnica están legitimados para articular una impugnación ordinaria contra el pronunciamiento atacado, ya que no se cuestiona una verdadera sentencia condenatoria en los términos que refiere la garantía del imputado al "doble conforme", siendo que además, tal recurso, por sus fundamentos, no fue previsto para dar respuesta a los cuestionamientos de constitucionalidad impetrados por la Defensa, razón por la cual el recurso debe ser declarado inadmisible, o en su defecto, encarrilado por la vía extraordinaria correspondiente en respeto de los principios in dubio pro recurso y uria novit curia..." (fs.32 vta./33. CJ cit.).-

Sentado ello, entendió, que conforme las normas que atribuyen competencia material a los órganos jurisdiccionales, las controversias de constitucionalidad, constituyen un motivo de impugnación extraordinaria, que debe ser planteado y resuelto por ante el Excmo Superior Tribunal de Justicia de la Provincia (arts. 179 C.Prov., 70,372, 375 y 376, del CPP), materia que no se incluyen en las normas de los arts. 71 ap. A del CPP, que atribuyen competencia material concreta a la Cámara en lo Penal, como así tampoco lo hace el art. 374 del CPP..- De allí concluyó que ésta "...carece de competencia material para tratar la impugnación deducida en los términos

propuestos por la Defensa, "...ya que le corresponde a la Sala Penal del STJ provincial..."(fs.34 CJ cit.)

Finalmente, en cuanto al fondo del recurso, coincidió totalmente con los argumentos vertidos por la Dra. Estefanía en el resolutorio impugnado, según ya lo adelantara en el alegato de la Fiscalía previo al dictado de aquél, en cuanto se pronunciara sobre la constitucionalidad de la reincidencia, en consonancia tanto con la Jurisprudencia de la CSJN como del STJCh, como de las directivas emanadas de la ya citada Instr. Gral. para el MPF N ° 003/09 PG, que instruyera al MPF a solicitar la declaración de reincidencia en aquellos casos que corresponda.-

Agregó asimismo, que, según el criterio de la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal debe considerarse como la última ratio del ordenamiento jurídico (citó Fallos: 311:394), por cuanto ella "constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, sólo practicable como razón ineludible del pronunciamiento a dictarse" (citó fallos: 264:364).-

Solicitó en fin, se declare inadmisible el recurso ordinario deducido, procediendo reconducir el remedio, de así entenderlo posible el Tribunal, a través de la vía extraordinaria pertinente y, subsidiariamente, y por los motivos expuestos, se rechace la pretensión defensista.- Tal postura, fue también ratificada y mejorada en todas sus partes por el Dr. Dal Verme en la audiencia de impugnación, quien agregó en la misma línea algunos argumentos corroborantes de la posición asumida, reiterando idéntica pretensión.- En tal sentido, y respecto de la primera cuestión que propusiera en relación a la posibilidad que este Tribunal no fuera competente para tratar la inconstitucionalidad requerida en forma abstracta por la

Defensa, reiteró su postura, recordando que la impugnación ordinaria interpuesta, se ha ceñido al cuestionamiento de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia como tal, sin hacer mención a ninguna cuestión fáctica, por lo que ello hace imposible que el agravio formulado pueda ser objeto del doble conforme, no existiendo aquí una cuestión fáctica que tratar que de sustento al recurso ordinario, reiterando lo que ya señalara en un precedente reciente (causa "P. S.") y destacando que al igual que allí, el aquí imputado tiene como presupuesto de la declaración de reincidencia una sentencia anterior, en la que el mismo cumplió parcialmente la pena, recuperando su libertad a través del instituto del art. 13 del Código Penal(su libertad condicional), circunstancia por la cual habiendo sido estos hechos claramente posteriores a la obtención de dicho beneficio, no queda duda que había cumplido parcialmente una pena que había quedado firme a través de la sentencia N° 28/2004 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia.- Por ello reiteró que no existe un problema fáctico en cuanto a la verificación de los presupuestos de la reincidencia, destacando además que la Defensa no trajo ningún tipo de discusión al respecto.- Por ello, remarcó que sólo se está discutiendo en abstracto respecto de la inconstitucionalidad de una ley de fondo y que ante ello, sumado a que la normativa procesal al atribuir competencia a la Cámara no lo hace puntualmente respecto a cuestiones de constitucionalidad, reiteró su solicitud de que se declarara inadmisible el recurso o se lo recondujera en ese sentido al Tribunal competente en la materia (el STJCh), a los fines de no privar al imputado de un recurso, y reiterando en lo demás lo que ya dejara plasmado por escrito al contestar los agravios, agregando sólo que de admitirse el recurso, se evidenciaría una incoherencia entre el remedio

que se intenta aquí utilizar y el sentido para el que fue creado el recurso ordinario.- Afirmó en fin, que no se dan en el caso ninguno de los supuestos del art. 375 del CPP.-

En cuanto al análisis de la cuestión de fondo, destacó que los tres aspectos que la Defensa trae para dar sustento al planteo de constitucionalidad, han sido largamente debatidos en doctrina, destacándose como eje del planteo de la defensa la vulneración de los principios de culpabilidad, "nem bis in idem" y el principio de resocialización de la pena; y, en este sentido, se remite a los fundamentos dados por la Sra. Juez "a quo" en la sentencia, por ser a su criterio la doctrina legal sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia -en el precedente que citó-, por el cual se concluyera sosteniendo la validez del instituto de la reincidencia, la que solo puede ser desconocida, sin caer en la inseguridad jurídica, si la Corte de la Nación hubiera dicho lo contrario, permitiendo superar aquella doctrina, lo que no ha ocurrido.-

III.- TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN QUE DEBE ADOPTARSE.- Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y fijados como han quedado los agravios de la impugnante, abordaré la pretensión defensista.-

Previo a ello, y respecto al cuestionamiento efectuado por el MPF sobre la competencia de este Tribunal para resolver en el marco de la impugnación ordinaria articulada por la Defensa (que identificara como tercera cuestión), sólo el planteo constitucionalidad -o no- del art. 50 del C. Penal, que consagra el instituto de la reincidencia, en abstracto, sin otro sustento fáctico que pudiera ser materia de agravio y de resolución por esta vía propuesta por la Defensa, en base a los argumentos que más arriba expusimos.-

Sin perjuicio de la seriedad y razonabilidad del inteligente planteo jurídico procesal propuesto por el Dr. Dal Verme, que de prosperar, produciría como bien lo advirtiera el citado Magistrado, o la declaración de inadmisibilidad del recurso o la reconducción del mismo trasladándolo al Tribunal competente para resolver sólo lo referido al planteo de inconstitucionalidad de la norma sustantiva citada (Sala Penal STJCh), entiendo que más allá de las razones expuestas, atendibles por cierto, deben ponderarse otras igualmente razonables jurídicas y prácticas, que me inclinan a desestimar el planteo fiscal en análisis.- En tal sentido, parto por señalar que la estructura procesal de la impugnación ordinaria, diseñada en nuestro nuevo CPP, consagrando en sede local la exigencia constitucional del llamado "doble conforme" en puridad limitaría el ámbito de competencia material de las Cámaras en lo Penal a la revisión de las sentencias de condena penal y civil dictadas por los Tribunales de Juicio (conf.art.71, ap. A), inc. 1° del CPP), entre otras materias no atinentes al caso, lo que así interpretado, podría dar razón al planteo del Dr. Dal Verme, pues este Cuerpo sólo debería intervenir para resolver sobre las clásicas cuestiones de hecho y prueba, pero no así en planteos abstractos de inconstitucionalidad, en los que no existiría disputa sobre cuestiones fácticas que sustenten la pretensión defensista, como según el Fiscal, ocurre en el caso.- Sin embargo, también es cierto, que en el funcionamiento práctico del recurso, se van ampliando progresivamente, en el marco de la impugnación ordinaria contra los fallos de condena, las cuestiones llevadas a resolver por las Cámaras, dado que el tratamiento de las materias objeto de agravios, se efectúa bajo las premisas teóricas que importa "el máximo esfuerzo de revisión" o

"máximo rendimiento", premisas que como se sabe, fueran sentadas por la CSJN en autos "Casal" (LL 2005-E- 657, en especial, Cons. Nros. 23,24, 32 y 34), y otros más recientes ("Benítez, Sergio Rubén" del 28/02/ 2006 y "Salas, A del 14/02/2006 en LL- 2006-C- 262 y 309, respectivamente).- En esta misma línea, y también dentro del funcionamiento práctico del recurso, se va imponiendo un criterio amplio de revisión de las cuestiones resueltas en las sentencias de condena, esto es, el criterio de poder los jueces del recurso, revisar todo lo revisable, dentro del marco impuesto por los límites de los agravios y sin perder de vista las limitaciones provenientes de la inmediación.-

Además, podría agregarse a lo dicho y para el caso que nos ocupa, una razón de orden práctico, que sería dos aristas: por un lado, el evitar el dispendio jurisdiccional que se generaría accediendo a cualquiera de las opciones planteadas por la Fiscalía, y por otro lado, contribuir a la celeridad en la tramitación de los procesos de tipo acusatorio como el que nos rige, celeridad consagrada como principio de este sistema de enjuiciamiento penal en el art. 3 del CPP.-

Por tales razones y fundamentos, y reitero, sin desconocer el sólido planteo del Dr. Dal Verme, entiendo que la pretensión que lo contiene no debe ser acogida.- Así lo propongo a los Colegas que me siguen en el orden de la votación.-

Abordando ahora la pretensión de los impugnantes, y partiendo del análisis de los antecedentes que dieran origen a la impugnación ordinaria articulada por la Defensa contra el punto 3) de la parte resolutiva del decisorio oralizado por la Sra. Juez a quo, Dra. Carina P. Estefanía, es claro que si bien el agravio de los impugnantes se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 del C. Penal), afirmada por el

decisorio en crisis siguiendo la postura de la acusación, y de la inveterada doctrina jurisprudencial emanada tanto del STJCh, como de la CSJN, como de otros importantes Tribunales del país, es obvio que el objetivo final de tal planteo persigue el propósito concreto y además, revelado, de evitar que el efecto propio de la declaración de reincidencia, dispuesta por la Juez a quo, impida al condenado H. B., obtener el beneficio de la libertad condicional, atento la imposición en tal sentido del art. 14 del C. Penal, habida cuenta que conforme los antecedentes obrantes en la carpeta de ejecución, a más de lo que surge del punto 6) del resolutorio -que obviamente no fuera objeto de impugnación- y de lo mencionado por las partes en su alegatos en esta instancia, luego de que cumpliera los ocho meses de privación de libertad -por efecto de la condena a un año y tres meses impuesta en las causas materia del juicio abreviado que antes referimos- y por no estar aún firme el resolutorio en crisis -por obvias razones- ya se le otorgó a B., con fecha... el beneficio de la libertad condicional (art. 13 C.Penal).-

Previo a pronunciarme sobre el cuestionamiento defensista a la constitucionalidad o no de la reincidencia, resulta útil resaltar -como lo hicieran las partes-, que del análisis de los antecedentes condenatorios del imputado, realizado sobre la base del Informe del RNR, agregado como documental al escrito fiscal acusatorio (conf. Ev. "K" del Legajo Fiscal (Cap.III, punto 2), ap. C), esc.acus. fs. 16 vta. CJ cit.), y sobre las constancias del incidente de libertad condicional, que tengo a la vista, se desprende que H. B. registra: 1°) una PRIMERA sentencia condenatoria impuesta por la CCCE, en la Causa N°42- F° 112- 2002-CCCE, por un hecho de hurto calificado en grado de tentativa cometido el 02/03/01, por el que se le impusiera una pena de seis meses de prisión en

suspenso, y que quedara firme el 26/06/03.- 2°) una SEGUNDA sentencia condenatoria impuesta por la CCCE, en la Causa N° 77- F° 77- Año:2003- CCCE, por un hecho de Robo agravado, cometido el 24/01/03, dictada el 02/12/02, por el que se le impusiera por la CCCE una pena de cinco años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, comprensiva de la impuesta en la causa citada en el punto precedente, pena que, agrego, fue reducida a cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo por el STJCh, según Sent. N° 28/2004.- Agrego como dato a tener en cuenta, que en esta última causa, B. obtuvo su libertad condicional el 28/12//06, y según los cómputos de pena respectivos, cumplió la totalidad de la pena impuesta el 28/12/06, como bien vimos lo apuntara la Fiscalía "ut supra".- 3°) Finalmente la última condena a pena efectiva, fue la impuesta en la presente causa y en el marco del procedimiento abreviado que referimos, en el que se unificaron las dos causas abiertas en su contra, una por un hecho de Robo en grado de Tentativa, cometido el 09/10/09, y otra por Resistencia a la Autoridad en Concurso Ideal con Lesiones Leves, ambos en esta Ciudad de Esquel, acordándose imponerle por ambas la pena única de un año y tres meses de prisión, de cumplimiento efectivo, según la sentencia -hoy impugnada- dictada por la Dra. Carina P. Estefanía, del 23/02/10, Registrada bajo el N° 225, F° 344/345-Año:2010, OJ Esquel.- Finalmente agrego que en esta causa, al no haber quedado firme el planteo puesto hoy a resolución de este Tribunal, el Sr. B. obtuvo su libertad condicional con fecha 07/07/2010, por decisión del Sr. Juez Penal, Dr. Ricardo R. Rolón, de la misma fecha (conf. Res.N°1031-F° 1911-Año:2010, OJ Esquel).-

En consonancia con tales razones y antecedentes, según lo explicara la Sra. Defensora en la audiencia de impugnación,

actualmente B. está en libertad, trabajando con su padre para un empleador de éste, en la localidad de Lago Futalaufquen.- Y conforme se desprende también de los antecedentes reseñados, es claro que H. B. cumplió buena parte de la primera condena a pena de prisión efectiva (los dos tercios del monto de pena correspondiente a la primer condena de prisión efectiva que le impusiera la CCCE), Teniendo en cuenta lo expuesto, y más allá de los cuestionamientos constitucionales que puedan formularse contra el instituto de la reincidencia, es claro que en el caso, es la primer condena citada la que debe computarse a los fines de la declaración de reincidencia, desde que fue la única pena efectiva impuesta y efectivamente cumplida por B., y es también claro que la disposición del art. 50 del C. Penal consagra el sistema llamado de reincidencia real o verdadera, según se desprende claramente de la literalidad de su texto y lo ha reconocido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia.- En ese sentido, según el ler. párrafo de la norma sustantiva citada -en su redacción actual según ley 23.057, vigente desde el 13 de abril de 1984-, "habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena...".En ese sentido, reiteramos con respaldo en prestigiosa doctrina, que nuestro C. Penal, a través de dicha norma, adopta el llamado "sistema de reincidencia real", lo que implica que "...para que la declaración de reincidencia proceda, el sujeto debe haber cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad, antes de cometer el nuevo (Fleeming, A. – López Viñas, P., "Las Penas", ed. Rubinzal Culzoni, pág.585 y sgtes., entre otros), lo que obviamente se da en el caso de autos.- En esta

línea de análisis, y con argumentos que no puedo menos que compartir, se agrega que "tampoco es conciliable con el régimen legal actual, la hipótesis de que el legislador ha creado un sistema de reincidencia real fundado en el desprecio por la mera privación de libertad, con independencia de las razones de su imposición.- Como señala García, el art. 50 del C. Penal no se refiere a la comisión de un delito después de haber estado privado de libertad, sino a la comisión de un nuevo delito después de haber cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta . De allí que la expresión nuevo delito da la noción de que la norma no se refiere a estar simplemente encarcelado sino a cumplir pena por un delito anterior..." - cursivas del autor- (ALDERETE LOBO, R.A., "La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino", ed. Lexis Nexis, año 2007, pág.197) - Sin perjuicio de lo esclarecedor de las citas precedentes, los autores de las primeras, sostienen que las cuestiones analizadas, han sido recientemente zanjadas por la doctrina judicial de nuestra CSJN, "...en el precedente "Mannini" , en que nuestro alto tribunal, con remisión al dictamen del Procurador General, entendió 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".-

A la luz de tales aportes y volviendo al caso en análisis, recordemos que a su respecto, el art. 50 del C. Penal, contiene básicamente tres exigencias legales para la procedencia de la declaración de reincidencia: a) existencia de una sentencia condenatoria firme a pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país; b) cumplimiento total o parcial de la pena impuesta en esa sentencia -en las condiciones que precisáramos-, y c) comisión de un nuevo

delito punible con pena privativa de la libertad, con posterioridad a ese cumplimento, como es el caso de la impuesta a B. por la Juez "a quo".- No hace falta decir que en el caso que nos ocupa, los tres requisitos se han cumplido plenamente.-

Por otro lado, debo señalar que el análisis y la conclusión precedente, se compadecen con la interpretación literal que debe hacerse del texto del art. 50 del C.Penal, siguiendo los lineamientos interpretativos marcados por nuestra CSJN; en tal sentido, ya en la Causa "Mannini" –antes citada y vinculada como vimos a la cuestión en tratamiento-, el Procurador General en su dictamen, que el Máximo Tribunal hace suyo, sostuvo que "...la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780); tal principio hermenéutico fue ratificado más recientemente por nuestro máximo Tribunal Nacional al sostener que "...para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos..."(CSJN, 23/04/08, "Acosta, Alejandro Esteban *s/...* ", c.28/05, A.2186.XLI, votos Dres. Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).- Y en este sentido, debe repararse que el artículo 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quién recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente...".-

Entrando ya al análisis concreto de la cuestión central planteada por la Defensa, esto es su cuestionamiento a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en su fundada impugnación, pongo de relieve que como lo reconocieran las partes, y como lo reflejan los fundamentos sobre los que se sostienen las irreconciliables posturas de las partes, dicha cuestión es una de las que ha generado mayores discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia, sustentando posiciones basadas en argumentos de todo tipo, tan razonables los unos como los otros.- Revisando parte de los mismos -poder abarcarlos y analizarlos en sus particularidades sería una tarea imposible de abordar en al marco temporal que permite la resolución de una impugnación ordinaria-, puede advertirse que lenta pero persistentemente, se está abriendo camino en la doctrina la tesis que sostiene su ilegitimidad -o inconstitucionalidad-, con distintas argumentaciones y fundamentos, mientras que en la Jurisprudencia, la evolución ha sido distinta„ pues a la par que los más altos Tribunales del país, continúan en general sosteniendo la doctrina sentada por nuestra CSJN, en el antiguo precedente, "L'Eveque, R. R. s/robo", del 16/08/88(Fallos: 311:451) y los que siguieron sus aguas directamente o por remisión-,y en el que se pronunciara, obviamente con distintos fundamentos, sobre la constitucionalidad de la reincidencia, algunos Tribunales de Juicio y de impugnación -como recordó la defensa ocurriera con la Cámara en lo Penal de Trelew-, se pronunciaron por la inconstitucionalidad del citado instituto, con apoyo en aquella corriente doctrinaria que he referido.-

Como lo refiriera, el criterio fijado en la citada doctrina de la CSJN, -que si bien fue establecida con una integración que no *es* la actual, todavía no se ha producido en ella un

pronunciamiento diverso, por lo que hasta hoy es la doctrina legal fijada por nuestro Máximo Tribunal Nacional-, ha sido seguido por la CNCP (Sala III, 28/6/2004; Sala III, "Pajón, Armando s/rec. de casación", Reg. n ° 136 del 13/10/94; , "Grimaldi, Oscar s/rec. de casación", Reg. n°262, causa n° 1066 del 26/06/97; "Correa, Jorge A. s/rec. de casación", Reg. n °52, causa n ° 1434, del 26/02/98; "Aguirre, Juan C. s/rec. de casación", Reg. n° 413, causa n ° 1824, del 08/09/99 (voto del Dr. Riggi) ; Sala I, Collia, Damián J. y Krebs, Marcelo s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n ° 4594, del 28/02/03; Sala II "Ruiz, Daniel O, s/rec. de revisión", causa n ° 363, del 06/02/95; Sala IV "Borgo, Julio F. s/rec. de casación", causa n° 295, del 08/03/96., entre otros); también por la Sala Penal de nuestro STJCh -como veremos "infra"-, y como dije, también por algunas decisiones de otros Tribunales Superiores de provincias, que sería tedioso citar.-

Sin perjuicio de ello, es dable observar que cada vez es más frecuente que otros tribunales del país y de nuestra Provincia se hayan pronunciado receptando planteos como el propuesto en esta causa por 1a Defensa Técnica del imputado -como la Sra. Defensora lo expresara y citara en su alegato-, pero cuyo acogimiento por los tribunales superiores no está para nada asegurado, sobre todo, en nuestra Provincia, atento lo dicho más arriba y los contundentes pronunciamientos de la Sala Penal del STJCh, contrarios por cierto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia que se vienen sucediendo desde el precedente caratulado: "B, V A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N ° 20387-B-2006), fallado el 10/10/06, pasando entre otros, por el que fallara nuestro Máximo Tribunal Penal

Provincial, en fecha 23/09/09, en la causa caratulada: "M., R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg. N° 21.123 - F° 53 - T ° II - Año: 2.008, letra "M"), hasta el más reciente que pude ubicar, resuelto el 10/02/2010, en la causa caratulada "C., C. O. s/ Homicidio" (Carpeta N ° 556- Leg. 3323", Expte. N ° 21.479 - Folio 102 - Año 2008), en los que se fijara la doctrina legal que hoy sostiene nuestro Máximo Tribunal Provincial, pronunciándose expresamente por la constitucionalidad del instituto.- Agrego que el mismo proceso se advierte a nivel nacional, atento que, a pesar de la nueva composición de la CSJN, todavía mantiene como dije, su vigencia el citado precedente "L'Eveque" (conf. Lo explican Fleeming-Viñals, ob. cit., págs. 582/583 vta.).-

Y como también lo expusiera más arriba, el panorama jurisprudencial ligeramente descripto, también se refleja en las diversas posturas doctrinarias que se han ocupado del tema, existiendo juristas de renombre que se pronuncian tanto sobre la constitucionalidad del instituto (como por ej., García, L.M., "Reincidencia y Ed. Astrea, 1992"; Soler, S., "Derecho Penal Argentino", t. II, Ed. Tea, Buenos Aires 1992, páginas 443 a 445), como sobre su inconstitucionalidad (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Maier, J., Donna, E.A., Magariños, M., Ziffer P., Vitale G., Fleeming- Viñals, Righi - Fernández, ente otros), con diversos y convincentes argumentos y fundamentos que dada la altísima jerarquía intelectual de sus mentores, sería racionalmente imposible contradecir; en ese sentido, remarco al pasar, que un breve, pero preciso y crítico examen de tales criterios - irreconciliables por cierto-, fue expuesto por Magariños, M., en su obra: "Los límites de la Ley Penal en función del Principio constitucional de acto", Ed. Ad Hoc, 2008, pgs.124/128.-

Va de suyo que el panorama doctrinario y jurisprudencial que he intentado describir, también se refleja en las posturas asumidas por los impugnantes por un lado, y por los fundamentos explicitados por la Juez a quo, coincidente con los expuestos como propios por Ministerio Fiscal en las oportunidades procesales señaladas, por el otro.- Ya he expuesto en detalle los aspectos del instituto de la reincidencia que la Defensa ha puesto en evidencia como violatorios de sendas garantías constitucionales (en especial, vulneraciones de los principios de culpabilidad, de resocialización y del llamado "ne bis in ídem"); también, los argumentos y fundamentos por los cuales el MPF ha entendido que la declaración de reincidencia, por aplicación del art. 50 del C. Penal, de ninguna manera ha violentado tales principios, ratificando plenamente los esbozados en los considerandos del resolutorio impugnado por la Sra. Juez "a quo", Dra. Carina P. Estefanía.- Por ello, sería tedioso reiterarlos, salvo en lo que concierne a los aspectos centrales que resaltaré, por cuyas razones me inclinaré por la confirmación del decisorio en crisis y con ello, por la adhesión a la doctrina legal sustentada por la Sala Penal de de nuestro STJCh y por la CSJN, que hemos referido más arriba y por los fundamentos que expondré; y ello, sin perjuicio de reconocer la seriedad y razonabilidad de la posición contraria sostenida por la Defensa, en sintonía con la corriente doctrinaria y jurisprudencial citada; sobre esto último, destaco el importante y esclarecedor aporte local que sobre la temática en cuestión suministraran los enjundiosos y excelentes votos de la Dra. Mónica Rodríguez y del Dr. Minatta como integrantes de la Cámara Penal de Trelew, en dos pronunciamientos recientes (CJ Nros. 1796 y 1793, Of.J. Trelew, LF Nros.18428 y 184123, respectivamente, causa "C.,

M.A., del 12/01/10 y CJ N ° 1772, OJ Tw-L.173 Fisc.Rw, causa "C., J.R., del 08/07/10), en ambos, con la disidencia del Dr. Roberto Rubén Portela, así como también el excelente pronunciamiento en esta Jurisdicción de la Dra. Graciela Anabel Rodríguez actuando como Tribunal Unipersonal de Juicio en la CJ N ° 984- LF N ° 1090, del 11/02/10, en autos "Pvcia del Chubut c/ S.,D.E.", en la misma línea que los votos mayoritarios citados.-

Para fundar la decisión que anuncié, trataré seguidamente los tres aspectos que conformaran los agravios de la impugnante.- En tal sentido, como se explicitara al transcribirlos, el primero apunta a cuestionar la constitucionalidad de la reincidencia por considerar que con ella se vulnera el principio de culpabilidad por el hecho, por los fundamentos más arriba transcriptos a los que remito, que en síntesis se resumen en la cita que la impugnante hace del Prof. Vitale, al considerar que tal trasgresión "...se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel) se fundamenta realmente en la "peligrosidad" que se dice "demostrada" y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de ese modo...", persiguiéndose a una persona por lo que ella es y no por sus actos.- Entiendo que tales fundamentos -razonables por cierto-, ya han sido suficientemente rebatidos a mi juicio con éxito por los argumentos sustentados por la Juez "a quo", al tratar específicamente el punto en análisis, que fueran más arriba transcriptos y que aquí doy por reproducidos y que comparto plenamente, así como también la doctrina jurisprudencial que citara en su apoyo.- Sólo me permitiré agregar aquí la situación con la que debe enfrentarse quien aún habiendo sufrido las consecuencias gravosas derivadas de

su efectiva prisionización por haber resultado condenado por la comisión de un delito, toma la determinación de cometer un nuevo hecho penalmente reprochable, cuando podría haberse determinado en la dirección impuesta por el mandato normativo que le imponía conducirse de otro modo, se hace pasible un mayor reproche por este segundo hecho, que se traduce, a más de la ponderación de esa actitud -como atenuante o agravante, según se desprenda de casa caso particular-, en soportar algunos efectos previstos previamente por el legislador -entre ellos, los del propio art. 14 del C. Penal- por diversas razones de política criminal calibradas a la época de su sanción.- Y ello, no porque tal intensificación del reproche penal halle su génesis en alguna consecuencia vinculada al primer hecho por el que fuera procesado, juzgado y por el cual cumpliera pena efectiva, sino que aquella se origina y vincula a su propia decisión, enmarcada en el ámbito de su autodeterminación, de incurrir en la realización de acciones penalmente reprochables, decisión reveladora de un doble - aspecto, subjetivo el uno, dada la nula incidencia que en su modo de conducción de vida ha tenido el castigo carcelario realmente padecido por el hecho anterior, y objetivo el otro, desde que muestra la insuficiencia relativa de la pena padecida para la evitación de recaídas en el delito.- Esta reflexión, extraída más de la realidad que de fatigosas elucubraciones dogmáticas, aspira a mostrar que la declaración de reincidencia, no tanto en sí misma sino en cuanto a sus efectos, especialmente el contemplado en el art. 14 del C. Penal -obstativo ciertamente de la posibilidad de que el condenado pueda obtener su libertad condicional siempre y cuando se cumpla con las otras exigencias legales previstas en el art. 13 del código sustantivo-, más que importar una nueva sanción por el sólo hecho de que el agente

haya ya cumplido pena por la comisión de un delito anterior, apunta a imponer -no para el anterior, sino para el nuevo hecho cometido-, modalidades de cumplimiento de pena más gravosas que las impuestas para la primer condena, obviamente existentes antes de que el imputado optara por cometer el nuevo hecho.- Va de suyo que ello no implica imponerle ningún agravamiento ni pena por lo que la persona es, sino por lo que hizo, atento los hechos que fueran materia de juzgamiento en el juicio abreviado celebrado en esta causa -reitero, pudiendo autodeterminarse de otra manera, comportándose de acuerdo a la norma-, por lo que, dadas las razones expuestas, no se vislumbra que en el caso se haya transgredido el principio constitucional citado por la Defensa.- En ese sentido, con argumentos que comparto, se ha expresado que "el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por La Constitución Nacional; y si por opción legal el legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad..."(CNCP,Sala IV, 11/12/2000, "Ortiz, Juan C. s/ rec de cas.", c. 1.837, reg. 3.047, Voto Dra. Berraz de Vidal Vidal, cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r8).-

Desde otro ángulo, pero en esta misma línea de análisis, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha destacado en el precedente "B." -que fijara la doctrina legal en el tema en análisis y por ende de ineludible cita-, que "...el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo

delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera un estado que se reconoce y declara en la sentencia..." (Sala Penal STJCh, 10/10/2006, "B., V.A. s/ robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real",Expte. N° 20387-B-2006, del voto del Dr. Panizzi; íd., voto Dr. Pfleger, Sent. N°045/2006, cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r20).-

Y más concretamente aún, corroborando las razones que he expuesto sobre el cuestionamiento en análisis, destacar que "...si se acepta la postura que ubica a la reincidencia en relación a la culpabilidad y no en el ámbito del hecho típico, es posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional...", pues "...lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el hecho nuevo, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido..." y que "...en torno a la presunta violación al principio de culpabilidad...el instituto de la reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de

conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente. En efecto en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea . Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto..." (CNCP, Sala II, 30/11/2000, "Lapalma, AD. Y Lloveras, M.F. s/rec. De cas", Voto Dr. Fégoli; ídem CSJN, Fallos: 308:1938; 311:1451; 308:1938.- cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r3).-

Además, no debemos olvidar que en el caso de autos, y conforme los antecedentes reseñados "ut supra", B. no sólo había sido condenado por la CCCE en dos causas -en una de las cuales se le habría impuesto la pena de seis meses de ejecución condicional y en la otra, con mengua de la pena por parte del STJCh, una pena de cuatro años de cumplimiento efectivo, que obviamente conformara uno de los requisitos para la declaración de reincidencia pedida por el MPF en la presente causa, "reincidencia real" y no "ficta", según indicamos más arriba-, sino que también en el marco de este juicio abreviado fue juzgado y condenado por la comisión de otros dos delitos investigados en las CJ citadas más arriba.-

Tampoco debemos olvidar, que como lo puntualizara el MPF –sin objeciones de la Defensa-, y tal lo señaláramos más arriba, en el monto de pena acordado por las partes previo a la decisión de someter las causas al trámite del juicio abreviado, se pacto una reducción sustancial de la pretensión punitiva originaria del MPF (de cuatro años de prisión

efectiva conf. Cap.VII escrito acusación, fs.16/17 CJ cit., a un año y tres meses de prisión efectiva), considerando precisamente la imposibilidad de obtención de la libertad condicional ante el pedido que haría el MPF de que se declare a B. reincidente por primera vez (conf. arts. 50 y 14 del C. Penal).-

Por lo que llevo dicho, entiendo que la decisión de la "a quo" de declararlo reincidente, aplicando la normativa penal vigente, interpretada correctamente a mi juicio, atento las reglas hermenéuticas impuestas por la CSJN en los fallos basales citados más arriba, obedeció simplemente a lo que B. hizo ("...Derecho penal de acto", entendido como el ejercicio del poder punitivo limitado a las acciones prohibidas por la ley...”), no a lo que B. es ("...Derecho penal de Autor, entendido como aquél en que la punición se centraliza más en las características personales del delincuente que en el hecho cometido..."; el encomillado corresponde a conceptos extractados del fallo "N.,Z.A...” Expte.3603-0296 del Trib.en lo Crim.N° 1 Necochea, 04/08/04, Jur. On Line Eldial.com , 11/08/04).-

Y si además de aquél fundamento legal -inobjetable por cierto-, el resolutorio impugnado al enfrentar la objeción constitucional de la Defensa en los términos que vimos se planteara, se motivó particularmente en la doctrina legal establecida invariablemente por nuestro Máximo Tribunal Provincial, coincidente con la establecida por la CSJN –y como dije por gran parte de los superiores tribunales de provincia-, pues entonces el mismo resulta ajustado a derecho, y por tanto susceptible de ser confirmado en todas sus partes, tal como lo adelantara, y así lo propongo a mis colegas que sufragan a continuación.-

El segundo cuestionamiento de la Defensa, también de tipo constitucional al que, según los recurrentes, se hace acreedor la sentencia en crisis, apunta a que declarar reincidente en el caso a B. vulnera el principio de resocialización de la pena "...al aumentar las consecuencias negativas que genera la privación de libertad cuando esta es demostrativa del fracaso de un tratamiento resocializador que no fue brindado por el Estado y que se pretende reiterar con "mayor cantidad de pena privativa de libertad..." tornándolo más vulnerable dado el efecto despersonalizante que tiene el encierro...", fundamentalmente cuando, como en el caso de B. -que cumplió la pena anterior en la Comisaría 2da.-, no se le brindaron las condiciones mínimas de detención "...fijadas constitucionalmente...".- Adelanto por lo que diré, tampoco tal cuestionamiento debe prosperar, al menos como fundamento sobre el que pueda pivotear la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, como lo pretende el impugnante.-

Al respecto, parto por señalar que esta visión de la Defensa, pareciera dar por sentado que la recaída en comportamientos delictivos reiterados de su pupilo luego de haber cumplido pena por delitos cometidos con anterioridad y obtenido su libertad condicional -que es lo que ha conformado la situación de hecho para la aplicación en el caso del instituto de la reincidencia-, ha tenido su génesis más en el fracaso de la finalidad resocializadora de la privación de libertad anterior sufrida, que en la propia determinación de B. a reincidir en el delito luego de lograda, como dije, su libertad condicional.-

Sin perjuicio de que esta apreciación de la Defensa ha sido expuesta en forma genérica, sin sostén probatorio alguno -como lo advirtiera la Fiscalía-, lo cierto es que ella sólo

refleja una situación de hecho demostrativa de las falencias que en materia de resocialización de los condenados evidencian los actuales establecimientos de detención –sobre todo cuando la privación de libertad se cumple en alcaidías o Comisarías policiales, por deficiencias estructurales, tanto edilicias como por la carencia de personal especializado y multidisciplinario en el tratamiento de los internos-, máxime en casos de penas de corta duración como es el caso de autos, que podría ser objeto de otro tipo de cuestionamientos constitucionales que no tienen que ver específicamente con el instituto aquí tratado.- Adviértase al respecto, que el impacto de la declaración de reincidencia sobre las consecuencias negativas que genera la privación de libertad, sólo se vincula a una de las consecuencias del instituto, que es justamente obstar a que B. pueda lograr una segunda libertad condicional, por imposición del art. 14 del C. Penal y con ello, cumplir en prisión el resto de la pena impuesta, que en el caso será sólo de siete meses, habida cuenta que la pena impuesta en esta causa fue de un año y tres meses de prisión, de los cuales ya habría cumplido ocho, según el resolutorio que le concediera la libertad condicional de que goza actualmente.- Por ello entiendo que el cuestionamiento en análisis, no debe ser receptado.-

El último de los cuestionamientos constitucionales formulados por los impugnantes a la reincidencia, apunta a sostener que ella vulnera el principio "ne bis in ídem", de raíz constitucional, en base a los fundamentos trancriptos más arriba, a los que remito para evitar reiteraciones estériles.-

Al respecto, parto por señalar que, contrariamente a los argumentos sostenidos por la impugnante, entiendo que el instituto cuestionado no violenta el principio constitucional

citado, por lo que el cuestionamiento formulado en tal sentido por la Defensa, debe ser rechazado.- En tal sentido, comienzo por compartir en su totalidad las razones y fundamentos esgrimidos por la Sra. Juez "a quo" para respaldar su decisión de declarar reincidente por primera vez a B., que se transcribieran más arriba y que aquí reproduzco "brevitatis causa".- Sin perjuicio de tal coincidencia, tengo en cuenta que respecto de la citada garantía y en lo que aquí interesa, la objeción constitucional intentada apunta a que en definitiva, en la reincidencia, el antecedente condenatorio, con pena efectivamente cumplida, que registra el imputado, se valoraría doblemente, en la medida en que el mismo se tomaría en cuenta a efectos de agravar la nueva condena que se le dictó a B. en esta causa.-(Conf. Fleeming -Viñals, "Las Penas...", pág.579).-

Sin perjuicio de la seriedad de tal objeción, adelanto que la solución que propondré, rechazando el planteo de inconstitucionalidad efectuado por los impugnantes, se fundamenta básicamente en la doctrina legal vigente tanto de la Sala Penal de nuestro Máximo Tribunal Provincial, como la seguida hasta ahora por la CSJN, en los casos ya citados, y las decisiones de otros importantes Tribunales del país que la siguen.-

En ese sentido, ya en el caso "B." (individualizado "ut supra", del lO/l0/06),al pronunciarse sobre el particular, el Sr. Ministro Dr. Jorge Pfleger, que liderara el acuerdo, luego de puntualizar que "la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente..." y

de advertir que "...la inconstitucionalidad pedida... importa la última ratio del orden jurídico...", fijó su postura en la materia que nos interesa afirmando que "...el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero 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..."; en la misma línea, y sobre el mismo aspecto, el segundo Ministro votante, Dr. Javier Panizzi, en el punto VII de su voto, luego de aseverar que "...la reincidencia es el hecho de una persona que, luego de haber sido condenada por un delito, comete otro igual (reincidencia especial) o de distinta naturaleza (reincidencia general)...", puntualizó que "...la consideración de este instituto no transgrede el principio "ne bis in ídem", ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso...” agregando que "el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente.- De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera, como ya se dijo en el voto previo, un estado que se reconoce y declara en la sentencia...", por lo que “...la declaración de inconstitucionalidad pedida debe ser desestimada..." (STJCh, causa "B., V.A.", antes cit.).- Sin perjuicio de los otros precedentes que siguieron esta misma

línea, creo útil remarcar el último decisorio que he registrado de nuestra Sala Penal del Excmo. STJCh, en el cual al tratar idéntica cuestión, el Dr. Pfleger -también primer votante-, luego de reafirmar que "la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N ° 20387-B-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada...", sostuvo que "...la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al juicio (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente...", reiterando que "...el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias. Pero 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..."; y agregó que "...el instituto de 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. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena

anterior, total o parcialmente padecida..."; y que "...cuando esta declaración no resulta irrazonable, teniendo en consideración las particulares circunstancias de la causa, la norma adquiere plena vigencia ...éste es ese supuesto..." (STJCh, Sala Penal, Causa "C., C.O. s/homicidio...” CJ N ° 556-Leg. 3323, Expte.N° 21.479 -F ° 102-Año: 2008, Sentencia del 10/02/2010, cit.Eureka sent. N ° 007-Año:2010; agrego que los Ministros Panizzi y Rebaglíatí Russell remitieron a la doctrina del caso "B.,V.A." cit.).-

En esta misma línea, la CSJN, desde el antiguo fallo ya citado ("L'Eveque, Ramón R.", del año 1988), viene sustentando la misma doctrina, sin que se hayan producido mutaciones al respecto, no obstante el tiempo trascurrido y a pesar, como dijimos, de su nueva integración.- En aquél precedente, la Corte se pronunció sobre la validez constitucional del instituto, y en relación a la violación a la garantía que prohíbe la doble persecución, sostuvo que "el principio non bis in ídem, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -es entendida ésta como un dato objetivo y formal- es a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal...", aseverando a su vez que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el 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 sufrido antes, recae en el delito...", y que, “...aún cuando no se pudiere considerar

que la pérdida de la libertad condicional comportare una mayor pena... lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia no comprendida ni penada -como es obvio-en ésta...".- Y agregó que resultando evidente que la insensibilidad demostrada por el sujeto "...ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, mal podía argüirse que se le ha vuelto a juzgar y sancionar por la misma conducta...".- (CSJN,"L'Eveque, Ramón Rafael...",16/08/88, Fallos 311:1451, cons. 7 a 9, cit. Por Fleeming - Viñals, ob cit., pgs.582/583).- Asimismo, creo útil destacar que el mismo fallo contestando la posible afectación que la reincidencia podría ocasionar al principio constitucional de igualdad ante la ley, se encarga de afirmar que "... la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aún que su fundamento sea opinable...", y que "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del código penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exterioricen esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta"(Fallo cit. por aut. cit. ob cit., pág. cit.).-

Transcriptos los criterios rectores que sobre la cuestión en tratamiento sostienen los Máximos Tribunales citados, que obviamente seguimos, y teniendo en cuenta –como advertimos-, la existencia de otros criterios jurisprudenciales y doctrinarios opuestos que se pronuncian por la

inconstitucionalidad de la reincidencia, básicamente sobre la base que la misma lesiona, por diversas razones y fundamentos, algunos de los principios constitucionales antes citados (culpabilidad por el hecho, "ne bis in ídem", derecho penal de acto, igualdad ante la ley), siendo todos ellos igualmente razonables y fundados; si nada novedoso podría aportar a aquellos fundamentos -sería irreverente de mi parte tener la pretensión de mejorarlos-; si además, la doctrina sentada al respecto por nuestro STJ, a favor de la constitucionalidad de la reincidencia, se viene ratificando reiteradamente, como lo hemos mostrado; si ella por otro lado también es coincidente con la sostenida hasta hoy por la CSJN, como intérprete último de la Constitución Nacional, y si además, encuentro que en el caso la sentencia puesta en crisis ha sido -como dije más arriba- debida y sólidamente fundada, "...constituyendo una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa", pues entonces corresponde confirmar en todas sus partes el decisorio impugnado, pronunciándonos sobre la reincidencia en el sentido marcado por el STJCh, rechazando por ende la impugnación en tratamiento.-

Resalto particularmente, como lo acabo de sugerir, que la solución que propugno, sin perjuicio de las razones jurídicas que la sostienen, se halla en sintonía con la llamada "doctrina del leal acatamiento", consagrada por nuestro Máximo Tribunal Nacional, y conforme la cual si bien la CSJN sólo puede decidir en casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión, "siendo sus fallos obligatorios para casos análogos, los jueces "inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos", por lo que carecerán "...de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar

nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carecer de intérprete supremo de la Constitución Nacional...” (conf, entre otros, fallos: 307:1094; 25:354; 30:1094; 311:1646).-

Por otro lado, consigno también que para tomar la decisión adoptada, he tenido particularmente en cuenta, atento la seriedad de los fundamentos que avalan las dos posturas citadas sobre la reincidencia, la especial cautela que imponen a los jueces pronunciarse sobre cuestiones atinentes a la constitucionalidad de las normas, especialmente las sustantivas; no en vano nuestra CSJN, siguiendo un antiguo precedente, ha establecido que “...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley 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.".- Doy así respuesta a la primera cuestión planteada.-

Los fundamentos que sostienen los fallos que acabo de citar -junto a todos los que como refiriera más arriba, siguen la doctrina allí sentada, que dado su número sería imposible citar-, así como las opiniones doctrinarias que los avalan, me permiten sostener la constitucionalidad del instituto en cuestión y por ende, rechazar el planteo contrario de los impugnantes, confirmando en su virtud, el resolutorio en crisis, en todas sus partes, con costas al imputado (arts.29 inc. 3° C. Penal, 239,240,241,247 y ccdtes. CPP).- Así me expido respecto de la segunda cuestión propuesta.-

Corresponde finalmente, regular los honorarios profesionales devengados por los Sres. Defensores Públicos del imputado, Dres. Mónica Valeria Ponce y Bruno Deias por su labor desarrollada en esta instancia, atendiendo en especial a la extensión, importancia y mérito de la tarea realizada así como el resultado obtenido y demás pautas mensurativas previstas en la ley arancelaria (en especial, arts.5, 7, 44 y cddtes. de la Ley XIII, N° 4), así como en las disposiciones aplicables de la Ley V, N° 90).- Teniendo en cuenta tales parámetros, estimo justo regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de $.1.000.- en conjunto y proporción de ley.- Así voto.-

La Jueza Dra. Cristina Isabel JONES, dijo:

1.- Conforme el profuso y minucioso tratamiento del tema a revisar, efectuado por el Dr. Sarquis, voy a obviar la mención de los antecedentes del caso y las posiciones de las Partes expresadas tanto por escrito como en audiencia celebrada ante esta Cámara, para abocarme directamente al examen de los agravios que motivan la impugnación, adelantando desde ya mi adhesión a la propuesta confirmatoria de la sentencia de grado, del primer sufragante.

2.- A la primer cuestión de índole procesal, planteada por el Sr. Fiscal General Dr. Hernán Dal Verme, vinculada a la competencia de este Tribunal para entender en el recurso ordinario basado únicamente en la crítica a la aplicación de la ley penal, considero, al igual que el Dr. Sarquis, que dicha impugnación contra la condena, instituida y reglada en el Título III del Libro III del nuevo Código Procesal Penal -arts. 374, 375 y 376-,no sólo tiene por objetivo" sostener el principio de inocencia" y "evitar el error judicial” sino también "todos los del recurso de casación”, según lo expusiera el Dr. A. P. G. en el material suministrado en el

"Taller de Impugnaciones/2009" organizado por la Escuela de Capacitación judicial y dictado en las distintas circunscripciones, incluida la nuestra. Dicha interpretación se adecua a la exégesis literal que cabe realizar del articulado mencionado, en tanto no prevé restricción alguna al derecho del condenado a obtener a través de esta vía la "doble conformidad", exigida constitucionalmente (Art. 75 inc. 22 C.N., ARt. 8, 2(h) CASDH, art. 15 numeral 5, PIDCP, arts. 22 y 44 IV C.Ch.), e incluso de la advertencia expresa contenida en el apartado tercero del art. 374, en cuanto reza que no podrán aducirse motivos formales para rechazar el recurso. Por otro lado, entiendo que respecto de toda sentencia de condena pueden discutirse tanto los hechos como el derecho, sin perjuicio de la unificación de la jurisprudencia que se pretende como objeto principal, a través del recurso extraordinario o de casación. En base a lo expuesto, y sin perjuicio de la esforzada argumentación formulada sobre el punto, por el Dr. Dal Verme, entiendo que la amplitud con que se ha reglado el recurso ordinario en nuestra nueva ley ritual, impide una interpretación limitada del recurso, en la forma propuesta por la Parte Acusadora.

3.- Entrando ahora sí al tratamiento del único motivo de impugnación traído a esta instancia por la Defensa técnica, debo admitir lo afirmado por la Sra. Abogada Adjunta del Ministerio Público de la Defensa, Dra. Valeria Ponce, en cuanto a que la ex Cámara en lo Criminal de esta Ciudad, que integráramos como titulares juntamente con el Dr. Sarquis, por más de veinte años, no aplicaba el instituto de la reincidencia, siguiendo especialmente la doctrina encabezada por el Dr. Zaffaroni, que cuestionaba su constitucionalidad. También debo señalar que tampoco la Fiscalía, por lo general,

solicitaba su aplicación, por lo que no se provocó la revisión del Superior Tribunal de Justicia en el tema.
En la actualidad, contamos ya con doctrina legal de la Sala Penal del Superior Tribunal, que en forma unánime y constante se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, contestando los agravios que en general se invocan, como son la afectación a los principios de culpabilidad, de resocialización y de ne bis in idem o doble persecución penal como lo planteara el impugnante en el caso, tanto en la presentación escrita como en la audiencia oral.
Y tal como ya me pronunciara en la Causa "G. H. A. s/ Homicidio" (Legajo Fiscal N° 17.442 – Carpeta indiv. N° 1550) de la Circunscripción Judicial del Sud. "si bien conocemos de las autorizadas voces que desde la doctrina como la jurisprudencia, cuestionan la validez constitucional del instituto consagrado en el art. 50 del Código Penal,... dichos cuestionamientos también han sido motivo de rechazo tanto por parte de la Sala Penal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación".
"Así la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia ha rechazado los planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia basados en la prohibición de la doble persecución, tanto en el precedente "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"(Expte. N ° 20387-B-206)., como en otros (C.H.E, y otro p.s.a. Homicidio Calificado -Puerto Madryn (Expte. N ° 20.950-Folio 5 T. II-C-2007),M.,R.M. s/ Abuso sexual impugnación" (Legajo n° 21.123, fo. 53 T. II Año 2008"), en los que sostuvo que "el principio del "non bis in ídem" prohíbe la aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide que pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta como lo que es, un

elemento objetivo y formal que genera, ...un estado que se reconoce y declara en la sentencia" (del voto del Dr. Pfleger). Y más recientemente en un fallo de fecha 10/02/10, recaído en la Causa "C., C. O. s/ Homidicio que resultó víctima - Carpeta N° 556 - Leg. 3323 (Expte. N° 21.479 - Folio 102 - Año 2008), el mencionado Ministro expresó que "la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "B., V. A. p.s.a. robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Excpte. N° 20387-B- 2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada", que en el Caso era también la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia. Es más, agregó el Dr. Pfleger en su voto que "en el caso de marras he dicho que la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al juicio (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente".

Respecto del mismo principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo "L'Eveque, del 16 de agosto de 1988 (CSJN - Fallos, 311:1454), citado por la Sra. Juez de grado, ha sostenido que la aplicación del instituto no afecta el principio non bis in idem, pues "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir con 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 sufrido antes, recae en el delito".. Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta". Criterio del más Alto Tribunal que ha sido ratificado en el precedente "Gago" (6/5/08,CSJN Fallos, 331:1099) y seguido por diversos fallos de Tribunales superiores y de las salas de la Casación Nacional (por ejemplo: Sala I CNCP, causa Sarmiento Eduardo, del 1/9/94 L.L. 1995-C-240); Supr. Trib. Córdoba en "Quevedo del 13/8/08 Lexis n ° 70049570; SCJBA causa "Mármol Enrique y otro s/ rec. cas. P.93.484)).

Con respecto a la afectación al principio de culpabilidad por el hecho, tesis sostenida por H. Mario Magariños (Reincidencia y Constitución Nacional en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nro. 7 Ad-Hoc pág. 97/98), entre otros prestigiosos autores, como Maier citado por la Sra. Defensora técnica, la posición contraria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como ya lo transcribí se basa en que "el desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho" (CSJN-"Gómez Dávalos" Fallos, 308:1938 y L'Eveque CSJN-Fallos 311:1451).

En el precedente citado en último término, fallado en segunda instancia por la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, también se expidió la CSJN, sobre la violación al principio de igualdad, negando que el art. 14 del C.Pen. realice una distinción ilegítima afirmando 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, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y ... existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso..." (Fallos 311:1451, cons. 9°).

Y por último, respecto a la invocada violación al principio de resocialización basado en que durante la privación de libertad anterior, el Sr. B. no tuvo tratamiento penitenciario, por haber cumplido la misma en Comisaría 2ª de Esquel, con lo que con esta nueva condena que contiene la declaración de reincidencia, sólo se trataría de aplicar mayor cantidad de pena privativa de libertad, tornando al nombrado cada vez más vulnerable ante el fracaso o inexistencia de un tratamiento resocializador, debe admitirse que las Comisarías de Policía no revisten la calidad de establecimientos carcelarios, con recursos y capacitación específica para llevar adelante el tratamiento penitenciario previsto por la Ley de Ejecución Penal N° 24.660, no obstante lo cual lo exigido por la ley es como ya lo señalara el Dr. Pfleger en su voto, transcripto ut supra, que el condenado haya cumplido total o parcialmente la pena privativa de libertad (art. 50 C.P.). Asimismo, en este aspecto, comparto lo afirmado por Luis García, contestando a Tozzini en comentario bibliográfico de Doctrina Penal año 8 1985, p. 325, de que la hipótesis de que la pena degrada a causa del modo en que se ejecuta, "es sólo una hipótesis que debe ser comprobada en cada caso concreto" (García "Reincidencia y Punibilidad 1992 p. 120). En la especie, no tenemos ninguna información sobre el modo en que se cumplió la pena anterior

impuesta al Sr. B., sólo la manifestación de la Dra. Ponce que tomamos por cierta. Y en virtud de ello no sabemos si existió algún tipo de ayuda a través de maestros, talleres, actividades terapéuticas etc., tendientes a superar los condicionamientos negativos de su personalidad que lo llevan a delinquir. No obstante ello, y tal como ya lo señalara, la ley sólo exige cumplimiento de pena parcial o total, lo que deviene independiente de que se cumpla o no el fin resocializador de la pena, supuesto este último que puede obedecer tanto a la ineficacia del tratamiento como a las condiciones personales del condenado que lo hagan refractario al mismo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico" (Fallos 260:153; 286:76;288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920 entre otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados (conf. Corte Supr., Fallos 315:923; 321:441).

En base a lo expuesto y compartiendo los fundamentos del meduloso voto del Dr. Sarquis, considero que no obstante el valorable esfuerzo argumentativo de la Dra. Ponce, basado en autorizada doctrina y jurisprudencia, el cuestionamiento de orden constitucional efectuado al instituto de la reincidencia, desde distintos principios jurídicos, no demuestra en forma inequívoca y certera la conculcación de

dichos principios. Prueba de ello, resulta el mantenimiento de la constitucionalidad del instituto por los Superiores Tribunales de Pcia. avalados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de la permanente discusión sobre el tema.

En consecuencia y a pesar de la opinión de la suscripta en precedentes de la ex Cámara en lo Criminal, entiendo que la doctrina legal de nuestro Máximo Tribunal provincial, justamente tiene por finalidad la uniformidad jurisprudencial y debe aplicarse, así como lo hemos hecho frente a otros temas (vgr. Doctrina Tarifeño). Lo contrario implicaría un dispendio jurisdiccional injustificado. Propongo entonces la confirmación de la sentencia impugnada en cuanto declara a H. B. reincidente por primera vez, sobre la base de los mismos fundamentos jurídicos aquí analizados.

3.- A la propuesta de regulación de honorarios a la Defensa técnica, adhiero sin más, por responder a la importancia de la tarea realizada y a lo dispuesto por los arts. 59 de la Ley 4920 y arts. 6 y 14 Ley 2.200 text. Ord. Ley 4335. Así voto.

El Juez Dr. Omar Florencio MINATTA, dijo:

a) Incompetencia: en este punto el fiscal aduce que la cuestión traída por la defensa es una de puro derecho, por lo que la materia es de naturaleza extraordinaria y estaría fuera, entonces, fuera de la garantía constitucional del llamado "doble conforme". No obstante lo novedoso del planteo, entiendo que la garantía señalada alcanza tanto las cuestiones de hecho como de derecho, especialmente porque estoy convencido de la imposibilidad de separar en forma tajante ambas cuestiones, sobre todo porque toda norma de derecho supone necesariamente, al menos, un hecho o situación

fáctica. En el caso de la reincidencia, por ejemplo, habrá que demostrar fácticamente que el imputado cumplió total o parcialmente una pena anterior y ésta es una cuestión eminentemente compuesta de hechos, ya que no será cumplimiento de pena, por ejemplo, la privación de libertad cumplida en establecimientos absolutamente inidóneos como para que el caso del ciudadano haya sido abordado con un mínimo de seriedad y así intentar, al menos, que se de cuenta de la inconveniencia de volver a cometer un nuevo delito.

b) Inconstitucionalidad: 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 claros 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 esta 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 / SLORAR: 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.

c) Costas y honorarios: por último, comparto la imposición de costas y la regulación de honorarios propuesta por los colegas que me anteceden. Así voto.

En mérito a los votos que anteceden, por mayoría, la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel,

FALLA.

I) RECHAZANDO LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA deducida por los Sres. Defensores del imputado, Dres. Mónica Valeria PONCE y Bruno DEIAS, por la Defensa Pública del imputado, H. B., argentino, de sobrenombre "L.", desocupado, soltero, con DNI N° **.***.***, de 27 años de edad, nacido en esta ciudad de Esquel, el día 14 de febrero de 1983, hijo de E. B. y B. P., con domicilio en C., Casa N°** de esta Ciudad de Esquel contra la **Sentencia dictada por la Dra. Carina Paola ESTEFANIA, Jueza del Tribunal de Juicio Unipersonal de esta Jurisdicción, de fecha 23 de febrero de 2010, y que fuera registrada bajo Acta que lleva el N° 225, F° 344/345 Año: 2010, OJ Esquel.-**

II) CONFIRMANDO en todos sus términos la sentencia identificada en el punto anterior, en cuanto RECRAZARA el planteo de inconstitucionalidad de la Reincidencia (art. 50 del C. Penal), y CONDENARA a H. B., cuyos datos personales se consignan en el punto precedente, a cumplir la **PENA ÚNICA DE UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, como autor material y penalmente responsable de los delitos de ROBO EN GRADO DE TENTATIVA (arts.164, 45 y 42 del C. Penal) y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES AGRAVADAS POR TRATARSE LA VICTIMA DE UN FUNCIONARIO POLICIAL (Arts.239, 89, 92, en función del art. 80, inc.8° y 54 del C. Penal),. con COSTAS,** en relación a los hechos ocurridos en esta ciudad de Esquel, los días 09 de octubre de 2009 y 15 de noviembre de 2009, y que damnificaran, el primero al comercio denominado "D. M." y el segundo a la Administración Pública y al funcionario policial D. L. G., respectivamente (arts. 239 y 241 del CPP).-

III) REGULANDO los honorarios devengados por la Defensa Pública en las personas de los Dres. Mónica Valeria PONCE y Bruno DEIAS, por la tarea profesional desarrollada por ambos

en esta instancia, en la suma de $. 1.000.- (UN MIL PESOS), en conjunto y proporción de ley, por los fundamentos volcados en los considerandos precedentes, los que deberán ser abonados por el imputado Sr. H. B.-

IV) La presente es suscripta por los Dres. Cristina Isabel Jones y Víctor Alberto Sarquis, por no encontrarse el Dr. Omar Florencio Minatta en la Jurisdicción, quien ha remitido su voto por correo electrónico con su correspondiente firma digital en el día de la fecha e incorporado al cuerpo de la misma (conf. art 331 "in fine" y 385 5 ° párr. del C.P.P).

V) Cópiese, Protocolícese y Comuníquese.-

Dra. Cristina Isabel JONES Dr. Víctor Alberto SARQUIS
Dr. Omar Florencio Minatta

OFICINA JUDICIAL PENAL. Registrado bajo el N° 1448. Folio 2714/41. Año 2010. Conste