Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de junio del año dos mil catorce, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**B., F. N. y Otros psa Infracción Art. 189 bis. Trelew 2012**" (Expediente N° 23236 – F° 198 – Año 2013).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 299, es el siguiente: Panizzi, Pfleger y Rebagliati Russell.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El caso llega a esta instancia con motivo de la impugnación extraordinaria interpuesta por el fiscal general Osvaldo Ariel Heiber contra la sentencia N° 15 del año 2013 de la Cámara en lo Penal de Trelew, que decidió la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y, en consecuencia, revocó la declaración de reincidencia de F. N. B..

II. El impugnante, luego de formular una relación de los antecedentes de la causa, expresó consideraciones acerca de su legitimación.

///

En esa dirección, reconoció que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 378, tercer párrafo del Código Procesal Penal, ese Ministerio carecía de legitimación objetiva para impugnar el fallo en cuestión. Sin embargo –apuntó- la circunstancia de que el pronunciamiento declarara la inconstitucionalidad del artículo 50 del código de fondo, por su trascendencia, autorizaba a apartarse, en el caso, de los límites objetivos.

Expresó que su motivo de agravio, de un lado, era la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, al desechar, el tribunal revisor, la aplicación del artículo 50 del Código Penal. Del otro, el apartamiento de la doctrina legal, sentada por la Corte Suprema de Justicia y esta Sala Penal.

Reprodujo los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público Fiscal -en casos en los que se plantearon circunstancias análogas- para repeler la declaración de inconstitucionalidad del instituto en cuestión.

A modo de conclusión, peticionó que la sentencia de la Cámara en lo Penal de Trelew sea revocada parcialmente, y que sea declarada la reincidencia de B., tal como lo dispuso la jueza penal Servent.

///

III. Efectuada esta reseña de la impugnación, me abocaré a su conocimiento. Anticipo que el remedio será examinado no obstante la existencia del límite objetivo previsto en el ordenamiento ritual -artículo 378, inciso 3)- que obturaría la vía extraordinaria.

Ello, por cuanto, las circunstancias apuntadas por el representante de la vindicta pública, dejan entrever que la solución del tribunal a quo, se enmarca dentro de los supuestos de sentencia arbitraria.

Se trata ésta de una cuestión que no puede ser soslayada, a la luz del criterio proclive a la aplicación del instituto, sentado por esta Sala en diversos precedentes, cuando se encuentran reunidos los requisitos impuestos por la ley.

Así, desde el antecedente "**B., V. A. p.s.a Robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real**" (Expediente N° 20387- Letra "B" - Año 2006, sentencia N° 45/2006, del 10 de octubre del año 2006) al delinear la naturaleza del instituto, establecí que la reincidencia no transgrede el principio *ne bis in ídem*, ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el

mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso -de conformidad a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito.

Señalé que incluso, el artículo 41, inciso 2° del código sustantivo determina que los tribunales fijarán la condena teniendo en cuenta, además de la participación que haya tomado en el hecho el condenado, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes, condiciones y vínculos personales, la calidad de los individuos y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

En efecto, 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.

///

Así las cosas, por no vulnerar la declaración de reincidencia garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente, corresponde admitir el remedio del acusador público y revocar parcialmente la sentencia de la Cámara en lo Penal en cuanto tacha de inconstitucional el instituto de mención.

La imposibilidad de empeorar la situación del imputado en esta etapa extraordinaria, me impide declarar directamente a F. N. B. reincidente. Por lo tanto, a fin de no cercenar el doble tránsito procesal, propiciaré el reenvío de estos actuados a la instancia de origen, a fin de que la Cámara en lo Penal, con una composición distinta, se expida acerca de la impugnación ordinaria, de acuerdo a los parámetros que aquí se han fijado.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve prólogo

1. Introducido por el recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, el caso que concierne a un aspecto de la sentencia 15/2013 de la Cámara Penal de la ciudad de Trelew ha llegado a la instancia.

2. Aquella, la decisión de marras, confirmó la sentencia número 1981/2013 emitida por la Juez Penal Ana Laura Servent, que condenó a F. N. B. a pasar tres años y ocho meses en prisión en orden al delito de portación de arma de fuego sin autorización legal (art. 189 bis inc. 2do. 4to. párrafo del CP). Empero, dejó sin efecto la reincidencia (art. 50 del C.P.) que la de primer grado había declarado.

3. De ello se agravió la persecución penal que, pese a reconocer los límites objetivos de su capacidad de impugnar, trajo el asunto en los términos de la expresión de agravios que el colega del primer voto ha reseñado.

4. Y es precisamente la ilustrativa crónica del doctor Panizzi la que exime de formular una nueva, pues bien abastecido está este trabajo en ese aspecto.

II. El caso

1. En lo que atañe a si acaso el recurso del Ministerio Público resulta o no admisible, me pronunciaré por su aceptación.

En varias oportunidades he emitido un predicado sintético bajo la expresión: "…por principio, las ***soluciones disvaliosas*** no pueden ser aceptables en el Estado Social de Derecho…". No las evocaré a todas.

///

Me permitiré indicar, sí, que en autos **"V., G. O. s/ Homicidio y Lesiones Culposas en Accidente de Tránsito s/ Impugnación**" sentencia registrada bajo el número 41/2011 del 26 de Julio de 2011 y **"R., A. A. s/ Dcia. Estafa y Falsificación de Firma" (Carpeta OFIJU 1288, caso N° 8386 MPF s/ Impugnación"**, sentencia registrada bajo n° 51, emitida el 9 de septiembre de 2011, intenté trabajar intelectualmente sobre ese concepto, aplicado a situaciones que estimo similar al asunto.

Inmutable el criterio – por la naturaleza idéntica de los problemas- brindo una solución igual.

2. La constitucionalidad del instituto de la reincidencia fue motivo de sucesivos pronunciamientos de la Sala, en línea con el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que –desafortunadamente- no han sido atendidos por algunos Tribunales.

Claro, la jurisprudencia no resulta obligatoria "per se", pero vale recordar que "…El leal acatamiento de los fallos de la Corte Suprema es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las

///

instituciones…” (S. 173. XXXVIII.; “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo” del 05/03/2003, T. 326, P. 417) y en el mismo sentido: “…Acertadas o no las sentencias de la Corte, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones, y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan…(Fallos 316: 180, Antonio Galassi, del 26 de Febrero de 1993).

No ha de olvidarse, pues, la condición de última instancia provincial de las sentencias de este Cuerpo y –reitero- el alineamiento en la materia con los precedentes del Alto Tribunal Federal, como razón para predicar que, sin desmedro de la versación de sus opiniones que podrán dejarse a salvo, es preciso que se atienda a la doctrina que se ha sentado en los casos paradigmáticos.

3. Con todo acierto el distinguido Ministro del primer voto ha citado el asunto: “**B., V. A. p.s.a Robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real**” (Expediente N° 20387- Letra “B” - Año 2006) sentencia N° 45/2006, del 10 de octubre del año 2006. Con el coincido, pues no puede ser de otro modo.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Es que pretendí dejar en claro el tema- así digo pues la propia labor es solo mensurable como aspiración- en autos: **"PCIA. DEL CHUBUT c/ I. F. J. s/Incidente de Ejecución de pena s/Impugnación"** Expediente 22.638 – Folio 95 - Año 2012, sentencia del 07/12/2012, momento en el que aduje sobre la constitucionalidad de la reincidencia y la posición de la Corte al respecto.

Naturalmente no he de trascribir aquellas líneas, pues fácil es para las partes tomar nota.

4. Podría finalizar aquí mi labor, pero no deseo dejar pasar el momento para sentar dos cosas, o más bien la precaución que ha de tenerse cuando en una sentencia se refiere a dos asuntos sensibles: la reivindicación de derechos y el control constitucional.

Seré breve al respecto.

5. En **"Hudson County Water Co. v. McCarter, 209 U.S. 349 (1908)" No. 184,** argumentado el 18 y 19 de Marzo de 1908 y decidido el 6 de Abril de aquél año, el Juez Estadounidense Oliver Wendell Holmes señaló, acertadamente, que "…Todos los derechos tienden a declararse absolutos hasta alcanzar su extremos lógico. Sin embargo, todos

///

se encuentran limitados por el universo de otros principios y acciones que dan fundamento a la existencia de otros derechos. Estos principios y acciones llegado un determinado momento, adquieren una fuerza tal que limitan el ejercicio del primer derecho invocado…" (Ver el texto original en "JUSTIA US Supreme Court" página web gratuita, y una razonable traducción en "Jurisprudencia Argentina- Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- . Ed. 2013 III, página 14).

Este pensamiento es concorde la idea aceptada de que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional perviven en armonía, no se superponen unos con otros, se delimitan según las circunstancias y jamás se niegan o derogan unos con otros, pues la norma que los declara rige siempre en su totalidad y no parcialmente en un caso.

Y ese es el modo en que, me parece, han de plantarse los Magistrados en los supuestos.

6. Respecto de lo otro, insisto aquí como he insistido en otros, que la República Democrática, con su sistema de división de poderes (o de funciones gubernativas), es la fórmula política que salvaguarda la incolumidad afinada de los derechos. Nació y es un límite al poder, pues

///

cada rama del Estado recibe una atribución o competencia que se reparte, precisamente, para evitar su concentración perniciosa.

El control constitucional de las leyes u actos de otros poderes estatales, y corto campo, no implica la primacía o gobierno de los Jueces, sino de la Constitución. Se les atribuye para extirpar toda manifestación que en su forma sea contraria a la distribución de funciones o a su ejercicio que aquella establece; o en su esencia consagre estipulaciones groseramente contrarias a la letra o espíritu de la Constitución.

Es consecuencia de los balances y controles que se establecen para que el poder se prodigue regularmente, potestad que debe ejercerse con prudencia para evitar la arrogación ilegítima que es tan perniciosa, como todo exceso concentrador.

7. Estos conceptos los he desarrollado en la ponencia sometida al Acuerdo en el caso "H., J. s/ Homicidio en grado de tentativa en conc. real con daño calificado s/ impugnación" (Expte. N° 22.988-154-2013) y allí puede leerse íntegramente el contenido del criterio.

III. Epílogo

En síntesis, propongo declarar la procedencia de la impugnación, revocar parcialmente la sentencia en crisis, dejando sin efecto los puntos dos y tres de

su parte volitiva, declarando a F. N. B. reincidente. (art. 50 del Código Penal).

Al respecto discreparé con el honorable colega que ha opinado, pues la naturaleza del instituto cuya validez se reivindica y las características de este fallo sustraen el asunto de cualquier discusión que pudiera reeditarse, salvo, sí, la pretensión de conducir el litigio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así me expido y voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido lo suficientemente detallados en el primer voto, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

La legitimación invocada por el Ministerio Público Fiscal se enmarca dentro de los parámetros de sentencia arbitraria, motivo por el cual la cuestión será examinada, sin perjuicio del límite que fija el art. 378 del C.P.P.

En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir con la propuesta del juez Pfleger.

Así, la Cámara en lo Penal, desoyó el criterio sustentado por este Cuerpo en autos **"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"** (Sentencia N° 45 del 10/10/2006 - Expediente N° 20387 - 201 – Año 2006.

Los jueces se limitaron a imponer su postura, y omitieron mencionar nuevos motivos que lleven a variar el razonamiento expuesto en aquél antecedente.

Y este es el sentido que le dio la Corte Suprema de Justicia a la imposición de la doctrina legal, cuando en "C. S. L." sostuvo que

///

más allá del fundamento que se le dé a la obligatoriedad, la CSJN deja a salvo la posibilidad de que por la existencia de "nuevos argumentos" o "razones valederas" el tribunal crea necesario el apartamiento, siempre que dicha discrepancia este debidamente fundada.

De esta manera, y no habiéndose indicado ninguna de las dos circunstancias apuntadas, deberá revocarse parcialmente la sentencia en lo que respecta los puntos 2) y 3), y, consecuentemente, declarar reincidente a F. N. B..

Coincido con el doctor Pfleger respecto a la naturaleza del instituto, y que el reenvío para este propósito deviene innecesario.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1º) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el fiscal general de Trelew, Osvaldo Ariel Heiber (fojas 273/281).

2º) Revocar parcialmente la sentencia Nº 15/2013 de la Cámara en lo Penal de aquella ciudad, en cuanto dejó sin efecto la declaración de reincidencia de F. N. B. y declaró la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal (puntos 2 y 3 de su parte volitiva).

3º) Declarar reincidente a F. N. B..

4º) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliati Russell- Ante Mí: José A. Ferreyra Secretario

///