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 reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Panizzi y Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"Pcia. del Chubut c/S., P. P.- U., D. M.-B., C. s/Impugnación"** (Expte. 23325- F° 13 - Año 2014 – Letra P).

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

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I.- Breve enunciación de los antecedentes- La sentencia- El recurso

1. Ha recalado en la Sala la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal en perjuicio de la sentencia emitida por un Juez Penal de Esquel, la doctora Nelly García, el 20 de noviembre de 2013 (número de registro digital 2567/2013,.

En ella se resolvió: *"**1-**HOMOLOGAR el acuerdo de juicio abreviado en los términos del art. 355 del C.P.P... **2-**CONDENAR a C. B., como autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda mediante empleos de armas y arma de fuego,*

///

(arts. 45, 167, inc. 2, 166 inc. 2 del C. Penal), en concurso real con hurto en grado de tentativa e concurso ideal con violación de domicilio, dos hechos (arts. 42, 162 y 150 del C. Penal), a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas por los hechos ocurridos en Esquel, el 31 de agosto de 2012, en perjuicio del comercio E. D., el 11 de julio de 2012, en perjuicio de A. G. y el 19 de septiembre de 2012, en perjuicio de G. S. ***3-*** *SOBRESEER a C. B. por los hechos que fue acusado en la capeta judicial N° 2397, legajo fiscal N° 22.524, ocurrido en la ciudad de Esquel el 24 de agosto de 2012, siendo las 21 hs. en el local comercial "K. P.", calificado como robo agravado por ser cometido mediante el empleo de arma de fuego (art. 45. 166 inc. 2 del C.Penal) y con anterioridad al 24 de agosto de 2012 tomó parte en una asociación ilícita, hecho calificado como asociación ilícita (art. 45 y 210 del C. Penal), en función del art. 285 inc. 2 del C.P.P. por no existir pruebas suficientes para sostener la autoría del implicado.* ***4-*** *No hacer lugar a la declaración de reincidencia, aunque exista acuerdo de partes, declarando la INSCONSTITUCIONALIDAD del art. 50 del C. Penal por se contrario a los principios de*

///

responsabilidad y culpabilidad por el acto, (art. 18 de la Constitución Nacional). ***5-*** *CONDENAR a P. P. S. como partícipe secundario del delito de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda mediante empleos de armas y arma de fuego, (arts, 46, 167 inc. 2, 166 inc. 2 del C. Penal), a la pena de PENA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas, por el hecho ocurrido en Esquel, el 31 de agosto de 2012 en perjuicio del comercio E. D…"*

2.Esta decisión jurisdiccional se produjo en el marco de un juicio abreviado que poseyó como antecedentes los que de continuo se desarrollan.

a. Hecho 1-Legajo Fiscal 22619/12: NIC N° 2397

Este envolvió los hechos "*…Ocurridos en esta ciudad de Esquel, el día 31 de agosto de 2012, siendo las 18:00 hs. aproximadamente, en el local comercial denominado "E. D.", ubicado en A. A. Nro. ****, en circunstancias en que cuatro personas del sexo masculino, procediendo con previa planificación y en forma coordinada, actuaron del siguiente modo. En primer lugar uno de los sujetos, identificado como P. P. S., ingresó al local comercial solicitando a la empleada que lo atendió distintos precios de*

///

mercaderías exhibidas, verificando en ello la cantidad de empleadas presentes, ocasionales clientes y la existencia de cámaras de vigilancia, para luego retirarse del lugar. A los pocos minutos los otros tres, identificados a la postre dos de ellos como D. M. U. y C. B.; ingresaron vestidos con mamelucos y encapuchados (con gorros, gorras, bufandas y/o cuellitos) y mediante la utilización de armas blancas y al menos una de fuego tipo revolver, intimidaron y redujeron violentamente a las tres empleadas del lugar, al igual que una mujer que había ingresado al local junto con su hija menor de edad; procedieron luego atarlas en sus manos con cinta del tipo americana y las trasladaron hacia una dependencia trasera. Luego se apoderaron del dinero en efectivo que se hallaba en la caja fuerte del establecimiento y en una caja de seguridad, varias prendas de vestir (aprox. Pesos 1700 de la caja registradora, pesos 3000 que estaban debajo de la caja en un cofre y pesos 600 en billetes de cambio varios), un llavero con cinta color marrón marca K. con activador de alarma color gris, 1 campera N. (02-037562) P. E. J., 1 c. B. (232415) M. I. L. JK, 1 campera B. (232405) m, t. b. h. jk, 1 campera DC (12224008) CAmp. S. nevado, 1 campera

///

*N. (2.384882), E. C. S. M. C. J., 2 calzas de compresión (128978) E. IV % T., 1 calza (11742) M ruch % T., 1 calza(121105) N. T. IV % H., 1 calza (11547) B. T. M, 1 calza (121021) XT S. S. H. M) todo propiedad del titular del comercio, como así también de una cartera de dama color negra propiedad de la Sra. M. A. B., conteniendo en su interior un celular marca S. tarjeta de crédito 365 del Banco del Chubut, DNI de la nombrada, otras documentaci0nes y dinero en efectivo en la suma de pesos 980 aproximadamente; para posteriormente darse a la fuga en un vehículo marca R. K. color gris, patente ***-***, donde los aguardaba el primer sujeto mencionado, es decir P. P. S.*

b. Hecho III Legajo N°: 22.045/12:

El episodio que fue su materia ocurrió "*…el día 11 de julio de 2012, siendo las 18:15 hs. aproximadamente, en el domicilio de la familia V. A. en pasaje v. N° ***, de la ciudad de Esquel, en circunstancias que D. M. U. y C. B. procedieron a ingresar al patio de la vivienda contra la voluntad de sus propietarios, para luego dirigierse a la casa ocupada por G. A., que se encontraba en esos instantes sin ocupantes. E intentar ingresar a la misma por puerta y ventanas las cuales se encontraban*

///

cerradas, con intenciones de apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos, circunstancia que no pudo concretar debido a la intervención de la Sra. B. A. y el urgente aviso al personal policial, circunstancia que motivó la huida del lugar para ser identificados a pocos metros del domicilio mencionado.

c. Hecho 3: Legajo N° 22.802/12:

La atribución en este supuesto implicó el suceso *"… Ocurrido el día 19 de Septiembre de 2012, siendo las 21:30 hs. aproximadamente, en el domicilio sito en calle A. N° **** de la ciudad de Esquel, en circunstancias que D. M. U. y C. B. procedieron a ingresar al patio de la vivienda contra la voluntad de su propietario, para luego dirigirse a la morada ocupada por G. S., que se encontraba en esos instantes sin ocupantes, e intentar ingresar a la misma por puerta y ventanas las cuales se encontraban cerradas, con intenciones de apoderarse ilegítimamente de bienes ajenos, circunstancia que no pudo concretar debido a la intervención del Señor S. y el urgente aviso al personal policial, circunstancia que motivó ser identificados en el lugar de los hechos.*

3. La impugnación fuente de la intervención de la Sala, fue deducida por el Fiscal General

de Esquel, doctor F. L. R., a través del escrito que está agregado entre las hojas 454 a 462 del legajo.

3. 1. La clave del agravio consistió en que la Juez actuante rechazó, pese al acuerdo en ese sentido, la declaración de reincidencia de C. B., al ponderar que era inconstitucional el instituto del art. 50 del Código Penal.

Sostuvo el criterio, que indicó aplicado en otros supuestos, que la reincidencia viola el principio de responsabilidad por el acto, y de culpabilidad por el hecho, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Puso de manifiesto que no obstante que tal declaración se encontraba dentro de los parámetros del acuerdo presentado por las partes en el marco del juicio abreviado, no se sentía obligada a aplicar una norma que consideraba inconstitucional.

3. 2. En la primera parte de su escrito el impugnante se refirió a la procedencia del recurso, y alegó que si bien no estaba dentro de los montos objetivos que habilitaban la impugnación- artículo 378 del Código Procesal Penal- dichos parámetros no debían cercenar el recurso cuando éste se había impuesto motivado en la errónea aplicación de la ley sustantiva o

///

en arbitrariedad de sentencia, contraviniendo de esta forma mandatos de raigambre constitucional.

Habló de gravedad institucional rayana con el escándalo jurídico, porque previo al acuerdo plasmado en la sentencia, otro coimputado, D. U., ya había sido condenado mediando un Juicio Abreviado, y se lo declaró allí reincidente (artículo 50 del Código Penal).

Ello significaba, para el recurrente, que en el mismo caso (legajo Fiscal 22619/12 MPFE, carpeta judicial NIC 2397), existía un imputado pasivo de una pena firme y declarado reincidente, a la par que otro: C. B., eximido de esa declaración por efecto de la inconstitucionalidad declarada.

En la exposición de los agravios sostuvo que en el marco de un sistema de neto corte acusatorio y adversarial, en el que las partes confrontan sus pretensiones en igualdad de armas. Que para garantizar tal paridad, el imputado cuenta con la debida asistencia técnica letrada y el Juez resulta un tercero imparcial que sólo debe verificar la legalidad del acuerdo.

Citó la norma del artículo 355 del Código de Rito en donde se establece con claridad, que corresponde al Juez controlar la existencia y

///

seriedad de estos acuerdos, luego de lo cual podrá absolver o condenar, con la única limitación que nunca podrá superar la pena requerida por el Fiscal, rigiendo las reglas de la sentencia (arts. 330, 331, ss y cc del CPP).

Resaltó que en ese marco de regulación legal la libre aceptación de una condena de cumplimiento efectivo, con debido asesoramiento letrado, implica, en el marco de ese acuerdo, la aprobación de todas las consecuencias legales del pronunciamiento condenatorio, entre las que deben considerarse la declaración de reincidencia.

Dijo que en este caso, C. B. fue preguntado expresamente, sobre las consecuencias de la reincidencia, y manifestó conocerlas y aceptarlas.

Textualmente, el agraviado expresó: "*…De ningún modo, sostenemos, además, podría haber integrado el acuerdo la no declaración de reincidencia, porque la norma del art. 50 del C.P., en tanto regulación de orden público, no es disponible ni para el Fiscal ni para el Juez y si así se lo hubiera propuesto debería haber procedido el Juez conforme lo normado por el párrafo 4to. del art. 355…*"

///

En otro pasaje de su presentación puso de relieve que el imputado es una persona ya condenada en otros procesos, que cometió delitos gozando de libertad condicional, y dada su experiencia penitenciaria ha tenido pleno conocimiento de las consecuencias del consentimiento brindado en el procedimiento abreviado.

También recalcó que al formular la acusación se ofreció, y así obraban, los informes del Registro Nacional de Reincidencias y las constancias de la condena que había cumplido, en cuyo decurso obtuvo los beneficios de la libertad condicional.

De esa manera, continuó, la defensa y el imputado tuvieron conocimiento de la prueba producida, pudieron discutirla y con mucha más amplitud proponer la discusión en el marco del acuerdo celebrado con el fiscal o en la propia audiencia en la que se presentara el acuerdo ante el Juez.

Luego de citar doctrina y jurisprudencia, denunció como grave el error generado en la aplicación del derecho, desoyendo la doctrina sentada por el Superior Tribunal Provincial al respecto lo que significó- a su parecer- una desigual aplicación de la ley penal de fondo

///

(art. 50), respecto de dos imputados en el mismo caso.

Concluyó que se trataba de una sentencia arbitraria, con fundamentación aparente, porque todo el razonamiento expuesto por la Jueza se mostraba claramente insuficiente respecto de la no aplicación del derecho vigente.

En el final solicitó que se modificara la sentencia impugnada, y se declarara la reincidencia del condenado C. B.

II. La solución del asunto.

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 ha sido atendido 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 las opiniones que podrán dejarse a salvo, es preciso que se atienda a la doctrina que se ha sentado en los casos paradigmáticos.

3. Fue el precedente "**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, aquél en que se estableció una posición sobre el tema que ocupa.

Ulteriormente, 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 de Diciembre de 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.

Ese criterio ha permanecido invariable y en su persistencia está la solución que propondré al Acuerdo.

4. Podría finalizar aquí mi labor, pero no deseo dejar pasar el momento para dejar sentadas 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 extremo 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).

Esta manera de ver las cosas 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 antes, 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 el punto **4** de su parte volitiva, declarando a C. B. reincidente. (art. 50 del Código Penal).

///

Al respecto sostengo que no resulta adecuado el reenvío pues la naturaleza del instituto cuya validez se reivindica y las características de este fallo sustraen el asunto de cualquier discusión que pudiera reeditarse en otra instancia, salvo, sí, la pretensión de conducir el litigio a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El ministro Pfleger, al componer el voto anterior, expuso con suficiencia y claridad los antecedentes del caso y los argumentos que desplegó el fiscal general Fernando Luis Rivarola en su impugnación (hojas 454/462 y vuelta). No me referiré a ellos, a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias.

II. En su presentación, el titular de vindicta pública de la Circunscripción Judicial de Esquel, atacó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, decretada por la jueza penal de aquella ciudad, Nelly Nilda García, en el marco de un juicio abreviado, pese a la existencia de un acuerdo en tal sentido.

III. Coincido con el criterio sentado por el colega del sufragio anterior en punto a que el remedio extraordinario será examinado no obstante el límite objetivo previsto en el ordenamiento ritual -artículo 378, inciso 3°.

Es que se trata ésta de una cuestión que no puede ser soslayada, a la luz del criterio proclive a la aplicación del instituto de la

///

reincidencia, sentado por esta Sala en diversos precedentes, cuando se encuentran reunidos los requisitos impuestos por la ley.

III. Para la solución del asunto, me permito la referencia, por razón de brevedad, al 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), ya que a partir de aquél, esta Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de mención, por no vulnerar éste garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

A más de ello, señalaré que la jurisprudencia de nuestra Sala se inscribe en la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, que han sido traídos a colación por el impugnante. Recientemente el tribunal cimero ratificó su lineamiento proclive a la constitucionalidad del instituto en "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. M. C. A. en la causa C. A., J. M. si causa N° 16.035*", fallo del 6/3/2014, y en "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. A. en la causa A., M. S. s/ causa N° 11.835*", del 27/5/2014.

///

Por otro costado, apuntaré que la magistrada no brindó argumentos nuevos tendientes a justificar el apartamiento de la doctrina legal, por lo que, estimo oportuno advertir acerca de la conveniencia de que los jueces observen la jurisprudencia, para evitar dispendios, como el que genera esta intervención.

Así las cosas, corresponde admitir el remedio del acusador público y revocar el punto 4- de la resolución N° 2567/2013 (folios 448/449 y vuelta) en cuanto declara inconstitucional el instituto de mención.

IV. Recientemente en "**B., F. N. y Otros psa Infracción Art. 189 bis. Trelew 2012**" (Expediente N° 23236 – F° 198 – Año 2013) me expedí acerca de la imposibilidad de declarar la reincidencia en esta instancia. Como mi ponencia resultó minoritaria, acataré la decisión de la mayoría, y propiciaré que C. B. sea declarado reincidente (artículo 50 del digesto sustantivo).

Así voto.

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

Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido lo suficientemente detallados en el voto que lidera el Acuerdo. A fin de no fatigar al lector, a ellos me remito.

///

La legitimación invocada por el Ministerio Público Fiscal ameritan la revisión de la cuestión.

En cuanto a la solución del caso, habré de coicidir con los ministros preopinantes.

La jueza penal Nelly Nilda García, de la ciudad de Esquel, omite considerar el criterio que sustentó 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, como así también los nuevos motivos que puedan variar el razonamiento expuesto.

Y ese es el sentido que le ha dado la C.S.J.N., cuando sostuvo en "Cerámica San Lorenzo" 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 esté debidamente fundada.

Siendo ello así, y no indicándose en el fallo ninguna de las dos circunstancias apuntadas, corresponde revocar parcialmente la sentencia, en lo que respecta al punto 4) y, consecuentemente, declarar reincidente a C. B.

///

Asimismo, por la naturaleza del instituto, el reenvío para este propósito deviene innecesario.

Así voto.-

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

2°) Revocar parcialmente la sentencia en crisis, dejando sin efecto el punto **4** de su parte volitiva.

3°) Declarar a C. B. reincidente. (art. 50 del Código Penal).

4°)Protocolícese y notifíquese.-

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

///