En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 24 días del mes de septiembre de 2015, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"J., A. y otros psa tentativa de robo agravado en poblado y en bandaTrelew" (Carpeta 5229 OJTw-Legajo 50080 MPFTw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por los abogados R. C. y C. C., defensores particulares de L. A. B., contra la resolución Nro. 1067/OJTw dictada el 15/4/2015.

Por la referida sentencia el juez penal, Dr. Fabio Monti, condenó a L. A. B. a la pena de 18 meses de prisión, de efectivo cumplimiento, como autor material y penalmente responsable del delito de robo tentado, con más la declaración de reincidencia (arts. 164, 42, 45 y 50 del CP) por el hecho ocurrido el 8 de diciembre del año 2013, en el edificio sito en J. A. R. *** de esta ciudad.

La defensa entendió que el A-quo realizó una valoración arbitraria, errónea y parcial de la prueba ofrecida, arribando, en consecuencia, a una conclusión arbitraria.

Dijo que la sentencia puesta en crisis deviene defectuosa al haber vulnerado las reglas de la sana critica racional, incurriendo en una arbitraria y parcial valoración de la prueba, prescindiendo de parte de la prueba existente en autos y omitiendo considerar otra como ocurre con las entrevistas y declaraciones de distintos testigos durante la investigación penal preparatoria, a fin de relacionarla en forma conjunta e interpretar consecuentemente la ley, en tanto el plexo probatorio reunido es equívoco, resultando por ello

irracional y arbitraria la conclusión adoptada por la Sentencia de marras.

La defensa se agravia por la arbitraria interpretación que el juez efectuó de las declaraciones de los únicos testigos que prestaron su testimonio en el debate, todos ellos policías, y todos ellos con un relato consistente de que fueron cuatro las personas involucradas en el ilícito enrostrado a su defendido. Y sin bien, a criterio del recurrente, sus dec1araciones distan de ser concordantes, coinciden en incriminar al Sr. B. en un sentido que antes en la Investigación nunca había tenido.

Se agravió del A-Quo cuando afirmó que "no caben dudas que el ingreso simultáneo de Bustos y de los restantes detenidos al edilicio mencionado, previo forzamiento de la puerta de ingreso, se llevó a cabo con el propósito de la sustracción ilegítima de elementos que pudieran hallar los autores en el interior del edificio". Al respecto afirmó que tal aserto solamente encuentra sustento en una valoración parcializada de la prueba producida, lo cual torna a dicha afirmación en arbitraria.

Afirmó que su defendido no participó del intento de robo. Para explicar el hecho de que la policía lo detuviera en el hall de ingreso al edificio, manifestó que Bustos venía caminando con su compañero Johnson cuando vieron llegar a la policía y, como éste llevaba un arma de fuego, se metieron en el hall de acceso al inmueble ante el temor de ser detenidos. Que en el interior del edilicio se encontraban los Sres. M. y M. quienes habían ingresado con supuesta intención de forzar alguna puerta e introducirse así en alguna unidad funcional. Que junto a J., solo ingresaron como medida distractora al saber de Johnson que portaba un revolver tipo lechucero, y que fue por eso que decidieron ocultarse en el interior a efectos de pasar

desapercibidos por la comisión policial que se acercaba, con la sorpresa que fueron confundidos junto con las dos personas que si estaban en el interior, situación que le valiera al Sr. Fiscal pretender calificar este hecho como robo con el agravante de poblado y en banda.

Agregó que la Sra. G. C. afirmó que se encontraba en el interior de su local comercial, cuando visualizó a dos sujetos, que, por la descripción que realizó parecería referirse a M. y M. A criterio de quien recurre, ésta testigo claramente identificó a dos personas que ingresaron al edificio, y que "pudiendo ver que cuando la policía ya había apre(he)ndido a los sujetos, estos no eran dos, sino cuatro".

De otra parte dijo que Cárdenas llamó a su pareja. El Sr. R. O. también vió a dos individuos en el interior del inmueble, y que fue quien llamó rápidamente a la policía.

Dijo también la defensa en su libelo de impugnación que la señora S. R. se encontraba por salir de su departamento al momento de ser alertada por la Sra. C., reiterando que dos sujetos habían ingresado al edificio.

Por todo ello, consideró arbitraria la sentencia en lo referido a la materialidad del hecho, cuando reza que resulta palmario que Bustos nunca ingresó simultáneamente junto con las otras tres personas, que no forzó puerta alguna y que no llevaba guantes ni alambre al momento de su aprehensión en el interior del hall, tal como el juez A Quo sentenció.

En cuanto a la vulneración a las reglas de la sana crítica, criticó la valoración que hizo el magistrado en la parte que dice que "el hallazgo en poder de los aprehendidos de los distintos objetos que fueran descriptos...evidencian, de acuerdo a las reglas de la lógica, experiencia y el sentido común, que los mismos iban a ser utilizados para concretar su designo

sustractor", ya que entiende que la íntima convicción del juzgador, se basó en una probada la materialidad del hecho con la sola mención de los funcionarios policiales y con el conjunto de elementos incautados en el lugar y en poder de las otras dos personas que habían sido vistas ingresar, adjudicándoselas a B. por carácter transitivo, violando de esta manera las reglas de la sana crítica racional, ya que no existe elemento probatorio suficiente para transformar en certeza la sospecha esbozada por la Policía al momento del desbaratamiento del ilícito.

Por ultimo, atacó el punto D) de la sentencia, en cuanto aplica el instituto de la reincidencia a A. B.

En la audiencia de impugnación, celebrada el 8 de septiembre próximo pasado, el acusado B., asistido por su defensor particular R. C. sostuvo los términos de su impugnación, reiterando que la sentencia resultó errada y desacertada, por la arbitrariedad que se da con la confusión del juez en como sucedieron los hechos. Dijo también que a ninguno de los testigos del MPF se los pudo escuchar, y que del mismo legajo de prueba de la acusadora nos encontramos con diferentes testimonios, de los cuales, la defensa ya en el debate, instó a que aclararan lo que vieron. Allí, los policías con errores, difirieron en sus declaraciones, dijeron que dos de los imputados estaban abajo y dos bajaron por las escaleras, que le sacaron guantes y alambre, cuestiones que hacen presumir que iban a robar.

Por otro lado dijo que le llama la atención que el MPF realizara un juicio abreviado con J., que salió condenado con dos años de prisión en suspenso por la portación de un arma, ya que solo consideraron que eso se le pueda reprochar, mientras que con su cliente Bustos, sostuvieron una calificación jurídica distinta, cuando ambos estaban juntos. En cuanto a los otros dos

imputados, también aceptaron la condena en un juicio abreviado.

Informó que su cliente continuó con el juicio, porque fue intención acreditar que solo dos eran los imputados. Johnson tenía un arma, y Bustos nada tenia que ver.

Ya que no puede haber co autoría en la portación de un arma, ni participación en otro delito, el juez arbitrariamente construyó los hechos en base a la declaración de policías que dijeron que cuando llegaron, habían cuatro personas

Se agravió que lo mas cuestionable, es que al debate no viniera nadie, y que su cliente fue condenado por el testimonio de cuatro policías. La defensa no dice que estos funcionarios mienten, solo que dijeron lo que vieron, pero ello no es la realidad de los hechos.

Agregó que las personas de C., C., O., R., O., G., que son los que vieron, presenciaron personalmente los hechos, no vinieron. Que incluso se requirió la suspensión del debate para posibilitar que estas personas vengan, y dijeron que dos estaban con certificados médicos por la situación vividas, y por ello se justificó su inasistencia, sin que el juez siquiera los compulse a venir.

Con todo ello insistió que la sentencia fue construida a la fuerza con un entendimiento erróneo de lo que pasó en la realidad.

Ratificó también en la audiencia su pedido de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, por violar principios constitucionales, cual fuera desarrollado en los fundamentos de su escrito de impugnación.

En su vista, el titular de la vindicta pública dijo que las victimas no concurrieron, porque están asustadas, siguen viviendo en el mismo lugar en donde

ocurrieron los hechos y sigue atemorizadas, tienen un shock emocional grave.

Dijo también que el juez Monti dictó sentencia legal, sin violar principios constitucionales, y para ello valoró que la policía acudiera al lugar por el llamado de dos vecinos, y que si estos no pudieron venir al debate, esto escapó a la voluntad del fiscal, del juez y del defensor.

Entiende el fiscal que la sentencia es fundada, que no se vulneró las reglas de la sana critica racional, no es errónea ni parcial, se ha tenido en cuenta toda la prueba producida en el debate, y no la que no se produjo, que es concordante con el principio de razonabilidad.

Que lo cierto es que ante el llamado de vecinos que vieron que forzaban la puerta de un edificio, se detuvo a cuatro personas que tenían guantes, barreta, un arma y destornillador. Que las entrevistas recepcionadas por C. a las personas que no vinieron al juicio, no tiene respuesta. Reiteró que el juez resolvió con la prueba que se produjo, nada mas.

El MPF acusó al imputado con el agravante de Banda, y el juez no hizo lugar a la agravante. Su sentencia fue fundada, minuciosa en cada punto alegado por las partes e incluso citó jurisprudencia de cada punto de la misma, por lo que concluyó la misma está debidamente fundada.

En cuanto al pedido de inconstitucionalidad requerido, dijo que el magistrado citó la causa de la CSJN “Arévalo”, y que ese pedido debe discutirse ante otra instancia, no ante esta. Que considera que fue fundada la constitucionalidad de la reincidencia y por eso, que pidió se confirme la condena del encartado.

En su réplica, la defensa dijo que el Ministerio Publico Fiscal se debe al principio de objetividad, previsto en el art. 114, y que mas allá de no haber podido incorporarse en los alegatos, solo se rompió una puerta de un edificio, que con la acusación por Banda,

queda al desnudo al falta de objetividad denunciada, ya que no incluyó en la pieza el uso de arma de fuego, lo que torna a todo el accionar del MPF en desprolijo y con falta de objetividad.

Dada la posibilidad al imputado Bustos de expresarse, dijo que ya declaró tres veces en el proceso y diría lo mismo.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- De conformidad con los antecedentes reseñados más arriba de la carpeta arribada a esta Cámara y las postulaciones que las partes efectuaran en la audiencia que prescribe el art. 385 del rito, seguidamente he de emitir mi voto.

2.- El centro del agravio de la defensa resulta ser que la sentencia condenatoria del Juez Fabio Andrés Monti *"…deviene defectuosa al haber vulnerado las reglas de la sana critica racional, incurriendo en una arbitraria y parcial valoración de la prueba, prescindiendo de parte de la prueba existente en autos y omitiendo considerar otra como ocurre con las entrevistas y declaraciones de distintos testigos durante la investigación penal preparatoria, a fin de relacionarla en forma conjunta e interpretar consecuentemente la ley, en tanto el plexo probatorio reunido es equívoco…"* (memorial de agravios, punto II, segundo párrafo).

De la lectura de la sentencia puesta en crisis, surge que el magistrado encuentra acreditada con certeza la participación de Bustos en el hecho, luego de realizar *"una valoración en conjunto de la prueba de cargo*

producida por el MPF en el juicio” (ver fojas 188, cuarto párrafo).

Señala el magistrado a qué prueba se refiere concretamente, a saber: testimonios de los empleados policiales, acta de intervención policial, croquis ilustrativo, informe fotográfico y exhibición de secuestros.

3.- Limitada así la tarea a emprender, esto es, verificar si efectivamente de la prueba producida en el juicio se puede extraer la misma conclusión a que arribó el Juez de grado, habré de escuchar las declaraciones de los testigos del debate.

A través del testimonio del empleado policial **R. A. C. R.**, se puede iniciar el tramo de historia recortado a fin de transformarse en objeto procesal. En efecto, da cuenta el entonces chofer del móvil policial que son alertados via radial que una persona denunció que cuatro personas habían roto la puerta de ingreso de un edificio, por lo que se constituyen en el lugar. Una vez allí, ingresan y, efectivamente, detienen a cuatro personas y secuestran de sus manos una barreta, alambres, capuchas, un destornillador, guantes, e incluso un arma de fuego en poder de J., uno de los detenidos.

Más específicamente relata que ingresó con los empleados L., A. O. y el cabo J. O.; que en el hall se encuentran con tres personas y que otro venía bajando las escaleras.

Seguidamente al anterior, declara en el debate la Sargento **E. L.** quien manifiesta que, también, escucha por radio que una persona había llamado diciendo que cuatro personas habían ingresado al edificio y que una tenía una barreta. Relata el procedimiento coincidiendo en un todo con el Cabo P. R..

Escuchemos a **O.** Dice que era el chofer del móvil del Comando Radioeléctrico, que estaban patrullando y escucha que dan aviso que “unas personas” estaban

ingresando a un edificio, fueron a colaborar y se encontraron con un señor que indicaba por donde habían ingresado las personan. Que la puerta estaba abierta e ingresaron. Había dos escondidos en un hall y dos bajaban por la escalera. Ratifica la presencia de los otros agentes del orden mencionados más arriba.

Siguiendo el razonamiento del *a quo*, me adentro en el acta de constitución policial en lugar de los hechos, incorporada por su lectura al debate. En efecto, de allí se desprende que el día 8 de diciembre de 2013, personal policial se constituye en J. A. R. entre P. y A. de esta ciudad de Trelew, atento que *"un vecino daría aviso telefónicamente de que en el edificio… cuatro personas habrían barreteado la puerta de ingreso principal para luego ingresar…"*; se constata el daño en la puerta del inmueble y se da cuenta en el escrito de la detención de cuatro personas, entre las cuales se encontraba L. A. B., quien vestía una gorra tipo visera color blanca, pullover con rayas azules, bermuda tipo pescador de jeans claro y zapatillas blancas.

En las fotografías anexadas al legajo de prueba (material invocado también por el Juez Penal Monti), se puede observar la toma nro. 16 (folio 09 u 80, en otra numeración), en la que una persona, de pullover a rayas y pantalón bermuda, se encuentra en el piso, esposado y sobre el un trozo de alambre fino.

4.- Finalizada la tarea de volver a recorrer el camino emprendido por el sentenciante, no otra conclusión cabe extraer que la misma a la que él llegó. Se ha alcanzado el grado de certeza requerido para derribar el estado de inocencia del acusado, luego de analizar todos los elementos probatorios realizados en el juicio y dando razones suficientes de cómo llegó a tal afirmación.

Pero no solo apreció el *a quo* la prueba de cargo que tuvo en consideración; respondió adecuadamente a la

teoría del caso de la defensa, dando razones de por qué no era atendible su versión.

En efecto, a fojas 189, dice el Dr. Monti: "…*el Sr. Defensor en su alegato hace mención a unas entrevistas recepcionadas por el empleado policial C. a las personas de R. y O. quienes supuestamente habrían visto ingresar al edificio a dos personas. Al respecto, debo decir que ninguno de los mencionados depusieron en el juicio, ni siquiera C., como tampoco fueron incorporadas como prueba las entrevistas referidas…".* Continúa el Juez Monti, *"…en cuanto a lo alegado por la defensa de que su defendido y J. no ingresaron al edificio con fines de robo, sino para ocultarse de la policía porque J. llevaba consigo un arma de fuego y que encontraron la puerta del edificio abierta, esta aseveración no se encuentra respaldada por prueba alguna producida en el debate, ni siquiera esta versión de los acontecimientos fue puesta en conocimiento del Tribunal de Juicio por parte del propio acusado…"*.

5.- En cuanto a sendos razonamientos seguidos por el a quo en este tramo, debo decir que resultan a todas luces ajustados al sistema procedimental que rige la producción de prueba, el primero, y a la lógica adversarial mas básica, el segundo.

En efecto, respecto a la presunta referencia que dos personas hicieran C. acerca de que los violadores del acceso del inmueble de la calle R. fueran dos, no existe manifestación alguna en ese sentido de ninguno de los testigos que comparecieron al debate. Han coincidido todos los testigos en que la llamada alertaba sobre cuatro personas, aunque uno de los oficiales no las numera.

Y lleva razón en su apreciación el Dr. Monti, ya que, a partir del cambio de paradigma operado en el 2006 en nuestra provincia, nada de lo que transcurra antes del debate, en la etapa preparatoria, -en este caso,

entrevistas no juradas-, no son más que indicios incompletos, vagos y de baja calidad, los que, para poder tenerse en cuenta para acreditar las proposiciones fácticas de las partes, deben ser producidas en forma directa ante el tribunal para que éste pueda mediar con la prueba (Lorenzo, Leticia; "Manual de litigación", Didot, 2013, pag. 170), prohibiéndose incluso su lectura, salvo en situaciones excepcionalísimas, como alerta el art. 314, CPP, Chubut.

En cuanto a lo segundo, es de toda lógica que quién pretenda hacer valer una hipótesis plausible alternativa a la acusación, debe probarla.

Tal como agudamente sentenció Laudan, *"…la justicia del veredicto en un proceso judicial depende de una adecuada investigación de los hechos. Esta última, a su vez, depende de la habilidad del juzgador para determinar si la parte que soporta la carga de la prueba ha producido las pruebas necesarias para demostrar lo que debe probar al nivel de suficiencia exigido por el estándar aplicable…"* (Prólogo de Larry Laudan, "LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA"; JORDI FERRER BELTRÁN, Marcial Pons, MADRID, 2007).

No se trata, va de suyo, que el imputado deba acreditar su inocencia; cuenta con ella hasta el momento en que mediante una sentencia firme se destruya aquella. Lo que se pretende apuntar es que, tal como lo hiciera el juez del caso, la versión en competencia con la del MPF, acreditada a través de prueba conducente a ello, no ha sido mas que una declamación del defensor que no resiste el menor análisis a la luz de la prueba producida, la experiencia más elemental y la lógica mas básica del razonamiento humano.

6.- Insisto. El Juez Monti no solo motivó su sentencia, sino que, previo a ello, estableció un estándar probatorio ajustado al caso, que le permitió llegar a la verdad procesal sin fisuras.

Tal como ha reclamado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal" (—causa N° 1681—, del 20/9/2005), considerando 30, el Juez del caso se ha valido "*(d)el método para la reconstrucción de un hecho del pasado (que) no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia… (ya que) …(e)n cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método — camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis… Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor.*

Así entonces, si bien es cierto que el juez penal dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico, atento las limitaciones propias del sistema de admisibilidad y pertinencia de las pruebas, ha logrado, merced a la aplicación de la sana crítica valorar la prueba de cargo, explicitando el por qué desmerecía la teoría del caso de la defensa, arribando a un fallo justo.

7.- En punto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, desde ya adelanto que he dicho, hace mucho, en autos "**C., C. y E. C. s/robo...**" (Expte. 55/06C.1a.C.), sentencia del 27 de septiembre de 2006, que "*...considerando que...* (la reincidencia) *es una agravación de la pena correspondiente al segundo delito... plus de poder punitivo que se habilitaría en razón de un delito anterior que ya fue juzgado y penado, por lo que se*

violaría el principio de non bis in idem.., soy de la opinión que la declaración de la misma es inconstitucional...".

También he dicho en autos **"D., W. S. y otros..."** (legajo fiscal 4728), ampliando lo dicho en la anterior, que: *"se atentaría con la declaración de reincidencia contra el principio de culpabilidad por el acto, en beneficio de la culpabilidad de autor, por la conducción de la vida u otros sucedáneos...".*

No cambiaré de parecer en esta instancia, ni por capricho ni por terquedad. Es mi más sincera opinión, fundada en argumentos de peso que expondré en forma sistemática.

8.- Por un lado, contra la doctrina del "leal acatamiento", es posible decir con la Corte que "...*la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones..."* (C.S.J.N., **"F. d. S. c/ P. U. D. y Cía."** Fallos 131:109; en igual sentido Fallos 253:206; 255:187 y 263:255).

Lo cierto es que, como no puede ser de otra manera, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son vinculantes en la causa en la que han sido dictados pero no es posible sostener que en nuestro sistema jurídico esos fallos sean obligatorios para los demás tribunales en otros casos, aunque sean análogos, porque no existe ninguna norma, ni en la Constitución Nacional –tal como sucediera con la de 1949- ni en ninguna ley, que establezca el sistema del *stare decisis* del derecho inglés.

Que si bien por razones de autoridad moral y de economía procesal es útil y provechoso acompañar las

doctrinas que emergen de los fallos de la Corte Suprema de la Nación, en el caso que nos ocupa, daré mis razones por las cuales considero que debe acompañarse la postulación de la defensa y apartarme de los precedentes nacionales y sus coincidentes de esta provincia.

9.- En efecto, no desconozco los precedentes en que la Corte Suprema se expidió acerca de la reincidencia. En el primero de ellos (in re **"G. D., S. s/recurso de revisión"**, del 16/10/1986), sustentó el criterio del desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito. Allí se dijo que lo *"que interesa 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".-*

A dichos fundamentos, puedo válidamente oponer la idea que se estaría imputando al condenado reiterante la ineficiencia del Estado al no cumplir con su función de resocializar a los condenados en la primera condena, tal como la normativa convencional y vernácula exige.

Además, apelar a que el reiterante no obedeció a la amenaza que significó la primera condena (formula de la advertencia, en la teoría alemana) y con ello a presumir que el autor tendría mayor conocimiento de lo injusto, es una afirmación dogmática no acreditada en los hechos del debate y que, en la mayoría de los casos, es contraria a dicha afirmación.

Para sostener el valor admonitorio de la primera pena, sería necesario acreditar, con prueba independiente, que a pesar de haber sido condenado una vez ha decidido libremente y con conciencia del injusto acometer contra la norma en forma voluntaria nuevamente, lo que, a luz de la clientela de nuestro sistema

carcelario actual no podría ser considerado moneda corriente.

10.- Poco después, en **"L., R. R."** (LL, 1989-B-183-; Fallos, 311:1451; del 16/08/1988), la Corte admitió el tratamiento más riguroso para los reincidentes, al expresar *"… la pérdida de la libertad condicional como consecuencia de una nueva penalización, no constituye una violación de la regla "non bis in idem", pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada… en la nueva decisión…""… El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Cód. 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…" "… el principio "non bis in idem" prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal… ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…"*, ratificando así la doctrina sentada en **"V., E. C. y otra s/ robo con armas y encubrimiento"** (Fallos 311:552) del 21/04/1988.

11.- También es cierto que, en el camino de sostener la no afectación del principio de la doble punición mediante la declaración de reincidente, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia del Chubut. En el legajo **"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"** (expediente N°20387-B-2006), el Dr. Jorge Pfleger ha dicho: "*…considero –como lo he*

dicho- 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"… "En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada…". Y remata el citado magistrado: "*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.*"

A ello he de decir que, por el contrario, entiendo que efectivamente la declaración de reincidencia afecta la prohibición de doble punición de manera clara. No cabe duda que las consecuencias más gravosas que debe sufrir quien es condenado por un segundo injusto –imposibilidad de obtener la libertad condicional, por caso-, tiene como antecedente inmediato, como causa eficiente, el primer delito por el que recibiera pena y que ya ha cumplido total o parcialmente.

Por más que se pretenda negar en doctrina, acudiendo a elaboraciones dogmáticas más o menos desarrolladas, es innegable que al autor responsable del segundo delito se le agrava la forma de cumplimento de la pena impuesta por el simple hecho de haber delinquido anteriormente, situación que, por el mismo delito, no sucedería en contra del primario, siendo el contenido injusto del delito del reincidente igual al del primario lo que, a

la sazón, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Agudamente recuerda Ferrajoli: *"La pena, escribe Pagano, cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente... Por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido. Y Morelly llega incluso a pedir que se castigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes…"* (Derecho y Razón, Trotta, pag. 507).

12.- Prosigo. En la línea sentada en autos **"D. M. y otros"**, de referencia supra, que la reincidencia afecta, también, el principio de culpabilidad por el hecho. Claus Roxin sostenía, al comentar la derogación del agravamiento de pena por reincidencia en la legislación alemana, que *"solo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida, y por ende, inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho"* (Derecho Penal Parte General", T° 1, Madrid, 1997, Ed. Civitas, pág. 186).

En la doctrina nacional, fue agudamente Maier (a instancias de su entonces discípulo Binder) quien advirtió el problema fundamental y su radicación en el campo del principio de culpabilidad. Asi, enseñó que en la reincidencia se *"responde a un autor específico, a alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..."* (Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, del Puerto, pag.

640).

13.- También contraría, la reincidencia, la finalidad de readaptación social que deben tener las penas privativas de la libertad. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), se deciden expresamente acerca de la adopción de las ideologías "re" al momento de fijar el fin del tratamiento penitenciario.

Si la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad (ley 24.660) expresamente consagra el régimen progresivo, para que se tienda al reintegro del condenado al medio libre, la imposibilidad que el reincidente acceda a la libertad condicional -contenida en la norma del art. 14 del Código Penal- resulta inconstitucional.

Con mejores palabras ha dicho el Juez Mario Juliano, (in re: **"U. A. O. S/robo"**, Juzg. Correcc. 1, Necochea), *"…este interesante programa, que constituye una garantía para la persona privada de su libertad, no se cumple respecto a "los reincidentes". No importa -en nuestro derecho interno- que el penado se haya reformado, que haya alcanzado niveles importantes de readaptación social, ni que haya adquirido la capacidad de comprender y respetar la ley, eso es irrelevante porque el legislador lo ha considerado a priori y con reduccionismo determinista como "irrecuperable". Ni siquiera se tendrán en cuenta actos heroicos o altruistas que realice, ni las calificaciones que el propio Estado –a través del servicio penitenciario- le asigne, ni las recompensas que merezca (artículo 105 de la ley 24.660). Para el reincidente sólo valdrá el para-sistema de inocuización establecido por el artículo 14 del Código Penal que afecta -por ende- la garantía convencional del fin resocializador de la pena…"*

14.- En definitiva, y conocedor que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de inmensa gravedad institucional por cuanto una ley sancionada por otro poder del Estado, de acuerdo al mecanismo constitucional para su sanción y promulgación, se debe presumir legítima y operativa, no menos cierto es que *"cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara e indudable"* (CSJN, "P.", Fallos 314:424), así debe procederse por parte de la jurisdicción quien, en definitiva, es el garante de la plena vigencia de la Carta Magna.

Por ello, voto en el sentido de revocar parcialmente la sentencia recurrida en lo que hace a la declaración de reincidencia de Bustos, declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal por ser violatorio de los arts. 1, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional y art. 75 inc. 22 en relación a los arts. 1, 2.1, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 10.3, 14 inc. 7 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y arts. 1, 5.6 y 8 inc. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

15.- Imponer las costas al condenado (arts. 239, 241 y concs. del CPP), y regular los honorarios profesionales del defensor particular en un 30 por ciento de lo regulado en la sentencia impugnada, por la labor llevada a cabo en esta etapa (Art. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdtes. Ley XIII-15 antes Dto Ley 2200)

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde ahora revisar la resolución Nro.1067/OJTw dictada el 15 de abril del corriente año por el juez penal Dr. Fabio Monti, que condenó a L. A. B. a la pena de dieciocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de robo

tentado, con más la declaración de reincidencia (arts. 164, 42, 45 y 50 del CP) por el hecho ocurrido el 8 de diciembre del año 2013 en esta ciudad de Trelew.

No he de volver sobre los antecedentes del caso que ya han sido prolijamente reseñados en los resultas de esta sentencia, solo he de aclarar que este voto llevará el orden de los agravios cual fueran presentados.

2. Analizada en detalle la sentencia recurrida en aquellos extremos que ataca la defensa, y deliberado cada punto con los colegas que integran este Tribunal Revisor, he de decir que no encuentro ningún tipo de vulneración a las garantías del encartado, en cuanto a lo que las reglas de desarrollo del juicio en general, y la valoración de la prueba en particular se refieren, y que amerite hacer lugar a la petición del recurrente.

2.1 A la lectura de dicha sentencia, a foja 186 en el acápite III titulado DECISIÓN, el juez penal desarrolló los fundamentos que hacen a la materialidad y autoría del hecho.

En dicho punto, reseñó las declaraciones producidas en el debate: del chofer del comando radióeléctrico Andrés Oñate, del funcionario policial asignado en aquel entonces a policía científica, W. U., del señor R. C., también asignado al comando radióeléctrico, de la sargento E., L., quien prestaba servicios en la seccional de policía primera de Trelew, al igual que el oficial Javier Elizalde.

Tras ello concluyó, a sus exactas palabras, que "*…de una valoración en conjunto de la prueba de cargo producida por el M. Fiscal en el juicio (testimonios de los empleados policiales reseñados, acta de intervención policial de fS.1/2 vta, croquis ilustrativo de fS.3, informe fotográfico de fS.72 a 88, exhibición de*

secuestros practicados), puede arribarse a un grado de certeza acerca de la participación del Sr. Bustos en el hecho que le endilga el M. Fiscal…"

Y entiendo que la conclusión es correcta.

2.1.1. En efecto, el testigo Oñate chofer del comando radioeléctrico, dió cuenta ante el juzgador en el debate, que acompañado ese día por un disponible de la comisaría tercera, al llegar al lugar del hecho, un edificio ubicado en R. y A., fue recibido por un señor que estaba en la vereda de enfrente, y que le indicó el lugar por donde ingresaron las personas. Dijo que la puerta estaba abierta y forzada su cerradura, y que pudo ver cuando dos personas venían bajando las escaleras, y que otros dos se escondieron en el hall. Que estas personas fueron detenidas.

Dió cuenta también, a propósito que la puerta había sido forzada, que uno de los sujetos que bajaba traía una barreta en sus manos, y que las otras portaban distintos elementos que luego fueran secuestrados, tales como guantes y alambres, e incluso uno de ellos tenia un arma de fuego.

Con su testimonio fueron incorporadas las fotografías glosadas desde la foja 73 a la 88 del legajo de prueba.

2.1.2 En cuanto al funcionario policial U. ante el juzgador y en el debate, dijo que trabajaba al momento del hecho en Policía Científica, y que acudió al lugar en donde observó a las personas que ya estaban detenidas, y observó también los elementos, tales como alambre, destornillador, un arma de fuego, que fotografió y secuestró. Incorporó al juicio los elementos exhibidos que reconociera: un par de lentes, un rollo de cable, guantes, destornillador, alambres, y una barreta de hierro.

2.1.3 Ponderó el magistrado en el juicio que le tocara intervenir, que el oficial Caro dijo que ese día,

encontrándose patrullando con personal de la Seccional Primera la sargento Lira, tomaron conocimiento vía radial que una persona denunciaba que cuatro personas habían barreteado la puerta de ingreso a un edificio. Al llegar al lugar e ingresar al hall del edificio, prácticamente se chocaron con tres personas que se resistieron a ser detenidas y a las que finalmente redujeron, mientras tiraron una barreta. Que una cuarta persona bajó por la escalera y cayó al piso. Dijo que uno de los sujetos tenía un arma de fuego. Fueron secuestrados guantes, alambres, capucha y un destornillador grande. Fue categórico al indicar que todos los elementos estaban repartidos entre ellos.

2.1.4 Ante el juez de condena en la instancia de conocimiento, la sargento L. dió cuenta que tomaron conocimiento que habían ingresado cuatro personas en un edificio y que uno de ellos tenía una barreta. Que al llegar al lugar ya estaba uno de los móviles, que se cruzó una persona que dijo que habían ingresado al edificio cuatro personas. Que ingresó con Caro al mismo junto a dos policías más, y ni bien lograron hacerlo, pudieron reducir a uno de los sujetos que venia bajando por la escalera con la barreta, y que otros dos sujetos de sexo masculino venían detrás de él. Que el que tenía la barreta le quiso pegar, pero se resbaló y se cayó.

Confirmó en general todo lo producido en el debate ante el juzgador, incluso en vistas a las fotografías que se le exhibieron, la realización del secuestro de un arma de fuego, la barreta, lentes, guantes destornillador, etc.

2.2 Ahora bien, recordemos que el pretenso se agravió porque, a su criterio, la sentencia devino defectuosa al haber vulnerado las reglas de la sana crítica racional, incurriendo en una arbitraria y parcial valoración, prescindiendo de alguna de las pruebas existentes en autos y omitiendo considerar

otras, como –por ejemplo- las entrevistas y declaraciones de distintos testigos durante la investigación penal preparatoria.

Adrede en los puntos anteriores, incluí la frase *"prueba que tuvo en cuenta ante el juzgador en el debate"*, con distintas palabras pero siempre en un mismo sentido. No fue por descuido.

Los antecedentes probatorios que ponderó el magistrado fue el producido en la instancia de conocimiento, que es el lugar en donde debe producirse, y el único material que debe servir de antecedente para su decisión.

Nuestra ley de procedimiento penal en su articulo dos, consagra los principios de inmediación y contradicción, como constitutivos de la garantía del Debido Proceso. Implanta de esta manera, un cambio radical respecto de la concepción de la prueba que se ha de producir como antecedente de una sentencia que someta a una persona a una medida de seguridad o corrección. Con ello podemos decir que se instituye en el proceso penal el sistema adversarial, vigente en nuestra provincia desde el año 2006.

Se agravió la defensa que el magistrado no relacionó en forma conjunta y por ende no interpretó consecuentemente todo el plexo probatorio reunido, en particular los dichos de los testigos civiles que alertaron a la policía, y del empleado policial C..

Sin embargo, ya es bien sabido que la prueba testimonial dejó de ser una suerte de protocolo en donde constaba lo que un testigo había afirmado en algún momento durante e1 proceso. En el moderno proceso penal, la resolución arribada por un jurado o por jueces técnicos, se debe basar solo en la prueba producida en el juicio, en cumplimiento a los principios que garantizan aquella inmediación y contradicción. Todo otro antecedente, aun los que obran dentro del proceso,

pero fuera del debate, no es mas que evidencia que no puede ser ponderada por el juzgador.

"…(L)a regla general para el sistema es que sólo se considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen, no pudiendo ser su declaración sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Sólo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada EN JUICIO por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de prueba testimonial (el examen y contraexamen)…", del Manual de Litigación en Juicios Orales A. Baytelman - M. Duce, Agosto, 2004, paginas 28/29.

De ello, y volviendo a la sentencia atacada, se advierte que el juez penal correctamente descartó las declaraciones que la defensa instaba fueran tenidas en cuenta, referidas concretamente a las versiones del empleado policial C., y a las personas de R. y O..

Con razón dijo el magistrado que *"…ninguno de los mencionados depusieron en el juicio, ni siquiera C. como tampoco fueron incorporadas como prueba (las partes no hicieron petición alguna al respecto) las entrevistas referidas…."*.

La recurrente debió haber procurado la comparecencia de las personas mencionadas, y que a su parecer, podrían haber puesto en jaque la teoría del caso acusatoria.

Para el juez penal de condena, y a los ojos de este revisor, la prueba recibida fue suficiente para sostener la acusación, y de esa manera resolvió, dando sendos fundamentos para ello:

"…Que de una valoración en conjunto de la prueba de cargo producida por el M.Fiscal en el juicio (testimonios de los empleados policiales reseñados, acta de intervención policial de fS.1/2 vta, croquis ilustrativo de fS.3, informe fotográfico de fs.72 a 88, exhibición de secuestros practicados), puede arribarse a un grado de certeza acerca de la participación del Sr Bustos en el hecho que le endilga el M.Fiscal."

*"En efecto, los funcionarios policiales que depusieron en el juicio explicaron que concurrieron al edificio sito en calle J. *** de esta ciudad, ante un llamado telefónico que recibió el Comando Radióeléctrico por parte de una persona quien comunicaba que cuatro personas habían ingresado a dicho edificio luego de barretear la puerta de ingreso. Si bien la persona que realizó dicha llamada (Rubén Otermin, según figura en el acta de fS.1/2 vta), no compareció en el juicio, los empleados policiales O., C. y L. fueron contestes en afirmar que cuando arriban al lugar, se encuentran con este testigo, que estaba parado en la vereda de enfrente al edificio, se cruza hasta donde estaban los policías, y les dice que los sujetos habían ingresado al edificio. Lira refirió con total seguridad que el testigo les dijo que las personas que habían ingresado eran cuatro. Asimismo L. agregó que dicho testigo mencionó que para ingresar los sujetos habían barreteado la puerta de ingreso. E. expresó que no recuerda si el testigo mencionó a tres o cuatro personas, como las que ingresaron al edificio."*

"Luego de que los funcionarios policiales ingresan al edificio, proceden a la detención de cuatro personas, entre las cuales se encontraba el imputado L. A. B. (de acuerdo a lo consignado en el acta de fs.1/2 vta). Según lo declarado por los policías intervinientes, una o dos de estas personas fueron aprehendidas cuando bajaban una escalera existente en el lugar, mientras que los

restantes fueron sorprendidos y detenidos en el hall de ingreso. También se produjo el secuestro de distintos elementos que aquellos llevaban consigo, los cuales fueron detallados en el acta de intervención y fotografiados en las placas obrantes a fs.74 a 84: un arma de fuego, un destornillador, pares de guantes, medias, rollos de alambre, trozos de cable coaxil, un par de lentes de sol, una barreta."

"No caben dudas que el ingreso simultáneo de Bustos y de los restantes detenidos al edificio mencionado, previo forzamiento de la puerta de ingreso, se llevó a cabo con el propósito de la sustracción ilegítima de elementos que pudieran hallar los autores en el interior del edificio. El hallazgo en poder de los aprehendidos de los distintos objetos que fueran descriptos en el párrafo anterior, evidencian, de acuerdo a las reglas de la lógica, experiencia y el sentido común, que los mismos iban a ser utilizados para concretar su designio sustractor…." (sentencia impugnada, fojas 188 y vuelta).

3.1 Concatenado con el agravio arriba desarrollado, el letrado aseguró que su defendido no participó del intento de robo, que la policía lo detuvo en el hall de ingreso al edificio, porque en realidad B. venía caminando con su compañero J., y cuando vieron llegar a la policía, como el ultimo mencionado llevaba un arma de fuego, se metieron en el hall de acceso al inmueble ante el temor de ser detenidos. Que en el interior del edilicio se encontraban los Sres. M. y M. quienes habían ingresado con supuesta intención de forzar alguna puerta e introducirse así en alguna unidad funcional. Que su cliente y J. ingresaron como medida distractora a efectos de pasar desapercibidos, pero fueron confundidos junto con las dos personas que sí estaban en el interior.

Este agravio también fue atendido con acierto por el juzgador cuando dijo que esta *"…aseveración no se encuentra respaldada por prueba alguna producida en el*

debate, ni siquiera esta versión de los acontecimientos fue puesta en conocimiento del Tribunal de Juicio por parte del propio acusado…".

No solo no ha existido en el juicio contraprueba alguna que pusiera en crisis la teoría del caso fiscal, sino que tampoco ha existido prueba de cargo en el sentido del descargo ensayado por el condenado.

La versión del imputado solo encuentra anclaje en la subjetividad de quienes la alegan.

3.2 Por otro lado el letrado del condenado afirmó que el juez penal adjudicó a Bustos por carácter transitivo, el conjunto de elementos incautados en el lugar, pero en poder de las otras dos personas que habían sido vistas ingresar al edificio, violando de esta manera las reglas de la sana crítica racional.

Sin embargo, el magistrado fundó en su fallo los elementos que hacen a la autoría del incurso y que echan por tierra el agravio de la impugnación. De otra parte, al cotejo de las fotografías valoradas por el juez penal, se advierte que las 30 y 31 *(obrantes al fojas 88 del LPF)* se encuentra el pretenso Bustos, con un buzo con capucha, a rayas negro y celeste, y que fojas previas, (la 88) se observa la fotografía del dorso del mismo, esposado y con un trozo de alambre dulce que le fuera secuestrado.

Este detalle del procedimiento no ha sido justificado en la versión de descargo del incurso.

Es por todo ello que no creo que la sentencia haya sido irracional y arbitraria como se alegara, por lo que mi voto será con su confirmación y asi lo dejaré votado.

4. Por otro lado, el letrado de la defensa aseguró con vehemencia que el Ministerio Público Fiscal no respetaba su deber de objetividad.

Afirmó que el co-imputado de la causa señor J., había accedido mediante una sentencia por un juicio abreviado, a la pena de dos años de prisión en suspenso,

por la comisión del delito de portación de arma de fuego; mientras que su cliente había sido acusado por el titular de la vindicta publica, por otra calificación jurídica mas gravosa.

Con asombro advierto que esto no es como dice la defensa.

Al cotejo de la sentencia 1639/2014, se constata que efectivamente por el hecho que hoy nos ocupa, la Dra. Patricia Asaro condenó a A. R. J. a la pena de dos años y seis meses de prisión, pero no solo por el delito detallado por el pretenso, sino por el robo agravado tentado, en poblado y en banda, concursado idealmente con el de portación de arma de uso civil *(ver sentencia que obra a foja 125/126 de la carpeta 5229 de la OfiJud).*

Debo creer que no ha sido completa la lectura efectuada por el pretenso, y por ello su error involuntario. Sin embargo esta circunstancia pudo confundir al tribunal revisor con los antecedentes que trajo el defensor, y así mal decidir.

Por ello he de llamar a su atención al abogado defensor, puesto que el peligro de hacer incurrir en error a los magistrados es tan grave, como la consecuente posterior desconfianza de los antecedentes que eleve a los jueces en posteriores peticiones.

5. En cuanto al punto que hace la declaración de reincidente del imputado, destaco nuevamente mi disidencia con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo.

Luego de un profundo análisis de la cuestión he de decir que mantengo, cual he venido sosteniendo en precedentes en los cuales me ha tocado intervenir en calidad de juez penal, que la reincidencia no afecta garantías que resguarda nuestra Carta Magna, ni los Tratados Internacionales con jerarquía de tales.

5.1 En efecto, tengo para mí que el hecho objetivo en la vida de una persona de haber cumplido, al menos en

forma parcial, una condena por un hecho anterior juzgado, constituye un parámetro válido de consideración jurisdiccional para la declaración del instituto.

La declaración de reincidente de una persona lo único que destaca, es el particular seguimiento en la ejecución de la pena que respecto a él debe hacerse.

Ello así, puesto que como ya lo vengo sosteniendo en casos como "C. M. A. P.S.A. DE HURTO TENTADO – TRELEW"- (Caso: No. 18413- año 2009), y acumulada "CASTELO, Matías Adrián p.s.a. robo – Trelew" (Caso: No. 18428 – año 2009**)**, soy de la idea que la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (precedente que corresponde a la cita del tribunal A-Quo, CSJN G.724, XXI, 7-7-88, Gelaberto Ruben , LL, 1988-E, p.351).

Considerando entonces que es reincidente quien con anterioridad a la comisión de un nuevo delito ha cumplido efectivamente en forma total o parcial una pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme (concepto dado por la C.N.C.P. sala IV, 8-3-1996, B.J.F., reg.548), la declaración de tal de una persona no vulnera el principio non bis in ídem, puesto que lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Recapitulando, la declaración de reincidencia sólo ajusta el régimen de cumplimiento de la condena, tanto de la que fuera impuesta en un antecedente pronunciado por sentencia firme y cumplida efectivamente aunque sea en forma parcial, con la que corresponde ejecutar por el nuevo hecho.

5.2. De otra parte he de descartar la presunta violación del principio de culpabilidad de autor, vedado por nuestra Constitución.

Entiendo que el juicio de culpabilidad que ha de realizar el juzgador al momento de mensurar la pena, lo

ha de hacer sobre el evento ventilado en un debate, y no sobre el que recayera condena anterior, juzgado en otro juicio.

Ese es el sentido y a su vez el límite que debe tener el tribunal para estimar la pena, y sobre esos rieles correrá el control del Ad-Quem mediante una impugnación ordinaria como la que me convoca.

En la sentencia recurrida, advierto que el juez penal, en el punto D) titulado de la *petición fiscal de declaracion de reincidencia* tomó como dato objetivo los antecedentes condenatorios del imputado y el cumplimiento real y parcial con privación de libertad. En consecuencia, no agravó la sanción que en definitiva impusiera.

5.3 Ésta es la postura que ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en distintas causas a partir "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006), y en "L., L. A. p.s.a. de abuso sexual a J.B.L." (Expediente 20.402 – L – 2006).

Al dictar sentencia en los autos "M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación" (Expediente N° 23229 – F° 196 – Año 2013), la Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la reincidencia, por no vulnerar garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

En fallo unánime, los ministros evocaron los fallos en donde impusieron su postura respecto al tema, e incluso agregaron la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos en que ese Alto Tribunal Nacional justamente se inclinó proclive a la constitucionalidad del instituto, tales como "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Juan Miguel Cabail Abad en la causa C. A., J. M. - causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014, y en "Recurso de hecho deducido por la

Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en la causa Arévalo, Martín Salomón s/ causa N° 11.835", del 27/5/2014.

No fue la única vez que la sala penal así se pronunció. Días antes de la resolución tomada en "M.", en idénticos términos los ministros se expidieron en "Pcia. del Chubut s/S, P.P., U.D. M..-B., C. s/ impugnación", Expte. 23325 – F°13, año 2014.

En síntesis, me mantengo enrolado en las filas que estiman que no existe razón para declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, pues no vulnera el principio de culpabilidad por acto en tanto se refiere a una modalidad en el cumplimiento de la pena, y no a la imposición de la pena en sí misma; ni tampoco al principio que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que el imputado no es juzgado ni acusado nuevamente por la comisión del hecho anterior, no repugnando en consecuencia, garantías veladas por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales incorporados por obra del art.75 inc. 22 en la reforma del año 1994 (art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Por todo lo dicho, mi voto será por el rechazo de la impugnación en este sentido, y la confirmación de todo el fallo atacado.

6. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, comparto lo consignado por el vocal que me precede en el orden de votación.

Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Impugna la defensa la sentencia condenatoria, sosteniendo que las probanzas han sido valoradas en forma errónea, toda vez que de ellas debe inferirse la falta de autoría por parte de su defendido, postulando la

absolución y, subsidiariamente, se revoque la sentencia en cuanto declara la reincidencia, por estimar a este instituto, contrario a la constitución nacional.

2. Adelantamos que los elementos probatorios analizados por la sentencia, y la inferencia que extrae de ellos el juez, es correcta, puesto que de hechos conocidos, infiere más que razonablemente la coautoría del imputado. En efecto, del testimonio del policía Oñate, surge que al llegar al edificio lugar del hecho, motivado por el aviso a la prevención, lo recibe un vecino que le indica el lugar por donde ingresaron las personas, que se encontraba violentada y forzada su cerradura, indicando que una de las personas que luego fuera detenida, venía bajando las escaleras con una barreta, mientras que las otras tres portaban distintos elementos, como guantes y alambres, amén del arma de fuego secuestrada a uno de ellos, exhibiéndose las fotografías que plasman alguno de los hechos mencionados, las que fueron reconocidas por el testigo. Asimismo, en forma concordante, el policía U., observa a todos los detenidos, con los elementos secuestrados, tales como un rollo de cable, guantes, destornillador, una barreta de hierro, mencionando la forzadura de la cerradura y reconociendo las citadas fotografías. Por su parte, el policía Caro, relata que al llegar al lugar e ingresar al hall del edificio, prácticamente se chocan con tres personas que se resisten a ser detenidas, a las que finalmente redujeron, así como una cuarta que venía bajando de la escalera y tiran una barreta, secuestrándose a los detenidos, guantes, alambres, capucha, destornillador grande, un arma de fuego en las prendas de uno de ellos, recordando que todos los elementos estaban repartidos entre ellos, es decir, que todos portaban alguno de ellos, observando también la puerta barreteada, sosteniendo que todas esas personas andaban juntas e intentaban salir del edificio cuando

ellos llegaron. Por su parte, la policía L., confirma en general todo lo relatado, agregando, en vistas a las fotografías que se le exhiben, que a uno se le secuestra un arma de fuego, a quien conocía como de apellido Johnson, mientras que a otro de campera negra se le secuestra la barreta que portaba, mientras que el robusto tenía el destornillador, y el de buzo rallado –Bustos, conforme fotografía de fs. 80 y 88 del legajo de prueba fiscal- tenía uno de los elementos secuestrados, pero no recuerda cuál, afirmando que los cuatro tenían repartidos los elementos que secuestraron.

Tales testimonios, amén de las actas, fotografías y pericias del caso, comprueban, sin duda alguna, los hechos conocidos y ciertos que documentan, de los que cabe inferir la coautoría de B., siempre que tomemos a los mismos en su conjunto. Esto es claramente así, si lo enlazamos a todos conforme a la lógica y utilizando la experiencia de lo que generalmente ocurre en estos casos. En efecto, la barreta, utilizada para forzar la puerta de entrada al edificio, y los demás elementos, son de aquellos generalmente utilizados en un robo, pues los cables se usan para atar a las víctimas, el destornillador grande para barretear o franquear defensas cerradas, los guantes para no dejar huellas, mientras que las capuchas y medias para desfigurar rostros con la finalidad de no ser reconocidos. Todos estos razonamientos, justifican la conclusión de autoría en cabeza de B., demostrativos, además, de la decisión e intento de ejecución común de una empresa delictiva, por lo que deviene más que justificada la certeza, toda vez que se reúnen las tres condiciones esenciales como para estimar a la prueba indiciaria como idónea para destruir el estado de inocencia. Así lo tiene resuelto la doctrina y jurisprudencia, en tanto admiten la prueba de presunciones o indiciaria, si ella parte, como premisa mayor, de varios elementos, graves

y concordantes, que, unidos por la lógica, la ciencia y la experiencia, puedan así justificar una presunción más allá de toda duda razonable, que es exactamente lo que hizo la sentencia.

En cuanto al descargo del imputado, el mismo no tiene ningún elemento probatorio que lo avale en el proceso, salvo afirmaciones de la defensa, la cual aparece absolutamente desprovista de todo sustento plausible, como hubiera sido el testimonio de J., por ejemplo, o probar que no conocía a los otros detenidos. En fin, lo alegado no refuta mínimamente el plexo probatorio cargoso, por lo que deberá confirmarse la sentencia en cuanto condena a Bustos como coautor en el delito de robo intentado, y por el que se lo condena.

3. Sí lleva razón la defensa, en cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia, tal como lo hemos sostenido en fallos anteriores, cuyos argumentos repetiremos aquí. En este camino, es pertinente analizar los votos del Ministro de nuestra Corte Suprema, Dr. Zaffaroni, que comienza por criticar la obstinación doctrinaria y jurisprudencial que aún persiste en considerar a la reincidencia como compatible con la Constitución, cuando la mejor doctrina y jurisprudencia, como la legislación de los países más avanzados en materia penal, la han desechado por completo. Afirma que esta obstinación no es gratuita, sino que tiene un alto costo que se cobra en moneda de maltrato físico y psíquico de las personas, recordando en este punto la similitud, de causas y costos, con las instituciones de la tortura y la pena de muerte, respecto de las cuales existió la misma obstinación contra su abolición, por razones similares que hacen a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático. Después de analizar y criticar los discursos que tratan de legitimarla, afirma que ninguno de ellos puede anular la consideración de que la reincidencia es una forma de

agravar la pena actual impuesta, en razón de un hecho anterior. Este hecho incontrastable y verificable, afirma el ministro, es una violación flagrante al derecho penal de acto y filiatorio del derecho penal de autor, simplemente porque se trata de penar por los antecedentes o modos de vida delictuosos anteriores que ya fueron juzgados, sentenciados y compurgados. Trae a colación al respecto, la contundente letra del código Toscano de 1786 que abrió la moderna codificación penal, el cual en su artículo 57 disponía que, una vez agotada la pena, no podrán ser considerados infames para cualquier efecto, ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido. Sostiene, en ese marco de derecho penal de acto, que la reincidencia implica claramente una doble punición, puesto que se agrava la pena o el modo de ejecución, por un delito anterior que ya ha sido juzgado y penado, amén de que se pierde así la proporcionalidad de la pena con el injusto cometido y el grado de culpabilidad.

Conviene detenerse en este último punto, pues entendemos, como lo hicimos en fallos anteriores, que es éste el núcleo sobre el cual debe rechazarse el instituto de la reincidencia. Zaffaroni, en los votos que venimos analizando, refuta de manera impecable todos y cada uno de los componentes que hacen a una supuesta mayor reprochabilidad del reincidente, traído por las teorías legitimantes, sosteniendo el ministro citado que el reincidente no es más peligroso, perverso o insensible a la pena, que cualquier otra persona. Así, la peligrosidad la descarta, pues ésta, entendida como un juicio de probabilidad de cometer nuevos delitos que se efectúa sobre una persona, es absolutamente inverificable científicamente, aún en el caso de que comprobemos que de mil personas, la mitad vuelve a

cometer un delito, pues en el caso concreto, nunca sabremos en qué mitad estará el autor que estamos juzgando. Por esto, la cuestión se transforma en una presunción *iure et de iure* de peligrosidad, lo cual no puede aceptarse porque no tiene ningún correlato científico, ni se condice con un nivel mínimo de racionalidad republicana, amén de que las citadas presunciones en el derecho obedecen a razones prácticas, y son incompatibles con el derecho penal, cuando operan ampliando los límites de la punibilidad. En cuanto a la mayor perversidad de los reincidentes, explica que la perversidad puede ser un componente de los caracteres de un tipo penal, o bien un elemento de mayor culpabilidad, pero ello debe analizarse siempre en el estrato de la culpabilidad del tipo concreto que queremos aplicar, pero no en base a la culpabilidad que corresponde a una conducta típica anterior y ya penada. En este último sentido, da dos ejemplos contundentes para verificar lo expuesto, afirmando que la perversidad no tiene nada que ver con la reincidencia, pues nadie dudaría de que un asesino o violador serial tiene una mayor perversidad, aunque no sea reincidente, como tampoco puede admitirse que necesariamente exista una mayor perversidad en el autor de unas lesiones, porque anteriormente haya sido condenado por libramiento de cheques sin fondo. En cuanto a la supuesta mayor insensibilidad a la pena por parte de los reincidentes, agrega el Juez, que ello podía sostenerse en los tiempos de C., pero hoy sabemos que el mismo argumento ha llevada a consecuencias dramáticas, recordando que fue utilizado por Lombroso para definir a los colonizados como seres biológicamente inferiores, y fue la base del discurso colonialista que legitimó todos los genocidios conocidos posteriores, concluyendo que presumir que quien cometió un delito, y luego comete otros completamente diferentes, padece de una hiposensibilidad al dolor, importa asimilarlos a los

salvajes que, en tiempos de Lombroso eran los colonizados.

Tratamiento aparte merecen las consideraciones de Zaffaroni respecto del argumento que señala al reincidente como una persona que actuó con una mayor conciencia del injusto, al cometer el segundo hecho, así como aquel que sostiene que con ello el agente demuestra una voluntad o decisión criminal más fuerte. En tal sentido, acepta que el primer argumento puede ser válido para algunos casos de reincidencia específica, en los que se requiere cierto grado de esfuerzo y elaboración para la comprensión del injusto, pero no es aceptable en un régimen de reincidencia genérico como el nuestro y, mucho menos, automático. Es decir, en la generalidad de los casos la conciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente del primer hecho, o puede ser menor o directamente no existir, por ejemplo, si se actúa en el segundo hecho con error invencible de prohibición. En cuanto a una mayor decisión del autor a cometer delitos, afirma que tal argumento debe rechazarse, porque, si hablamos de reincidencia genérica, nadie en el mundo real -y en condiciones de salud mental- decide cometer un nuevo delito en abstracto o decide violar el código penal o delinquir a secas, sino que la decisión criminal es de algún hecho concreto en la vida real y así, ejemplifica, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias, incurre en lesiones culposas o en quien está condenado por abigeato comete una calumnia o en el que sentenciado por estupro, comete traición a la patria.

En estos argumentos sólidos y completos, que compartimos, sostiene el ministro citado la inconstitucionalidad de la reincidencia, concluyendo que, en virtud de lo señalado, no puede sostenerse ya el precedente "L." (Fallos: 311:1451), ampliamente citado por doctrina y jurisprudencia legitimante.

4. Recapitulando y sistematizando los argumentos sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 50, reiteraremos aquí los que ya dijimos en causas anteriores, aunque completando un poco los mismos.

En este sentido, entendemos que todos los argumentos deslegitimantes de la reincidencia se derivan, en definitiva, de un principio superior estrechamente relacionado con la forma de concebir al delito y a la pena. Nos estamos refiriendo al conjunto de teorías que conforman lo que se llama derecho penal de acto, que concibe al delito como un conflicto que produce una lesión concreta y efectiva (principio de lesividad), prevista en la ley (*nullum crimen sine lege*), causada por un acto humano final, en cuya decisión el sujeto actuó en forma libre(*nullum crimen sine conducta*), por lo que se le puede reprochar y retribuir la lesión en forma proporcional al ámbito de autodeterminación efectivo y concreto que tuvo al momento del hecho (*nullum crimen sine culpa*). A esta concepción que estima al delito como una infracción o lesión jurídica cuyo desvalor objetivo y subjetivo se agota en el acto lesivo, se le contrapone la doctrina del derecho penal de autor, conformada por teorías que estiman al delito como signo o síntoma de inferioridad moral, biológica, psicológica etc, que habilita al juzgador a tomar en cuenta toda la existencia de la persona, como conjunto de varios hechos, y no solamente el hecho concreto y real, lo cual determina que la esencia del delito, para esta perspectiva, viene dada por las características del autor -sea pecador o peligroso, entre otras- que explican la pena. En el caso que estamos decidiendo, nos interesa la repercusión diferente que ambas concepciones tienen en el estrato de la culpabilidad, distinguiendo así la culpabilidad de acto y la de autor. En la primera, se reprocha lo que el autor hizo, lo que hace, su modo de

actuar, por lo que solo sus comportamientos, y no su personalidad o modo de vida, pueden ser tipificados y culpabilizados. Se puede decir, en general, que todo lo anterior al delito actual que estamos juzgando, no cuenta, está fuera del alcance de la legalidad estricta que debe aplicar el juez, por lo que queda claro que la reincidencia -al agravar en todos los casos y de manera automática la pena, sin dar margen ni posibilidad alguna para demostrar lo contrario y fundada en un hecho anterior ya juzgado y penado- se basa en algo completamente extraño a la culpabilidad concreta o de acto que se debe tener en cuenta. La esencia de este algo reside, sin duda, en la personalidad o modo de vida del autor, pues no puede fundarse sino en su carácter potencialmente peligroso que, como vimos, no puede predicarse respecto de nadie, pues es un juicio de probabilidad asentado en una presunción inferida de la comisión de un hecho anterior, probabilidad que nadie puede determinar científicamente. De esta forma, se toma a la peligrosidad como elemento sustitutivo de la culpabilidad, y se vuelve a las tipologías y clasificaciones de autores y delincuentes, en sustitución de las tipologías y clasificaciones de acciones y delitos, tal como lo son las antropologías y antropometrías somáticas que elaboraron repertorios clínicos y fisionómicos del "delincuente natural" o tipologías morales, políticas y sociales, mediante la definición de distintas desviaciones mentales o morales, de las que el delito sería un síntoma o efectos de tales personalidades.

En suma, no existe forma de argumentar el "plus" de pena que conlleva la reincidencia -recordemos que el efecto jurídico esencial de ella es la modificación sustancial del modo de ejecución al no permitir la libertad antes de que se cumpla totalmente la pena de prisión- sin recurrir a un hecho anterior que

jurídicopenalmente no debería existir, y que solo debe quedar como hecho constitutivo de la personalidad o modo de vida del autor, lo cual no puede serle reprochado al autor. Esto no quiere decir, obviamente, que la personalidad no deba tenerse en cuenta para medir el grado de culpabilidad del autor -y, ergo, del monto de la pena-, pero ello se hace siempre dentro de la culpabilidad de acto, donde la personalidad -en que la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto son indicadores importantes- se toma en cuenta como dato verificable y empírico para determinar el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento del hecho, es decir, que se la toma en cuenta, no para reprochársela, sino para determinar las conductas posibles distintas que le permitía su personalidad en esa situación concreta. Así, un mitómano tendrá su ámbito de autodeterminación mucho más reducido que aquel que no lo es al cometer una estafa, pues para no mentir necesita un gran esfuerzo, lo cual reduce su culpabilidad. Lo mismo cabe decir de los reincidentes, quienes generalmente tienen una menor grado de culpabilidad, al reducirse su ámbito de autodeterminación en razón de la prisionización sufrida, que, además, aumenta la vulnerabilidad del sujeto frente al sistema penal, situación que debe tenerse en cuenta, ya que ha sido el mismo Estado el que ha contribuido, ante el fracaso de su deber de garante en cuanto a la resocialización, a que el autor vuelva a delinquir.

En definitiva, es el principio de culpabilidad de acto el que se encuentra centralmente afectado por la reincidencia, lo que ya sería suficiente como para declarar su inconstitucionalidad, pues los otros principios que se alegan para su rechazo, tienen que ver directamente con aquél. Así, por ejemplo, habilitar mayor poder punitivo que el previsto por la ley para un tipo penal determinado, implica violar la prohibición

de la doble punición por el mismo hecho, ya que, repetimos, se agrava la pena por un delito anterior ya juzgado o penado, situación que afecta la culpabilidad de acto. Entendemos que es suficiente con que se acredite la violación de uno o más principios constitucionales en una interpretación legal, para declarar a la norma contraria a la Constitución, por lo que así deberá resolverse, sin necesidad de entrar a detallar otros principios que también se encuentran directamente afectados, tal como lo vimos en el voto ejemplar del ministro Zaffaroni citado. Así lo voto.

5. Por último, en materia costas a imponer y honorarios profesionales a regular, adhiero a los postulados por el vocal que lidera el acuerdo.

De conformidad con los votos precedentesésta Cámara en lo penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Confirmar la sentencia recurrida en lo concerniente a la declaración de autoría responsable del acusado Luis Alberto Bustos, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, en orden al delito de robo tentado (arts. 164, 42 y 45 del CP), así como la pena impuesta de dieciocho meses de prisión;

2) Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa particular del acusado contra la sentencia 1067/15 OJTw dictada en fecha 15 de abril de 2015 y revocar el punto I) del resolutorio en cuanto dispone la declaración de reincidencia;

3) Declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal.

4) Imponer las costas al condenado (arts. 239, 241 y concs. del CPP), y regular los honorarios profesionales del defensor particular en un 30 por ciento de lo regulado en la sentencia impugnada, por la labor llevada a cabo en esta etapa (Art. 5, 6 bis, 7,

13, 44 y ccdtes. Ley XIII-15 antes Dto Ley 2200); y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián BarriosAlejandro Gustavo Defranco
(En disidencia parcial)

El Dr. Omar Florencio Minatta no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada bajo el número 16 del año 2015 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.-