En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de noviembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo De franco, Omar Florencio Minatta y Flavia Trincheri, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"G., J. y otros psa robo agravado-Gaiman" (Carpeta 4589-OJ Tw, legajo 44034 MPFTw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A. M., contra la sentencia Nro. 967/15 OJTw dictada en fecha 7/04/2015 por el Dr. Zaratiegui.

Por la pieza impugnada el señor Juez Penal César Zaratiegui condenó a J. L. G., de demás circunstancias personales obrantes en la causa, a la pena de 6 años de prisión y lo declaró reincidente, al encontrarlo autor material y responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser comprobada, en calidad de coautor, por los hechos ocurridos en la localidad de Gaiman el 28 de enero del año 2013, en perjuicio de la familia integrada por V. S., C. J. y los menores S. F. y A. S..

El impugnante sostiene que no se ha probado debidamente la autoría de su asistido en el hecho imputado, toda vez que el testimonio de la señora J., sobre el que se centró la participación de G., resulta contradictorio. Se agravia también de que no se tuvo en cuenta el reconocimiento en rueda, con resultado negativo, realizado sobre su asistido por el menor F. .

Plantea que la pena impuesta resulta excesiva ya que el magistrado tuvo en cuenta el uso del arma, para agravar la pena, cuando ésta circunstancia ya está contenida en el tipo penal y no se evaluaron las atenuantes que la situación de su cliente presentaba.

Asimismo, peticionó la revocación de la declaración de reincidencia, por entender que el instituto contraría los postulados de la Constitución de la Nación.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 19/10/15 en la sede de este tribunal, estuvo presente el Dr. M., y se remitió a lo expuesto en su escrito.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo De franco y Flavia Fabiana Trincheri;

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, argumentando que la autoría de su defendido no se encuentra probada con certeza, cuestión que luego desarrollaremos. Asimismo, subsidiariamente sostiene que el monto de la pena es excesivo, estimando incorrectas las valoraciones que el tribunal hace de sus componentes, para terminar peticionando la revocación de la declaración de reincidencia, por estimar al instituto contrario a la constitución nacional.

2. En cuanto al primer agravio, deberá el mismo desecharse, toda vez que el tribunal se basó en testimonios concordes, que apuntan en dirección certera a la autoría en cabeza de su defendido. En efecto, son congruentes los dichos de J., F. y S., en cuanto observaron un coche azul, en llanta, del cual descendieron los que luego ingresaron al domicilio y que en tiempo próximo, después del hecho, fuera interceptado por la prevención, conducido por G., y de su propiedad, lo cual es suficiente para la certeza destructora del estado de inocencia.

La defensa solo trata de cuestionar los dos de los testimonios de cargo. Uno de la Sra. C, J,, indicando puntualmente que ella agrega la marca del coche y modelo, recién en el debate, como consecuencia de la

contaminación que sufren los dichos de las víctimas, cuando tienen acceso al legajo fiscal. No debe descartarse la preocupación del defensor, pero ello no obsta a que se tenga en cuenta lo más importante, que también lo había dicho antes, y repite en el debate, en cuanto a que observa antes del hecho al coche azul, con dos personas en su interior, quienes descienden del mismo, para terminar afirmando categóricamente que eran las mismas que ingresaron luego a su domicilio, y protagonizaron el hecho.

Igual crítica efectúa al testimonio del joven F., indicando que si bien reconoció al imputado como uno de los agresores, en momentos en que se dirigía desde Gaiman hacia Trelew, momentos después del hecho, cuando un operativo policial intercepta el coche azul, en llanta, conducido por G. y de su propiedad, no pudo reconocerlo judicialmente en rueda de personas, por lo que no sería válido su testimonio. Lleva razón la defensa en cuanto a que los reconocimientos judiciales tienen prioridad sobre los otros, pero esto no obstaculiza afirmar, como lo hace la sentencia, de que estamos ante el mismo coche azul, conducido y de propiedad de G., en llanta, y momentos después del hecho.

De esta forma, se pueden fácilmente unir y concordar ambos testimonios con el de S., que no fuera discutido, los que prueban en forma directa, hechos ciertos y determinados, de los cuales inferir, aplicando las reglas de la simple de la lógica, la experiencia y la ciencia, la autoría, sin que pueda también presumirse otra conclusión razonables que compita con ella. Por todo esto, deberá confirmarse la co-autoría de G. en el caso, confirmando en el punto la sentencia condenatoria.

3. Distinta suerte correrá el monto punitivo de seis años de prisión impuesto, toda vez que el mismo aparece desproporcionado con la culpabilidad demostrada a G. por el fiscal, y asumida por el juez.

En efecto, la sentencia se basa, esencialmente, en la naturaleza de la acción, y extensión del peligro causado para determinar el monto de la pena, citando el inciso 1 del artículo 41 del Código Penal. En cuanto al primer punto, trae a colación la circunstancia de que las víctimas fueron maniatadas de pies y manos con un cable, mientras que para fundar la extensión del daño, recalca sobre la angustia y miedo que el hecho les causara.

En este orden, es correcto partir de ambos tópicos como parámetros para graduar el injusto, toda vez que así se debe proceder para construir lo que será objeto del juicio de culpabilidad. Sin embargo, tales elementos no pueden justificar, en el caso, la elevación de la pena al doble del mínimo, por los siguientes motivos.

En primer lugar, no se han probado o acreditados lesiones físicas de consideración, o tratos degradantes o humillantes a las víctimas, por lo que la modalidad de la acción no se presenta particularmente violenta, es decir, fuera de lo que normalmente ocurre en estos casos de atadura, por lo que no se observa *"plus"* alguno que pueda justificar salirse del mínimo.

El mismo razonamiento vale para la angustia, o lesiones psíquicas de las víctimas, a las que el juez acude para agravar el monto, ya que tales angustias relatadas, son propias e inherentes a lo que ocurre ordinariamente en la mayoría de estos hechos.

Precisamente, el tipo penal del robo simple se agrava por el miedo o angustia que produce la utilización del arma, es decir, es la razón misma de la agravante, por lo que ya están incluidos aquellos sentimientos en el mínimo, siempre, obviamente que sean los normales y propios.

Continuando con el análisis de los parámetros de individualización del monto punitivo, no se ha probado elemento alguno en orden a los motivos y ámbito de autodeterminación del autor, de los que pueda inferirse

algún grado de culpabilidad superior al mínimo. En efecto, la sentencia ni siquiera los nombra a ambos puntos, lo que resulta indispensable en este tema, pues de lo contrario reina la arbitrariedad. Siendo esto así, deberá partirse de que el grado de culpabilidad de G. en el hecho, fue el mínimo.

En suma, la sentencia se presenta como desprovista de fundamentos sólidos como para fundar el apartamiento del mínimo de la pena, por lo que deberá la misma revocarse en el punto y establecerla, consecuentemente, en tres años de prisión.

4. También lleva razón la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia, ya que el instituto afecta varios principios constitucionales, aunque de distinto modo y gravedad, 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 Carrara, 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'eveque" (Fallos: 311:1451), ampliamente citado por doctrina y jurisprudencia legitimante.

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 fisonómicos 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.

Respecto de las costas y honorarios, propongo la imposición de costas al condenado y regular los honorarios de la Defensa Técnica en 20 Jus por la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15)

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Viene este legajo a la consideración de esta Excma. Cámara del Crimen de Trelew, al haberse impugnado la sentencia recaída en fecha 7 de abril de 2015, dictada por el Juez Penal César Zaratiegui, según la que se condena a J. L. G. a la pena de seis años de prisión de efectivo cumplimiento, declarándolo reincidente, por el delito cometido en fecha 28 de enero de 2013, que fuera calificado como Robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada en calidad de coautor (art. 166, inc. 2, último párrafo y 45 del Código Penal).

2. En su escrito de impugnación, sostenido en la audiencia a tenor del art. 385 del rito en esta sala, el abogado A. M., destaca tres aspectos sobre los que se agravia de la sentencia recaída.

En primer lugar, pone en duda la credibilidad de la víctima J., sobre quien el magistrado centra la acreditación de la participación del imputado, por cuanto manifestó haber visto un automóvil con la rueda en llanta en cercanías de su vivienda situación en la que es imposible trasladarse desde el centro de Gaiman al ingreso de la ciudad de Trelew en solo veinte minutos. Destaca además que no se tuvo en cuenta el reconocimiento en rueda negativo sobre su asistido.

En otro orden, afirma que el juez tuvo en cuenta el uso del arma para agravar la pena, cuando dicha circunstancia se encuentra contenida en el tipo y aplica una pena de seis años sin tener en cuenta los atenuantes,

pero si los antecedentes condenatorios y la intimidación que tuvieron el hecho.

Por último, solicita se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia fundado ello en la violación al principio de resocialización, de culpabilidad por el hecho, de inocencia, *ne bis in idem* y por ser una forma de estigmatización del delincuente.

3. Puesto a resolver la corrección o no del fallo atacado, en el orden propuesto por la defensa material, he de principiar diciendo que, en lo que a autoría material y responsable por parte de G., ha de confirmarse en un todo la sentencia impugnada.

En efecto, ha fundamentado el magistrado interviniente la autoría de G. en el hecho que fue visto por la víctima J., en cercanías de su domicilio, a bordo de un automóvil F. M. en llanta; instantes después, habiendo salido en el vehículo de J. R. hacia Trelew, en cercanías de la rotonda Ricardo Alfonsín, vieron el mismo auto aquel, pudiendo identificar a uno de los que ingresaron a su domicilio, G., todo lo que fuera corroborado por su hijo, S. F..

En definitiva, siendo coincidentes los dichos de J., F. y S., en cuanto observaron un coche a., en llanta (corroborado ello por el testimonio del vecino M.), del cual descendieron dos personas que instantes después ingresaron al domicilio, vehículo que pocos momentos después del fuera interceptado por la prevención, conducido por G., tal como relató en la audiencia T., quien agrega que un joven identificó a G. como uno de los autores, es suficiente para la certeza que permite desterrar el estado constitucional de inocencia.

Es que, como he dicho en otras oportunidades, *"…la tarea de la investigación judicial… es eliminar el dilema a favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa, y sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad…"* (Ferrajoli, Luigi; "Derecho y Razón",

Trotta, 1995, pag. 53), tal como se verifica en la sentencia atacada, más allá de las dudas planteadas por el defensor en cuanto a que no había dicho antes la testigo J. la marca y el modelo del auto, cuestión que no le quita credibilidad al centro gravitante de su testimonio, esto es, que la persona detenida por la Policía era la misma que ingresó a su domicilio, y a pesar del agravio consistente en que el joven F. no pudo reconocerlo en sede judicial, lo que no obsta a que se tenga por verosímil (y de conformidad con el resto de la prueba obtenida) el reconocimiento realizado en la Rotonda en que fuera demorado, tal cual dio cuenta al personal interviniente.

4. Siendo como es que las premisas fácticas que afirma como verificadas el juez de la sentencia se encuentran acreditadas con la totalidad de los hechos adoptados como probatorios en el debate realizado, que sus inferencias inductivas arriban a la única conclusión explicativa de lo sucedido aquella mañana, es que la sentencia atacada debe confirmarse respecto a la autoría pregonada. Así lo voto.

5. Es en cuanto al monto punitivo en lo que no se va a acompañar el resolutorio atacado. En efecto, ha fundado el juez de la sentencia la sanción impuesta, en primer término, en la gravedad del hecho, considerando para merituar esta gravedad "el ingreso a mano armada, intimidar, atar de pies y manos a toda una familia", y que se "intimidó a personas adultas, sino que se hizo lo propio con los niños del hogar, reduciéndolos, sustrayéndole objetos…", agregando por último, la grave afectación psicológica de la familia toda.

A ello debo decir, que no se ha fundamentado, en lo más mínimo, de qué modo se ha duplicado en años el mínimo legal, más allá de alegaciones acerca de elementos todos que se encuentran en el tipo legal para fundamentar, precisamente, un mínimo de tres años.

No pueden atenderse las referencias a la intimidación –materia misma de la prohibición, inherente a toda situación de violencia real o ficta-, tampoco el ingreso a mano armada, puesto que es la razón de la agravante de todas las hipótesis contenidas en el art. 166, inc. 2 –aunque no se pueda acreditar su grado de peligrosidad-, y menos, el hecho de haberse sustraído objetos, lo cual está ínsito en el desapoderamiento.

Tampoco ha sido acreditado científicamente, más allá de los dichos de las víctimas, el alto impacto psicológico, el que, por un lado, ha sido valorado exclusivamente a través del cristal de los ofendidos y, por otro, es inherente a toda situación de violencia y desapoderamiento concomitante.

6. En este punto es necesario recordar, como lo he dicho en numerosos precedentes, que la pena se compone, básicamente, del reproche de culpabilidad en relación al injusto cometido.

Concretamente, el reproche personal tiene como ingrediente necesario el motivo que impulsó al agente a infringir el derecho y será más aberrante cuanto más lejano se dirija al salvamento de un bien jurídico.

Empero, como se ha advertido en el veredicto, la sentencia elude el tratamiento de esta cuestión, arbitrariamente, más allá de la petición o no del defensor, por lo que, en definitiva, se elude el tratamiento de la razón jurídica del alejamiento de la mínima respuesta penal.

Por ello, voto por aplicar al condenado G. el mínimo legal.

7. En punto a la aplicación de las disposiciones del art. 50 del Código Penal, no existiendo plausibles razones para cambiar mi parecer, tengo dicho desde hace tiempo, en autos **"C., C. y E., Carlos s/robo**… **"** (Expte. 55/06-C.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 ídem… 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… ”.*

8. Ello, no por desconocer los precedentes en que la Corte Suprema se expide acerca de la reincidencia. En el primero de ellos (in re **“G. D’A., 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”.-*

Puesto a fundar mi disidencia con la doctrina del Alto Tribunal, he de decir que, de sostenerse aquella, 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.

9. Poco después, en **"L., R. R."** (LL, 1989B-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 ídem", 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 ídem" 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.

10. 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."*

11. 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. Prosiguiendo con mi consideración acerca del instituto del art. 50 del Código Penal, debo decir, 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. Así, 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, pág. 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 que las utilizadas por el suscripto, ha dicho el Juez Mario Juliano, (in re: **"Ucio Alejandro Omar 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, "Pupelis", 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 la sentencia recurrida en lo que hace a la declaración de reincidencia de G., 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. Así lo voto.

Respecto de la imposición de costas y honorarios, adhiero a lo postulado por el vocal que lidera el acuerdo.

La Jueza Flavia Fabiana Trincheri dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Dr. A. O. M., Defensor particular de J. L. G., en relación a la sentencia dictada contra el nombrado por el Juez Penal Dr. Cesar Marcelo ZARATIEGUI, el día siete de Abril de del año dos mil quince y que lo condenara como COAUTOR material y penalmente responsable

en orden al delito de Robo agravado por la Utilización de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (Arts. 166 inciso 2°, último párrafo y 45 del C.P.) a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, declarándolo REINCIDENTE, (Art. 50 del C.P.), en orden a los hechos que damnificaran a C. J., V. S. y S. F., ocurridos en fecha veintiocho de Enero de dos mil trece, en la ciudad de Gaiman (Caso 4589 OFIJUD).

Los antecedentes del caso traído a análisis, la base fáctica del mismo y los motivos de agravios ya han sido desarrollados al inicio, por los que en honor a la brevedad, a éstos me remito.

Realizada la audiencia prescripta por el código de rito, habiendo deliberado el Tribunal, paso sin más a dar fundamentos de mi parecer en cumplimiento a la manda Constitucional y Procesal –Arts. 169 C. Prov. y 25 del CPP.

En primer término el Sr. Defensor se agravia respecto de la Autoría que se enrostra a su pupilo y en consonancia con mis colegas preopinantes adelanto que el embate que busca desvincular a G. de la misma, no ha de prosperar.

En su escrito de impugnación reseña los párrafos en los que el juez sentenciante pondera los dichos de la testigo C. J., entendiendo que lo aportado en debate obedece a que tuvo acceso al legajo de prueba y se contaminó con dichos de otros entrevistados, puesto que la señora J. nunca habría manifestado ver el vehículo al que aludiera en la audiencia de debate.

El Juzgador con fundamento sostiene que : *"...la señora J. indicó que divisó un auto azul con una rueda en llanta en cercanías de su vivienda y que pudo observar con claridad tanto al conductor como a su acompañante y resaltó que estos dos sujetos fueron los que ingresaron violentamente a su vivienda..."*

Apontoca la ponderación del Juez Zaratiegui, el testimonio del vecino M., el joven víctima S. F. y el efectivo policial T. quien lleva adelante la detención del rodado marca F. modelo M. color azul conducido por G. –conf. testimonios y actas policiales incorporadas al debate.

En cuanto a la crítica efectuada al testigo S. F., el defensor centra su embate en que el mismo no pudo reconocer a G. como coautor del delito enrostrado en una diligencia judicial de reconocimiento de personas –practicada pocos días después del hecho-, a pesar que su pupilo fuera detenido a pocos minutos de haber acaecido el atraco y visto por el damnificación en esa oportunidad. Sostiene que este reconocimiento con resultado negativo debe ser tenido en cuenta como valoración de descargo.

Tampoco me genera dudas en cuanto a la autoría que le cabe a G. el resultado de esta diligencia para restarle la entidad convictiva a la cual arribó el Juez sentenciante respecto a la coautoría del nombrado. Así, si bien es cierto que el joven no lo señaló en la diligencia judicial, el mismo sí reconoció a una persona que estaba siendo detenida a pocos minutos de acaecido el hecho en las inmediaciones de la rotonda Alfonsín, como una de las personas que momentos previos ingresó a su hogar con mas individuos y portando una de ellas un arma de fuego, detenido que posteriormente fuera identificado como G., según las constancias policiales.

Respecto a éste reconocimiento, he de decir que sabido es que el testigo en sus dichos trae al proceso los conocimientos que ha percibido a través de sus sentidos. Así fue como relató lo ocurrido y el señalamiento que efectúa dentro del testimonio, tiene valor como tal. Al mismo tiempo es ajustado decir que el Juzgador no toma esta prueba como cargosa en forma caprichosa; ensambla prolijamente las probanzas que lo llevan a tal convicción a pesar del resultado negativo

de la diligencia de reconocimiento en rueda de personas. "... *Es determinante el testimonio prestado por S. F.... Indicó que en cercanías de la rotonda Alfonsin, observó un auto verde azulado con una rueda en llanta y un sujeto demorado por la policía, reconociéndolo de inmediato como la persona que lo había atado, ergo, como uno de los ladrones que ingresaron a su hogar. La persona que el joven identificó sin lugar a dudas en el lugar, minutos después de ocurrido el atraco, era el imputado de autos, y así quedó plasmado en el acta policial que se labrara oportunamente (ver acta policial de fs. 07/08 vta.) y demostrado, a más, con el testimonio prestado por el funcionario policial T.. Que con posterioridad, no acertara en reconocerlo en la rueda de reconocimiento llevada a cabo en sede judicial, no desmerece aquella impresión, puesto que aquella constatación directa en el lugar de la detención, reitero, se llevó a cabo minutos después del atraco y minutos después que esa misma persona estuviera en su habitación, dialogara con él y procediera a reducirlo...".*

*E*s por ello que opino que el Judicante con certeza positiva concluyó que la persona de G. ha sido coautor del hecho aquí juzgado.

Respecto al segundo agravio impetrado por el defensor, esto es el monto de la pena, anticipo que no coincido con la conclusión a la que arribaran mis colegas.

En primer lugar, en cuanto a la cuantificación de la pena opino que el Juzgador fue claro cuando explicó que, dentro del mínimo y máximo de la escala penal escogida para el delito, ingresa por el medio y desde allí pondera como agravantes –que comparto- circunstancias contempladas en los artículos 40 y 41 del CP. Encuentro acertado apartarse del mínimo de la pena por la violencia ejercida sobre las víctimas a quienes acometieron dentro de su domicilio sorprendiéndolas un día de semana del verano, en horas del descanso. Tal

embestida consistió en reducir a cuatro personas, inmovilizándolas mediante ataduras, siendo una de ellas, una niña de doce años de edad.

Encuentro en este "plus" de violencia, la justificación para alejarse del mínimo de tres años previsto para la figura. Si bien, todo delito contra la propiedad ejercido con violencia contra las personas, lleva ínsita esta conducta consistente en vencer la resistencia de la víctima, en el caso que nos ocupa, a todas luces la violencia desplegada se vislumbra desmedida para lograr el objetivo.

Sentado esto, opino que el Juzgador ha cometido un error que desmerece su ponderación, al incurrir en una doble valoración. Así el Dr. Zaratiegui sostiene: *"...Si la graduación penal en concreto para el delito juzga (sic) es de tres años de prisión de efectivo cumplimiento* ***(dados los antecedentes condenatorios de G.)*** *y seis años de prisión (pena solicitada por el acusador público) ingresando por el medio de esta escala y en función de las agravantes explicadas no puedo menos que coincidir con la prudente estimación que ha practicado el señor Fiscal...".* La negrita me pertenece.

A renglón seguido, al resolver sobre la petición de declaración de Reincidencia, reseña dos condenas recaídas sobre el imputado y se explaya acerca de cómo procede tal instituto en este caso.

Respecto a la doble valoración de la pena, la ley ha buscado solucionar de manera general cuales son los factores que agravan la ilicitud y la culpabilidad, por esta razón aquellos no pueden volver a valorarse en más de una oportunidad.

Así es como el Magistrado conforme su mérito, echa mano al artículo 41 del CP donde la reincidencia está expresamente individualizada como un factor que influye en la medición de la pena para agravarla en razón de aquella que normalmente le correspondería al autor, debido a su recaída en el delito –pese a haber sufrido

una condena de prisión efectiva- demostrando su mayor rebeldía ante la ley penal. Motivado ello en los hechos que al ser ponderados llevan al judicante a apartarse del mínimo legal, resulta tal derrotero ajustado a derecho.

Acto seguido acoge favorablemente la aplicación del instituto de la reincidencia conforme el Art. 50 del CP, teniendo nuevamente en cuenta las condenas anteriores. Si bien en primer término se agrava la pena por éstas y en el segundo mérito se impide el acceso a la libertad condicional por imposición del Art. 14 del CP –resultando innegable que ello constituye un agravante en las condiciones de cumplimiento de la pena- es insoslayable que, una misma circunstancia –la reiteración delictiva- fue ponderada en dos oportunidades, surgiendo de manera clara la forma en que el juez de grado incurrió en *doble valoración*.

Por lo expuesto, encuentro ajustado al presente disminuir el monto de pena proponiendo al Acuerdo imponer una condena de CINCO AÑOS de prisión.

Para finalizar, en relación al planteo de inconstitucional del Art. 50 del CP que efectuara el Dr. M. respecto de la declaración de reincidente que pesa sobre J. L. G., opino que debe ser rechazado, ya teniendo la suscripta postura tomada en cuanto a este asunto.

Tengo dicho respecto a este tópico en autos “D. M.”, Carpeta *** OJ TW, Legajo **** TW: “... En relación a la inconstitucionalidad de la reincidencia he de coincidir con los jueces de grado también en su rechazo, pues conforme lo ha dicho el superior Tribunal de Justicia en la causa: “B., V. p.s.a Robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real (Expte. N° 20387-201-2006” criterio que se ha mantenido por ese Alto Tribunal hasta la actualidad. “ ... la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y que 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." Del voto del Dr. PFLEGER en la sentencia mencionada.

En lo concerniente a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes comparto lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo y así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa Particular de J. L. G., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 967/15 OJTw dictada en fecha 07/04/2015;

2) Revocar parcialmente la sentencia Nro. 967/15, modificando la pena impuesta y fijándola en tres años de prisión;

3) Dejar sin efecto la declaración de reincidencia de J. L. G. y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.

4) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios de la Defensa particular en la suma de veintiún (20) JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

La Jueza Flavia Trincheri remitió su voto por correo electrónico, con firma digital. Registrada con el Nro. **21** de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.