En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dos días del mes de octubre del año 2013, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., F. N. y otros psa infracción art. 189 bis-Trelew" Carpeta 4284 OJTw, Legajo 40934 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público contra la sentencia Nro. 2475 pronunciada en fecha 17/06/2013.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 18/9/2013 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado F. N. B. e intervinieron R. C., como su defensor técnico, y el Dr. Osvaldo Heiber en representación del Ministerio Público Fiscal.

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

**El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:**

**1**. Como prólogo de mi decisión, llevaré a cabo una sucinta relación de los antecedentes del caso, así como de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria deducida.

Mediante sentencia Nro. 2475 dictada el 17/06/2013, la Jueza Penal Dra. Ana Laura Servent, condenó a F. N. B. a la pena de tres años y ocho meses de prisión, como autor del delito de Portación de arma de fuego de guerra sin autorización legal (art. 189 bis inc. 2do. párrafo 4to. del CP) por el hecho cometido el 24 de agosto del año 2012, declarándolo reincidente (art. 50 del CP).

La defensa técnica del acusado dedujo impugnación ordinaria contra la sentencia, requiriendo -tanto en su presentación escrita como en la audiencia prevista por el art. 385 CPP- la declaración de nulidad del fallo por considerar que se han violado garantías constitucionales y se ha valorado sesgada y erróneamente la prueba producida.

De no prosperar estos agravios solicita que se reduzca la pena impuesta a F. B., previo decretar el carácter indicativo de los mínimos establecidos en la escala penal.

Como último punto, pide la anulación parcial del fallo recurrido respecto de la declaración de reincidencia.

Al desarrollar su petición sostiene que no se configuraron las razones de extrema urgencia y peligro para la seguridad de las personas, que habilitarían en su caso la requisa sin orden judicial, por lo que el acta inicial debería ser nulificada.

Considera que los empleados policiales hicieron descender del rodado a su pupilo y los restantes ocupantes pese a que no acreditaran motivos previos y suficientes para ello, los requisaron sin antes identificarlos y descartaron la convocatoria de un testigo civil para presenciar su accionar, como requiere la norma procesal.

Entiende que la Jueza consideró suficientes los testimonios de los empleados policiales A., D., d. S. y O. a fin de convalidar su proceder, en tanto los testigos civiles R. y S. negaron haber requerido presencia policial, deduciendo el agraviado que el procedimiento se realizó a partir del llamado telefónico de A. a la Seccional Tercera, único extremo acreditado en el caso para justificar el impulso de la acción policial.

En cuanto a la valoración de los elementos de cargo y descargo realizada por la Dra. Servent, señala que no dio respuesta a los argumentos brindados por la defensa en el alegato final. Censura que no tuvo en consideración lo informado por el perito en criminalística y las conclusiones de la experticia presentada por esa parte, probanzas que demuestran -a su criterio- que su pupilo nunca manipuló ni tuvo el arma en su poder.

Habiendo planteado la posibilidad de que la prevención pusiera allí el arma, considera que la Magistrada debió aplicar el principio de duda que emergió de las cuestiones ventiladas en el debate a favor de su defendido. Por el contrario, puso en cabeza de la defensa la obligación de interponer una acción de redargución de falsedad del acta policial.

A su entender la sentenciante, infundadamente, restó valor a los dichos de Diego Orellana y ponderó los testimonios de los empleados policiales a pesar de contradecirse en varios aspectos.

Respecto de la determinación de la pena impuesta, cita doctrina y jurisprudencia aplicable a la posición defensista, señalando que su análisis le habría permitido a la juzgadora apartarse –en este caso- del mínimo legal.

Por último, solicita se elimine de la sentencia impugnada la declaración de reincidencia de F. N. B., fundando su reclamo en la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. por violación de los principios de resocialización, culpabilidad por el hecho, inocencia, y ne bis in ídem.

El Fiscal, a su turno, realizó la defensa de la sentencia impugnada por entender que fue debidamente fundada, motivada y ajustada a derecho en todos sus términos.

**2.** En primer lugar, respecto a la nulidad planteada por el Sr. Defensor, Dr. C., debo decir que la Jueza interviniente en el caso, Dra. Ana Laura Servent, ha resuelto dicha articulación de manera suficiente, ajustada a derecho y teniendo en cuenta la totalidad del plexo probatorio producido en el debate.

Es por ello que la postulación de la defensa no tendrá éxito, por las razones que paso a exponer.

Ha dicho la Jueza mencionada que "...*con los elementos de prueba aquí reseñados, considero que el accionar del personal policial que se constituyó en el lugar se hallaba debidamente habilitado para proceder a identificar a los ocupantes del rodado…".*

Agrega luego que "*…las circunstancias referidas son lo suficientemente claras como para habilitar que, llegado el personal policial al lugar, alertado por dichas maniobras, procedieran a descender a los ocupantes del rodado…"* y que "*…evidentemente existieron las razones de urgencia radicadas en la clara necesidad de salvaguardar la integridad física de las personas intervinientes, es por ello que la requisa se llevó a cabo de conformidad con lo establecido por la ley, con razones fundadas de suma urgencia que habilitaron la diligencia en ese momento sin requerir previa orden judicial…"*

En efecto, del repaso de los testimonios recibidos en la audiencia, a no otra conclusión cabe arribar. Del testimonio del Cabo Primero **J. L. A.** surge que una vecina lo alertó de que hacía casi una hora que había un vehículo estacionado. Que cuando se acercó al lugar, efectivamente lo observó, un Peugeot 206, sobre la calle Corrientes y Beghin; que luego se movió hacia Soberanía Nacional; que bajó del auto e ingresó al comercio "S." pidiéndole al encargado que llame al Comando; que el testigo había

llamado previamente a la Comisaría. Alcanzó a divisar que eran tres ocupantes. Que cuando aparece el móvil (de la policía) el Peugeot “se mueve”, como para salir y su señora le dice que los sacaron del auto y los tiraron al piso.

Por otra parte, el testigo **H. H. S.** da cuenta que es chofer de taxi y que lo llaman avisándole que lo andaban buscando tres personas. Que se lo contaron los inquilinos de su galpón que funciona como taller mecánico. Cuando llega al galpón, observa al Peugeot 206, gris metalizado, a media cuadra, que cuando se dirige hacia ellos llega la policía y los reduce. Sabe que un policía de civil llamó a la policía y los muchachos del taller también; que a estos les avisó su suegra –fallecida- que lo andaban buscando.

A su turno, el Oficial **N. D.** da cuenta de su constitución en el lugar de los hechos ante un llamado de una vecina que dio cuenta que hacia una hora que había un vehículo sospechoso; que en lugar, Corrientes y Soberanía Nacional, había tres sujetos con gorros, lentes de sol, “bajamos a los sujetos y realizamos palpado superficial”; que B. llevaba una faja adherida al pecho y en el medio una pistola 9mm, cargada, con las balas, en el almacén y una en recámara.

También declaró en la audiencia de debate **C. A. R.**, inquilino de su galpón, donde funciona el taller aludido. Dijo que, efectivamente, un auto se presentó a las 10:00 o 10:30 horas, llegó un momento en que al auto llevaba muchas horas esperando, “que era sospechoso”, confirmando que llamó a S. para que se fijara. Agrega que el auto se movía constantemente, como si buscaran a alguien.

De todo ello, resulta evidente que, y más allá de quién o quienes fueran las personas que llamaron a las fuerzas del orden, la situación de alarma por

parte de los vecinos existió ante la presencia en el barrio de un vehículo desconocido, con tres ocupantes en su interior, que se movían por la cuadra, habiendo descendido uno de ellos –de gorro- al domicilio de S. quién, a la sazón, se encontraba a punto de cobrar un seguro de vida.

Ante tal cuadro, se constituye la prevención a fin de identificar a los ocupantes del vehículo, los hace descender procediendo a un palpado sobre el cuerpo, por razones de seguridad para terceros y el propio personal policial, dando así con la existencia de una pistola 9 mm. en poder de B. y un revólver en posesión de M.. Repito, una vez más, el procedimiento policial ha sido ajustado a derecho.

**3.** Es que, como advierte Carrió, *"… el esquema que preside en general los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia en lo que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de los magistrados…"* (Garantías constitucionales en el proceso penal; 4ta edición, Hammurabi, 2002, pág. 191).

En nuestro ámbito provincial, así lo regula el Código de Procedimientos en su art. 171.
Efectivamente, reza el dispositivo que establece los modos y formalidades de efectuar requisas, que *"...siempre se solicitará autorización judicial, salvo casos de extrema urgencia y cuando corra peligro la seguridad de las personas..."*

A ello debe agregarse, las previsiones de la ley XIX-N° 5 (ex ley 815), que regula las funciones de la policía de la Provincia del Chubut. En su artículo 8° se dispone: *"La función de Policía de seguridad consiste esencialmente en la preservación de la*

*seguridad pública, mantenimiento del orden público y la prevención del delito."* En el art. siguiente, inc. f) ordena *"desarrollar toda actividad de observación y vigilancia destinada a PREVENIR EL DELITO y aplicar para tal fin los medios;".*

En el caso, de la obligación del personal policial de prevenir el delito ante el llamado de vecinos que advierten un vehículo de cuyos ocupantes sospechan sus intenciones en el lugar, y del permiso de obviar la orden judicial para efectuar un "cacheo" sobre las ropas de esos ocupantes para asegurar la inexistencia de peligro a las personas, surge que nos encontramos ante un procedimiento ajustado a las circunstancias del caso y, por ende, a que el secuestro de las armas en poder de B. y M. haya sido de conformidad con el procedimiento regulado por la ley.

**4.** Se agravia también el letrado de B.en la supuesta orfandad probatoria respecto de la autoría en la portación del arma secuestrada.

Aquí también ha de confirmarse el fallo recurrido, toda vez que ha valorado la magistrado las pruebas rendidas de modo adecuado, concordando los dichos de los testigos –policías, por cierto- y justificando el por qué les asigna credibilidad.

Explica acertadamente que del hecho que en el arma secuestrada no se hallaran huellas de B. no puede deducirse válidamente que no haya estado en su poder, toda vez que, tal como los tres agentes intervinientes declaran, la tenía escondida bajo una faja, adherida a su cuerpo, no siendo válido descartar sus deposiciones por el mero hecho de ser policías.

Comparto en un todo que el hecho de ser personal policial el que interviene en la urgencia no invalida un ápice la credibilidad de sus deposiciones. En

cuanto a la validez externa, va de suyo –salvo prueba en contrario- que debe presumirse veraz el testimonio de un agente de las fuerzas de seguridad, máxime –como en el caso-, cuando los tres coinciden en lo sustancial.

De lo contrario, pensar en que por la mera circunstancia de ser policías, idea tal vez imbuida en lamentables hechos que es forzoso reconocer, habría que sospechar que se conducen falsamente, resultaría un argumento subjetivo, imposible de denostar y controvertir, basado en un mero prejuicio. De las declaraciones recibidas en la audiencia no solo se advierte congruencia en los relatos de los tres agentes sino que sus declaraciones se ven apontocadas con la del testigo de actuación –aunque llegó cuando las armas ya habían sido secuestradas-, con los ocasionales testigos que se aproximaron al lugar y por la prueba científica producida oportunamente.

Que mal entiende el Sr. Defensor la idea desplegada por la sentenciante en cuanto a la carga probatoria. No se le ha endilgado no hacerlo, y menos, se ha desconocido el *in dubio pro reo.* Solo se ha dicho en la sentencia, con otras palabras, que la teoría del caso fiscal encuentra andamiaje en la prueba producida en el debate y que, de presentar otra teoría alternativa o que pretende destruir a aquélla, por caso que el arma fue plantada por los agentes, deberá ser acreditada con prueba independiente que así lo permita aseverar con certeza. El principio de que en caso de duda se ha de estar a la no afectación del estado de inocencia no se afecta, como en la especie, por el hecho de haber arribado a la certeza positiva en cabeza del juzgador.

**5.** En cuanto a las consideraciones que realiza el Dr. C. acerca de la declaración de reincidencia en cabeza de su asistido, le he de dar razón, nuevamente, en todas sus consideraciones. Tal como se resolviera en 24 de septiembre del corriente año, en autos "Montenegro...", el instituto del art. 50 del Cód. Penal resulta abiertamente contrario a la letra constitucional.

Repito, tal como he dicho en dichos folios, que "… *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 de aquel lo que, a la sazón, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).*"

En otro orden, he dicho desde **"D., W. S. otros** …" (legajo fiscal 4728), 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 …".*

He citado en tal sentido, y reitero ahora, a Claus Roxin cuando sostuvo, al comentar la

legislación alemana, que *"sólo 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).

Recuerdo también que en la doctrina nacional, fue agudamente Maier 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).

Considero también que la reincidencia se da de bruces con el principio resocializador. En efecto, si las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la readaptación social del interno (Convención Americana de Derechos Humanos; art. 5.6 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10.3), incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), la imposibilidad que el reincidente acceda a la libertad condicional -contenida en la norma del art. 14 del Código Penal- resulta inconstitucional.

Por todo ello, y sabiendo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de inmensa gravedad institucional, por cuanto una ley sancionada por el

Poder Legislativo 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.

Ha dicho la Corte: *"… (e)s elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella…" (Fallos, t. 33, p. 162)*

Voto, insisto, en el sentido de declarar 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.-

**6.** Por último, en cuanto a la queja del Sr. Defensor por el monto punitivo impuesto, es necesario desmembrar los planteos.

En primer término, si bien lleva razón el letrado acerca de la problemática de los delitos de peligro, no puede acompañarse, en este caso, su postulación. Es cierto que por mandato expreso del art. 19 de la CN, es menester, para justificar la pena estatal, la afectación de un bien jurídico ajeno en forma de lesión o al menos de peligro. También es verdad que no pueden operar en derecho penal presunciones *iure*

*et de iure* acerca de, como en el caso, un peligro que no es tal.

Pero, acreditado que fue en la sentencia que el arma 9 mm secuestrada a B., funcionaba correctamente –conforme pericia balística 80/12- y que tenía su carga completa –quince proyectiles según el perito Ansaldo en la audiencia-, es evidente que existió un peligro concreto para la seguridad común, esto es, *"...la situación real en que la integridad de los bienes y de las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen..." (CNCrim. y Correc., sala III, "Miranda Oscar").*

En segundo término, si bien admite el letrado que la Jueza ha tenido en cuenta todas las atenuantes en beneficio de su pupilo y no consideró las agravantes de la fiscalía por implicar dobles valoraciones, se queja del hecho que no se perforó el mínimo legal a pesar de así haberlo solicitado.

No escapa a este magistrado que la posición que asigna la calidad de meramente indicativos a los mínimos de las escalas penales de cada delito en particular, es una herramienta eficaz para evitar penas injustas por elevadas respecto al grado de culpabilidad del agente, y que, a la vez, permite al magistrado interviniente ejercer en plenitud su poder de examinar las circunstancias del caso. Al decir de Ferrajoli: *"Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo…" (*Derecho y Razón, pág. 400).

En el caso, por el contrario, además de no haberse explicitado por qué razón habría que haber

perforado el mínimo establecido por el art. 189 bis, no advierto circunstancia puntual alguna que así lo imponga. Es evidente que para ello habría de tenerse en cuenta, en primer lugar, el grado de afectación del bien jurídico por parte de la conducta reprochada. Si bien estamos ante un delito de peligro, ya dicho, que al nivel de la tipicidad el peligro concreto para la seguridad pública estuvo presente.

Por el otro, ha de tenerse en cuenta *"la particular sensibilidad al castigo que manifiesta su autor"* (Badeni), como por ejemplo, el caso de primarios, los que sufren una "pena natural" o enfermos en general. El grado de la culpabilidad al momento de graduar la sanción deviene fundamental y cualquier pena que la sobrepase deviene inconstitucional, pero, repito, no encuentro que en el caso se haya rebasado aquella medida, habiéndose valorado, por el contrario, el hecho de ser padre de familia como atenuante, así como contar con *"una madre que lo acompaña en el proceso de contención"* (a fojas 205 vta. del fallo recurrido).

**7.** Por todo lo expuesto, considerando que se ha valorado de la forma en que el rito exige la prueba producida (art. 26 del CPP), que ha alcanzado la Jueza Penal interviniente la certeza positiva necesaria para acreditar la portación del arma en poder de B. y no habiendo elemento alguno para compartir la queja en cuanto a la cuantificación de pena efectuada, amén de la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, voto por la confirmación del fallo recurrido.

**8.** Corresponde imponer las costas de la instancia al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa por su actuación en esta etapa, en el monto de veintiún (21)

Jus (art. 5, 6 bis,7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N° 15.

**La Dra. Mónica Rodríguez dijo:**

**1.** He de comenzar el voto omitiendo la relación de los antecedentes del caso, pues han sido detalladamente descriptos en el sufragio que antecede. A ellos, pues, me remito.

En cuanto al planteo de nulidad del acta inicial, reeditada por la Defensa en esta Sede revisora, considero que debe rechazarse. Anticipo que, en mi opinión, resulta impecable el razonamiento desarrollado por la Magistrada de grado al desechar la crítica defensiva sobre el punto.

La postulación nulificante del Sr. Defensor se basa en lo que podría traducirse como la ausencia de sospecha razonable de los funcionarios policiales para proceder a la requisa personal del acusado y, consecuentemente, la imposibilidad de invocar razones de urgencia que les permitiera actuar sin autorización judicial.

En consecuencia, el meollo de la cuestión a resolver exige analizar la validez del procedimiento inicial. Ello requiere definir si la fuerza policial interviniente tuvo motivos suficientes para sospechar que se hallaba ante una situación que comprometía la tranquilidad y la seguridad públicas y, en particular, si fue necesaria y razonable la intromisión en la esfera personal de los detenidos.

En el caso ha quedado fuera de toda duda que la interceptación del vehículo en el que se hallaba el acusado tuvo el propósito de aventar el estado de sospecha generado entre los vecinos, a partir de observar un vehículo estacionado, que no era del barrio, que de a ratos se trasladaba y se detenía nuevamente, y así en distintos puntos de la misma

cuadra, en una actitud que despertó la desconfianza de varios de ellos.

Sabemos que la autoridad prevencional no sólo tiene facultades para actuar ante la comisión de delitos, sino que su tarea esencial está encaminada a prevenirlos (Ley XIX N° 5 –antes Ley 815). Es en el marco de dicha normativa que se produce la intervención policial, requerida en el caso por los propios vecinos a través de distintas y autónomas vías y, por ende, no cabe dudar de la necesidad y razonabilidad del procedimiento asumido.

La jueza Servent ha ponderado, a mi juicio correctamente, el testimonio de los servidores públicos que depusieron en debate. Correlacionando esos dichos con la declaración de las personas que requirieron el auxilio policial, pudo concluir en que el accionar de los preventores no tradujo un mero capricho o arbitrariedad, riesgo este último que –justamente- están llamadas a conjurar las exigencias de *legalidad* y *razonabilidad* que debe caracterizar a todo acto de autoridad pública.

Correctamente ha valorado la Magistrada los testimonios de los empleados policiales actuantes –D. H. D. S., N. D. y J. M. O.-; también ponderó como sustanciales las declaraciones de H. H. S. y C. A. R., vecinos del barrio donde se produjo la detención y completamente ajenos a la fuerza policial. Coincido con la importancia asignada a tales declaraciones -cuya consistencia y verosimilitud no puede ser puesta en tela de juicio- ya que resultarían suficientes por sí mismas –en mi opinión- para legitimar el procedimiento seguido por la Policía en el caso.

El relato de R. da cuenta que el vehículo en el que se trasladaba el acusado y otros dos ocupantes había permanecido por un prolongado lapso en las

inmediaciones del taller donde trabaja, propiedad de S.; también, que uno de los ocupantes se había bajado del auto y dirigido a la vivienda del nombrado –lindante al taller- y preguntado por éste a su suegra, diciendo que eran parientes de Buenos Aires. Esta última narración la escucha R. de boca de la anciana suegra de S., habiendo sido imposible su reproducción en juicio pues falleció unos meses después del hecho.

S. ratifica haber recibido un llamado de los muchachos del taller en el que le decían que andaban buscándolo desde hacía un rato tres personas, en actitud sospechosa; "bueno, ya voy para allá" respondió el testigo. A su vez, su declaración corrobora plenamente los dichos de R., al indicar espontáneamente en el debate que los muchachos del taller "al ver tanta cosa rara" se acercaron y le preguntaron a su suegra ("ellos un poco me la cuidaban"), qué había conversado con esa persona que se bajó del auto, respondiendo la mujer que andaban buscando a S., "que eran familiares de Buenos Aires pero que no dijera nada porque le querían dar una sorpresa".

Además de lo expuesto por ambos testigos, la Sentenciante ha valorado la declaración de J. L. A., empleado policial, a la sazón en franco de servicio. El nombrado dijo en el debate que aquel mediodía estaba con su esposa en el centro de compras, que ella recibió un mensaje en su celular enviado por una vecina del lugar donde ocurrió el hecho. El texto daba cuenta de que hacía más o menos una hora y media estaba estacionado frente a su casa un automóvil 206 gris que no era del barrio; asimismo, le preguntaba si su marido no podría acercarse a verificar. Agrega el testigo que se dirige hacia el barrio y que en el trayecto su esposa recibe un nuevo mensaje de esa vecina, en el que le informa que el vehículo se había

movido una cuadra más abajo y que estaba frente a un negocio.

Continúa relatando A. que pasa al lado del rodado en cuestión y le dice a su señora que tome la patente, bajando el declarante en un mercado ("S.") ubicado en la esquina y allí le pide al comerciante que llame al Comando. Agrega que el hombre llamó en su presencia, pidiendo un móvil policial, diciendo que había un 206 color gris sospechoso. Finalmente aclara que "para esto yo ya había avisado a la comisaría (Tercera) que se acercara un móvil".

Ante ese cuadro objetivo de situación, entiendo correcta la conclusión de la Magistrada de grado, en cuanto afirma que la policía tenía potestad para "requerir a los sujetos ocupantes del rodado sindicado como sospechoso, que desciendan para llevar a cabo su identificación, junto a un palpado de rutina para preservar la integridad y seguridad personal de los policías y de los mismos sujetos y terceros transeúntes".

No puede válidamente sostenerse que la ausencia de un testigo de actuación civil, en el preciso instante en que proceden a palpar de armas a los sospechosos, invalide la actuación prevencional. Mal podría exigirse ese recaudo cuando hay razones para presumir que las personas apuntadas podrían intentar llevar a cabo un hecho ilícito, pues ese era –justamente- el temor de los vecinos que provocó el requerimiento de intervención.

Tal situación traduce, a su vez, razones de urgencia que legitiman el cacheo y la incautación inmediata de las armas que eventualmente portaren sin autorización las personas, estando incluso contraindicado en la ocasión –por elementales razones de preservación de su integridad física- exponer a sujetos distintos (testigos civiles) de aquellos

especialmente entrenados y adiestrados para asumir la delicada y, eventualmente, riesgosa tarea. Es que no se trató de un mero y rutinario procedimiento de identificación. No fue el ejercicio de un poder genérico de prevención, sino que los funcionarios policiales actuaron en el caso ante elementos de juicio que les permitieron suponer –por los fundamentos que generaron temor en los vecinos- que podía llegar a cometerse un hecho que afectara la tranquilidad y la seguridad públicas, en virtud de los datos analizados.

La legalidad del proceder policial, pues, viene dada por la existencia de indicios objetivos suficientes, previos a su intervención, que autorizaban una actuación urgente, no sólo para identificar a los individuos, sino también para neutralizar un eventual riesgo para la integridad física de las personas y la indemnidad de las cosas. Y, en su caso, para evitar la fuga de los sospechosos y la eventual conservación de elementos de prueba.

Es obvio que una vez efectuado el cateo, ante la constatación de la existencia debajo de la ropa de los examinados de una pistola 9 mm y un revólver, los funcionarios policiales deben proceder a desarmar a las personas en forma inmediata, y a secuestrar los objetos cuya portación no estuviere autorizada legalmente. Ello no implica que la injerencia, mínima, que implica un palpado de armas exija los recaudos que prevé el ordenamiento de rito para una requisa personal, en los términos del art. 171 CPP.

Así, la conducta del personal policial –hasta allí sin dudas legítima- luego se asimila a una situación de flagrancia, al quedar patentizado el riesgo concreto para la integridad física de los funcionarios y de terceras personas. La palabra “flagrante” viene del latín, del verbo flagrare, que

significa arder o quemar, y que se refiere a aquello que resplandece como fuego, es decir, que aparece de modo innegable de acuerdo a las circunstancias del caso.

Se sabe que en casos de esa naturaleza no es necesaria la existencia de una orden judicial escrita para proceder al secuestro del objeto, ya que, precisamente, una nota característica de la flagrancia es la necesidad que existe de intervenir para hacer cesar el ilícito, evitar la fuga del delincuente o la desaparición del cuerpo del delito. Es sabido que los funcionarios policiales están autorizados a ejercer medidas de coacción directa que aparezcan como urgentes, tanto para no perjudicar la averiguación de la verdad (art. 215 CPP), como para impedir la consumación del hecho punible o que él produzca consecuencias ulteriores y, también, para evitar la fuga del autor o autores del hecho (art. 217 CPP).

Sin desconocer que la interceptación de un vehículo es una afectación a la libertad ambulatoria de sus tripulantes por el lapso que demora la identificación y la inspección del rodado y/o de la documentación, en el caso no se trató de una restricción innecesaria o desproporcionada respecto de los fines de interés general que justifica el ejercicio del poder de policía.

No advierto, pues, en consonancia con la opinión de la jueza Servent, ningún salto lógico entre el presupuesto de la intervención policial –sospechas razonables de varios vecinos- y el accionar de los funcionarios públicos.

Opino que implicaría herir la más elemental sensatez pensar que en la particular situación planteada hubiese debido convocarse a un fiscal para que, eventualmente, solicitara una orden judicial o

indicara el procedimiento a seguir. Analizarlo de ese modo tornaría imposible el trabajo policial de prevención del delito, si frente a sospechas fundadas y razonables de ciudadanos ajenos a la fuerza se impidiera a los funcionarios tomar una decisión de afectación mínima en forma inmediata.

El contexto situacional planteado llena, a mi juicio plenamente, los stándares normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que autorizan la excepción prevista en el art. 171, quinto párrafo, del Código Procesal Penal.

Así, se ha dicho que "Una de las reglas fundamentales para apreciar la constitucionalidad del poder de policía, reside en verificar su razonabilidad; en determinar, en cada caso concreto, si las restricciones que impone el poder de policía a las libertades constitucionales son o no razonables. La razonabilidad importa una relación proporcionada entre los medios y los fines. Radica en advertir si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionadas para alcanzar los fines del interés general que se invocan con motivo del ejercicio del poder de policía ...El requisito de la razonabilidad excluye todas aquellas restricciones que cabe calificar como arbitrarias o caprichosas, así como también todas aquellas que son manifiestamente ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general, o todas aquellas que se traduzcan en el hostigamiento u opresión de un individuo o grupo social determinado ...Esto significa que, si al momento de su aplicación ya no se presentan los presupuestos fácticos que avalaban la restricción de una libertad, corresponderá al poder judicial dejar sin efecto aquellas limitaciones porque la ponderación de la razonabilidad no es una cuestión política exenta del

control jurisdiccional" (BADENI Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, T. I, 2ª. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 472).

**2.** Como segundo agravio la Defensa sostiene que la prueba de cargo valorada por la Sentenciante resulta insuficiente, pues los indicios en los que se basa no alcanzan para sostener la certeza que exige una condena. Impugna la valoración que realiza la Jueza de los testimonios prestados en la audiencia de debate.

La crítica debe ser desestimada, pues los testimonios deben valorarse, en el caso, dentro del contexto de urgencia en el que se desarrolló el procedimiento. En ese cuadro de situación es comprensible que ciertos detalles que evocan unos, puedan no haber sido registrados por otros.

Las diferencias que se advierten entre los testimonios resultan, más bien, fruto del encomiable intento de la Defensa por encontrar, a partir del contraexamen de las declaraciones, discrepancias mínimas en relatos que resultaban esencialmente coincidentes y, por sobre todo, sumamente creíbles.

Es sabido que los sucesos de la realidad configuran un entramado de situaciones y conductas que se suceden de manera simultánea, por lo que la atención y memoria de dos testigos que observan la misma situación nunca es idéntica. Sin embargo, ello no conduce necesariamente a la duda pues es posible, como en el caso, reproducir lo acontecido más allá de discrepancias menores en los relatos.

Así, considero que cabe dar razón a la Sentenciante en su análisis probatorio, pues ciertos detalles pudieron perfectamente haber sido observados por algunos de los testigos y no por otros. Sin embargo, la coherencia y verosimilitud de los testimonios en sus aspectos sustanciales permiten,

sin margen de duda, descartar todo viso de arbitrariedad en la decisión.

Cabe, en tal sentido, dar por reproducido aquí el análisis efectuado más arriba de los principales testimonios recibidos en el debate. En particular, en cuanto da razón a la Sentenciante acerca del cuadro de desconfianza y temor generado en los vecinos, situación que surge nítida de la descripción de los testigos S. y R..

Cierto es, como bien señala la Defensa, que no se contó con la versión directa del dueño del mercado S., nombrado por los testigos A. y R.. No obstante, ello no impide dar credibilidad a estos últimos y tener por cierto que ambos le requirieron, de manera autónoma, que llamara a la policía. No se trata de testimonios de referencia, sino que ambos relatan situaciones que en forma directa percibieron por sus sentidos, no habiéndose invocado un solo hecho cierto –ni argumento- que permita dudar de su sinceridad.

Idéntica situación ocurre con los dichos, reproducidos en debate, de la suegra de S. (mujer de 87 años a la fecha del hecho y que falleciera antes del juicio). Tales manifestaciones también fueron evocadas por el testigo R., por haber sido quien inicialmente se acerca al domicilio de aquella para consultarle por la presencia del extraño en la vivienda. La ausencia de toda razón que ponga en crisis la versión impide, claramente, poner en crisis su veracidad.

También ha sugerido la Defensa que su defendido no portaba arma alguna al momento de la interceptación, dando a entender que la misma pudo haber sido colocada maliciosamente por los funcionarios policiales.

Cierto es que una falsedad como la que se denuncia resultaría de difícil prueba, considerando que la

urgencia impuesta por la situación –como se analizara más arriba- impuso la comparecencia tardía de un testigo civil de actuación. Por ello, es prudente contrastar el contenido del acta atacada – en tanto da cuenta del hallazgo en poder del acusado del arma de fuego- con los demás datos probatorios válidamente introducidos al proceso, como son las diversas declaraciones testimoniales colectadas en el caso.

Por un lado, advierto que los testimonios de los empleados policiales no tienen, *per se*, un valor probatorio diferente al de cualquier otro testigo cuya declaración involucre su actividad funcional. Por ello, no habiéndose dado razones que permitan inferir que hubiesen depuesto falsamente en el debate, cabe presumir su credibilidad.

Pero, además, al confrontar esos dichos con los vertidos por los restantes testigos civiles –detalladamente ponderados en el fallo en crisis-, esa presunción inicial se confirma, ya que todos ellos hacen referencia a que inmediatamente después de hacerlos descender del auto la policía alerta sobre la existencia de armas de fuego (lo dice, incluso, el coimputado sobreseído Orellana), elementos que luego los testigos ven al costado de los cuerpos tendidos en el piso.

En ese cuadro de situación, suponer que la policía plantó los elementos incriminantes al acusado y a uno de sus acompañantes implicaría, necesariamente, presumir que los funcionarios hubieran bajado de los patrulleros con armas de fuego de origen espurio, con el propósito de involucrar a tres desconocidos, pues no hay indicio alguno de que supieran la identidad de los sospechosos. A su vez, implicaría presumir la complicidad funcional de varios agentes policiales implicados en el

procedimiento, y la eventual connivencia de civiles, ya que todo ocurrió a plena luz del día y a la vista de las personas que se hallaban en las inmediaciones.

En ese contexto, darle algún valor jurídico a la sospecha que propone la Defensa obligaría a trasponer el límite entre el obligado análisis jurisdiccional de toda hipótesis viable para pasar, lisa y llanamente, a la de valorar afirmaciones francamente temerarias.

Por último, resultan a mi juicio inconsistentes para desvirtuar la prueba de cargo los dichos de Diego Martín Orellana, como bien ha ponderado la Magistrada del juicio.

El otrora coimputado relata que en la fecha del hecho circulaba en su vehículo y en esas circunstancias encontró a M. cerca de las doce del mediodía y lo invitó a dar una vuelta; que después, a eso de la una, vieron a Béjar y lo invitaron a subir al vehículo. Continúa diciendo que cuando encontró al primero el auto "se empezó a recalentar", no obstante lo cual siguió andando por un lapso prolongado (una hora, aproximadamente). Sin embargo, más adelante afirma que cuando el vehículo se calentaba tenía que parar y esperar unos cuarenta minutos –en un claro intento de justificar el prolongado lapso de detenimiento del rodado en la calle Corrientes-, sin explicar por qué razón dio vueltas por más de una hora antes de hallar a Béjar, si acaso el auto ya había comenzado a recalentar.

Pero no sólo aparecen inconsistentes ciertas afirmaciones sino, también, mendaces. Preguntado para que diga si en algún momento él o alguno de sus circunstanciales acompañantes se bajó del vehículo y conversó con alguien dijo que no, que en ningún momento ocurrió semejante cosa. Sin embargo, ha quedado fuera de toda duda, con numerosos testimonios

como vimos, que esa afirmación es falsa. Por las razones expuestas he de discrepar con la apreciación de la Defensa en cuando predica ausencia de razones suficientes para arribar a una decisión de condena. Contrariamente, entiendo que la prueba acumulada es suficientemente demostrativa de la participación del acusado en el hecho, siendo correcto el encuadramiento legal escogido por la Magistrada de grado, por lo que corresponde confirmar en el punto la sentencia recurrida. Así voto.

**3.** Opino que idéntica solución cabe respecto de la impugnación sobre la determinación judicial de la sanción que corresponde aplicar.

La Defensa ha planteado la desproporción entre la pena impuesta y la ofensa cometida, ya que se trata de un delito de peligro abstracto –afirma- conminado con una pena cuyo mínimo es superior al de una tentativa de robo agravado por el uso de armas. He de discrepar en el punto con el impugnante, más allá de coincidir de modo genérico en que se trata de una pena de inusitada severidad, pues es claro que el contexto situacional en que se desarrolló la acción –portar un arma de guerra, apta y cargada, en la vía pública- denota la configuración de un peligro *concreto* para la seguridad de las personas.

Por otra parte, no cabe sino coincidir con la Defensa en cuanto a que los mínimos legales pueden ser reducidos, excepcionalmente, por los jueces. Ello así pues es sabido que la sanción penal debe respetar el principio de estricta legalidad pero, también, que no debe lesionar otros principios que reconocen idéntica raigambre constitucional, como el de proporcionalidad. Este último es aquel que impone que la pena sea ajustada al grado –variable- de culpabilidad. Von Liszt decía, con impecable lógica, que "la pena es justa cuando es la necesaria".

Es sabido que uno de los argumentos sustanciales de la excepcional medida invalidante de una norma, por parte del poder jurisdiccional, es la clara vulneración al principio de culpabilidad que puede implicar, en un caso concreto, la aplicación del mínimo legal (CSJN *in re* "Pupelis", Fallos 314:424) El juzgador tiene el deber constitucional de cumplir con la esencial tarea de determinar la concreta sanción que corresponde a la situación constelacional del conflicto sometido a juzgamiento, así como a las únicas e irrepetibles condiciones del individuo particular que deberá sufrirla.

Debo decir, en consonancia con la opinión del juez Defranco, que no se han dado en el caso circunstancias de peso que permitan inferir una grosera desproporción entre la concreta conminación legal que prevé la norma cuestionada (art. 189 *bis*, inc. 2), párrafo 4°, del Código Penal) y la culpabilidad del acusado.

La razonabilidad de una decisión semejante sólo podría basarse en la singularidad de una situación excepcional. Lo contrario podría significar una indebida injerencia en el ámbito legisferante por parte de los jueces. Por ende, aquella demostración exige un gran esfuerzo argumentativo de quien la plantea, ausente en el caso, más allá del acierto que puedan traducir las citas bibliográficas que se mencionan.

Lo anterior, sin perjuicio de advertir –tal como deliberáramos- que en el caso concreto no se advierte la necesidad de adentrarse en esas profundidades dogmáticas en tanto se encuentra pendiente, en relación al acusado, la unificación de la respuesta punitiva por el hecho en análisis, con aquella porción de condena que le resta cumplir en la Carpeta 518/07 legajo 3833/07 "P., R. s/denuncia robo

agravado"- Puerto Madryn”, cuyo monto es mayor al aquí fijado.

**4.** En cuanto a la reincidencia, me remitiré –sintéticamente- a los argumentos que he desarrollado en causas anteriores y que coinciden, en lo sustancial, con la opinión vertida por mis colegas de Tribunal en sus votos. Mi posición, se ha inclinado –y persiste- en afirmar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal Argentino, por numerosas y, a mi juicio, contundentes razones jurídicas (“C., M. A. psa de robo”, “C., J. R. psa robo agravado en grado de tentativa” y “M., M. R. y otro psa robo con arma de fuego”).

Sin desconocer que tal posición no es aún mayoritaria en la jurisprudencia local, sí es claro que cada vez son más los tribunales del país que se inclinan por la invalidez de la cuestionada norma (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Argañaraz Pablo E. S/ recurso de casación”, sentencia del 8/5/2012; Tribunal en lo Criminal de Mar del Plata, “Ríos Velásquez, Antonio Argentino, sentencia del 19/4/2010; Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, “Parisotti Rodríguez, sentencia del 8/5/2013, entre otros).

La Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella, contienen normas operativas que no pueden dejar de observarse mediante la invocación de otras de inferior jerarquía. El art. 10 de la Constitución de la Provincia del Chubut, veda a los jueces la aplicación de toda ley que prive de las garantías que ella asegura.

Debe tenerse en cuenta que uno de los principales efectos jurídico-penales de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 C.P.), pero también tiene incidencia en la individualización de la pena (art. 41 C.P.).

La naturaleza jurídica de la reincidencia, sin duda, es la de una *pena* que se agrega a la nueva y la agrava: ya sea en su aspecto cuantitativo si se la aplica en el marco del art. 41 del Código Penal, o en su faz cualitativa, si se la declara, como en el presente, en el marco de lo dispuesto por el art. 50 del mismo ordenamiento. Pero en cualquiera de ambos supuestos funciona como un *plus de penalidad*, que se cumple del mismo e idéntico modo que la pena de prisión.

Nuestro máximo Tribunal nacional ha entendido que la reincidencia "se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce" (caso "Gómez Dávalos", en Fallos 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque, Fallos 311:1451).

También el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut ha sentado un criterio favorable a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en diversos precedentes.

En su lugar, considero que otorgar mayor rigor al tratamiento penitenciario del recidivante, encierra el defecto de poner a cargo del individuo

los déficit o errores del Estado, determinantes –en mi opinión- de ese fracaso.

Agravar la pena por la reincidencia vulnera el principio de culpabilidad por el hecho, en tanto se castiga a partir de tomar en cuenta un elemento ajeno al tipo penal infringido y a la gravedad del injusto cometido.

Este principio -garantía implícita derivada del de estricta legalidad (art. 18 C.N.)-, contracara del principio de reserva (art. 19 C.N.), permite derivar un concepto de culpabilidad "por el hecho", consecuencia necesaria de la exigencia de que los tipos penales únicamente aludan, mediante mandatos o prohibiciones, a conductas humanas. En la reincidencia, en cambio, es claro que lo que agrava la pena no es el grado de culpabilidad por el nuevo hecho (por mayor grado de injusto o por menor vulnerabilidad), sino el "estado" o "calidad" en que se coloca a una persona por hechos anteriores y no por el "hecho de la causa", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Otro principio constitucional involucrado en la cuestión es el *ne bis in idem*. La mayor objeción a la aplicación de esta norma, en mi opinión, se funda en la vulneración a este principio, también denominado prohibición de doble punición, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el proceso penal y que emerge prístino de la normativa legal y constitucional vigente.

Se ha tratado de justificar la legitimidad de la reincidencia argumentando que no afecta el contenido del principio de doble punición, pues el legislador tiene facultades para disponer esa respuesta más gravosa a quien persiste, otra vez, en el "desprecio" por la ley o demuestra mayor "insensibilidad" a la amenaza legal. Este tipo de argumentación implica

decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede disponer en contrario. Una verdadera falacia.

Entiendo que la posición contraria a la que aquí se sostiene debe enfrentarse a un dilema insoluble. Si la restricción de derechos que conlleva la aplicación de la norma cuestionada -que en los hechos se traduce en una dosis mayor de privación de libertad-, se aplica por el hecho juzgado en la condena anterior, pues entonces ese plus implica castigar por fuera del injusto actual y penarlo otra vez por aquel hecho, lo cual resulta violatorio del principio que prohíbe la doble punición. Si en cambio se intenta sostener que la punición mayor obedece al hecho que se está juzgando, entonces se vulnera la proporcionalidad en la respuesta punitiva, pues la nueva excede el estricto límite que autoriza la culpabilidad por el "hecho", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Sabido es que toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

La aludida violación al principio de proporcionalidad surge con evidencia en el caso, pues se advierte que el plus punitivo que se impone no deriva de la mayor gravedad de los hechos por los que se condena.

Otra contradicción de la reincidencia con el texto y el espíritu de la Constitución, se vincula a la noción de mayor peligrosidad del agente. Se argumenta que se trata de una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en

la lesión concreta a un bien jurídico -único fundamento legítimo de la punición-.

Es claro que tal razonamiento implica una postura sustentada en el denominado derecho penal de *autor*, puesto que el reproche penal no deriva del hecho en sí, sino en las condiciones de personalidad del agente.

El principio de reserva del art. 19 de la Carta Magna protege el fuero interno de los hombres de toda injerencia estatal, de modo que sólo las acciones pueden ser objeto de reproche penal. Siendo así, una presunta peligrosidad en el modo de conducción de vida del sujeto no tiene entidad legítima para sustentar una respuesta punitiva de mayor gravedad.

Aplicar un castigo por lo que un hombre *es* y no por lo que *hace* lesiona, también, el principio de igualdad ante la ley. Así lo explica Ferrajoli, al señalar: "...La regulatividad de las normas penales es una condición de su generalidad, y con ello un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son. Por el contrario, el carácter constitutivo de la norma penal implica desigualdad y discriminación" (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 502503).

En ese marco de ideas, considero que la norma en cuestión tiene un fuerte tinte segregacionista, pues sus efectos negativos se proyectan particularmente contra los condenados de mayor vulnerabilidad social. Sabemos que la población carcelaria está constituida, en su gran mayoría, por jóvenes de sectores pobres o marginales. A su vez, la mayor proporción de reiterantes se da en personas condenadas por delitos contra la *propiedad*. Es claro, pues, que en la

generalidad de los casos la cuestionada norma aumenta el rigor de trato contra los más desaventajados, no sólo socialmente sino incluso dentro del ámbito penitenciario.

En relación al principio de *igualdad ante la ley* (art. 16, Constitución Nacional), el instituto en crisis impone, asimismo, que no se dispensa el mismo tratamiento a individuos que han realizado idénticos actos penalmente típicos –sean acciones u omisiones-

En nuestro medio, además, habiendo el legislador local regulado los institutos de la conciliación y la reparación (art. 47 y 48 C.P.P.), con la consecuencia del sobreseimiento, tendríamos casos en los que por la mera voluntad de la víctima, a lo que debe sumarse la capacidad económica de reparación del imputado, el antecedente puede no dar origen a una declaración de reincidencia, pero sí a aquél que no logre una de estas salidas alternativas. Otro tanto cabe decir, aún tratándose de delitos graves, de los casos en que se logra el avenimiento de la víctima (art. 132, Código Penal).

Tales supuestos resultan sólo algunas de las situaciones imaginables en las que se verifica una total inequidad a partir de la aplicación automática de la norma cuestionada, que vienen a confirmar la advertencia formulada por Ferrajoli en el párrafo citado más arriba.

Por último considero que la reincidencia viola el principio de resocialización, como fin de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades. El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido

ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

Teniendo en cuenta que la reincidencia sólo puede aplicarse a quien ha cumplido pena (reincidencia real), hay quienes afirman que su fundamento debe buscarse en la “insuficiencia” del tratamiento resocializador anterior o su incapacidad para transformar la conducta del penado, por lo cual cabría intensificar el mismo.

Sin embargo, sabemos, el ideal de la ‘reinserción social’, más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Pero, además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

Resulta claro que la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (art. 14 del C.P.), implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación más gravosa respecto

de un individuo que ya ha mostrado su vulnerabilidad frente al sistema.

**5.** Adhiero a la propuesta sobre costas y honorarios profesionales emitida en el primer sufragio.

**El Juez Omar Florencio Minatta dijo:**

**1.** Los agravios de la defensa fueron detalladamente expuestos por mis colegas, no resultando necesario repetirlos, aunque daremos otro orden de tratamiento a los mismos. En este sentido, decidiremos en primer término sobre la nulidad planteada, para luego entrar en la alegada errónea valoración probatoria y terminar tratando las cuestiones constitucionales, referidas al mínimo legal del tipo penal escogido en la sentencia, la lesividad en los delitos de peligro abstracto y el instituto de la reincidencia.

**2.** En los hechos relacionados con el pedido de nulidad, comprobamos que el arma es descubierta en poder de B., a raíz del palpado que efectuara la prevención policial sobre su cuerpo, y a resultas de la cual fue secuestrada y tomada como elemento de cargo esencial en el alegato acusatorio. La discusión en el punto se reduce a la legitimidad del palpado que fue objeto el imputado, pues la defensa sostiene que no se presentaron los requisitos esenciales que exige el código para tal acto, especialmente motivos serios y fundados, así como la falta de extrema urgencia y peligro para la seguridad de las personas.

Para decidir la cuestión, tenemos necesariamente que considerar el marco legal dentro del cual la policía puede llegar a requisar a una persona. En este punto, debemos distinguir la requisa procesal, que es aquella que tiene como presupuesto una presunta comisión de un delito por parte del

requisado. Esta presunción se basa en el hecho de que la persona porta objetos o rastros útiles para la investigación de un delito, o que tales objetos puedan constituir un peligro para la seguridad de la persona que lo porte, de los terceros o de los propios funcionarios policiales. Esta requisa, en que la policía actúa en función represiva vinculada siempre, directa o indirectamente, con la comisión de un delito, debe distinguirse de aquella otra en que la policía actúa en cumplimiento de su función preventiva general y en particular, de conservación del orden público, evitación de delitos y contravenciones. Esta última, no está regulada en el código, sino en la ley orgánica policial y se denomina por la doctrina, requisa preventiva, para delimitarla de la procesal.

Ahora bien, así como la requisa procesal tiene sus exigencias concretas en la presencia de los extremos que ya señaláramos, también la requisa preventiva las tiene, pues, sería un exceso que la policía pudiera requisar personas por pura discrecionalidad o exclusivamente en base a percepciones subjetivas del funcionario.

En el caso concreto que juzgamos, la requisa fue consecuencia de una identificación de personas, y sus presupuestos están claramente regulados por la ley 4123, la que exige que haya necesidad de identificación, sostenida en circunstancias que la justifiquen, en cuyo caso la policía está facultada inclusive para demorar a la persona, siempre que no quiera identificarse, o cuando carezca de documentación, extremos éstos últimos que no nos interesan, pues la detención de B. no fue producto de su negativa a identificarse, sino porque portaba elementos que implicaban la flagrancia de un delito,

situación en que la policía no solo puede, sino que debe detener, tal como lo dispone el código procesal.

Así las cosas, debemos enfocarnos, entonces, en la cronología de los hechos, a fin de determinar si existió o no necesidad de identificación, basada en circunstancias concretas que la justifiquen, pues, de lo contrario, no puede el Estado valorar las probanzas ulteriores que pudieren desencadenarse de un acto ilegítimo. En este camino, de los testimonios policiales se desprende que recibieron una llamada telefónica, en la que se advertía la presencia de un coche desconocido para los vecinos de una calle, estacionado hacía más de una hora allí cerca o frente a un comercio, por lo que se dirigen al lugar. Al llegar, observan el automóvil y le cortan el camino de retirada, tanto por delante como por detrás, con sendos patrulleros. El oficial de servicio a cargo del procedimiento, sostiene que le pareció sospechoso que los sujetos portaran gorros, lentes de sol, actitudes que le llamaron la atención, justificando así la circunstancia de la que deriva la necesidad de identificación. Por su parte, el preventor O., agrega que le avisaron que había un coche estacionado, desconocido por los vecinos, con actitud sospechosa, pues hacía mucho tiempo que estaba estacionado, por lo que fueron a verificar la situación.

Con este marco es que debemos controlar la actuación policial y determinar si es idóneo para justificar la identificación de B.. Entendemos que la necesidad se presentaba, puesto que la percepción policial tenía un correlato objetivo que ameritaba una momentánea restricción de la libertad de circular, sin grave afectación de la misma y con el solo objeto de identificación, siendo suficiente para obrar las circunstancias que traen los preventores,

en cuanto que se le había comunicado con anterioridad el largo tiempo de estacionamiento del coche, así como las vestimentas de sus ocupantes, semejantes a las que se utilizan en los casos ordinarios y regulares para ocultar rostros en los hechos ilícitos graves contra la propiedad, tal como lo son los gorros y los anteojos de sol.

Justificada así la necesidad de identificación, la requisa inmediata es legal, autorización que deriva de la seguridad para el propio personal policial, tal como lo dijeron los preventores y que, por su razonabilidad, no cabe discutir respecto de cualquier requisa. Estamos así ante lo que se denomina requisa preventiva, que son cateos o inspecciones que a título preventivo pueden hacer las autoridades administrativas en virtud del poder de policía, las que, a diferencia de las requisas que autoriza el código procesal -que presuponen la supuesta comisión de un delito y tiende a su investigación-, tienen fuente normativa en leyes dictadas con un fin eminentemente preventivo. *(Cfr. Hairabedián, Maximiliano; Requisa preventiva y procesal, Revista de Derecho Penal y Criminología (Dtor. Eugenio R. Zaffaroni), Bs As, año III, Nro. 5, Junio de 2013, págs. 153/156).*

En base a ello, debe desecharse el agravio, descartando la declaración de nulidad peticionada. Así lo voto.

**3.** Con este cuadro, no se observa arbitrariedad alguna en la valoración probatoria, pues la acción de portar -llevar consigo ilegítimamente sin estar autorizado, un arma prohibida calificada de guerra por la normativa-, se inscribe sin duda alguna dentro del tipo penal escogido. En este punto, la defensa ensaya una refutación que no tiene sustento en ningún elemento probatorio existente en la causa de los que

se pueda inferir mínimamente lo afirmado por la defensa. Es cierto que no puede exigirse la redargución de falsedad del acta, pues sería invertir la carga de la prueba, pero ello no empece a que el contenido de ella, en materia procesal, pueda tenerse por cierto con los testimonios de los funcionarios actuantes, siempre que concuerden con otros datos objetivos. En este caso, no se puede inferir animadversión alguna por parte de los preventores actuantes, amén de que, conforme la lógica y experiencia común, nadie se arriesgaría a perder su trabajo y ser imputado penalmente en aras de probar un ilícito cometido por un tercero, que no afecta en forma directa e irreparable a su vida existencial. En este marco, entonces, aparece la versión defensista como implausible, ya que es incompatible con algunos de los datos probatorios, y no tiene sustento en algún extremo razonable que nos indique la posibilidad de su versión, con lo cual ya bastaría para refutar y tener por rechazada la tesis acusatoria, conforme la tercera regla epistemológica y jurídica que debemos respetar en busca de la verdad fáctica en el proceso penal.*( Cfr. Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, págs. 150/151)*

También corresponde descartar la falta de afectación del bien jurídico, toda vez que la seguridad pública, entendida como la de cada uno de los habitantes de carne y hueso de una comunidad, se puso en peligro concreto por la acción de portar en la vía pública un arma de guerra, en condiciones tales de ser utilizada en forma inmediata, lo cual implica descartar el peligro de peligro en el que realmente se fundan los delitos de peligro abstracto, y que sí se deben rechazar por falta de lesividad, tal como lo afirma la defensa. Es decir, estamos ante un tipo de peligro concreto, en el que existe un

peligro real y efectivo sobre el bien jurídico, y no de uno abstracto que, para este juzgador, no constituyen lesión o peligro alguno y por lo tanto no pueden afectar penalmente un bien jurídico, tal como muy bien lo afirma la defensa.

**4.** En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del mínimo establecido en el tipo penal escogido en la sentencia condenatoria, corresponde rechazarlo, sin perjuicio de compartir en abstracto que una pena de prisión de tres años y seis meses para una acción de portación de arma, es violatoria de los principios de lesividad, culpabilidad, amén de los de proporcionalidad y humanidad de las penas. Esto es así, porque se encuentra afectado, en última instancia, el principio de legalidad estricta, el cual exige no sólo que una ley haya sido dictada conforme a los procedimientos constitucionales -aspecto formal-, sino que su contenido mismo debe respetar los principios constitucionales limitativos del poder punitivo -aspecto sustancial-, lo cual no se cumple con el citado mínimo.

Sin embargo, solo enunciamos aquí los principios señalados que resultan violados en general y en abstracto por el tipo legal, pero no entraremos en detalle sobre el tema, porque, en el caso concreto, la declaración devendría inútil en esta etapa procesal, por las consideraciones siguientes.

En primer lugar, adviértase que al cometer el hecho traído a juzgamiento, el autor estaba aún cumpliendo pena por un delito anterior, lo que obliga a unificar la reacción punitiva, construyendo la pena única en base a los principios que presiden la unificación de penas. En esta senda, cabe recordar que la unidad de reacción punitiva descansa en la racionalidad que implica unificar el trato punitivo conforme las individualidades de cada

sujeto concreto, teniendo especialmente en cuenta para medir su monto, la culpabilidad y su calidad de vulnerable. *(Cfr., con sumo provecho para el tema de unificación de condenas y penas, Zaffaroni-Alagia- Slokar; Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs As, año 2000, págs. 961/97*)

En este caso, habrá que unificar la pena impuesta en esta causa -tres años y ocho meses-, con la pena que le restaba cumplir por el delito anterior, esto es, tres años y casi 11 meses. El mínimo de la pena única a construir deberá partir, entonces, de éste último término, pues es el mínimo mayor. Si a esta consideración le agregamos el hecho de que en la pena única se deberá necesariamente tener en cuenta el ámbito de autodeterminación del imputado, reducido por el evidente estado de vulnerabilidad resultante de años de prisionización, se avizora casi con seguridad que la pena quedará en el término mínimo señalado o, al menos, no se elevará en demasía sobre tal monto. De todas formas, y en caso contrario, siempre le queda a la defensa la posibilidad de impugnación del monto de la pena única que se imponga.

Con estos claros parámetros aplicados al caso concreto, no tiene ningún sentido entrar a considerar la posibilidad de perforar el mínimo legal, toda vez que la rebaja de pena resultante no tendría ninguna o escasísima influencia en el diseño de la pena total.

En definitiva, estando aún pendiente el deber estatal de construir para B. una pena única -cuyo monto, repetimos, no superaría en demasía al que tratamos en esta condena-, sumado a que, eventualmente, ella puede ser impugnada ante este tribunal, no tendría sentido demorar aún más la determinación de la pena concreta, pues ello no redundaría en ningún beneficio real para el imputado,

al alargar los trámites ante la posibilidad de impugnaciones extraordinarias.

Por tales consideraciones, entiendo que debe confirmarse la pena impuesta y rechazarse el pedido de alterar el mínimo legal del tipo penal escogido.

**5.** En cuanto al agravio que causa el haber sido declarado reincidente, y la consecuente postulación de la revocatoria de la sentencia en el punto, lleva la razón la defensa, pues estimamos que el instituto de la reincidencia es inconstitucional.

Tal como votáramos en autos "Montenegro, Mauricio" sentencia Nro.14/2013, entiendo que en este camino, es pertinente analizar los fallos de este año de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el punto, pues nos indica una pista sobre su pensamiento expreso y actual, que inferimos de la única voluntad expresada por el máximo tribunal en el punto. Así, el día 05 de Febrero del corriente año, la Corte decidió rechazar los recursos en que la defensa planteaba la inconstitucionalidad de la reincidencia, y lo hizo por mayoría, apelando al artículo 280 del C.P.C.C.N., en un caso, y a la falta de fundamentación autónoma, en el otro. *(Cfr., respectivamente, casos "Gómez…" y "Álvarez…", CSJN, 05/02/2013).* Como puede observarse, los recursos fueron rechazados sin emitir opinión sobre la reincidencia, salvo el detallado y sesudo voto en disidencia del Ministro Zaffaroni en ambos. Citamos los fallos de Febrero porque en ellos consta la opinión expresa de éste último, aunque existen otros más recientes –Agosto de 2013-,en que se decidió de igual forma, pero con remisión, por parte de Zaffaroni, a aquellos casos, mientras que los otros ministros aplicaron el artículo 280 citado. *(Cfr. Caso "Venegas", CSJN, 14/08/2013).* Advertimos que solo trataremos los fundamentos de Zaffaroni que

hacen a la inconstitucionalidad de la reincidencia, como agravante de la pena en los términos del artículo 50, pues también en los votos trata en forma separada, y con otros argumentos, sobre la inconstitucionalidad del artículo 14 en cuanto no permite la libertad condicional a los reincidentes, extremo que ahora no nos interesa.

En los votos citados, el ministro Zaffaroni 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 llevado 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 dimos 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 acciones, y no su personalidad o modo de vida, pueden ser tipificadas y culpabilizadas. 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 sustitutito 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 jurídico-penalmente 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.

**6.** Por último, adhiero a la imposición de costas y regulación de honorarios propuesta por el colega que guía el acuerdo.

De conformidad con los votos precedentes, esta 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 F. N. B., en orden al delito de Portación de arma de fuego sin autorización legal (art. 189 bis inc. 2do. 4to.párrafo del CP), así como la pena de tres años y ocho meses de prisión impuesta.

**2)** Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa particular del acusado –cuyas circunstancias personales figuran en autos- contra la sentencia 1981/2013 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 del proceso al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa por su actuación en esta etapa, en el monto de veintiún (21) Jus (art. 5, 6 bis,7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N°
15. y;

**5)** Regístrese, protocolícese y notifíquese.

**Registrada bajo el Número 15 del año 2013.**
El Dr. Omar Florencio Minatta no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo. (art. 331 in fine del CPP)