En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 13 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**G., J. y otros s/ robo agravado**" (Expediente N° 100131 – F° 1 – Año 2015-carpeta judicial nro. 4589).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 198, es el siguiente: Rebagliati Russell, Panizzi y Pfleger.

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

I. La cuestión traída a esta Sala para su análisis es la impugnación extraordinaria interpuesta por el fiscal general Marcos Nápoli contra la sentencia N° 21 del año 2015 de la Cámara en lo Penal de Trelew, que decidió la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y, en consecuencia, revocó la declaración de reincidencia de J. L. G..

II. A fs. 156/63 y vta. obra el recurso. En primer lugar hace unas consideraciones acerca de su legitimación, y luego formuló una relación de los antecedentes de la causa.

///

Sostuvo que el motivo de agravio era la inobservancia de la ley penal sustantiva, al desechar, el tribunal revisor, la aplicación del artículo 50 del Código Penal.

Reprodujo los argumentos esgrimidos por los jueces que conformaron la mayoría para arribar a la decisión cuestionada.

Luego, refuta uno por uno dichos argumentos, a saber: principio de culpabilidad por el acto; principio del nom bis in ídem; principio de igualdad ante la ley.

Terminando, peticionó que la sentencia de la Cámara en lo Penal de Trelew sea revocada parcialmente, y que sea declarada la reincidencia de G.

III. Efectuada esta breve reseña de la impugnación, me abocaré a su conocimiento.

Antes de continuar diré que lo decidido por el tribunal revisor se enmarca dentro de los supuestos de sentencia arbitraria.

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

///

Los jueces de la mayoría se limitaron a imponer su postura, y omitieron mencionar los nuevos motivos que llevan a variar el razonamiento expuesto en aquél antecedente.

Y este es el sentido que le dio la Corte Suprema de Justicia a la imposición de la doctrina legal, cuando en "Cerámica San Lorenzo" sostuvo que más allá del fundamento que se le dé a la obligatoriedad, la CSJN deja a salvo la posibilidad de que por la existencia de "nuevos argumentos" o "razones valederas" el tribunal crea necesario el apartamiento, siempre que dicha discrepancia esté debidamente fundada.

De esta manera, y no habiéndose indicado ninguna de las dos circunstancias apuntadas, deberá revocarse parcialmente la sentencia en lo que respecta al punto 3), y, consecuentemente, declarar reincidente a J. L. G..

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El ministro Rebagliati Russell, al componer el voto anterior, expuso los antecedentes del caso y los argumentos que desplegó el fiscal general Marcos Nápoli en su impugnación (hojas 156/163 y vuelta). No me referiré a ellos, a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias.

///

II. En su presentación, el titular de vindicta pública de la Circunscripción Judicial de Trelew, atacó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, decretada por la Cámara en lo Penal de aquella ciudad, mediante la sentencia N° 21 del 4 de noviembre de 2015.

III. El remedio extraordinario será examinado no obstante el límite objetivo previsto en el ordenamiento ritual -artículo 378, inciso 3°.

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

IV. Para la solución del asunto, me permito la referencia, por razón de brevedad, al antecedente "**B., V. A. p.s.a Robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real**" (Expediente N° 20387- Letra "B" - Año 2006, sentencia N° 45/2006, del 10 de octubre del año 2006), ya que a partir de aquél, esta Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de mención, por no vulnerar éste garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

A más de ello, señalaré que la jurisprudencia de nuestra Sala se inscribe en la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos. El tribunal cimero ratificó su lineamiento proclive a la

///

constitucionalidad del instituto en "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. M. C. A. en la causa C. A., J. M. si causa N° 16.035*", fallo del 6/3/2014, y en "*Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. A. en la causa Á., M. S. s/ causa N° 11.835*", del 27/5/2014.

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

Así las cosas, corresponde admitir el remedio del acusador público y revocar el punto 3 de la resolución N° 21/2015 (folios 135/149) en cuanto declara inconstitucional el instituto de mención.

Acerca de la obligatoriedad de la jurisprudencia, Germán Bidart Campos sostuvo que "... todos los tribunales del país tienen que dar seguimiento y acatamiento a la jurisprudencia del tribunal cimero, para hacer realidad la igualdad jurídica que... no es sólo igualdad ante la ley (o igualdad en el plano de las normas) sino también, sociológicamente, igualdad en la aplicación e interpretación de la misma ley en

///

casos semejantes” (autor citado, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, págs. 260/2.).

Si tenemos por cierta esta enseñanza, la discusión está cerrada por la propia Corte Suprema, en cuanto decidió: “No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes” (CSJN, “Romero, Carlos Ernesto c/Andrés Fabián Lema s/desalojorecurso de casación e inconstitucionalidad”, R. 756. XLIII; REX, del 23/06/2009, Fallos, 332:1488, del dictamen de la Procuración General, al que se remitió el Tribunal).

V. De acuerdo con lo que expresé en la sentencia N° 25/2014, del 5/6/2014, dictada en los autos caratulados “**PCIA. del CHUBUT c/ S., P. P.- U., D. M.- B., C. s/ Impugnación**” (Expediente N° 23325 - F° 13 - Año 2014 – Letra P), propiciaré

///

que Jorge Luis G. sea declarado reincidente (artículo 50 del digesto sustantivo).

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breves referencias generales del caso.

1. Se ha radicado en la Sala la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General Marcos Nápoli contra la sentencia N° 21 del año 2015, emitida por la Cámara en lo Penal de Trelew. (Ver el escrito que está adosado entre las hojas 156/ 163)

En ella, a la par de reducirse la pena, se dispuso "…dejar sin efecto la declaración de reincidencia de J. L. G. y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.…" (Ver el dispositivo contenido en las hojas 148 reverso y 149).

2. Los antecedentes del caso y el contenido del recurso han sido descriptos por el señor Ministro del primer voto, por lo que no considero necesario repetirlos.

Pasaré, pues, a la solución del asunto.

II. La decisión a tomar

1. La versada opinión de mis colegas, atenida a la persistente jurisprudencia construida por el Tribunal, me conduce – de partida nomás- a preludiar una ponencia

///

coincidente: la sentencia debe ser revocada en lo que es materia de recurso.

2. Es que, como se ha expuesto, varios precedentes abonan el sendero que remata en la consideración constitucional del instituto de la reincidencia que ha sido repudiado por la mayoría de los Jueces de la Cámara Penal que, a mi parecer, no han dado fundamentos eficaces para sobrepasar lo que está consolidado.

3. Comulgo con la idea de que si bien los Superiores Tribunales no emiten fallos obligatorios para el sistema al que aplican, resulta preciso atender a las razones que hacen a su observación, por ejemplo: la predictibilidad, la seguridad, la economía de esfuerzos.

En ese sentido conviene recordar que no obstante que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias (Fallos 25:365; 307:1094; 315:2386, entre otros).

La posición reconoce antecedentes lejanos. Puede leerse el texto en Fallos 25: 364, del 23 de Junio de 1883, especialmente en la sentencia

///

del Juez Federal -considerando 9°- que el Tribunal relató y confirmó.

4. En lo que al asunto constitucional traído hace, no puedo dejar de evocar cuanto he sostenido en lo que toca a la relevancia de un juicio que extirpa una norma vigente, en un concreto caso.

Vuelvo a insistir en que tal conducta procesal constituye un acto de suma gravedad institucional y, por ende, ha de ser considerado como la última ratio del orden jurídico, "…ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la norma fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable…" (Ver CSJN c.L. 1043 XLII, Lemes, M. 3/02/2009, en JPBA T 142 sum. 2, citado en causa **"G., A. H. s/ Homicidio s/Impugnación"** (Expte. N° 22.094 - Folio 5 - Año 2010)

5. En cuanto hace a la tópica atinente al instituto de la Reincidencia, cuadra referir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "…la mayor severidad en el

///

cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla cumplido antes recae en el delito…"; que "…La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferente, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupo aunque su fundamento sea opinable…" y que "…El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta…" (CSJN caso L´Eveque, Ramón, L. 513. XXI.; 16-08-1988; T.311P.1451)

En lo que atañe al "non bis in idem" se sostuvo que éste prohibe la nueva aplicación de la pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena-

///

entendida esta 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 infracción criminal (En el mismo caso que se ha citado).

6. No parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de la diferente composición.

En el caso "Gramajo" (G. 560. XL; RHE; 0509-2006; T. 329 P. 3680, que concernió a la aplicación en el supuesto del art. 52 del C.P.) el voto del doctor Petracchi específicamente mantuvo que: "…El instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal) se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…"

Esta posición parece extraerse del precedente M., A. S. s/causa N°
12.678 del 17/10/2007 (M. 619. XLII; RHE T. 330,

///

P. 4476) cuando con remisión al dictamen del Procurador General la Corte aceptó que "… El art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente y si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios se señaló que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia…"

Este modo de pensar fue reiterado en A. 2387. XLI; RHE "A., E. F. o M., O. G. s/robo con armas —causa N° 840— del 05/02/2008 (T. 331, P. 28); en autos: "R. 1104.XLI;RHE R., J. J. y otros s/robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda -causa N° 92.730" del 01/04/2008; e "I.315.XLII; RHE I., G. I. s/hurto simple en grado de tentativa causa N° 717" del 20/05/2008.(La consulta de los antecedentes que están en estos párrafos y los anteriores lo ha sido desde la base de datos de la página web de la CSJN, Secretaría de
Jurisprudencia)

Es correcto que en los litigios pre-

///

enunciados la Corte sólo estatuyó las condiciones de aplicación del art. 50 del C.P, pero no se me ocurre que haya puesto óbices a su constitucionalidad.

Máxime cuando en el caso "G.704.XLIII;RHE-G., D. A. s/causa N° 2175 del 06/05/2008 (T. 331, P. 1099) con toda claridad persistió, al menos mayoritariamente, en que: "…El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…" homologando de esa manera el dictamen de la Procuración General, al que remitió. (Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda Voto: Argibay Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni).

7. Para asegurar la continuidad del criterio me permito traer a colación el pronunciamiento de la Corte en "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. A. en la causa Á., M. S. s/ causa n° 11.835" del 27 de Mayo de 2014. En él - aceptando la posición del señor Procurador General- se dejó fijado que: "…la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad del

///

régimen de agravación de la pena por reincidencia resulta sustancialmente análoga a la resuelta en "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680) -especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi-, y a ellos corresponde remitir, en lo pertinente.…" (Es sumamente ilustrativo el dictamen del Señor Procurador General, en lo atañe)

8. En fin, este breve repaso por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es fundamento de autoridad para validar nuestro criterio en sentido que la aplicación del instituto de la reincidencia, siempre que estén reunidos los requisitos de la ley, no vulnera ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional ni cercena las garantías que los protegen.

Epílogo

Por lo expuesto, en línea con la opinión de mis colegas preopinantes, considero que deberá revocarse parcialmente la sentencia en crisis, y declararse reincidente a Jorge Luis G..

Así me expido y voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

///

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

1º) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el fiscal general de Trelew (fojas 156/163 vta.).

2º) Revocar parcialmente la sentencia Nº 21/2015 de la Cámara en lo Penal de aquella ciudad, en cuanto dejó sin efecto la declaración de reincidencia de J. L. G. y declaró la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal (punto 3 de su parte volitiva).

3º) Declarar reincidente a J. L. G. (CP, art. 50).

4º) Protocolícese y notifíquese.

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

///