Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veinticuatro días del mes de Junio del año dos mil once, en la Cámara en lo Penal de esta ciudad de Puerto Madryn se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de Cámara de esta Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Silvia Susana MARTOS, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **“L.,**

G. O. y Otros p.s.a ROBO AGRAVADO en grado ttva. s/ Impugnación”, Carpeta Nº 2328 OFIJUPM; Expte. Nº 02/2011C.P.P.M., seguidos contra **M. G. C.**, argentino, nacido el día 23 de diciembre de 1976, en Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, soltero, instruido, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, domiciliado en la calle C. frente a la planta de Gas de la ciudad de Trelew, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del nombrado contra la Sentencia Condenatoria de fecha 23 de noviembre del año

2010, registrada bajo el Nro. 102/10, dictada por el Sr. Juez Penal Dr. Hernán Carlos GRANDA, por la que se lo condenara como autor material y penalmente responsable del delito de ROBO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA EN CARÁCTER DE COAUTOR a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO (Arts. 164, 42 y 45 del C. Penal), por el hecho ocurrido el día 11 de Octubre del año 2.009 a las 02:20hs. aproximadamente, en la intersección de la Avenida G. y calle P. de esta ciudad, en perjuicio del local Comercial H. C. y de B. N. A.----------

---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. Miriam PAZOS y por la defensa técnica del imputado, el Defensor Particular Dr. A. O.

M.----------
Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Dra. Silvia Susana MARTOS, y Dr. Rafael LUCCHELLI.----------
---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------
---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:----------
---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor particular Dr. A. O. M., junto a su pupilo M. G. C., contra la sentencia dictada por el Señor Juez Penal Dr. Hernán Carlos GRANDA, el día 23 de Noviembre de 2010 y que lo condenara como coautor material y penalmente responsable del delito de Robo simple en grado de tentativa (arts. 164, 42 y 45 del C. Penal) a la pena de Dos años y seis meses de prisión, declarándolo Reincidente (art. 50 del C.P.), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 11 de octubre de 2009 en perjuicio del comercio H. C. y el B. N.
A.----------
--- El impugnante planteó recurso contra el fallo condenatorio solicitando se revoque parcialmente la sentencia por considerar excesiva la pena impuesta y errónea la aplicación del artículo 50 del Código Penal, invocando la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.----------
---------- En relación a ello argumentó que resulta excesiva la pena impuesta ya que no ha podido determinarse el grado de participación que le cupo a su pupilo en el evento, parámetro éste que se debe tener en cuenta para aplicar una pena de acuerdo a lo previsto por el art. 41 segunda parte del C.P.; en tanto que no había en el cajero automático en cuestión alarma ni cámaras de filmación. Asimismo sostuvo

que agravia a esa parte la pena aplicada ya que el imputado en nuestro sistema penal provincial pasa de ser victimario a ser víctima de un Estado ausente en la ejecución de penas, en virtud de la falta de un tratamiento adecuado para la resocialización, ya que los lugares de detención adolecen de gabinete criminológico.----------

---------- Por otra parte atacó la constitucionalidad de la reincidencia basando su postura en doctrina y jurisprudencia local que se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del instituto. Así señaló el pronunciamiento del Juez Florencio MINATTA en autos “C., D. y otros” Sentencia Nº 78/06 y del Dr. Alejandro DEFRANCO en autos “C., C.” Expte. Nº 55/06. Dijo que dispensar un tratamiento más riguroso sobre la base de un delito cometido con anterioridad por el que se haya purgado pena, afecta el principio de culpabilidad por el hecho. Citó a Roxin. También lo hizo en referencia a la violación de la garantía del “ne bis in idem”, su afectación al principio de legalidad y la incompatibilidad del instituto con el derecho penal de acto.---------- Afirmó que su defendido no ha recibido tratamiento para su recuperación.----------

---------- La Dra. Miriam PAZOS, Fiscal General, contestó el emplazamiento efectuado, sosteniendo que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la contraparte por entender que la sentencia impugnada en modo alguno adolece de las falencias indicadas por la Defensa.----------

---------- Con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia aplicada, solicitó sea rechazada, con apoyatura en el criterio sustentado por el Superior Tribunal de Justicia en autos “B., V. ps.a. Robo.....” y lo sostenido por la Corte Suprema en casos “Gelabert” y “Gago” (L.L. 14/07/08) ----------

Agregó que C. ha sido condenado, cumpliendo dicha pena en establecimiento carcelario, dándose así los extremos previstos por el art. 50 del C.P.----------

---

Efectuada la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. las partes desarrollaron in extenso la fundamentación de sus peticiones.---------- ----------

Paso a emitir mi voto.----------

Habiendo ya volcado *supra* el agravio en relación a la pena, analizaré la cuestión. El Juez de sentencia dijo al respecto *"En la culpabilidad por el acto indicadora y guía del monto de la pena, aparece aquí la extensión de daño ocasionado, resultando de fácil mensura en el caso concreto atento la simplicidad del mismo, afectándose el derecho de propiedad de forma muy violenta ante el uso de una fuerza en las cosas que produjo graves daños al cajero y al receptáculo que lo contenía, empleándose además herramientas en el iter críminis, lo que denota preparación y planificación delictiva. Esta magnitud del injusto así construida determina que solo basado en este ítem de mensura, la pena deba ubicarse como superior al término medio de la misma, ello considerando que la misma va desde los 15 días a los 4 años por aplicación de la reducción prevista para la tentativa. Por ello lo antes expresado y solo considerando la gravedad del injusto cometido entiendo que la pena debe ser de 2 años y 6 meses de prisión"..... "Como agravantes debo señalar la existencia de al menos dos antecedentes condenatorios del imputado por hechos de gravedad que aún se encuentran aún en etapa de*

ejecución."----------

---------- En el doble conforme que nos atañe, el control alcanza precisamente la mensuración de la pena, dentro del segmento de la escala del tipo penal de que se trate y en este caso se evidencia desproporcionada en relación a las cuestiones objetivas y subjetivas evaluadas por el Juez para la determinación del monto de la

pena aplicada. En la observación de esta falencia es que estimo adecuado reducir la pena a imponer en un año, quedando así estipulada en Un Año y seis meses de prisión, para lo cual es menester señalar además que en el caso tratándose de un hecho encuadrado como Robo simple tentado, la magnitud de la fuerza empleada para acometer el ilícito no implica considerar al mismo con un grado más intenso del que *per se* correspondería al propio del tipo penal y de esta forma considerar aplicable el agravante por la magnitud del daño causado. No es el caso. Entiendo que sólo se ha empleado la fuerza que corresponde a un hecho de esa naturaleza, lo que es valorado en la calificación legal.----------

---------- En lo demás, existe a mi juicio un quebrantamiento a la proscripción de evaluar en dos oportunidades una misma situación en contra de los intereses del condenado. Tal fue el momento de imponer la pena y el de resolver en sentido positivo la aplicación del instituto de la reincidencia, pues, si para imponer esta última se analiza una condena anterior de prisión de efectivo cumplimiento, donde el imputado efectivamente cumplió pena de encierro, mal se puede apreciar esta misma circunstancia para tomarla como agravante y aumentar en ese sentido la sanción a imponer.----------

---------- Sobre el punto relacionado al instituto de la reincidencia, tengo ya postura tomada respecto a la constitucionalidad del mismo, no surgiendo de los elementos traídos por la parte que pueda variar esta concepción que tengo del asunto, pues tampoco surge de nuevos pronunciamientos de las máximas Alzadas Provincial o Nacional, que me provoquen un repensar en esta delicada cuestión.---------- He dicho en causa “G., J. s/ Homicidio que resultara víctima” que “Se han dado en el caso los extremos legales y materiales al efecto, y como ya lo resolviera en causas “M. p.s.a. Abuso sexual”; “S. O., J. P. p.s.a. Robo Agravado” y “A. L. y otros p.s.a.

Robo" donde expuse según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - "L'Eveque, Ramón R." del

16 de agosto de 1988, publicado en L.L. 1989-B, pág.183, fallo comentado por Luis M. García, "Reincidencia y punibilidad", *Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el nuevo hecho, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido"---------- ---------- Así también, conforme lo expresado en anteriores pronunciamientos, tomando nota del antecedente de la Corte de Justicia de la Nación en causa "Gramajo, Marcelo s/ Robo en grado de tentativa", donde se declara la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, traigo el voto del Juez Enrique Santiago Petracchi, que sobre el tratamiento de la reincidencia en particular dijo: "(...) Que con relación a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) el tribunal, en su momento, entendió que dicho instituto 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. (...)". Cita al efecto fallos de ese Alto Tribunal, y agregó: "(...) **Que esa mayor culpabilidad**, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a los multireincidentes – la negrita me pertenece." "(...) Que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello una violación al *ne bis in idem*, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que

se permitió en Fallos: 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella. (...)”. “(...) Que, por lo tanto, la situación de los multireincidentes no es equiparable a la del

reincidente simple. (...)”.----------

---------- Al respecto también me he expedido en autos “C., C. O. s/ Homicidio que resultó víctima”, con cita a su vez de los expedientes “M. p.s.a. Abuso sexual”; “S., J. P. p.s.a. Robo Agravado” y

“A. L. y otros p.s.a. Robo.”---------- En el análisis final del presente, se advierte que C. ha cumplido en causa anterior efectivamente pena, la que fue impuesta en condena anterior a los hechos por los que fuera ahora traído a juicio, por lo que el instituto previsto en el artículo 50 de la Ley sustantiva aparece correctamente aplicado por el Juez de juicio.--------

---------- En conclusión, frente al decisorio dictado en anterior instancia y por los argumentos esgrimidos, juzgo que debe imponerse al encartado la pena de Un año y Seis meses de prisión, debiéndose mantener la declaración de reincidencia (Art. 50 C.P.) tal como fuera impuesta por el Juez Penal Hernán Granda. Así lo voto.----

---------- Entiendo acertado regular los honorarios profesionales de la Defensa en la suma de Pesos Trescientos Cincuenta ($ 350.-), por la labor desarrollada, con cargo a su defendido y conforme lo prevé la ley que regula el asunto.----------

---------- **La Juez Silvia Susana MARTOS dijo:** ----------

-

---------- Llega la presente en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular del imputado Dr. A. O. M. contra la sentencia registrada bajo el N° 102 de fecha 23 de Noviembre de 2010, por la que se condenara a su

pupilo M. G. C. a la pena de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento; en orden al delito de Robo simple en grado de tentativa en carácter de coautor y se lo declarara reincidente.----------

---

---------- Expresados en detalle los agravios de la parte recurrente por el colega preopinante paso sin más a fundar mi voto, conforme la manda legal de los art. 25 del CPP y 169 de la Constitución Provincial.----------

---------- Habiéndose efectuado la audiencia que prevé el art. 385 del CPP, diré sintéticamente que la crítica de la Defensa se centró en dos aspectos fundamentales: excesiva pena impuesta en la sentencia e inconstitucionalidad de la reincidencia declarada.----------

---------- En relación al primer tópico el sentenciante estableció en la sentencia la extensión del daño causado y los parámetros tenidos en cuenta al mensurar la pena, los que no trascribiré pues han sido detallados por el Juez del primer sufragio. ----------

---------- Sentada la cuestión he de decir, a modo de adelanto, que encuentro acertada en parte la crítica que realizara la defensa pues la fundamentación efectuada por el magistrado resulta exigua al mensurar la pena.----------

Así observo que ha ponderado los antecedentes del imputado como agravante de la pena a la vez que lo ha declarado reincidente efectuándose, a mi juicio, una doble valoración del hecho antecedente –condenas anteriores-, lo que no puede ser admitido ni valorado del modo que se lo hizo.----------

Por otra parte, el daño ocasionado al cajero resulta incluido en el tipo penal escogido y dentro de las acciones desarrolladas tendientes al fin propuesto, no resultando procedente cargarle un plus, pues ello, resulta a todas luces excesivo.----------

---------- En virtud de lo expuesto y ejerciendo este Tribunal competencia positiva, juzgo acertado disminuir la pena impuesta por el Juez Penal Dr. Hernán Carlos

GRANDA en la sentencia N° 102/10, quedando en definitiva la misma en UN AÑO Y SEIS MESES de cumplimiento efectivo.---------- ----------

- Respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia alegada por el Dr. A. O. M. la misma será rechazada.---------- Pues bien, ya he sentado criterio respecto del tema en la causa:

"C., G. A. Y OTRO S/ DENUNCIA ROBO S/ IMPUGNACIÓN" Expte. N° 04/ 11C.P.P.M., Carpeta N° 2448OFIJUPM y acumuladas Nº 1870 y Nº 2249, en las que he citado los expedientes**:** "C., C. O. S/ Homicidio que resultó víctima" Carpeta N° 556/07OFIJU, confirmada por la Sala Penal del STJ, y en "M., M. y Otro p.s.a. Robo Agravado" Carpeta N° 0405/07, Legajo N° 2735/07, sentencia también confirmada por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 12-11-08. Precisamente en ésta última he adoptado la opinión del Sr. Ministro Dr. PFLEGER en autos: "S. O., J. P. p.s.a. robo agravado" (Expte. N° 20482-S-2006), al decir: *"La reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber*

cumplido total o parcialmente".----------

---------- Así el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae nuevamente en el delito.----------

---------- Conforme ha justificado el Juez Penal en la sentencia el imputado C. ha sido condenado –además del antecedente de la República de Chile-, mediante sentencia de fecha 11 de junio de 1996 por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew a la pena de quince años de prisión en orden al

delito de Homicidio en ocasión de robo y de la cual, según consta en la Resolución de fecha 13 de septiembre de 2010 suscripta por Juez Dr. Alejandro Gustavo DEFRANCO, se le concedió la libertad condicional en virtud de haber cumplido la parte de la pena correspondiente, todo ello con conocimiento de la defensa.------ ---------- Efectivamente, M. G. C. posee una condena anterior en Chile donde cumplió parcialmente la pena y luego se profuga y una sentencia firme –C.1° de Trelew-, en la cual cumplió en detención 10 años, 8 meses y 24 días-, por lo que se dan en el caso los extremos para la procedencia del Instituto del art. 50CP, tal como el Magistrado lo ha declarado. ---------- ---- El imputado ha mostrado insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, no obstante ello y como antes lo he referido al tratar la pena, esto fundamenta una mayor culpabilidad pero no debe ir más allá, pues de otro modo se caería en una doble valoración en la determinación de la pena lo que sí violentaría el principio constitucional del *ne bis in idem*.---------- ---------- Es decir, aquí sólo se reconoce un estado – de reincidente- y se lo declara, sin afectarse la pena en sí sino con la única consecuencia del reajuste del tratamiento carcelario respecto del imputado.---------- ---------- Por lo desarrollado, entiendo la sentencia correctamente fundada en lo que respecta a la declaración de reincidencia –art. 50 del CP- de M. G. C.. Así voto.- ---------- Encuentro acertada la regulación de honorarios efectuada por el Juez Preopinante. Así voto.---------- ---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo**:---------- ---------- A sido traída a revisión de esta instancia la Carpeta N° 2328 OFIJU PM, en virtud de la impugnación interpuesta por la Defensa Particular del imputado M. G. C. contra la sentencia N° 102/10 suscripta por el Juez Penal Dr. Hernán Carlos

GRANDA por la que se lo condenara en orden al delito de Robo simple en grado de tentativa en carácter de coautor –Art. 164, 42 y 45 del CP-, a la pena de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, declarándoselo reincidente.----------

---------- Así efectuada la audiencia que prescribe el art. 385 del CPP el Sr. Defensor Dr. A. O. M. ratificó los agravios esgrimidos en su libelo.----------

- ---------- En particular entendió excesiva la pena impuesta en la sentencia de condena al señalar que no se probó el grado de participación de su defendido en el hecho ni la extensión del daño al cajero, sino sólo la rotura del vidrio del mismo.----------

---------- Asimismo criticó la declaración de reincidencia de su pupilo contenida en la sentencia tachándola de inconstitucional por afectar el derecho penal de acto, el de legalidad, el principio de culpabilidad y el de doble juzgamiento.----------

---------- Indicó que su defendido C. no había tenido un tratamiento carcelario adecuado, y que actualmente se encontraba en libertad condicional reinsertado por mérito propio a un empleo, por lo que de imponer dicho instituto se atentaba contra su reinserción social.---------- Por su parte la titular de la acción penal solicitó la confirmación de la sentencia por encontrarla legalmente fundada en todos sus términos.----------

Expuesta la controversia, paso de seguido a fundar mi voto.----------

---------- Con relación al primer agravio señalado por el Sr. Defensor, esto es la excesiva pena que a su juicio le fuera impuesta al imputado debido a una errónea determinación por parte del Magistrado, el mismo tendrá acogida favorable.----------

---------- Conforme lo enseña Patricia ZIFFER: *“...Los arts. 40 y 41 estructuran un sistema de determinación de la pena caracterizado por la enumeración no taxativa*

*de circunstancias relevantes a tal fin, sin determinar el sentido de la valoración, esto es, sin establecer de antemano si se trata de agravantes o atenuantes, ni cuál es el valor relativo de cada una de tales circunstancias, ni tampoco cómo se solucionan los casos de concurrencia entre ellas y sin una "pena ordinaria" que especifique cuál es el punto de ingreso a la escala penal, a partir del cual hacer funcionar la atenuación o la agravación. Se trata, por lo tanto, de un sistema en el que una amplia gama de decisiones queda sujeta a la construcción dogmática, a partir de la interpretación sistemática no sólo de los fines que debe cumplir la pena, sino, más específicamente, de las reglas generales derivadas de la teoría de la imputación, de los delitos en particular y del sistema de sanciones. Tradicionalmente se ha hecho referencia a esta problemática sosteniendo, simplemente, que el art. 41 abre un ámbito sujeto a la discrecionalidad judicial más o menos amplio según los autores –Soler; Jiménez de Asúa; Baigún,; Chichizola-. Sin embargo, la propia existencia del art. 41 sólo cobra sentido en tanto la decisión que individualiza la pena no sea "discrecional", en el sentido de sujeta sólo al criterio del tribunal, sino que haya de realizarse siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícita que permita el control crítico-racional del proceso de decisión..."(*Baigún-Zaffaroni, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", T. 2, Ed. Hammurabi, pág.59).---------- El Sr. Defensor crítica la determinación de la pena, señalando que "no se probó quién fue el autor del los daños", apoyándose en la circunstancia que no existían cámaras de filmación que pudieran establecer qué rol cumplió su pupilo en el hecho, si bien reconoce que su asistido participó en el mismo.---------- Esta defensa no puede tener acogida favorable ya que el imputado ha sido condenado como co-autor del hecho. Vale decir, ambos intervinientes tuvieron el

dominio funcional del hecho, por más que cada uno cumpliera un rol diferente en el conato de robo. Puede su consorte de causa haber realizado íntegramente la fuerza en el cajero como resultado de una división de tareas acordada con C.. Lo cierto es que ha quedado establecido –resistiendo los embates defensivos en ese sentido- que ambos tuvieron el dominio funcional del hecho, compartiendo el dolo de perpetrar el robo finalmente frustrado. Como señala Zaffaroni, “la finalidad tampoco en estas conductas se convierte en una ficción, porque nadie pretende que todos tengan una finalidad única, sino una finalidad común, que es lo que da sentido convergente a las diferentes acciones. La base legal de la co-autoría se halla claramente establecida en nuestra ley en el art. 45: coautores son lo que *toman parte en la ejecución del hecho*”. (Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, T. IV, Ed. Ediar, pág. 331) y C., como ha quedado claramente establecido en la sentencia, participó en la ejecución de la conducta por la cual finalmente fuera condenado.----------

---------- Sentado ello, entiendo justo señalar que el Magistrado a caído en una doble valoración cuando tiene por agravante el *“...grave daño al cajero y al receptáculo que lo contenía...*”----------

---------- Si bien es cierto que dentro de la actividad principal de la determinación de la pena es la graduación del ilícito y en ese sentido, sería correcto graduar el uso de la fuerza y hacer distinciones según la mayor o menor intensidad que haya tenido, no lo es menos, que en el decisorio no ha quedado establecido que “el grave daño al cajero y al receptáculo que lo contenía” haya sido ajeno al propósito que se propusieron los coautores de sustraer el dinero que se encontraba dentro del mismo. Es decir, no ha quedado en modo alguno plasmado que el daño producido fuera innecesario para lograr el fin propuesto, por lo que debe quedar atrapado en la

desvaloración ya efectuada por el legislador en la figura del Robo, no pudiendo tenerlo en cuenta el Magistrado además, como agravante, sin caer en una doble desvaloración, que como señala ZAFFARONI, violenta la coherencia interna que debe tener toda resolución judicial.---------- También entiendo que ha sido incorrectamente valorado la reincidencia en que ha incurrido el imputado para agravar su pena.---------- En ese sentido ZIFFER explica que: "*En la medida que el factor "reincidencia" ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, en virtud de la imposibilidad de obtener la libertad condicional por aplicación del art. 14, no podría agravarse nuevamente con el mismo fundamento la pena, para disponer un monto más alto o una forma de ejecución más estricta, al aplicar el art. 41 del CP. No sería posible sostener, a partir del carácter de "doble indicio" de la conducta precedente, relevante para la determinación de la gravedad del hecho y de la peligrosidad, que no se trata de una ejecución más gravosa fundada en la mayor culpabilidad, sino en diferentes necesidades de prevención especial."* (Baigún, Zaffaroni ,Op. Cit. Pág. 79.).---------- Por todo ello, entiendo ajustado a derecho modificar la condena impuesta a M. G. C. por el Juez Granda en la sentencia traída a examen, debiendo quedar la misma fijada en UN AÑO Y SEIS MESES DE

PRISIÓN. No correspondiendo el mínimo de la escala ya que como lo señalara el Juez Granda, el delito había sido previamente planeado lo que demuestra un mayor desprecio por el bien jurídico tutelado.---------- Con relación al segundo agravio esgrimido, es decir el planteo de inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia, el mismo no tendrá éxito.---------- Ya he tenido oportunidad de referirme al alcance del *ne bis in idem* y la constitucionalidad de la reincidencia. He dicho en autos: "**A., W.**

R. y Otro p.s.a. Robo agravado con arma de fuego” Carpeta N° 1384/08, Legajo N° 9884/08 que:”… el aludido principio responde al fin de evitar que el Estado pueda efectuar repetidos intentos de condenar a un individuo por el mismo delito, sometiéndolo de ese modo a un continuo estado de intranquilidad, con perjuicio para su libertad. Así lo ha entendido nuestro más Alto Tribunal

(*Fallos, 272:188* entre muchos otros). En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, cuyos criterios interpretativos resultan de utilidad, ya que el principio que nos ocupa se encuentra legislado en forma expresa en la quinta enmienda y la constitución de dicho país se halla inspirada en los mismos principios que la nuestra. Fue en el caso “Green vs. United States” (16/12/57 U.S. Reports Vol. 355 p. 184) cuando dijo el Juez Black que “la idea en juego es que no debiera permitirse al Estado con todos sus recursos poder efectuar intentos repetidos para condenar a un individuo por una infracción imputada, sometiéndolo así al engorro, gasto y ordalía y compeliéndolo a vivir en un continuo estado de ansiedad y de inseguridad, al igual que aumentando la posibilidad de que aunque sea inocente pueda ser declarado culpable. Cabe señalar que en la legislación de ese país el principio de *ne bis in idem* se utiliza con mayor rigor que en el nuestro, ya que impide al Fiscal apelar la sentencia de absolución. Sin embargo, cuando se ha querido realizar dicho planteo en esa nación, el mismo no ha tenido acogida favorable. Así se pronunció la Suprema Corte de los Estados Unidos de América cuando en el caso “Moore v. Missouri” (25/11/1895 US. Reports Vol. 159, p. 673) concluyó que la norma que establece que una persona condenada anteriormente debe ser penada con más severidad por un segundo delito, no viola la garantía contra el doble juzgamiento…”.----------

El Sr. Defensor entiende que se ha vulnerado con la declaración de reincidencia el principio de culpabilidad.----------

---------- En ese sentido entiendo que el principio de culpabilidad en el juicio de culpabilidad tiene como ingrediente esencial el reproche que se hace al autor por haberse decidido libremente y autónomamente a cometer el hecho y que se exige –en dicho juicio- demostrar el grado o ámbito de autodeterminación dentro del cual la persona tomó la decisión; juzgo que el imputado ha debido realizar un esfuerzo mayor para ser alcanzado por el sistema penal que aquellas personas que nunca recibieron tratamiento penitenciario.----------

---------- No se puede olvidar que la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de la reforma constitucional efectuada en el año 1994, goza de jerarquía constitucional, conforme lo establece el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Dicho instrumento internacional, en su art. 5° inc. 6to. establece que : "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*. Para lograr dicho objetivo, la ley 24.660 establece un tratamiento al cual deberá someterse el penado mientras dure su condena, a fin de lograr los fines establecidos en la misma, en consonancia con lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, ya citado.----------

---------- Por ello, en el caso, negarle el beneficio de la libertad condicional por la declaración de reincidencia, sólo indica la necesidad de un mayor tiempo de tratamiento. Lejos de violar la constitución, establece un mecanismo que ayuda, en ciertos casos como el presente, a posibilitar un tiempo mayor de tratamiento a fin de honrar el precepto establecido en el art. 5° inc. 6to. de la Convención antes aludida.----------

---------- Por todo ello, considero ajustado a derecho confirmar la declaración de reincidencia que oportunamente realizara el Juez Granda, revocando parcialmente la

sentencia en cuanto al monto de la pena, por los argumentos ya desarrollados.----------

--------- Estimo apropiada la regulación de honorarios efectuada por el Juez preopinante.----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:----------

---------- **FALLO**:----------

---------- **I) DECLARAR** parcialmente procedente la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular Dr. A. O. M., glosada a fs. 88/90.----------

---------- **II) MODIFICAR** la pena impuesta al Sr. M. G. C. en la Sentencia N° 102/10, quedando en definitiva la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN.----------

---------- **III) CONFIRMAR** la declaración de reincidencia impuesta a M. G. C. en la Sentencia N° 102/10.---------- **IV) REGULAR** los Honorarios profesionales del Defensor particular Dr. A. O. M. por su actuación en esta instancia, en la suma de Pesos Trescientos Cincuenta ($ 350,00-) con cargo a su defendido (arts. 7 y 9 de la Ley XIII Nº 4 – antes 2.200 modificada por Ley 4.335).----------

---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

Leonardo Marcelo PITCOVSKY

Presidente de Cámara

Silvia Susana MARTOS — Rafael LUCCHELLI

Juez de Cámara — Juez de Cámara

Ante mí:

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº CPPM DEL AÑO 2011. CONSTE.-

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara