---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de Octubre del año dos mil doce, previo haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Flavia Fabiana TRINCHERI, Rafael LUCCHELLI y Leonardo Marcelo PITCOVSKY, bajo la Presidencia de éste último, dictan sentencia en estos autos caratulados **"A., C. N. Y OTRO P.S.A. ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 09/2012 CPPM, Carpeta N° 4036 OFIJU,** seguidos contra **C. N. H. A.,** argentino, nacido el 3 de septiembre de 1985, en la localidad de Sierra Grande, provincia de Río Negro, hijo de Marcelo y de Bárbara Machado, instruido, soltero, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, con último domicilio en B. C. XX, Casa Nº XXX de Puerto Madryn, alojado actualmente en la Alcaidía Policial de la ciudad de Trelew, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del nombrado contra la Sentencia registrada bajo el Nº 36/2012 OFIJUPM mediante la cual el Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO lo condenara como coautor material y penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA (Arts. 167 inc. 2º, 42 y 45 del C. Penal) a la pena de Un Año y Seis Meses de prisión y costas (arts. 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.), declarándolo REINCIDENTE por primera vez (art. 50 del C.P.), por los hechos ocurridos el día 31 de diciembre de 2011, en perjuicio de C. S. C. F..----------

---------- ---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General Dra. Miriam PAZOS y por la defensa técnica del imputado la Sra. Defensora Pública Dra. María Angélica

--

LEYBA. ----------
Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI y Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY.----------

- ---------- 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 Rafael LUCCHELLI dijo**:----------

---------- Ha llegado el presente caso a la instancia planteada para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por la Señora Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA, contra la sentencia dictada en contra de su pupilo C. N. A. por el Juez Penal Dr. Gustavo CASTRO, el día 11 de junio de 2012, mediante la que impuso al nombrado la pena de Un año y seis meses de prisión y costas (arts. 29 inc. 3, 40 y 41 del C. Penal) en orden al delito de Robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa (Arts. 167 inc. 2º, 42 y 45 del C. Penal) por el hecho ocurrido en la ciudad de Puerto Madryn el día 31 de diciembre de 2011.---------- La impugnante interpuso recurso contra el resolutorio aludido solicitando se absuelva a su pupilo en base a lo que sintetiza en los siguientes puntos de agravio 1) Ausencia de valoración sobre la incorporación de una prueba en forma ilegal e inconstitucional (art. 372 inc. 4º del C.P.P.). 2) Inobservancia de los planteos efectuados sobre autoría y participación. 3) Inexistencia de prueba que acredita la calificación jurídica seleccionada por el Juez en el delito de Robo agravado por ser en Poblado y en Banda. 4) Inconstitucionalidad de la reincidencia.----------

---------- En esa inteligencia atacó en primer término la ilegalidad del secuestro

de la mochila de su pupilo por omisión de todas las pautas del debido proceso, lo que motivó el planteo de nulidad absoluta al inicio del debate, la que fue rechazada por el A Quo y se reeditó en esta instancia.---------- Cuestionó posteriormente la inobservancia del sentenciante al tener en consideración los dichos del damnificado, quien reconoció en debate haber sido inducido por la Fiscal en su declaración, lo que le resta espontaneidad y develación de primera mano, difiere además con lo relatado por el imputado y se muestra discordante con los sucesos expuestos por la policía.---------- Negó por otra parte la existencia de prueba que acredite con certeza la existencia de banda, ya que el número y participación de personas no fue aclarado ni probado y fueron detenidas dos personas en las proximidades del lugar.---------- Atacó de inconstitucional la reincidencia aplicada a A., en tanto el instituto afecta al principio de culpabilidad, es contrario a la garantía del *ne bis in idem* y al derecho penal de acto. Asimismo indicó que agrava la pena conforme al art. 41, impide la soltura anticipada del condenado a través de la libertad condicional de acuerdo a lo prescripto por el art. 14 del C.P. y el principio de legalidad en el plano de la tipicidad, destacando que la consideración de la reincidencia como un estado implica la creación de un delito autónomo accesorio al tipo penal infringido.- ---------- Hizo reserva del caso federal.---------- En la audiencia dispuesta por el art. 385 del rito procesal expuso sus argumentos, detallando y ampliando la fundamentación de los mismos.----------

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

---------- En primer lugar trataré el planteo de nulidad incoado por la Defensa en cuanto al secuestro de una mochila y un par de zapatillas que le fueran incautadas a

--

C. N. A..----------He dicho en el precedente “CURRUMIL, Abel y otro p.s.a. Homicidio

agravado s/ Impugnación” Expte. Nº 01/2012 CPPM, Carpeta N° 2.620 OFIJU que: “…los Magistrados debemos controlar que los mecanismos de protección que se encuentran en las formas procesales hayan sido escrupulosamente respetados. Al decir de Binder: *“…Las formas son las garantías mismas que permite detectar la violación de uno de esos principios…”*(Binder, Alberto M., “El incumplimiento de las formas procesales”, Ed. Ad-Hoc, pág. 50). Vale decir, no cuidamos las formas procesales por el mero ejercicio de un ritualismo anacrónico. Lo hacemos porque dentro de dichas formas se encuentran aseguradas el conjunto de garantías que nos permiten convivir en libertad. Así, resulta esclarecedor lo dicho por Ihering cuando señala que: *“...aunque la libertad, por dar el más libre vuelo a la libertad, y la forma, por reducirla desde el punto de vista formal, parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y relación oculta (...)El pleno auge de la idea de libertad coincide con el reinado tiránico de la forma (...) Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad”*(von Ihering: “El espíritu del derecho romano”, de la edición abreviada realizada por Fernando Vela, para la Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 284, citado por Alberto Binder, op.cit., pág. 35). Cuando una garantía constitucional, encerrada en una forma procesal, se ve vulnerada, es tarea de los jueces, aún de oficio, declarar la invalidez del acto que se ha realizado inobservando las reglas que nuestra Constitución establece. Este es el medio que contamos para hacer prevalecer la garantía quebrantada. Sin embargo, la declaración de nulidad, junto con los alcances que se le acuerda a la misma, debe ser ponderada con suma prudencia. Dado que si se administra este remedio procesal de forma desaprensiva, lejos de ayudar a vivificar el proceso, lo mataría. Ese es el

espíritu que anida en nuestra Constitución Provincial, cuando establece que las sanciones procesales deben ser interpretadas restrictivamente (Artículo 44, cláusula II, C. Ch.). Del mismo modo, esta regla es reproducida en nuestro Código de Procesal Penal (Artículo 31)…".----------

---

---------- Nuestra Constitución Provincial en el segundo párrafo del artículo 46 establece la garantía de la exclusión probatoria – que permite extirpar del proceso toda prueba ilegalmente obtenida – y la extensión de la misma – teoría del fruto del árbol venenoso – junto con dos excepciones a dicha regla: La fuente independiente y el descubrimiento inevitable.----------

---------- Vale decir, por imperio del artículo 44 y el segundo párrafo del artículo 46 de nuestra Constitución Provincial, deberemos declarar la nulidad de toda prueba ilegalmente obtenida, salvo que la misma hubiera sido corroborada por una fuente independiente o se hubiera descubierto inevitablemente.----------

---------- Así debo decir que le asiste razón a la Defensa, en cuanto a que el secuestro de la mochila y las zapatillas que portaba C. N. A. han sido incorporadas al proceso en forma irregular. Toda vez que dichos elementos no han sido secuestrados conforme a las formas exigidas por el Código

de rito.----------

---------- Sin embargo entiendo que existe una fuente independiente, el testimonio de la víctima que vio a A. portando la mochila, en la cual pudo observar – dado que estaba abierta – que se encontraban las zapatillas, antes que fueran secuestradas de forma ilegal por el personal policial. Por ello entiendo que no corresponde declarar la nulidad de dichos secuestros. Así lo voto.---------- ----------El segundo planteo consiste en la supuesta inobservancia de planteos

--

efectuados sobre autoría y participación.----------

- En primer lugar debo destacar que existe abundante prueba de cargo

que acreditan la autoría y participación que le cupo a A. en el hecho por el cual fuera condenado. A saber: Se encontraba en posesión de la mochila y las zapatillas. Fue reconocido por la víctima, quien auxiliado por un remisero se contactó con el personal policial que pudo perseguir al mismo, lo que llevó a que se considerara el robo como tentado y no consumado.---------- ---------- Debo destacar que resulta inobjetable que la titular de la Acción Pública se haya entrevistado con un testigo del cual pretendía valerse. No podemos olvidar que nos encontramos ante un proceso adversarial en el cual se le brinda la misma posibilidad a la Defensa.---------- ---------- Por otro lado, el Juez CASTRO, al dotar de veracidad lo testimoniado bajo juramento por la víctima, está desechando – por el principio lógico de no contradicción – lo declarado por el imputado en todo lo que se contrapone con dicha declaración. Sin perjuicio de ello, el Magistrado explica los motivos que lo llevaron a considerar falso lo declarado por A..---------- ---------- El A Quo además del testimonio de la víctima se ha nutrido, para llegar a la certeza, de otras pruebas que acreditan la materialidad del hecho y la autoría del condenado.----------

---

---------- Así en su sentencia señala que: "…debemos efectuar un examen riguroso del testimonio efectuado por C. F. y cotejarla con la restante prueba aportada por el Ministerio Público Fiscal, a los efectos que, conforme a las reglas de la sana crítica, permitan el pleno convencimiento de la participación del imputado en el hecho que se le achaca. Y en ese sentido, la restante prueba ofrecida viene en auxilio del testimonio de la víctima y refuerza su veracidad. En efecto, el testimonio

del Oficial de Policía F., coincide en un todo con lo manifestado por C. F., en el sentido que al llegar al lugar con la víctima, quien por otro lado se encontraba descalza, reconoce a A. como una de las personas que la habría agredido y que tenía en su espalda una mochila la que se observaba a simple vista un par de zapatillas que fueron reconocidas como suyas por la víctima. Y no sólo contamos con el reconocimiento de la víctima respecto de la participación de A. sino por además tenía en su poder, las zapatillas que fueron reconocidas por C. F. y posteriormente secuestradas. Dichos testimonios echan por tierra el alegato defensivo del Ministerio Público de la Defensa como así también las manifestaciones realizadas por el imputado en la audiencia, quien dijo no tener nada que ver con el hecho. Afirmó que ese día se encontraba en el Barrio San Miguel escuchando cumbia y cuando se dirige al Barrio 100 viviendas a visitar una novia, es interceptado por personal policial quien sin dar la voz de alto lo redujeron y condujeron a la comisaría. Las pruebas producidas, como dije, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, me conducen a afirmar sin temor a dudas de que A. fue uno de los autores del hecho, por lo que entiendo que su declaración es en el intento de mejorar su endeble situación procesal…”.----------

---------- Por todo lo expuesto, entiendo que el presente agravio no puede tener acogida favorable.----------

---------- Seguidamente trataré el tercer agravio consistente en la supuesta inexistencia de prueba que acredite la calificación jurídica seleccionada por el Juez en el delito de Robo agravado por ser en Poblado y en Banda.----------

----------La Defensa principalmente se agravia porque a su juicio existe una notable indeterminación en la cantidad de participes en el hecho, lo que a su juicio torna arbitraria la calificación de banda, toda vez que sólo fueron aprendidos dos

--

personas.----------

Es cierto que a lo largo del proceso se no se ha podido determinar con

exactitud la cantidad de personas que concurrieron al hecho. Debemos pensar que la víctima sufrió agresiones por un grupo, en forma sorpresiva y que ello le impidió transmitir con exactitud si fueron ocho, nueve o diez personas.----------

---------- Por ello, resulta acertado el criterio del Magistrado, cuando afirma que concurrieron en la comisión del hecho más de tres. Ello así, dado que dos personas fueron traídas al proceso mientras que la tercera, si bien fue identificada por la víctima en un recorrido fotográfico nunca pudo ser encontrada por la Titular de la Acción Pública. Esta circunstancia en modo alguno puede ser óbice para afirmar que se dan los requerimientos que exige la figura penal por el cual A. fuera condenado.-

---

----------Así la jurisprudencia ha sido clara al señalar que: *"... Quien junto con dos prófugos, sustrajo, mediante intimidación, un vehículo y obligó a su víctima a proporcionar su clave de acceso y su tarjeta de débito bancario, para así extraer dinero de un cajero automático, comete el delito del artículo 167, inciso 2° del Código Penal"* (TOCr. N° 20, 14-12-2000, "A.M.A. y otros", c, 918); "Para la atribución del robo en banda no es necesario que se encuentren sometidos a proceso todos los integrantes de la misma" (CNCCorr., sala VI, 8-7-98, LL, 1999-D-788).--

---------- Por ello, y en atención a que el vocablo "banda", al que hace referencia el art. 167 inc. 2° del Código Penal, sólo exige la concurrencia de tres o más personas y no, que dicha banda reúna los requisitos establecidos por el artículo 210 del C.P., entiendo que la conducta desplegada por A. ha sido

correctamente subsumida en la figura por la cual fuera condenado. Así lo voto.----------

---------- El cuarto agravio, consiste en solicitar la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia ya que – a juicio de la impugnante – vulnera el principio de *ne bis in idem* y de culpabilidad.----------

---------- 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 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 America cuando en el caso “Moore v.

--

Missouri" (25/11/1895 US. Reports Vo. 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.

En nuestro país, en el caso "Valdez" la Corte Suprema desechó el planteo de inconstitucionalidad del Art. 14 del C.P. que impedía a un reincidente gozar de

libertad condicional.----------

---------- Ha reseñado el Ministro Pfleger en autos "Di Muro" *"……ya la Sala ha sentado doctrina legal desde el lejano precedente "**BONINA, Víctor A.***

p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real (Expte. N°20387-201-2006)". *Machaco en mi postura al respecto. Señalé, y me mantengo, que la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y que la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente. También la Sala ha declarado la validez constitucional del instituto. Al expedirme en autos **"GERSI, Jorge s/Homicidio e/víctima s/Impugnación** (Expediente N° 22.127 - Fº 10 – Año 2010" indiqué cual era mi posición al respecto. La opinión que merece la tacha de inconstitucionalidad de una norma, como ultima razón, no vale precisarla nuevamente. Sí lo demás, las razones que fundan un argumento contrario a la declaración de la sentencia. Es verdad que los distinguidos Jueces del Juicio que hicieron mayoría utilizaron los argumentos que una porción de la dogmática penal ha opuesto a la aplicación del art. 50 del C.P. Pero ese es un criterio que no comparto y que, sin desmedro de la condición intelectual de los Magistrados, desecharé. En primer término, y reitero lo expresado otrora, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho 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…" (ver CSJN caso L´Eveque, Ramón, L. 513. XXI.; 16-08-1988; T.311P.1451). Y es bajo la premisa de*

que el principio de igualdad en la Constitución Nacional no es el de la igualdad rasa sino aquel que implica que la igualdad entre quienes se hallan en igualdad de condiciones, mantuvo la Corte, en el precedente aludido, 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..." (Insisto, en el mismo caso ya citado). En lo que atañe a la garantía del "non bis in idem" se sostuvo que éste prohíbe 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 (ídem caso). No parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de la diferente composición. En el caso "Gramajo" (G. 560. XL; RHE; 05-09-2006; 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 Mannini, Andrés 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 antecedente fue reiterado en A. 2387. XLI; RHE "Alaníz, Eduardo Francisco o Martínez, Oscar Guillermo s/robo con armas —causa N° 840— del 05/02/2008 (T. 331, P. 28); en autos: "R. 1104.XLI;RHE Rodríguez, José Jerónimo y otros s/robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda -causa Nº 92.730" del 01/04/2008; e "I.315.XLII; RHE Ibáñez, Gerardo Ismael 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 preenunciados 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 Gago, Damián Andrés 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). En fin, este breve repaso por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es fundamento de

autoridad para volver a 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."---------- --------- Por todo lo expuesto considero ajustado a derecho confirma la sentencia impugnada en todas sus partes. Así lo voto.----------

---

---------- Respecto a la regulación de honorarios de la Sra. Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA juzgo acertados fijarlos en Ocho (8) JUS – Ley V Nº 90, antes Nº 4920 en conc. con Ley XIII Nº 4 y arts. 239, 240, 241 del CPP, por su actuación en esta alzada, los que se declaran a cargo de su defendido, y así lo voto.---------- **La Jueza Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:**---------- ---------- Comienza haciendo uso de la palabra la Dra. María A. LEYBA por la Defensa del señor C. N. A.. Ratifica su escrito de impugnación y solicita la absolución de su pupilo en razón que, la prueba de la que se valió el Ministerio Público Fiscal, es nula de nulidad absoluta.---------- ---------- Relata que A. se encuentra privado de libertad desde el día del hecho, treinta y uno de diciembre del año dos mil once, achacándosele haber sustraído una moto y un par de zapatillas. En el acta inicial, está consignado lo hecho por la policía y en virtud de ello es que al inicio del juicio planteó la nulidad y el Juez no hizo lugar, resolviendo la nulidad en la sentencia la que tilda de arbitraria porque valora la prueba en su totalidad y finalmente, valiéndose de esos argumentos concluye que en consecuencia, el acta inicial "no es nula".---------- Expresa que el recurso dialéctico del Juez CASTRO es arbitrario y explica, a su criterio porqué el acta es nula. La misma data del treinta y uno de diciembre a las dos y cuarenta horas y, el personal policial da cuenta que A. lleva consigo una mochila negra marca Nike, ingresa a la dependencia con sus pertenencias – entre otras, la mochila en cuestión –utilizándose esto como prueba de cargo. Da lectura al artículo 171 del CPP,

sosteniendo que, debió existir orden judicial de secuestro y requisa y que la manda de tal artículo, no fue cumplida. El efectivo policial que labra el acta da cuenta que no se pudo acudir a la presencia de un testigo civil por la hora y además, los vecinos les arrojaban piedras encontrando también por ello el Juez CASTRO, en riesgo la seguridad pública.----------

---------- Señala que el incumplimiento formal del acta surge de los testimonios de Villavicencio, Aquino y Moyano, marcando las contradicciones de sus relatos.----------

------- Refiere que, al resolver la nulidad del acta inicial, por la doctrina del fruto del árbol envenenado que tiene acogida en nuestra Constitución Provincial en su artículo 46, deben excluirse como prueba tal acta y los actos que de ella dependan. En sustento a ello, cita un fallo del Superior Tribunal de Justicia "Morales, Jorge Luis" voto del Ministro Dr. Jorge Pfleger.----------

------ Continúa sosteniendo la orfandad probatoria que existe en relación a la autoría y participación. Que el Juez tiene por probada la autoría con el testimonio del efectivo F. quien traslada a la víctima en patrullero y ven a A. que venía caminando y lo detienen, aprehendiendo a dos cuadras a su coimputado con la moto.----------

------- Cuestiona la intervención de la víctima C. S. C. F., en razón que, la motocicleta no era de su propiedad y tenía orden de secuestro. Que al declarar en la audiencia, no fue claro en cuanto a su vida actual, donde habitaba y/o trabajaba, testimoniando que dijo lo que el MPF le pidió que dijera. ----------

------- Agraviándose de la calificación legal, disiente con el concepto de "banda" contenido en la figura del artículo 167 inciso 2 del CP. Refiere que, el mayor poder intimidatorio hay

que demostrarlo en “el poblado y la banda” y ello, no está acreditado, siendo que sólo contamos con expresiones que dan cuenta de un número indeterminado de personas “dos”, “tres”, varios”, “ocho”, “diez” – punteando los testimonios equívocos en tal sentido. No hay certeza de cuantas personas participaron y el Juez tiene determinado que eran más de tres, con un recorrido fotográfico que practica C. F., señalando a una tercera persona que nunca es habida.----------

Ocupándose de la pena, cuestiona la declaración de reincidencia que se le impone a A. por petición del Ministerio Público Fiscal. Encuentra la figura del artículo 50 del CP inconstitucional y así solicita se declare por entender que viola el principio de culpabilidad – ya que se condena al imputado considerando ahora un hecho que no cometió – el principio *ne bis in idem* – porque al declararlo reincidente, se tiene en cuenta un hecho anterior ya juzgado – y se incurre en derecho penal de autor, ya que se tiene en cuenta a la persona de A. y los hechos ya juzgados y no, el acto que en esta oportunidad nos ocupa y por el que debe ser juzgado.----------

-------- Aclara que conoce la postura de este Tribunal respecto del Artículo 50 del CP, pero insiste en su petición de declarar la inconstitucionalidad del mismo y que, hace expresa reserva del caso federal.----------

A su turno, la Fiscal General Dra. Miriam PAZOS al hacer uso de la palabra cuestiona la oportunidad procesal en que la Dra. María A. LEYBA efectúa estos planteos, los que ha consentido en el juicio abreviado en relación al coimputado de A., Eduardo Esteban DIAZ.

---------- Explica la situación personal de la víctima al momento de declarar, sosteniendo que puede demostrar donde vivía, laboraba y se encontraba su familia, agregando que no hubo que forzarlo para que comparezca, ni tampoco insinuarle su testimonio. Pudo acreditar que había comprado de buena fe la motocicleta, desconociendo el pedido de secuestro, circunstancia que se está investigando.-

---------- En relación al hecho y al labrado del acta, adelanta que la encuentra conforme a derecho y ajustado el mérito que hace de la misma el Juez CASTRO.

Da cuenta de cómo es acometido C. F. "por un grupo numeroso "cuando el motovehículo detiene su marcha, como es que son vistas la mochila, las zapatillas – la víctima está descalza al momento del arribo de personal policial – y que lo dicho por A. es sólo exculpatorio y se contrarresta con los dichos de F..-----

---------- Al replicar sobre el instituto de la reincidencia, sostiene que se ajusta a la situación de C. N. A., en razón que, cometió este hecho al momento de encontrarse gozando de libertad condicional en una causa donde tenía condena firme. Se pregunta acerca de la posición de la Defensa donde, depende la causa de que se trate, cuestiona o no el artículo 50 del CP. Solicita se confirme la sentencia en todos sus términos.----------

---------- Por último, hace uso de la palabra la Dra. LEYBA explicando que, al momento de celebrarse un juicio abreviado o el consentimiento para la declaración de reincidencia de un defendido suyo, siempre lo hace respondiendo a los pedidos de éstos, los que priman por sobre su defensa técnica.----------

---------- Se le otorga la palabra a A. y no hace uso de la misma.------ ----------

Luego de celebrada la audiencia en los términos del art. 385 del CPP, conforme concluyera con mis colegas en acuerdo, la pretensión impugnativa no ha de prosperar respecto de la totalidad de los agravios en que fuera planteada.---------- Repasando la prueba incorporada al proceso y examinanda el acta inicial de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil once, que ataca de nulidad la señora Defensora, surge el relato del Oficial actuante Gerardo Villavicencio que se requería presencia policial en la intersección de las calles Albarracín casi Tomás Maté, donde se estaría perpetrando un robo. Constituidos en el lugar, ya había arribado el móvil RI Nº 252 con el Suboficial principal César F., quien tenía

reducida a una persona, ya esposada, quien llevaba consigo una mochila color negra la que había arrojado. El sujeto reducido, resultó ser C. N. A., quien en ese mismo momento, era agredido físicamente por quien luego se identificó como el damnificado, C. S. C. F..---------- En el acta también consta lo actuado en relación a un coimputado que se dio a la fuga, llevando consigo el motovehículo que le fuera sustraído a la víctima, pero reseñaré aquello de lo que se agravia la Defensa. En el acta de marras, consta que resultó testigo de actuación un efectivo policial en razón que los vecinos se acercaron y comenzaron a arrojar piedras a los uniformados y para resguardar su integridad física y la aprehensión de estos jóvenes – el nombrado A. y

Esteban Eduardo DÍAZ, se retiraron del lugar.---------- En el cuerpo del documento, obra la denuncia de C. F.:

"recién en momentos de circular por calle Albarracín en dirección este-oeste, se me quedó sin nafta la moto, en la esquina de Albarracín y Tomás Maté de esta ciudad, siendo que observo que se me vienen varios sujetos encima y me comienzan a pegar, y me robaron las zapatillas y la moto. En un momento dado logro zafarme y paso un remis, por lo que le pedí ayuda y llamé al 101 para dar aviso de donde iban los sujetos. En eso llegó un móvil policial agarró al sujeto que tenía mis zapatillas en la mochila, y luego otros policías agarraron al sujeto que me robó la moto y la recuperaron. Que nada más."---------- Luego efectúan una inspección ocular en el lugar y *se deja expresa constancia del ingreso a Comisaría de la persona de A., quien posee una mochila color negra marca Nike, la que contiene en su interior un par de zapatillas marca Nike, color negro, modelo Shox, talle 44, elemento que posteriormente será entregado el carácter definitivo al ciudadano C. F.*. El destacado me

pertenece.----------

---------- A fojas 10 del Legajo Fiscal, obra "Acta de entrega elemento", labrado en igual fecha, dos horas mas tarde, aproximadamente, donde le hacen entrega del calzado en

cuestión a C. F., en carácter definitivo.---------- Toda esta reseña tiene por finalidad, avizorar si el reclamo de declarar la nulidad del acta, se ajusta a las mandas del CPP. En primer lugar encuentro que, tal como corroborara C. F. al testimoniar, mientras iba en el patrullero minutos después de sufrir despojo, reconoce a su agresor munido de una mochila semiabierta y a simple vista observa en su interior y reconoce, sus zapatillas por lo que pone manos en él, personal policial reduce a A. y se incautan los efectos en cuestión. Coincide con esto también, el Suboficial principal César F. al deponer, agregando que la víctima se encontraba descalza.---------- Advierto que, lo hecho por personal policial al ingresar a A. como detenido judicial, con los objetos mencionados, distinguiendo de estos a las zapatillas de C. F. entregándoselas luego, es una incautación que se ha realizado apartándose de la normativa legal. Así es como el Art. 171 en su primer párrafo, dispone: "*Cuando existieren motivos suficientes y fundados para presumir que alguien oculta entre sus ropas o que llega adheridos a su cuerpo objetos útiles a la investigación de un hecho delictivo .... podrá practicarse la requisa de la persona*. En el párrafo cuarto, en la parte pertinente: *Siempre se solicitará autorización judicial, salvo casos de extrema urgencia y cuando C. peligro la seguridad de las personas....*" En el caso que nos ocupa y tal como surge de lo actuado, los efectivos se apartaron de la manda, al incautar las zapatillas del modo que lo hicieron, para horas después, entregarlas al damnificado.---------- Hubiera sido ajustado a derecho que, una vez retirados los efectos personales de A. – entre ellos, las zapatillas que ya sabían no le pertenecían y eran objeto del robo – solicitar al juez en turno, una orden de secuestro, dando así, legalidad al acto. No se vislumbra ninguno de los supuestos que menciona como excepcionales el código de forma para que soslayaran la petición de autorización judicial. Ya se tenía conocimiento como dijera, que *"eran objetos útiles a la investigación de un*

hecho delictivo", pero ha de estarse al resguardo de las garantías constitucionales en todos los supuestos, máxime cuando no son alcanzadas por circunstancia extraordinaria alguna. -- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo, declarar la nulidad de la incautación de las zapatillas marca Nike, talle 44, que se encontraban dentro de la mochila que fuera secuestrada al imputado C. N. A..-- Ahora bien, eliminar del proceso el objeto secuestrado, a resultas del secuestro irregular, no convierte en nula el acta en su totalidad. Adviértase que la Defensa, con el embate que efectúa al secuestro del calzado, pretende con ello, la declaración de la nulidad del documento y consecuentemente, toda la prueba valorada que surge de ella – por los motivos que ya constan en la reseña de los agravios y a los que me remito.-- Puesta a examinar la sentencia, opino que el Juez de grado valoró y concatenó la prueba independiente que lo llevó a tener por acreditada la materialidad y autoría en cabeza de A..-- Así merita el testimonio del Suboficial F., quien hace subir a la víctima descalza al patrullero, salen de recorrida, dan con la persona de A. quien llevaba la mochila semiabierta y con las zapatillas que C. F. reconoce al instante como de su propiedad, arremetiendo contra el imputado. Eso dice el propio C. en la denuncia – que transcribí adrede al inicio de mi voto – y luego al testimoniar. El Juez CASTRO, además, completa el mérito con un examen riguroso de los dichos del damnificado, toda vez que respecto del hecho, es testigo único.-

Como viniera sosteniendo, estas probanzas que llevan al Juez a fundar su sentencia conforme la manda del art. 25 del CPP, surgen de la llamada regla de la "fuente independiente". En tal sentido, la doctrina tiene dicho: *"... La excepción de la fuente independiente funciona cuando al acto ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, aún suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (v. Gr.*

Confesión bajo tormentos, que indica el lugar donde se escondió el arma homicida) se puede igualmente arribar a sus consecuencias (v. Gr. Secuestro del arma) por vías legales independientes (v.gr. testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar). Conf. Hairabedián, Maximiliano,

"Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal", Editorial Ad

Hoc, Villela Editor, Buenos Aires, setiembre de 2002, pág. 67.----------

-------- Tal es el camino recorrido por el Dr. Gustavo CASTRO que encuentro acertado: en primer lugar el testimonio de C. F., quien reconoce a su agresor y sus pertenencias recientemente sustraídas – se encontraba descalzo – todo ello, corroborado a su vez por el testimonio de F., efectuando *a posteriori* la incautación irregular. ----------

---------- Continuando con el orden de los agravios, he de referirme al concepto de "banda", que agrava la figura del robo simple y que, critica la Defensa. El Dr. CASTRO efectúa un extenso mérito acerca de que entiende por "banda" y explica porque, mas allá de la indeterminación del número de personas que participaron en el evento o de su individualización, quedó demostrado que fueron más de tres. Así fueron sindicados A., DÍAZ y un tercer coimputado, en reconocimiento fotográfico, que el MPF explicó que se lo conoce pero no se pudo dar con él. No puede ligeramente descalificarse el testimonio de una víctima que declara bajo juramento de ley, cuando dice "se me vienen varios sujetos encima", teniendo acreditado además, que al menos son tres los agresores.---

---------- En este punto, soy de la idea que la banda consiste en un grupo de personas que aprovechando esa supremacía y seguridad que les da el número, acuerdan realizar un acto delictivo, con reparto de roles y dominio del hecho, por partes iguales, sin mayor premeditación ni preparación. En el caso que nos ocupa, resulta claro colegir que un grupo de hombres jóvenes en un número superior a tres, transitaban por la

calle en horas de la madrugada y al ver a un joven sólo llevando una motocicleta que no funcionaba, arremetieron contra él para desapoderarlo de sus pertenencias y cuando éste pudo salirse de esa situación, se dispersaron repartiendo el botín: uno la motocicleta, otro las zapatillas.---------- Soy de la opinión que el legislador, quiso penar mas severamente esa supremacía y seguridad que les da el número al imponer la figura de banda, sino, tal concepto no tendría sentido: alcanzaría con juzgar a los protagonistas como coautores de Robo y regirse al momento de la pena por el artículo 45 y concordantes del CP. Para dar sustento a mi postura, encuentro esclarecedora la siguiente cita: *"Subjetivamente, la banda requiere para operar que persiga la comisión de un delito determinado (robo o daño). En todos los casos, tanto la figura básica (CP, 164 y 183), como la agravada se requiere un actuar doloso y el conocimiento de la concurrencia de las otras personas al delito (FALCONECAPPARELLI, 2004:8). También, resulta menester la confluencia de voluntades y determinada conexión temporal de los intervinientes, que viene impuesta por la redacción típica. En el ejemplo que hemos proporcionado en el punto 5.1.1.2 si el dueño de la joyería es dormido o muerto el día anterior para que el otro interviniente cometa el hecho, el robo no se agrava por este motivo. Como tampoco se calificaría si el (los) que sustrae (n) desconoce (n) tal maniobra, siempre que sea (n) necesario (s) para conformar el número mínimo (CP, 47/8). En este aspecto, no creemos imperioso como la doctrina dominante lo sostiene, que deba existir un acuerdo previo, pues no existe ninguna razón normativa para vedar la posibilidad de conformar la bando por quienes obran tanto de forma premeditada, preordenada, simplemente resuelta o mediante un acuerdo sobreviniente a la comisión del hecho. Si el fundamento de la agravante puede regir en cualquiera de los supuestos mentados, por qué no aplicarla. Imagínese una persona que va a robar un banco, y en el momento en que se encuentra reduciendo al personal de seguridad y clientes mediante el empleo de armas de fuego, encuentra a dos amigos que lo ayudan (también con armas de fuego) a apoderarse de todo el botín, y hacer más eficaz el*

*control de la situación, la intimidación y la huida. ¿Podemos decir en este caso que no hay bando porque no existe un acuerdo previo?"*Alexis Leonel Simaz. El Concepto de "Banda" en el Derecho Penal Argentino. Editor Fabián J. Di Plácido. Edición Año 2007, págs. 180/181.---------- Sentada mi opinión respecto de este agravio, propongo al acuerdo se rechace la impugnación respecto de la calificante.---------- ---------- Por último, me detengo en el último agravio, esto es, la inconstitucionalidad del Art. 50 del CP, y como ya adelantara la Defensa, conocida es la postura de este Tribunal. *"La Defensa plantea la inconstitucionalidad de la reincidencia y en este sentido, ya se ha expedido la Cámara del Crimen de Puerto*

Madryn en los autos "Bonina, Victor p.s.a. Robo" (Expte nro. 19; Folio 104; Año 2006), decisorio que fue confirmado por el Superior Tribunal de Justicia, por el cual se rechaza el planteo de inconstitucionalidad en la causa de referencia (Expte. Nº 01/06 C.C.P.M). La suscripta ha tenido oportunidad de tomar postura en igual sentido, en los autos sobre unificación de pena causa "Soto Orellana, Juan Pablo p.s.a. Robo Agravado"(Expediente Nº 1, F° 112, Año 2006) por lo que me remito a aquellos fundamentos. En consecuencia el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia deberá ser rechazado". Del voto de la Dra. MARTOS en autos

"CORSO, C. Omar s/ Homicidio que resultó víctima" (Carpeta Nº 0556/07

OFIJU Legajo Nº 3.323/07 MPF).----------

---------- Igual postura fue sostenida en causa "Corso" por la Sala Penal del S.T.J., "Cabrera" y "Acosta Larroula" entre otras.----------

- Por consiguiente postulo la constitucionalidad del instituto en cuestión haciendo propios los argumentos contenidos en el voto de la Jueza MARTOS que fuera reseñado.----------

---------- En definitiva, considero debe

rechazarse la impugnación interpuesta en los términos referidos *ut supra* y confirmarse la sentencia recurrida. Así voto.---------- Corresponde además regular los Honorarios Profesionales de la Dra.

María A. LEYBA por su labor en la presente etapa de impugnación, estimando apropiado fijar sus honorarios en la suma de Ocho Jus (Ley XIII, Nº 15,

modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- ---------

------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:**---------- ----------

El primer agravio interpuesto por la Sra. Defensora estuvo dirigido a quitar del proceso como elemento de cargo el secuestro de las zapatillas que se encontraban dentro de la mochila que se le incautara a A., quien ya se encontraba detenido en la Seccional Policial, por haberse transgredido las normas que regulan constitucionalmente el debido proceso. Los detalles del planteo nulificante fue expuesto larga y detalladamente por quien iniciara el curso de los votos en esta sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito, sin perjuicio que constan en el escrito de impugnación y en el audio llevado a cabo en la audiencia correspondiente.---------- Tras el Acuerdo al que arribáramos luego de la deliberación con la Dra. TRINCHERI, tal incautación debe ser declarada nula por defectos serios en el proceder, violatorios de las normas que regulan ello. En efecto, se advierte, conforme surge del acta prevencional de fecha 31 de diciembre de 2011, que A. es detenido y trasladado a la seccional policial, junto a la mochila que portaba, y que, ya en el interior de la Institución, son incautadas las zapatillas que estaban dentro de la mentada bolsa.----------

---------- Que si bien es cierto las zapatillas ya habían sido advertidas dentro de la mochila por la propia víctima al momento del secuestro de ésta en el lugar, ello no permite de ninguna manera que la policía pueda meter mano en un objeto (mochila) que ya estaba bajo su custodia, so pena de violarse las garantías que prevé el Código para efectivizar dichos procedimientos. No existía ni urgencia, ni se apreciaba que pudiera contener un objeto

peligroso para los allí presentes – pues nada se dijo ni se dejó sentado sobre ello – por lo que la *necesidad* de ingresar en el ámbito privado ajeno sin orden judicial, sin urgencia y sin acreditar el porqué, esta claramente vedado. Como refiere la Defensa, debió solicitarse la orden judicial correspondiente. La mentada necesidad se tradujo en privación probatoria para el propio investigador. Obsérvese que las fotos de fs. 4/5 revelan la presencia de otros elementos dentro de la mochila, pero sin embargo el acta inicial nada refiere sobre ello. Me pregunto si el Juez de grado hubiera aceptado como válido el secuestro del celular que en el interior de la mochila se encontraba y si éste hubiese tenido trascendencia como elemento de prueba de cargo en esta u otra causa judicial. Seguramente que no.----------

---

---------- Misma posición se ha tomado en autos "VARGAS, Juan José y otro p.s.a. Robo Calificado. Pto. Madryn" (Expte. 54/2006 CCPM), donde se expresó: *"(...) la realización de determinados actos policiales o jurisdiccionales en el marco de cualquier investigación criminal exigen asimismo determinadas formas procesales para su ejecución. No se trata de meras construcciones antojadizas, sino que son incluidas en resguardo de garantías individuales y del debido proceso. Por ende, el máximo respeto de ellas son su consecuencia inevitable. En este caso, en principio la actividad prevencional se encontraba ajustada a las normas procedimentales, y de ello se encargan de dejar debida constancia; sin embargo, detenido que fue el presunto autor del hecho luego de una corta persecución, inerme luego de ser esposado previo al palpado en búsqueda de armas en su poder, cualquier acto que se iba a practicar en su persona debió ser autorización judicial mediante." ... "Las excepciones a partir de determinadas circunstancias que prevé el Código Procesal, entonces, no estaban*

proporcionadas. (...)".---------- ---------- ---------- Conforme vengo de expresar, corresponde declarar la nulidad de la incautación de las zapatillas marca Nike que se encontraban dentro de la mochila bien secuestrada al imputado A. el día del hecho. (Arts. 171 y 161 y ss. del C.P.P.).---------- ---------- Que frente a esta situación, la Defensa sumó otro agravio, cual fue que resulta inexistente la prueba de cargo respecto de la autoría y participación de su defendido en el proceso, en tanto los dichos de la víctima en el debate habían sido previamente revisados por la Fiscalía, restándoles en consecuencia espontaneidad y develación de primera mano. Agregó a ello que la propia declaración del encartado, quien da otra versión de los hechos, no se encuentra contrastada con otro elemento de cargo, por lo que no se ha arribado con el grado de certeza que la etapa exige para condenarlo.---------- ---------- ---------- Debo señalar en primer lugar, que sin perjuicio de la nulidad decretada por este Tribunal del secuestro de la zapatillas del denunciante, no fue esta ni la única ni mucho menos la prueba determinante para que el Juez tomara como cierto que el imputado resultó ser autor penalmente responsable del hecho.---------- El haberse extirpado del proceso el actuar practicado por el personal policial (secuestro irregular de las zapatillas), no significa *per se* que no existiera otra prueba que lo apuntara a A. como partícipe del suceso en carácter de autor. De un repaso del decisorio sobre este tópico, se observa que existió prueba independiente que así lo certifica. El Sentenciante evaluó además todas las circunstancias que ocurrieron, atendiendo principalmente a la declaración de la víctima, Señor C. S. C. F., quien de la parte pertinente vale rescatar lo siguiente: *"(...) Ese día, 31 de diciembre de 2011, a las 02.30 – 03.00 horas, mientras se trasladaba con su motocicleta se queda sin nafta por lo que tuvo que empujarla, al llegar a la esquina lo agarran diez vagos y le sacan la moto y las zapatillas, luego lo levanta un remisero hasta que encuentra a la policía, volviendo al lugar de los hechos, es ahí donde reconoce a uno*

de los que los había golpeado que tenía en su poder una mochila negra y estaba en un árbol orinando haciéndose que no sabía nada, ***la mochila media abierta y reconoce las zapatillas que estaban ahí*** *y a dos cuadras estaba la moto con otra persona. (...)".* La negrita me pertenece. Agregó el Juez sobre el particular, que al regresar al sitio, el propio testigo sindicó al imputado como quien antes le había sustraído las zapatillas, cuestión que también puso de relieve el Oficial de Policía Sr. F., además de observar el mismo preventor las zapatillas dentro de la mochila en el lugar de los hechos a la postre secuestrada.----------

---------- Fue claro el Juez CASTRO al subrayar el valor convictivo de las expresiones de la víctima, destacadas en el debate, pero también volcadas en el acta inicial, instrumento formalizado en tiempo próximo al hecho delictual. Ha sido contundente el testigo al manifestar cómo fue agredido por varias personas la noche del hecho, y cómo le sustrajeron en forma violenta su moto y luego sus zapatillas por parte del imputado A., a quien reconoció en forma inmediata; a tal punto que al regresar al sitio la propia víctima arremete a A. al reconocerlo como su atacante – conforme surge del audio de la audiencia de debate.---------- ---------- El croquis evidencia con claridad la situación que se hace mención, en particular el sitio donde son demorados ambos imputados y principalmente las expresiones de la víctima del hecho, como ya ha quedado suficientemente asentado.----------

---- Intrínseca y extrínsecamente el voto del Dr. Gustavo CASTRO se encuentra ajustado a las normas que el rito exige, con debida fundamentación lógica y legal (Art. 25 del C.P.P.), por lo que en este aspecto la impugnación debe ser rechazada.----------

---------- Fue discutida también por la Defensa la figura calificada prevista en el artículo 167 inc. 2º del C.P., esto es, que el hecho debe agravarse por haber sido cometido en poblado y en banda. Pues bien, en este sentido he de

compartir el postulado de la Defensa. La mecánica del hecho, descrita por la propia víctima, fue que en momentos de transitar por el lugar se quedó sin combustible en su motocicleta, siendo atacado inmediatamente por varias personas, quienes le sustrajeron la moto (DÍAZ) y las zapatillas (A.).---------- Este modo de actuar intempestivo, por varias personas, con gran violencia física, pero sin acuerdo previo o plan mínimamente delineado, no debe ser calificado como banda. Si acaso correspondería una pena mayor, entiendo que debió situarse esta cuestión dentro de las propias características que circundaron el hecho – magnitud del injusto propiamente dicho – y regulársela conforme lo prevén los arts. 40 y 41 del C.P., empero no dentro de la agravante del artículo 167 inc. 2º del CP.----------

---------- En anteriores pronunciamientos "B., Flavio David y otros p.s.a. Robo en grado de tentativa" Carpeta Nº 720/07 OFIJU, Legajo MPF Nº 5292/07 y sus acumuladas Carpeta Nº 632/07 OFIJU, Legajo Nº 4479/07 MPF, Carpeta Nº 331/07, Legajo Nº 2117/07 y Carpeta Nº 0748/07, Legajo Nº 5465/07 he dicho que *"no es necesario que se den las condiciones de la asociación ilícita para que el delito se agrave por el concurso de tres personas, pues lo necesario es una integración plurisubjetiva y organizada que le otorgue una mayor peligrosidad al apoderamiento, con un acuerdo previo de voluntades, división de tareas y un co dominio final del hecho, elementos indicativos y suficientes para sostener que los integrantes no ocasionalmente se encontraron para perpetrar el ilícito. Así me expedí en Causa "Yánez, Gustavo Raúl y otro p.s.a. Robo" Expte. Nº 129/04 CCPM. Como lo indicara en párrafos anteriores, B., M. y los dos menores K. y Q. no acordaron previamente qué iban a hacer, no establecieron un plan ni hubo entre ellos distribución de roles, simplemente llevaron a cabo el robo aprovechando solo la ocasión en la que Schumacher se desplazaba de noche, solo, por un lugar con poca visibilidad, sin tránsito de personas, pero ello no fue planificado con anterioridad, proyectado, ni mucho menos preordenado. Esta ha sido también la postura de esta Cámara en lo*

Criminal en autos "Vergara, Víctor y otro p.s.a. Robo la que fue confirmada por el S.T.J. mediante Sentencia Nro. 72 de diciembre de 2.006."---------- ---------- Este criterio exige que debe realizarse una valoración *ex ante* de la actividad que desarrollaron los responsables del suceso, la que no advierto en el caso pueda encuadrar, conforme los lineamientos dichos, dentro de la banda. Lo que ocurrió luego de la sustracción, llevándose uno de los autores la moto y el otro las zapatillas de la víctima, no la aprecio como una supuesta división de tareas, plan previo o acuerdo o consenso alguno que pueda encuadrar dentro de la agravante por la que fuera condenado A..---------- ---------- En tanto he quedado en minoría respecto a la quita de la agravante, pasaré directamente a sufragar sobre el último agravio interpuesto por la Sra. Defensora Oficial.---------- ------ Tal como lo han dicho los colegas preopinantes, entiendo que también debe ser rechazado el planteo relacionado a la pretensa inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia. Bien se ha pronunciado el Juez sentenciante en ese sentido, conforme a las normas legales y constitucionales que regulan la cuestión en análisis. Tal como lo he sostenido en causas "Corso, C. Omar s/ Homicidio que resultó víctima", "Montoya p.s.a. Abuso sexual"; "Soto Orellana, Juan Pablo p.s.a. Robo Agravado" y "Acosta Larroula y otros p.s.a. Robo" entre otras, 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. Agregando más a lo expresado, 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 negrilla 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. (...)". El propio Superior Tribunal de

Justicia Provincial se ha expresado en tal sentido.---------- ---------- ------ En relación a la medida de los honorarios, comparto lo propuesto por el primer votante. Así lo voto.---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por

mayoría el siguiente:----------

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

----- **I) DECLARAR LA NULIDAD de la incautación de las zapatillas (Arts. 161, sig. y cc.del C.P.P. y 46 de la C.Prov.**---------- ---------- **II) RECHAZAR** la impugnación impetrada por la Defensa del imputado **C. N. H. A.** a cargo de la Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA con costas (art. 385 y cc del C.P.P.).----------

---------- **III) CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 66/76 por el Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO, registrada bajo el Nº 36/2012.----------

---------- **IV) IMPONER** las costas a **C. N. H. A.** (art. 241 del C.P.P. Ley 5.817), y **REGULAR** los honorarios de la Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA en la suma de Ocho (8) Jus por su actuación en esta etapa (conf. Ley V Nº 90, antes Nº 4920 en conc. Con Ley XIII Nº 4 y arts. 239, 240, 241 del CPP).----------

---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública

proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del

Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY (Art. 331, último parte del C.P.P.).----------

Rafael LUCCHELLI **Flavia Fabiana TRINCHERI**
Juez de Cámara **Presidente de Cámara**

Ante mí:

Stella M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº_____ CPPM DEL AÑO 2012. CONSTE.-

Stella M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara