En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de abril de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y María Elena Nieva de PETTINARI** , Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de los **Legajos de Investigación Fiscal n° 28.141 y 19.278 carpetas individuales n° 3.162 y 2.002**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación, la Sra. Fiscal General, **Dra. Ana Cecilia Codina** y la Sra. Defensora Pública **Dra. María Matilde Cerezo**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 23 y 29 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. R. L., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación

interpuesta por la Defensa de J. R. L. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de impugnación interpuesta por la Dra. María Matilde Cerezo, Defensora Pública, asistiendo técnicamente al Sr. *J. R. R. L.* en la Carpeta individual Nº 3162 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, en la que se encuentra acumulados los casos Nº 19.278, caratulado "CRIA PRIMERA S/ INV. HURTO EN GDO DE TTVA R/D COMERCIO QUONAM", Nº 20.051, caratulado "A. A. J. A. S/ HURTO
EN GRADO DE TENTATIVA" y Nª 28.141, caratulado "A. P. A. S/HURTO EN GDO DE TTVA", contra la Resolución dictada por el Juez Penal Dr. José Rago, de fecha 21 de mayo de 2010, que **declara reincidente por primera vez** a su pupilo (art. 50 CP) en oportunidad de aceptar el juicio abreviado celebrado por las partes por los hechos ocurridos en esta ciudad los días : diecisiete de Diciembre de 2008, en perjuicio de Supermercados TOTAL; el siete de Febrero de 2009 en perjuicio de la Sra. M. C. G. y el tres de Mayo de 2010 en perjuicio de la Sra. L. C., tipificados

como Hurto en grado de tentativa en concurso real (tres hechos) previstos y penados en los arts. 42, 55 y 162 del Código Penal.-

Que el Juez Penal concede la impugnación interpuesta (art. 384 del CPP).-

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, el tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.

Que la recurrente –en lo que aquí interesa- en extenso escrito, expuso los siguientes puntos de agravios: "1.- *El Sr. Juez declara reincidente a mi asistido, lo que resulta inconstitucional en el caso, porque vulnera seriamente el principio de culpabilidad, el principio "ne bis in idem", el principio de igualdad y la violación del fin de la pena. Y la consecuencia es la revocación de la declaración de reincidencia en atención a lo dispuesto en los artículos 16, 18, 19 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 10 inc. 3 y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 inc. 6 y 8 inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 18 incisos 4 y 9, 22 y 44 de la Constitución Provincial; 1, 432 y 433 del CPPCh. DH; y, con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957 –reglas 63 y siguientes-.* 2.- *El Juez de juicio desconociendo la garantía del debido proceso de mis asistidos y la razonabilidad de los actos de gobierno, arbitrariamente resuelve declarar constitucional el art. 50 CP.- Esta resolución es arbitraria por no encontrase motivada, carecer de fundamentación, y no respetar el método impuesto por el art. 25 CPP.- Y la consecuencia es la nulidad de la declaración de reincidencia (art. 10 Const. Pcial. y art. 164 CPP), por el*

desconocimiento de los principios y garantías de debido proceso, razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 1,2,25 CPP, ley 5478; 44 y 169 Constitución Provincial; arts. 1,18 y 75 inc. 22 CN y art. 14 PIDCYP, art. 8 CADDHH). 3.- *El Juez de Juicio arbitrariamente resuelve la declaración de mi asistido como reincidente sin haber comprobado fehacientemente los presupuestos que importan la reincidencia. Esta falta de comprobación también evidencia una falta de fundamentación del fallo, ya que contraviene lo dispuesto por el art. 25 CPP, porque la resolución no resulta una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la causa…".*-

Pasa a analizar cada uno de los tres casos que componen el concurso real (descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurridos los mismos), para pasar al tratamiento de cada uno de los agravios ya citados, remarcando las consecuencias de la resolución en crisis; así dice: *"… Agravia a mi asistido que el juez de juicio declara* ***reincidente*** *por primera vez a mi asistido, estigmatizando al mismo con una figura legal que lo priva para acceder en el futuro al beneficio de la libertad condicional y rechaza el pedido de declaración de inconstitucionalidad efectuado por la Defensa, sin fundamentación alguna… Cualquiera que sea la explicación que se intente, lo cierto es que la aplicación del caduco instituto de la reincidencia importa que un primer hecho, ya juzgado, es nuevamente puesto a cuenta del condenado por un segundo delito lo que resulta vedado por imperio del "ne bis in idem"… Asimismo, la reincidencia importa el forzamiento del principio de culpabilidad para entronar encubiertamente la adscripción del sistema,*

lisa y llana, al derecho penal de autor… También se ha afectado la norma constitucional contenida en el artículo 16. Tal como explica Ferrajoli, un Derecho penal garantista no puede admitir la existencia de normas constitutivas (opuestas a las regulativas), debido a que éstas no vetan sino que castigan inmediatamente. Es decir, no prohíben un actuar sino un ser. La regularidad de las normas penales es una condición de su generalidad y, con ello, un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son… La incorporación de los pactos a la Constitución Nacional ha puesto fin a la disputa sobre cuál es el sentido de la pena de acuerdo a la norma constitucional. Hoy no hay discusión posible sobre el punto. La "readaptación social" ha sido consagrada constitucionalmente (art. 75 inc. 22. CN; art. 10. 3, PIDCP; art. 5.6, CADH; y, con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957 –reglas 63 y siguientes-, entendida como la posibilidad de evitar la aplicación de penas disocializadoras, y éste es el sentido de la pena una vez aplicada. Así las cosas, la readaptación social no es ningún fin de la pena sino un deber del Estado frente al condenado de proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización (Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Ed. PPU, Barcelona, 1996, p. 101)… No solo en el caso no es aplicable el Instituto de la reincidencia ya que el mismo contrapone normas constitucionales agraviando a mi asistido, sino que la constitucionalidad de la declaración de reincidencia fue dictada sin fundamentación alguna… En los considerandos el Sr. Juez manifestó: "Teniendo en cuenta que la pena impuesta por el Tribunal

Santacruceño fue de cumplimiento efectivo, no obstante no haberse dado cumplimiento a determinadas pautas fijadas en la Ley de Ejecución Penal como es la

24660, para la exigencia prevista en el art. 50 del Código penal de la Nación para declararlo reincidente resulta suficiente que la persona haya cometido un delito y haya sido penado por ese delito y haya cumplido total o parcialmente la pena impuesta y que al momento actual no haya transcurrido el mínimo de cinco años como aconteció dado que esta condena es del año 2008 y los hechos que se están juzgando en el día de la fecha los tres son posteriores a esa fecha. Por eso estimo que la existencia de una condena anterior y habiendo cumplido en todo o en parte en forma efectiva dicha pena corresponde la declaración de su reincidencia en esta ocasión y esa circunstancia de ningún modo agrava la aplicación de la pena que se ha acordado y la que este Tribunal va a avalar. No encuentro que en este caso concreto haya una violación de principios constitucionales en relación al Sr. L. por lo que no corresponde la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. pedido por la defensa en virtud que, teniendo en cuenta esta declaración de reincidencia la pena a aplicar de ningún modo se ve agravada la situación del imputado. Eso si podría afectar en el futuro o una vez que se hayan reunidos distintas sentencias condenatorias que allí habría un agravamiento; pero en este momento no se agrava de ningún modo la declaración de reincidencia respecto de los tres legajos que estamos analizando ***de modo que no corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad, por falta de agravio.*** *De cualquier modo el Tribunal tiene presente la postura de la*

defensa en ese sentido"... El Ministerio Fiscal solicitó la declaración de reincidencia al Sr. Juez, y fundó su petición únicamente en el informe del registro Nacional de Reincidencia, que únicamente ofrece un testimonio de la Sentencia en la causa 3183/08 de la Cámara Criminal de la Primera Circunscripción

Judicial de Santa Cruz, en la que se informa que se condenó al Sr. J. R. R. L. a la pena de 8 meses de prisión de

cumplimiento efectivo por ser autor penalmente responsable de los delitos de hurto simple reiterados –dos hechos- (arts. 162 y 55 del CP). Dicho informe dice que el delito se cometió el 03/04/08 y que la sentencia quedó firme el 18/12/08. Mi asistido en la audiencia declaró que el mismo nunca cumplió condena que el estuvo en prisión preventiva y que después de que firmó, lo que suponemos que es un juicio abreviado, quedó en libertad y que para ese momento ya estaban pasados, por unos días los ocho meses de prisión que había firmado. El Ministerio Fiscal no acreditó los tiempos de detención, respecto del antecedente informado por el registro Nacional de Reincidencia. Al no contar con informes del cumplimiento de pena se ignora completamente si en algún momento cumplió condena o si el tiempo cumplido en prisión preventiva fue computado a los efectos de la condena". Cita a continuación sobre el punto un fallo de la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad en el Expte Nº 32/01 "Reimapo" cuya sentencia del 7/8/01 sostuvo que no corresponde la declaración de reincidencia en función de no haberse acreditado debidamente el cumplimiento de pena –precedente "Díaz" del STJ de esta Provincia del

Chubut; al igual que más jurisprudencia sobre igual tópico. En conclusión solicita la recurrente se revoque dicha declaración, haciendo expresa reserva del caso Federal.

Por su parte, la Dra. Ana Cecilia Codina, Fiscal General, al contestar el emplazamiento a tenor del art. 384 del CPP, rechaza cada uno de los agravios interpuestos por la impugnante, cita también alguna jurisprudencia que avala su postura y solicita la confirmación de la sentencia condenatoria y la pena impuesta.

Emitiré mi voto.

Que concedido por el aquo el remedio impetrado, han ratificado las partes, los argumentos expuestos en sus respectivos escritos en oportunidad de la audiencia fijada conforme al art. 385 del CPP.

El recurso que se examina debe prosperar de acuerdo al temperamento arribado en el curso de la deliberación.

Hemos de partir por tanto que nos encontramos ante el contenido de un juicio abreviado sobre los puntos sobre los cuales medió expresa conformidad del interesado: la calificación legal y la pena que en definitiva se le impuso. Y así al haber exteriorizado libremente, tanto el imputado L. como su defensora, la voluntad de concluir el referido concordato en la forma en que fue plasmado, cualesquiera que fuesen las razones que a ello los determinaron, no puede la fiscalía -o la otra parte- intentar modificar, a posteriori y según su conveniencia, los términos en que aquél fue pactada. “Autorizar una modificación como la aquí pretendida implicaría vulnerar las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio de la contraparte, que prestó su consentimiento respecto

de la totalidad de los puntos motivo de la conciliación". (cfr. CNCP SALA I causa Nº 4966 "Samperi, César Damián s/recurso de queja", reg. Nº 6208, del 26/9/2003).-

Debo remarcar como ya lo he expresado, algunas consideraciones que vienen a abrevar sobre conceptos de lo que es el juicio abreviado.-

La plataforma fáctica sobre la que las partes consensuaron el acuerdo y monto de la pena -principio de culpabilidad-, no autoriza al juez en su rechazo al mismo a fundamentar que, desde su apreciación probatoria, debiera corresponderle al imputado una *pena superior a la requerida*; destruyendo por tanto el acuerdo acordado, que es la esencia del procedimiento abreviado. De tal suerte entonces, cabe subrayar que el juez penal podrá rechazar el acuerdo consensuado siempre y cuando advierta la falta de presupuestos formales, como ser que las probanzas realizadas durante la investigación preparatoria carezcan de seriedad como para arribar a una decisión condenatoria en contra del encartado, más en ningún caso en consideraciones de fondo, como ser que no comparta con el Fiscal la calificación legal del hecho.

Enseña Ferrajoli que "la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto lógico y estructural de todos los demás". La garantía de la separación, prosigue, "representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto de las partes de la causa" y, por otra, "un presupuesto de la carga de la

imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio".-

En el trabajo publicado por Tobías José Podestá "**PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS. EN BUSCA DEL CAMBIO"** (EL PROCESO PENAL ADVERSARIAL Lineamientos para la reforma del sistema judicial, Tomo I Prólogo de ALBERTO BINDER RubinzalCulzoni Editores, págs. 385/409), leemos: " ... se le debe prestar mucha atención al trámite de los acuerdos abreviados, ya que los mismos se podrán sustanciar y resolver en una audiencia oral y pública, que se regirá por los principios de concentración e inmediatez, evitando la delegación de funciones. En principio, no tendría que haber ningún obstáculo para que las partes delimiten el acuerdo de modo informal, pero el ámbito propio para que las partes lo formalicen, acrediten los requisitos de admisibilidad y luego sea resuelto por el juez, sería en una audiencia oral y pública. Adecuar la sustanciación de los acuerdos a la celebración de una audiencia con esos alcances, tiene innumerables ventajas. Como primera cuestión, se elimina el procedimiento escrito y se permite la publicidad de los actos del Estado con intervención del público. Esta consideración de por sí permitiría quitarle al proceso abreviado el estigma inquisitivo que muchos autores le han atribuido ... En esas audiencias se debería constatar la libre voluntad del imputado, si las partes, en especial aquél, ha estado en igualdad de armas para negociar y que el acuerdo no haya tenido algún vicio que lo hubiera puesto en crisis. Además, en la propia audiencia, las partes ante el juez y la presencia del público que pretenda asistir concentrará la discusión del acuerdo abreviado y su

resolución, pudiendo subsanarse, en esa oportunidad, cualquier obstáculo u omisión de algún requisito de admisibilidad, sin llegar a tener que hacer uso de dilatorias y fatigables vistas a las partes o bien rechazar el acuerdo. En el supuesto de que se cumplieran todos los recaudos de admisibilidad, el magistrado debería adoptar algún temperamento bipolar: condena o absolución, no resultando necesaria una posición intermedia, como es actualmente fijar audiencia de juicio para tomar mejor conocimiento de los hechos ... Lo antes señalado tiene relación con el material probatorio necesario para sustentar un acuerdo abreviado ... La investigación penal preparatoria tendría que tener por objeto determinar si hay base suficiente para poder llevar a juicio un caso, recolectando los elementos probatorios que permiten fundar la acusación y la defensa del imputado. No tendrían que tener carácter probatorio ya que no constituirán elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, sólo lo tienen aquellas pruebas que son producidas en la audiencia de juicio. Por ese motivo, debería estar sujeta a la menor cantidad de formalidades posibles. Dentro de dicho ámbito preliminar, el fiscal debería practicar las diligencias y actuaciones de la investigación que no tengan contenido jurisdiccional ... La imputación deberá sustentarse en la prueba informal recogida durante la instrucción y en la confesión del acusado ... La voluntad común, tanto de la acusación como de la defensa, legitiman ante el juez toda la actividad probatoria desarrollada en la instrucción, incluso aquella recibida sin el control de una de ellas. En definitiva, una instrucción totalmente informal seguida de un juicio abreviado implicaría “solucionar el conflicto penal” con la voluntad de las partes involucradas y sin tener que efectuar una

producción de prueba en forma directa ... Sin perjuicio de todo lo expuesto, no todo tiene que ser objeto de modificaciones. Como está regulado actualmente, la pena que imponga el juez no podrá superar, bajo ningún supuesto, la sanción acordada por las partes, aunque no tendría ningún obstáculo de aplicar una menor o de otro tipo ... ”.-

Dicho esto he de concluir que nuestra ley ritual Nº 5478 prevé expresamente en sus diversos artículos que ya he hecho referencia, y a los que sumo los del Libro I, Título I (17, 18 etc.) precisamente todo lo reseñado por el autor arriba citado, remarcando que en el caso bajo análisis resulta de toda evidencia que el juez penal ha excedido, en su análisis, el marco de razonabilidad sobre la procedencia del instituto del juicio abreviado, abordando en aquél extremos que le están vedados pues la ley ritual autoriza el rechazo del acuerdo cuando sea perjudicial para el imputado toda vez que dicha especie está concebida en su favor, y no procede para habilitar la realización del contradictorio ante la posibilidad de que allí su situación se torne más gravosa. En apoyo de ello estimo pertinente destacar que “... *siempre que la calificación legal aplicada por el órgano jurisdiccional difiera de la que postuló el fiscal en el acto acusatorio, violará el derecho de defensa cuando el tipo penal escogido, aún cuando a él se adecue el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos o normativos que le otorguen al suceso un alcance diferente agravando la situación del acusado ...* ”
(cfme. Eduardo M. Jauchen, “El Juicio Oral en el Proceso Penal”, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 61).-

En el subexámine surge de la lectura del acuerdo de

juicio abreviado (fs. 18/19), y suscripta de puño y letra por las partes, que la cláusula 4° dice así “Se hace saber a S.S. que el Señor Ríos L. registra una condena (de fecha 9 de diciembre de 2008) en la Cámara Criminal Primera de la localidad de Río Gallegos en la causa N° 3183/08 de ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo por un hecho cometido en fecha 3 de abril de 2008 en esa ciudad, pena que conforme fuese informado desde dicho Tribunal ha sido purgada”. Y ya en la audiencia de juicio abreviado, a tan sólo cuatro días después de lo reseñado, es que la Señora Fiscal solicita la declaración de reincidencia.-

Volviendo a remarcar por tanto el acuerdo de juicio abreviado entre las partes, el exceso de la Fiscalía y que llevara al Juez Rago, en escueto fundamento pero fundamento al fin, a declarar reincidente a L. , extralimita la facultad del órgano jurisdiccional para resolver sobre algo que escapa al acuerdo; y menos aún la Señora Fiscal traer a esta instancia un instrumento carente de toda formalidad -informe documental- con el que pretende dar argumento válido a la resolución del *a quo*, que evidentemente está viciado.-

Resulta imprescindible reflexionar sobre la importancia de dos institutos para la resolución de conflictos, y me estoy refiriendo tanto a la probation como al juicio abreviado, que resulta de buena práctica operacional, que en el caso del primero es la Defensa la que toma todos los recaudos para llevarle a la contraparte la proposición de canalizar la resolución del conflicto; ello abarca entre otros ítems, de los standards, que se tienen en cuenta: informe socioambiental, laboral,

escolar, etc. En el segundo caso, por lo que se concreta a lo largo y a lo ancho de nuestro país, sucede precisamente lo contrario; es decir es la Fiscalía la que reúne todos los elementos necesarios para que los mismos pudieran interesarle a la defensa y al imputado y, de tal forma, llegar a concluir el conflicto. En el caso que nos ocupa, evidentemente el consenso fue posteriormente modificado vulnerándose con ello las garantías del debido proceso y Defensa en juicio.-

Por último resta consignar sobre el punto que llama la atención, asimismo, que hace ya más de dos décadas que este Tribunal -en cualquier conformación- ha establecido y así lo ha marcado también la ley N° 23057 que se ha abandonado el sistema de la reincidencia ficta, tradicional en nuestro derecho, y se lo reemplaza por la reincidencia real. Esta se concreta con sólo el cumplimiento parcial de la condena anterior. A fin de sintetizar y evitar incursionar sobre su eventual inconstitucionalidad por devenir abstracto, corresponde revocar la resolución en cuanto declara reincidente a **J. R. R.**

L. . Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Adhiero al criterio expuesto por mi colega preopinante, teniendo en cuenta para ello que muy tempranamente, luego de la sanción de la ley 23.057, modificatoria del art. 50 del CP, nuestro S.T.J. declaró que dicha reforma consagraba “el régimen de la reincidencia real, que requiere, por lo menos, el comienzo de cumplimiento efectivo de la pena precedentemente impuesta, para que el nuevo delito haga adquirir carácter de reincidente al autor…” (causa;

“Jones, Domingo y otros s/ denuncia”, Sentencia del 7/9/84, voto del Dr. Ernesto Federico Russ, publicado en “Derecho Penal” de José Ferreyra, Jurisprudencia del STJ, Tomo I, Pág 251).-

Precedente que fuera seguido en numerosos fallos posteriores, en los cuales se señaló que el encierro sufrido “en términos de pura prisión preventiva”, resulta insuficiente para provocar la hipótesis querida por el legislador penal, cuando alude al cumplimiento de pena anterior como requisito para la declaración de reincidencia (causa “Quiroga Miguel Ángel s/ Estafa”, Sentencia del 29/10/91, voto del Dr. Torrejón).-

También esta Cámara, con su anterior competencia como tribunal de juicio, se expidió en el mismo sentido, (v.g en las sentencias n° 4/99, 69/02 y 47/05.-

Entre otros muchos antecedentes en el mismo sentido, podemos citar el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, de fecha 20 de febrero de 2004, en la causa “Farías Gustavo A.”, en la que se resolvió que correspondía “revocar la resolución que declaró reincidente al procesado, debido a una condena anterior en la cual se tuvo por compurgada la pena con el tiempo de prisión preventiva, pues la privación de la libertad en detención o prisión preventiva, computable a los fines de la condena, no importa cumplimiento de la pena en los términos el art. 50 del Cod.Penal, al no poder ser identificada con la pena debido a que ambas formas de restricción de la libertad se diferencian en las finalidades que persiguen” (publicado en suplemento “La Ley” de Derecho Penal y Procesal Penal, julio de 2004, pág. 63).-

Más adelante, la jurisprudencia citada recuerda que este criterio recoge "la doctrina del plenario 'Guzmán' de la Cámara de Apelaciones de lo Criminal y Correccional", seguido por las diversas salas de la Cámara de Casación Penal, entre otros en los casos "Pajón" de la Sala III, "Sarmiento" de la Sala I, "Maran" y "Abet" y de la Sala IV a "Montenegro" y "Borgo". Y más recientemente, también la CSJ tuvo oportunidad de pronunciarse en esta materia, en el caso "Mannini, Andrés Sebastián s/ causa 12.678, M. 619 XLII, Sentencia 17/10/07", Fallos 330: 4476, citado por la Sra. Defensora Pública impugnante en su memorial de agravios.-

Allí se criticó que: "Al extender el concepto de 'pena' a encierros de diversa *ratio* a los fines del art. 50 del Cod. Penal, los tribunales de la causa han prescindido sin razón valedera de la letra de la ley, consagrando una exégesis irrazonable del texto legal que, por cierto, se aparta de los precedentes de CSJN-Fallos, 308: 1938; 311, 1209 y 311: 1451, a cuya doctrina los jueces deben conformar sus decisiones" (del *dictamen* del Procurador Fiscal cuyo fundamento comparten y hacen suyo el voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Zaffaroni).-

También se recordó en este precedente que: "Según la Corte lo ha reconocido, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquella contempla. Debe repararse que el art. 50 del Cód. 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. Si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios cuya utilidad para conocer su recto sentido y alcance ha sido siempre reconocida (CSJNFallos, 321: 2594; 323:3386; 325:2386), el senador De la Rúa señaló que '…debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia…' –Diario de Sesiones del Senado de la Nación, p. 578-."-

En su análisis del fallo citado precedentemente, bajo el título: "El fallo 'Mannini': algo más acerca del problemático instituto de la reincidencia", Santiago Vismara concluye que: "En definitiva, solamente puede dar lugar a reincidencia una pena privativa de la libertad impuesta en forma efectiva –cualquiera sea su denominación: prisión o reclusión- que haya sido cumplida –al menos en parte- en carácter de condenado. Ello ha llevado a que se sostenga, acertadamente, que… (no habría) cumplimiento parcial cuando el imputado, luego de la sentencia condenatoria, hubiera estado privado de su libertad, si su liberación se concreta finalmente –por ejemplo, en virtud de que se le concede una libertad asistida o una excarcelación- antes de que el fallo quede firme"

-con cita de jurisprudencia de la CN Cas Pen, Sala IV, en la causa "Hermosid, Eduardo C.", publicada en LL, 1999-F-577-.-

II.- Por lo expuesto, adhiero fundadamente al voto precedente, en sentido afirmativo a la cuestión planteada.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo: I.- En primer término, debo decir que coincido con el sentido en que se han expedido los colegas que me precedieron en orden de sufragio, tal como quedara en claro del adelanto de la parte dispositiva de este acto.-

Luego, que el presente caso resulta bastante llamativo, pues se trata de un acuerdo de juicio abreviado que fue homologado por el Juez, aunque al hacerlo le agregó la declaración de reincidencia por primera vez (art. 50 del CP), tema sobre el que las partes nada habían acordado. Fue en la Audiencia respectiva en la cual la Sra. Fiscal peticionó la mentada declaración, la Defensa solicitó la inconstitucionalidad del art. 50 del CP., y el Magistrado resolvió tal lo expuesto.-

La Letrada impugnó la decisión, insistiendo con la tacha aludida respecto del instituto, además de considerar que el mismo devenía inaplicable pues L. , si bien registraba una condena previa, no había recibido tratamiento carcelario. Incluso la propia Fiscal al responder los agravios, como en la Audiencia prevista en el art. 385 del orden adjetivo, sostuvo que la pena que le fuera impuesta al acusado por el Tribunal con asiento en la ciudad de Río Gallegos, Pcia. de Santa Cruz, se dio por purgada en virtud del tiempo transcurrido por aquel en prisión preventiva.-

II.- Si partimos de la base que el art. 355 del CPPCh. dispone que la condena a la que se arriba merced a un acuerdo de Juicio Abreviado nunca puede superar la pena requerida por el Fiscal, es posible

evaluar que en el sub-lite ha ocurrido precisamente eso, el acusado obtuvo un pronunciamiento jurisdiccional mas gravoso que el pactado por él, su Defensor y el representante del Ministerio Público, ya que resulta evidente que no es lo mismo ser reincidente que no serlo.-

En todo caso, si el Magistrado hubiese considerado que el acuerdo no se enmarcaba en el sendero de la legalidad, debió decidir su rechazo, y si por el contrario, hubiera aceptado sus términos, no debería haberlo modificado.-

III.- Pero todo esto pierde importancia, tanto como la planteada inconstitucionalidad del art. 50 del CP., en tanto el caso encuentra solución en la distinción, que se realiza de larga data, entre el criterio de la reincidencia "ficta" y de la reincidencia "real".-

El Magistrado claramente se inscribió en el primero, pues adujo como fundamento de la declaración la existencia de una condena. Este Tribunal en plurales precedentes, algunos de los que han sido citados por los colegas preopinantes, tiene pacífica postura en favor del otro, el criterio de la reincidencia real, pues solo el sometimiento a tratamiento carcelario previo podría justificar, sin perjuicio del análisis de constitucionalidad del instituto, la declaración referida, pues el fracaso del mentado tratamiento debería ser su antecedente, en tanto el condenado no ha logrado aún las condiciones de resocialización.-

Quedando a todas luces claro entonces que L. estuvo en condición de cautelado hasta el día de la condena, la cual se le dio por cumplida en atención a dicha prisión preventiva sufrida, lo cual significa que no fue sometido a tratamiento carcelario alguno, la

declaración de reincidencia decidida carecía de fundamento, por lo que debe ser revocada. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado J. R. R. L. y revocar la sentencia Nº 33/10 dictada en fecha 21 de mayo de 2010, dejando sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto al mencionado (arts. 50 a contrario sensu del cuerpo legal citado).-

Corresponde además regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, su incidencia en el resultado del proceso, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de dos mil pesos ($ 2.000).- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8). Asimismo se debe tener presente la resera de caso federal.-

A la **SEGUNDA** cuestión el **Dr. PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado arribado corresponde hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. R. R. L. y en consecuencia revocar la sentencia Nº 33/10 dictada en fecha 21 de mayo de 2010, dejando sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto al mencionado (arts. 50 a contrario sensu del cuerpo legal citado). Tener presente la reserva del caso federal formulada de la recurrente y la regulación de los honorarios profesionales.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribadocoincido con mis colegas preopinantes en hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado L. y revocar la sentencia Nº 33/10 dictada en fecha 21 de mayo de 2010, dejando sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto al mencionado (arts. 50 a contrario sensu del cuerpo legal citado); y en lo que respecta a la regulación de honorarios.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **J. R. R. L.**, contra la sentencia Nº 33/10 dictada en fecha 21 de mayo de 2010 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).-----

2º) REVOCAR el mencionado decisorio dejando sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto del acusado **J. R. R. L.** (arts. 50 a contrario sensu del cuerpo legal citado).-**3º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Oficina de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($ 2.000).----------

----------**4º) Cópiese**, protocolícese, notifíquese y devuélvase a la Oficina Judicial.-