En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 17 días del mes de julio del año dos mil trece, el Tribunal de la Cámara en lo Penal con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, integrada por las Dras. Carina Estefanía y Nelly García y como presidente, el Dr. Florencio Minatta, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. en el caso "L., S. M. s/ robo agravado (Carpeta N° 2399- Legajo Fiscal N° 22.072) de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr. Adrián Cabral y el Defensor General Dr. Fernando Serer, en representación del condenado J. A. F..

Y CONSIDERANDO

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 2 de julio del año dos mil trece, en la que el Dr. Fernando Serer sostuvo y ratificó en todas sus partes el recurso de impugnación interpuesto en su momento, contra la sentencia de primera instancia dictada por el tribunal colegiado integrado por los Dres. José Rago, Alejandro Rosales y la Dra. Patricia Susana Asaro, de fecha 22 de octubre de 2010, que obra a fs. 134/166, protocolizada bajo el número 60 año 2010 de la Oficina Judicial, que condenó J. A. F., a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo, con accesorios legales y costas; arts. 12 y 29 inc 3 del C. Penal por hallarlo coautor penalmente responsable del delito de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo de ningún modo por acreditado; arts. 166 inc 2 in fine del C. penal, por el hecho cometido el 10 de julio de 2009 en la farmacia X, ubicada en X y X, de Comodoro Rivadavia, declarándolo reincidente conforme art. 50 del Código Penal Argentino.

El Defensor Fernando Ferrer en la audiencia ratificó el escrito de impugnación presentado el 16 de noviembre de 2010 al presentar el recurso ordinario contra la sentencia de responsabilidad y de pena.

Insistió nuevamente con su planteo que se traten en esta oportunidad la impugnación de actos realizados en la etapa preparatoria que fueron rechazados en su momento, como la ilegalidad de la detención de su defendido en Trelew y el reconocimiento fotográfico efectuado en sede policial.

Pasando después a la crítica de la sentencia de responsabilidad por tener fundamentación insuficiente y arbitraria, los jueces no tuvieron en cuenta las diferencias sustanciales que existen en las descripciones físicas de los autores del hecho previo a los reconocimientos, sobretodo la descripción de las vestimentas , si tenía gorro como le vio el pelo corto, lo reconocen por el color de piel, tez trigueña, hay muchos que tienen ese color de piel, por lo que concluye que influyó en los testigos la imagen que vieron en las fotografías.

En cuanto a la pena se queja de los agravantes que tuvieron en cuenta, dijo que la falta de arrepentimiento no puede ser una gravante, hacen una doble valoración no permitida al considerarlo reincidente y a la vez valorar como agravante los antecedentes.

Solicitó que se revoque la sentencia y en caso contrario se lo condene al mínimo legal, es decir tres años, o a lo sumo se le imponga la misma pena que a su consorte de causa L. tres años y seis meses.

El Fiscal General Dr. Carlos Adrián Cabral al responder ratificó el contenido del escrito presentado oportunamente y dijo que el recorrido fotográfico es una medida de investigación y no de

prueba, que no estaba individualizado con anterioridad por eso se decide hacer el recorrido fotográfico, que se les mostró albúmenes y no fueron inducidos, se labró acta conforme los requerimientos del código.

Sostuvo que no puede sostenerse la nulidad de la detención por cuanto la misma se basó en la gravedad del hecho, la violencia en las víctimas, que el sujeto no era del lugar y se escapa efectuando disparos, los que eran motivos suficientes para detenerlo. Continuó diciendo que J. A. F. fue detenido en Trelew el 22 de julio de 2009, compareció el 23 de julio ante el Juez Penal Dr. Sergio César Pineda y con presencia de su defensor el Dr. A. M. se lo anotició del hecho y de sus derechos, indicándosele que en esa fecha se iniciaron los trámites de extradición a Comodoro previstos en la ley 20.171, una vez en Comodoro otra jueza penal, consideró que se encontraban vigentes los peligros procesales consignados en el art. 220 del C.P.P. y dictó su prisión preventiva.

Concluyó que la mera discrepancia con lo resuelto por el juzgador no es suficiente para descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido ni para tildarlo de arbitrario, fueron tratados todos los planteos efectuados por la defensa y se ha basado en la prueba producida.

En cuanto a la pena dijo que se tuvieron en cuenta como agravantes la violencia ejercida sobre las víctimas, que tenía medios de vida, tenía trabajo, los antecedentes deben valorarse como agravantes porque no se ha motivado en la norma, no es doble valoración porque la reincidencia es diferente.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia

condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación, en primer término la Dra. Nelly García, en segundo lugar la Dra. Carina Estefanía y finalmente el Dr. Florencio Minatta.

La Dra. García dijo: En cuanto al cuestionamiento de los motivos de la detención de F., considero que la Dra. MA. Suárez la fundó en el peligro de fuga que surgía de la misma descripción de los hechos y fue confirmada por la Dra. Margarita Pfister y por el tribunal de juicio. Entiendo que en la actualidad, carece de virtualidad renovar el mismo planteo, en atención a que la Cámara Penal de Comodoro, dispuso la libertad de F. y así lo voto.

Con relación a la validez de los reconocimientos fotográficos ya se expidió el Superior Tribunal de Justicia y cualquier cuestionamiento a esa resolución deberá ser objeto del recurso extraordinario ante la Corte, la Cámara no tiene competencia para revisar las decisiones del Superior. Y así lo voto.

Ahora pasaré a tratar el tercer agravio, el Defensor considera que las pruebas se valoraron arbitrariamente, ya que son insuficientes para obtener la certeza necesaria para fundamentar una condena.

En primer lugar, voy a remontarme al acta policial de reconocimiento fotográfico del 15 de julio de 2009, la víctima R. S., manifestó que uno de los autores fue aprehendido por personal policial y el restante sujeto que se dio a la fuga, era más bajo que el detenido en cuanto a estatura, aproximadamente de 1,70 m, era el que empuñaba el arma y tenía puesto un barbijo. Reconoció la foto correspondiente a F. con total certeza.

En el acta policial del 16 de julio de 2009, la víctima V. A. B., dijo que eran dos personas de sexo masculino, que pudo ver a uno de casi 40 años, tez oscura, robusto, nariz pronunciada, de 1,70 de altura aproximada y tenía un arma color negra. Reconoció la foto de F., diciendo que el rostro es igual, que no puede decir si tenía el pelo corto o más largo porque tenía un gorro con algo azul, pero la cara es igual, incluso la nariz.

En el acta policial del 17 de julio de 2009, M. R. D., dijo que de las dos personas sólo puede describir a una, en virtud de que la otra la agarró por la espalda, cuando estaba en el suelo observó que la otra tenía un arma de fuego y la observó de perfil, siendo cabello corto negro, nariz aguileña, tez trigueña, de edad entre 30 a 35 años aproximadamente de unos 1,70 m, tenía puesto un barbijo y una campera clara. Reconoció la foto de F..

Posteriormente ya en sede judicial el 30 de julio de 2009, se realizó el reconocimiento en rueda, surgiendo del acta respectiva que la rueda estuvo integrada por S. O. H., de 22 años, el hermano, N. M. F., de 27 años y J. A. F. de 31 años, la testigo M. R. D. dijo que era de estatura media, 1,70 m aproximadamente, no gordo, delgado, morocho, nariz aguileña, con barbijo que no le cubría la nariz, pelo corto, tez oscura y era la persona que tenía el arma, que observó en un álbum de fotografías a una persona que le pareció que era el imputado y reconoció a S. O. H.. La testigo V. B. dijo que era una persona de 1,70m morocho, con barbijo, gorra negra, jean, nariz que no le pareció común, ojos oscuros, que no había visto antes, sólo en fotografías que le mostraron en policía. Reconoció a J. A. F..

Por último el testigo R. S., dijo que era una persona de sexo masculino, morocho, vestía jeans y

campera y barbijo, tez morocha, cabello oscuro, tampoco lo vio antes ni después, si vio fotografías en policía y reconoció a J. A. F..

Durante la deliberación vimos el video de la rueda de reconocimiento y comprobamos que los hermanos F. son muy parecidos y que H. es de contextura semejante sin diferencias notorias, por lo que los integrantes de la rueda reúnen las condiciones del art. 210 del C.P.P.

Los testigos coinciden en que se trataba de una persona de unos 30 a 35 años, de 1,70m de altura, morocho, tenía barbijo que no le tapaba la nariz y era el que portaba el arma de fuego, las testigos B. y D. refieren una nariz no común, aguileña. D. agrega que tenía una campera clara coincidiendo con S. y B. es la única que refiere que tenía una gorra negra.

Estas diferencias en la descripción de la persona que los atacó son mínimas y carecen de importancia, están referidas a la vestimenta, coincidiendo en los rasgos esenciales, fisonomía, tez, altura y franja etaria, remarcando como dato referente la forma de la nariz. Al contrario de lo que sostiene el defensor, estas diferencias me convencen de la veracidad de los testigos, que no se trata de un relato armado, porque justamente las diferencias se deben a distintas apreciaciones de un mismo hecho, muy violento y dinámico, con la participación de dos personas en movimiento. No se le puede exigir a la víctima de un asalto a mano armada que recuerde con precisión si tenía campera y de qué color era, quien tenía la gorra y quién tenía el barbijo, cada uno lo vivió a su manera y le quedaron grabadas algunas imágenes.

También dijo el Defensor que los testigos reconocieron a la persona que vieron en la fotografía y no al que participó en el asalto, conclusión que no se puede sostener ya que es una

mera valoración subjetiva que corre por cuenta de quien la hace y que no comparto porque de ser así, la testigo M. R. D. también lo hubiera reconocido, que entre el reconocimiento fotográfico realizado en sede policial y el reconocimiento en rueda de personas en sede judicial hay quince días de diferencia, y el recuerdo de una fotografía entre muchas no tiene la misma precisión, que el recuerdo de un hecho traumático personalmente vivido.

No advierto ninguna circunstancia que permita poner en duda la veracidad de los testigos, los tres coinciden en el relato de los hechos vividos en el interior de la farmacia, que coincide con lo que vio el testigo L. P., desde el exterior mientras esperaba que salga su esposa, que los describe como uno alto y flaquito y el otro robusto, que el más flaco y alto, de cabello oscuro, vestía una campera en tono oscuro y tenía un barbijo o pañuelo blanco hasta la nariz, el otro vestía un gorrito de lana y una campera de cuero marrón claro y que la policía detuvo al más petiso y gordo, que resultó ser L.. Datos que se corresponden con el secuestro en poder del coautor S. M. L., de ochocientos veinte pesos que le sustrajeron a S., el celular sustraído a la Sra. P. marca S., un barbijo y una gorra gris con verde.

Los tres, B., D. y S. dijeron que el que huyó era el que tenía el arma de fuego y el policía C. dijo que desde el auto en el que huyó el coautor, le efectuaron disparos con arma de fuego a la policía.

Deben diferenciarse los conceptos de prueba insuficiente y duda absolutoria, la prueba es insuficiente cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia

de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba. En tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, las pruebas son bastantes para dudar sobre dos o más posibilidades distintas, ya que con facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, se debe aplicar el principio in dubio pro reo que obliga a la absolución.

En este caso son dos las personas que lo reconocen al imputado, B. y S., muy seguras, sin dudar y lo hacen cuatro veces, primero en las fotografías y después en la rueda, la prueba es suficiente para alcanzar el estándar de certeza aceptable, para afirmar su autoría, ya que la Defensa al exponer su teoría del caso sostuvo la nulidad del reconocimiento fotográfico y del resto de la prueba y no una alternativa distinta. El imputado al prestar declaración al inicio del debate dijo que entre el 1 y el 17 de julio de 2009 estuvo trabajando en la fábrica de calzado A., que los dueños son M. C. y J. A., en un horario de 8 a 20 hs. que el día del hecho estaba trabajando y que además no sabe manejar y no tiene carnet. Pero esta alternativa fue correctamente descartada por los jueces, por los testimonios de E. O. V., quien es vecino de F., no recordó haberlo visto el 10 de julio del 2009 y J. A. A., quien dijo que el imputado trabajó del 1 al 17 de julio de 2009 y que no recuerda haberlo visto en la fábrica el 10 de julio, porque ya pasó un año.

En este caso, hay prueba suficiente, testimoniales, reconocimientos y secuestros, que se refuerzan con otros indicios mencionados por el Juez Rago, los dos coautores no son de Comodoro, ambos son de Trelew, tienen antecedentes de haber participado juntos en hechos ilícitos y mantienen entre ellos una relación de amistad, lo que surge

del informe del Oficial G. V., incorporado por lectura.

Por lo que este agravio no puede prosperar y así lo voto.

Por último se queja del monto de la pena, por haberse valorado agravantes que no corresponde, a mi criterio no puede ser valorado negativamente su falta de arrepentimiento, puede valorarse como atenuante el arrepentimiento manifestado en el juicio, porque facilita los fines de la prevención especial, que procura que no vuelva a delinquir; pero no al revés, si no se arrepiente no dice nada, ni a favor ni en contra, es neutro.

Tampoco corresponde que se agrave la pena por la violencia en las víctimas, ya que la mayor intimidación con el arma está en la calificación y las lesiones por golpes que tenía S., eran muy leves, según certificado médico su curación no demandaría más de tres días, por lo que están incluida en la violencia propia del robo.

Por último han valorado los antecedentes condenatorios de F. y no corresponde su valoración, porque hacen a su historia personal, es derecho penal de autor, seguir trayendo al presente y volver a valorar hechos que ya se castigaron, es ponerle un estigma de delincuente y cargarlo en su cuenta, por reproches punitivos ya cumplidos, me opongo por los mismos argumentos que utilizo para cuestionar la reincidencia, para ser coherente con mi postura. Comparto lo dicho por Patricia Ziffer: “Sostener una mayor culpabilidad a partir de la “advertencia” no es más que un lugar común. Entre el hecho de una pena anterior y el grado de conciencia del ilícito no existe una relación necesaria. Uno puede recordar la prohibición por múltiples circunstancias: por una detención, un procedimiento absuelto, la punición de un coautor. En cambio una pena anterior puede tener un escaso efecto de advertencia, por

ejemplo, por tratarse de un hecho de un carácter totalmente diferente del actual. No es posible determinar en el caso concreto los efectos de condenas anteriores, por lo cual sólo es posible recurrir a afirmaciones generales"…"Por otra parte, aun cuando el autor hubiera recibido una efectiva "advertencia" previa, esto, por sí sólo, nada dice acerca de la legitimidad de su consideración dentro de un sistema de derecho penal de hecho." (Lineamientos de la determinación de la pena, Ed. Ad Hoc, pág 156).

Además, si los jueces lo declararon reincidente por idéntico motivo, hay una doble valoración prohibida por afectación del principio non bis in idem.

En consecuencia, solamente se pueden ponderar los atenuantes y corresponde disminuir la pena y coincido con mis colegas en el mínimo de tres años de prisión de cumplimiento efectivo y así lo voto.

El Defensor no cuestionó la declaración de reincidencia, pero como no está firme la sentencia, es posible todavía que efectúe el control de constitucionalidad de oficio, ya que en nuestro sistema judicial impera el control difuso de constitucionalidad por parte de cada uno de los jueces que integramos el poder judicial de la Nación y que como el art. 10 de la Constitución de la Provincia del Chubut, ordena a los jueces no aplicar ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, me faculta a declarar de oficio la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Como ya lo he dicho en varios precedentes, sostengo que el art. 50 del C. Penal, colisiona abiertamente con la garantía constitucional del derecho penal de acto, garantía expresa contenida en el art. 19 de la Constitución Nacional, que a

su vez da contenido y limita el principio de culpabilidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad.

Y sigo en esta postura al Dr. Mario Magariños, por considerar que contesta en forma estricta, clara y contundente cuál es el agravio constitucional concreto.

En ese sentido, siguiendo al autor citado, el art. 19 de la Constitución Nacional en su primera parte establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados." Del que surge un doble mandato al legislador, "lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones y en segundo lugar ordena al legislador verificar que las acciones que pretenda seleccionar como materia de prohibición presenten determinadas características. Y a pesar de los distintos criterios de interpretación, "siempre se ha partido, con total claridad, de la base de que al menos, se halla garantizado para los habitantes de la Nación, que el Estado no se entrometerá con el pensamiento, la moral, la religión, el carácter, la personalidad, las ideas, o cualquier otra cuestión vinculada al fuero íntimo del ser humano, constituyéndose así el primero y más claro límite a todo intento de consagración del totalitarismo estatal." "Entonces, sólo teniendo en claro que por imperio de una garantía constitucional explícita (art. 19 primera parte Constitución Nacional), los tipos penales únicamente pueden contener como materia de prohibición -o mandato- conductas, adquiere a su vez un determinado contenido el principio de culpabilidad, como garantía constitucional implícita derivada del principio de legalidad establecido en el art. 18

de la Constitución Nacional. Esto es, como culpabilidad por el hecho o acto ilícito, pues es sólo en virtud de aquella norma constitucional que el contenido de la reprochabilidad y su alcance máximo estarán determinados previamente por la existencia y gravedad del acto ilícito de que se trate. (ver Reincidencia y Constitución Nacional, H. Mario Magariños, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal Año III, Número 7 pág, 87).

Y el mismo autor en "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", insiste, "Dicho una vez más de modo esquemático, si la ley penal exclusivamente puede seleccionar decisiones de acción exteriores y públicas (art. 19 de la C.N) y la pena sólo debe fundarse en lo que de modo previo y preciso establece la ley (art. 18 del C.N) entonces, la culpabilidad y la pena sólo adquieren legitimidad en tanto, respectivamente, constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo diferente a la conducta prohibida por la norma, por ejemplo, como reflejo de la peligrosidad, del carácter, del ánimo o de la personalidad del individuo. (pág. 130) y "La predicada insensibilidad del autor frente a la pena que no constituye una cuestión de doble riesgo o doble juzgamiento, pues configura un juicio, un reproche y un plus sancionatorio fundado en los sentimientos del autor por la pena sufrida y, por esa misma razón, es la más pura expresión de un derecho penal represivo del ánimo, de los sentimientos y de la personalidad. Por consiguiente, lo quebrantado mediante la regulación legal de la reincidencia es el mandato constitucional de estructurar un sistema penal de acto." (pag 133, de la obra citada)

La culpabilidad está atada a la acción reprochada, dándole un contenido que a su vez sirve de límite, no puede el legislador ni el intérprete efectuar cualquier reproche invocando esta categoría dogmática, al respecto voy a citar a Hans Welzel por su claridad conceptual, cuando dice: "La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica". (Derecho Penal Alemán, Hans Welzel, traducción de J. Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Ed. Jurídica de Chile pág. 166).

Y para redondear el concepto de culpabilidad, voy a tener presente la aclaración que realizan Zaffaroni, Alagia y Slokar, cuando dicen: "El reproche se vinculaba a la inexigibilidad de otra conducta, elemento negado posteriormente por Mezguer. No obstante en estas versiones complejas de la culpabilidad normativa, comienzan a percibirse los esfuerzos para llegar a las mismas o parecidas conclusiones prácticas que la peligrosidad. Si bien todos los autores insisten en que se trata de dos conceptos totalmente diferentes, de alguna manera por la vía de la culpabilidad se procura explicar y legitimar la

mayor pena al habitual, al reincidente, al profesional, al malvado, etc.”

”La culpabilidad de acto pura, es decir, el reproche fundado en el ámbito de autodeterminación del sujeto al momento de la acción, no podía reemplazar funcionalmente a la peligrosidad como discurso legitimante. Conforme a la culpabilidad de acto pura, la habitualidad puede resultar un supuesto de menor culpabilidad, lo que es inaceptable para cualquier construcción legitimante del poder punitivo. El dilema que esto planteó a las teorías legitimantes trató de resolverse apelando a una culpabilidad que reproche por algo más que el acto y, por ende, recayendo en una degradación sintomática del delito, que volvía a ser el signo de ese algo más que se reprochaba. Ese es el marco de las versiones del normativismo como culpabilidad de autor, en cualquiera de sus variables – culpabilidad del carácter, de personalidad, de conducción de la vida o de decisión de la vida – en sus expresiones contemporáneas.” (página 662 del Tratado Derecho Penal, parte general, Zaffaroni, Plagia y Slokar).

En el mismo sentido, Claus Roxin en Derecho Penal Parte general T. I, pág 186, refiere: “Así ocurría en el antiguo parágrafo 20, que preveía una pena especialmente agravada para “delincuentes habituales peligrosos” y presuponía una “valoración global” de la personalidad del autor. Pero ese precepto ha sido derogado en la reforma del Derecho Penal precisamente porque era incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho. Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del parágrafo 48, que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el

principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23 a. STRA¨G de 13-4-1986."

Reconozco que la Corte Suprema de Justicia sostiene la necesidad de que el sistema guarde coherencia a partir de las interpretaciones que ella sienta. Ha sostenido en numerosas oportunidades que "es obligación de los jueces inferiores conformar sus decisiones a las conclusiones de la Corte, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal"; pero tal como lo resalta Leonardo Gabriel Pitelvnik en Comentario al Fallo Gramajo y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes, "cuando el mismo tribunal modifica sin ninguna reforma legislativa o cambio de la situación de hecho en la cual debe aplicarse la norma, y utiliza incluso los mismos razonamientos que antes había rechazado, contribuye a debilitar su propia doctrina", lo que favorece la interpretación a favor del cambio.

No comparto la doctrina del leal acatamiento, cuando están en juego cuestiones de constitucionalidad, haciendo mías las razones esgrimidas por el Dr. Hortel en la causa N° 9496 Plenario sobre prescripción, publicada como MJ-JU-M-4006-AR \MJJ4006\MJJ4006, cuando dice: "Apelábamos en los antecedentes citados para fundar nuestra opinión a lo argumentado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con relación a la no obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de la Nación (S.C.B.A., causa P. 39.149, sentencia del 29/992). Sostuvo el máximo tribunal provincial que la obligatoriedad general de las doctrinas de

la Corte Suprema implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la Constitución Nacional. Si las sentencias de la Corte Suprema impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: ni bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse, por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia". "Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos. Contra lo expuesto no pueden invocase razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública, y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta al ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales". "Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuvieran receptados por la Constitución y la ley; y por otra parte, en nuestro régimen

procesal no media la certeza de que los Tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas". "Sin duda que en la gran mayoría de los casos, la sabiduría de los fallos de la Suprema Corte nos convencerán de la aplicación de la ley de tal manera interpretada. Pero nos reservamos el derecho a decidir, en cada caso, conforme nuestro leal saber y entender, de acuerdo con el magistral fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al que hemos hecho referencia".

Por todo ello, me aparto de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, ya que se sustenta en los precedentes de la Corte Suprema en Goméz Dávalos, Sinforiano" del 16 de agosto de 1986 (Fallos 308:1938) y L' Eveque, R. Rafael, del 16 de agosto de 1988, cuyo valor se ha debilitado porque ha cambiado la integración de la Corte en grado tal que ha variado la composición de las mayorías, y esta Corte, que me animo a calificar de nueva Corte, ha cambiado su doctrina en Gramajo, con fuertes repercusiones en la reincidencia simple y además en Maninni, no mantuvo la vigencia del precedente citado por el Procurador General en su dictamen.

La Corte Suprema en Gramajo, M. Eduardo, sostuvo el derecho penal de acto como contenido del derecho penal constitucional, así en el considerando 18 del voto de la mayoría dice: "Resulta por demás claro que la constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo".

“En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad –sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de que mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.” (del voto de la mayoría).

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán, en Sentencia n° 1031 de fecha 20 de noviembre de 2012 (Voto preopinante del Dr. Gandur, al cual se adhieren el Dr. Posse y el Dr. Estofan), también se expidió sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. “Cita y sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, que con toda contundencia afirma: “ En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”.

Sobre esta plataforma, la Corte consideró que en el caso bajo análisis, resulta claro que el imputado V.S.H. recibió una pena adicional por su condición de reincidente (seis meses más de prisión que el Sr. A.,E.O.). Por ello, y citando a Luigi Ferrajoli cuando destaca que “La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución" (Luigi Ferrajoli, “Derecho y Garantías. La ley del más débil”, Ed.

Trotta, Madrid 2010, págs. 22 y 26), la Corte concluye que la valoración de los antecedentes penales del imputado, a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, se encuentra en absoluta contradicción con los principios generales del derecho, la teoría del delito y las garantías consagradas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Finalmente, reflexiona que la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia "no resulta más que el inmediato y natural devenir de un proceso de adecuación constitucional, medido y analizado en el tiempo histórico".

En un fallo reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154 • 05/02/2013, publicado en: LA LEY 28/02/2013. La defensa interpuso recurso extraordinario, que al ser declarado inadmisible dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, rechazó el remedio federal por carecer de fundamentación autónoma.

La mayoría sostuvo que la queja debe ser desestimada si el recurso extraordinario, cuya denegación la motiva, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma. La Doctora Argibay declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal.

Y en disidencia el Dr. Zaffaroni dijo que había que hacer lugar a la queja y declaró la inconstitucionalidad de la reincidencia: "Cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato

diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del Derecho Penal de autor.”

Por lo que, si a partir de Gramajo y Manini, era posible interpretar que la Corte ya no compartía los precedentes anteriores, ahora el Dr. Zaffaroni expresamente declaró la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del C. Penal, lo que refuerza esta idea.

Por ello, estamos cada vez más cerca para que la Corte Suprema de Justicia en pleno se expida por la inconstitucionalidad de la reincidencia, a la jurisprudencia le toca seguir haciendo camino, hasta lograr la reforma legislativa necesaria para ajustar la legislación a los requerimientos de los estándares del bloque de constitucionalidad.

Por último, no puedo sostener la vigencia de la reincidencia, desde la perspectiva de un deber ser formal, como necesidad de un tratamiento más prolongado, cuando en los hechos las cárceles están atiborradas de presos y otros cumplen las penas en comisarías donde el tratamiento ofrecido es nulo y cuando en el mejor de los casos, el tratamiento penitenciario es genérico, basado en el respeto al orden y la obediencia a la autoridad., la realidad supera la ficción, no deja de ser una razón de peso, tener presente donde el condenado cumplirá la pena y lo que se espera de ella.

Por todo ello, considero que el art. 50 del C. Penal es inconstitucional y no debe declararse a J. A. F. reincidente. Así lo voto.

Por lo expuesto, debe confirmarse parcialmente la sentencia declarando a F. como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo de

ningún modo por acreditada, declarar la inconstitucionalidad del art 50 del C. Penal y condenar a tres años de prisión de cumplimiento efectivo y así lo voto.

Deberá efectuarse el cómputo de pena y tenerse en cuenta el tiempo cumplido en prisión preventiva, antes de disponerse cualquier medida de coerción.

Por último, corresponde en este estado regular los honorarios profesionales del Dr. Fernando Serer, en su calidad de defensor oficial del imputado, para ello tengo en cuenta la calidad de la labor profesional, la actuación cumplida en el proceso, su intervención en la revisión, y el resultado obtenido, conforme arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2.200; (Leyes 2.200 y 4920) y propongo el 30% de lo regulado en primera instancia, y así lo voto.

La Dra. Estefanía dijo: Ante la insistencia de la Defensa, respecto de la nulidad de la medida de investigación, conocida como recorrido fotográfico a cargo del personal policial, que se efectuara en las instancias iniciales del proceso y que tuvieran relación directa con el imputado F., señalo que no puede desconocerse que el Máximo Tribunal Provincial, en su intervención a partir del recurso del MPF, ha fijado claramente cual ha de ser el alcance que debe tener la decisión de este Tribunal, estableciendo parámetros de los cuales no es posible su apartamiento, y se presentan como contundentes respecto a que consideraron errónea la declaración de nulidad dispuesta por la Cámara en lo Penal, con relación a dicha medida.

De manera, que si aquella decisión de la Sala Penal agravia a la parte recurrente, deberá, oportunamente, requerir su modificación a la Corte Suprema de la Nación, por ser este el único

Tribunal con competencia, para resolver, en el caso concreto de manera diferente a lo realizado por el Máximo Tribunal Provincial.

Así las cosas, resta verificar si las pruebas analizadas por el Tribunal de Juicio, soporte de la condena oportunamente dispuesta, son suficientes o contrariamente, como sostiene el Defensor, no lo son y corresponde en consecuencia, por aplicación del beneficio de la duda, absolver al imputado.

Evidentemente, la prueba cargosa con mayor potencia probatoria, es el reconocimiento en rueda de personas, que efectuaran dos de los tres testigos víctimas que depusieron en el debate, a la que solo se suman el indicio de participación que se deriva del antecedente judicial, que coloca F. y a L., (el coautor, detenido in fraganti y condenado a la pena de tres años y medio de prisión) actuando juntos en un hecho de similares características, en la ciudad de Trelew, donde ambos tenían su residencia habitual y lo informado por el policía, que da cuenta que para esa fecha F. habría viajado a Comodoro Rivadavia y regresado a Trelew en colectivo
(informe del Oficial Sub Inspector P. N. C.).

Respecto de la rueda de reconocimiento de personas, en primer lugar, voy a señalar que la misma se ha cumplido correctamente, observando que al momento de realizarse, las personas tenían importantes parecidos, inclusive uno de ellos era el hermano del imputado y se les colocó a los integrantes de la rueda un barbijo, tal como lo llevaba uno de los ladrones, según lo habían señalado los testigos (recuerdo además que a L., se le encontró un barbijo en el bolsillo)

Destaco sobre este punto, que los tres testigos que participaron sucesivamente en la diligencia, cada uno, a su turno, requirió a las

autoridades, que las personas que integraban la rueda, se coloquen el barbijo por debajo de la nariz y por sobre la boca (no por sobre la nariz) por que esa era la forma en que ellos habían observado al asaltante.

Esta petición que efectuaran los testigos víctimas, con más la falta de reconocimiento por parte de uno de ellos, me permite sostener que el recuerdo que los testigos trajeron a su memoria al momento de realizar la rueda, es el del hecho investigado y no de las fotografías observadas en el recorrido, como lo sostuvo la defensa, que además se había llevado a cabo, quince días antes. Agrego además, que las dos personas que reconocieron al imputado, lo hicieron inmediatamente, con total seguridad que la persona que señalaban, era aquella que previamente habían descripto y que habían visto el día del asalto y que posteriormente habían reconocido en una de las fotografías que le exhibiera la policía.

Asimismo, desde un comienzo, los testigos han sido contestes en cuanto a las características físicas de F. (coincidiendo todos en que era una persona de una altura media, de aproximadamente 1.70 metros; de tez oscura, cabello negro y corto y con relación a la nariz, la describieron como aguileña y/o prominente y con una edad aproximada de entre 30 y 35 años).

Las víctimas también describieron su vestimenta y si bien en este punto aparece alguna divergencia, respecto del color de la campera y del gorro, que solo B. menciona haberle visto, coincido con la apreciación que los Jueces de Juicio efectuaron sobre estas diferencias. Ello, sin soslayar, que a L. se le secuestró un gorro, circunstancia que explica la confusión en que ha incurrido el testigo, pues seguramente quien lo portaba era este y no F..

Al respecto el Dr. Rosales dijo “es importante señalar la imposibilidad de que todos los testimonios resulten idénticos cuando sabido es que la percepción del hecho u objeto a través de los sentidos presenta particularidades en cada una de las personas, de acuerdo a sus cualidades y aptitudes con una infinita variedad de formas, que pueden estar dadas por el lugar en que se ubiquen, la visión que tengan del episodio, la sorpresa ante acontecimientos inesperados, la luz en el lugar que puede ser de mayor o menor intensidad de acuerdo a donde se encuentre el observador; siendo elemental para dar trascendencia al testimonio que existan similitudes esenciales y generales en cuanto al desarrollo de los sucesos, ya que estos por lo general se presentan como causales e imprevistos, todo lo cual les da validez, y a la vez los aleja de una construcción fantasiosa y carente de sustento real”.

El reconocimiento de personas importa un acto de innegable naturaleza testimonial, que constituye con la declaración del testigo un único elemento probatorio cuando ésta ha sido prestada por la misma persona. Se trata de la imputación realizada por un testigo, simplemente concretada mediante el reconocimiento, por lo que debe valorarse conjuntamente. En lo cronológico, tal individualización formal puede ser anterior, coetánea o posterior a la declaración testimonial, pero esto no le quita su vínculo esencial. La valoración probatoria, en consecuencia, reposa sobre las mismas pautas que la testimonial en lo referente a su admisibilidad y mérito.

En definitiva, dicha medida, consiste en la imputación de una persona a otra cuando la primera desconoce la identidad de la segunda y sólo puede identificarla por su fisonomía. La imputación corporizada en un reconocimiento no es, entonces, sino una parte de las afirmaciones que el testigo,

en este caso las víctimas arriman al proceso, integrando así su declaración y en ese contexto debe ser valorado.

De modo que no hay razón para invalidar la valoración que ha efectuado el Tribunal del Juicio, pues si bien el error en el reconocimiento es posible, en el caso ello no existe ningún elemento ni dato, que nos permita siquiera inferir que ello ha ocurrido, pues los dos testigos que reconocieron a F., como lo he señalado, lo hicieron inmediatamente y con seguridad, dando razones de sus dichos.

Comparto, también, el análisis que efectuaron los Jueces de la teoría del caso traída por la defensa técnica y material (mediante la declaración de F.) y la prueba producida hacia esa dirección, cual era, demostrar que para la fecha del hecho F. no había viajado a Comodoro Rivadavia, sino que estaba trabajando en una fábrica de zapatos en la ciudad de Trelew. Sin embargo, los testigos que depusieron en el debate, no pudieron asegurar que efectivamente el día del hecho el imputado se haya presentado a trabajar, ni siquiera que estuviera en Trelew.

Tal cual lo sintetizó el Dr. Rosales, el testigo V., con domicilio en Trelew, vecino de F., simplemente no recordó haberlo visto el día del hecho, mientras que A., dueño de la fábrica de calzado, explicó que si bien el imputado trabajó desde el 1 al 17 de julio del 2009, no pudo recordar si faltó durante esos días, agrando que no sabría decir si lo vio al nombrado todos los días en que habría trabajado.

En definitiva, concluyo que el vicio denunciado, respecto de la valoración de la prueba, no se presenta en el fallo recurrido, ya que se expuso una fundamentación de acuerdo a las exigencias legales. El Tribunal efectuó una valoración correcta de la prueba, que le permitió

sostener con certeza que J. A. F., era responsable penalmente de los hechos investigados, que fueran calificados como robo con arma de fuego, cuya aptitud para disparo no ha sido comprobada (art. 166 inc. 2°, tercer y último párrafo del Código Penal)

Diferente, ha de ser mi posición respecto de la pena que el Tribunal le aplicara a F., toda vez que le asiste razón al Defensor, en que no puede ser considerado un agravante la falta de arrepentimiento por parte del condenado y los antecedentes penales que registra, pues tal valoración constituye, por un lado, una afectación al derecho a no declarar sin que ello signifique una presunción en su contra y por el otro, un doble valoración, en evidente violación al principio "ne bis in idem", toda vez que en base a ellos, también ha sido declarado reincidente.

Destaco, que el Juez Rosales, ha sido el único que analizó otras circunstancias que podrían ser consideradas agravantes, tales como la innecesaria agresividad en el atraco, la ausencia de un motivo justificado como pudiera ser la miseria y las consecuencias materiales que el hecho produjo a las víctimas, mientras que sus colegas, solo mencionaron como agravante los antecedentes penales previos.

Esta discrepancia, impone, al retirar los agravantes mencionados por los tres Jueces y que han sido incorrectamente valorados, aplicar la pena mínima establecida por la escala penal, es decir tres años de prisión efectiva.

En cuanto a la declaración de reincidencia, en los términos del art. 50 del C.P., disiento con mis pares, quienes a pesar de no haber sido materia de agravio de la Defensa, resuelven declaran de oficio su inconstitucionalidad, en virtud a que con anterioridad a este fallo, se han

expedido en ese sentido respecto de la norma citada.

Al respecto el Máximo Tribunal Nacional ha dicho que "*...La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el 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 sufrido antes, recae en el delito.*" (**CSJN, 16/08/1988, "L'Eveque, R. Rafael p/ robo", T. 311, P. 1451).** (todas las citas son de Ed. Rubinzal – Culzoni online).

Así entendido, debe en primer lugar determinarse si la norma atacada resulta contraria al orden constitucional, visualizando el bloque federal de constitucionalidad en los términos ampliatorios del Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional, para luego dilucidar del planteo de la defensa si aquellos fundamentos de sus alegaciones que se refieren estrictamente a distintas instancias del proceso y la aplicación de lo principios "ne bis in idem", igualdad ante la ley y principio de culpabilidad, permiten arribar a las conclusiones a las que pretende el recurrente que el Tribunal adhiera, en su intento de una aplicación de la ley "más constitucional", según indica.

La jurisprudencia se ha encargado de señalar que "*...El instituto de la reincidencia (art. 50, Código Penal) ha pervivido a la reforma legislativa (v. gr. ley 23.057) y al control de*

constitucionalidad llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación...". **(SCBA, 13/09/2006, "U., J. s/ Recursos de casación", P 87309 S, Jueces: Pettigiani-de Lázzari-SoriaHitters-Genoud. Sumario n° B 70415)**, y asimismo, en tanto las alegaciones de los agraviados no resulten más que posturas doctrinarias en contra de la aplicación del instituto, sin verificar la contradicción de la norma con el bloque federal de constitucionalidad ya señalado, se ha indicado que "*...no puede perderse de vista que, al fin de cuentas, se trata de un instituto establecido por el legislador que también cuenta con apoyos doctrinarios y cuya validez constitucional -al menos frente a algunos de los principios que ha invocado la defensa- ha sido afirmada ya por la Corte Suprema. Así las cosas, la prudencia exigida a los jueces en el control constitucional de las leyes reclama a esta instancia considerar los embates dirigidos contra la validez de las normas con cautela allí donde no es manifiestamente patente la vulneración de un derecho fundamental. Y en función de ello, la opinión contraria a la validez del instituto no alcanza a justificar en esta instancia la invalidación del criterio decidido legislativamente y que la Corte Suprema avaló*". **(SCBA, 15/03/2006, "F., O. s/ Robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y resistencia a la autoridad", P 73200, Jueces: de Lázzari-Hitters-Soria-Kogan-Genoud.).**

Volviendo a las directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiendo que no

debemos recurrir a otras fuentes de interpretación de la ley más que a su propio texto, dada su extrema claridad, como ya he señalado. Así, conforme reza el mentado Art. 50 del Código de fondo -en su redacción según ley 23.057- habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. El instituto en estudio requiere en primer lugar de la preexistencia de una condena firme a pena privativa de la libertad que el condenado haya cumplido total o parcialmente, extremo cuya existencia ambas partes han confirmado en la audiencia, para discutir solo sobre los diversos alcances que debe darse a la reincidencia.

La ley vigente regula el sistema de la reincidencia real o efectiva, denominada también como reincidencia verdadera o propia, y conforme ha señalado el máximo Tribunal Nacional la misma parte de la base de que existiendo una condenación efectivamente sufrida, y verificada la comisión de otro delito (en el caso existe sentencia firme de condena por juicio abreviado), supone por parte del reo un desprecio por el castigo padecido, y en ese sentido (traída en cita en el fallo que identifico) la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que *...'Lo que interesa a los fines de la reincidencia, es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce)"*. **(C.N.C.P., Sala III, 28/6/2004, "Acosta, Hernán M. s/rec. De cas.", c. 5.110, reg. 340, Jueces: Riggi, Ledesma, Tragant, PJN Intranet. Citas : C.S.J.N. Fallos: 311:1209; 308:1938.**

C.N.C.P. - Sala III, "Pajón, Armando s/rec. de casación", Reg. n° 136, rta. el 13/10/94; "Grimaldi, Oscar s/rec. de casación", Reg. n° 262, causa n° 1066, rta. el 26/06/97; "Correa, Jorge A. s/rec. de casación", Reg. n° 52, causa n° 1434, rta. el 26/02/98; "Aguirre, J. C. s/rec. de casación", Reg. n° 413, causa n° 1824, rta. el 08/09/99 (votos del Dr. Riggi); Sala I, "Collia, Damián J. y Krebs, M. s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n° 4594, rta. el 28/02/03; Sala II "Ruiz, Daniel O. s/rec. de revisión", causa n° 363, rta. el 06/02/95; Sala IV "Borgo, Julio F. s/rec. de casación", causa n° 295, rta. el 08/03/96.), y el mismo Tribunal agrega que *"...A los fines de la reincidencia, es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena'. (Voto del Dr. Tragant, adhiere Dr. Riggi; Dra. Ledesma, según su voto)* **(mismo fallo referenciado).**

También he sostenido que no se violenta el principio del "ne bis in idem" ya que la ubicación de la reincidencia en relación a la culpabilidad, y no en el ámbito del hecho típico, es justamente la postulación que permite sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional, dado que "*...lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el hecho nuevo, 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. En torno a la presunta violación al principio de culpabilidad cabe afirmar que el instituto de la*

reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente. En efecto en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea . Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto. (Voto del Dr. Fégoli)". **(C.N.C.P., Sala II, 30/11/2000, "Lapalma, AD. Y Lloveras, M.F. s/rec. De cas", Jueces: Fégoli, David, Madueño, PJN Intranet. Citas : García Luís M., "Reincidencia y punibilidad", págs. 125/129. C.S.J.N.: Fallos: 308:1938; 311:1451; 308:1938.).**

Finalmente, traigo a colación que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut, en un fallo reciente (de fecha 23/09/09), caratulado *"M., R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg. Nº 21.123 – Fº 53 – Tº II – Año: 2.008, letra "M")*, ratificó la doctrina de la Corte Provincial que rechaza la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (causa: *"B., V.A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones todo en concurso real" Expediente Nº 20.387 – B – 2.006*), de cuyos fundamentos, y en especial del voto del Dr. Panizzi, puede extraerse que: "*...la consideración de este instituto no transgrede el principio "ne bis in idem", ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso –de conformidad a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito...*". Aclara el Ministro que "*...el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera... un estado que se reconoce y declara en la sentencia.*".

Señalo, que ante la decisión de la mayoría, de revocar la sentencia en punto a la declaración de reincidencia y teniendo en cuenta la pena a

imponer, esto es tres años de prisión, deberá practicarse el correspondiente computo de pena antes de disponer medidas de coerción, pues el nombrado estuvo detenido entre el 23 de julio de 2009 y 10 de mayo de 2011, es decir ha cumplido más de los ocho meses que habilitan a solicitar la libertad condicional.

Por último respecto de la pretensión del Defensor, en cuanto a que se declare ilegal el pedido y la orden de detención del imputado F. por considerar que ninguno de las dos, cumple con el requisito constitucional que impone una debida fundamentación de dichas decisiones y la obligación de señalar que peligros procesales son los que tornan necesaria la detención. Si bien es cierto, que el pedido fiscal no contiene el nombre del peligro procesal que se verificaba en el caso, esto es peligro de fuga, que si lo menciona la Juez que hace lugar a la petición, considero que ello no puede interpretarse como una omisión que transforma en ilegal o en arbitraria la detención, pues de la narración de los hechos investigados y que le imputaban a F., -quien además tenía domicilio en otra ciudad-, se podía inferir que no se presentaría ante una simple citación, para participar de una rueda de reconocimiento de personas. (Se había fugado de la escena del hecho, en un auto, cuando el personal policial se aprestaba a detenerlo, y no se detuvo, a pesar de la persecución policial, que logró sortear, efectuando disparos contra el vehículo de la fuerza).

Con relación a las costas y honorarios del Defensor Público, adhiero sin más a lo propuesto por la Dra. García. Así voto.

El Dr. Minatta dijo: 1.Invalidez de actos procesales: La defensa técnica insiste en su

postura invalidante en cuanto a los vicios “in itinere” que culminaran con la única prueba de cargo existente, esto es, el reconocimiento en rueda de personas. Sin embargo, no corresponde a este tribunal, como se pretende, revisar lo dispuesto por la Sala Penal en materia extraordinaria, sino, eventualmente, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de coincidir, como se verá, con el núcleo del talante defensista, por lo que este primer agravio no puede prosperar.

La misma suerte tiene la pretensión de invalidar la orden de detención de F., toda vez que la misma tiene como presupuesto único de cargo, precisamente, la diligencia de recorrido fotográfico que efectuaran las víctimas y que fuera legitimada por el Superior Tribunal. Por esto, entendemos que no corresponde privar de efectos jurídicos a la orden, pues cumple con todas las condiciones de fondo que se impugna, esto es, presunción de no comparecencia derivada de la fuga del lugar del hecho, tal como lo manifestaron los policías y víctimas del caso.

2. Error en la valoración probatoria: Lleva razón la defensa en este punto, toda vez que los elementos cargosos nucleares de la sentencia no alcanzan para destruir con certeza el estado de inocencia que ampara al imputado. Esto es así porque las evidencias del caso no tienen la fuerza convictiva suficiente como para sostener una condena, sino que ellas están refutadas en grado tal que la versión de la defensa también es plausible, basada en una distinta valoración de las mismas pruebas, situación que alcanza para negar que haya una convicción más allá de toda duda razonable. Por el contrario, entendemos que la valoración de las evidencias llevan precisamente a un estado de duda, lo que justifica la aplicación al caso del principio “ in dubio pro

reo", corolario lógico y principio derivable directamente del estado de inocencia. Veamos.

De los votos correspondientes a los jueces Rosales, Asaro y Rago, surge que los elementos cargosos esenciales en los cuales basan sus respectivos votos, residen en las coincidencias de los testigos B., S. y de A. respecto de las características físicas correspondiente al imputado F., reconociendo todos, por otro lado, que no hay correlación respecto de las vestimentas, punto al que sin embargo no lo estiman trascendente como descargo.

Estos extremos- características físicas y vestimentas-, requieren un detallado análisis, entonces, puesto que son la base de la condena en cuanto a la autoría en cabeza del acusado, debiendo evaluarse lo declarado por todos en el debate y lo manifestado en las anteriores diligencias de los muestreos fotográficos y reconocimiento en rueda de personas.

Respecto de la tez, mientras S. nada dice en el recorrido fotográfico, B. afirma que era de tez oscura, mientras que M. de A. sostiene que era de tez trigueña, en tanto en los reconocimientos de rueda de personas, solo B. repite que era morocho, puesto que de A. dice ahora que era morocho, mientras S. agrega en tal acto que era de tal color de piel. No obstante las omisiones y agregados posteriores, puede sí sostenerse razonablemente que se trataba de una persona morocha. En cuanto a la altura de la persona a la que nos estamos refiriendo, solo S. no la repite en las ruedas de reconocimiento, afirmándose que se trataba de una persona de 1, 70 m, aproximadamente, más bajo que L., quien fuera sorprendido in fraganti. Sin embargo, como en este tema tenemos en discordancia el testimonio del testigo P., como luego veremos, no puede señalarse el mismo grado de certeza respecto de la altura.

Analizando las probanzas respecto del cabello en cuanto al color negro y corto, solo coinciden S. y de A.- que no lo reconoció en la rueda de personas-, pues B. dice que no era posible describir el cabello porque llevaba puesto un gorro de color negro con algo de azul. La diferencia entre los dos únicos testigos que a la postre reconocieron al imputado F.- S. y B.- es importante en este punto por dos cosas. En primer lugar, porque la experiencia común nos dice que si bien hay muchas personas con tez oscura y altura media en nuestro medio, la misma regla nos indica también que es el largo del cabello lo que viene a diferenciarlos en muchísimos casos y, en segundo término, porque lo narrado por B. en cuanto a la imposibilidad de observar el largo, es un obstáculo razonable para considerar a una percepción como creíble o, por lo menos dificulta la certeza en el punto en cuanto a lo dicho por S.. Esta última circunstancia ya va también disminuyendo la probanza cierta de un hecho que pueda servir como base para un indicio.

Respecto de las vestimentas, hay contradicciones en cuanto al color de las ropas, y la existencia ya señalada en cuanto al gorro negro, por lo que nos abocaremos sólo a la vestimenta. Antes, comencemos por analizar el testimonio de P.- como prometiéramos-, quien observa salir a los dos agresores, relatando- respecto de la altura- que el que llevaba el barbijo era el más alto y flaco y vestía una campera oscura, mientras S. y B. sostienen que el que llevaba barbijo- y que ellos luego reconocieron como F.- , era más bajo que el detenido L. -1, 70 m.-, por lo que también aquí el extremo de la altura es diferente entre los testigos, como ya apuntáramos. Entrando de lleno en las vestimentas, adviértese que mientras De A.

sostiene, en el muestreo fotográfico, que el que llevaba barbijo y de 1, 70
m. tenía campera clara- lo que no repitió en el reconocimiento ni en el debate-, tanto S., como P., afirman que ella era oscura, en tanto B. nada dice de la vestimenta, salvo el barbijo. En fin, esta discordancia en cuanto al color de las ropas, también merma la probanza certera de un hecho que pueda servir de indicio, tal como hacen los juzgadores.

Por último, obsérvese que los mismos jueces toman debida nota de las contradicciones señaladas respecto de las vestimentas y otros extremos, pero estiman, en definitiva, que ello no se da respecto de cuestiones sustanciales. Respetuosamente entiendo que ello no es así, toda vez que sólo existen como prueba de cargo de la autoría de F. dos reconocimientos en rueda de personas, los que si solo excepcionalmente podrían servir para condenar, ello de ninguna forma puede alcanzar cuando las características físicas y vestimentas no son claramente concordes, como lo vimos. Esto es así, pues sabemos que el plexo probatorio de cargo no solamente debe ser plural y

concordante- como exigencia de la primera garantía a observar en la reconstrucción de los hechos- , sino que ellos mismos no puedan ser valorados como sustento de otra versión razonable introducida como refutación por parte de la defensa, extremo constitutivo de una segunda garantía, a lo que debemos agregar, en este último caso, que la fuerza convictiva de una refutación no debe tener la entidad que se le exige a una acusación, sino que basta para refutar ésta última con que exista una posibilidad o contraprueba , lo que es suficiente para absolver. Por último, como enseña el maestro Ferrajoli, la tercera garantía o condición para establecer la verdad fáctica, se refiere a la elección del juez entre hipótesis

explicativas en competencia, como se da en este caso respecto de la autoría de F.. En este camino, sostiene el maestro que la tesis acusatoria, para ser aceptada como verdadera, no solo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por contrapruebas, sino que también debe prevalecer sobre las otras explicaciones en conflicto, las que deben ser refutada en lo posible, pues cuando ninguna de ellas pueden ser refutadas , la duda se resuelve conforme el in dubio pro reo contra la tesis acusatoria.(Cfr., sobre las garantías básicas a respetar en la reconstrucción de los hechos, FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, pags. 147/154. Asimismo, para un análisis de stándares probatorios objetivos que limitan la subjetividad de los jueces, recientemente, SCHIAVO, Nicolás; Valoración racional de la prueba, Del Puerto, Bs As, 2013, especialmente el prólogo de Binder y capítulos II Y III).

En base a lo anterior, corresponde absolver directamente al imputado, al presentarse claramente una situación en la que debe aplicarse el estado de duda. Así lo voto.

3. Sanción: No obstante lo anterior- y aún cuando ello es más que discutible por diversas incompatibilidades de distinto signo-, me expediré por el monto punitivo, toda vez que los colegas entienden que debe condenarse al imputado.

En este sentido, entendemos que el mínimo legal previsto es el más justo, sobre todo teniendo en cuenta el aumento desmesurado de la penas con las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador en forma inconsulta, amén de no compartir las agravantes que traen los jueces. Así, las condenas anteriores no pueden tomarse nunca como agravantes en un derecho penal del hecho o del acto, pues se estará juzgando un modo de vida, lo cual es, claramente, derecho penal de

autor. Es más, en todo caso la reiterancia en los mismos delitos reduce el ámbito de autodeterminación y, con ello, el grado de culpabilidad y, ergo, la medida de la pena, ya que denota el fracaso del supuesto deber estatal de resocialización o, al menos, de inculcar actitudes de no volver a comprometerse con el sistema penal, responsabilidad que no puede recaer exclusivamente en cabeza del imputado.

Asimismo, definitivamente insostenible resulta como agravante la negativa del hecho por parte del autor y su falta de arrepentimiento, toda vez que se trata de un planteo que se da de bruces en forma directa con los principios constitucionales del debido proceso legal, especialmente con el derecho de defensa en juicio, puesto que se está tomando el ejercicio de un derecho constitucional agravante para su titular.

Tampoco puede funcionar como agravante la conducta del imputado en el hecho, toda vez que no realizó nada extraordinario o fuera de lo común en hechos de esta naturaleza, tal como los sabemos los operadores judiciales.

En fin, con este cuadro, estimo que el grado de culpabilidad evidenciado en el hecho, justifica el monto mínimo de la pena de prisión. Así lo voto.

4. Reincidencia: Entendemos que no corresponde la declaración de reincidencia, toda vez que consideramos al instituto contrario a caros principios constitucionales, por lo que debería revocarse la sentencia en tal punto, declarando la inconstitucionalidad del artículo 50 de nuestro código penal en lo pertinente.

En primer lugar, habilitar mayor poder punitivo que el previsto para un tipo penal determinado, implica violar la prohibición de la doble punición por el mismo hecho, ya que se

agrava la pena por un delito anterior ya juzgado o penado.

Además, viola claramente el principio de culpabilidad por el hecho cometido, pues habilitar mayor pena respecto de un hecho, por otro anterior ya purgado, significa juzgar conforme una culpabilidad ajena al acto concreto que se trata ahora de penar. Todo esto sin contar, además, que en el reincidente generalmente existe un menor grado de culpabilidad, pues la prisionización anterior aumenta el estado de vulnerabilidad del sujeto frente al sistema penal, lo que justifica limitar la reacción pena estatal en el reiterante, ya que ha sido el mismo estado el que ha contribuido a causarla, sobre todo porque uno de los efectos principales de la prisionización es precisamente la reincidencia.

En mérito a los votos que anteceden, la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, por mayoría obtenida con los votos de las Dras García y Estefanía y disidencia del Dr. Minatta en punto a la declaración de responsabilidad, se revoca parcialmente la sentencia impugnada, confirmándose la coautoría penalmente responsable de J. A. F., se lo condena a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, y por mayoría alcanzada con los votos de la Dra. García y del Dr. Minatta, se declara la inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal y se revoca la declaración de reincidente de F. y en consecuencia

FALLA:

1-HACIENDO lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de J. A. F..

2- CONFIRMANDO parcialmente la sentencia del 22 de octubre de 2010, registrada bajo el N°60/2010, que declara penalmente responsable a J. A. F., como coautor del delito de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se tuvo de ningún modo por acreditado; (arts. 166 inc 2 in

fine del C. Penal), por el hecho cometido el 10 de julio de 2009 en la farmacia X, sita en la esquina de las calles X y X, de Comodoro Rivadavia. 3- CONDENANDO a J. A. F., DNI N° XX.XXX.XXX, nacido en X, Chubut, el XX de X de XXXX, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN de cumplimiento efectivo, con costas por su orden.

4- DECLARANDO la inconstitucionalidad el art. 50 del C. Penal y REVOCANDO la declaración de reincidente conforme el art. 50 del C. Penal.

6- Oportunamente, practíquese el cómputo de pena, para lo cual deberá tenerse presente el tiempo que el imputado ha cumplido en prisión preventiva.

7- REGULANDO los honorarios profesionales del Dr. Fernando Serer , en su carácter de Defensor Oficial del imputado, en el 30% de lo regulado en primera instancia conforme art. 13 de la Ley XIII N° 4, los que se declaran a cargo de F., conforme art. 242 inc 3 Del C.P.P. (ley 5817).

8.- La presente se remite por correo electrónico con firma digital, ya que los jueces son de extraña jurisdicción, sin perjuicio de su oportuna suscripción material (conf. Art. 331 in fine y 385, 5° párrafo del C.P.P), y su lectura estará a cargo de la Secretaria de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

9.- Regístrese, comuníquese y notifíquese.

Protocolo nº 18/13

Fdo. Dras. Nelly García. Carina Estefanía. Juezas de Cámara en lo Penal, subrogantes.-