En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de julio de dos mil catorce, 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, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 6232**, **carpeta individual n° 1203**, caratulada: "L., M. s/ p.s.a. Robo agravado con arma en concurso real", de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Defensor Público Dr. **E. M.** y el imputado **M. L.**; y

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

Que los días 18 y 23 de junio 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 M. 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 M. 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 el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

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

I.- Ha generado la intervención de esta Alzada la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en ejercicio de la defensa técnica del imputado **M. L.**, contra la sentencia Nº 207/2014 del 3 de abril de 2014, por la que se condenara al nombrado a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, al hallarlo autor penalmente responsable de Robo agravado por el uso de armas -tres hechos en concurso real-, por los sucesos ocurridos en la ciudad de Sarmiento los días 8, 10 y 18 de junio de 2013 en perjuicio de B. V. y de A. del C. G. respectivamente (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 55 y 166 inc. 2° del CP); y se lo declarara reincidente (art. 50 del cuerpo legal citado).

1) El recurrente critica en su libelo, como primer agravio,

la inobservancia del principio de la duda razonable. Señala que por aplicación de la doctrina emanada de la CSJN en el precedente “Casal”, este Cuerpo puede avocarse al examen y revisión integral de la sentencia recA. en autos, y critica la autoría que se atribuye al imputado en el hecho N° 3 pues a estar a la prueba aportada por el órgano acusador, según entiende, ha omitido de modo arbitrario la aplicación del beneficio de la duda en su favor, en tanto no se arrimaron elementos certeros que lo ubiquen en el lugar, hora y características del evento perpetrado en la Despensa “X A.” el 18 de junio de 2013 alrededor de las veinte horas.

Indicó que en tal dirección cobra especial relevancia, de un lado, que la testigo A. del C. G. nada aportó en sentido incriminatorio hacia el acusado, y sólo manifestó que quien había visto todo era su circunstancial acompañante, el testigo H. C., Adujo que este, por su parte, relató de qué modo se hallaba vestido el agresor, que pudo ver su rostro y el arma -cuchillo-, pero al momento de llevarse a cabo el reconocimiento en rueda de personas, no aseguró que el imputado fuera el agresor sino que expresó que “era parecido”; y del mismo modo se expresó la damnificada G..

Alegó que la cimentación del resolutorio de condena no reposó en un dato de certeza exigido en la ley (cfme. arts. 169 de la Constitución Provincial, 25 y ccds. del CPP), sino que le fue achacado por el “modus operandi”, dejando de lado el beneficio de la duda con menciones

meramente dogmáticas y haciendo una indebida extensión a los dichos de los propios testigos.

Como segundo agravio denunció que , la circunstancia reseñada en el acápite precedente, desmerece la sentencia respecto del tercer hecho que no debió haber integrado el reproche de culpabilidad del imputado, razón por la cual entiende que por aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad específica, el monto de la pena aplicada deviene desproporcionado.

Propició, además, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 12 y 50 del Código Penal.

Respecto de la primera de las normas cuestionadas refirió que se trata de una *capitis diminutio* impropia del derecho penal de acto, sosteniendo que tal precepto contrasta con el ordenamiento constitucional y convencional; deviene en una "especie de pena accesoria" lesionando el principio de legalidad y se traduce en un ataque injustificado a la "dignidad del ser humano".

Adujo que con su aplicación se vulnera normativa de orden convencional y contraría los arts. 10, incs. 1° y 3° del PIDC; 5 de de la CIDH y las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos.

Con fundamento en ello propició la tacha de inconstitucionalidad que puede ser declarada aún cuando el recurrente no se

hubiera alzado contra dicho instituto citando en apoyo de su petición los precedentes “Banco Comercial de Finanzas S.A.” de la CSJN y “Cabrera Graciela y Montiel Flores vs. México” de la CIDH.

En lo que atañe al artículo 50 de CP -reincidencia- reposa en el concepto de peligrosidad o derecho penal de autor. Además alegó que el referido instituto reconoce su fundamento exclusivamente en el derecho penal de autor; al condenado se le impone un castigo adicional, no por lo que hizo sino por lo que es (por su personalidad y no por su conducta específica).

Indicó que con ello se afectan principios esenciales del derecho penal tales como el de legalidad, el de culpabilidad específica, el de lesividad y *pro homine* -por un lado- y además *non bis in idem* en tanto supone una doble valoración de un mismo hecho.

En virtud de lo precedentemente expuesto requirió que se declare la inconstitucionalidad de ambos preceptos legales.-

2) En su responde de fs. 162/163 la Representante del Ministerio Público Fiscal propugnó el rechazo de la impugnación articulada por la Defensa. Sostuvo que el recurrente ha omitido referir que la Señora G. recordó el hecho en detalle y las características físicas del autor en sentido genérico, manifestando que no puede aportar más detalles por haber sufrido un accidente cerebrovascular (ACV) y que al tener problemas de diabetes, la situación estresante que debió atravesar hizo que la cantidad de azúcar en

sangre se elevara a punto tal que debió ser hospitalizada. No obstante ello, refirió encontrarse acompañada del testigo H. C., quien tanto en su relato como en el reconocimiento impropio que realizó durante el debate y por imperio del principio de inmediación, fue my convincente.

Con relación a la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, manifestó su oposición a tal planteo indicando que existe un precedente a nivel nacional resuelto por la CSJN *in re* "Cabalil Abad", en el que se declaró constitucional la declaración de reincidencia al igual que en el caso "Bonino" del Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia, ya que en ningún caso se trata de derecho penal de autor, sino de acto y tampoco existe una afectación al principio *non bis in idem* al no reunirse los elementos de identidad de objeto y causa.-

Por último, en lo que se vincula al planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del CP, entendió que también debe ser rechazado toda vez que en aras de esgrimir su motivación, el recurrente incurre en una fundamentación meramente dogmática, con apariencia jurídica al citar profusa legislación vigente, pero sin referirse puntualmente a qué tipo de derechos dejaría de acceder el Sr. L. en el presente proceso, máxime si no tiene descendencia y tampoco es titular de bienes registrables como para sostener que esta medida afecta derechos concretos.-

3) Celebrada la audiencia prevista a tenor del artículo 385

del ritual, la Defensa mantuvo tanto los argumentos como la petición precedentemente reseñadas y ningún Representante del Ministerio Público Fiscal asistió a ella.

4) La plataforma fáctica de los sucesos que dieran origen al presente proceso, fue fijada por el órgano acusador de la siguiente manera: **Primer hecho**: el 8 de junio de 2013, aproximadamente a las veintiuna y treinta horas, en momentos en que B. V. se encontraba atendiendo el local comercial conocido como "Despensa X J.", ubicado en la intersección de la Avenida X J. y calle A. de la localidad de Sarmiento, junto a la Sra. G. Benítez, ingresó una persona de sexo masculino, vistiendo una campera grande, tipo camperón, con colores más oscuros y con una gorra oscura. Esta persona saluda y de repente saca un cuchillo chico con la punta bien fina, con mango color negro e intimidando a las víctimas les pide la plata, a lo que la Sra. V. le hace entrega de alrededor de setecientos pesos ($ 700). Luego conduce a ambas mujeres al lado de las heladeras y les pide una bolsita de sandwiches de miga, que le fue entregado por la Sra. V., También se apodera de un cartón de cigarrillos. El imputado que fue identificado como M. L. amenazaba a la denunciante de la siguiente forma "si llamás a la policía o me denunciás te voy a hacer mierda" y esto repetía continuamente generando temor a la mujer. Antes de retirarse con el cuchillo cortó el cable del teléfono fijo y se apoderó también de un teléfono celular, marca "Samsung", número

de abonado XX-XXXXXXXX de la empresa Movistar, que estaba sobre el mostrador y todas las plasticotas que tenía para la venta.

Segundo hecho: El 10 de junio de 2013, alrededor de las veinte horas, cuando la Señora B. V. se encontraba atendiendo su negocio denominado "Despensa X J.", sito en Avenida X J. y calle A. de la localidad de Sarmiento, ingresó el imputado M. L.. Venía con la misma ropa, gorra y campera que en el hecho anterior y esgrimiendo un cuchillo le pidió nuevamente que le entregue la plata y cigarrillos marca "Marlboro". La Señora V. hizo entrega de aproximadamente un mil pesos ($ 1.000), los cigarrillos y también una tira de maquinitas de afeitar, color azul. Luego L. se va hacia la puerta regresa y le dice "vos no digas nada porque yo voy a volver y si hay gente yo te voy a decir lo que quiero y vos me lo das sin decir nada… ", apoderándose de dichos elementos.

Tercer hecho: el 18 de junio de 2013 aproximadamente a las veinte horas en la despensa "X A.", ubicada en Av. X A. N° 125 de la ciudad de Sarmiento, en circunstancias en que se encontraba su propietaria A. del C. G. junto al Señor H. C., habría ingresado a dicho local M. L. con un cuchillo, colocando a las víctimas detrás del mostrador diciéndoles "entreguen la plata". Ante la negativa de la propietaria, el imputado abrió la caja registradora, siempre esgrimiendo el cuchillo, y se apoderó de aproximadamente pesos un mil ($ 1.000), escapando luego del lugar.

Los sucesos fueron calificados legalmente como Robo agravado por el uso de armas -tres hechos en concurso real- en calidad de autor (arts. 45, 55 y 166, inciso 2°, del Código Penal).-

II.- Lo primero que corresponde resaltar del tema a decidir aquí, es que la crítica del impugnante se reduce a uno de los hechos por los que su pupilo fuera condenado, los que totalizan tres sucesos, calificados legalmente como Robos agravados por el uso de arma (art. 166 inc. 2 del CP), por lo cual de por sí la procedencia de los agravios a lo sumo podría haber generado cierta reducción de la pena, pero no mucho más, pues el pronunciamiento respecto de dos de los eventos por los que L. recibiera sanción, ha quedado firme, y con él la escala a considerar, de cinco a quince años de prisión.

En cuanto a los puntos de discordia con el fallo propuestos por el Sr. Defensor, cabe reflexionar brevemente respecto de la apreciación de la prueba, en particular en la importancia de la de indicios.

Y por último, la constitucionalidad del Instituto de la Reincidencia como del art. 12 del CP., temas también incluidos en el Recurso.

III.- Si bien, reitero que sobre los primeros dos hechos la Sentencia ha quedado incólume, ello no significa que determinados aspectos de los mismos, acreditados mediante prueba directa, no se proyecten en

calidad de indicios sobre la lógica en la valoración probatorio en cuanto al tercero, faceta del pronunciamiento sí cuestionada.

La despensa “X J.” posee cámaras de seguridad, por lo cual las dos ocasiones en las que L. ingresó a fin de apoderarse de lo ajeno munido de un arma blanca, fue filmado, luego reconocido por las víctimas en una rueda, y hallada la campera que usó en el primer evento en su domicilio.

En ambas oportunidades el sujeto activo empuñó el arma con su mano izquierda, al igual que en la tercera, atinente al comercio X A., en la que llevaba puesto un pasamontañas, siendo la mecánica similar en las tres ocasiones, ingreso abrupto, nocturno, en un radio de comercios cercano, víctimas vulnerables, solicitud de dinero, y huida veloz, sin perjuicio que en la última existió oposición de uno de los damnificados, pues el autor recibió un golpe con un palo por parte del Sr. C., rompiendo un vidrio en la retirada.

En el registro domiciliario en la vivienda de L. también se hallaron, tanto el pasamontañas como el cuchillo, que luego, en Juicio, el propio C. reconoció como los usados por el agresor que ingresó al mentado comercio “X A.”.

Incluso el testigo de mención efectuó un señalamiento impropio en el Debate, indicando al acusado como el sujeto activo del delito que lo damnificara.

La otra víctima, la Sra. G., aportó a la materialidad y

descripción del suceso, pero no tanto a la individualiación del autor debido, a dificultades de percepción, y de reproducción de lo percibido relativas a una enfermedad que padece.

Pero lo transcendente aquí es que aún excluyendo del plexo la diligencia de reconocimiento de personas, que la Defensa ha cuestionado, y cuyo mérito a priori se presentaba como dificultoso para los intereses del Acusador teniendo en cuenta que el sujeto activo del delito utilizó el referido pasamontañas, por lo cual en definitiva fueron sus ojos lo que en todo caso debían ser señalados, desde los datos que emergían de los otros hechos, y el hallazgo de los indicados elementos usados en el hecho, fue posible construir la autoría, por tratarse de indicios serios, plurales y concordantes, tal como la prueba de esta naturaleza requiere (Jauchen Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III pag. 127 y ssgts, Ed. Rubinzal Culzoni).

Aquí concurrían tres clases de indicios. Los de participación en el delito (por sus características fisonómicas similares, por el hallazgo de elementos utilizados para perpetrarlo en la vivienda del acusado), los provenientes de la personalidad (conductas anteriores en otros hechos cometidos de la misma forma, días antes y en cercanías), y provenientes del móvil (en todos los casos apoderarse de los ajeno).-

Además, reitero que hubo un reconocimiento impropio en

el Debate efectuado por el Sr. C., y los elementos indiciarios señalados, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en los términos expuestos.

En definitiva, la crítica realizada no alcanza a conmover el cuadro probatorio que, sobre la base de los indicios referidos, fue eficaz a los efectos de superar el estado de inocencia.

Por ello, la Sentencia en este aspecto merece ser confirmada.

IV.- Evidentemente, los alcances del art. 12 del CP. no se vinculan a una incapacidad de derecho, sino de hecho.

Aquella persona privada de la libertad ambulatoria por razones obvias no puede ejercer la patria potestad, controlar diariamente el curso de sus negocios, ser parte de órganos directivos o de control de alguna sociedad, ejercer cargos públicos etc.

En la medida que la incapacidad derivada de la comisión de un delito que derive en una pena temporal de cumplimiento efectivo posea tales consecuencias, no es posible hablar de colisión constitucional alguna, sino de los naturales efectos de la situación indicada, sin perjuicio que determinadas restricciones continúen aún con el penado en libertad condicional (conf. Marco Terragni, Código Penal comentado, dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 1 pags. 151 y ssgts. Ed Hammurabi).

A todo evento, y sobre la base de este principio general

atinente a la constitucionalidad del artículo, interpretado de la manera expuesta, será el Juez encargado de la Ejecución de la condena el que, al decidir peticiones concretas, genere, o no, un agravio como el señalado por la Defensa.

Pero el planteo aquí realizado, a priori, merece ser rechazado, sin perjuicio, insisto, del desarrollo de la etapa de ejecución.

V.- Teniendo en cuenta los precedentes de la Sala Penal del STJ ("Bonina" y los que le siguieron reiterando el criterio), mencionados por los Jueces de grado, y fundamentalmente, por el reciente fallo de la CSJN "Arévalo" (27/5/014), en el cual el máximo Tribunal nacional, adhiriendo al dictamen del Procurador General, se expide reafirmando la constitucionalidad del instituto de la Reincidencia, por razones de economía procesal, he de coincidir con el criterio expuesto por mis colegas en el Acuerdo, consistente en que la petición en contrario aquí impetrada, debe ser rechazada.

Ahora bien, pretendo dejar a salvo mi opinión, sustancialmente por que resulta un tema de arduo debate desde hace muchos años, lo que queda demostrado en el hecho que paralelamente al fallo de la Corte Nacional, ha tomado estado parlamentario un proyecto de Reforma del Código Penal que elimina el instituto aludido.

Las posturas en conflicto han versado sobre,

sintéticamente, los siguientes argumentos: la reincidencia consistiría en una nueva valoración, en el presente, de un hecho del pasado, por el cual el condenado ya recibió sanción, lo que violentaría el principio constitucional del "ne bis in dem"; y, de contrario, el instituto se basa en el principio de culpabilidad, el que permite considerar de manera más gravosa (vedándole al penado el acceso a la libertad condicional), la situación actual de una persona, que ha desatendido las nociones de convivencia social emitidas en el tratamiento carcelario anterior.

Ahora bien, el instituto no deja de ser una herramienta mediante la cual, el Legislador quita una facultad natural del Juez, en este caso la de adaptar la sanción a los progresos evidenciados en el cumplimiento de la misma.

No implica violación de la división de poderes, a priori, ya que lo ha hecho también al prever penas fijas, en donde también quita a la Judicatura la facultad de graduar la sanción (por ejemplo en el art. 80 CP.), en razón de la magnitud del injusto cometido. Hemos expresado que ello, en la medida que ingrese en el ítem de lo excepcional, no genera colisión constitucional alguna (Sentencia nro. 14/12 entre otras).-

Ahora bien, en cuanto a la Reincidencia, lo que se le veda a los Magistrados, de manera general, pues el instituto incumbe a todos los delitos que importen la aplicación de pena temporal en la medida que se

verifiquen dentro de ciertos términos, es la posibilidad de ajustar la sanción a la conducta del penado en el contexto del tratamiento carcelario, lo que se ha dado en llamar la etapa "administrativa" de la individualización de la pena.

Concretamente, ya desde la Sentencia inherente al nuevo hecho, y por haber mediante la comisión de este "reincidido" en el delito dentro de un plazo igual al de la condena anterior, no inferior a cinco años ni superior a diez, a contar desde su cumplimiento, se declara la operatividad del instituto y se lo priva del ingreso al estadío superior del sistema de progresividad en la ejecución de la pena, la libertad condicional.

Es decir, podría ocurrir que en el cumplimiento de la segunda condena la persona posea una conducta carcelaria ejemplar, y sin embargo, no acceda a tal beneficio, en función de aquel lejano antecedente.

Allí reside, en mi concepto, el agravio constitucional relacionado al principio del "ne bis in idem".

Ya el art. 41 del CP contempla para el Juez la necesidad, al individualizar la sanción, de considerar las "reincidencias en las que hubiere incurrido" y demás antecedentes del sujeto. Por ende, los delitos anteriores pueden ser tenidos en cuenta para graduar la condena actual, desde el aspecto subjetivo a tener presente para ello, dentro de lo que se halla la internalización, o falta de ella, de los mandatos jurídicos por el penado.

La cuestión, desde otro plano, concreto, el que no

corresponde mixturar con el análisis dogmático y por tanto abstracto, pero sí utilizar como parámetro, se complejiza cuando tomamos nota de las características del sistema carcelario en nuestro país, sus carencias, y en definitiva, idoneidad para proveer al fin de prevención especial positivo de la pena.

Perfectamente el Magistrado del segundo hecho puede ajustar la sanción a la conducta precedente, no a la manera del "derecho penal de autor", sino de "acto", en tanto los actos delictivos del pasado posiblemente denoten una conducta reacia a aceptar las pautas de convivencia social, y por ende sea necesario mayor dosis de sanción para lograr la referida internalización de dichas pautas.

Tal resulta el fundamento utilizado con los penados de actitudes refractarias al tratamiento carcelario, que por ello no acceden a los beneficios, y sin embargo, no se alzan voces alertando que ello implica ir por el camino del peligrosismo.

En resumidas cuentas, se trata de responsabilidad. Del Estado en proveer los recursos, y su correcta utilización, para que las personas se readapten al medio libre; de estas, para asumir su conducta y enmendarla; del Legislador, para no suprimir, a priori, herramientas de adecuación de la pena a la situación del condenado, útiles para propiciar su resocialización; y de los Jueces, en la medida que deben determinar la

entidad de la sanción evaluando todas las condiciones atendibles.-

Pero es sin dudas el Magistrado en cargado de la ejecución el que se encuentra en mejores condiciones para controlar el cumplimiento de la pena, y permitir llegado el caso, el acceso a beneficios, los que no corresponde denegar, a piori, por imperativo legal, y por acciones del pasado. Así voto.-

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

I.- En lo concerniente a todo cuanto refiere a los antecedentes del caso, me remito a la reseña y consideraciones que en general ha efectuado mi colega que lidera la votación.-

1.- Debe destacarse en primer lugar que el Tribunal de juicio condenó a M. L. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de armas, tres (3) hechos en concurso real (arts. 166 inc. 2, 45 y 55 del Código Penal). Los ilícitos ocurrieron todos en la ciudad de Sarmiento; el primero el día 8 de junio de 2013 en perjuicio de la propietaria del comercio “Despensa X J.”, Sra. B. V.; el segundo ocurre el día 10 del mismo mes y año nuevamente en el local “Despensa X J.”, y el tercero el día 18 de junio de 2013, en el almacén “X A.” propiedad de la Sra. A. del C. G..-

El impugnante se agravia exclusivamente en relación a la conclusión del Tribunal respecto al tercer hecho, considerando que los jueces

se han apartado de modo arbitrario del principio in dubio pro reo por cuanto con la prueba arrimada no se puede concluir con la certeza que requiere la instancia que su asistido resulte el autor material del hecho.-

Adelantando opinión del análisis de la sentencia atacada no extraigo defectos en el desarrollo de los fundamentos y tampoco advierto contradicciones en el análisis realizado por cada uno de los jueces. El fallo contiene un razonamiento claro, completo, apoyado en los elementos de autos y en las normas jurídicas vigentes y en dicho marco el agravio intentado resulta solo una mera discrepancia con las conclusiones a las que arribara el tribunal, sin fuerza como para conmoverla.-

Quedó establecido en el juicio que en circunstancias de encontrarse la propietaria de la despensa, Sra. G., atendiendo al Sr. H. C. ingresó abruptamente un sujeto con un pasamontañas y un cuchillo en la mano izquierda, dirigiéndose primero al Sr. C. a quien tomó del cuello colocándole el cuchillo en el estómago para luego empujarlo y dirigirse a la Sra. G., acometiendo de la misma forma, colocándole el cuchillo en el cuello para ubicarlos detrás del mostrados y tirarlos al piso y sustraer de la caja el dinero, una suma aproximada a los mil (1000) pesos para luego escapar.-

Los jueces contaron con la prueba aportada por el Fiscal y rescatan la uniformidad del relato de la Sra. G. y el Sr. C. respecto a las acciones desplegadas por el sujeto en la ocasión y no dejan de atender que la

dueña del almacén se desmaya cuando el individuo acometió contra ella como así también que con posterioridad al hecho sufrió un accidente cerebro vascular (ACV).-

Adjudican valor al testimonio en cuanto concuerda plenamente con el del Sr. C., aunque no otorgan el mismo valor al reconocimiento en rueda de personas, pues no fue contundente, es decir que su validez como prueba de cargo es producto de un análisis conjunto con los otros elementos probatorios.-

Por el contrario el Sr. C. fue más preciso tanto en el reconocimiento como al momento de declarar en la audiencia donde también efectuó un reconocimiento impropio en perjuicio del imputado, y no puede perderse de vista que el testigo, en ocasión del hecho, fue abordado por L. e intentó detenerlo cuando se daba a la fuga golpeándolo con un palo lo que indica que tuvo contacto directo, frente a frente.-

Pero no se agotó en estas versiones la prueba de cargo, pues producto de un allanamiento, no cuestionado por la defensa, se secuestró un pasamantoñas y un cuchillo los que fueron reconocidos por el testigo como los empleados por el sujeto para cometer el hecho, y por otra parte las coincidencias que uniformemente destacan lo jueces con los otros dos hechos atribuídos en relación a la modalidad comisiva vinculada a nocturnidad, uso de un pasamontañas y de un cuchillo empuñado con la mano izquierda, el

radio de acción y selección de las víctimas, que pasan a constituir indicios formando un cuadro perfecto que permitió concluir a los jueces con la certeza necesaria que M. L. es el autor material del tercer hecho endilgado por el Ministerio Público Fiscal.-

Tal como lo expresara la Fiscal actuante en su responde, estimo que el recurso resultó insuficiente para conmover la conclusión sobre autoría del hecho fijado por los sentenciantes, puesto que no demostró la absurda valoración de prueba ni violación a las normas procesales que rigen la producción y apreciación de la misma; como ya señalara del análisis de autos surge que los jueces valoraron razonablemente la prueba colectada y concluyeron sin absurdo ni duda que M. L. fue el autor del hecho delictivo, por lo que el agravio no puede prosperar y así voto.-

2.- Igual suerte debe correr el segundo de los agravios por el que el Sr. Defensor Público postulara la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. en punto a la incapacidad civil accesoria de la pena privativa de libertad por más de tres años, por tratarse a su entender de una pena accesoria que implica la muerte civil del encausado.-

Antes de expedirme sobre el punto, entiendo pertinente destacar que el agravio central apuntaba a lograr la absolución del imputado en relación al tercer hecho atribuído y la consecuente disminución del monto de la pena que fue fijado en ocho años de prisión por los tres hechos, pero no

cuestionó en modo alguno pero no cuestionó que el Tribunal haya incurrido igualmente en una infracción al escoger el monto de pena.-

Pensemos que aún en el eventual supuesto de haber prosperado la impugnación, el reproche que le correspondía por los otros dos hechos calificados como Robo con arma del art. 166 inc. 2º del C.P. importaba una pena que jamás podía ubicarse debajo de los cinco años de prisión, por lo que el planteo se desluce, pierde virtualidad al margen de la falta de fundamentación, lo que fue señalado por los sentenciantes.-

Las incapacidades civiles de las que refiere el art. 12 del C.P. son una consecuencia de la condena con connotaciones eminentemente tutelares, puesto que una persona privada de libertad no puede realizar determinados actos de la vida civil como ejercer la patria potestad, administrar sus bienes o bien el derecho de disponer de ellos entre vivos.-

El alcance de la medida nos ubica frente a una incapacidad de hecho relativa, por lo cual el penado no pierde su capacidad jurídica, ya que la misma se refiere a un vínculo restringido de actividades por lo que no advierto que violente la normativa de orden convencional invocada por el impugnante.-

Atinente al caso, rescato el voto del Dr. Carlos Natielo, integrante de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Bs. As. en autos: “M. D. E. s/ recurso de casación” Expte. nº 38.114, sentencia

del 26/8/2010 en el que expresa: “Entiendo a partir de lo expuesto que debe considerarse a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse privado de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, las que encuentran fundamento en la tutela de los derechos del sujeto privado de su libertad, por lo que no se observa la concreta violación al bloque de constitucionalidad conformado por la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados por la reforma de 1.994, concretamente los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 10 del P.I.D.C. y P. y 5 ap. 6to. de la C.A.D.H. Y este último extremo es un requisito sine qua non para fulminar una norma con la declaración de inconstitucionalidad que representa la sanción de máxima gravedad prevista en el ordenamiento jurídico”.-

En razón de lo expuesto, voto por la negativa.-

3.- Por último el impugnante atacó de inconstitucionalidad la declaración de reincidencia por primera vez de su asistido, afirmando que la misma se funda en criterios de “peligrosidad” o en el “derecho penal de autor” y que tal formulación viola principios esenciales como el de legalidad, culpabilidad específica, lesividad y pro homine, y asimismo el non bis in idem en tanto supone una doble valoración de un mismo hecho, a lo que dio respuesta el Ministerio Público Fiscal avalando su postura con jurisprudencia de la C.S.J.N. y del Superior Tribunal de Justicia, solicitando el rechazo del

planteo.-

Los jueces han dado suficiente respuesta al planteo del Sr. Defensor apoyándose también en precedentes nacionales y locales que entiendo ajustados al caso.-

En principio considero pertinente señalar que el planteo aparece como una formula empleada por el Sr. Defensor Público ante supuestos de declaración de reincidencia y sin la fundamentación que amerita introducir una cuestión de tal envergadura, puesto que fulminar una norma con la declaración de inconstitucionalidad implica aplicar la sanción de máxima gravedad prevista en el ordenamiento jurídico, no agregando en la ocasión nuevos argumentos.-

Frente a la entidad del planteo no resulta necesario extenderse en demasía pues es clara la posición tanto del S.T.J. y como de la C.S.J.N. sobre la materia. El más reciente de los pronunciamientos del máximo Tribunal nacional del 27 de mayo de 2014 en autos “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón s/ Causa nº 11835”, mantiene la postura conforme lo resuelto en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680).-

En tal dirección y como ya mencionara también, se sigue la doctrina legal sentada por la Sala Penal del S.T.J. en el precedente

"Bonina" (Expte. nº 20387-201-2006, Sentencia nº 45/06), reiterada en autos "Di Muro, Walter Sebastián y otros" (Expte. nº 21.650-132-2009, letra "D" y en autos "Gersi, Jorge" (Expte. nº 22127-10-2010).-

Entonces, de acuerdo a los precedentes citados, tenemos que, según el régimen de reincidencia será tratado con más severidad quien comete un delito punible con pena privativa de la libertad tras haber cumplido ya efectivamente una pena de esa clase por un delito anterior, siempre que no haya transcurrido el plazo legal entre el cumplimiento de pena por el delito anterior y la comisión del nuevo delito. La agravación punitiva que impone la ley consiste en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de la libertad condicional del art. 13 del C.P. durante la ejecución del nuevo delito, pero no importa agregar un nuevo castigo por el delito anterior ya penado, sino, como un ajuste por el nuevo delito tomando en consideración características penalmente relevantes del caso y la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, es decir una evaluación de la responsabilidad personal del autor de la comisión del nuevo delito y ello también importa, considerando el marco de progresividad del sistema penal, que la severidad de la sanción y/o la severidad de la ejecución de la pena se incrementan progresivamente en función de la recurrencia delictiva; por todo ello también debe rechazarse este planteo y así voto.-

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

I.- Me remito en un todo a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) En lo concerniente a los hechos por los que fuera condenado en el juicio, el acusado L., la Defensa ha limitado su agravio al último de ellos, acaecido el día 18 de junio del año 2013, denunciando la ausencia de pruebas suficientes para llegar a tal extremo.-

Sobre el particular, cabe señalar que los propios sentenciantes han marcado y reconocido las diferencias existentes entre las pruebas que conforman el cuadro probatorio, en el caso de los dos (2) hechos precedentes en el tiempo, de fechas 8 y 10 de junio, y el restante; sobre todo, respecto a las testimoniales de los damnificados (en punto a la descripción del sujeto que cometiera el atraco), reconocimientos de personas -en "rueda" e impropio en la audiencia de debate-, etc. Pero lo cierto es que, por encima de ello, también han resaltado que existen otros elementos de juicio que, en forma inequívoca, nos conducen a la autoría del imputado más allá de toda duda razonable, inclusive en aquellas mismas deposiciones.-

En efecto, adviértase que el impugnante no rebate adecuadamente la circunstancia de haberse procedido, en un tiempo

inmediatamente posterior al referido tercer hecho –el día siguiente, 19 de junio, a las 17.30 hs., según "Acta de procedimiento policial" que acompaña el diligenciamiento del oficio n° 56/13 librado por el Juez Penal Rosales-, al allanamiento del domicilio de L.; diligencia que permitió el secuestro, entre otros elementos, de un instrumento de filo (cuchillo de punta fina) y una gorra "tipo pasamontañas de lana", que fueron reconocidos por el testigo víctima H. C..-

A lo que debe añadirse, a modo de indicio de cargo, una misma modalidad de actuación en los tres (3) hechos sucesivos durante el mes de junio de 2013: " … nocturnidad, uso de capucha o pasamontañas y cuchillo (además este último portado en la mano izquierda), y la elección de víctimas especialmente vulnerables (mujeres). A lo que debe agregarse la proximidad de los comercios entre sí, y respecto del domicilio del encartado" (del voto del Juez Penal Criado a la primera cuestión).-

Por último, se destaca que el cuestionamiento que efectuara el encartado –tomado de sus palabras en oportunidad de la audiencia del art. 385 del CPP-, a la coherencia del cuadro probatorio de cargo, en el sentido que no resultaría creíble la declaración testimonial de C., porque según esta versión en el momento final del hecho el testigo golpeó al autor, y sin embargo L. no ha presentado lesiones verificadas; el mismo no resulta dirimente de la cuestión, ya que forma parte de las reglas de la

experiencia y el sentido común, que no siempre un golpe produce una lesión –aunque sea leve-, susceptible de ser constatada por un examen físico, ergo la ausencia de rastros o huellas del golpe en la humanidad del acusado, en absoluto autoriza a desmentir al órgano de prueba, solo por tal circunstancia.-

2) Adhiero fundadamente, entonces, a los votos precedentes en el sentido que corresponde rechazar el agravio impetrado, y confirmar la declaración de responsabilidad del acusado L..-

III.- 1) En el recurso ordinario, la Defensa "atacó" de inconstitucional la declaración de reincidencia (art. 50 C.P.), por primera vez, del acusado M. L. -punto 2° del fallo impugnado-; argumentando que la misma se funda en criterios de Derecho Penal de autor, como asimismo que el instituto viola los principios de legalidad, culpabilidad específica, lesividad, doble valoración y *pro hómine*.-

Estos argumentos han sido debidamente respondidos por la representante de la acusación pública, destacándose que no se vulnera ningún precepto constitucional; ya que se trata de derecho penal de autor, sino de acto, y que no existe violación al principio non bis in idem. También hubo de citar jurisprudencia de la CSJN y de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, contrarias a la pretensión defensista.-

Entiendo que no resulta necesario explayarse en demasía sobre el punto, teniendo en cuenta que resulta harto conocido el estado de la

discusión sobre esta materia; como así también que, reiteradamente, he tenido ocasión de pronunciarme acerca del mismo –incluso en casos procedentes de la Circunscripción judicial de Sarmiento-.-

Solo merece ponerse de resalto, una vez más, que la jurisprudencia de la CSJN desde antaño viene sosteniendo que la reincidencia se sustenta en el "desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto 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. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida" (causa "Gómez Dávalos, Sinforiano s/ recurso de revisión", Fallos: 308: 1938, 16/10/86; consid. 5).-

Actualmente, merecen citarse en este mismo sentido, los recientes precedentes de la C. Fed. Casación Penal; entre otras, las causas: "López, Sergio y otros s/ recurso de casación", 31/7/12; "García, Rafael Adrián s/ recurso de inconstitucionalidad", 8/8/12; "Assini, Guillermo Adrián s/ recurso de casación…", 9/10/12; "Borgeat, Ernesto Carlos s/ recurso de casación", 31/10/12; "Molina, Rodolfo Ariel s/ recurso de casación", 7/2/12; "Hernández, Juan Ramón s/ recurso de inconstitucionalidad", 7/3/12; "Arrieta, Walter Sergio s/ recurso de inconstitucionalidad", 27/3/12; U., D.

G., 31/07/13; “Carpanzano Medina, Roberto David y otro s/ recurso de casación”, 27/6/2013; “L., F.C.” del 12/7/13 y “T., M.A.” del 19/4/2013, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 10/2013, octubre de 2013, págs. 2105 y ss., edit. Abeledo Perrot, Bs. As., Directores Pedro J. Bertolino/Patricia Ziffer –en el voto del Juez Mariano H. Borinsky se recuerda, además, que la CSJN con fecha 5/2/2013, en los casos “Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/….” y “Gómez, Humberto Rodolfo s/…”, mantuvo la constitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P. y la denegatoria de la libertad condicional, dispuestas oportunamente por la Sala III de la Cám. Fed. de Casación Penal; como así también, se aplica “la doctrina del leal acatamiento de la jurisprudencia de la CSJN, en atención al valor institucional que revisten sus fallos, dado su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”-.-

Asimismo, cabe extraer del voto ya referido en el párrafo anterior, el señalamiento que se efectúa en el mismo, de que “el instituto de la reincidencia en el sistema del Código Penal argentino no encuentra sustento en la personalidad o peligrosidad del sujeto y tampoco en un hecho incierto futuro. … con el nuevo acto delictivo (recurrencia), el sujeto manifiesta su mayor desprecio por la pena y, también, por los derechos de terceros, cuya autonomía moral vuelve a afectar con su nueva conducta delictiva (C.N., art. 19). En efecto, el sujeto reincide en su conducta delictiva, luego de haber

ejecutado la consecuencia jurídica estatal más lesiva de sus derechos (pena privativa de libertad), con motivo de una afectación de derechos de terceros constitutiva de un ilícito penal. Asimismo, no es posible soslayar que el sistema penal argentino contempla la recurrencia delictiva en un marco de progresividad compatible con los principios de igualdad y razonabilidad (C.N. arts. 16 y 28). En efecto, la severidad de la sanción (*quantum*) y/o la severidad de la ejecución de la pena se incrementan progresivamente, en función de la recurrencia delictiva" (ibídem).-

2) En lo concerniente al agravio relativo a la aplicación del art. 12 del Cód. Penal, debemos señalar dicho precepto no se opone a normas de jerarquía constitucional, ya que la apuntada incapacidad constituye una incapacidad de hecho relativa y no una incapacidad de derecho absoluta, y –por lo demás- tampoco afecta la resocialización ni produce un efecto estigmatizante (cfme. CNCasación Penal, sala I, 2006/06/22, "Escudero, Silvia R.", La Ley 2006-E, 181; con citas de Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 1973, T. 1, pág 559; Alfredo Orgaz, "Incapacidad civil de los penados", Córdoba, 1939, pág. 21 y 84; Marco A. Terragni en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Directores: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, 1997, Tomo 1, págs. 154/155; Núñez, "Derecho Penal Argentino. Parte general", Buenos Aires, 1988, Tomo 2, págs.

449/450; Jorge de la Rúa, “Código Penal Argentino. Parte General”, Buenos Aires, 1997, pág. 181; y “Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General”, Andrés J. D’ Alessio, Director, Buenos Aires, 2005, pág. 63).-

En la cita de Soler, que contienen el fallo, asimismo se señala que si bien el instituto tiene su origen en las penas infamantes, en virtud de la enumeración de actos a los que se encuentra limitado, el condenado no pierde su capacidad jurídica; sino su capacidad de hecho y únicamente con referencia a los actos expresamente previstos por la ley: patria potestad, administración de sus bienes, disposición de éstos por actos entre vivos (cfme. aut. cit.: “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, 1992, Tomo II, pág. 461/462).-

A su vez, Ricardo Núñez –también citado- afirma que “estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro"; y que “esta incapacidad de hecho relativa se circunscribe únicamente a los supuestos taxativamente previstos por la ley, por lo que conserva, por ejemplo, su capacidad para disponer sin representante o autorización especial de los bienes por testamento, para casarse, para reconocer hijos naturales y para por medio de un representante voluntario estar en juicios que, como el divorcio o filiación natural, no versen sobre la administración de sus bienes

(op. cit., t. II, págs. 447 y 449/450)".-

Por su parte, el TCPBA, Sala I, con fecha 26/8/2010, en la causa "M., D. E.", también ha rechazado la inconstitucionalidad del art. 12 C.P.: "…la incapacidad allí prevista sólo implica una incapacidad de hecho pues realtiva y lejos está de prever la 'muerte civil', debiendo considerarse a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse privado de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, las que encuentran fundamento en la tutela de los derechos del sujeto privado de su libertad…", citado por Marco Antonio Terragni, en su obra "Tratado de derecho penal", Tomo I, Parte General, pág. 911, edit. L.L., Bs. As., año 2012, cita on line: AR/JUR/57732/2010.-

3) En consecuencia de todo cuanto se ha expuesto, también en este caso corresponde rechazar los agravios pretendidos.-

IV.- Sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L., contra la sentencia condenatoria Nº 207/2014, de fecha 3 de abril de 2014 y confirmar el pronunciamiento aludido en todas sus partes.-

Asimismo corresponde regular los honorarios

profesionales de la Defensa Pública, en la etapa de impugnación, en veinte (20) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión adhiero a lo propuesto por el colega que lidera la cuestión precedente y que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L., contra la sentencia condenatoria Nº 207/2014, de fecha 3 de abril de 2014 y confirmar el pronunciamiento aludido en todas sus partes.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

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

En base al resultado del Acuerdo, por unanimidad, adhiero al criterio de los colegas que votan en primero y segundo términos, en el sentido que debe dictarse en consecuencia de aquel, un pronunciamiento que rece del siguiente modo: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. L., contra la sentencia condenatoria Nº 207/2014, de fecha 3 de abril de 2014 y confirmar el pronunciamiento aludido en todas sus partes.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios

profesionales propuesta.-

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

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

1º) NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **M. L.**, contra la sentencia condenatoria Nº 207/2014, de fecha 3 de abril de 2014 (arts. 374, 382 ss. y ccs. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR el pronunciamiento aludido en todas sus partes.---------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la etapa de impugnación, en veinte (20) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 -antes Ley 2.200-).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 18/14

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.