En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de mayo de dos mil diecisiete, 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. **M. 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° 7715**, **carpeta individual n° 1494**, caratulada: **"A., F. M. s/ p.s.a. Evasión",** de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Laura Castagno**, el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Gustavo Oyarzun** y el imputado **F. M. A.**; y

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

Que los días cuatro y nueve del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. M. Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de F. M. A., 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 F. M. A. 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. M. 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 suscitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público, Dr. Ariel Miguel Ángel Moyano, en favor de su asistido F. M. A., contra la Sentencia N° 1021/2016, de fecha 11 de noviembre de 2016, por la cual se lo condenó a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas como autor penalmente responsable del delito de Evasión (Arts. 45 y 280 del C.P.).-

1.- El recurrente centró su crítica en tres agravios: a) violación del principio de imparcialidad del Juez de la sentencia, b) Falta de motivación y fundamentación de la condena y c) Falta de motivación y fundamentación en la declaración de reincidencia.-

Con relación al primero de los agravios sostuvo que el Magistrado subrogando actividad propia del Ministerio Público Fiscal elaboró una hipótesis que no surge de ningún dato o testimonio brindado en juicio.-

Agregó que al debate comparecieron un total de seis testigos, de los cuales cinco son agentes policiales y un testigo civil, y que

ninguno de ellos en sus declaraciones citó detalles o aspectos que permitan enderezar la mirada en el sentido en que lo pretende el Juez de grado.-

Señaló que de los dichos de los testigos se pudo corroborar que el día del hecho la dependencia contaba con cinco efectivos de servicio, que había un solo detenido alojado (A.), que en el sector de celdas no había consigna de custodia, que en dicho sector no se hacían controles periódicos ni recuentos de detenidos y que el titular de la Seccional, J. C. C., iba y venía constantemente de la dependencia a su domicilio, que quedaba al lado.-

Resaltó que nadie pudo señalar en que horario el imputado habría salido del sector celdas, por que lugar, de qué modo y que sectores habría transitado para ello.-

Entendió que estos aspectos sumado al hecho concreto y demostrado que el Ministerio Público Fiscal no hizo esfuerzo alguno para llevar adelante una investigación seria colocan la situación dentro del marco establecido por el Art. 281 del C.P. ya que lo único acreditado es el actuar negligente de los agentes policiales.-

Refirió a dos testigos -A. y F.- que a su criterio faltaron a la verdad. De A. dijo que el Ministerio Público Fiscal trató de inducirlo para que manifestara que el secuestro del candado del sector celdas no se habría realizado del modo en que indica la ley (Art. 178 del C.P.P.), lo que no fue verificado en las evidencias aportadas al juicio. De F. dijo que mintió al señalar que había participado de la inspección ocular junto al Comisario, lo que no fue corroborado por el funcionario. También que participó como

testigo de actuación del acta de constatación policial firmando junto al Suboficial S. el día 3 de marzo de 2015 a las 20:30 horas y que F. ingresó a la dependencia policial a las 21:30 horas.-

Con relación al segundo de los agravios señaló que el Magistrado con ausencia plena de motivación y fundamentación adhirió automáticamente a lo solicitado por la Señora Fiscal -una pena de seis meses de prisión-, considerando como agravantes su condición de detenido y la impresión que se formó de A. en la audiencia, lo que lleva ínsita la nulidad de la sentencia por violatoria del derecho de defensa y por estar articulada únicamente en el derecho penal de autor.-

En el tercero y último de los agravios se refirió a la declaración de reincidencia y explicó que no surge acreditado que A. en el lapso de la condena parcialmente cumplida haya sido sometido al régimen de ejecución penal, que no se dispuso a su respecto el fin preventivo especial que manda la norma, y peticionó que se rechace la declaración de reincidencia ya que se basó única y exclusivamente en una apreciación dogmática.-

Finalmente solicitó que la sentencia sea declarada nula y subsidiariamente, en caso de no tener acogida, solicitó se aplique el mínimo de la pena prevista para el delito y se deje sin efecto la declaración de reincidencia.-

2.- A su turno, la Fiscal General Dra. Laura Castagno, contestó los agravios esgrimidos por la defensa.-

Sostuvo que al inicio del debate la Fiscalía planteó su

teoría, la que había sido presentada oportunamente en la Acusación Fiscal y que al finalizar el debate el Juez coincidió con su postura.-

Agregó que es una falacia que la conclusión a la que arribó el Dr. Casal no tenga sustento en la prueba rendida en juicio, y aludió a las declaraciones de los testigos S., T., G., C. y A., todos funcionarios policiales, quienes dieron cuenta de los sucesos en la Comisaría de Río Mayo y de la detención de A. en la vía pública.-

También se refirió al peritaje realizado por el idóneo T. sobre el candado secuestrado, cuyas conclusiones obran en un informe que por acuerdo de partes se incorporó por lectura, e indicó que quedó acreditado que el objeto fue violentado y que presentaba signos de golpes sobre la parte superior del cuerpo. Agregó que en debate el Juez lo tuvo a la vista y también las fotografías y que pudo advertir no solo el mellado que presentaba en su parte superior producto de los golpes recibidos sino también su irregular funcionamiento.-

Sostuvo que tanto los testimonios como las pruebas materiales -candado secuestrado, fotografías y copias certificadas del Libro de Parte Diario- indican que el horario en el cual se produjo la evasión de A. fue entre las 18:00 y las 20:44 horas.-

En cuanto al lugar por donde salió dijo que todos los testimonios fueron coincidentes con la existencia de un boquete en la pared que separa la celda principal de la sala de visitas y a esto se suma el espacio libre que existe entre las rejas que se ubican entre la primera puerta con candado y el techo y por último la existencia de una puerta que daba al patio

interno y que sin necesidad de pasar por la Guardia permitía acceder al exterior de la Comisaría.-

En relación a lo señalado por el Defensor acerca del testigo A. sostuvo que únicamente se limitó a realizar las preguntas propias del debate cumpliendo con la exigencia legal habiendo tenido oportunidad el señor Defensor de observarlas en dicha ocasión.-

Respecto a F., indicó que del audio de debate emana de forma clara que fue el testigo civil durante la inspección ocular realizada por S. y también del secuestro del candado.-

Acerca del horario del acta de constatación policial, cuestionado por la Defensa, advirtió que el horario de inicio de la misma fue 20:30 horas aproximadamente y que de su lectura surge que en principio se relató el modo y las circunstancias en las cuales los efectivos policiales detuvieron a A., luego describen el estado de los calabozos, luego explican cómo se evadió A. y como quedó nuevamente detenido, para luego solicitar el testigo de actuación. Aclaró que primero se inició el acta policial y luego, tal como surge del libro de Parte Diario de la Comisaría a las 21:30 horas se dejó constancia que se hizo presente el testigo F. para realizar la inspección ocular.-

En cuanto al monto de la pena señaló que solicitó seis meses de prisión teniendo en cuenta los antecedentes de A. que surgen de lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia, entendiendo que es una pena justa; y en relación a la reincidencia señaló que la exigencia de cumplir la condena sometido al régimen de ejecución no se encuentra prevista en el

Art. 50 del C.P., siendo que la reincidencia es un estado y la sentencia únicamente se limita a reconocerlo. Finalmente solicitó que se confirme la sentencia en todas sus partes.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. el Señor Abogado Adjunto expuso los motivos que lo llevaron a impugnar la sentencia y solicitó se declare la absolución de su asistido y subsidiariamente, para el caso de no tener acogida su planteo, se aplique el mínimo de pena previsto para el delito y se revoque la declaración de reincidencia.-

4.- A su turno, el Ministerio Público Fiscal solicitó el rechazo de la impugnación y la confirmación de lo resuelto por el Juez Penal en todos sus términos.-

Los hechos fueron descriptos por el Ministerio Público Fiscal en la Acusación de la siguiente manera: El acaecido el día 3 de marzo de 2015, entre las 19:00 y las 20:15 horas aproximadamente, en el sector celdas de la dependencia policial ubicada en calle 25 de mayo y Sarmiento de la localidad de Río Mayo (Chubut). Allí se encontraba alojado F. M. A., cumpliendo condena de prisión por Sentencia protocolizada bajo el número 5823/2013 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, quien previo romper un candado ingresó en una celda clausurada la que presenta en una de sus paredes un boquete por el cual se introdujo accediendo a la sala contigua, que se utiliza como sala de visitas, pasando posteriormente a un pasillo y saltando una puerta de reja de una altura aproximada de 3 metros, accediendo por otra puerta al patio interno de la Comisaría, evadiéndose de

la misma. Siendo recapturado en la intersección de las calles Rafael de la Fuente y Pasaje Falucho, a las 20:30 horas, por personal policial.-

II.- Considero relevantes, a los fines de resolver la impugnación deducida, una serie de parámetros que paso a enunciar seguidamente: un determinado contenido en el contra examen de los testigos, en este caso de cargo, como requisito para luego efectuar la tacha de arbitrariedad en la lógica de la apreciación probatoria; el rendimiento de la prueba indiciaria y el concepto de verdad; la interpretación que cabe asignar a la línea de defensa material del imputado, en tanto se encuentre signada por la multiplicidad de hipótesis; los requisitos propios de la declaración de reincidencia; y por último, la cuantificación de la dosis de pena a asignar.-

No ha sido cuestionado que A. se encontraba legalmente detenido en la Comisaría de la ciudad de Río Mayo, el día 3/3/015 en horas de la tarde, único sujeto en tal calidad, cuando personal policial lo observó deambulando por la vía pública, procediendo a su demora y traslado nuevamente a la Seccional. Tanto como que durante un período de tiempo, solo la agente G. de avanzado estado de embarazo y por ende sin acceso a los calabozos, se hallaba en la dependencia.-

Así lo relataron en Debate la propia G. y los Funcionarios S., A. y el Comisario C..-

Tampoco fue rebatida la disposición de espacios internos de la Comisaría, en tanto contaba con un calabozo principal con un boquete en la pared, separado de la celda en la que se encontraba A. por una puerta de rejas con un candado. No lo fue incluso que accediendo a la celda

principal, se podía pasar a un espacio destinado a visitas, y franqueando otro obstáculo, una reja de tres metros de alto, salir a un ámbito externo, y luego, a la vía pública.-

La hipótesis Fiscal descansó, ante la ausencia de prueba directa, en que la huida del imputado ocurrió por el sendero descripto, para lo cual se basó, además de las declaraciones ya referidas, en la rotura del candado, elemento así encontrado a juzgar por el acta de inspección ocular (art. 178 del CPPCh.), suscripta por el testigo civil F., y la opinión del experto cerrajero T., incorporada al Juicio por convención probatoria.-

El razonamiento del Ministerio Público, avalado por el Juez de grado, partió del extremo no cuestionado que A. se hallaba dentro de la Seccional, y al tiempo fuera, y que por la experiencia común, parte de la sana crítica racional (art. 25 del rito), a los detenidos no se los invita a franquear las puertas de las Seccionales para que escapen de las mismas, sin perjuicio que por vía de excepción puede ocurrir, aunque ello aquí no fue alegado.-

Cabe calificar a tal hipótesis como plausible, atinada, e idónea por sí para explicar lo sucedido, además de avalada por la prueba rendida, la que arrojó indicios serios, plurales y concordantes referidos a que así pudo haber acaecido.-

La otra alternativa radicó en que el candado ya estaba averiado, y A. solo, sin fuerza en las cosas, elemento del tipo del art. 280 del CP:, tuvo que dirigirse sin obstáculos hacia la libertad, ecuación carente de tipicidad cnforme Doctrina unánime (conf. Jorge Buompadre en Código

Penal comentado, dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 11 pags. 209 y ssgts., Ed. Hammurabi).-

No obstante, los Funcionarios del orden sostuvieron que el candado estaba en buen estado, que recapturado el acusado, lo encontraron averiado, posiblemente por la acción de golpes, así lo verificó el experto, y el secuestro del instrumento, ya roto, lo presenció un testigo civil.-

Todas las constancias referidas, aportaron basamento a la posición procesal del Acusador, sin que el esforzado Defensor lograra, vía contra examen de testigos, conmover su versión, por lo cual el Magistrado solo concluyó aquello que la prueba señalaba, desde ya entonces sin arbitrariedad alguna.-

Hemos expresado en más de una oportunidad que lo que es posible reconstruir de un hecho en un proceso penal, no es lo exactamente ocurrido, sino una hipótesis posible del mismo. A ello llamamos superar el estado de inocencia más allá de toda duda razonable.-

Aquí todos los elementos de convicción coadyuvaron a sustentar a tesis del Acusador, y en todo caso lo único que pudo generar alguna discordancia fue el horario de ingreso de F. a la Seccional, 21:30 hs. conforme el libro de parte diario, cuando la inspección ocular se inició a las 20:30 hs. de acuerdo al acta, irregularidad que de por sí no invalidó ni sus expresiones, que se mantuvieron contestes con el resto de los testigos, ni era factible fácilmente desde allí arribar a la conclusión que el candado no estaba roto, como pretendió el esforzado Defensor.-

Incluso, todo ello cotejado con la defensa material de A.,

que consistió en afirmar que nunca salió de la Comisaría, luego que lo hizo pero no forzó ningún candado, y en esta etapa, que por que tenía buenas relaciones con sus carceleros, estos le dispensaban la confianza de mandarlo a hacer compras al exterior del predio, esta aseveración que completó con que se encontraba alojado en Río Mayo desde el día anterior a su evasión, se presentaba como un cuadro sólido idóneo a efecto de superar el estado de inocencia tal como lo hemos definido.-

En resumidas cuentas, no se advierte arbitrariedad alguna por parte del Juez de grado, y con ello la Sentencia debe ser confirmada en cuanto a los rubros materialidad, autoría y calificación legal.-

III.- Respecto de la Reincidencia, me permito reiterar el criterio expuesto en la Sentencia nro. 18/14.-

Los precedentes de la Sala Penal del STJ ("Bonina" y los que le siguieron en igual sentido), y fundamentalmente, el fallo de la CSJN "Arévalo" (27/5/014), en el cual el máximo Tribunal nacional, adhirió al dictamen del Procurador General, parecen haber reafirmado la constitucionalidad del instituto de la Reincidencia.-

Corresponde abordar tal temática solamente a modo introductorio a la verificación de sus requisitos, los que fue materia de agravio, tanto como la entidad de la fundamentación del punto efectuada por el A-quo.-

Las posturas en Doctrina sobre el tema, en conflicto desde antaño, 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 basaría 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 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. 20/15).-

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, ya expresamos, 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.-

Se trata, en última instancia, de la responsabilidad del Estado en proveer los recursos, y su correcta utilización, para que las personas a las que imperativamente se separó del medio libre, se readapten al mismo; de estas, para asumir su conducta y enmendarla; del Legislador, para no suprimir, a priori, herramientas de adecuación de la pena a la situación actual 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.-

A partir de todo lo expuesto, apreciando el caso concreto, tenemos que el imputado cumplió pena, aunque en Seccionales policiales, de

hecho en una se hallaba cuando se evadió, no habiendo incorporado el Acusador información tendiente a acreditar que A. fue sometido a tratamiento carcelario, ni sus modalidades.-

En tal contexto, en términos del precedente aludido de la CSJN, no es posible proceder a confirmar una declaración de mayor culpabilidad, que es en lo que consiste la Reincidencia, si no se pudo constatar que fueron proporcionados al penado los medios, que, desatendidos por él, podrían avalar tal declaración.-

Por esas razones, y no habiendo el Juez de grado fundamentado la decisión respecto de dicha cuestión, corresponde revocar tal declaración.-

IV.- En cuanto a la pena, la característica de la Sentencia en estudio resulta similar.-

Excluyendo aquellos factores que fueron considerados previamente a la dosificación, por caso el antecedente por el que A. cumplía pena efectiva, presupuesto insoslayable del delito de Evasión, pues no puede evadirse quién está en libertad, con lo cual tal extremo fue considerado al nivel de la Tipicidad, y no podía serlo nuevamente en la punibilidad a riesgo de violentar el principio que veda el "ne bis in ídem", no se advertían demasiadas razones idóneas para apartarse del mínimo de la figura en estudio, como lo hizo el A-quo.-

Soy de la postura de partir del vértice inferior de las escalas, y aquí, en la esfera del art. 41 del CP., más allá de la existencia genérica de otros antecedentes sin perjuicio del supra referido, solo su edad

al momento del hecho, algo lejana de la no punibilidad, podría operar como agravante.-

En tales condiciones, hemos coincidido en el Acuerdo en reducir la sanción a la de dos meses de prisión. Así voto.-

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

I.- El completo detalle de los antecedentes del caso efectuado al comienzo de este acto me exime de reiterar las posiciones de las partes y los fundamentos de la decisión impugnada, por lo tanto me remito a ello a fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

1.- Estrictamente el agravio principal sobre el que estructura el recurso el Sr. Defensor Público es dirigido a los fundamentos brindados por el Juez de grado para concluir que producto de las pruebas rendidas en el juicio resultó suficientemente acreditada la materialidad del hecho objeto del proceso y aduce que incurre el juez en una manifiesta violación del principio de imparcialidad al subrogar la actividad propia y específica del Ministerio Público Fiscal elaborando una hipótesis que no surge de ningún dato o testimonio brindado en el juicio al sostener que: "ello le permitió acceder a la celda principal, atravesar el boquete, ingresar a la sala de visitas, salir por su puerta, ingresar al pasillo, escalar la reja y franquearla, tomar por un pasillo interno y desembocar en la puerta de acceso al patio interno para desde allí emprender la fuga…", hipótesis que consideró personal por no corresponder a la elaborada por la Señora Fiscal General además de no tener respaldo probatorio haciendo mención a las versiones brindadas por los testigos que declararon en la audiencia,

observando que el Sr. J. F., quien ofició como testigo de actuación en la inspección ocular efectuada en la Comisaría, faltó a la verdad porque según el acta labrada dicho acto se llevó adelante a las 20:30hs. pero según el libro de guardia el testigo había ingresado a la dependencia a las 21:30hs., manteniendo en lo demás los argumentos expuestos en el alegato durante la discusión final.-

a.- Que ingresando al análisis del pronunciamiento no encuentro la más mínima diferencia entre la descripción del hecho contenido en la acusación y en el auto de apertura a juicio con la que efectuó el sentenciante como resultado de las pruebas producidas, sin llegar a comprender a que ha querido referirse el impugnante al señalar que e trata de una hipótesis personal que no anidó jamás en la elaborada por la Señora Fiscal General, puesto que no lo explica.-

Recurriendo entonces a la estrategia anunciada al iniciar el debate por el Sr. Defensor, con la finalidad de encontrar sentido a la crítica, sostuvo que el Ministerio Público Fiscal no lograría probar los elementos objetivos y subjetivos del tipo del art. 280 del C.P., aunque ello hace estrictamente al ejercicio de fuerza en las cosas para lograr evadirse como componente esencial del delito.-

Previo a ello, en la audiencia preliminar intentó la exclusión de prueba dirimente por vía de la nulidad, puntualmente la inspección ocular que se practicara en dependencias de la Comisaría de Río Mayo y del secuestro practicado a resultas del acto, en función de la diferencia horaria advertida entre el inicio de la diligencia y el horario de

ingreso a la dependencia del testigo de actuación de acuerdo al libro de guardia, nulidad que fue rechazada por el Juez Penal interviniente, pero reeditada en la discusión final, compartiendo el aquo en definitiva la respuesta que brindó el antecesor, estando a la legalidad y validez del acto en función de la prueba producida en el juicio, rechazando in limine el cuestionamiento de la defensa.-

b.- El Magistrado destacó en su análisis que ciertamente la Comisaría de Río Mayo no es el lugar más adecuado para alojar a una persona condenada a nueve años de prisión, apreciación que comparto en todo y que también es expuesta por el impugnante al detallar el estado de situación de la dependencia y del personal a cargo.-

Como presupuesto básico del delito que se le atribuye a F. M. A. quedó establecido que se encontraba privado de libertad en calidad de condenado y que había sido trasladado a dicha dependencia para el cumplimiento de la pena; también que había ingresado el día anterior, aspectos no cuestionados en el juicio.-

Aquí me detengo para responder brevemente la posición asumida por el imputado en ejercicio de si defensa material en la audiencia del art. 385 del C.P.P. en cuanto reconoce que se hallaba en la vía pública pero que lo autorizaron a salir a comprar a una panadería, puesto que se había ganado la confianza del personal de la Comisaría, posición que desde luego no solo no encuentra respaldo en las pruebas producidas en el juicio sino también no resiste el más elemental análisis desde que no habían transcurrido ni 24 horas de su ingreso a la unidad, por lo que mal puede

suponerse que lograra en tan escaso tiempo ganar la confianza del personal de la dependencia para obtener una concesión de tal magnitud con las consecuencias que puede aparejar un permiso semejante.-

Lo concreto es que de acuerdo a las constataciones y declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que se hallaban de servicio el día del hecho, A. fue alojado en una celda cuya puerta fue asegurada con un candado siendo violentado, presentando signos de haber sido golpeado en la parte superior del cuerpo logrando de tal manera la apertura, lo que fue suficientemente acreditado con información técnica y desde luego con los testimonios mencionados, además de la apreciación directa del juez del elemento secuestrado, siendo todo ello debidamente valorado por el aquo luciendo la conclusión suficientemente fundada.-

En cuanto al itinerario del imputado dentro de la comisaría para ganar la calle, la reconstrucción luce correcta resultando el único posible ante la disposición de las distintas dependencias del inmueble y las defensas predispuestas como eran la reja que debió franquear para llegar a un patio interno y de allí a la calle, circunstancia a la que me he de referir más adelante en razón del cuestionamiento vinculado a la tipicidad de la conducta por cuanto entiende el impugnante que no se encuentra suficientemente acreditada la fuerza en las cosas para lograr evadirse, fundando exclusivamente en la duda que generan las pruebas a partir de la diferencia horaria entre la que se menciona en el acta de inspección ocular y el registro del libro de guardia respecto al ingreso del testigo de actuación, Sr. J. F., quien al declarar en el juicio no solo ratificó su intervención sino

también los actos practicados durante el desarrollo de la inspección ocular.-

Las dudas que intenta instalar el impugnante parten de que la celda principal no se encontraba habilitada porque una de sus paredes presentaba un boquete realizado en una fuga anterior, entonces se lo ubicó en otra alternativa sin poder afirmar con el grado de certeza que requiera esta instancia del proceso que en principio la puerta contara con un candado para asegurar el cierre o en su defecto que, el que poseía funcionara correctamente. La duda inicial cabe descartarla de plano desde que a resultas de las constataciones el elemento se encontraba en el sitio y por otra parte, apelado a la lógica y a la experiencia común frente a la clausura del calabozo principal por una evasión anterior es poco probable que el responsable de la comisaría no adoptara los recaudos mínimos para garantizar la seguridad de la otra celda disponible, a lo que se refirió el testigo C. A. A. afirmando que el candado se encontraba en perfectas condiciones de uso, por lo tanto el imputado logró salir del encierro mediante fuerza que destinó a vencer la resistencia de un elemento que se utiliza válidamente para hacer efectiva la restricción de la libertad ambulatoria, preordenado a dicha finalidad como es el candado que asegura el cierre de la puerta de una celda.-

Por último en relación a aquella consideración de que los testigos mintieron cuestionando el accionar policial, bien responde el sentenciante en cuanto pudo ejercer la parte con plenitud el contra examen pero no logró desacreditarlos, aunque desde luego solapadamente conducía la observación a intentar reprochar a los funcionarios alguna negligencia que también es sancionada por el ordenamiento penal (art. 281, 2do. párrafo del

C.P.P.), pero que no tiene asidero alguno, máxime frente a las condiciones de la dependencia, una estructura edilicia que no es apta, recursos humanos insuficientes y no preparados para el tratamiento de condenados que permiten afirmar que no es un lugar adecuado para poder cumplir mínimamente un régimen carcelario pero que era aquel asignado por el estado para el encierro del condenado.-

En síntesis el Ministerio Público Fiscal logró comprobar su tesis y el aquo con sólidos argumentos descartó aquella presentada por la defensa, no superando las críticas formuladas en esta instancia el rango de enunciados genéricos sin apoyo, que solo dejan traslucir una mera disconformidad con el pronunciamiento y por ello este agravio no puede prosperar correspondiendo confirmar en este punto la sentencia, y así voto.-

2.- El impugnante también expone su disconformidad con el monto de pena impuesto a su asistido denunciando que el aquo automáticamente receptó el pedido del Fiscal y sin la correspondiente motivación y fundamentación, impuso seis meses de prisión, accesorias legales y costas.-

Adelantando opinión asiste razón al defensor en cuanto la determinación de la pena carece de fundamentación y sin debida explicación el aquo impuso la pena requerida por la Titular de la Acción que se ubica en la mitad de la escala prevista en el art. 280 del C.P..-

Para ello el Juez solo tuvo en cuenta la condición del detenido en cumplimiento de una extensa condena, genéricamente las pautas en los arts. 40 y 41, la impresión causada y por último descarta cualquier

atenuante.-

En principio cabe recordar que la decisión que fija la pena a imponer debe ser motivada con adecuada fundamentación lógica y legal (art. 169 de la C. Ch. y arts. 329, 344 ult. párrafo y 25 del C.P.P.), y que el principio constitucional de culpabilidad, como fundamento de la medición de la pena, impone una función que deriva en la necesidad de establecer, como principio, que la pena a determinar no puede superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho y ello impide valorar como agravante la condena anterior impuesta al imputado y la condición de detenido, esta última como presupuesto elemental del delito atribuído -Evasión- puesto que importa una doble valoración.-

Luego se limitó a enunciar genéricamente las pautas de los arts 40 y 41 del C.P., sin detallar su incidencia en las circunstancias particulares que surgen de la prueba para justificar el alejamiento en semejante proporción del mínimo de la escala penal aplicable, que pone en evidencia la arbitrariedad de la sentencia en este aspecto esencial.-

Resulta hasta llamativo que aun admitiendo que la Comisaría de Río Mayo no es un lugar adecuado para el cumplimiento de una pena de nueve años de prisión, además de las diversas deficiencias que presentaba y que ya han sido expuestas, no fuesen ponderadas positivamente porque en parte han facilitado conductas como las aquí juzgadas, y para ello basta recordar que el calabozo o celda principal presentaba un boquete realizado por otro detenido para evadirse y que A. no necesitó realizar maniobras complejas para ganar la calle, que hace a las circunstancias de

tiempo, lugar, modo y ocasión, sin dejar de atender que el evadido rápidamente fue ubicado en la vía pública entregándose sin ningún reparo.-

En virtud de ello entendemos que debe disminuirse sensiblemente el monto de pena debiendo ubicarse en el doble del mínimo previsto en la norma de fondo, y que en razón del mismo no corresponde anexar accesorias legales, conforme el art. 12 del C.P., y así voto.-

3.- Por último se agravia el impugnante por cuanto ha sido declarado reincidente su asistido en los términos del art. 50 del C.P. denunciando la falta de motivación y fundamentación del pronunciamiento en este sentido.-

Surge de los considerandos de la sentencia que solo en base al informe del Registro Nacional de Reincidencia, que da cuenta que F. M. A. fue condenado a la pena única de nueve años de prisión en la Carpeta Nº 5641, el juez procedió a declararlo reincidente y avala su determinación con jurisprudencia el Superior Tribunal de Justicia que precisamente pone de resalto que resulta imprescindible la comprobación de que el interesado ha sufrido encierro en cumplimiento de la pena bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate las constancias que lo reflejan.-

Ninguna otra consideración ha efectuado el aquo, y la Fiscal solo adita que se trata de un cumplimiento parcial de una condena sin acreditarlo y para ello solo se incorporó la certificación del Registro Nacional de Reincidencia, sin contar con la más mínima información, ni se hizo mención al antecedente en cuanto a la fecha en que fue impuesta la pena única, el tiempo que llevaba privado de libertad, ni los motivos que

originaron el traslado a esa dependencia como antecedentes relevantes para poder expedirse sobre la cuestión.-

Careciendo entonces la decisión de debida fundamentación. apoyada en información insuficiente, resulta arbitraria y corresponde revocarla. Cabe agregar que la postura mayoritaria de este cuerpo es que el criterio de la reincidencia en su variante "real" es el consagrado legalmente (art. 50 C.P.), y requiere que para que sea operativo el instituto deba haber existido el indicado tratamiento carcelario, pues solo la progresividad penitenciaria permite sostener que el condenado recibió las nociones de convivencia social dentro de la legalidad (dicho esto sin perjuicio de las falencias del mentado tratamiento que hemos advertido en otros pronunciamientos, y las desoyó delinquiendo nuevamente (sentencias Nº 2/2014 y 17/2016), a la que debo agregar, aun sin contar con suficiente información, que períodos cortos de privación de libertad cumplidos en seccionales de policía cuyas deficiencias son importantes, incluso establecidas y declaradas en decisiones jurisdiccionales, no puede ser elevado a la categoría de cumplimiento, aún parcial, de la progresividad penitenciaria, lo que no fue mínimamente indagado para resolver una cuestión que tiene una trascendencia superlativa para el futuro del justiciable por ello comparto con el colega que me precede que esta declaración debe ser revocada y así voto.-

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

I.- Me remito íntegramente 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.- De acuerdo a lo que se ha acreditado en el juicio oral y público, el condenado F. M. A. se encontraba a disposición del Juez Penal de ejecución de esta Circunscripción Judicial, cumpliendo la pena que le había sido impuesta en las Carpetas n° 5641 y nº 5330, mediante sentencia nº 5823/13, de fecha 19 de junio de 2013, en la cual fue condenado a la pena de cuatro años de prisión, y costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de Encubrimiento por receptación, Portación de arma de fuego de guerra y Abuso de armas, todo en concurso real y en calidad de autor (arts. 277 inc. 2, 189 bis inc. 2, párrafos cuarto y octavo, y 104, 45 y 55 del CP, por los hechos ocurridos el día 31 de agosto de 2012; y se revocó la condicionalidad de la pena de tres años de prisión impuesta por sentencia Nº 2/12, del 22/12/11, unificando las penas impuestas en los puntos 1º) y 2º) en la pena única de nueve años de prisión (art. 58 del CP y art. 394 del CPP).-

Concretamente, en orden a las condiciones de alojamiento, el magistrado de ejecución había dispuesto que el ahora acusado, fuera reubicado y fue así que se lo trasladó a la Comisaría de la localidad de Río Mayo, lugar de detención del que se evadió el día 3 de marzo del año 2015, en las últimas horas de la tarde. Para ello, procedió a violentar un candado de la celda, lo que le permitió acceder en definitiva al patio de la dependencia y de allí al exterior donde fue recapturado.-

Conforme a las reglas de la experiencia, una persona que

se encuentra cumpliendo una pena de nueve años de prisión, aún en el ámbito de una Comisaría de una localidad de poca población, no cabe presumir que lo hará dentro de una celda sin un mecanismo de cerramiento adecuado; máxime si se cuenta con escaso personal para atender las necesidades propias de las tareas de prevención y seguridad generales, más la custodia de detenidos. A. pretextó en su intervención durante la audiencia del art. 385 del CPP, que se ha tratado solo de un malentendido y arguye que debido a la confianza que se granjeó entre el personal policial, le fue permitido abandonar el calabozo sin recurrir al empleo de ningún medio de fuerza.-

Más allá de que no se ha logrado obtener ninguna prueba que respalde esta línea de defensa material, es evidente que contraría el sentido común inferir que un condenado recién alojado en el sitio ya referido precedentemente, haya tenido el tiempo suficiente para ganarse una supuesta "confianza" que lo habilite a hacer uso de su libertad ambulatoria, en desmedro del cumplimiento real de una pena de prisión efectiva. Por otra parte, también carece de corroboración el argumento relativo a una presunta animosidad del personal de la Comisaría de Río Mayo, que explicaría por qué razón depusieron en su contra –faltando a la verdad-.-

En lo concerniente al agravio relativo a una posible ausencia de corroboración de las versiones testimoniales, sean de los funcionarios de la Prevención, como de testigos de actuación, respecto a la documental, comparto lo expuesto en la contestación del recurso por parte de la acusadora pública; en el sentido que es preciso armonizar el conjunto

probatorio, para concluir en orden a los horarios, que la constancia acerca del ingreso del testigo de actuación a la dependencia policial, no se contradice con lo insertado en el acta prevencional, si tomamos en cuenta que se trata de un instrumento compuesto, que certifica la realización de varias diligencias, una de las cuales fue la inspección ocular en la que intervino el testigo referido.-

III.- Agravio sobre el monto de pena impuesta: por carencia de fundamentación en la sentencia impugnada, se computan como agravantes que autorizan a superar el mínimo legal, solamente la edad del acusado y la ausencia de razones que le hayan impedido motivarse conforme a la norma, para no atentar contra el bien jurídico Administración de justicia; dado que sus manifestaciones, en el sentido que al momento del traslado a la Comisaría de Río Mayo se hallaba "medicado", carecen de toda corroboración.-

En consecuencia, hemos acordado que la pena se ubique en un monto de dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas.-

IV.- 1) Por último, acerca de la declaración de reincidencia, voto por mantener la misma, con base en la jurisprudencia de la CSJN, que desde antaño viene sosteniendo que este instituto 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, el destacado me pertenece).-

En el precedente citado *ut supra* de la CSJN, también se había sostenido que: "Es **suficiente**, entonces 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 solo un aspecto del fin de prevención especial"; de tal modo, no hallándose controvertido en nuestro caso, que el condenado cumplió efectivamente -durante aproximadamente un año y medio-, pena de prisión (impuesta en la sentencia n° 5823/13 ya reseñada), se encuentran reunidos los requisitos legales que imponen la declaración de reincidencia, tal como lo ha decidido el juez unipersonal de juicio en el decisorio ahora impugnado.-

La propia Defensa pública, en su memorial de agravios, así lo reconoce también: "… la declaración de reincidencia … debe afincarse en el mayor grado de culpabilidad de una conducta posterior desplegada por el autor en que se ponga de manifiesto un desprecio por la sanción anteriormente atribuida".-

2) Destaco que, en cambio, no comparto otros aspectos de la interpretación propuesta por la Defensa, aunque entiendo que resultan legítimos -así lo demuestra, a título meramente ejemplificativo, la actual jurisprudencia de la CNCasPen, conforme al precedente "P., M. D. y otros s/ robo con armas", de fecha 11/8/2016 (según la publicación de Jurisprudencia

Argentina, 1, 2017-II, de fecha 5/4/2017); de manera entonces que, no ha de ser de recibo la postura del acusador público, al responder los agravios, en el sentido que nos hallaríamos frente a una pretensa violación del principio de legalidad, respecto a la aplicación del art. 50 CP.-

Tanto el cuestionamiento de la reincidencia, por el alcance del sistema progresivo que había logrado A. en el caso concreto (v. art. 12 de la Ley de Ejecución, períodos del régimen penitenciario), en función del tiempo de detención cumplido; como así también en razón del lugar de encierro, a saber: Alcaidía policial, Instituto Penitenciario y Comisarías provinciales, en los que se da cumplimiento al ordenamiento normativo nacional ya citado, solo en forma parcial; todo ello constituye una propuesta de interpretación más benévola del instituto, pero que no se ajusta a la naturaleza del mismo, según ha sido delineada por la jurisprudencia de la CSJN ya citada.-

Mi posición contraria a esta hermenéutica, se funda en una *ratio* sistemática del ordenamiento aplicable al tratamiento penitenciario, toda vez que si se interpreta que: "…La circunstancia de tener que disponer –eventualmente- el alojamiento de un condenado fuera del ámbito Penitenciario (Comisarías, …) lo cual conlleva a la falta de sometimiento a tratamiento penitenciario y la carencia de los informes carcelarios previos, … en modo alguno puede operar en contra del sentenciado y obstaculizar el beneficio (de la libertad condicional), **correspondiendo en esos casos suplírselos por los informes de las autoridades del lugar de alojamiento** con relación a la observancia de las normas imperantes…" (cfr. José Sergio

Pérez A., en la obra *Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, director Sergio Delgado, año I, Nº1, año 2006, editor Fabián J. Di Plácido, p. 56, el destacado ha sido agregado al original); entonces no resultaría coherente luego, concluir que tales condiciones de cumplimiento de la pena suficientes nada menos que para habilitar el otorgamiento de la libertad condicional, sin embargo no alcanzarían para acreditar que ha mediado aquel mismo "cumplimiento", como presupuesto lógico de la declaración de reincidencia –adviértase, por lo demás, que en el caso concreto tal cumplimiento configura también el requisito antecedente de la figura típica de la Evasión, que se reprocha a A.-.-

A mayor abundamiento, en esta línea de argumentación a contrario, destaco que aun cuando existan dificultades materiales en la aplicación del régimen progresivo, sea por falta de personal o de estructuración del régimen carcelario, igualmente se entiende que debe tener aplicación, por ser un medio sustancial que favorezca reducir el tiempo de encierro carcelario en el cumplimiento de la pena; por ende, dicha realización debe ser independiente de "las distinciones que puedan hacerse de institutos, períodos o fases del mismo régimen" (cfr. Diego Luna y Pablo Vacani, Análisis del fallo "Villalba" de la CSJN, en Jurisprudencia Penal de la CSJN, t. 18, año 2015, ps. 305 y ss.). Reitero: si así se concibe el sistema en materias tan relevantes como la libertad condicional, las salidas transitorias, la libertad asistida, el estímulo educativo, etc., va de suyo que también ha de seguirse una interpretación realista y coherente con aquel sistema de ejecución de la pena, en el caso de la declaración de reincidencia.-

En consecuencia, sin perjuicio de haberse conformado ya una mayoría contraria a este temperamento, en el presente Acuerdo, dejo a salvo mi opinión en aquel sentido, es decir por la confirmación de la sentencia impugnada, en este punto.-

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

Atento al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, al que se arribara por mayoría, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. M. A., contra la sentencia Nº 1021/16, dictada en fecha 11 de noviembre de 2016; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, reduciendo la pena impuesta a F. M. A., a la de dos (2) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas, en orden al delito de Evasión (arts. 45 y 280 del CP), por el hecho ocurrido el día 3 de marzo de 2015, en la localidad de Río Mayo y revocar la declaración de reincidencia (art. 239 y concordantes del C.P.P.).-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales del Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría de Pública, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de 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:

En orden al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, al que se arribara por mayoría, coincido con la propuesta del primer vocal, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. M.

A., contra la sentencia Nº 1021/16, dictada en fecha 11 de noviembre de 2016; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, reduciendo la pena impuesta a F. M. A., a la de dos (2) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas, en orden al delito de Evasión (arts. 45 y 280 del CP), por el hecho ocurrido el día 3 de marzo de 2015, en la localidad de Río Mayo y revocar la declaración de reincidencia (art. 239 y concordantes del C.P.P.).-

Igualmente coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

De acuerdo al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, al que se arribara por mayoría, adhiero a la propuesta de que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. M. A., contra la sentencia Nº 1021/16, dictada en fecha 11 de noviembre de 2016; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, reduciendo la pena impuesta a F. M. A., a la de dos (2) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con costas, en orden al delito de Evasión (arts. 45 y 280 del CP), por el hecho ocurrido el día 3 de marzo de 2015, en la localidad de Río Mayo y revocar la declaración de reincidencia (art. 239 y concordantes del C.P.P..-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría, con la disidencia parcial del Dr.

Daniel Luis María Pintos;

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

1º) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **F. M. A.**, contra la sentencia Nº 1021/16, dictada en fecha 11 de noviembre de 2016 (arts. 374 y 382 y ss. del C.P.P.).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia mencionada, reduciendo la pena impuesta a **F. M. A.**, a la de **dos** (2) **meses** de prisión de cumplimiento efectivo, con costas, en orden al delito de Evasión (arts. 45 y 280 del CP), por el hecho ocurrido el día 3 de marzo de 2015, en la localidad de Río Mayo.----------

3º) REVOCAR la declaración de reincidencia (art. 239 y concordantes del C.P.P.).----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría de Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de veinte (20) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 9/17

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