En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 12 días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los ministros Jorge Pfleger, Mario Luis Vivas y Miguel Ángel Donnet, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"A., W. L. *s/* robo agravado"** (Expediente N° 100256 – F° 1 - Año 2017 - Letra "A" - Carpeta Judicial N° 8619).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado en la hoj a 256: Pfleger, Donnet y Vivas;

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Antecedentes del caso.

1. Ha recalado en esta Corte la impugnación, extraordinaria interpuesta por la Fiscal General, Ana Cecilia Codina, en desmedro de la sentencia que, dictada por la Jueza penal Gladys Olavarría, homologó el acuerdo de juicio abreviado al que arribaron las partes el día 27 de mayo de 2016. (Ver la sentencia protocolizada bajo el número 1966/2016).

En el acto jurisdiccional de marras, se condenó a W. L. A. a la pena única de cinco años y cuatro meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso, como autor del delito de robo agravado por ser cometido con arma impropia (arts. 12, 29 inc. 3°, 166 inc. 2, 45 y 58 del C.P.) A la par, la emisora declaró la inconstitucionalidad de la primer parte del artículo 14 del Código Penal, rechazó el pedido de declaración de reincidencia por segunda vez y declaró firme la sentencia por la renuncia de plazos efectuada por las partes en la audiencia.

La resolución en crisis se dictó el 3 de junio de 2016 y su texto está añadido entre las hojas 127/38 vta.

2. El recurso fue articulado en el documento que está adosado entre las hojas 141 a 156 y contestado por la Defensora Pública de acuerdo a las constancias de hojas 233 a 235.

3. Según está escrito en la sentencia de primer grado, el hecho sobre el que versó el juicio fue el que sigue: "...ocurrido el 6 de marzo de 2016, siendo las 00.30 hs. aproximadamente, en circunstancias en las que P. W. R. se encontraba en el interior de su rodado marca Chevrolet Corsa, dominio colocado ***-***, detenido sobre calle F., entre calles V. y A. de esta ciudad, esperando a su novia A. R. A., se aproximaron hacia el rodado antes mencionado W. L. A. y dos personas más aún sin identificar. Así las cosas A. abrió la puerta del lado del conductor del rodado y comenzó a agredir físicamente a R., quien se defendió arrojándole un golpe de puño en la ceja izquierda a A., quien haciendo uso de un destornillador de pequeñas dimensiones que llevaba consigo, le provocó una lesión a R. en la cabeza y en el brazo del lado izquierdo, mientras que los dos restantes sujetos golpeaban mediante puntapiés y un caño en el cuerpo a R., tirándolo al piso y sustrayéndole del bolsillo (01) billetera de cuero color negra con escudo de Boca Juniors, con (01) licencia de conducir a nombre de R. expedida por la municipalidad local, (01) DNI a nombre de R.; (01) tarjeta de colectivo de la empresa Patagonia y la suma de ($80) ochenta pesos argentinos en su interior, y su celular marca Samsung Elite 3, color blanco …".

4. El recurso está adosado entre las hojas 141 Y 156 de autos.

Un recorrido sobre su texto permite apreciar la alusión a tres causales de impugnación: **a)** La errónea interpretación de la ley adjetiva, artículo 355 del C.P.P, y la extralimitación de las potestades jurisdiccionales en el marco de un acuerdo de juicio abreviado; **b)** La equivocada declaración de inconstitucionalidad de la primer parte del artículo 14 del, Código Penal y el rechazo

de la declaración de reincidencia por segunda vez, y **e)** El inexacto cómputo de pena que efectuó la Magistrada.

En el proceso de justificar la queja, el recurrente fragmentó su exposición de la siguiente manera: bajo el número **II** abordó el tema de la admisibilidad del recurso extraordinario, en el **III** se dedicó a relevar los antecedentes del caso, el **IV** lo ocupó con la motivación de los agravios, en el punto **V** formuló la reserva del caso federal, y en el **VII** identificó el concreto petitorio.

Al dedicarse a la crítica relacionada con el punto a) ya referido, la Fiscal General, la recurrente, sostuvo que luego dé la comparación del acuerdo al que habían arribado las partes con la resolución dictada, podía concluirse en que: 1. La Jueza se extralimitó en sus funciones respecto de la capacidad de la jurisdicción para analizar y resolver acerca del acuerdo presentado, 2. Se condenó a A. bajo la calificación jurídica que ella entendía correspondiente, pero no aplicó el doble agravante acordado por las partes ni la declaración de reincidencia y 3. Condenó a una pena unificada a aquella que solicitaron las partes, efectuando un cómputo erróneo.

En lo que toca al punto b) sostuvo que la inconstitucionalidad decretada en el presente caso constituía, claramente, una errónea aplicación de la ley sustantiva y que, por el contrario, no se verificaba una manifiesta repugnancia de las normas reputadas infractoras con las cláusulas constitucionales que se denunciaron afectadas.

Advirtió que ambas la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y esta Sala en lo Penal, ya tienen sentada doctrina al respecto. Ese criterio resuelve que en la propuesta de inconstitucionalidad la contradicción con la norma atacada debe ser manifiesta, clara e indudable.

Sostuvo, por otro lado, que el tribunal de origen se apartó de la doctrina emanada de esta Sala en términos de la constitucionalidad de la declaración de reincidencia y

que, para hacer de esta manera, no dio fundamentos de envergadura que lo autorizan. Alegó que tampoco los que brindó revisten entidad suficiente para descalificar la doctrina aludida.

Continuó con que de ningún modo la declaración de reincidencia es violatoria del principio que previene de la doble persecución, ya que aquí no se agrava la pena por haber cometido el imputado delitos anteriores, sino que lo que se agrava es la modalidad de ejecución de la pena por entender que el imputado demostró con su accionar un desprecio total y absoluto por las normas de convivencia.

Con numerosas citas de fallos de la. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejemplificó ese criterio.

En otro apartado denunció que la Magistrada efectuó erróneamente el cómputo de la pena y que no se revocó el beneficio de libertad asistida oportunamente acordado.

Por último, previa reserva del caso Federal, la parte apelante postuló la declaración de nulidad de la sentencia nro. 1966/2016.

5. En oportunidad de la audiencia de vista (art. 385 del C.P.P.) la Procuración General de la Provincia, por vía del señor Fiscal Alejandro Daniel Franco, ratificó la impugnación de fs. 141/56.

En la ocasión, el peticionario alegó que la Magistrada actuante no respetó aspectos sustanciales del Acuerdo para el Juicio Abreviado, ya que: a. eliminó la agravante de robo cometido en banda; b. excluyó la declaración de reincidencia impuesta al condenado en una condena anterior firme; c. declaró la inconstitucionalidad de una norma contrariando la ratificación de la validez emitida por la Sala en numerosos precedentes y **d.** unificó penas cuando esta actividad es propia de los jueces de ejecución.

II. La solución del caso.

1. Luego de esta breve introducción verteré mi opinión sobre el asunto, abordando, primeramente, la tópica atinente a la admisibilidad del recurso.

En el caso, la impugnación fiscal denuncia arbitrariedad (error intolerable) en la aplicación de la ley, circunstancia que, tradicionalmente, esta Sala considera como justificación que habilita a la instancia.

La posición descripta tiende a evitar la consolidación de situaciones palmariamente inicuas bajo pretextos formales privilegiándose el fondo sobre las formas, cuando la actividad recursiva se activa del modo en que aquí ha sucedido.

La explicación dada obedece a la necesidad de justificar la admisibilidad del remedio que se intenta, sin perjuicio de su suerte que será materia de las líneas que vienen.

2. Superado el tema, me avocaré a dar respuestas sobre los agravios que han quedado claramente demarcados en los párrafos precedentes.

Señalo que aplicaré como método de exposición el orden dado en el escrito de impugnación y, en tal sentido, principiaré con el tema relacionado con la potestad jurisdiccional respecto del juicio abreviado (art. 355 del C.P.P).

3. He sostenido que "*…la presentación de un acuerdo en los modos y las formas estipuladas por la ley no priva al juez de realizar un estricto control de legalidad sobre aquello que fue su materia…". pues "…La obturación de la plena contradicción- el debate- por vía de este modo de zanjar el conflicto generado por el delito, exige de la jurisdicción el máximo rigor en la verificación de los supuestos en los casos presentados. Esa inspección se extiende aún a la posibilidad de decidir la absolución…"* (Ver el precedente **"L., D. E.** y **otros s/ Robo Agravado por ser en Poblado y en Banda en grado de Tentativa s/Impugnación" [Expte.100.142 Letra "L" - Año 2016],** del 20 de abril de 2017).

No se discute ni se discutirá aquí la capacidad del Magistrado para desplegar plenamente los poderes jurisdiccionales, sino que se emendarán los errores en la aplicación de la ley en que ha incurrido que, como se percibirá, no pasan por lo que puede o no resultar aceptable sino, y esto es lo *grave,* contrarían criterios pertinaces emanados de esta Sala.

4. En ese sentido, comulgo con la idea de que si bien el Tribunal no emite fallos obligatorios para el sistema de justicia, resulta preciso atender a las razones que hacen a su observación, por ejemplo: la predictibilidad, la seguridad, la economía de esfuerzos, la paz social. Es el reflejo de la doctrina del leal acatamiento construida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como se explicará seguidamente.

Si bien en el derecho argentino no hay ninguna norma escrita, ni de rango constitucional ni de rango legal, que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para los tribunales inferiores, como sucede en los países del common law adonde rige el principio del stare decisís vertical, no menos veraz resulta que el Máximo Tribunal ha construido el criterio que establece que:" ...no obstante que (la Corte) sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias (Fallos: 25:j65;307:1094; 315:2386, entre otros)..". (Dictamen del Procurador General en el caso CASA CASMMA **S.R.L.** *S/* CONCURSO PREVENTIVO *si* incidente de verificación tardía [promovido por Municipalidad de La Matanza] [RECURSO DE HECHO] del 07 de diciembre de 2007).

Cuadra evocar- presidiendo el repaso- aquel lejano precedente del 23 de Junio de 1883 que marcó un punto de toque sobre el tema, pues allí la Corte relató y confirmó la sentencia del Juez Federal que al respecto sostuvo- considerando 9°_: "… las resoluciones. de la Corte sólo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente Sino en él, en lo que consiste particularmente

la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel Alto Tribunal, el se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas, cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos ..". (CSJN en el caso "D. Bernardo Pastorino ...c. Ronillón, Marini & Cia. Fallos 25:364).

Desde entonces han sucedido hitos en la misma dimensión de análisis, por caso que: "… La efectiva prescindencia de los fallos de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones, importa un agravio al orden constitucional." (Pereyra Iraola, Sara *c/* Provincia de Córdoba.1948 Fallos: 212:160); o, en idéntico modo: "...La efectiva prescindencia de los fallos de la Corte Suprema, a los que se les debe leal acatamiento, importa un agravio al orden constitucional." (Macchi Coba de Cainpello, Inés. *c/* Prov. de Córdoba. 1952 Fallo~: 224:549).

Igual dirección ideológica mantuvo que "...el leal acatamiento de los fallos de la Corte Suprema es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones …" (S. 173. XXXVIII. ORIGINARIO San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo, del 5 de marzo de 2003).

Más cercano en el tiempo, y con menor rigor, se confirmó la idea de que "… Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos

que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia […]toda vez que ello no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste, de donde deriva la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento …"(Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-en CORNEJO ALBERTO c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE DEFENSA Y OTRO s/ORDINARIO C. 2583. XLi: RHE 18/12/2007).

Y efectiva pero desafortunadamente, ese es el criterio que la "a quo" ha desconocido en varios puntos de su sentencia.

5. Comenzaré con la calificación legal del asunto. En la oportunidad de controlar la existencia y seriedad del acuerdo, la Jueza Penal concluyó de este modo: "...en virtud del principio iura novit curia, y considerando que el art. 355 no establece corno causal de rechazo del acuerdo la posibilidad de que la calificación no se adecue al hecho descripto, he de disentir respecto de la calificación escogida por el señor Fiscal, por las consideraciones que inmediatamente paso a desarrollar...". Luego, cuando abordó el tema atinente al encuadre jurídico que correspondía aplicar, descartó el robo agravado en poblado y en banda, por entender que en el asunto no se dieron los supuestos exigidos por el art. 166 inc.2 del CP, en relación con la “banda".

Después de repasar la opinión de la jurisprudencia y doctrina, y de recorrer la figura del art. 166 inc. 2do del Código Penal, la Magistrada adujo que: “… Por los fundamentos aludidos, descartado el robo agravado en poblado y en banda, por no darse los supuestos exigidos por la norma aludida en relación al concepto “BANDA", y si bien es cierto que por los dichos del Sr. R. se puede considerar la presencia de tres personas al momento del

hecho delictivo, no menos cierto es que la mera suma aritmética de tres personas en la intervención del hecho no resulta suficiente para que esta Magistrado entienda que se configura la banda que requiere el tipo penal." (Ver la hoja 135).

5.1. Ese modo de decidir contradijo la jurisprudencia de la Sala que, desde antaño, ha dado a la categoría "banda" -en clave de la agravante, claro- un sentido preciso y perdurable, sin sobresaltos intelectuales.

En esa senda he afirmado- en términos sencillos- que "… un robo en banda lo es con la sola concurrencia de tres o mas personas que se distribuyen roles… ("**A., M. y otros psa robo "agravado" – Expte. 20.993-15-2007)** y ratificado y ampliado que: "...si bien es cierto que el número de personas no califica el robo (derogada como lo fue esa calificante que se hallaba en el art. 167 por imperio de la Ley 21.338) el Código distingue los vocablos "banda" (arts. 166, 167 Y 184 C.P.) de "asociación ilícita" (art. 210 ídem) los que son -a mi parecer- semántica y jurídicamente diferenciables. La una, la asociación ilícita (asociación o banda, como también le llama el propio texto sin mellar el razonamiento que haré) implica la reunión de tres o más personas para cometer delitos en general, indiscriminadamente. La otra, la banda de la que ocupa, es la reunión de tres o más personas que, con un mínimo de organización y reparto de roles, no se conjura a realizar acciones ilícitas sin distinción "a priori", sino para ejecutar las conductas que están especificadas en la norma que, precisamente, se agrava por la concurrencia de esa circunstancia. Los que se agrupan, que generan una mayor vulnerabilidad en el bien jurídico que se ofende, deben realizar actos de ejecución del hecho, con un acuerdo previo de voluntades para ello, división de tareas y actos de dominio del hecho (art. 45 del C.P.) …". (De mi voto en **"C., J. S. y otro p.s.a. Robo Agravado en poblado y en banda" Expte. 20522 - FO 222 - Año 2006-**).

5.2. Atenido a los hechos, que por lo demás la Jueza no modificó, y verificado el desajuste del fallo respecto de la ley y la doctrina sentada por este Cuerpo, estimo que la decisión debe ser revocada en este sentido.

Sin perjuicio de la respetable opinión, la emitida por la sentenciadora implica una posición diferente de aquella adoptada por la Sala y, por ende, no alcanza a provocar una mutación de dicha postura.

6. En lo que toca a la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, y para ser sintético, me remitiré al criterio que he mantenido persistentemente en cuanto atañe al ejercicio del control constitucional que realizan los jueces en el sistema político argentino.

He señalado y señalo que la República Democrática, con su diseño de división de poderes (o de funciones gubernativas), es la fórmula de organización que salvaguarda la incolumidad afinada de los derechos. Nació y es un límite al poder, pues cada rama del Estado recibe una atribución o competencia que se reparte, precisamente, para evitar su concentración perniciosa.

Por ello, el control constitucional de las leyes u actos de otros poderes estatales no implica la primacía o gobierno de los Jueces, sino de la Constitución. Se les atribuye para extirpar toda manifestación que- en su forma- es contraria a la distribución de funciones o a su ejercicio, tal se encuentra establecido; se les otorga- a la parpara el aviento de todo acto de legislación que, en su esencia, consagra estipulaciones groseramente incompatibles con la letra o espíritu de la Constitución.

De esta manera, el control constitucional es una herramienta delicada que ha de usarse de modo excepcional y prudente.

7. La tópica que envuelve la declaración de inconstitucionalidad del primer parte del art. 14 del Código Penal ha merecido algunas reflexiones en punto al momento en que puede discutirse como se ha hecho en la sentencia.

Con la mirada puesta en las consideraciones dadas en el punto 6, señalaré que puede aplicarse al caso la tesis que repele la declaración que ocupa en el estadio procesal en que sucedió, pues la argumentación refiere a una situación futura o contingente (eventual) que aún carece de consistencia y ha de ser resuelta por otros órganos jurisdiccionales que, por otro lado, tendrán que ponderar otros factores que podrán complotar en desmedro de la habilitación del instituto del art. 13 del Código Penal, sin acudir a la veda del art. 14 ídem que ha sido puesta en picota.

En efecto, y en primer término, señalo que la concesión del derecho a ese estado- la libertad condicional- es propio de la etapa de ejecución de la pena, competencia asignada a otros jueces que los de la condena (arts. 72 inc. 7 y 392 a 399 del C.P.P.Ch).

En segundo lugar, apunto que el instituto no procede automáticamente mediando sólo el discurrir del tiempo, ya que el texto de las normas cuestionadas impone la necesidad de que el peticionario haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios "… previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social...". (Ver a propósito el arto 13 del C.P. y los arts. 395 Y 396 del C.P.P.Ch que estipulan el trámite y sus particularidades o vicisitudes).

De suerte que el futuro de quien sufre una pena efectiva, en clave del instituto de que se trata o, mejor decir, todo agravio que provoque el devenir de una sanción efectiva está atado a lo impredecible del comportamiento carcelario o al desarrollo de la ejecución de la pena, por lo que la situación signada por el instituto de la reincidencia (art. 50 y **14** del C. P.) ocurre, de darse, una vez despejadas esas incógnitas.

7.1. Desde ya que la validez constitucional de la reincidencia ha sido ratificada por la Sala desde el lejano precedente **"B., V. A. p.s.a. robo con arma, daño y**

lesiones leves todo en concurso real" (Expte. N° 20.387-201-2006), a cuyos términos me atengo.

Confirmo, de todas maneras, que: " el instituto de 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 ..". (Ver ml voto en **"C., C. O. *s/* Homicidio que resultó víctima" y la posición en "G., J. *s/* Homicidio *el* víctima *s/* impugnación" en los que cité el precedente de la Corte que es casi textual).**

Añado que, según mi manera de ver, el criterio del máximo Tribunal Federal se mantiene intacto, tal. como puede colegirse del precedente **"A. M. S. s/ CAUSA N° 11835-A. 558. XLVI. RHE"**(27/05/2014- Fallos: 337:637)

7.2. Las consideraciones dadas me conducen a proponer a Acuerdo que se revoque, también, el punto 2°) de la sentencia en crisis.

8. Cuanto concierne a la declaración de reincidencia por segunda vez, y no obstante el respeto intelectual que la señora Jueza merece, creo que la argumentación dada en la sentencia, que padece- a mi juicio- del estigma que provoca la exacerbación del dogma como fundamento, no resulta con aptitud para convencer.

Si el sujeto cometió el hecho que causa la condena con la declaración de reincidencia firme y vigente- y nada indica que tal situación sea falsa no existe obstáculo que impide efectuar una nueva declaración que campee en la sanción remozada.

Naturalmente que esta idea es tributaria de la significación que se otorga al instituto y a su perfecta adecuación con la Constitución.

Propicio, entonces, la revocación del fallo en lo que atañe.

9. Queda por considerar la cuestión atinente a la pena y a la unificación sucedida.

9.1. La Jueza sentenciadora modificó la pena única acordada y, en el punto 3 de la sentencia, explicó el monto que debía imponerse al imputado por el hecho investigado en esta causa y por la condena recaída en fecha 19 de diciembre de 2014.

Al respecto, las partes habían pactado, también, la aplicación de cinco años de prisión, la revocación de la libertad asistida que gozaba el causante en otro proceso y la unificación que importaba el dictado de la pena única de seis años y ocho meses de prisión.

Porque modificó el encuadramiento jurídico, la Magistrada afirmó que consultada la escala prevista para el delito de robo agravado por el uso de arma blanca se poseía la referencia mínima de cinco (5) años y máxima de quince años (15) de prisión (CP, art.166, inc.2°) Así decidió imponer la pena mínima en el caso juzgado.

En relación a la unificación sostuvo que por el hecho investigado en el incidente nro. 1734, se le impuso la pena de cuatro años y dos meses de prisión de efectivo cumplimiento y continuó con que: " atento los principios del arto 58 del CP, se debe unificar el tiempo restante de dicha condena, esto es 6 meses de prisión, ya que se encontraba cumpliendo la libertad asistida, con la pena que he impuesto en el presente caso, esto es, 5 años de prisión de efectivo cumplimiento. Que realizando incluso una suma aritmética de dichas penas, la misma arrojan un resultado de 5 años y 6 meses de prisión, por lo que condenar a A. a la pena solicitada por las partes, esto es, 6 años y 8 meses, resulta a todas luces, excesiva y falta de seriedad. Y ello es así, puesto que la condena del 19/12/2014 es una sentencia firme, que tiene calidad de cosa Juzgada y que ha sido mayormente cumplida por el Sr. A., por ello estamos ante un supuesto de unificación de penas y no de condenas […] En consecuencia, como al Sr. A. solo le restaba cumplir con seis meses de prisión hasta

agotar la pena impuesta el 19/12/2014, ya que se encontraba cumpliendo con la libertad asistida, que corresponde descontar los dos meses por medio del cual el condenado cumplió las reglas de conducta sin cometer delitos, por lo que sólo restan entonces 4 meses de aquella condena, y considerando que en el presente hecho he de coincidir con las partes que la pena a imponer es de 5 años de prisión, en una interpretación racional y coherente con la sana crítica, es que voy a imponer la pena única y total de 5 años y 4 meses de prisión de efectivo cumplimiento por el hecho ocurrido el día 06/03/2016 en perjuicio de Ríos y comprensiva de la condena de fecha 19/12/2014 ...".

9.2. Pues bien, más allá de los criterios que se han vertido, la revocación propiciada respecto de la calificación legal posee directo impacto sobre la decisión de la pena.

Esta circunstancia hace que deba renovarse el examen a ese efecto: determinación y unificación, para evitar que se afecte el derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso, traducida en la capacidad de control de la judicatura sobre los acuerdos abreviados.

10. Por tratarse de un procedimiento de las características del ocurrido, y correspondiendo la aceptación de la impugnación del Ministerio Público Fiscal, se debe anular la sentencia de **fs.** 127/38 y vta y reenviarse las actuaciones a efectos de que se revise el acuerdo bajo los parámetros sentados en este pronunciamiento.

Así me expido y voto.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. Para no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a la prolija síntesis de antecedentes y agravios plasmados en el voto que encabeza el Acuerdo.

2. En lo atinente a la admisibilidad del recurso interpuesto, considero que debe prosperar pues el núcleo de la impugnación reposa en la arbitrariedad de la sentencia atacada, en especial en lo concerniente a la

aplicación de la ley (Código Procesal Penal, artículos 372 y 375~.

3. Seguiré el orden metodológico propuesto en el primer voto, a partir de los agravios explicados en la impugnación sometida a estudio de esta Sala. De manera concisa, las cuestiones a resolver son las siguientes: a) alcance de la jurisdicción del tribunal ante una propuesta de juicio abreviado; b) doctrina del seguimiento; c) calificación legal; d) reincidencia; y e) la pena y su unificación.

4. En primer lugar, que las partes acuerden las circunstancias de resolución de un caso en el marco que les permite la ley (CPP, artículo 355)', no priva de jurisdicción al tribunal en lo atinente al ineludible control de legalidad de dicha actividad ("existencia y seriedad de estos acuerdos", según reza el texto legal, y que incluye la posibilidad de dictar la absolución).

Se trata de un control judicial que debe ser, llevado a cabo de modo riguroso ante la futura ausencia de la contradicción, como dinámica propia del debate oral y una de las características estructurales del juicio previo. Sin embargo, el celo en dicha tarea no puede redundar en el dictado de decisiones que desconozcan la jurisprudencia de este Superior Tribunal como última instancia provincial en materia penal (CPP, artículo 388, último párrafo), al menos del modo en que ha sucedido en esta causa.

5. Respecto de la denominada "doctrina del leal acatamiento", el Ministro Pfleger ya ha efectuado un repaso detallado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esta cuestión.

Solo me interesa agregar que este respeto por, las decisiones de los tribunales de máxima jerarquía, no implica desconocer la independencia interna de la tarea judicial. De hecho, en algunas ocasiones esta independencia de criterio puede propiciar cambios en la jurisprudencia, saludables para la vida republicana en tanto son la manifestación concreta del pulso actual del derecho.

Sin embargo, esta independencia no habilita sin más la insistencia en la interpretación personal -y ya refutada- de los jueces inferiores en grado. Exige, por el contrario, el desarrollo de nuevos argumentos que no hayan sido considerados con anterioridad por los tribunales superiores.

En este sentido, se afirma que "en los EE.UU., la jurisprudencia sentada por la Corte es obligatoria para los tribunales inferiores *(stare decisis)* mientras que en la Argentina es casi igual, ya que si bien no hay *stare decisis* formal, si el tribunal inferior no aplica la jurisprudencia de la Corte, la parte afectada puede llegar hasta ésta e intentar con esa base la revocación de la sentencia. Además, lo usual es que los tribunales inferiores la apliquen 7aun cuando no estén de acuerdo, en cuyo caso suelen dejar constancia de la opinión propia- y, finalmente, existen fallos de la Corte que señalan que los tribunales inferiores deben aplicar la jurisprudencia sentada por aquélla" (BERCHOLC, Jorge, "El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina* (dirigido por Daniel SABSAY y coordinado por Pablo MANILI), tomo 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, página 333, con citas de Dworkin y Alexy, entre otros) .

La misma idea, ahora en palabras de nuestro Máximo Tribunal Federal: "Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de interprete supremo de la constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia…" (CSJN, Fallo 307:1094).

Esta doctrina está inspirada en dos ideas centrales. Por un lado, asegurar la igualdad de trato ante la ley, para que el litigante no deba recorrer el caminó hasta los tribunales superiores con la finalidad de obtener una decisión sobre ternas ya resueltos. Por el otro,

garantizar la seguridad jurídica, pues los máximos tribunales tienen el alto rol de decir él derecho para su comunidad, de un modo lo más estable posible para que cada quien organice su plan de vida de acuerdo con dichos parámetros.

6. En el marco conceptual que describí en el punto anterior, me referiré a las cuestiones en las que el tribunal de la instancia se ha apartado incorrectamente de las pautas fijadas con anterioridad por esta Sala.

6.1. La calificación legal de la imputación: Según la jueza, la sola pluralidad de personas en la ejecución del hecho ilícito no era suficiente para configurar el concepto dogmático de "banda", según los términos del artículo 166 inciso 2 del Código Penal.

Mas esta interpretación se opuso a la jurisprudencia pacífica de este Tribunal sobre el punto. Quien me precede ya reseñó las decisiones de la Sala sobre el concepto dado a la noción de "banda", a partir del entendimiento de su diferencia conceptual con la asociación ilícita, y de que la concurrencia de personas implica de por sí una mayor vulnerabilidad de los bienes jurídicos en juego, y el despliegue de un mayor contenido de injusto de quienes tomen parte en su perpetración (Sala en lo Penal STJ, casos "A. y "C., ya citados, entre otros)

A lo dicho sobre el punto por mi colega preopinante, que comparto, solo agrego que la desconsideración del tribunal sobre la proyección jurídica del número de intervinientes constituye un doble error de concepto. Por un lado, esta pluralidad resulta por sí misma objetivamente intimidatoria; por el otro, incluso una actitud pasiva de alguno de sus integrantes durante la ejecución del hecho no lo exime de su responsabilidad criminal agravada, pues siempre cuenta con la posibilidad de advertir a los demás sobre su conducta delictiva.

La jueza, sin perjuicio de su opinión atendible, no ha brindado nuevas razones que en mi opinión justifiquen un cambio en este criterio. Por ende, adhiero a la

propuesta de dejar sin efecto su sentencia en este aspecto.

6.2. La declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia:

No seré original con esta afirmación: la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto judicial de naturaleza excepcional.

En el marco de un Estado republicano signado por la división de poderes, se trata del último recurso al que deben acudir los magistrados para interpretar el orden jurídico. Este control de constitucionalidad es una obligación de los jueces, en tanto guardianes de la Constitución, pero debe ser ejercida con suma prudencia (así lo ha señalado invariablemente la CSJN desde sus inicios, ver. "Sojo~ y "Municipalidad c/ Elortondo", en Fallos, 32:120 y 33:162, respectivamente).

Coincido con el Ministro Pfleger en que la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia ha sido prematura. Es que la discusión sobre la libertad condicional, -debe darse en el momento de la ejecución de la pena, y ante los magistrados competentes a tal fin (CPP, Segunda Parte, Libro IV, artículos 392 a 399 inclusive). Tampoco se trata de un derecho automático (el condenado "podrá" obtener la libertad por resolución judicial, reza el artículo 13 del Código Penal), pues deberá verificarse el previo cumplimiento de los requisitos y procedimiento previstos en la ley. En otras palabras, se trata de un agravio futuro y eventual.

A todo evento, además, la Sala en lo Penal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones a favor de la constitucionalidad de la reincidencia. Además de las decisiones evocadas en el sufragio anterior, estimo pertinente citar también el caso "Di Muro, Walter y otros ..". (Sala en lo Penal STJ, expediente en el que se ratificó dicho criterio. 21.650/2009, 30/11/2011), sentencia 71/2011 de fecha

En cada oportunidad se tuvo en cuenta, entre otras razones, el desprecio o desdén por la pena que manifiesta

quien vuelve a cometer un hecho ilícito, a pesar de haber sufrido una sanción privativa de la libertad con anterioridad.

Y como correctamente se ha señalado, en fecha reciente la CSJN también ha ratificado esta idea, a partir de la mayor culpabilidad que representa el nuevo delito, y que autoriza una reacción penal más intensa ("Arévalou" Fallos 337:637).

Por las razones dadas, también propongo que se revoque la sentencia impugnada en este aspecto.

6.3. La declaración de reincidencia por segunda vez:

Lo resuelto en el acápite anterior incide en esta cuestión. En efecto, a partir de la adecuación constitucional del instituto de la reincidencia, si el imputado cometió el hecho que provocó la condena y la declaración firme de reincidente, no existe obstáculo alguno para una nueva declaración.

El fallo deberá revocarse, también, sobre este punto.

7. Por último, resta analizar lo relativo a la pena y a la unificación dispuesta por la jueza, inferior a la acordada por las partes.

En el voto que antecede se han resumido las razones que tuvo en cuenta la magistrada para así resolver. Solo diré que la revocación de la calificación legal que propuse más arriba (punto 6.1 de este voto), se proyecta inevitablemente a la pena a imponer.

Se debe renovar el examen del asunto (la fijación de la pena y su unificación), a efectos de garantizar -como bien señala el Ministro Pfleger tanto la defensa en juicio como el debido proceso, por medio del control judicial de este tipo de acuerdos.

8. A modo de epílogo de mi análisis, opino que se debe anular la sentencia de la instancia (obrante a fojas 127 a 138 y vuelta de la carpeta, y disponer el reenvío para que se vuelva a examinar el acuerdo a partir de las pautas aquí señaladas.

Así me expido y voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. No me detendré en los antecedentes del caso ni en los agravios de la representante de la Fiscalía de Comodoro Rivadavia, merced a la prolija síntesis delineada por el Ministro que lidera el Acuerdo.

II. El remedio deducido resulta formalmente admisible pues se ha denunciado la arbitrariedad del fallo impugnado, por errónea aplicación de la ley.

III. En el tratamiento de los planteos, seguiré la metodología del primer votante.

Así, en primer término, señalaré que la circunstancia de que el fiscal y el imputado y su defensa alcancen un acuerdo de juicio abreviado, no impide el control jurisdiccional sobre el convenio. El artículo 355 del Código Procesal Penal, en la última parte del primer parágrafo, dispone que el juez controlará la existencia y seriedad de los acuerdos.

Sin embargo, esa potestad no habilita al juzgador a emitir resoluciones que se aparten tercamente de la jurisprudencia dé la Sala Penal. Sí se admite en aquellos supuestos en los que el a quo introduce nuevos argumentos que conducen a modificar el temperamento sentado por la Sala. No es el caso.

Al tiempo de examinar la calificación legal del asunto propiciada por las partes, la jueza Gladys Mariela Olavarría descartó el robo agravado en poblado y en banda, por entender que no se daban los supuestos que la norma sustantiva exige para tener por configurada la banda.

El temperamento de la magistrada se apartó del criterio mantenido por este Superior Tribunal de Justicia, en punto a que la reunión de tres o más personas con el propósito de perpetrar un hecho, se adecua al concepto de banda. La pluralidad de sujetos facilita la comisión del evento, al infundir mayor temor y disminuir las posibilidades de resistencia y defensa.

La jueza, en su decisión, expuso una opinión diferente, que no alcanza a desbaratar el razonamiento de la Sala. Por lo que, corresponde rechazar su resolución, en este punto.

IV. Lo mismo cabe predicar con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia decidida por la a quo. Este Tribunal más de una vez se pronunció a favor de su constitucionalidad, ya que el reproche se sustenta en el desprecio que manifiesta el individuo que, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, esto es, se muestra insensible ante la amenaza de un nuevo reproche.

La inconstitucionalidad basada en la imposibilidad de acceder a la libertad condicional, atañe a un agravio anticipado, que no corresponde reparar en este momento.

La discusión, eventualmente, deberá plantearse ante los jueces de ejecución de la pena, al tiempo que el atribuido estime que podría corresponderle el beneficio de la libertad condicional.

V. La solución propiciada en el punto anterior se proyecta sobre la posibilidad de declarar la reincidencia por segunda vez, la que también es constitucional.

VI. Finalmente, cabe que vierta mi parecer con relación a la pena y a la unificación dispuesta por la jueza de grado.

La solución propiciada en el acápite III sobre la anulación de la calificación legal decidida por la sentenciante, repercute sobre el monto de la pena a imponer.

Corresponderá que un nuevo magistrado, renueve el examen sobre el monto de la sanción a imponer, a efectos de asegurar el debido control de la decisión.

VII. En definitiva, de acuerdo al pedido del impugnante, corresponde declarar la nulidad de la sentencia N° 1966/2016, emitida por la jueza penal Gladys Mariela Olavarría, y disponer el reenvío para que un nuevo tribunal trate el convenio de juicio abreviado.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

2°) Declarar la nulidad de la sentencia número 1966/2016 dictada por la jueza Gladys Olavarria.

3°) Reenviar las actuaciones a la instancia de origen a efectos de que un nuevo tribunal vuelva a examinar el acuerdo de juicio abreviado, bajo los parámetros sentados en este pronunciamiento.

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo.: JORGE PFLEGER. MIGUEL ANGEL DONNET. MARIO LUIS VIVAS.

REGISTRADA bajo el N° 16 del Año 2017 CONSTE. -