Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de junio del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Guillermo Müller, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"S.,M. p.s.a. robo agravado - Tw" (Carpeta 7686 Ofiju Tw - Legajo 76.030 OUMPF Tw)** , con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público, Dr. Lisandro Benítez en representación del imputado M. A. S., contra la sentencia dictada por el Juez Penal, Dr. José García en fecha 03/01/19 y registrada bajo el nro. 05/19, por la que se condenara al nombrado a la pena de cuatro años de prisión en orden al delito de portación de arma de fuego en el carácter de autor, con más la declaración de reincidente (art. 45, 50 y 189 bis, inc. 2, 4to., párrafo del C.P.), por los hechos ocurridos en este ciudad en fecha 01/02/18.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 27/05/19 en la sede de este tribunal, intervino el imputado M. A. S. - cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, asistido técnicamente por el Sr. Defensor Público, Dr. Lisandro Benítez.

Antes de dar por concluida la audiencia, hizo uso de la palabra el imputado M. S..

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Guillermo Müller.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Llegan estos actuados a este Tribunal, luego de sustanciada la audiencia del art. 385 del rito, para revisar la resolución por la cual se condenó a M. A. S. a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento con más la declaración de reincidencia y costas, por encontrárselo autor material del delito de Portación de arma de fuego, (del art. 189 bis, inciso 2°, cuarto párrafo del código penal), atento la impugnación ordinaria incoada por la Defensa Publica.

2.- En apretada síntesis, el abogado Benítez, en representación del nombrado S., critica a la sentencia del Juez Penal José A. García, en derredor de tres ejes principales: la valoración sesgada de evidencia de cargo, la valoración de prueba que ha sido incorporada en forma ilegal y la declaración de reincidencia, sobre la que pide se declare su inconstitucionalidad.

3.- Pero antes de continuar con la exposición de los agravios, me veo obligado a realizar una digresión.

En su escrito impugnativo, agregado a fojas 71/76, si bien el letrado anuncia los dos primeros agravios referidos, advierte que *"serán fundamentados en la audiencia que se fije ante la Cámara Penal"*.

Esta circunstancia no puede pasar inadvertida.

Muy por el contrario, es necesario instruir al recurrente que, por imperio del art. 382 del CPP, la interposición del recurso debe ser por escrito *debidamente fundado* e incluso, si hubiera más de un motivo de impugnación, *deberá expresarse por separado cada motivo con sus fundamentos*, todo ello, claro está, para poder dar traslado a las otras partes del contenido del recurso quienes, en el plazo previsto por ley, podrán contestar o adherir al mismo (art. 384, CPP).

En la audiencia, solo podrán ampliar fundamentos de los consignados en el escrito (art. 385), no pudiendo incluso introducir otros nuevos.

Por lo que, más allá de la imposibilidad de rechazar la apelación por motivos formales, siendo lo detallado un requisito para su interposición que podría vedar el legal trámite, de insistirse con esta modalidad, no serán admitidos en el futuro, resolviéndose su incorrecta concesión.

4.- Dicho esto, habiéndose expedido el defensor en la audiencia sobre la totalidad de los agravios, por esta vez, me avocaré a analizar acerca de la virtualidad de los mismos.

El primero de ellos, la falta de certeza respecto a que el arma secuestrada y encontrada estaba en poder de S., no puede ser atendido en absoluto.

El Juez García, por el contrario, ha valorado ajustadamente las pruebas ante él rendidas y llegó a la única conclusión plausible: el arma en cuestión venía siendo portada por el imputado S..

Ha explicado el magistrado que *"...En atención a lo analizado puedo afirmar con grado de certeza que S. portaba una pistola calibre .9 mm entre sus ropas, sin permiso legal, que en el forcejeo con el empleado policial P. se disparó y resultó lesionado, lo que indica que la misma era apta para el disparo, que estaba en condiciones inmediata de uso, creando un peligro hacia su persona que se acreditó con su lesión, hacia terceros, al portarla en la vía pública en un horario donde transita mucha gente por lo populoso del barrio."*

"Elementos probatorios que demuestran lo falaz de la versión dada por el inculpado apoyado únicamente en el testimonio de su mujer, y sirven sin hesitación para

predicar su autoría en el delito que se le imputó por la contundencia de esa prueba directa y científica rendida en el debate, y analizada más arriba.”.

5.- Para llegar a dicha conclusión, el Juez del caso contrastó los dichos del imputado, solo ratificados por su pareja, M. A. L., con el resto de los testimonios recibidos en el debate.

Recordó, con precisión, que S. dijo que *"...No tengo nada que ver, no intenté robar nada fui a hablar con el pibe que se propasó con mi señora. Yo fui con un amigo y no sabía que él tenía un arma. Fui al mercado, el pibe salió (el que se propasó con mi señora) y lo invité a pelear, mi amigo sacó un arma yo le dije que la guarde, venía la camioneta de la policía, él salió corriendo y se le cayó el arma, el arma quedó en el suelo hasta que llegó la policía, se bajó un policía me dijo S. quédate quieto, agarró el arma del piso y me la quiso poner en la cintura, yo le dije qué haces, forcejeamos para que no me ponga el arma entre la ropa, y sentí un dolor en la pierna. Trabajo en una Cooperativa en el barrio, tengo una causa del año 2015 con condena a tres años, estoy con condicional y haciendo las cosas bien, no tuve nada que ver ni en el robo ni con el arma, a mi señora le faltaron el respeto como dije y como hombre tenía que hacer algo.”*

Recordó que su pareja, en lo sustancial, dijo que “*… estaban en su casa comiendo asado, que fue a comprar con su nena, que le faltaron el respeto, volvió a su casa y le dijo a su marido y él se enojó y le fue hablar a los que le dijeron cosas, ella fue atrás de él, al ver que discutían se fue a comprar a otro mercado, al volver vio la policía y que el amigo de su marido salía corriendo y se le cayó el arma.”.*

Empero, desacreditó estos dichos de la mano del

testimonio del testigo P. P. S., sobre quien dijo que no fue puesto en crisis por la defensa y no existen elementos que permitan tenerlo por mendaz.

En efecto, tal como surge de la audiencia, que he escuchado en su integridad, manifestó el órgano de prueba que *"…estaba en su negocio, ubicado en el Barrio M. III, calle M. T. de C., ingresó un chico a su negocio a comprar cerveza, lo vio medio extraño, como perseguido porque miraba hacia atrás antes de entrar, compró y se fue. Salió a mirar y observó que estaba el muchacho que entró a comprar con otro chico y S. hablando entre ellos, ahí vi el arma y cerré la puerta del negocio. S. la tenía en la mano, la sacó en el momento en que el chico salió del negocio. Los dos tenían arma, S. y el que venía con él.*

Vi que venía la policía, S. salió corriendo y escuché un disparo...", circunstancia de la que pregona, en forma acorde con la lógica más elemental, que *"...justifica el accionar policial, otorga mayor verosimilitud a sus dichos y destruye la defensa material intentada por el imputado y su esposa..."*.

A ello, agrega los dichos del testigo Cabo Primero M. P., quien dice exactamente trascripto (audiencia del día 18/12, hora 10:46), *"... Ese día estábamos patrullando junto a mi compañero M. en el móvil N° X, no recuerdo bien la calle; casi en la esquina hay un mercado, había unas personas afuera y uno parado en la puerta del negocio, nos hacían señas y señalaban a la persona que estaba por ingresar al negocio y no sabíamos por qué. La persona a la que sindican se dio vuelta, vio el móvil e intenta darse a la fuga, salir corriendo, desacelero la camioneta para identificarlo, para ver el motivo por el que se daba a la fuga y cuando llegamos a la esquina, se para cuando yo voy a bajar del móvil, hace un ademán así como de extraer algo*

de la cintura, entonces me bajo yo y le agarro las manos, empezamos un forcejeo ahí y en eso se escucha una explosión, que me pega al lado del píe y me llena el borceguí de piedras y empieza a gritar la persona esta y le veo una mancha."

Además, considera el Juez en forma atinada, que apontocan los dichos de P. los de su compañero, Sargento Primero C. Á. M., *"quien afirmó: Durante la tarde del hecho cumplía la función de disponible, acompañaba al chofer del móvil X, dependiente de la Unidad Regional de Trelew. Íbamos circulando por el Barrio M., calle C., intersección C. y en un local comercial cuyo nombre no recuerdo una persona nos hace señas apuntando a un masculino que venía caminando hacia el kiosco, cuando éste nos ve retoma, como que se arrepiente, entonces nos llamó la atención. El chofer dobla en C., se bajó del móvil y esta persona que había retomado se quedó, hizo como una pausa, yo desciendo del móvil y escuché una detonación de arma de fuego, una explosión, desenfundo mi arma, apunto, en ese momento el chofer y esta persona estaban forcejeando, empieza a gritar el civil, evidentemente se disparó en la pierna porque tenía un arma entre las pertenencias y al forcejear con el chofer se disparó. El arma era una pistola, que se distingue por no tener tambor en relación al revólver. La persona que forcejeaba con mi compañero era M. S.. Luego se separaron y el civil cayó al piso y gritaba que le dolía la pierna, mi compañero le sacó el arma y la arroja al piso, al suelo. No vi de dónde saca el arma porque estaban forcejeando y cae la pistola, la tenía entre sus pertenencias S.."*

6.- Siendo como es, y tal lo analizado por el juez de grado, que la solitaria versión del imputado -acompañada por los dichos de su concubina, con evidente

interés sobre su situación- debe ponerse en crisis ante las versiones opuestas de un testigo objetivo, sin interés aparente en el caso, que, incluso, podría tener aparejadas consecuencias negativas para su persona al incriminar a S., apontocada ella por los numerarios intervinientes cuyas declaraciones, al ser funcionarios públicos, se debe tener por veraces, salvo prueba en contrario, la sentencia en este punto debe ser confirmada.

Además, de ser cierto que tantos vecinos habrían visto el accionar policial ilícito, cómo ninguno compareció a denunciar tal anomalía; por qué razón pretenderían involucrar a S. los uniformados, conforme la teoría conspirativa del imputado.

7.- Por otra parte, no puede tenerse por cierta la versión del incuso que giró en torno a que era un amigo suyo el que en realidad portaba el arma en cuestión.

No solo no comparecieron los vecinos indignados; tampoco lo hizo su amigo a pesar de saber que S. se encuentra injustamente detenido y, nuevamente digo, es necesario convenir que parece algo aventurado pensar en que un funcionario público tome un arma del piso de una persona y la intente colocar dentro de las ropas de otra distinta.

Por todo ello, en definitiva, ha explicado el *a quo* en forma correcta las razones por las cuales no hace suya la teoría de la defensa, fundamenta los motivos por los que descree de la versión del imputado y su pareja y, en fin, dota de credibilidad externa a los testimonios de cargo.

Del análisis de lo que se viene diciendo, a no otra conclusión es posible llegar que no sea la de confirmar en un todo el resolutorio en crisis.

8.- En segundo lugar, el defensor en forma algo

confusa, desiste del agravio acerca de la nulidad del procedimiento llevado a cabo para secuestrar el arma, pero insiste en que se valore adecuadamente su irregularidad, esto es la falta de firma del testigo de actuación en el acta de secuestro del revólver.

En primer lugar, es necesario establecer que el secuestro en legal forma del arma en cuestión no quita un ápice de credibilidad al testigo civil primeramente referido, por lo que no cabe duda alguna que S. blandía un arma de fuego que extrajo de su cintura y la mostraba a otra persona.

En segundo término, tal como ha resuelto el magistrado G. la cuestión, *"las circunstancias apuntadas suplen con certeza la omisión y acreditan con el mismo grado que el arma recogida en el lugar del hecho (por las circunstancias apuntadas) es la misma que posteriormente se exhibió como secuestro -el que reunía todas las formalidades exigidas por la ley- quedando a salvo la cadena de custodia en resguardo de las garantías constitucionales consagradas a favor del imputado. La nulidad no cumple en estas circunstancias ninguna utilidad. La tutela de las formas, como un valor autónomo, pierde sentido."*, luego de explicar, con claridad y detalle, todos los pormenores del recorrido del arma desde el lugar del hecho hasta la Seccional.

9.- El segundo agravio, giró en derredor de la falta de aplicación de la reducción de la pena prevista por el apartado 6, del inciso 2, del art. 189 bis, ante la ausencia evidente de intención de utilizar el arma portada con fines ilícitos.

También en este acápite asiste razón al *a quo.*

Ha dicho que *"...no comparto el criterio del defensor en punto a efectuar la reducción que contiene el último*

párrafo de la norma del artículo 189 bis, toda vez que, al contrario de lo que predica, se acreditó mediante circunstancias objetivas y testimonial que concurrió a buscar a quien -según su esposa le faltó el respeto- exhibiéndole el arma a modo de amedrentamiento de acuerdo al relato de P. P. S.; desistiendo de su accionar por la oportuna aparición del móvil policial.”.

Ha sido explicito el testigo S. al manifestar que *“...ingresó un chico a su negocio a comprar cerveza, lo vio medio extraño, como perseguido porque miraba hacia atrás antes de entrar, compró y se fue. observó que estaba el muchacho que entró a comprar con otro chico y S. hablando entre ellos, ahí vi el arma y cerré la puerta del negocio. S. la tenía en la mano, la sacó en el momento en que el chico salió del negocio.”*, de lo que fácil es colegir que, tal como reconoció el incuso, fue a pedir explicaciones a quien afectó el honor de su pareja, pero arma en mano, con el fin de amenazar o coaccionar de algún modo al ofensor, aunque de todos modos lo niegue.

No solo las intenciones, sino la efectiva realización de un injusto con el arma incautada, impiden la aplicación de la atenuante reclamada.

10.- Respecto al pedido de declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, tampoco tendrá fortuna el apelante.

Como vengo diciendo desde “**R.., M. y otros p.s.a. robo agravado - Trelew” (Carpeta 6436 OJ Tw)**, “...respecto a la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, he de decir que, a pesar de votos anteriores en los que he sufragado en el sentido que el instituto previsto en el art. 50 del Cód. Penal viola los principios de *ne bis in ídem* y de culpabilidad, entre otros, repasados en esta instancia los

antecedentes del cimero Tribunal local, en los casos **"B., F. N. y Otros psa Infracción Art. 189 bis. Trelew 2012**" y **"M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación"** (en los que sus miembros se limitaron a reproducir lo sufragado en **"B."**), los recientes fallos de la CSJN (autos "Arévalo" y "Cabail Abad"), no encontrando nuevos argumentos para sustentar mi posición y por exclusivo apego a la "doctrina del leal acatamiento" delineada por el Alto Tribunal *in re* "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), más allá de mi opinión personal al respecto, que continuaré exponiendo en la cátedra, es que no haré lugar a la queja del defensor y confirmaré la sentencia también en este sentido.

11.- Por todo lo expuesto, corresponde entonces confirmar en un todo el resolutorio venido en crisis, rechazando todos y cada uno de los agravios explicitados por la defensa, recordando, como se dijo al principio, que en lo sucesivo serán declarados mal concedidos los recursos que carezcan de los requisitos para su interposición.

Así lo voto.

12.- Propongo a mis colegas imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la cantidad de VEINTE (20) JUS. Ello, conforme a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley V-90).

Así lo voto.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el juez penal José García, corresponde ahora revisar la sentencia por la

cual se condenó a M. A. S. a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento con más la declaración de reincidencia y costas, en orden al delito de portación de arma de fuego, en carácter de autor (Arts. 45, y 189 bis, inciso 2°, cuarto párrafo del código penal)

1. He de destacar que, a la audiencia del recurso ante esta Cámara Penal, lamentablemente no ha comparecido ningún representante del Ministerio Publico Fiscal, circunstancia que vengo señalando cada vez que ocurre su ausencia.

Nuestra labor importa la revisión de una resolución judicial que le dio razón, motivo más que suficiente como para interesarlos en la suerte del recurso de la contraparte.

Es que, aunque parezca una obviedad, es necesario destacar que en procesos penales adversariales como el de nuestra provincia, las impugnaciones contra las sentencias, importa realizar una revisión de la misma bajo el prisma de los agravios.

Estoy convencido que nuestra carga como jueces revisores de una sentencia de condena, tiene por objeto justamente esa sentencia de condena, el fallo de los jueces, y no volver a juzgar lo juzgado.

Es decir que la labor de este Cuerpo revisor es ponderar la decisión de los jueces que juzgaron y resolvieron en función de la prueba y las solicitudes que fueran realizadas por las partes, en el juicio.

Si bien hay reglas para garantizar una correcta litigación, incluso en la instancia recursiva, *"...la litigación del juicio y la litigación de impugnación presentan diferencias que merecen destacarse para evitar trasladar automáticamente prácticas que pertenecen a distintas 'superficies'."*

(.).

"En primer lugar, el juicio comienza con un 'lienzo blanco' y el litigante presenta los hechos y las pruebas. Con ese material construye una teoría del caso para que sea aceptada por el jurado o los jueces."

"Los litigantes cuentan una historia a medida que se desarrolla el juicio y presentan sus testigos que explican (a través del examen y el contraexamen) sus relatos."

"La fase de impugnación no es una repetición del juicio. Aquí el abogado está limitado por los agravios que deben ser específicos. El recurso implica enfocar una lupa sobre un tema puntual de ese lienzo. Y, es más, probablemente durante el procedimiento recursivo el litigante no preste atención a la mayoría de la superficie de ese lienzo y solo necesite enfocarse en ciertas cuestiones."

"El objeto sobre el que recae la litigación es una sentencia o veredicto anterior y la base de la presentación es argumentativa". De "LOS RECURSOS EN LA LITIGACIÓN" Carolina Ahumada, Ediciones Didol, pagina 29.

Si la fiscalía no contesta por escrito la vista del recurso, ni concurre a la audiencia de la instancia recursiva, ¿quién va a contestar los agravios de la defensa?, ¿quién sostendrá la teoría del caso admitida por los jueces de condena?, ¿Quién argumentará?.

Por ello, continuaré instando a los acusadores a que no se desentiendan de sus casos, y concurran ante esta *Ad Quem* a efectos de participar en la sustanciación previa de la impugnación.

2. <u>De la valoración sesgada de evidencia de cargo y omisión de tratamiento y valoración de la prueba de descargo (art. 372 inc. 5 del C.P.P.CH)</u>.

2.1 La defensa se quejó de la sentencia, aseverando

que de modo alguno existe certeza respecto a que el arma secuestrada y encontrada, estaba en poder de S..

En el control del caso, se colige que, al momento del alegato de cierre, la Defensa le recordó al magistrado que su cliente había dicho que fue al lugar para arreglar un problema surgido con una persona que se encontraba comprando cerveza, porque se había propasado con su esposa y que no fue a cometer ningún delito.

Que su amigo, quien lo había acompañado, al ver la policía salió corriendo y en esa acción se le cayó el arma. Que S. no corrió, se quedó allí, lugar en donde se secuestró el arma cuya portación se le endilgó.

Ante esta cámara, el imputado reiteró ese descargo y acusó al personal policial que fueron quienes quisieron poner esa arma entre sus ropas, y al negarse a ello, el arma fue disparada y resultó herido.

Aseguró que esto fue visto por muchos vecinos del barrio, que, en protesta ante esas acciones policiales, reaccionaron contra la Fuerza.

2.2 He dicho en varios precedentes, que nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, que el tribunal puede creer o no a un testigo en particular, aún al imputado que, como es sabido, no está obligado, a decir verdad.

La carga de los jueces es ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo.

En el caso traído a conocimiento de este Cuerpo, existen versiones que podríamos decir, poseen idéntico peso, pese a sus sentidos contrarios sobre los extremos de su acaencia.

Para poder confirmar la decisión del Tribunal, es necesario exigir que, en el fallo de condena, se encuentre

el desarrollo de las razones que han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra.

Por y para ello, la ley del rito ordena en el art. 25 que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, *"...con adecuada fundamentación lógica y legal..."*, fórmula que además se encuentra contenida en el art. 169 de nuestra Carta Magna Provincial.

Con esta necesaria obertura, debo decir que, en la sentencia, se advierte que el juez penal, en lo que vendría a ser la pagina 8 de la sentencia (60/vta de la carpeta), comenzó el análisis de la cuestión de la autoría, advirtiendo que la declaración del imputado merece *". un análisis profundo luego de ser confrontada con la prueba de cargo.".*

No fue solo un título. A ese título le dio contenido.

Cotejó los dichos del encartado, con lo de M. A. L. (esposa del acusado), y en conjunto, los confrontó con los del personal policial que arribó al lugar, y con los del testigo civil propietario del local donde tuvo lugar el incidente, señor P. P. S.. De todo ello, concluyó que aquellas afirmaciones efectuadas en su defensa, resultaron desacreditadas.

Sin tener elementos para sospechar de mendacidad en los dichos del dueño del local, tuvo en cuenta para desacreditar la versión de descargo, que P. S. afirmó que vio a S. armado.

Así lo evaluó el juez *"S. la tenía en la mano, la sacó en el momento en que el chico salió del negocio. Los dos tenían arma, S. y el que venía con él."*

El testigo que hizo la diferencia en el peso de las versiones encontradas (la de la fiscalía, y la del imputado), siguió diciendo, y con ello convenció al juez, que vio que venía la policía, y *"...S. salió*

corriendo y escuché un disparo. Declaración que justifica el accionar policial, otorga mayor verosimilitud a sus dichos y destruye la defensa material intentada por el imputado y su esposa."

Coincido con este análisis.

No solo consideraciones que tienen que ver con la credibilidad del testigo y su testimonio fundaron la decisión jurisdiccional.

Agrego otro motivo que, por su pertinencia y corrección, me determina a votar por rechazar la impugnación ensayada.

El doctor García hizo el siguiente razonamiento: el testigo P. S. vio dos armas, cuando a dichos de S., solo su amigo portaba una. *"Si a su acompañante se le cayó el arma como dijo S. la policía tendría que haber secuestrado dos armas y, como se acreditó, se secuestró solo una, la que portaba S. entre sus ropas."*

Así, para el sentenciante de modo alguno pudo haberse secuestrado solo un arma si el imputado dijera la verdad. Por lo tanto, S. mintió.

También el juez realizó el análisis de la denominada coherencia externa del relato de P. S., cuando cotejó sus dichos con los del Sargento Primero C. A. M., con los del cabo Primero M. P.. Este último, fue quien afirmó en el debate que mientras el encartado se daba a la fuga, al llegar a la esquina, se paró e hizo un ademán así como de extraer algo de la cintura. Fue con quien forcejeó luego de lo cual se escuchó una explosión.

También comparó con los de la Subcomisario M. P., con los del Cabo L. A., del Oficial H. P., del comisario Mayor F. G., de P. V..

Con todo ello, y respecto al agravio concreto que nos ocupa, concluyó el sentenciante que, en grado de

certeza, S. portaba una pistola calibre .9 mm entre sus ropas, sin permiso legal, "*...que en el forcejeo con el empleado policial P. se disparó y resultó lesionado, lo que indica que la misma era apta para el disparo, que estaba en condiciones inmediata de uso, creando un peligro hacia su persona que se acreditó con su lesión, hacia terceros, al portarla en la vía pública en un horario donde transita mucha gente por lo populoso del barrio.*"

2.3 Por otro lado, quien impugnó, en su presentación escrita volvió con una observación respecto a la falta de firma del testigo de actuación en el acta de secuestro del revólver, que en algún punto de su libelo lo catalogó como un acto nulo de nulidad absoluta.

Sin embargo, en la audiencia ante la Cámara, la defensa pareció desistir de ese pedido, puesto que -así lo dijo- sin perjuicio de la nulidad del acta, quizá no prospere la nulidad del acto, por lo que requirió que se revise la valoración del secuestro efectuada por el juez, producto de un mal procedimiento.

Este confuso pedido, nos lleva a revisar la consideración del juez en el punto a la mentada nulidad, resuelta en el punto II. a de la sentencia (ver página 5 de la misma, 59 de la carpeta).

Y al igual que en los sub acápites que anteceden, considero que los fundamentos se encuentran bien desarrollados en la decisión, plausible y razonablemente la justifican.

Resultó acreditado que el secuestro del arma se terminó de formalizar en la comisaría seccional tercera, y que, si bien la testigo no firmó, en el debate dio todo detalle de ese secuestro.

A modo de conclusión de este punto, dijo el juez:

"Las circunstancias apuntadas suplen con certeza la omisión y acreditan con el mismo grado que el arma recogida en el lugar del hecho (por las circunstancias apuntadas) es la misma que posteriormente se exhibió como secuestro -el que reunía todas las formalidades exigidas por la ley- quedando a salvo la cadena de custodia en resguardo de las garantías constitucionales consagradas a favor del imputado."

"La nulidad no cumple en estas circunstancias ninguna utilidad."

"La tutela de las formas, como un valor autónomo, pierde sentido."

2.4 Dos últimas consideraciones.

2.4.1 Ante este Tribunal, el imputado aseguró que hubo vecinos que vieron y protestaron violentamente contra la policía cuando pretendieron colocarle el arma entre sus ropas.

Ninguno de esos vecinos compareció a confirmar su versión, pese al tiempo transcurrido, incluso detenido, para continuar con la solidaridad ante el abuso, con que pretendió justificar aquella resistencia contra los uniformados.

2.4.2 Según el imputado, ante el juez García y ante esta Cámara, el arma secuestrada fue la se le cayó en su huida a su amigo. ¿Qué amigo?.

2.5 Por todo lo dicho, tras la revisión del fallo, tengo para mí que el juzgador tuvo en cuenta cada pieza producida, a modo de premisas de un razonamiento lógico, y, al contrario de lo reclamado en el recurso, ninguna arbitrariedad en la labor ponderativa de esa prueba he advertido.

Por todo ello, mi voto será por no hacer lugar al recurso.

3. De falta de aplicación de la reducción de la pena, por la falta evidente de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En cuanto a este punto, se impone recordar que la ley dispone que la escala penal establecida para el tipo se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo, cuando, por las circunstancias del hecho, y las condiciones personales del autor, *"... resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos."*

La defensa se agravió que la sentencia no ha contemplado esta figura menos gravosa prevista en la ley, ante la evidente falta de intención delictiva de su cliente.

Al control del fallo, se identifica en la página 21 (67 de la carpeta), que el juez fundó de cara a la prueba producida, el motivo por el cual no le es aplicable a la persona juzgada, la reducción establecida en la norma.

Dijo el juez García que se *"...acreditó mediante circunstancias objetivas y testimonial que concurrió a buscar a quien -según su esposa le faltó el respeto- exhibiéndole el arma a modo de amedrentamiento de acuerdo al relatode P. P. S.; desistiendo de su accionar por la oportuna aparición del móvil policial."*

Con esto, aquello que no fue probado que el arma fuera para cometer un delito, solo que hubo una discusión, no debe prosperar y así lo dejo votado.

A modo ilustrativo, se debe recordar que durante el tratamiento parlamentario de la reforma que introdujo el párrafo de la atenuante en la ley, se ejemplificó que esta cláusula sería de aplicación a aquellos casos en los que alguien porta las armas con finalidad deportiva, de caza o de colección.

A su vez, la doctrina ha entendido que la atenuante podría aplicarse incluso a otros casos, ejemplificando con aquél que porta un arma para acudir en defensa legítima de un tercero, o bien del que lo hacía para defender a una persona que por error creyó agredida ilegítimamente por otro.

Claramente, el hecho de la causa no responde a ninguno de estos supuestos.

Cerrando este punto, merece hacer constar que en fallo de esta Cámara Penal de fecha 24 del mes de abril del año dos mil dieciocho, en autos caratulados **"S., M. F. psa infracción art. 189 bis del CP- Trelew" (Carpeta 7382 Ofijud Tw-Legajo 72255 OUMPF Tw)**, así se hizo lugar al pedido de aplicación de la figura atenuada, cuando las circunstancias comprobadas en la causa así lo autorizaban.

4. De la reincidencia.

Sobre este planteo, se impone advertir que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es un acto de suma gravedad institucional, por lo que debe ser considerado como de *última ratio* (Fallos 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente.

Siguiendo esta senda marcada por la jurisprudencia, al agravio de la defensa, he de decir que sostengo mi postura que se enfila en considerar que el instituto de reincidencia no repugna normas de nuestra Constitución, ni los Tratados Internacionales con jerarquía de tal.

El hecho objetivo en la vida de una persona de haber cumplido, al menos en forma parcial, una condena por un hecho anterior juzgado, constituye un parámetro válido de

consideración jurisdiccional para la declaración del instituto, puesto que lo único que determina ese hecho objetivo, es el particular seguimiento que merece la ejecución de la pena.

Como ya lo vengo sosteniendo en casos como **"C. M. A. P.S.A. DE HURTO TENTADO - TRELEW"- (Caso: No. 18413- año 2009), y acumulada "C., Matías Adrián p.s.a. robo - Trelew" (Caso: No. 18428 - año 2009)**, la reincidencia *se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (precedente que corresponde a la cita del tribunal A-Quo, CSJN G.724, XXI, 7-7-88, Gelaberto Rubén, LL, 1988-E, p.351*).

Considerando entonces que es reincidente quien, con anterioridad a la comisión de un nuevo delito, ha cumplido efectivamente en forma total o parcial una pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme (concepto dado por la C.N.C.P. sala IV, 8-3-1996, B.J.F., reg.548), la declaración de tal de una persona no vulnera el principio *non bis in ídem*, puesto que lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

La declaración de reincidencia ajusta el régimen de cumplimiento de la condena de la persona juzgada, tanto de la que fuera impuesta en un antecedente pronunciado por sentencia firme y cumplida efectivamente, aunque sea en forma parcial, con la que corresponde ejecutar por el nuevo hecho.

De otra parte, he de descartar la presunta violación del principio de culpabilidad de autor, vedado por nuestra Constitución.

Entiendo que el juicio de culpabilidad que ha de realizar el juzgador al momento de mensurar la pena, lo ha de hacer sobre el evento ventilado en un debate, y no sobre

el que recayera condena anterior, juzgado en otro juicio.

Ese es el sentido y a su vez el límite que debe tener el Tribunal para mensurar la pena, y sobre esos rieles correrá el control del *Ad-Quem* mediante una impugnación ordinaria como la que nos convoca.

Como se advierte en los tramos de la sentencia revisada, el sentenciante tomó como datos objetivos el antecedente condenatorio del imputado y el cumplimiento real y parcial con privación de libertad. En consecuencia, no agravó la sanción que en definitiva impusiera.

Como cita el juez penal, ésta es la postura que ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en distintas causas a partir ***"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006)***, y así también se expidió en ***"L., L. A. p.s.a. de abuso sexual a J.B.L." (Expediente 20.402 - L - 2006).***

Al dictar sentencia en los autos ***"M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación" (Expediente N° 23229 — F° 196 — Año 2013),*** la Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la reincidencia, por no vulnerar garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

En fallo unánime, los ministros evocaron los fallos en donde impusieron su postura respecto al tema, e incluso agregaron la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos en que ese Alto Tribunal Nacional justamente se inclinó proclive a la constitucionalidad del instituto, tales como *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Juan M. Cabail Abad en la causa Cabail Abad, Juan M. - causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014*, y en *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. Salomón Arévalo en la causa*

Arévalo, M. Salomón s/ causa N° 11.835”, del 27/5/2014.
No fue la única vez que la sala penal así se pronunció, días antes de la resolución tomada en “Montenegro”, en idénticos términos los ministros se expidieron en *“Pcia. del Chubut s/S, P.P., U.D. M..-B., C. s/ impugnación”, Expte. 23325 - F°13, año 2014.-*
Por compartir esos criterios, me mantengo enrolado en las filas que estiman que no existe razón para declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, pues no vulnera el principio de culpabilidad por acto en tanto se refiere a una modalidad en el cumplimiento de la pena, y no a la imposición de la pena en sí misma; ni tampoco al principio que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que el imputado no es juzgado ni acusado nuevamente por la comisión del hecho anterior, no repugnando en consecuencia, garantías veladas por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales incorporados por obra del art.75 inc. 22 en la reforma del año 1994 (art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Por todos los argumentos desarrollados, coincido con mis colegas en cuanto corresponde el rechazo total de la impugnación, y la confirmación integra del fallo atacado.

4. En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios, comparto y adhiero a la propuesta del Dr. Roberto Adrián Barrios.

Así lo voto.

El Juez Guillermo A. Müller:

I.- Desde el inicio del debate la defensa bregó por la absolución de su asistido en el convencimiento que la prueba que aportó el órgano acusador no resultaría suficiente para acreditar la autoría del hecho,

cuestionando el procedimiento policial que derivó en el secuestro del arma de fuego, y ante el pronunciamiento adverso se agravia por cuanto considera que es producto de una errónea valoración de la prueba, la que no alcanzó a desvirtuar la versión brindada por su asistido en ejercicio de su defensa material; por último, y en subsidio, ante la declaración de reincidencia reclama la inconstitucionalidad del art. 50 del sustantivo, por lo que en ese orden he de expedirme.-

1.- Cuando la impugnación de la sentencia de condena obedece a supuestos errores del Tribunal a quo al ponderar las pruebas producidas en el juicio, resulta necesario demostrarlos y señalar de qué manera debió hacerlo para arribar a otra conclusión y bajo esta consigna procederé a analizar el decisorio en crisis. -

M. A. S. sostuvo tanto en el juicio como ante este Tribunal que efectivamente concurrió al lugar donde se produjeron los hechos dado que previamente unos individuos que se hallaban en el mercado se habían propasado con su esposa, haciéndolo con un amigo, quien portaba un arma y que al advertir la presencia de la autoridad policial salió corriendo y se le cayó el arma, para luego al intervenir los preventores con la finalidad de adjudicarle la portación, intentaron colocarle el arma en la cintura, oportunidad en que se produjo un disparo que lo lesiona en la pierna derecha a la altura del muslo.-

Ahora bien, no puede escapar a este análisis que el caso presentó dificultades en la construcción de la imputación pues originariamente la investigación se direccionó a determinar la existencia de un supuesto delito contra la propiedad agravado, culminando el reproche en una portación de arma de fuego, lo que incluso fue reconocido por el defensor al brindar fundamentos en

la audiencia del art. 385 del C.P.P.-

Considero que el testimonio del propietario del mercado, Sr. P. P. S. resulta dirimente pues ubica a S. en el lugar, y sin vacilar señala que saca un arma en el momento que salió un joven de su local al cual lo esperaba otro sujeto, aclarando que dos tenían armas y que al aparecer la policía el imputado salió corriendo para luego escuchar un disparo. -

El impugnante más allá de cuestionar las coincidentes declaraciones de los funcionarios del orden, M. P. y C. M., versiones que confronta con la de su pupilo intentando generar la idea de un complot para perjudicarlo en razón de resultar conocido por sus antecedentes, no logró desvirtuar los dichos del testigo P. S., prueba independiente a la que el Juez de grado adjudicó suma relevancia porque en definitiva corrobora las manifestaciones de los agentes policiales, quienes han sido claros y contundentes al describir la actitud asumida por el imputado ante su presencia.-

Por otra parte también intentó poner bajo sospecha al secuestro del arma, planteando durante el juicio la nulidad de la diligencia, la que fue rechazada con adecuada fundamentación por el Juez García, y aquí si bien expresamente desistió del mismo, no deja de cuestionar las circunstancias detalladas por los testigos de cargo relativas al procedimiento y la forma en que se produjo el disparo que lesionó a su defendido, lo que no considero relevante para controvertir el hecho dado que ya se había consumado, pues fue visto indiscutiblemente portando un arma de fuego en la vía pública y en condiciones de inmediato uso por el Sr. P. S. y luego por el Sargento M. y el Cabo 1ro. P..-

Desde luego que el cuadro probatorio se completa con

las pericias realizadas por el Lic. M. C., que determinaron que el arma secuestrada es apta para producir disparos, que se encontraba en condiciones de inmediato uso, lo que queda en evidencia ante la circunstancia de haberse accionado cuando los preventores actuaron intentando sacársela de entre sus ropas, complementado por la información del Registro Nacional de Armas en cuanto carecía de toda autorización estatal. -

En la dirección que vengo exponiendo al aquo no solo contó con el relato coincidente de los funcionarios policiales y el propietario del comercio, sino también dispuso de corroboraciones periféricas a modo de indicios y prueba científica a las que adjudicó valor y con debida motivación permite comprender el razonamiento seguido, y frente a la hipótesis contrafáctica procedió a confrontarla con las pruebas para establecer su valor convictivo sin alcanzar a alterar la hipótesis del órgano acusador, por lo tanto descarto absolutamente que estemos ante una sentencia arbitraria correspondiendo la confirmación, lo que así voto.-

2.- Si bien en el recurso el Sr. Defensor en forma subsidiaria reclama la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P., también en el petitorio solicita la reducción de la escala penal en los términos del sexto párrafo del inc. 2 del art. 189 bis del Código Penal, sin brindar fundamentos, señalando en la audiencia que no fue suficientemente acreditado mediante circunstancias objetivas intención de utilizar el arma con fines ilícitos.

a.- Sin perjuicio que no cumple correctamente con la exigencia del art. 382 del C.P.P., y dado que el Ministerio Público Fiscal no respondió el emplazamiento, ni asistió a la audiencia y que se impone un control amplio de la

sentencia, solo corresponde señalar que el magistrado ya dio respuesta y que el defensor se limitó a reeditar el planteo sin efectuar crítica a la conclusión, máxime cuando el propio imputado reconoce que fue a increpar a los sujetos que le faltaron el respeto a su esposa por lo que cabe descartar una posible reducción en los términos que contempla la norma de aplicación al caso.-

b.- Por último y en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50 C.P.), en principio considero pertinente señalar que el planteo aparece como una fórmula empleada por el Sr. Defensor Público ante supuestos de declaración de reincidencia y sin la fundamentación que amerita introducir una cuestión de tal envergadura, puesto que fulminar una norma con la declaración de inconstitucionalidad implica aplicar la sanción de máxima gravedad prevista en el ordenamiento jurídico, no agregando en la ocasión nuevos argumentos.-

Frente a la entidad del planteo no resulta necesario extenderse en demasía pues es clara la posición tanto del S.T.J. y como de la C.S.J.N. sobre la materia; así en autos "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. Salomón s/ Causa n° 11835", mantiene la postura conforme lo resuelto en "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938),

"L' Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680); y en la misma dirección la doctrina legal sentada por la Sala Penal del S.T.J. en el precedente "B." (Expte. n° 20387-201-2006, Sentencia n° 45/06), reiterada en autos "Di Muro, Walter Sebastián y otros" (Expte. n° 21.650-132-2009, letra "D", "Gersi, Jorge" (Expte. n° 22127-10-2010) y "Aybar s/ Robo agravado" (Expte.: 100256-16-2017).-

Entonces, de acuerdo a los precedentes citados, tenemos que, según el régimen de reincidencia será tratado

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

3.- En orden al modo de imponer las costas y los honorarios que corresponden regular, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación deducida por la Defensa Pública en representación de M. S., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Confirmar la sentencia nro. 05/19 de fecha 03/01/19

OJTw;

3) No hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50 del C. Penal);

4) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. C.P.P.) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor llevada a cabo en esta etapa, en la cantidad de VEINTE (20) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 de la ley XIII-15 y art. 59 Ley V-90,) y;

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

Se deja constancia que el Dr. Guillermo Alberto Müller no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede, mediante correo electrónico. Registrada con el Nro.: 74/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara