CAMARA EN LO PENAL
COMODORO RIVADAVIA
PROTOCOLIZADA BAJO EL Nº 11 AÑO 2022
LUCIA BORJAS
SECRETARIA
CAMARA EN LO PENAL

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de mayo de dos mil veintidós, el Tribunal integrado por los Dres. Daniel Luis María PINTOS, en su carácter de Presidente, Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER, Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal n º 10444, Carpeta individual n º 2031, caratulada: "J., E. N. y otros s/ p.s.a. Incendio agravado por el peligro de muerte en concurso real con tentativa de evasión: administración pública provincial", de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. Laura Beatriz Castagno (por Cisco webex), el Defensor Público Dr. G. A. O., y el imputado D. A. J. (por Cisco webex); y

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

Que los días doce y veinte de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación ordinaria presentada por la Defensa técnica de D. A. J., 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. 33 1 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5 ^{0} párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de D. A. J. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5 ^{0} pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo, y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.

A la PRIMERA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

I.- Ha motivado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en favor de D. A. J. y contra la Sentencia n^{o} 776/2021, que condenó al nombrado a la pena de tres años y cuatro meses de prisión como coautor penalmente responsable del delito de Incendio (arts. 189 bis, inc. 2 ^{0}, cuarto párrafo y 45 del C.P.), por el hecho acaecido el 20 de julio de 2018, en la Comisaría de la ciudad de Sarmiento.-

1 .- El Dr. O. expresó en su recurso tres motivos de agravio: la arbitrariedad y contradicción de la sentencia de condena, subsidiariamente, la calificación jurídica asignada, y por último la cesura de pena.-

En relación al primero, destacó que lo sucedido no se trató de una situación estanca, como lo presentó el Ministerio Público Fiscal en la Acusación, sino que los detenidos se encontraban en huelga de hambre, en el marco de un reclamo, por la falta de calefacción y de agua caliente.-

Agregó que el Magistrado condenó a J., considerando que es la única persona a la que pudo identificarse realizando la conducta típica, pero que en el debate quedó demostrado que no existe certeza procesal sobre dicha individualización.-

Señaló que el Juez omitió considerar información trascendente que desvirtúa la afirmación del testigo C., quien incorporó en su declaración que conocía al acusado por haber realizado diligencias para su detención, y que sabía que se encontraba detenido en la Comisaría de Sarmiento. Adjuntó una fotografia tomada por la Cámara nº 9 para ilustrar que de la figura humana que se observa no surge ninguna característica que lo vincule a J.-

Indicó que la Fiscalía tampoco requirió una pericia escopométrica, que pudiera determinar con certeza la identidad de la persona observada en la imagen, ni solicitó el secuestro de las prendas de vestir de J. para cotejarlas con la filmación.-

Sostuvo que la conclusión a la que arribó el Juez Rosales es arbitraria en la valoración de la prueba y, además, contradictoria con el resto de la resolución, ya que, suponiendo que se tiene por probado que es J. la persona identificada, la acción realizada no encuadra en la figura legal de Incendio, siendo el mismo juzgador quien reconoce que el fuego ya estaba iniciado y que a lo sumo J. lo avivó con un elemento.-

En base a ello, Subsidiariamente, solicitó el cambio de calificación jurídica por entender que no se acreditó en debate que, más allá del lugar concreto de la fogata, otros elementos del pabellón hayan corrido

riesgo alguno al no haberse verificado condiciones de deterioro ni afectación del sistema eléctrico.-

En cuanto a la cesura de pena, criticó las pautas agravantes que tuvo en cuenta el sentenciante para arribar al monto impuesto, considerando que ninguna de las circunstancias por él apuntadas se han dado en el caso: la potencialidad de sufrir consecuencias gravísimas, la iniciación del fuego en distintos sectores, los daños en paredes, techos, puertas, ventanas, enrejados, instalación eléctrica y de gas; a lo que se sumó como agravante la valoración de la condena que J. se encontraba cumpliendo, afectando con ello los principios de culpabilidad específica, legalidad y ne bis in idem. Solicitó que se consideren como atenuantes las lesiones infringidas a J. por el personal policial de la Comisaría de Sarmiento.-

Se quejó de la declaración de reincidencia por falta de argumentación suficiente, destacando que J. nunca cumplió pena bajo un programa de reinserción social, o tratamiento penitenciario, conforme lo dispone la Ley 24.660, y que logró culminar sus estudios secundarios con el aporte de sus familiares; resaltando que el Juez se extralimitó en su competencia al ordenar su inmediata detención, ya que dicha tarea corresponderá al Juez de Ejecución, una vez efectuada la unificación de penas.-

En definitiva, requirió la absolución de su asistido y, en caso de no hacerse lugar a dicha pretensión, que se modifique la calificación

legal por la del delito de Daño simple. Hizo expresa reserva del caso federal.-

2.- A su turno, la Fiscal General, Dra. Rita Susana Barrionuevo, respondió a los agravios esgrimidos por la Defensa.-

Señaló que el Tribunal abordó la cuestión del reclamo de los internos y brindó una completa y fundada respuesta que no conformó a la Defensa.-

Agregó que el conocimiento previo que tenía C. no lo inhabilita para reconocer a J. en las filmaciones, sino que, justamente por ello, pudo identificarlo bajo promesa de decir verdad; y destacó que la fotografía acompañada por la Defensa en su recurso no fue la exhibida en debate, sino el track de filmación en el cual se lo reconoce.-

Indicó que quedó acreditada enjuicio la peligrosidad del incendio y su extensión, a partir de los testimonios y las fotografias expuestas, y en el hecho con la intervención de Bomberos y el traslado de los internos hacia otra dependencia policial.-

En cuanto a la cesura de pena, entendió que el Juez valoró correctamente las circunstancias agravantes y atenuantes, de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P.; que la declaración de reincidencia es correcta, ya que se valoró debidamente la documental acompañada de la que surge que J. cumplió pena y tuvo el periodo de progresividad que prevé la ley de ejecución; y, por último, que procede su detención una vez que la sentencia adquiera firmeza, tal como lo dispuso R.-

En definitiva, consideró que los agravios no constituyen un verdadero perjuicio de derecho y que, por ello, la sentencia debe ser confirmada en todos sus términos.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. el Defensor ratificó en todos sus términos el escrito de impugnación ordinaria oportunamente presentado y solicitó la absolución de su asistido y, subsidiariamente, el cambio de calificación por el delito de Daño y la reducción del monto de pena.-

Por su parte, la Fiscal General ratificó las respuestas brindadas oportunamente por escrito y solicitó el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia en todos sus términos.-

4.- El hecho materia de acusación fue descripto en los siguientes términos: "Los ocurridos el día 20 de julio de 2018, a las 18:45 hs. aproximadamente, en la Comisaría de la ciudad de Sarmiento ubicada en Avenida S. M. intersección con la Avenida I. C., más concretamente en el Pabellón Comunitario de personas condenadas que cumplen pena privativa de libertad y que se encuentra contiguo al pabellón de personas procesadas. Allí se encontraban alojados los internos E. N. J., M. A. G., J. A. P., J. C. B., D. A. J., I. A. P., F. A. e I. M. R. Los nombrados utilizando los rellenos de los colchones, almohadas y ropa de cama, provistos por la institución, como así también prendas de vestir de su propiedad y pinturas y papeles que tenían en su poder para realizar artesanías varias y mediante la utilización de un encendedor, crearon varios focos ígneos dentro del pabellón como así también en el patio interno enrejado. Así, los condenados

previo dañar por la fuerza las ventanas que comunican el pabellón con el patio interno enrejado, ingresaron a dicho patio para cubrir con una prenda de vestir la cámara de seguridad que se encontraba allí, a los fines de evitar que el personal policial pudiera tomar conocimiento de esta situación. Advertido el personal policial de la existencia del incendio por el fuerte humo y tras reunir en el lugar tanto al personal de turno y de franco como también convocar personal de otras Divisiones y dar aviso a Bomberos Voluntarios y autoridades sanitarias, ingresaron de manera inmediata al lugar a través del pabellón de los procesados y de ahí tras cruzar otra puerta, al patio interno, donde pudieron reducir a los condenados quienes se encontraban con los rostros cubiertos ejerciendo fuerza sobre la puerta que comunica al patio de la Comisaría, con claras intenciones de evadirse no pudiéndolo lograr debido a la pronta intervención policial. Luego de reubicar a los condenados, ingresaron al lugar los Bomberos Voluntarios de esta ciudad extinguiendo un fuego de vastas proporciones que puso en riesgo de muerte tanto a las personas que se encontraban alojadas en la Comisaría como también a los que estaban prestando servicios allí. Igual riesgo de destrucción corrieron los bienes ubicados en el interior y exterior de la Comisaría. A la vez que con su intervención se evitó la expansión del fuego a las construcciones linderas. Posteriormente, se pudo constatar que por efecto del fuego se dañaron las paredes del Pabellón Común de Condenados de la Comisaría de Sarmiento, aberturas, techos, vidrios, rejas e instalaciones de luz, agua y gas, siendo clausurado provisoriamente"..

Finalmente J. fue condenado como coautor del delito de Incendio (art. 186 inc. 1 ^{0} y 45 del C.P.), resultando absuelto por los restantes delitos que le fueron endilgados.-

11.- l) Primer agravio, dentro del vicio de arbitrariedad denunciado en el escrito de la Defensa pública, que fundamenta el recurso ordinario del imputado D. A. J. —originariamente interpuesto in pauperisforma-: el contexto no tenido en cuenta por el Juez Penal a quo en relación con un Hábeas Corpus aparentemente rechazado por el Juez Penal de turno, que habría sido el Dr. Daniel Camilo Pérez. No se ha producido prueba en verdad, sobre este punto, ya que solo existen referencias genéricas relativas a las condiciones de detención, como ser la falta de agua caliente, que habrían provocado aquella acción judicial —cfr. el contraexamen de la Defensa al testigo H. F. A., Sub-Comisario a cargo de la dependencia, quien manifestó no recordar si la acción ya había sido resuelta en sede Judicial, y en orden a los motivos dijo creer que se debió a que "no tenían agua en las duchas"-.-

El memorial de agravios utiliza reiteradamente la voz "tensión", o "tensiones", para describir aquel contexto de situación imperante en la dependencia policial, para luego concluir que ello ha sido reconocido o admitido; incluso, en la propia sentencia, ya que la parte acusadora no lo habría cuestionado. Entiendo que ello no es así: en su escrito de responde, la Fiscal general Barrionuevo se remite a un "Considerando" de la sentencia, en el que se rechaza la legitimidad del accionar incendiario, haciendo hincapié en la intervención previa frente al

conflicto suscitado, no sólo de la Judicatura penal, sino también del Ministerio de la Defensa pública; y en la oportunidad procesal del art. 385 CPP, la Fiscal general Castagno hubo de confirmar que los reclamos habían sido oídos, además de expresar su rechazo a la utilización de "vías de hecho".-

Lo que sí quedó acreditado con certeza, fue que el antecedente más inmediato del incendio estuvo dado por una requisa en el Pabellón Comunitario (o de Condenados), que debió ser suspendida ante la negativa de los internos a someterse a ella, como asimismo a la falta de personal policial suficiente —es decir, que sí mediaron razones de "seguridad", respecto a la integridad fisica del personal policial (el recurso ordinario sostiene que se "alegaron" aquellos motivos, sin que quede en claro si ello significa tanto como negar, que hubiera existido riesgo cierto para los funcionarios prevencionales; o bien, si así se reconoce que eso fue lo invocado por los custodios de los detenidos, y no se lo desmiente)-.-

La argumentación defensista presenta a continuación, en mi entender, un salto lógico que conlleva a que no sea posible compartir su razonamiento: en efecto, se sostuvo que no se han podido conocer los motivos de la medida (requisa en el Pabellón); y de allí en más entonces, se concluye que el objetivo ha sido "el amedrentamiento e intimidación" a los condenados, para que cesen en su reclamo legítimo de derechos. Las máximas de la experiencia nos enseñan que en los lugares de detención, son habituales aquellos controles no solo en horarios diurnos, programados, y de rutina, sino también a veces en forma sorpresiva -por ejemplo, ante algún

aviso o denuncia, acerca del ingreso de elementos prohibidos, etc.-; de tal modo que, el procedimiento intentado en horas de la tarde, de un día que habría estado precedido de varios en "huelga de hambre", y conflictos que dieron lugar a acciones de Hábeas corpus, no puede atribuirse sin más ni con certeza, a un despliegue de fuerza destinado exclusivamente a doblegar el ánimo de los internos, sino que también es altamente probable que obedeciera al ejercicio legítimo de la autoridad y poder disciplinario dentro de un Establecimiento de Detención.-

2) De conformidad con el informe pericial de la Lic. en Criminalística C. A., del Gabinete de Criminalísticas del Ministerio Fiscal, quien depuso en el juicio oral y público, sobre la base de prueba documental (v.g. Libro de Guardia de la Dependencia) y videos de las cámaras de seguridad, se puede advertir sin hesitación que no ha existido solución de continuidad, entre aquella suspensión (de la requisa) y el inicio del fuego; lo que podría interpretarse como una forma de protesta frente a la actividad prevencional, aunque la medida de control (requisa) hubiera fracasado y nunca terminó de concretarse, en definitiva —no se halla controvertida, en el caso, la suspensión referida (más allá de las diversas interpretaciones sobre el origen de la misma, según ya se explicó)-.-

Secuencia conforme esta pericia: (una vez que el personal policial se retira del Pabellón) los internos toman la determinación de "cubrir" con algún elemento —telas, frazadas, etc.- una ventana que permitía la visión desde el sector de Monitoreo, y el visor de una puerta, para luego iniciar un foco ígneo sobre línea de suelo (hay croquis levantado

durante una diligencia de inspección ocular). Tanto de este informe, como coincidentemente del que produjera el integrante de la División Policial de Investigaciones, Sgto. D. M. C., testigo en la audiencia de debate, en base a las imágenes filmicas de las cámaras de circuito cerrado de vigilancia, con que contaba aquella dependencia policial —nueve-, tanto en la parte exterior del Complejo como en su parte interna, dispersas en distintos puntos, e identificadas con los números 01, 03, 04, 07, 08, 09, 10, 11 y 12; se desprende que en el análisis de la cámara identificada con el número 04, a la hora 19:07:05, se logró observar un "fugaz" destello de luz que ilumina brevemente el pasillo, e inmediatamente después la presencia de humo (nube), a las 19:07:03.-

Por su parte, la cámara nº 09 captó a las 19:08:00 el inicio de otro foco ígneo, y ya a las 19: 12:10 incendio en una ventana —extremos que surgen también de ambos informes-. En la hora se visualiza un interno "avivando" el fuego, lo que permite ver por unos instantes su rostro; ello conduce a la individualización por parte de C., en la persona de J., en razón de conocerlo con anterioridad por su función (prevencional), a lo que se ha sumado el reconocimiento impropio de este testigo, en la Sala de Audiencias.-

3) En suma, respecto a la materialidad del hecho, tenemos que la característica del fuego fue la de "focos ígneos", provocados por los internos del Pabellón de condenados de la Comisaría de la ciudad de Sarmiento, con fecha 20 de julio del pasado año 2018, en las últimas horas

de la tarde, que se expandieron rápidamente de acuerdo con los informes ya citados, sin perjuicio que luego fueran extinguidos —delito de peligro concreto-.-

III.- (Co) autoría: se confirma en cuanto intervención en el hecho, es decir en un sentido amplio, no solo porque el Pabellón estaba habitado por una pluralidad de internos, sino también porque la mecánica del incendio, de conformidad con lo expuesto en el apartado precedente, revela que ha sido obra de varios sujetos —los principios lógicos de no contradicción y razón suficiente así lo indican, con un alto grado de probabilidad, dada la dificultad que supone hipotizar que una sola persona casi en simultáneo pudiera haber iniciado todos los "focos"-.-

Identificación de J.: el hecho de que el testigo C. conociera al encartado por su función policial, no le quita valor a su deposición en orden al develamiento de la autoría, y a partir de la observación de las cámaras de videovigilancia, como asimismo el reconocimiento impropio en la Sala de audiencias.-

Debe ponerse de resalto que no se ha verificado ninguna actividad probatoria de la Defensa, en este sentido, ya sea en forma de contraprueba para desvirtuar el testimonio citado (C.), como asimismo en la modalidad de prueba de descargo; a fin de poner en duda el referido reconocimiento del autor —v.g. en relación con los argumentos vertidos en el recurso, como ser similitud y/o compatibilidad de la vestimenta, características antropométricas del acusado, pericia escopométrica, etc.-.-

Pero la tipificación propongo mute a participación secundaria (art. 46 CP), aplicando el principio in dubio pro reo, ya que no puede descartarse que otro/s interno/s hayan tenido un protagonismo mayor que J., en la ejecución del hecho —recordemos que su condena se basa sobre la imagen que lo muestra avivando la combustión, cámara 09, hora 19:20:55 ya referida-; tanto sea en la etapa de planificación, u organización, como en la propia ejecución, resultando entonces aquéllos los autores (o coautores) —aunque ello no haya podido demostrarse con certeza-, y J. un cooperador / cómplice con menor responsabilidad penal.-

En este punto compartimos el razonamiento de la Defensa, respecto al principio de culpabilidad por el hecho: en la prueba tenida en cuenta para la sentencia de condena, no se lo observa a J. iniciando fuego "en distintos sectores"; de allí que seamos de la opinión de aplicar el favor rei, como ya se anticipó en el párrafo anterior, en cuanto a la forma de participación y optar, en consecuencia, por la modalidad más leve de las distintas alternativas posibles (arts. 45, 46 y ccs. del CP) —pero siempre en el marco del tipo penal del Incendio doloso, porque aún cuando se le atribuye causar, o alimentar, un solo "foco", ha actuado en simultáneo con el resto de los (co) autores, partícipes, instigadores, etc., no individualizados debidamente, o absueltos, por lo cual no cabe imputarle solo un delito de Daño (inaplicabilidad del art. 47 CP)-.-

IV.- l) En tales condiciones, soy de la opinión que la conducta del acusado J. no encuentra amparo en la causal de justificación, prevista en el art. 34, inc. 4, del CP.-

En su defensa material, el imputado D. J. luego de historiar la protesta a través de una huelga de hambre que califica de pacífica, hizo alusión a la requisa ya referida, en el horario de la tarde del 20 de julio de 2018, en la que les habrían roto "todas las cosas", y tirado "todo al piso". De manera similar cuanto se ha señalado precedentemente, respecto a la/s acción/es de Hábeas Corpus, no contamos con ninguna prueba relativa a esta requisa —frustrada- en el Pabellón Comunitario, y ya aludida reiteradamente a lo largo del presente Voto, que indique que es falsa la documental obrante en la Comisaría, y los testimonios concordantes, que señalan que debió suspenderse.-

2) Exceso (art. 35 CP) —denominado como "intensivo"-. por ende tampoco es posible receptar esta variante, porque para ello es menester que la conducta comience siendo justificada -todo ello, en lo concerniente a la causal de justificación del ejercicio de un derecho-; y, como se viene exponiendo, no contamos con prueba independiente que corrobore la ligazón que se ha construido en el recurso ordinario, conectando la medida de contralor del Pabellón, con la reacción de los internos, a modo de una respuesta "legítima".-

Por el contrario, se trató de un accionar doloso en el marco del tipo subjetivo propio del delito de Incendio intencional, según la misma defensa material del imputado J.: nosotros nos reunimos y charlamos y tomamos la decisión de hacer un foco de incendio, para llamar la atención de las autoridades... "; toda vez que en esta versión no se ensaya ningún argumento, que apunte a un posible mecanismo de contención del

fuego, para evitar su expandibilidad y el consiguiente peligro para la seguridad común, que es el bien jurídico tutelado. En suma, se escaló en la gravedad del conflicto, y sin que los detenidos "reunidos" en una suerte de Asamblea, adoptaran recaudo alguno para medir las consecuencias de aquel fuego peligroso, que decidieron iniciar.-

3) Por último, para el caso que se avance ya sobre otra justificante, como ser a título de hipótesis la legítima defensa de un derecho, e inclusive de la integridad fisica —dando por cierto, in dubio pro reo, que la requisa sí se había realizado, que fue violenta, y estuvo guiada solo por el ánimo de doblegar la voluntad de los detenidos, mediante una demostración de fuerza en su contra-, cabe la misma conclusión.-

"La falta de cualquiera de las notas del concepto de agresión ilegítima y actual determina la imposibilidad de apreciar no solo la eximente compléta, sino también la eximente incompleta, pues tales requisitos son fundamentales y sin ellos no puede hablarse ni siquiera del legítima defensa incompleta (jurisprudencia constante)... " (cfme. Mir Puig: "Derecho penal. Parte General", 7ª edición, p. 434, el destacado no pertenece al original).-

La doctrina igualmente nos advierte que: " . . . Cae fuera de los límites del exceso culposo el caso del agente que, conociendo bien la situación en concreto y los medios necesarios para alcanzar el objetivo permitido, superare voluntariamente los márgenes del comportamiento lícito …el exceso no se refiere a los medios, sino a los fines de la conducta, es decir, la voluntad no se dirige a la realización del objetivo permitido,

sino a la realización de un fin criminal, de manera que el exceso es doloso y el sujeto debe responder por el delito cometido a título de dolo" (cfr. Fiandaca-Musco, Derecho Penal, edit. Temis, p. 266 -el destacado ha sido agregado al original-).-

Y en cuanto a un exceso dentro de la otra modalidad posible, según la Dogmática, denominada como "extensivo", ello tampoco se verifica por falta de pruebas sobre la actualidad de la agresión -sería por anticipación, en el caso, es decir frente a la posibilidad de la reanudación de la requisa, por ejemplo, y ya no ejerciendo el derecho a la resistencia frente a una acción estatal "injusta", entonces, sino como resguardo de la integridad fisica]vida/etc., ante un eventual refuerzo de los efectivos, tanto sea en número, armamento y capacidad ofensiva, para insistir con la realización de la medida de contralor del Pabellón (cfr. la versión de J.: . el oficial A. nos dice que si no cesábamos con la huelga de hambre, iban a volver e iba a ser peor") —solo como ensayo de una hipótesis probable, aunque no demostrada-. Lo mismo cabe para el caso que se interpretara que aquel exceso (extensivo) es por retardo, con error, a modo de reacción posterior frente a la presunta violencia ejercida previamente, como parte de aquella requisa, y ante el temor de que continuara —lo que reiteramos no cuenta con respaldo probatorio que lo corrobore.-

V.- Monto de la pena: emito mi voto a cuestión vencida, teniendo en cuenta que por mayoría se ha decidido calificar el hecho como un exceso en causa de justificación; y comparto el criterio de los colegas, en el sentido que debe reducirse el cuántum a seis meses de prisión, de

cumplimiento efectivo, con costas -aplicando la escala de los arts. 35, 1 89, y ccs, del CP-.-

VI.- Reincidencia: en primer término, he de dejar a salvo mi opinión contraria al gravamen del presente recurso ordinario, respecto de pretender que no se considere como cumplimiento de pena, a los fines del art. 50 CP, aquél que tuvo lugar en establecimientos como Alcaidías, Comisarías, Institutos varios, etc. que no integran el Servicio Penitenciario, tal como lo he sostenido reiteradamente —v., entre otros, mi voto en la sentencia nº 09/2017-.-

Dicho esto, y yendo ahora al caso concreto, he de inclinarme sin embargo por receptar favorablemente el agravio, teniendo en cuenta que la solución adoptada por mayoría, si bien confirma la condena, no deja de reconocer el ejercicio legítimo de un derecho, y en el marco de un contexto de detención en calidad de "Condenado"; todo lo cual pone seriamente en tela de juicio, las características de aquel "cumplimiento" -que es el presupuesto del instituto de la reincidencia-.-

En apoyo de lo expuesto, tengo presente que también hube de entender, v.g. en precedentes relativos a la unificación de penas, como ser la sentencia nº 23/2020; que la dinámica propia de la determinación de la pena, supone que su individualización judicial no está aislada de las normas ejecutivas, ya que éstas pertenecen a un determinado complejo normativo regulatorio de la ejecución de la pena -que la terminará de definir-. Dentro de este marco interpretativo, debe tenerse en cuenta además de los tiempos de detención, la calidad de la misma —como ser, si

se verifica arbitrariedad en el trato punitivo y, en su caso, compensarlo al determinar la pena única- (por analogía, en el presente caso, la compensación opera dejando sin efecto la declaración de reincidencia).-

VII.- Corresponde revocar la orden de inmediata detención, por tratarse de una competencia propia del Juez Penal a cargo de la Ejecución de la pena.-

VIII.- Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes, y aspectos centrales de la decisión recurrida, salvo en lo esencial a los fines de esta exposición, para evitar repeticiones estériles, por lo cual a tal efecto remito a la reseña que ha efectuado el primer votante de este acto.-

II.- El Sentenciador ha dado por ciertos en la pieza impugnada una serie de extremos fácticos, que corresponde poner de resalto. En primer término, comenzó su análisis partiendo de la base de la existencia de un conflicto con los internos alojados en la Seccional policial de la ciudad de Sarmiento originado en la insuficiente provisión de calefacción y agua caliente, lo que derivó en la intervención de la Judicatura, e incluso en la presentación de una Acción de Hábeas Corpus colectivo en la modalidad correctiva, y también en una huelga de hambre decidida por los allí detenidos.-

Si tenemos en cuenta que el hecho ocurrió en fecha 20/7/2018, notoriamente pleno invierno, la naturaleza del reclamo se presentaba evidente, como también su carácter de conflicto irresuelto ("la situación de los internos no era óptima" reza la Sentencia), lo que abrió paso a su intensificación, que culminó en el incendio intencional, conforme la Acusación, de las instalaciones policiales.-

El video exhibido por la Licenciada A. Abrego en Debate y las declaraciones de los Funcionarios del orden (A., I., U., M., P.), avalaron dichas circunstancias.-

En la tarea de reconstrucción histórica del evento, el Sentenciador detalló los episodios demostrativos ese día del malestar, por caso la iniciativa de los reclusos de impedir la reparación de cámaras de seguridad audiovisual y de que se realice una requisa de instrumentos peligrosos existentes en el pabellón comunitario.-

Asimismo valoró el informe de la Licenciada en criminalística A. y las expresiones del bombero K. sobre la multiplicidad de focos ígneos, de los médicos D. y F. sobre las lesiones sufridas por los presos a raíz del incendio, el riesgo potencial corrido por la totalidad de las personas que se hallaban en cercanías y el tenor de los daños materiales conforme las expresiones de la arquitecta V. H.-

Así, a partir de las imágenes obtenidas por el informático G. captadas por una cámara de seguridad, y de la identificación del preventor C. sobre las mismas, en la secuencia en la cual un interno arrojó un colchón a las llamas, lo que atribuyó a J., y en su admisión en

ejercicio de su defensa material, se fundamentó la adjudicación de la coautoría del hecho respecto de dicho imputado.-

La lógica del Sentenciador reposó en que si bien otros imputados también admitieron su participación (G., R. y A.), no pudieron ser identificados en filmación alguna, por lo cual se careció de prueba independiente más allá de sus propios reconocimientos, a diferencia de la situación de J.-

En ello y su número, menor al de la totalidad de los alojados pero mayor y suficiente para generar la multiplicidad de focos ígneos, basó su temperamento absolutorio respecto de los mencionados, no así en cuanto al único condenado.-

Por último y ya en orden a la tipificación legal, el Sentenciador más allá de lo que expuso al comienzo de su argumentación, descartó la existencia de peligro para la vida, no así para los bienes materiales, ecuación relevante en su criterio para incluir la conducta de J. dentro de los alcances del art. 186 inc. l) del CP.-

III.- Así reproducidos los acontecimientos, y partiendo de la utilización de una base indiciaria, era evidente que el incendio fue provocado por varios detenidos, como estadio de mayor violencia en un conflicto derivado de un reclamo irresuelto.-

De allí la multiplicidad de focos ígneos, y la identificación que se imponía de las personas que los iniciaron, que no pudieron ser otras que los habitantes del pabellón, conocidos por los policías

que los custodiaban diariamente, y también por los operadores judiciales, más allá de los registros filmicos.-

Por ende la adjudicación de responsabilidad penal en grado de coautoría a J., cuando no se definió a los otros coautores, en el contexto indicado, se presenta como un criterio de alcance sesgado, conflictivo con el principio de igualdad ante la ley, pues no solo J. admitió haber tomado parte de la iniciativa, y desproporcionado en términos de punibilidad, ya que por la manera en que se verificó el episodio no debía cargar el condenado individualmente con las consecuencias totales de una acción claramente plural.-

Todos los que iniciaron el incendio de tal modo lo hicieron en forma de reclamo, indebido, pero reclamo al fin, ante la ausencia de solución de un pedido atendible en épocas de bajas temperaturas, y a raíz de la concurrencia de técnicos para reparar cámaras de vigilancia, o preventores para efectuar una requisa, lo que demostraba que la respuesta estatal no consistía en solucionar las carencias indicadas, sino en proveer a la seguridad, previendo la agudización del conflicto, lo que en definitiva ocurrió.-

A partir de lo expuesto, tampoco es posible sostener que J. colaboró con otros ignotos coautores, pues fue parte en paridad con los demás alojados de un reclamo propio, y menos que solo pretendió destruir un colchón, pues es claro que quién arroja un elemento inflamable a un foco ígneo pretende que. este crezca, con la aptitud destructiva que ello acarrea, lo que resulta precisamente la conducta tipificada.-

IV.- El respeto a la dignidad en el trato a los privados de libertad forma parte no solo de una directiva constitucional (art. 18 CN; 51 C. CH.), sino también de un compromiso asumido internacionalmente por el Estado Argentino (arts. 5.2 CADH, art. 10.1 PIDCyP, art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes).-

Es real que tal compromiso debe cumplirse conforme las posibilidades económicas con las que se cuente, y también que existen otras tantas prioridades de igual jerarquía normativa.-

Pero si la cuestión consiste en definir un estándar mínimo asociado a un trato digno de detenidos, la provisión de agua caliente y calefacción en invierno, en la zona patagónica, lo integran.-

De allí que los alojados en el Pabellón ejercieron un derecho, primero reclamando por vías legales mediante un hábeas corpus, luego ante la ausencia de respuesta en forma pacífica a través de una huelga de hambre, y finalmente, el punto crítico que incumbe a esta decisión, de modo violento, poniendo en riesgo bienes materiales y su propia integridad fisica, tal lo que ha surgido de la evidencia médica.-

Es decir, aquello que comenzó como el ejercicio de un derecho (art. 34 inc. 4^0 del C.P.), el de reclamar ante la autoridad, culminó de manera excesiva, y allí se encuentra el remanente de culpabilidad que resulta necesario mensurar.-

En definitiva, en ello consistió el pedido subsidiario de la Defensa. Hemos deliberado y parcialmente coincidido en que es de aplicación el art. 35 del CP., que precisamente atrapa los supuestos de exceso en las causas de justificación, particularmente el de carácter intensivo, que es lo que aquí se advierte, la intensificación, reiteramos que indebida, de un reclamo legítimo.-

Resulta factible compartir la postura consistente en que dicha norma recepta no solo al obrar de naturaleza culposa, también dolosa e incluso los supuestos de error (conf. Enrique Bacigalupo "Lineamientos de la Teoría del Delito, págs. 127/128), siempre con el objetivo de identificar la cuantía del remanente de culpabilidad existente en casos como el que nos ocupa, es que cabe efectivizar su remisión y asignar el aludido remanente de culpabilidad con el tipo culposo del capítulo (art. 189 primer párrafo del CP).-

Demás está decir que cuando la intensidad del exceso ya involucra el compromiso de otros bienes jurídicos relevantes, a la manera de un cambio de intencionalidad en la conducta que pudo haber comenzado justificada, o se extiende aún cuando cesaron los motivos que configuraron la operatividad de la justificación, no procede hablar de exceso, sino de un accionar plenamente delictivo.-

Concretamente, no toda forma de reclamo por deficientes condiciones carcelarias implica un obrar justificado, pues no cabe asignar tal enfoque a iniciativas que se ejecutan fuera del marco legal

desde un comienzo, ya que aquello que no comienza en el ámbito de justificación, no podría derivar en un exceso, sin perjuicio de las hipótesis que en doctrina hemos mencionado como incluidas en el mentado art. 35 del CP., por caso los supuestos de error, en torno de los que la discusión se presenta como álgida (conf. Horacio Días "Código Penal de la Nación Argentina Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni pags. 3 19 y sgts.).-

V.- En virtud de tales razones, procede revocar lo resuelto y determinar la pena de seis meses de prisión en el marco de la escala del incendio culposo.-

Para ello además de computar la desproporción que significaría para J. cargar con una iniciativa colectiva en soledad, hemos considerado el riesgo en que los internos pusieron su propia integridad fisica al provocar el incendio, lo que trae a colación colateralmente el concepto de pena natural.-

Respecto de la Reincidencia, me permito reiterar el criterio expuesto en las Sentencia nro. 18/14 (A.). Los precedentes de la Sala Penal del S TJ ("B." y los que le siguieron en igual sentido), y fundamentalmente, el fallo de la CSJN "Arévalo" (27/5/2014), 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, lo 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 éste "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 estadio 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 (lo que aquí parece haber extrañamente ocurrido pues J. obtuvo la libertad condicional más allá de habérsele formulado cargos por el incendio por el que luego fue condenado), 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, sobre lo cual este caso puede ser un buen ejemplo.-

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 encargado 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 coadyuvó a producir el incendio, no habiendo incorporado el Acusador información tendiente a acreditar que J. 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. Así voto.-

A la PRIMERA cuestión el Dr. MÜLLER dijo:

I.- Al solo fin de evitar reiteraciones innecesarias, me remito a la completa reseña que luce al comienzo de este acto por cuanto contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación.-

El impugnante formula diversos agravios contra el pronunciamiento y daré respuesta a los mismos en el orden planteado, sin dejar de destacar que en el caso no se encuentra controvertida lamaterialidad del hecho.-

l.- El primero de ellos es dirigido a las conclusiones relativas a autoría, sosteniendo que la prueba producida en el debate no fue suficiente para alcanzar la certeza necesaria, y que las mismas se apoyan exclusivamente en la declaración testimonial de un funcionario policial que analizó imágenes obtenidas de una cámara de seguridad.-

También califica la conclusión como contradictoria al endilgar el hecho a J. en carácter de coautor (art. 45 C.P.) y pronunciarse por la absolución de los coimputados, cuando incluso varios reconocieron su participación, jugando en favor de ellos el beneficio de la duda, no así para su defendido.-

Adelantando opinión, asiste parcialmente razón al impugnante en cuanto considera contradictoria la sentencia en este punto, pero no el sentido que pretende sino totalmente opuesto, aunque desde luego no puede conducir a una modificación en perjuicio de aquellos que fueron apartados del reproche.-

Repasando sintéticamente el hecho que dio origen a este proceso nos encontramos que en el marco de una protesta iniciada por los internos del pabellón comunitario de la Comisaría de Sarmiento, destinado al alojamiento de personas privadas de la libertad en cumplimiento de

condena, provocaron incendios en distintos sectores del lugar, causando daños a las instalaciones.-

Que en el mencionado pabellón se encontraban alojados ochos condenados; que fueron varios focos ígneos con los que iniciaron el incendio; que ello acontece como derivación de una serie de reclamos que venían efectuando por las condiciones carcelarias a los que no se les daba respuesta, hecho que por sus características y circunstancias de realización indicaban al más elemental análisis una participación plural, y así fue reprochado y requerido por el órgano acusador, más allá de la significación jurídica que le asignó.-

Como ya destacara, la existencia del hecho no fue materia de controversia en todos los aspectos que acabo de mencionar y el aquo los tuvo por acreditado, principalmente que se trató de un incidente en el que participaron varias personas, que se vincula directamente a reclamos efectuados colectivamente por los internos, que las condiciones en que se encontraban no eran optimas, que incluso llegaron a una huelga de hambre, que promovieron habeas corpus, que concurrió un Juez Penal al lugar y que la relación con el personal policial era tensa, llegando a un punto de inflexión al intentar una requisa, la que obstaculizaron impidiendo su realización.-

Ahora bien al momento de definir la autoría, pese a la afirmación de una pluralidad de intervinientes, el reconocimiento de cuatro imputados en ejercicio de su defensa material de haber participado, entre ellos J., e imágenes en las que se puede apreciar a tres o cuatro personas

desplegando la acción, el sentenciante concluyó que no era suficiente para establecer con la certeza necesaria sus respectivas participaciones, criterio que desde luego no comparto desde que en la materia es posible estructurar y sostener la autoría de la o las personas sobre la base de prueba indirecta o indiciaria, criterio que este cuerpo ha mantenido en innumerables precedentes (Sentencias N^{O} 40/2014; N^{O} 7/2015, N^{O} 7/201 6; N^{O} 5/2020; N^{O} 24/2021), y aquí los indicios eran de peso, unívocos, concordantes y habilitaban sobradamente el reproche al menos para todos los imputados que lo reconocieron, y no solo para uno por la simple razón que es al único que se puede identificar en las imágenes.-

Es por todo lo expuesto que no puede prosperar este agravio dado que la participación de J. en los incidentes acaecidos en el Pabellón Comunitario de la Comisaría de Sarmiento se encuentra suficiente y debidamente acreditada, como también de otros aunque resultaran absueltos; y por ello lo contradictorio del pronunciamiento en este punto.-

2.- El segundo agravio es dirigido a la adecuación típica de la conducta, considerando el recurrente que la conducta debió quedar enmarcada en el delito de daño -art. 183 C.P.- ya que no se completaron los elementos típicos de la figura seleccionada por el Ministerio Público Fiscal y el Juez, vinculado a las consecuencias provocadas por el fuego.-

Las críticas no resultan claras ni precisas y el aquo dio respuesta al expedirse sobre aquel planteo del defensor relativo a la acción puntual atribuida a su asistido, en cuanto no fue quien inició el fuego, sino

que solo lo avivó, acción que en función del principio de máxima taxatividad resultaría atípica.-

Como bien respondió el juzgador, el incendio se trata de un delito de peligro concreto, que debe necesariamente aparejarlo para un número indeterminado de bienes o personas y se encuentra caracterizado por su expandibilidad, es decir que ese riesgo surja potencial teniendo en cuenta la característica del lugar donde fue desarrollado, la oportunidad, la magnitud del mismo, lo que quedó plasmado en las constataciones e informes técnicos producidos, más allá de quien procedió a sofocarlo, y debe responder no solo quien lo origina sino también aquel que lo utiliza para hacerlo peligroso precisamente quien lo alimenta o aviva, (cfme. Creus; Derecho Procesal Penal - Parte Especial T. 2 pag. 477-Ed. Astrea-), por lo que este agravio tampoco puede prosperar.-

3.- Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en función de los argumentos esgrimidos por el impugnante, especialmente los que dan sustento al primer y tercer agravio, desarrollados con mayor profundidad en la audiencia del art. 385 del C.P.P., nos hemos detenido en aquellas circunstancias no cuestionadas previas al hecho porque indudablemente tienen relevancia.-

El Juez de grado en función de la prueba producida, admitió que las condiciones en que se encontraban los internos, sin calefacción, sin agua caliente, incluso inconvenientes con los alimentos, no era óptima, pero que como ya habían tomado intervención las autoridades

judiciales no existía motivo válido ni razonable para obrar de la manera que lo hicieron, y en parte asiste razón.-

La situación que motivaba el reclamo no era reciente, el planteo ya llevaba al menos más de una semana sin respuesta, canalizándolo inicialmente por vías legales como una acción de Hábeas Corpus Correctivo, para luego ante la falta de respuesta recurrir a vías directas como una huelga de hambre, que al menos se extendió por seis días, asistiendo al lugar un Juez Penal para inspeccionar y constatar la situación sin aportar al cese del agravamiento de tales condiciones y una circunstancia que indudablemente operó como detonante generando malestar en los internos, pues ante la falta de calefacción y agua caliente en pleno invierno en una región caracterizada por las bajas temperaturas, la preocupación de las autoridades estaba puesta en reparar las cámaras de seguridad, por lo que impidieron el ingreso de las personas de la empresa llamada a realizar el trabajo, hecho que ocurrió en la mañana de ese día, acrecentándose el malestar con la autoridad policial al ordenar una requisa en horas de la tarde, culminando en un violento enfrentamiento con varias personas lesionadas, entre ellos J. , a quien se lo intenta colocar como promotor, y finalmente en ese escenario el suceso que nos convoca.-

En dicho contexto, considerando el derecho de peticionar a las autoridades y el derecho de protesta (arts. 14 y 75 inc. 22 de la C.N., 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), puede concluirse que comenzó justificado; ahora bien el empleo de violencia como en este caso

la quema en instalaciones de un edificio público como es una Comisaría, no es compatible con el respeto de los restantes derechos que preserva la Constitución, sin embargo el modo de proceder del Estado no debiera diferir demasiado del modo en que procede frente a un justo reclamo, ni desvirtuar el derecho de protesta que incluyó una huelga, pues aquí las respuestas no fueron del todo acertadas procediendo de manera contraria a lo esperado, llegando a reprimir donde lo prioritario parece ser proveer a la seguridad y no a las condiciones que deben mínimamente brindarse a las personas privadas de libertad, que no sólo emanan de un mandato constitucional —art. 18 de la C.N. y 44 C.CH.-, sino también de los compromisos intencionales asumidos por el Estado Nacional.-

Como acabo de señalar aquello que se inicio como el ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades, luego de protesta, finalizó en un exceso poniendo en riesgo no solo. bienes sino también la propia integridad fisica, y es allí donde apreciamos un remanente de culpabilidad que nos conduce a la aplicación del art. 35 del C.P..-

La postura al deliberar no ha sido unánime, no obstante coincidir en un reproche de menor intensidad, inclinándonos por mayoría por un exceso en las causales de justificación entendida, como una penalidad atenuada debido a que la conducta ha nacido amparada en un permiso; en este caso el exceso resulta intensivo pues la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario (cfme. Zaffaroni — Alagia — Slokar Der. Penal. Parte General, pag. 616).-

Como presupuesto básico tenemos la legitimidad en el ejercicio de derechos, y esa exigencia comporta una doble limitación, una de contenido, el reclamo por deficientes condiciones carcelarias, y otra de forma cuyo desborde da lugar al exceso, como iniciar el incendio ante la desatención de los reclamos y las respuestas obtenidas, en particular la última, una requisa violenta que incluso fue objeto de investigación, y como consecuencia la punibilidad debe quedar limitada a la forma culposa prevista en el art. 189 del C.P., acordando ubicar la dosis de pena en la mitad de la escala -6 meses-, teniendo especialmente en consideración que no resulta equitativo que solo J. cargue con un proceder colectivo, y el riesgo para la propia integridad fisica a la que se expusieron con tal proceder, y en tal dirección emito mi sufragio.-

4.- Por último el impugnante expuso su disconformidad ante la declaración de reincidente de su asistido en los términos del art. 50 del C.P., denunciando la insuficiencia de los fundamentos brindados por el aquo para pronunciarse en dicho sentido, mencionando solo la existencia de antecedentes condenatorios y el cumplimiento de pena de prisión en esa condición, sin brindar otra explicación, ni analizar la situación de acuerdo a la prueba que se produjo en el debate, invocando en apoyo un antiguo fallo del S.T.J.-

Desde otra perspectiva el caso también presenta la particularidad que la conducta reprochada denota una actitud negativa hacia el tratamiento carcelario, no obstante luego del hecho y antes de su juzgamiento le fue concedida al condenado la libertad condicional y debe

entenderse que obedece al buen comportamiento y observancia del tratamiento, sin embargo una decisión como la aquí adoptada impediría acceder al beneficio en razón de anteriores antecedentes lo que contrasta con el principio "ne bis in idem".-

Analizando el pronunciamiento en aquel segmento en que es tratada la cuestión, cierto es que ninguna otra consideración ha efectuado el sentenciante, por ende la afirmación de la Sra. Fiscal que el aquo valoró debidamente la documental rendida en el juicio, no se ve reflejada en la sentencia, ni se extrae de la información producida que efectivamente el condenado haya cumplido todas las etapas que importa el régimen de progresividad de la pena, cuando de acuerdo a escasa información tenemos que cumplió pena en dependencias policiales en las que sabemos dificilmente se pueda instrumentar un tratamiento acorde a la ley de ejecución penal.-

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

N^{O} 2/2014, 17/2016 y 9/2017), a la que debo agregar, aun sin contar con suficiente información, que períodos 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 la declaración debe ser revocada y así voto.-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. PINTOS dijo:

En base al resultado de la deliberación y del tratamiento de la cuestión precedente, alcanzado por mayoría, propongo al Acuerdo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado D. A. J., contra la sentencia N^{O} 776/21, dictada en fecha 9 de diciembre del año 2021; confirmar parcialmente la misma, readecuando la calificación que queda como Incendio cometido en exceso de una causal de justificación (art. 35 del C.P.), lo que lleva a aplicar la pena del delito culposo (art. 189 del C.P), por ende readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29, inciso 3 ^{0} , del CP); revocar en el punto 6 del Fallo, la frase que ordena: "procédase a la inmediata detención de D. A. J. para el cumplimiento de la condena impuesta", lo que quedará librado a la decisión que adopte oportunamente el Juez Penal de Ejecución; dejar sin efecto la

declaración de reincidencia del punto 2 del Fallo, y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo, corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en 25 JUS (Ley XIII, N^{O} 15, modificatoria de la Ley XIII N^{O} 4, antes Ley 2.200).-

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por el colega que me precede y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.

A la SEGUNDA cuestión el Dr. MÜLLER dijo:

Atento al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

. 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:**----------

1°) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado D. A. J., contra la sentencia N^{O} 776/21, dictada en fecha 9 de diciembre del año 2021 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).------

2°) CONFIRMAR parcialmente la misma, readecuando la calificación que queda como Incendio cometido en exceso de una causal de justificación (art. 35 del C.P.), lo que lleva a aplicar la pena del delito culposo (art. 189 del C.P), por ende readecuar la pena impuesta y CONDENAR al nombrado,

en definitiva a la pena de seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas (art. 29, inciso 3 ^{0} del CP).----------

3°) REVOCAR en el punto 6 del fallo la frase que ordena: "procédase a la inmediata detención de D. A. J. para el cumplimiento de la condena impuesta", lo que quedará librado a la decisión que adopte oportunamente el Juez Penal de Ejecución.----------

4°) DEJAR sin efecto la declaración de reincidencia del punto 2 del fallo.-

5^{0}) TENER presente la reserva del caso federal.----------

6^{0}) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4, antes Ley 2.200).

7) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

MARTINEZ MONTENEGRO
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL

DANIEL LUIS MARIA PINTOS
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL

Guillermo A. Molter
Juez
Cámara en lo Penal

0