



PODER JUDICIAL

En la ciudad de Río Grande, a los 27 días del mes de agosto de 2013, en la sede del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, se reúnen sus miembros, Juan José Varela, Dr. Eugenio Carlos Sarraabayrouse y Daniel Ernesto Borrone, bajo la presidencia del primero, asistidos por la secretaria Lorena Nebreda, con el objeto de redactar la sentencia cuya parte dispositiva fue leída al finalizar el debate efectuado en la **causa nº 532/2013** caratulada **“Miranda Díaz, José Antonio y otro s/ robo agravado en grado de tentativa”**, registro originario nº 19.672 del Juzgado de Instrucción Nº 2 de este distrito, seguida contra **Mario Fernando Rodríguez** (documento nacional de identidad nº 18.757.558, argentino, nacido el 2 de octubre de 1967 en San Miguel de Tucumán, provincia de Tucumán, hijo de Manuel Vicente Rodríguez y Olga Alda Gordillo, soltero, con estudio secundario incompleto, pintor, domiciliado en Santa Inés Nº 708 de esta ciudad, actualmente detenido y alojado en la Unidad de Detención Nº 1 provincial); y **José Antonio Miranda Díaz** (documento nacional de identidad nº 92.673.353, chileno, nacido el 20 de febrero de 1970 en Castro, República de Chile, hijo de Victorio Segundo Miranda Aguilar y Adelina Díaz Benegas, soltero, con estudio primario completo, pintor, carpintero y soldador, domiciliado en Bilbao Nº 333 de esta ciudad, actualmente detenido y alojado en la Unidad de Detención Nº 1 provincial). En el proceso, además, intervienen el agente fiscal Jorge López Oribe y el defensor público Aníbal Gerardo Acosta.

CONSIDERANDO:

I. Inicio del debate. El debate se inició con la exposición del fiscal de una síntesis los argumentos de su requerimiento de remisión de la causa a juicio (arts. 318 y 319, inc. 2º, CPP), en el cual, en relación con el hecho y la calificación legal, se pronunció en los siguientes términos (fs. 111/113):

“...Se les atribuye el hecho ocurrido el día 12 de diciembre del año 2012, a las 14:00 hs. aproximadamente, en el domicilio sito en la calle Rivadavia nº 1375 de esta ciudad, residencia de Ruperto Pérez Mascareño, María Encarnación Lara y Merita Cuevas Gutiérrez. En dicha oportunidad, los imputados ingresaron a la morada de mención por su puerta posterior, circunstancia en la que uno de ellos redujo a Mascareño, a quien le cubrió la cara – presumiblemente con un gorro- obligándolo a mantener la cabeza agachada contra la mesa y mirando al piso, a la vez que le apoyaba –en la zona de la nuca.- la punta de un arma blanca del tipo cuchilla de cocina de veinte centímetros de largo aproximadamente y mango color marrón, presionándole la cabeza contra la referida mesa para que no pudiera ver sus rostros.

Mientras esto sucedía, el otro imputado se dirigió hacia el sector donde se encontraba Lara e inmediatamente le bajó la cabeza, cubriéndosela con una frazada para luego arrojarla al piso y atarle las manos hacia atrás con una soga, a la vez que decían ‘...esto es un asalto, queremos la plata y prendas. Quédense tranquilos para que les vaya bien...dime donde

está la plata, él tiene la pistola, dime donde esta...'[Sic]. Refirió la víctima que mientras la tenían en el piso le habría asestado golpes de puntapié en la zona de la espalda.

Seguidamente, ambos encausados trasladaron a la rastra al Sr. Mascareño hasta su dormitorio –siempre con la cabeza tapada- al tiempo en que le dieron golpes de puño en distintas zonas del cuerpo mientras le exigían que les entregue el dinero y que coopere con ellos. Encontrándose en el interior del dormitorio, lo arrojaron contra la cama boca abajo y lo sujetaron fuertemente por la espalda contra el colchón mientras le quitaron el reloj, revisaron los bolsillos y el mobiliario del dormitorio y de la vivienda en general en busca de elementos de valor para sustraerles.

Mientras se sucedían los episodios antes descriptos, la tercera moradora de la vivienda –Sra. Cuevas Gutiérrez- se hallaba en su dormitorio y al escuchar la voces y los ruidos provenientes de los otros ambientes de la casa, se escondió debajo de su cama y desde allí se comunicó telefónicamente con su hermana –Olga Cuevas Gutiérrez- haciéndole saber que estaban asaltando su casa y que pida ayuda a la policía.

Es así que a los pocos minutos se hicieron presentes en el lugar efectivos policiales que impidieron con ello que Miranda Díaz y Rodríguez logren desapoderar a los moradores de la vivienda de sus bienes.”

“...Las conductas descriptas en el punto anterior, encuentran adecuación típica con el delito de robo agravado por haberse cometido con arma en grado de tentativa, previsto y reprimido por los arts. 42 y 166 inc. 2do, primer supuesto del Código Penal; por el que los imputados responden en calidad de coautores, conforme lo establece el art. 45 del referido plexo normativo.”

II. Declaraciones de los imputados. Después de la exposición del fiscal, se llevó a cabo el interrogatorio de identificación de los imputados. Luego, tanto Miranda Díaz como Rodríguez, se abstuvieron de declarar (fs. 364/vta.). Igual derecho ejercieron durante la etapa de instrucción (fs. 49/50vta. y 51/52vta.).

III. Recepción de las pruebas. Después de las indagatorias, procedimos a recibir las pruebas que detallamos a continuación.

Testimonial. Prestaron declaración:

-Ruperto Pérez Mascareño, María Encarnación Lara y Merita Cuevas Gutiérrez, víctimas del hecho;
-Olga Cuevas Gutiérrez, quien recibió la comunicación telefónica de su hermana Merita pidiéndole auxilio y avisó a la policía;

Documentos, actas y pericias. Se incorporaron por lectura los documentos, las actas y las pericias detalladas en el acta -fs. 365vta.-, entre los que cabe destacar:



PODER JUDICIAL

- a) el acta de intervención policial (fs. 6/9), que refleja la aprehensión de los imputados mientras, cometían el hecho, y las primeras tareas de investigación realizadas en el lugar;
- b) las actas de requisa personal de Rodríguez y Miranda Díaz (fs. 20/22 y 23/24vta., respectivamente); en poder del primero se hallaron dos teléfonos celulares, marca 'Samsung' y 'Sony Ericsson', en tanto que el segundo tenía colocado en la muñeca de la mano derecha, un reloj 'Casio';
- c) el informe técnico n° 050 de la División Policía Científica (fs. 256/273), que contiene la inspección ocular realizada en el domicilio donde ocurrió el hecho -incluyó la aprehensión de los imputados, la descripción de los ambientes del inmueble que resultaron de interés por contener indicios, el detalle de éstos-, ilustrada con fotografías, al igual que las lesiones que presentaban las víctimas Pérez Mascareño y Lara; asimismo, describe el estudio de los rastros papiloscópicos colectados.

Efectos. Por último, se agregaron los efectos –acta, fs. 365vta./366-, entre ellos, los teléfonos celulares 'Samsung' –'1.c'-, 'Sony Ericsson' –'1.d'- y el reloj 'Casio' –'2.c'-, ya mencionados; una soga –'3.a'-; dos cuchillos –'3.b' y '3.c'-; y dos gorros –'3.e' y '3.f'-.

IV. Discusión final. Terminada la recepción de las pruebas, las partes alegaron sobre éstas y formularon sus conclusiones, que resumimos a continuación.

El fiscal (fs. 366/369), expresó que se acreditó plenamente que los imputados Miranda Díaz y Rodríguez intentaron apoderarse ilegítimamente de cosas y dinero pertenecientes al Pérez Mascareño y a sus inquilinas Lara y Cuevas Gutiérrez, ejerciendo violencia sobre los dos primeros; y que para ello se valieron del factor sorpresa en un reparto de tareas coordinado y preciso destinado a reducir y evitar la reacción y resistencia de los atacados, empleando un arma blanca y elementos de sujeción para atarlos y cubrir el rostro y cabezas de las víctimas. Todo ello ocurrió el 12 de diciembre de 2012, a las 14 horas aproximadamente, en la vivienda ubicada en Rivadavia 1375 planta alta de esta ciudad, donde habitan los nombrados.

Analizó las pruebas en que basó su postura.

En cuanto a la calificación legal, mantuvo la sostenida en el requerimiento de remisión de la causa a juicio: robo agravado por el uso de arma, en grado de tentativa, arts. 42 y 166, inc. 2º, primer supuesto, del código penal. Manifestó que además del abrupto acometimiento y la reducción física a la que se vieron expuestos Pérez Mascareño y Lara, uno de los encausados ejerció violencia sobre el primero

mediante el uso de un cuchillo para concretar el apoderamiento e intimidó a la segunda apuntándole con el arma para que no lo viera ni se resistiera.

Asimismo, sostuvo que las acciones de reducir a Pérez Mascareño con el arma, exhibírsela en forma intimidante a Lara, taparle la cabeza a la mujer, arrojarla al piso, atarla, y exigirles a ambos dinero y bienes, fueron desplegadas de manera concomitante por los dos imputados, que deben ser tenidos como coautores, pues es palmario el reparto claro de tareas que, además, fue desarrollándose a través de un escalonado ejercicio de violencia extrema, hasta la final interrupción del accionar delictivo por parte de personal policial.

Valoró circunstancias agravantes y atenuantes y en base a ellas solicitó que se condene a Miranda Díaz y a Rodríguez, a la pena de seis años de prisión accesorias legales y costas.

Manifestó, además, que como ya han cumplido pena de prisión de efectivo cumplimiento y se los ha declarado reincidente -Miranda Díaz por segunda vez y Rodríguez por cuarta-, también corresponde que el Tribunal se expida en ese sentido (art. 50 del Código Penal).

Por último, conforme lo dispuesto por el art. 58 de la ley de fondo, petitionó que la pena a imponer a Miranda Díaz, se unifique con la que se encuentra purgando por homicidio, en la pena única de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas.

Por su parte, el defensor (fs. 369/vta.), no controvertió la autoría del hecho, ni la materialidad de éste. Expresó su discrepancia con la postura del fiscal respecto a la naturaleza de la acción y a la respuesta punitiva. Argumentó sobre ambas cuestiones. Solicitó que se impusiera a los imputados el mínimo de pena.

Finalmente, los imputados tuvieron la oportunidad de manifestarse, haciéndolo sólo Rodríguez (fs. 369vta.).

V. Deliberación. Cumplida la deliberación, se plantearon las siguientes cuestiones que resolveremos:

- 1) ¿Existió el hecho investigado y fueron los autores los imputados?
- 2) ¿Qué calificación legal corresponde al hecho probado?
- 3) ¿Existió alguna causa de justificación?
- 4) ¿Rodríguez y Miranda Díaz eran imputables al momento del hecho y por ende responsables para recibir una condena?
- 5) ¿Qué pena corresponde imponer?
- 6) ¿Qué corresponde resolver respecto a la reincidencia de Rodríguez y Miranda Díaz?



7) ¿Qué corresponde resolver en relación a las costas del proceso y los efectos secuestrados?

Efectuado el sorteo que manda el art. 367, segundo párrafo, del código procesal penal, correspondió el siguiente orden de votación: Borrone – Sarrabayrouse - Varela.

VI. El juez Daniel Ernesto Borrone dijo:

Primera cuestión: ¿existió el hecho investigado y fueron los autores los imputados?

No ha sido controvertido por las partes (considerando IV) y está debidamente comprobado, que el 12 de diciembre de 2012, aproximadamente a las 14:15 horas, Mario Fernando Rodríguez y José Antonio Miranda Díaz, ingresaron a la vivienda ubicada en Rivadavia N° 1.375, planta alta, de la ciudad de Río Grande, aprovechando que las puertas de acceso estaban abiertas. Entraron al ambiente destinado a living, comedor y cocina, portando uno de ellos en la mano un cuchillo grande, encontraron a Ruperto Pérez Mascareño –propietario y morador del inmueble- y María Encarnación Lara –inquilina-, sentados a la mesa, almorzando, y los redujeron. El que tenía el cuchillo se ubicó detrás de Pérez Mascareño, sujetándole la cabeza contra la mesa, tapándola con un gorro y luego le apoyó el cuchillo en la nuca, diciéndoles que era un asalto, que les entregaran el dinero y se quedaran tranquilos; después, golpeándolo en la espalda, lo trasladó a su habitación, arrojándolo sobre la cama, revisó sus bolsillos y le sacó el reloj ‘Casio’. Por su parte, el otro tomó la cabeza de Lara, inclinándola, cubriéndola con una frazada, y luego la arrojó al piso, atándole las manos por detrás de su cuerpo con una soga, dándole palmadas a la par que le preguntaba dónde estaba el dinero. Mientras tanto, Merita Cuevas Gutiérrez –también inquilina-, estaba en su habitación, al escuchar lo que sucedía se escondió debajo de la cama y pidió auxilio telefónicamente a su hermana, Olga Cuevas Gutiérrez, quien avisó a la policía. Pocos después arribaron los efectivos de esta fuerza y, guiados por la nombrada hasta la planta alta, detuvieron a los imputados, mientras uno de ellos envolvía una máquina de coser ‘Juki’ y un reproductor VHS ‘Philips’, que estaba dentro de una bolsa junto a dos cuchillos –uno era el que usaron los imputados- y el otro salía de la habitación de Pérez Mascareño. Rodríguez ya había tomado, además, los teléfonos celulares ‘Sony Ericsson’ y ‘Samsung’ propiedad de Lara y Pérez Mascareño, respectivamente; en tanto que Miranda Díaz tenía el reloj de este último.

En efecto, estas circunstancias de tiempo, lugar y modo del hecho están acreditadas, en primer lugar, a través de los testimonios de Pérez Mascareño, Lara y

Merita Cuevas Gutiérrez, quienes así nos las relataron durante el debate. Sus declaraciones nos permitieron reconstruir qué sucedió en el interior de la vivienda antes del arribo del personal policial.

El resto de las evidencias los complementan, en cuanto a las circunstancias posteriores: la aprehensión de Rodríguez y Miranda Díaz (testimonio de Olga Cuevas Gutiérrez; acta de intervención policial, fs. 6/9; informe técnico n° 050, fs. 256/273), el hallazgo del cuchillo –efecto ‘3.b’-, los gorros –efectos ‘3.e’ y ‘3.f’- y la soga –efecto ‘3.a’-, que utilizaron (acta e informe cit.), las cosas acondicionadas por los imputados para llevárselas (*ídem*) y las que tenían con el mismo propósito (actas de requisa personal, fs. 20/22 y 23/24vta.: en poder del primero, se hallaron los teléfonos –efectos ‘1.c’ y ‘1.d’- y del segundo, el reloj –efecto ‘2.c’-).

Por otra parte, consideramos que Rodríguez y Miranda Díaz fueron coautores (art. 45, CP) de la conducta descrita, porque en todo momento tuvieron el codominio del hecho.

Segunda cuestión: ¿qué calificación legal corresponde al hecho probado?

La conducta que consideramos probada se adecua al tipo objetivo y subjetivo del delito de robo con arma, en grado de tentativa (arts. 42 y 166, inc. 2°, párrafo primero, CP).

Además de las acciones de los imputados de sujetar, encapuchar, maniatar y golpear -que configuran la violencia física en las personas prevista en el art. 164 del código penal como uno de los modos comisivos del robo-, utilizaron el cuchillo de cocina ‘Tramontina’, cuya hoja mide 20 cm –efecto ‘3.b’-, que uno de ellos blandió ante Pérez Mascareño y Lara, e inmediatamente apoyó en la nuca de aquél, cumpliendo así íntegramente con los dos requisitos para que se configure el robo agravado por el empleo de armas: uno, es el efecto intimidante que indudablemente produjo en las víctimas, y el otro, que ese efecto tuvo un correlato real, es decir, produjo un peligro para éstas por tratarse ese instrumento de un arma.

Asimismo, se ha acreditado el intento de apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas, ya que éstas eran propiedad de Pérez Mascareño y Lara.

Rodríguez y Miranda Díaz actuaron con conciencia y voluntad de apoderarse de los bienes ajenos, revisando los ambientes y seleccionando las cosas con el fin de llevárselas.



Por último, consideramos tentada la sustracción ilegítima porque, como establecimos, el personal policial detuvo a los imputados en el interior del inmueble mientras uno acondicionaba las cosas y el otro salía de una habitación. Por ende, el injusto ha quedado en grado de conato (art. 42, CP).

Tercera cuestión: ¿existió alguna causa de justificación? Cuarta cuestión: ¿Rodríguez y Miranda Díaz eran imputables al momento del hecho y por ende responsables para recibir una condena?

De las pruebas reunidas no surge la existencia de ninguna causa de justificación o de precepto legal permisivo que ampare el accionar de los imputados.

Tampoco hallamos en Rodríguez y Miranda Díaz, ninguna causa de inculpabilidad o que hayan actuado bajo alguna forma de error. El informe psiquiátrico muestra que los nombrados son plenamente imputables (fs. 295/300).

Afirmamos entonces que los imputados son plenamente responsables y pueden ser condenados.

Quinta cuestión: ¿qué pena corresponde imponer?

1. Desde sus inicios, este Colegio adhirió a las denominadas teorías de la unión. En los autos “Seco, Alberto Emiliano s/ corrupción de menores agravada” señalamos que dicha teoría consiste *“...en aplicar criterios diferentes en momentos distintos. En la amenaza penal el criterio preponderante es la prevención general; en la aplicación de la pena, los fines preventivos limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en la ejecución, los fines resocializadores (cfr. Claus Roxin, Derecho penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1997, pp. 81-103; del mismo, ‘Sentido y límites de la pena estatal’, en ‘Problemas básicos del Derecho penal’, Editorial Reus, Madrid, 1996, pp. 11-3)...’(cfr. sentencia del 5/11/2003 dictada en autos “Vidal Yañez, Ramón del Tránsito s/ homicidio en grado de tentativa en concurso real con portación de arma de fuego”, registro nº 14, folios 95/121 del libro de sentencias año 2003). De tal forma, además de diferenciar momentos distintos (amenaza, imposición y ejecución de la pena), consideramos que la pena debe ser justa y útil. Justa porque debe retribuir el ilícito cometido (limitado por la culpabilidad) y útil pues la pena no se agota en su mera imposición sino que además debe contar con alguna finalidad; en nuestra opinión y según las normas constitucionales, de Derechos Humanos y legislativas aplicables, la resocialización y tratamiento del imputado...”* (causa nº 223, sentencia del 10/8/2004, registrada bajo el nº 16, folios 214-243, t. II, protocolo año 2004).

Con este norte filosófico, este Colegio debe proceder a la individualización de la pena según las constancias de la causa, pues una pena justa sólo es aquella que

se adecua al caso concreto (cfr. Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 27).

Debemos considerar la escala penal aplicable según la calificación legal escogida (robo con arma, en grado de tentativa, arts. 42, 44 y 166, inc.2°, primer párrafo, CP): reclusión o prisión de dos años y seis meses a diez años.

Fijados los parámetros que deben orientar la medición de la pena, en los términos de los arts. 40 y 41, CP., consideramos como un agravante la naturaleza de la acción, que *“...no es un concepto abstracto, sino que se refiere a la manera en que se ejecuta la acción constitutiva del delito. Este modo de ejecución es particular de cada hecho y revela múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados (ya sea como atenuante o agravante) al momento de cuantificar en la pena la intensidad del reproche penal dirigido contra el agente...”* (cfr. Superior Tribunal de Justicia provincial, sentencia del 25/10/2004, autos “Perpetto, Víctor Ezequiel s/ robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves”, considerando 13). En este aspecto, tenemos en cuenta la gran magnitud de la violencia ejercida contra las víctimas.

Desechamos la doble valoración -como agravante y para la reincidencia- de las condenas anteriores que registran los imputados, que efectuó el fiscal en su perjuicio (fs. 368vta./369).

Como atenuante, valoramos respecto a ambos imputados sus precarios soportes relacionales (informes sociales, fs. 171/173 y 253/254).

Por lo tanto, estimamos adecuada al caso la imposición a Miranda Díaz y a Rodríguez, de la pena de cuatro años de prisión.

2. Miranda Díaz registra los siguientes antecedentes (cfr. expte. 579 del Juzgado de Ejecución de este distrito, agregado por cuerda):

1er. hecho	29/junio/1995	causa nº 142 Trib. Juicio Crim DJS	24/marzo/1998, condena a 3 años de prisión en suspenso
2do. hecho	25/marzo/1997	causa nº 209 Trib. Juicio Crim. DJS	18/mayo/1998, condena a 2 años de prisión en suspenso. Además, unificación con la sanción de la causa nº 142, en la pena única de 4 años de prisión.
3er.hecho	25/agosto/2001	causa nº 145 Trib. Juicio Crim. DJN	24/mayo/2005, condena a 9 meses de prisión de cumplimiento efectivo. Además, unificación con la sanción de la causa 209, en la pena única de 4 años de prisión, ya compurgada. (Nota: la declaración de reincidente por segunda vez efectuada en esa sentencia, fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia).



PODER JUDICIAL

4to.hecho	11-16/marzo/2002	causa nº 783 Trib. Juicio Crim. DJS	22/octubre/2002, condena a 1 año de prisión de cumplimiento efectivo. Además, unificación con la sanción de la causa 209, en la pena única de 4 años y 8 meses de prisión. Y se lo declaró reincidente por primera vez.
5to. hecho	3/noviembre/2004	causa nº 287 Trib. Juicio Crim. DJN	23/marzo/2006, condena a 3 meses de prisión de efectivo cumplimiento. Y se lo declaró reincidente por segunda vez.
6to.hecho	5/junio/2005	causa nº 295 Trib. Juicio Crim. DJN	19/mayo/2006, condena a 12 años de prisión. Y se mantuvo la declaración de reincidente por segunda vez.

Por lo tanto, por imperio del principio de pena única y dado que Miranda Díaz cometió el hecho juzgado en este proceso mientras se encontraba cumpliendo la pena impuesta en la causa nº 295 (cfr, fs. 62/91, 92vta., 299, entre otras, del expte. 579), corresponde la unificación de la sanción aquí aplicada y la de doce años correspondiente a esa causa. En consecuencia, ponderando su precedente favorable evolución dentro de la progresividad del régimen de ejecución de la pena, que desembocó en la concesión del régimen de semilibertad el 10 de junio de 2011 (fs. 387/388vta. del expte. 579; cfr., además, suspensiones provisorias y reanudaciones, fs. 391, 398, 440, 444, 510/512vta., 538/539; fue revocado el 14 de diciembre de 2012 a raíz de la comisión del hecho juzgado, fs. 560/vta.), imponemos la pena única de quince años de prisión y accesorias legales (arts. 12 y 58, CP).

3. Por último, una vez que cumpla le pena impuesta, debe ser puesto a disposición de las autoridades migratorias nacionales a los efectos que correspondan (cfr. constancias del expte. 579 relativas a la Disposición Nº 12.050 de la Dirección Nacional de Migraciones, del 22 de febrero de 2008 que canceló la residencia con efecto suspensivo del nombrado, declaró irregular su presencia en el país, ordenó su expulsión con efecto suspensivo y prohibió su reingreso –fs. 171, 179 y 181/184-).

4. Por su parte, Rodríguez registra los siguientes antecedentes (cfr. expte. 484 del Juzgado de Ejecución de este distrito, agregado por cuerda):

	causa nº 24.604 Sala IV Cám. Apel. Penal, San Miguel de Tucumán	28/junio/1999, condena a 11 años de prisión. Y se lo declaró reincidente por segunda vez.
--	--	--

hecho del 12/julio/2003	causa nº 190 Trib. Juicio Crim. DJN	10/febrero/2005, condena a 3 años de prisión de efectivo cumplimiento. Además, unificación con la sanción de la causa nº 24.604, en la pena única de 13 años de prisión. Y se lo declaró reincidente por tercera vez.
hecho del 5/agosto/2008	Causa nº 2860 Juzg. Corr. DJN	20/septiembre/2010, condena a 9 meses de prisión de efectivo cumplimiento. Además, unificación con la sanción de la causa nº 190, en la pena única de 13 años y 3 meses de prisión. Y se lo declaró reincidente por cuarta vez.

Agotó la pena impuesta en la condena anterior el 9 de junio de 2012 (cómputo de fs. 1.393/vta. y decreto de fs. 1.818vta., expte. 484), por lo tanto no corresponde la unificación de penas.

Sexta cuestión: ¿qué corresponde resolver respecto a la reincidencia?

1. El pedido efectuado por el fiscal en su alegato con respecto a la reincidencia (art. 50, CP) –acta, fs. 369- sumado a las condenas que registran Miranda Díaz y Rodríguez (ver los gráficos efectuados al responder la cuestión quinta, puntos 2 y 4), nos obligan a pronunciarnos sobre la constitucionalidad de ese instituto.

2. Hasta el momento, de forma invariable, este Colegio ha sostenido la constitucionalidad de la reincidencia (ver las sentencias en las causas “Sartori, Lucas O. y Bustos, Ernesto A. s/ robo agravado”, del 6.05.2004, registrada bajo el nº 8, folios 88/104, tomo I, registro 2004, jueces Varela, Carniel y Ochoa; y “Sandoval, Gastón F. s/ robo”, del 15.11.2004, registrada bajo el nº 34, folios 417/418, tomo III, registro 2004, jueces Varela, Sarrabayrouse y Sagastume). En estos precedentes, tras repasar las posiciones a favor y en contra de la reincidencia (con cita de doctrina y jurisprudencia, que incluye las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Valdez” y “L’Eveque”), nos pronunciamos por su constitucionalidad bajos dos condiciones: que no implique una doble valoración prohibida por el principio ne bis in idem (es decir, que se considere dos veces la condena anterior: como agravante genérica y como fundamento de la reincidencia); y 2) la morigeración de sus efectos mediante el instituto de la libertad asistida, contemplado en la ley 24.660.

En efecto, en los autos “Sandoval” con cita del precedente “Sartori” expusimos: “...En cuanto a las críticas que aún subsisten contra el instituto pueden señalarse fundamentalmente dos: por un lado, la violación del principio de culpabilidad, porque quien es catalogado de ‘reincidente’ recibe el cartel de delincuente habitual, un ‘etiquetamiento’ que



PODER JUDICIAL

genera un derecho penal especial para su destinatario desvinculado del hecho que cometió (en este sentido, Zaffaroni- Baigún, ob.cit, pag. 222 y ss.; también Julio B. J. Maier, 'Derecho procesal penal argentino', T. 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pag. 368).

“La jurisprudencia y parte de la doctrina sostienen que el fundamento del instituto se encuentra en el desprecio que evidencia quien pese a haber sufrido una condena, recae nuevamente en el delito. ‘Lo que interesa es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida...’ (CSJN, ‘Gómez Dávalos, s/ recurso de revisión’, resuelto el 16/10/1986 citado por el juez Mahiques, autos ‘Defensor oficial ante el Tribunal de Casación s/ convocatoria a acuerdo plenario-reincidencia- causa nº 10347’, fallo del 23/3/2004, publicado en la revista electrónica ‘elDial.com’ del 25/3/2004).

“Desde la misma perspectiva, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, en causa ‘Gerstenkorn, E.D.’, del 8/4/1986, sostuvo en el voto de la mayoría que el instituto de la reincidencia se encuadra como elemento caracterológico de la culpabilidad y no en el ámbito del hecho típico: consiste en la importancia que adquiere en el mundo de las valoraciones jurídicas, el ligamen psicológico y de valor entre la condena precedente (el recuerdo) y la posterior recaída en el delito (voto de los Dres. Vila y Tozzini). Por su parte, en la misma sentencia, la Dra. Catucci, rechazó la inconstitucionalidad de la reincidencia, fundamentalmente por la razonabilidad del instituto; en cuanto a su principal consecuencia, la pérdida de la libertad condicional, señaló que la restricción consagrada en el art. 14, del Código Penal ‘...tiende a salvaguardar valores jurídicos preeminentes cual es la defensa de la sociedad, encontrándose su fundamento en la insensibilidad puesta de manifiesto en la repetición de hechos delictivos por parte del justiciable a quien se lo ha declarado reincidente...’ (LL-1986-D, p. 42 y ss).

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó también la tacha de que la reincidencia viola el principio del ‘ne bis in idem’. Según el máximo tribunal de la República, esta garantía ‘...prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (...) Ello es así, aún cuando se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada –como es obvio- en ésta...’ (L’Eveque, Ramón Rafael p/robo’, del 16/8/1988, Fallos, 311:1452).

“Por nuestra parte, consideramos que el instituto puede aplicarse en la medida en que no implique una doble valoración perjudicial para el imputado; en este sentido, el art. 41 del Código Penal prevé la reincidencia como uno de los agravantes, mientras que el 14 del mismo ordenamiento dispone que el reincidente no podrá obtener la libertad condicional.

“En efecto, a partir de allí se deduce que si el elemento ‘reincidencia’ ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, porque se trata de un hecho al que le corresponde una culpabilidad más grave, esta especial gravedad no podría ser considerada nuevamente para agravar el monto al tomar en cuenta las circunstancias relevantes según el art. 41. Pues, de otro modo, se estaría violando la prohibición de doble valoración, o el aspecto material del principio del ‘ne bis in idem’ (en el mismo sentido: Patricia Ziffer, ‘Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración’, CDJP nº 7, pp. 115-116).

“De esta manera ‘...es posible afirmar que esta es una interpretación poco convencional de la relación entre los arts. 14 y 41 del Código Penal. Sin embargo, ella concilia de la mejor manera posible una sensación social en gran medida irracional, como lo es el considerar más reprochables los hechos de quien ya fue penado alguna vez, con los principios constitucionales, y permite alcanzar así una solución de compromiso en cierta medida aceptable...’ (conf. autora citada, p. 118).

“Por lo tanto, y según surge de las constancias de la causa, los imputados han recibido condenas de prisión y tratamiento penitenciario; más allá de las falencias que éste pudiera exhibir – y que no es el caso aquí discutir - corresponde se los declare reincidentes por primera vez (art. 50, CP)...”

“...cabe agregar que la constitucionalidad de la reincidencia dependerá también de una valoración de cada caso particular y que los mayores obstáculos se presentan frente a la accesoria prevista en el art. 52, CP. En efecto, según señala Julio B. J. Maier, “...¿es racional negar este ‘beneficio’ a quien, después de haber sido condenado y sufrido pena por un delito grave (homicidio), comete un delito más leve (un hurtillo) o un delito culposos, con demostración empírica de que progresó relativamente, en su acatamiento a las normas jurídicas...?” (cfr. autor y op. cit., p. 645).”

“Tampoco debe perderse de vista que uno de los principales efectos de la declaración de reincidencia han sido morigerados por la ley 24.660 que permite al interno declarado reincidente solicitar salidas laborales y obtener la denominada libertad asistida (sobre el alcance de este último instituto, cfr. Marcos G. Salt, Comentarios a la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, en “Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 263-264)...”

3. Por su parte, el Superior Tribunal en la causa “Velázquez, Manuel Leonardo s/ homicidio en grado de tentativa” resuelta el 14.03.2006 (jueces Klass, Battaini y Robbio) sostuvo también la constitucionalidad de la reincidencia y estableció los siguientes criterios: no representa la renovación del castigo del primer hecho ilícito ni se funda en la personalidad del imputado. Según el máximo tribunal local, se trata de un régimen especial aplicable en virtud del desprecio que manifiesta quien recae en el delito; asimismo, muestra la necesidad de realizar un “ajuste” en el régimen penitenciario que se le aplica, con dos efectos: la prohibición del art. 13, CP y considerarla una agravante genérica (cfr. el voto del juez Klass, considerando 24).



4. El repaso efectuado permite marcar dos aspectos. En primer lugar, que la interpretación establecida por este Colegio (previa a la del Superior Tribunal) difiere en un aspecto sustancial: para nosotros, la condena anterior no puede ser considerada dos veces (como agravante genérica al mensurar la pena concreta en el nuevo delito y luego a través de la declaración de reincidencia) mientras que para el máximo tribunal local resulta posible. Esta doble valoración, inaceptable para nosotros, fue planteada por el fiscal en su alegato, lo que autorizaría, sin más, su rechazo.

Sin embargo, en este caso particular existen razones decisivas que nos permiten apartarnos del criterio que hemos sostenido hasta ahora y, en particular, exponer nuevos argumentos que nos habilitan para no considerar la jurisprudencia obligatoria del máximo tribunal local (art. 37, ley 110). En este aspecto, además de las consideraciones que formularemos a continuación (no tomadas en cuenta en el precedente “Velázquez”), la integración del Superior Tribunal ha variado desde aquella sentencia y se ha producido en nuestro país un renovado debate sobre el tema que nos autoriza a apartarnos tanto de las pautas hasta ahora mantenidas como de lo dicho por aquél órgano. En este aspecto, la Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad de la multirreincidencia y la reclusión por tiempo indeterminado (causa 1573 del 5.09.2006, “Gramajo, Marcelo E. s/ robo en grado de tentativa” G.560.XL) y diversos tribunales se han pronunciado por la invalidez de la reincidencia (por ejemplo, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Argañaraz, Pablo E. s/ recurso de casación”, registro 19.911, sentencia del 8.5.2012; “Ríos Velázquez, Antonio Argentino”, expte. n° 3.568, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, 19.4.2010; “Scarnichia”, expte.n° 3.138, Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de Mar del Plata, 8.6.2012; “Miranda Medel”, expte. n° 56.249, Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.5.2013; “Parisotti Rodríguez”, expte.n° 58.015, Sala I citada, 11.6.13; ver también la disidencia del juez Zaffaroni, en la causa “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis” del 05.02.2013).

5. Sabido es que tanto la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660 como los tratados internacionales de Derechos Humanos adhieren a lo que Zaffaroni llama ideologías “re” con respecto al fin de la pena. Según esta concepción, se impone una pena de encierro para resocializar, reeducar al condenado, quien es sometido a un régimen progresivo de cumplimiento de la pena (la crítica a esta ideología puede verse en el mismo Zaffaroni, E. R., *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, en *Jornadas sobre sistema penitenciario y Derechos Humanos*, Editores del Puerto, 1997, ps. 181 – 194). Así, lo establecen los arts. 1° de la ley 24.660, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(PIDCyP), 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 18 de la CN, en cuanto dispone que las cárceles serán sanas y limpias.

El juzgamiento de ambos imputados muestra con claridad el fracaso del tratamiento resocializador aplicado a Miranda Díaz y Rodríguez.

En el primer caso, el hecho que consideramos probado fue cometido, justamente, cuando Miranda Díaz gozaba del régimen de semilibertad y salidas transitorias. Por su parte, hacía pocos meses que Rodríguez terminaba de purgar una larga condena (ver cuadro mencionado, punto 4, quinta cuestión; también el legajo de ejecución de ambos). Tampoco puede ser pasado por alto que ambos fueron declarados reincidentes en varias oportunidades (dos Miranda Díaz; cuatro Rodríguez).

Ahora bien, el punto es entonces, establecer a quién debe “cargarse” este fracaso: si exclusivamente a los condenados a través de la declaración de reincidencia, o reconocer también la frustración del trato aplicado por el sistema judicial y penitenciario en la tarea de reinserción.

En este sentido, conviene recordar lo que la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dicho acerca de la posición de garante que el Estado ostenta con respecto a las personas privadas de su libertad. Así, se ha señalado: *“La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18 (de la CN), los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...”* (cfr. CSJN, causa B.142.XXIII, “Badín, Rubén y o. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 19.10.1995, voto de la mayoría, considerando 3; este criterio fue reiterado en la causa G.178.XXXIV, “Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 10.04.2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del 02.09.2004, en el considerando 152 estableció: *“Frente a las personas privadas de la libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...”*.

Por lo tanto, atento esta posición de garante, consideramos que el Estado no puede desentenderse del fracaso del régimen que aplicó, pues las sucesivas



declaraciones de reincidencia sobre cada penado era un aviso claro de que no estaba funcionando. Y a partir de esta comprobación, no es posible que el imputado cargue con todas las consecuencias de ese fracaso.

Desde otra perspectiva, si aceptamos que el reincidente como consecuencia de su declaración como tal recibirá más pena y un tratamiento penitenciario más riguroso que no le permitirá acceder a una de las etapas del régimen progresivo (la libertad condicional) *se está contrariando expresamente el principio de readaptación social de las penas consagrado en las normas ya citadas lo que lleva a la declaración de inconstitucionalidad del instituto.* Estas reglas significan “...sencillamente que el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de generar cierta evolución en el condenado a pena privativa de la libertad que le permita contar con mejores elementos para desarrollar su vida en libertad, sin lesionar bienes jurídicos de terceros y mediante la disminución de sus niveles de vulnerabilidad frente al sistema punitivo...” (cfr. Javier A. De Luca, *Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución*, Derecho Penal y Criminología, Año III, N° 3, abril 2013, ps. 55 y sigs.). Si se le cercena esa posibilidad, el régimen que lo haga resulta contrario a la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Pero existe una razón adicional: mantener la alternativa de que los condenados accedan a la libertad condicional, brindarles una oportunidad, la esperanza de que si cumplen con ciertos requisitos pueden todavía acceder a un acortamiento de sus encierros. Lo contrario significa clausurarles toda ocasión de modificar su vida y, en definitiva, negar la posibilidad de cambio inherente a la naturaleza humana. En palabras de Javier De Luca “*Si aceptamos que ningún tratamiento puede ser concebido sin esperanza, sin que la persona vislumbre la posibilidad de obtener un bien si sigue las pautas que la sociedad le sugiere...deberá existir una luz al final de ese oscuro túnel que importa el encierro, una ilusión de una salida anticipada que dependerá de su propio comportamiento en prisión...*” (cfr. autor y op. citados, p. 56). Por lo demás, la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia que aquí propiciamos, no implica en modo alguno que ambos condenados obtengan ya su libertad condicional; ello dependerá de múltiples factores pero al menos, dejamos encendida aquí aquella luz que ojalá pueda ayudarlos a encontrar la salida del lugar en que se encuentran.

Corresponde así declarar la inconstitucionalidad del art. 50, CP.

Séptima cuestión: ¿qué corresponde resolver en relación a las costas del proceso y los efectos secuestrados?

Las costas del proceso deben imponerse a los condenados (arts. 29, inc. 3º, CP, 372 y 492, CPP).

En relación con los efectos, corresponde:

1º) disponer el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho –efectos ‘1.b’, ‘3.a’, ‘3.b’, ‘3.e’ y ‘3.f’, fs. 249- (art. 23, CP);

2º) devolver a Pérez Mascareño –además de lo restituido durante el debate-, el efecto ‘3.c’ –fs. 249-; a Rodríguez, los efectos ‘1.a’ y ‘1.f’ –fs 121/vta.-; y a Miranda Díaz, los efectos ‘2.a’ y ‘2.b’ –fs. 121/vta.- (art. 484, primer párrafo, CPP).

Así voto.

VII. El juez Eugenio Carlos Sarabayrouse dijo:

Adhiero al voto del colega Borrone, en virtud de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia establecida en los autos “Trujillo Nores s/ sucesión ab-intestato” que fijó el alcance del art. 152 de la Constitución Provincial.

Así voto.

VIII. El juez Juan José Varela dijo:

1. Adherimos a las buenas razones argumentadas en las ponencias precedentes por ser justas, válidas y eficaces. Pese a ser suficientes, las cuestiones, tratadas con esmero por mis colegas, no opacan la irresistible oportunidad de desparramar algunas impresiones.

2. Sebastián Soler nos recuerda¹ que en las antiguas compilaciones se solía llamar “*libri terribiles*” a los que contenían el derecho criminal ya que “...desde la *perduellio* romana al *crimen laesae majestatis divina*, desde la tortura procesal hasta la pena de muerte agravada por todo un ingenioso arsenal de crueldades dosificadas (la rueda, la hoguera, la sepultura en vida, la inmersión en un saco cosido con un can, un mico, un gallo y una serpiente); desde la muerte civil a las mutilaciones más despiadadas (corte de lengua, del labio, de la nariz, de la mano), el derecho criminal refleja los más sombríos estratos del espíritu humano. Nada, ninguna creación del hombre alcanza la terrible profundidad expresiva y simbólica contenida en las leyes criminales. Además, a ella van a parar todas las deformidades de la convivencia: cuando la política se corrompe, cuando la religiosidad se vuelve intolerancia, cuando la ética social se transforma en odio puritano, es seguro que se apelará al derecho penal para consolidar la corrupción, la intolerancia o el odio...”.

¹ “Bases ideológicas de la reforma penal”; Eudeba, Buenos Aires, Colección Ensayos, 1966, ps.19/20, citado por Marcelo E. Riquert y Eduardo Pablo Jimenez, “Teoría de la pena y derechos humanos”, Ediar, Buenos Aires, 1998, p.17 y ss.



También Soler nos enseña² que las leyes penales marcan el límite último de todo sistema de valores y expresan y traducen una opción definitiva

3. El sentido del Derecho³ supone que es en sí mismo un bien incuestionable. Sin embargo, el Derecho –también en los estados democráticos– presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. **La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo.** Pues bien, esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico. En cierto modo, no es más que una consecuencia de que el Derecho sea – como decía Savigny– la totalidad de la vida tomada desde un específico punto de vista. Y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad y la injusticia, sería extraño que el Derecho (un subsistema de todo el sistema social) no reflejara de alguna forma esas circunstancias. Como fenómeno individual, la vida se nos aparece como un proceso abierto, como una empresa a la que se logra o no dar un sentido dependiendo de circunstancias de tipo objetivo y subjetivo, de lo que nos viene dado y de lo que nosotros construimos. En el Derecho, en la vida social, pueden también distinguirse dos aspectos, pero es importante darse cuenta de que lo que nos viene dado es, en general, algo construido por otros hombres y que podríamos modificar. Estamos hechos –o hemos llegado a estarlo- de manera que no podemos dejar de vivir en sociedades organizadas jurídicamente; **pero no estamos por ello condenados a vivir bajo formas de organización injustas.** Lo que da sentido al Derecho –y a ocuparse profesionalmente del Derecho– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia⁴.

4. Y es en este sentido que **cercenarles a los condenados la posibilidad de acceder a la libertad condicional por ser reincidentes, cuando el Estado ya ha intervenido en sus vidas para readaptarlos, taladra la sensatez, y nos ha impuesto** examinar la congruencia entre lo que establece la ley y lo que señala

² Ob.cit. p.18.

³ Atienza, Manuel, “El sentido del Derecho”, Ariel, Barcelona, 2012, según nuestra ponencia en el proceso nº 523/2012 del 18 de junio de 2013.

⁴ Atienza, ob.cit.,p.324.

la Constitución⁵, **ya que la ciencia del derecho penal es un apéndice de la del Derecho Constitucional en todo Estado de Derecho**⁶. El preámbulo contiene y condensa las decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores y principios propugnados, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente⁷. **Afianzar la Justicia** es reconocerla como valor cúspide del mundo jurídico-político. No se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del poder judicial, ni del valor justicia que tal poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como valor que exige de las conductas de gobernantes y gobernados la cualidad de ser justas. “...**La Corte Suprema ha dicho que esta cláusula es operativa, y que obliga a todo el gobierno federal...**”⁸. En efecto, el derecho constitucional es objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del derecho constitucional⁹, debiendo entenderse que el poder constituyente –originario o derivado– brindó la plataforma de sustentación para que la interpretación sea luego la que, en última instancia, pudiere configurar y concretizar la vigencia y el alcance de la propuesta normativa constitucional.

5. Según sostuvo este Tribunal¹⁰ en autos “Kovacic Delic” (sentencia interlocutoria del 18/9/03), la doctrina moderna reconoce, a grandes trazos, tres teorías para resolver problemas de interpretación: la “formalista”, la “escéptica” que es su antagonista, y la intermedia, llamada por algunos autores como la de la “textura abierta” (cfr. *Juan Igartúa Salaverría*, “Teoría analítica del Derecho (La interpretación de la ley)”, Oñati, 1994, p. 41 y ss.).

Esta discusión, que recuerda el debate *Hart-Dworkin*, puede sintetizarse de la siguiente forma: la **teoría formalista** considera que la interpretación es una actividad cognoscitiva y consiste en descubrir el significado objetivo de las

⁵ Douglas Price, Jorge E., “La decisión judicial”, Rubinzal-Culzoni, 2012, Buenos Aires, p.110.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La pena como venganza razonable- *Lectio doctoralis en Udine*” (Italia, julio de 2009), Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional, p.3 y ss. Portal Interamericano de las Ciencias Penales: <http://www.cienciaspenales.net>.

⁷ Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, Buenos Aires, 2001, T.I., p.296.

⁸ Bidart Campos, ob. cit.p.297.

⁹ Ferreira, Gustavo, “Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios”, en “Derecho Público”, Año II, nº 4, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2003, p.69-71.

¹⁰ Transcribimos un segmento del voto del Dr. Eugenio C.Sarrabyrouse al sufragar en el caso “Vidal Yañez, R.”, el 5/11/03, de este Colegio, cuando decidimos no aplicar en ese caso el art.41 bis del Código Penal.



PODER JUDICIAL

disposiciones legislativas o la intención del legislador. Sostiene que las palabras poseen un significado propio, que el legislador posee una voluntad unívoca y reconocible, que el sistema jurídico carece de lagunas, con lo cual a cada disposición legal le corresponde una única interpretación "verdadera". De esta manera, el juez carece de márgenes de decisión. La **teoría opuesta (escéptica)** sostiene que los sistemas jurídicos ni son completos ni consistentes y que los jueces, en definitiva, son verdaderos legisladores. La **posición intermedia** es la más adecuada: a partir de la distinción entre casos "claros" y "dudosos", apreciables objetivamente, en estos últimos el intérprete decide el significado de un texto cuando soluciona un asunto de esa naturaleza¹¹. **Así, el juez tiene un margen de decisión** y frente a un mismo texto legal pueden coexistir diversas interpretaciones. De esta manera, se justifican los votos en disidencia y los criterios diferentes que ante un mismo asunto sostienen dos tribunales en el caso de una apelación o de una casación (sobre esta polémica, puede verse la discusión entre Soler y Carrió, que honra a la cultura jurídica argentina: *Sebastián Soler*, "La interpretación de la ley", Ariel, Barcelona, 1962; *Genaro R. Carrió*, "Algunas palabras sobre las palabras de la ley", Abeledo Perrot, Bs. As., 1971 y "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo Perrot, Bs.As., 1976, 6a. reimpresión; sobre el debate *Hart-Dworkin*, cfr. "La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin", en particular el estudio preliminar de *César Rodríguez*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 3a. reimpresión, 2000, pp. 15-88).

Cabe consignar además, que el Superior Tribunal en un trascendente fallo vinculado con la ley 24.316, cuya aplicación ha sido arduamente debatida, fijó algunas **pautas esenciales para la aplicación de la ley penal, entre ellas el del principio de intervención mínima**: *"Tampoco debe soslayarse que la suspensión del juicio a prueba representa un modo de solucionar los conflictos sin recurrir al instrumento más severo que posee el Estado en el control social: la imposición de una pena. La cuestión no es menor y responde al principio de intervención mínima del poder coercitivo del Estado en la aplicación del derecho penal. Señala Magariños: 'De modo tal que el 'principio de intervención' mínima constituye una excelente herramienta para determinar en hipótesis como la que aquí se examina, ante opciones de hermenéutica divergentes que a su vez presentan paridad de fundamentos, que la interpretación de los términos de la ley penal que corresponde adoptar debe ser la más restrictiva en su operatividad, pues en la tarea de desentrañar su sentido y alcance es preciso no perder de vista que, como lo expresa Francis Bacon: 'es cruel atormentar el texto de*

¹¹ Este caso se ha convertido en "dudoso" al solucionar el fracaso del Estado en readaptar a sus condenados con mayor castigo, por la dudas, fracase nuevamente.

las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos...’ (caso “Mayorga” del 29/10/2003, considerando 10).

Por lo tanto, el principio de intervención mínima debe constituir un norte en la aplicación e interpretación de la ley penal, que encuentra anclaje constitucional en los arts. 1, 18 y 19 de la Carta Magna. En efecto, la intervención de la violencia penal del Estado solo está justificada en la medida que resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Así, el derecho penal es última ratio y tiene carácter fragmentario. Esto último apunta al hecho de que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo siempre, sino frente a determinados hechos muy específicos y de cierta significación en la vida social, ya que en caso contrario el Estado sería simplemente policial¹².

6. Fundamentalmente el **principio de humanidad** impone una comprensión humanitaria, solidaria y respetuosa sobre la persona del delincuente, lo que **tiene fundamental proyección en relación al sistema de ejecución de penas**. En este sentido **la reforma constitucional de 1994 ha resaltado su importancia mediante la consagración con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales específicamente referidos a la humanización del sistema penal**. En un sentido amplio, **se vincula con el límite material de la punición del respeto por la dignidad humana, que implica el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, sobre la cual el Estado no ejerce tutela alguna**. El hombre debe ser considerado en su individualidad personal y social para evitar una mayor afección de su dignidad, lo que deriva en: 1) que el legislador penal no puede someter a un mismo tratamiento a un adulto, a un menor, a un aborigen o un hombre adaptado a la vida ciudadana; 2) que ha de respetarse su integridad en la determinación de la pena (principio de indemnidad personal), lo que significa que el legislador no debe escoger medios que atenten contra la dignidad concreta de la persona, ni que se conviertan en elemento de sometimiento y desigualdad y de mayor miseria y necesidad¹³.

Según Hans-Henrich Jeschek el **principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el pensamiento rector de la ejecución penal**. Importa que todas las relaciones humanas que surgen del Derecho Penal en su más amplio sentido deben ordenarse sobre la base de la solidaridad recíproca, **de la responsabilidad social para con los reincidentes**, de la libre disposición la ayuda y la asistencia sociales, y de la decidida voluntad de recuperar a los delincuentes

¹² Bustos Ramírez, “Introducción al derecho penal”, Temis, Bogotá, Colombia, 1994, ps.23/24, citado por Riquert y Jimenez, ob.cit,p.75.

¹³ Riquert y Jiménez, ob.cit.p.76/77.



condenados¹⁴. Y al decir de Germán Bidart Campos¹⁵, **el sistema de derechos humanos que la actual constitución contiene y prohíja, guarda estrecha relación con todas las modalidades de cumplimiento de la sanción penal.**

7. La fe en la pena que domina las construcciones mediáticas de la realidad en nuestros días, afirma Zaffaroni¹⁶, es una idolatría (*adoración que se da a los ídolos; amor excesivo y vehemente a una persona o cosa*¹⁷) y es función del saber jurídico penal salvar los valores del Estado de Derecho y realizar los derechos humanos, mediante el ejercicio contenedor de los jueces de las pulsiones del estado de policía y del poder punitivo estatal que canaliza la venganza en el estado moderno, procurando los decisores que la venganza¹⁸ se mantenga dentro de lo razonable y se ejerza en la menor medida posible.

8. En consecuencia, sostenemos que no es proporcional, ni adecuado ni necesario (razonable) quitarle a Miranda Diaz (43 años de edad) y a Rodríguez (45 años de edad) la posibilidad de acceder, oportunamente, a la libertad condicional. Advertimos ya que este caso se ha convertido en “dudoso” al solucionar el fracaso del Estado en readaptar a sus condenados con mayor castigo, por la dudas, fracase nuevamente. Esta concepción del poder punitivo estadual para doblegar a los delincuentes habituales, legitimadas por las concepciones criminológicas positivistas de antaño, creemos que ha evolucionado, desde que los derechos humanos son interpretados nuevamente después de la Segunda Guerra Mundial, privilegiando los derechos individuales a las “razones de Estado”. Enseña Bobbio¹⁹ que la “...concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no a la inversa...”. Aquí radica la verdadera peculiaridad y el singular elemento distintivo de la modernidad occidental y

¹⁴ Así lo sostiene en su Tratado, p.23, conf. Riquert y Jiménez, ob.cit. p.77.

¹⁵ “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1977, T.II, p.317, conf., Riquert y Jiménez, ob. cit.p.198.

¹⁶ Ob. cit.p.6.

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. XXI, Madrid, 1992, T.II p.1139.

¹⁸ *El eco de Nietzsche: la pena es venganza*. Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de ésta. Sólo un demolidor de ruinas como Nietzsche podía, además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal, que era venganza contra el tiempo, porque *nadie puede hacer que lo que fue no haya sido* (conf. Zaffaroni, ob.cit.p.8).

¹⁹ N.Bobbio, “El tiempo de los derechos”, ps.105 y 107, citado por Eusebio Fernández, “El observador comprometido-Reflexiones jurídico-políticas”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Colombia, 2004, p.90.

el sentido que debemos otorgar a los derechos humanos en la actualidad. Así, al final de nuestro discurso descubrimos la génesis de nuestro pensamiento que ha permitido anotar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, asociada a la inoperancia y fracaso del sistema carcelario sostenido por el Estado.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede,

**EL TRIBUNAL DE JUICIO EN LO CRIMINAL DEL DISTRITO JUDICIAL NORTE
DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO ANTÁRTIDA E ISLAS DEL
ATLÁNTICO SUR**

RESUELVE:

I. CONDENAR a **José Antonio Miranda Díaz**, documento nacional de identidad nº 92.673.353, cuyas demás condiciones personales obran en la causa, **a la pena de cuatro años de prisión**, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo con arma en grado de tentativa, cometido el 12 de diciembre de 2012, en esta ciudad (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 44, 45 y 166 inc. 2º, párrafo primero, Código Penal; arts. 372 y 492, Código Procesal Penal).

II. CONDENAR a **Mario Fernando Rodríguez**, documento nacional de identidad nº 18.757.558, cuyas demás condiciones personales obran en la causa, **a la pena de cuatro años de prisión**, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo con arma en grado de tentativa, cometido el 12 de diciembre de 2012, en esta ciudad (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 44, 45 y 166 inc. 2º, párrafo primero, CP; arts. 372 y 492, CPP).

III. DECLARAR la **inconstitucionalidad de la reincidencia** (arts. 18, 28, 31 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; 10.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1º, ley 24.660 Ejecución de la pena privativa de la libertad).

IV. UNIFICAR la sanción impuesta en la presente causa a **Miranda Díaz**, con la de doce años de prisión aplicada el 19 de mayo de 2006 en la causa nº 295 de este tribunal, en la **pena única de quince años de prisión** y accesorias legales (arts. 12 y 58, CP).

V. ORDENAR que una vez cumplida la pena impuesta, **Miranda Díaz** sea puesto a disposición de las autoridades migratorias nacionales a los efectos que correspondan.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

VI. DECOMISAR y DEVOLVER los efectos secuestrados, conforme lo señalado en el considerando pertinente (arts. 23, CP; 484 y s.s., CPP).

VII. MANDAR que se registre y se cumpla.

Se deja constancia que el Sr. Juez Juan José Varela no firma la presente por encontrarse fuera de la jurisdicción en uso de licencia (art. 368, último párrafo, CPP).

Daniel Ernesto Borrone- Eugenio Sarabayrouse- Jueces

Lorena Nebreda: Secretaria

Registro de Sentencias Definitivas N° 23, folios 165/176, Año 2013

Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte