

Expediente I.P.P. once mil novecientos veintiuno.

Número de Orden:41

Libro de Sentencias n°08

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diez **días** **del mes de Junio del año dos mil catorce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Soumoulou**, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la **I.P.P. nro. 11.921/I del registro de este Cuerpo**, caratulada: **"INCIDENTE DE APELACION EN CAUSA NRO. 880/13. IMPUTADO: C."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿ Es justo el veredicto y sentencia apelado?

2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: El veredicto y sentencia de fs. 11/15, dictado por la señora Juez en lo Correccional n° Tres Departamental, doctora Susana González La Riva, condenó a C.a la pena de un año de prisión, con costas (arts. 29 inc. 3ro del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.), por considerarlo autor penalmente responsable del delito de hurto de vehículo dejado en la vía pública, en los términos del art. 163 inc. 6° del Código Penal, según hecho acaecido en esta ciudad de Bahía Blanca el día 18 de agosto de 2013. Asimismo en dicho fallo se declaró al citado imputado, reincidente (art. 50 del CP).

El citado decisorio, resultó impugnado por la defensora oficial Departamental, doctora Fabiana Vannini, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 1/4vta. del presente incidente.

El remedio interpuesto lo fue en debido tiempo y forma (fs. 17), conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 439, 2º párrafo, 441 2º párrafo -según ley 13.812 y 442 del CPP.).

Dos son los agravios del recurrente. En primer término señala la inobservancia de lo previsto por el art. 42 del Código Penal, por entender dicha defensa que considera que el hecho que se diera por demostrado en el fallo puesto en jaque ante esta Alzada, ha quedado comprendido dentro de las previsiones legales de la reciente citada normativa, por haber permanecido el mismo en grado de tentativa. Para ello el apelante explicó y detalló el desarrollo fáctico del evento materia de juzgamiento, acotando que de dicha descripción - a su entender-era dable concluir en el sentido que el lapso de tiempo transcurrido desde la producción del hecho en cuestión hasta que su representado fue aprehendido, fue de sólo unos minutos, adunado a la circunstancia que dicha aprehensión fue practicada a escasos 150 mts. del lugar en donde supuestamente ocurrieron los episodios en cuestión.

Asimismo, la señora defensora en apoyatura de su tesis citó en el devenir de su apelación, jurisprudencia respaldatoria de su posición, queriendo en lo esencial intentar demostrar que el desapoderamiento y la aprehensión del encausado de autos, se produjo sin solución de continuidad, con lo cual no es posible inferirse que C. halla tenido alguna posibilidad de disponer libremente de la moto en cuestión.

En cuanto al restante agravio, hizo referencia la defensa a la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia, refiriendo en lo medular, que dicho planteo se efectúa en base a que el instituto de la reincidencia se encuentra en pugna con dos mandas constitucionales, como son el derecho penal de acto y la prohibición del *ne bis in idem*, violando lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la C.N. y los arts. 10 y 11 de

la Constitución de la Provincia de Bs As, en cuanto se agrava de esta manera -a su criterio-, la situación punitiva del condenado por el hecho de haber cometido con anterioridad un delito y haber cumplido pena por el mismo.

También en esta ocasión la apelante a fin de solidificar su posición, trajo a colación doctrina y jurisprudencia respaldatoria de la misma.

Por último, la defensa hizo reserva del caso federal y petitionó la revocación de la sentencia dictada en la instancia de grado, requiriendo se haga lugar a los planteos por ella deducidos, y asimismo a la aludida declaración de inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia.

Habré de ingresar de este modo, estrictamente a los puntos que fueron puestos en jaque por la defensa al momento de deducir su apelación ante esta Alzada. Por lo tanto, el conocimiento de esta Cámara se ceñirá estrictamente al conocimiento del proceso, sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de los agravios, concretamente la denuncia por inobservancia de lo estatuido en el art. 42 del CP (fs. 1vta./2vta. del presente incidente), e inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia (fs. 2vta./4) (art. 434 del CPP).

Diré así, que tanto la materialidad ilícita como la participación del imputado en el presente hecho, que fueron oportunamente tratadas por la señora Juez a quo en los considerandos primero y segundo de su fallo a fs. 11vta./12vta. respectivamente, no habrán de ser tratados ante esta instancia, por no haber sido ninguno de esos extremos procesales, objeto ahora de contradictorio ni planteo por la recurrente ante esta Alzada.

Despejadas aquellas cuestiones, habré de abocarme en lo inmediato a los dos planteos deducidos por la defensa.

Concretamente en lo atingente a la denuncia de inobservancia de lo previsto por el art. 42 del Código de fondo, diré que más allá del esfuerzo desplegado por la defensa para llevar adelante su posición, estimo que la misma no habrá a mi criterio, de encontrar andamiaje favorable en esta instancia. Digo ello, pues considero que la

señora juez de grado al tratar puntualmente el tema de la calificación, se expidió de modo ajustado a derecho y dando respuesta satisfactoria a dicha cuestión.

Entiendo así, que este extremo sobre el cual se trabó el contradictorio, quedó despejado en el sentido que la adecuación típica de la acción desplegada por el encausado de autos, encuentra su correlato dentro de la normativa del art. 163 inc. 6º del CP -hurto de vehículo dejado en la vía pública- en grado de consumado, y no de conato como lo pretende la defensa, pues las circunstancias fácticas determinadas y precisadas en el veredicto dictada en la instancia de grado, dieron clara evidencia respecto a que efectivamente se desapoderó a la víctima y si bien podría estimarse que el lapso temporal no fue excesivamente extenso, sí es dable colegir en el sentido que hubo una efectiva pérdida de la disposición por parte de su dueño -tal como también lo señala la señora magistrada de primera instancia-, lo que conllevó un efectivo perjuicio al bien jurídico.

Es posible adicionar a lo dicho y de modo ilustrativo, que en el hecho de marras existieron espacios de tiempo en lo que la víctima no tuvo ante su vista, a la persona que finalmente resultó aprehendida. Al respecto y tal como se dijera entre otras causas, en la IPP 7189/I y 6920/I, resulta doctrina pacífica de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, aplicable en cierto modo al caso de autos, cuando sostuvo "si el poder de disponer de la cosa ha pasado al autor aunque sea por un breve momento sin que nadie estuviere en condiciones de impedirlo, el hecho está consumado" (causa P. 96.490 "K., M.A. Robo simple en concurso real con resistencia a la autoridad) del 20 de junio de 2.007. Las razones expuestas son así suficientes para, tener por ajustada a derecho la calificación impuesta en la sentencia apelada, al tenerse al ilícito así, como consumado.

Todo lo expuesto me lleva a la conclusión que el evento bajo juzgamiento aquí, encontró, en grado de consumado como dijera a priori, su adecuación dentro de la figura típica del art. 163 inc. 6º del CP (art. 209 y 210 del CPP).

Tampoco puede compartirse a mi criterio, el segundo planteo

deducido por la defensa, en cuanto sostiene la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia. Digo ello, pues en primer lugar es dable dejar sentado y tener en cuenta como ya se ha sostenido en otras ocasiones, que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Por otra parte, debe demostrarse de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional. Sabido es que resulta ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones. (Fallos: 226:688; 242:73; 253:362 entre otros).

Ahora sí, abocándome a la pretendida inconstitucionalidad de declaración de reincidencia, habré de decir -más allá de lo opinable que pueda resultar este tema y lo respetable de cada posición al respecto-, que a mi entender la reincidencia prevista en el art. 50 del CP resulta constitucional, interpretando por lo tanto que la misma es una condición del condenado que agrava su situación y que la razón de que así sea se la ha encontrado en "...la mayor "alarma social", la "insuficiencia relativa de la pena ordinaria", la "mayor peligrosidad demostrada", o la "culpabilidad de la inclinación"... (ver Breglia Arias Gauna. Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Ed.Astrida segunda edición actualizada, segunda reimpresión. 1993, pág.174, Naturaleza de la reincidencia).

Entiendo además que cabe pronunciarse por la constitucionalidad del presente instituto y al respecto deviene ilustrativo lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando indicó que la reincidencia "...se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito siendo suficiente para acreditar el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior privativa de libertad, el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o

parcialmente, independientemente de su duración...; por otra parte, avaló el tratamiento más riguroso de los reincidentes, afirmando que "La pérdida de la libertad condicional como consecuencia de una nueva penalización, no constituye una violación de la regla "non bis in idem", pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada como es obvio en la nueva decisión" y que "El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del CP, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta", concluyendo en que "El principio "non bis in idem" 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 efecto 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..." (ver pág. 836 y 837. Código Penal de la Nación comentado y anotado. Andrés José D'Alessio. Director. Mauro A. Divito. Coordinador. Segunda Edición actualizada y ampliada. Tomo I. Parte General. Arts. 1 a 78. La Ley. Segunda edición 2009, primera reimpresión 2011).

Por todo lo expuesto, entiendo que el contenido del art. 50 del CP no puede ser tachado de inconstitucional y por lo tanto, que la validez de dicha normativa debe permanecer así incólume.

Por otra parte entiendo, que en el caso puntual, la reincidencia fue bien tratada y decretada por el Juzgado Correccional a-quo, concretamente cuando se expide, a fs. 14vta. del presente incidente.

Por lo demás, entiendo que en función de las adecuadas valoraciones realizadas por la señora juez de grado a fs. 13 del presente incidente (eximentes, atenuantes y agravantes) y fs. 14vta., la pena oportunamente impuesta a fs. 15, resulta ajustada a derecho.

Voto así, por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Coincido con el sentido del voto emitido por mi colega preopinante, en cuanto considera que debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada. Sin embargo me distanciaré, parcialmente, de la justificación brindada en su sufragio.

En lo que hace al **primer agravio**- consumación del ilícito de hurto calificado por el que se condenara al procesado-, debo expresar que conforme surge de la prueba valorada por la Magistrada A Quo, **no sólo la víctima fue desapoderada de su ciclomotor, sino que el encartado -si bien por un período de tiempo no muy extenso- ha tenido plena disposición del bien, lo que configura el apoderamiento** que consuma el delito intimado.

Así, desde el momento en que se habría tomado la motocicleta del frente de la casa del damnificado hasta el instante en que el procesado y su compañero fueron interceptados por personal policial, si bien a pocas cuadras del lugar -a la vuelta de la manzana donde ocurriera el hecho-, los autores no fueron perseguidos por ninguna persona, fueron perdidos de vista, y no tuvieron ninguna limitación en sus facultades fácticas sobre el bien mueble en ese lapso temporal. Ello conlleva la consumación del ilícito.

Nótese que el personal policial dirigió su atención a los sujetos porque la situación les resultó llamativa, pero no concurrían al lugar alertados por algún llamado relacionado, sino por una denuncia telefónica sobre un intento de sustracción sobre una camioneta. Esto pone en evidencia la absoluta disposición que se tuvo del bien sustraído hasta que casualmente fueron advertidos por los funcionarios, esto es: por lo menos en el tramo de más de cien metros recorrido para dar la vuelta a la manzana desde la puerta de la casa de la víctima (desde calle Viamonte, hasta Terrada donde fueron interceptados, ver fs. 1/2 y fs. 16).

En este sentido el Tribunal de Casación Provincial ha sostenido que "*...La tentativa de robo deja de serlo por consumación en la primera oportunidad en que el autor hace suya la cosa mediante sustracción, y tiene la*

posibilidad de disponer de ella, por breve que sea el lapso durante el cual el dueño o tenedor queda privado del completo ejercicio de las facultades correspondientes a su derecho en la cosa (Sala I, sent. del 11/12/03 en causa 10.466, "A. "), o sea que el apoderamiento ilegítimo se consuma cuando el imputado tiene la posibilidad, aunque momentánea, de ocultarla, dañarla o destruirla." (Sala III, sent. del 13/2/01 en causa 3.558, "Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 524").

Dicho Tribunal también ha señalado que *"...La inmediatez en la detención, mediando solución de continuidad en la persecución, es producto del acaso y de la eficacia del personal policial que interceptó la fuga, sin que pueda configurar circunstancia beneficiante de los autores del desapoderamiento ilícito con miras a la inclusión de la conducta en el ámbito de la tentativa..." (Sala I, sent. del 5/7/01 en causa 951, "R. y M. "; ver en este sentido misma Sala en causas 6.874 de fecha 2-5-2006 y 40.404 de fecha 8-6-2010).*

En el mismo sentido ha sentado doctrina legal nuestra Suprema Corte Provincial en los siguientes fallos: 67.665 de fecha 21/3/07; 75.731 de fecha 3/10/07; 77.102 del 13/2/08; 83.760 del 3/6/09 y 103.658 entre muchos otros.

Por estas razones considero que **resulta correcta la calificación de hurto agravado de vehículo dejado en la vía pública (arts. 163 inc. 6to. del C.P.)**.

A continuación analizaré el **segundo agravio efectuado por la recurrente, relativo a la constitucionalidad de la declaración de reincidencia**. Considero, tal y como ha entendido mi colega preopinante, que tampoco le asiste razón en este planteo. Sin embargo me alejaré de la razones por él expuestas, para sostener la constitucionalidad del instituto, en cuanto considera que la razón para agravar la situación del condenado se sostiene en *"...la mayor "alarma social", la "insuficiencia relativa de la pena ordinaria", la "mayor peligrosidad demostrada", o la "culpabilidad de la inclinación"..."*.

A mi entender **el agravio constitucional debe ser**

rechazado, en primer término, porque no se ha basado en las consecuencias particulares de la declaración de reincidencia en este caso concreto, sino que se ha efectuado una crítica general sobre la validez de la normativa que regula el instituto, direccionada tanto al momento mismo de la sanción, como a su propia existencia.

Sus críticas, se han dirigido a evaluar la constitucionalidad de la declaración de reincidencia y sus posibles colisiones con principios jurídicos superiores, que son correlato de derechos fundamentales, aunque **de una manera abstracta y sin efectuar un análisis del caso concreto**, por lo que omite brindar las razones por las que -en este caso en particular- se pondría en evidencia la vulneración de derechos en lo tocante al justiciable.

Hago notar en este sentido que lo abstracto del pedido de la recurrente se percibe en cuanto refiere, al identificar la forma en que podrían vulnerarse derechos de un procesado al aplicarse el instituto, que "*...Las consecuencias de la declaración de reincidencia, tanto respecto a la aplicación de una pena mayor como a la imposibilidad de acceder a ciertos beneficios, demuestran claramente que se están haciendo renacer delitos anteriores ya juzgados, y que se los valora para perjudicar la situación del individuo...*" (fs. 3 y vta.).

En la resolución que impugna, se le ha impuesto a C. **el mínimo de pena establecido para el delito por el que se lo condenara y no se le ha denegado ninguna solicitud con fundamento en la reincidencia declarada**. Esto evidencia, entonces, la **ausencia de perjuicio o afectación concreta de derechos constitucionales del procesado en el caso de autos en la actualidad**, condición necesaria para la procedencia del pedido de inconstitucionalidad efectuado por la parte.

Dicha **falta de afectación constitucional concreta excede las posibilidades de control constitucional difuso** de nuestro orden jurídico que, si bien pone en cabeza de todos los jueces la verificación de validez formal y material de las normas, **sólo faculta a que las conclusiones resolutivas tengan**

efecto particular, entre las partes y con base en los elementos y constancias de cada caso (art. 31 de la Carta Magna Nacional y 57 de la Local).

Una genérica evaluación de constitucionalidad se aleja del -prácticamente- indiscutido criterio jurisprudencial que ve en la declaración de invalidez una **medida de último recurso, sensible a la división de poderes**, que requiere prudencia y esfuerzo interpretativo para mantener -en la medida de lo posible- la integridad del cuerpo normativo legislado.

Así, la Suprema Corte Provincial ha sostenido: "*...la declaración de inconstitucionalidad de las leyes sólo tiene cabida como última ratio del orden jurídico; para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución causándole de ese modo un agravio. Para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las probanzas de la causa, y nada de esto acontece en el caso...*" (S.C.B.A., Causa n 87309 caratulada "U.,J. s/ Recurso de casación" del 13-9-2006).

Estas razones serían suficientes para rechazar el planteo. Sin perjuicio de ello, considero importante agregar que la **acotada aplicación actual de la reincidencia**, aleja las objeciones constitucionales que plantea la apelante, y vinculadas a transgresiones al principio de non bis in idem o al derecho penal de acto, con fundamento en la mayor peligrosidad de la persona (tampoco poseen el respaldo jurisprudencial que pretende la impugnante).

En lo referente a la denunciada afectación al principio de *non bis in idem*, es importante destacar que tres de los actuales Ministros de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** han expresado, remitiendo al dictamen emitido por la Procuración General de la Nación, que "*...el autor que ha experimentado el encierro que importa una condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (fallos 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que*

autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos: 311:1451)..." (Fallos 311:1099, del voto desestimatorio de la queja interpuesta, emitido por la Dra. Higton de Nolasco, y por los Dres. Fayt y Petracchi, que integra la mayoría junto al voto de la Dra. Argibay, quien declaró la inadmisibilidad de la queja intentada.).

Ya desde el año 1988, en el caso "L´Eveque" -citado en el voto analizado en el párrafo precedente (Fallos: 311:1451)-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el principio de **non bis in idem** "...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 incurriere en una nueva infracción criminal..." y que "...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. A lo que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...". Esta posición fue trazada a partir del precedente "Gelabert" del Máximo Tribunal Nacional (Fallos: 311:1209) y adoptada, también, en "Valdez" (Fallos: 311:552).

Considero oportuno agregar a estos argumentos los expuestos por la Dra. Argibay en el caso "Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", M. 1395 XLII, al analizar la agravante prevista en el art. 189 bis, 8vo párrafo, que agrava la sanción por cuando el autor registrare determinados antecedentes penales, ya que ellos resultan aplicables a los cuestionamientos constitucionales que efectúa la recurrente, en autos.

En el fallo citado, la Magistrada sostuvo que el principio "...según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento

individual orientado a quebrantar una norma de tal carácter... no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y que pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o de culpabilidad, según el caso." (Consid. 5º).

Abordando las objeciones que vinculan a dicha normativa con una expresión de **derecho penal de autor** explicó "*...que no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta a tales fines el modo en el que el individuo "ha conducido en general su vida" o las características esenciales de su personalidad..." (Consid. 6º)*

En ese voto destaca que la agravante reposa sobre un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito del agente en otra oportunidad, situación estrechamente vinculada con la **declaración de reincidencia, cuya validez constitucional** "*...fue declarada por esta Corte Federal hace más de dos décadas (Fallos: 311:552 y 1451), ocasión en la que se afirmó que haber sido condenado en una oportunidad anterior implica un mayor grado de culpabilidad por el desprecio que se manifiesta frente a la eventualidad de un nuevo reproche penal." (Consid. 9º).*

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con votos de los Ministros Maqueda, Petracchi, Highton de Nolasco y Argibay, y disidencia del Dr. Zaffaroni, resolvieron que el recurso extraordinario por el que se discutía la constitucionalidad de la declaración de reincidencia, cuya denegación originó esa queja, era inadmisibile conforme lo dispuesto por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C. 449. XLIX. "Recurso de hecho por Cabail Abad, Juan Miguel s/ causa nº 16.035" del 6/3/2014). Esa inadmisibilidad permite inferir, asimismo, la posición favorable de la -entonces- mayoría de los integrantes del Máximo Tribunal Nacional respecto de la adecuación constitucional del instituto.

Y por si lo hasta aquí expuesto no alcanzara, hace pocos días el **Máximo Tribunal Nacional resolvió la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en fecha 27 de Mayo de 2014 en autos "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en causa 11.835"** con votos afirmativos de los Dres. Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Highton de Nolasco y Maqueda.

La Suprema Corte de Justicia Provincial ha resuelto -en reiteradas oportunidades en el sentido que lo vengo proponiendo- que *"...Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente denuncia la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. y la violación de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. Nac., -en relación éste último con los arts. 5.6, 8.4, 9 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica- si no existe el agravio constitucional denunciado, pues el principio 'non bis in idem' (al que el impugnante no alude directamente sino por vía de alguna de las normas que cita) 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 (en referencia al art. 14 del Código Penal); tampoco para individualizar la pena que merece el nuevo delito (arts. 40 y 41 del C.P.).Pues, es extraña al ámbito de dicha tutela constitucional la circunstancia de que se compute como agravante la comisión de un delito anterior."* (S.C.B.A., P. 70.498 S 29-12-2004 , Juez HITTERS (SD) CARATULA: B.,P.A. s/ Robo MAG. VOTANTES: Hitters-Soria - Pettigiani - Genoud - Kogan; S.C.B.A., P. 86.679 S 30-11-2005 , Juez HITTERS (SD) CARATULA: V.,M.A.G.,R.H. s/ Robo calificado MAG. VOTANTES: Hitters-Pettigiani-Genoud-Negri-Roncoron; S.C.B.A., P. 70.350 S 31-10-2007 , Juez HITTERS (OP) CARATULA: L.C.,C.D. s/ Robo automotor MAG. VOTANTES: Negri-Hitters-de Lázzari-Kogan-Pettigiani S.C.B.A., P. 94.454 S 14-11-2007 , Juez HITTERS (SD) CARATULA: B.,J.A. s/ Recurso de casación MAG. VOTANTES: Hitters-Negri-Genoud-de Lázzari).

Y en idéntico sentido ha considerado que *"...el instituto*

de la reincidencia no vulnera la garantía constitucional del non bis in idem como así tampoco el principio de culpabilidad. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Ese deprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho..." (S.C.B.A., R.P. 109.615 I 14-7-2010 CARATULA: P.,C.E.y.o. s/ Recurso de casación. MAG. VOTANTES: Pettigiani-de Lázari-Soria-Genoud).

Por último quiero complementar el desarrollo precedente agregando que, **en mi opinión, es relevante tener en cuenta para evaluar el instituto de la reincidencia**, la pacífica interpretación jurisprudencial sentada a partir del precedente de la Suprema Corte Provincial P.98441 del 3-4-08, que estableció por unanimidad que para adquirir tal carácter (en los términos del art. 50 del C.P.) se requiere que el sujeto haya sufrido encierro en calidad de penado; criterio adoptado también por Tribunal de Casación Penal Provincial en el Acuerdo Plenario dictado en causa nro. 10.347, el 5/10/2006, por el que se resolvió que *"...El tiempo de encierro que sufra una persona en carácter de prisión preventiva, no puede ser considerado como cumplimiento parcial de pena a los efectos de fundar una declaración de reincidencia, en los términos del artículo 50 del Código Penal...."*.

Esta posición interpretativa, que puede denominarse **"reincidencia real"**, **permite despejar potenciales críticas sobre la razonabilidad de la aplicación del instituto**, ya que -adicionando los plazos dispuestos por los arts. 50 y 51 del C.P.- **se restringe -sensiblemente la cantidad de casos** en los que efectivamente existe esa declaración, quedando así reservado para aquellos casos que revisten reiteración y mayor gravedad; circunstancias que refuerzan la posición que excluye posibles cuestionamientos judiciales a su **validez constitucional por tratarse de competencias de oportunidad, mérito y conveniencia de una norma legal sustantiva, facultad propia del Poder Legislativo de la Nación (art. 75 C.Nac.)**.

Por las razones expuestas, voto por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del doctor **Barbieri**, votando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DIJO: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **confirmar** el veredicto y sentencia de fs. 11/15.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. BARBIERI, DIJO: Adhiero al voto del doctor **Giambelluca**, votando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del doctor **Giambelluca**, votando en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, junio 10 de 2014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, este **TRIBUNAL RESUELVE:** no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora Oficial, doctora Fabiana Vannini a fs. 1/4 de esta incidencia y, **CONFIRMAR** en todos sus términos el veredicto y sentencia de fs. 11/15, dictado por la señora Juez en lo Correccional n° 3 Departamental, doctora Susana González La Riva (arts. 42, 50, 163 inc. 6to. del Código Penal y arts. 421, 433 y 439 del C.P.P.).

Remitir sin más trámite en devolución los autos principales requeridos al Juzgado Correccional nro. 3 Departamental, previo adjuntar copia certificada de la presente.

Notificar en la incidencia. Hecho, devolverla al Juzgado de Origen.

