

En la ciudad de Quilmes, a los 17 días del mes de diciembre de 2012, el juez a cargo del Juzgado en lo Correccional N° 1 del Departamento Judicial Quilmes, Edgardo Horacio Salatino procede a dictar veredicto en la causa N° 7910-1 seguida a A. A. B., quien ha sido requerido a juicio en orden al delito de hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa.

El Sr. Fiscal, Dr. Sebastián Lucio Videla, en oportunidad de producir su alegato, consideró que con la prueba incorporada por su lectura y la que se produjo en la audiencia de debate, sobre la cual efectuó valoraciones, se ha tenido por probada la materialidad ilícita en el hecho que describió y calificó legalmente como hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa, atribuyendo la autoría y la responsabilidad penal del mismo a A. A. B..

No valoró eximentes de responsabilidad ni atenuantes y computó como agravantes la nocturnidad en cuanto a que facilitó la comisión del hecho en razón del escaso tránsito de personas y de la sombra existente y la sentencia condenatoria previa, solicitando que se imponga a A. A. B., la pena de un año de prisión de cumplimiento efectivo, más las costas del proceso, en orden al delito de hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa.

Solicitó, asimismo, la unificación de penas mediante el método compositivo y en un monto de tres años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la pedida respecto de esta causa y la pena única de dos años y once meses de prisión dictada por el Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

Por su parte, la Sra. Defensora Oficial, Dra. Gilda Maltas, expresó durante su alegato que el hecho que se ha ventilado en el debate debe ser legalmente encuadrado en la figura del hurto simple en grado de tentativa, toda vez que la investigación es insuficiente para acreditar la agravante del escalamiento en cuanto a que no se ha probado que haya existido el esfuerzo

o artificio adicional que tal figura exige y ni siquiera por qué sitio se accedió al inmueble.

Consideró también que no se ha acreditado la autoría de su defendido ya que las víctimas no lo individualizaron y el policía no fue testigo del hecho y dijo que lo conocía desde antes, mientras que la prueba incorporada por su lectura no puede suplir la producida en el juicio, la cual es insuficiente.

Valoró como atenuante el buen concepto institucional y el informe de desempeño que registra su defendido en el Servicio Penitenciario Provincial y estimó que no debe computarse como agravante la nocturnidad en razón de que no ha quedado probado que haya sido aprovechada específicamente para facilitar el hecho, ni tampoco la condena anterior toda vez que ello implicaría una doble valoración al violar el principio *ne bis in idem* y por tratarse de una valoración basada en la peligrosidad, lo cual implica aplicar derecho penal de autor y no de acto.

Solicita por ello que se dicte veredicto absolutorio respecto de su defendido A. A. B. por no haberse probado la autoría y subsidiariamente, que se califique el hecho como hurto simple en grado de tentativa y se lo condene al mínimo de la pena establecida para tal delito, valorándose la atenuante y sin computar agravantes.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 371 y 380 del C.P.P., el juez procedió a plantear y votar las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Está probada la existencia del hecho en su exteriorización material?
- 2) ¿Está probada la participación del procesado?
- 3) ¿Existen eximentes?
- 4) ¿Se verifican atenuantes?
- 5) ¿Concurren agravantes?

## **A la primera cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino**

**dijo:**

En atención a la prueba incorporada por su lectura y la producida en el curso de la audiencia de debate corresponde dar una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, pues se encuentra debidamente acreditado que el 21 de julio de 2011 aproximadamente a las 0.50, en el inmueble ubicado en la calle ... de la localidad de San Francisco Solano, partido de Quilmes, propiedad de D. D. P. y de N. I. C., ingresó una persona de sexo masculino escalando un muro de aproximadamente tres metros de altura e intentó apoderarse ilegítimamente de herramientas de mano, tales como cinco llaves, dos pinzas, dos cables de alargues y una hidrolavadora propiedad de C., no logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad.

Lo así descripto, lo encuentro probado debidamente mediante los siguientes elementos de prueba que seguidamente mencionaré y valoraré.

D. D. P. manifestó en la audiencia de debate que el día 21 de julio de 2011 estaba en su casa a punto de irse a acostar cuando escuchó ruidos en el terreno de al lado y desde la ventana del baño vio en el terreno a un flaco de espaldas, corriendo para el lado de la calle, a quien le "pegó" un grito y dijo a su señora que llamara al 911.

Expresó que llegó la policía y antes también su cuñado – N. I. C. - con el que buscaron en el terreno a esa persona y lo encontraron escondido bajo el auto del declarante, sacándolo de las "patas" y tirándosele su cuñado encima para retenerlo.

Dijo que en el terreno había cosas revueltas y había cosas tiradas afuera de la casa, del lado de la calle.

Refirió que el terreno y su casa está dividido por un muro y que existe un muro perimetral que rodea su casa y el otro terreno de tres metros de alto en el frente pero en la parte lateral es más bajo y supone que

aquella persona entró por al lado ya que había unas rejas más bajas y el piso de al lado está más levantado, por lo que puede haber medio metro o un metro menos y que por el frente es muy difícil entrar.

Relató que vio cajones de cerveza apilados como para intentar saltar pero que quedó lejos, mientras en cuanto al terreno lindero no sabe si hay objetos que puedan facilitar el ingreso pero intuye que sí, agregando no recordar que el personal policial haya verificado los terrenos lindantes.

N. I. C. declaró en el debate que el 21 de julio de 2011 estaba en una reunión con amigos y lo llamó su hermana para decirle que se habían metido en el terreno, viendo cuando llegó a una persona en el terreno, en cuyo medio se guarda un vehículo, hay herramientas y una pared divisoria de ese terreno y la casa de su mamá.

Dijo que el frente es alto, arriba de tres metros, mientras que en los costados puede ser de un metro, metro veinte, metro cincuenta y la división con la casa de su mamá también es más chica.

Refirió que encontraron una mochila, herramientas, alargues, fuera del portón, otros elementos desparramados y había un revuelto bárbaro dentro del galpón ya que lo que debía estar en su lugar estaba tirado en el piso, mientras que la persona estaba en el fondo del terreno, escondido bajo el auto de su cuñado, con el que lo sacaron, forcejearon para sacarlo, vino la policía, respecto de la cual no sabe si revisó el lugar, aunque parecía estar al tanto de cómo eran las medianeras.

R. R. manifestó ser policía y que el día de mención prestaba servicios en la Comisaría Cuarta de Quilmes, cuando por un llamado al 911 fue comisionado a constituirse en una vivienda de calle ... por un robo, avisándose que tenían reducida a una persona en el fondo de la vivienda, por lo que entraron por el portón y vieron, en efecto, a una persona reducida en el piso y sobre el cual le dijeron que lo habían visto merodeando en el patio y

enterándose que por debajo del portón había sacado pertenencias de la vivienda, las cuales se trataban de herramientas que las personas reconocieron como propias.

Refirió que pensó que tal persona entró por el lado de la vivienda que no tiene más de un metro ochenta, mientras que en la parte del frente había una pared de tres metros con un portón.

Dijo que realizaron la inspección ocular para constar que no hubiera elementos de peligrosidad y luego expresó que había un perímetro de cuatro laterales que no eran iguales, no habiendo entrado en las casas vecinas para ver cómo eran las mismas.

Valoraré ahora, las piezas procesales incorporadas por su lectura al debate en el sentido indicado en el artículo 366 del C.P.P. y en los términos fijados al momento de resolver las cuestiones del artículo 338 del mismo código ritual.

Así, en el acta de inspección ocular obrante a fs. 3 constan las particularidades de la zona en que se ubica el inmueble sito en ... de San Francisco Solano, cuyo tránsito es escaso durante el día y disminuye hasta la noche hasta tornarse casi nulo, mientras que el inmueble presenta un perímetro cercado consistente en un muro material de alrededor de dos metros y medio de altura aproximadamente.

Valoro en el mismo sentido y como prueba documental el croquis ilustrativo de fs. 3vta. respecto del lugar donde ocurrió el hecho.

Debo valorar también el acta de procedimiento obrante a fs. 1/2 en cuanto consta que se halló una máquina hidrolavadora ubicada al pie del portón pero del lado de adentro, que C. reconoció como de su propiedad, mientras que sobre la vereda se hallaron cinco llaves, dos pinzas y dos cables de alargues.

Sentado ello, ninguna duda me cabe en cuanto a que el suceso ha ocurrido de la manera descrita al iniciar esta cuestión y que las

constancias probatorias para acreditarlo son por demás contundentes y encaminadas a la certeza positiva.

Considero por ello, que la valoración judicial de cada uno de los elementos de convicción que he mencionado, permiten dar una respuesta afirmativa al tópico en tratamiento pues resultan suficientes y coincidentes para llegar a la conclusión que el hecho ocurrió del modo en que lo he relatado.

Tengo, entonces, por acreditada la materialidad ilícita del hecho descrito y así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 371 inc. 1° y 373 del C.P.P..

**A la segunda cuestión, el juez Edgardo Horacio Salatino dijo:**

Tengo por acreditado, en mi sincera convicción, que A. A. B. ha participado en el hecho que he tenido por probado al tratar la cuestión anterior.

D. D. P. se refirió a la persona que vio en el terreno como flaco, vistiendo campera y capucha, mientras que N. I. C. dijo que era más flaco que él, morocho, de pelo negro vistiendo bermudas y cree que una campera.

En cuanto a la declaración del policía R. R. sólo habré de valorar que manifestó que la persona reducida tenía campera y pantalón tres cuartos de nylon y que su apellido era B., a quien ya conocía en razón de que había tenido algunas entradas en la comisaría.

Sentado ello, también en esta cuestión debo decir que la valoración judicial de la prueba previamente analizada me orienta, como ya adelantara, a votar por la afirmativa.

La coincidencia de la prueba testifical, la circunstancia de su inmediata aprehensión luego de cometido el hecho y en el lugar de comisión y la individualización formulada también en ese acto por uno de los testigos,

dan clara cuenta de que el mismo participó en el evento que tuve por probado al tratar la primera cuestión.

En tal sentido, entonces, considero también coincidentes los elementos probatorios orientados a acreditar la participación de A. A. B. en el hecho que se ha tenido por probado al tratar la primera cuestión y así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 371 inc. 2° y 373 del C.P.P..

**A la tercera cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino dijo:**

No se verifican eximentes de pena ni otras causales que ameriten la exclusión de la culpabilidad del imputado.

Así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 371 inc. 3° y 373 del C.P.P..

**A la cuarta cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino dijo:**

Valoro como atenuante el buen concepto institucional y el informe de desempeño que registra el imputado en el Servicio Penitenciario Provincial conforme lo requerido por la Defensa, ya que si bien es cierto que tal informe ha sido confeccionado en orientación a una modificación en el régimen penitenciario al que se encuentra actualmente sujeto, como manifestó el fiscal, no menos cierto es que su lugar de residencia es actual y temporariamente una unidad carcelaria y cualquier informe de concepto actualizado sólo puede provenir del organismo a cuyo cargo se encuentra.

Tal informe ha de incluir legalmente el aspecto sobre los vínculos personales – en este caso con las otras personas detenidas y con el personal del Servicio Penitenciario – lo cual constituye una de las circunstancias que deben tenerse en cuenta a fin de fijar la condenación, conforme lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del C.P. y por lo que he de valorarlo aquí positivamente.

Así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 371 inc. 4° y 373 del C.P.P..

**A la quinta cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino**

**dijo:**

La Fiscalía computó como agravantes la nocturnidad en cuanto a que facilitó la comisión del hecho en razón del escaso tránsito de personas y de la sombra existente y la sentencia condenatoria previa.

La Defensa, por el contrario, estimó que no debe computarse como agravante la nocturnidad en razón de que no ha quedado probado que haya sido aprovechada específicamente para facilitar el hecho, ni tampoco la condena anterior toda vez que ello implicaría una doble valoración al violar el principio *ne bis in idem* y por tratarse de una valoración basada en la peligrosidad, lo cual implica aplicar derecho penal de autor y no de acto.

Al respecto, no habré de computar la nocturnidad en este caso, toda vez que no consta ni surge de los elementos probatorios, que tal circunstancia haya sido tomada en cuenta por el imputado para facilitar la comisión del hecho o que en su caso haya podido ocasionar mayor perjuicio a la víctima o ser utilizada para lograr la impunidad.

Por el contrario, el proceso ejecutivo del evento fue frustrado en razón de que uno de los propietarios del inmueble se encontraba en la finca lindera en trance de irse a descansar y pudo observar al imputado, siendo dable suponer que en horario diurno el testigo podría no haber estado en la casa y, consecuentemente, darse una hipótesis de facilidad para el desapoderamiento.

En cuanto a la condena anterior que registra B. en virtud de lo que surge de los testimonios aportados en el debate por el Ministerio Público Fiscal, conforme lo solicitado por la Fiscalía, debo decir que si bien hasta el momento he sostenido que tal circunstancia denotaba mayor culpabilidad al concretar así, el desprecio por el orden jurídico, un nuevo examen de la

cuestión me lleva a considerar que ese extremo no debe computarse como agravante, análisis éste, suscitado por la petición expresa de la Defensa y que anteriormente no me fuera planteado en otro caso.

Decir que tal cuestión no es sencilla resulta una obviedad, mas no huelga recordarlo en razón de la profundidad e importancia de los aspectos que toca y a sus implicancias y, en menor medida, al hecho de que se trata de un tema de antiquísima data que, como tantos otros, conlleva posturas jurisprudenciales y doctrinarias radicalmente opuestas, modernas y tan antiguas como el problema.

El análisis debe discurrir por determinar si la valoración de las condenas anteriores, esto es, la reincidencia ya sea real o ficta, afecta o no la garantía del *ne bis in idem* por un lado, y el principio de culpabilidad, por otro, mas previamente debo formular algunas consideraciones encaminadas a fijar el asunto a tratar con mayor precisión.

En atención a que la determinación judicial de las penas divisibles debe realizarse de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo 41 del Código Penal, debe establecerse en cuál o cuáles circunstancias se encuadra una anterior condena más allá de que, como ya es sabido, la norma no indica expresamente la orientación hacia el carácter de atenuante o de agravante en la valoración de aquellas, por lo cual ha quedado ello en manos de la jurisprudencia y la doctrina.

Considero que las condenas anteriores encuadran en las reincidencias en que el imputado hubiera incurrido, como una de las circunstancias que deben valorarse para fijar la pena que corresponda.

Sin embargo, debo adelantar que en el caso de marras no habrá de tratarse el asunto en los términos del artículo 50 del C.P. pues además de que las partes correctamente no lo han planteado, no obra en autos constancia alguna que determine su eventual aplicación.

Se ha considerado si “una de las cuestiones interpretativas del art. 41 es la de si, al hablar de las reincidencias en que hubiera incurrido el autor, se refiere sólo a la valoración de aquellas condenas respecto de las cuales se dan los requisitos del art. 50 del Código Penal” para luego responder que “el carácter agravante de las sentencias condenatorias previas debería quedar reservado para aquellas que merecen la declaración de reincidencia, mientras que las demás o bien podrían quedar fuera del análisis, o bien sería posible valorarlas como atenuante” (ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 159).

He traído esta opinión por la exclusiva razón de que en el caso de autos, como dije, no tendría aplicación el artículo 50 del C.P. y mi análisis vería el final con un voto negativo, y que constituye, además, otro velo que dificulta la correcta valoración, pero de la lectura completa del artículo 41 cabe deducir y así lo estimo, que el legislador utilizó el término “reincidencias” en el sentido de la reiteración delictiva.

Si bien es cierto que "genéricamente, reincidencia es recaída en el delito; pero el concepto natural no concuerda con el concepto jurídico, pues solamente se puede hablar de reincidencia cuando la recaída tiene ciertas características..." (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 507) también es claro que ese concepto jurídico es el que corresponde a la situación reflejada en el primer párrafo del artículo 50 del C.P., mientras que en las reincidencias a que alude el artículo 41 encuadra la definición natural traducida en la simple reiteración del delito.

Consecuentemente y a todo evento, no cabe su encuadramiento en la conducta precedente y demás antecedentes personales, ya que parecería que se tratan de circunstancias relacionadas con la vida que la persona ha llevado y que podrán constituirse en elementos indicadores en la

culpabilidad, sobre lo cual me expediré más adelante, más no una conducta precedente o antecedente delictivo.

Demás está decir que no puede considerarse un antecedente en el sentido del artículo 41 la eventual existencia de uno o varios procesos penales en trámite, toda vez que para efectuar una valoración en sentido afirmativo resulta imprescindible la existencia de una condena firme ya que la mínima posibilidad de absolución hará caer también la posibilidad de efectuar consideraciones relativas a los fines de la pena o, incluso aún, a cuestiones de la culpabilidad.

Estimo que la presunción de inocencia que surge por consiguiente del artículo 18 de la Constitución Nacional y también de pactos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad (Art. 75 inc. 22 C.N.) tales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8º, nº 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 nº 2 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 nº 1, además de tener lógica recepción en abundante jurisprudencia (C.S.J.N. Fallos 295: 782, entre otros), también resulta, por consiguiente, un obstáculo definitivo para la consideración de tal circunstancia como un antecedente, traducido en un agravante.

Creo haber fijado el terreno normativo en el que se debate el asunto cuyo análisis, entonces, debe orientarse a determinar “si es posible que la recaída en el delito (*reincidencia*) se pueda computar como una agravante, esto es, si quien delinque después de haber sido condenado por una sentencia firme (*reincidencia ficta*) o de haber sufrido una pena (*reincidencia verdadera o real*), puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada respecto de la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la condena o a la pena sufrida” (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 640. Bastardilla en original).

Sentado ello, pasaré a considerar si se verifican las afectaciones a las garantías antes mencionadas.

Con respecto a la del *ne bis in idem*, estimo que tal valoración no afecta el principio toda vez que no se trata de un nuevo juzgamiento por un hecho ya perseguido o, para el caso, de una nueva sentencia condenatoria por un delito cuyo autor ya fue condenado por el mismo suceso.

La única posibilidad que admitiría esa consideración sería la de la reincidencia en los términos del artículo 50 del C.P. en cuanto ese factor “ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, en virtud de la imposibilidad de obtener la libertad condicional por aplicación del art. 14 [y] no podría agravarse nuevamente con el mismo fundamento la pena...” (ZIFFER, Patricia, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial 2 A*. Dirección: David BAIGÚN – Eugenio Raúl ZAFFARONI, Coordinación: Marco A. TERRAGNI, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 91).

Sin embargo, esa alternativa no resulta tampoco viable pues, específicamente en este caso ya adelanté que no habría de tratar el asunto en los términos del artículo 50 del C.P. por no darse las circunstancias fácticas y normativas.

Sin perjuicio de ello, debo agregar en similar sentido que al dictar veredicto y sentencia con fecha 17 de septiembre de 2012 en el marco de las causas N° 5388 y 5698 del registro del Tribunal en lo Criminal N° 2 Departamental que integré provisoriamente, que la reincidencia no es más que un estado al que la ley penal atribuye diversas consecuencias jurídicas, de manera que no es el instituto en sí, sino tales consecuencias jurídicas las que podrían, eventualmente, resultar censurables (v.gr.: art. 52 del CP, fundamentalmente a la luz de lo resuelto por la C.S.J.N en los autos “Gramajo,

*Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa*”, causa n° 1573, sentencia del 5 de septiembre de 2006).

Por lo tanto y siempre en el marco de la hipótesis, fuera de lo relacionado con la determinación de la sanción, resultaría prematuro el eventual tratamiento en esta instancia de otras posibles consecuencias de la reincidencia, más propias de la etapa de ejecución de la pena (v.gr., art. 14, CP).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el principio *ne bis in idem* "prohíbe la nueva aplicación de pena en el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena - entendida 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" (C.S.J.N. Fallos 311:553, 311:1451). La cita también ha sido empleada por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II en la causa N° 6883, fallo del 20 de diciembre de 2001.

Más allá de que sobre la segunda parte de la cita precedente habré de seguir desarrollando la cuestión, he de dejar asentada mi postura en cuanto a que la valoración de las condenas anteriores no se trata de un problema de doble o múltiple valoración de una misma circunstancia sino que "en realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal o tan solo sobre la forma de cumplir la pena, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho – que “etiqueta” al autor – de la condena o la pena sufrida. El hecho anterior, en sí, no se vuelva a juzgar, ni se pena nuevamente, sino que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autores, igual a la que establecemos cuando decimos “funcionarios públicos”, “militares”, “jueces”, etc. y agravamos, por esa calidad, la pena de algún delito”

(MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 640. Encomillado en original).

En razón de la última consideración, he de pasar al análisis del segundo aspecto, cual es el del principio de culpabilidad y adelanto que la valoración de las condenas anteriores como circunstancia agravante en la fijación de la pena vulnera tal garantía, conforme lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro país impera lo que se conoce como culpabilidad por el acto o por el hecho o, desde otra óptica, derecho penal de acto y que surge de los mencionados artículos 18 y 19 de la C. N., en contra de la llamada culpabilidad por el autor o derecho penal de autor, por lo que solamente una acción humana puede ser calificada por ley como delito y, consecuentemente, pasible de la aplicación del *ius puniendi* en quien la realizó, mas nunca aplicarse una sanción a esa persona, por tratarse de esa persona específica o por lo que es.

De esta manera, “*si la pena debe fundarse en lo que establece la ley (art. 18), y ésta sólo puede válidamente seleccionar acciones – orden discontinuo de ilicitudes (art. 19) -, la aplicación de la pena sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y, por lo contrario, carece de toda legitimidad si aparece como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo*”. (MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en A.A.V.V., *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 78. Bastardilla en original).

Recordemos que "la persona en sí misma, sus características, su personalidad, sus ideas, no son objeto de desaprobación legal, porque todos tienen derecho de vivir, de ser y de pensar en condiciones

de igualdad, esto es, en un marco de tolerancia de la diferencia. El derecho penal de autor desvalora a la persona por lo que es mientras que el de acto por lo que *hace* o deja de hacer (SILVESTRONI, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 121. Bastardilla en original).

La condena anterior, entonces, no forma parte del acto merecedor de reproche y debe quedar fuera de cualquier valoración negativa en la determinación de una nueva pena.

Pensemos en que, una vez firme la sentencia condenatoria, el individuo adquiere lógicamente el carácter de condenado y así nos referimos a esa persona, sin ánimo peyorativo, en resoluciones, notas, artículos, etc. que se relacionen con esa específica condena.

Luego de que esa condena fue cumplida, el carácter procesal de condenado ha finalizado y sólo subsiste en los términos del artículo 51 del C.P. y a los efectos allí consignados, que en este caso poca o nula relación tiene con la situación que estoy resolviendo, con lo cual aquella condena ha pasado a ser parte de la historia de vida de la persona y reside en su fuero íntimo. Ese individuo ha pasado a ser una persona anteriormente condenada.

Entonces, si se valora negativamente la condición de "anteriormente condenado" de la persona a quien se va a condenar por haber cometido un hecho delictivo y, por consiguiente, se agrava la pena a imponérsele en razón de tal condición, ese plus de la sanción es consecuencia lisa y llana de la aplicación del derecho penal de autor, reñido como dije, con el principio de culpabilidad de acto imperante en nuestras leyes.

Cabe citar en la misma dirección la similar estimación en cuanto a "la violación al principio de culpabilidad que se derivaría de considerar que el reincidente es más reprochable que el primario" (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa N° 8554 caratulada "M.,

R.G. s/ recurso de casación”, Sentencia del 27 de mayo de 2004. Voto en minoría del juez Sal Llargués).

Este extremo es la columna vertebral del problema planteado sobre el que cabe concluir, una vez más, que valorar como agravante una condena anterior afecta el principio de culpabilidad por el acto y, por consiguiente, los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

También debe descartarse la valoración de las condenas anteriores con el prisma de la peligrosidad, esto es, que el individuo que reitera conductas delictivas resulte más peligroso que un primario.

Ese rechazo descansa nuevamente en el principio de culpabilidad por el acto, ya que aquella estimación es uno de los más claros ejemplos del derecho penal de autor.

Sobre este punto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de junio de 2005 Serie C N° 126, que “en concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (párrafo 94).

En el párrafo 95 expresa que “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos

futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobreponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado”.

Cierro la cita con el párrafo 96 cuando dice que “en consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”.

A mayor abundamiento respecto al rechazo a la peligrosidad en la determinación de las penas debo citar el fallo "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando dice que "la concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución (...) repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1° de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948" (C.S.J.N. Fallos 328:4343, Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de arma en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174).

Lo expresado y citado resulta por demás suficiente para considerar y concluir que la peligrosidad como factor aumentativo de una sanción penal vulnera las normas y principios constitucionales y convencionales antes mencionados.

Ahora bien, el mismo principio de culpabilidad determina, además, que la ponderación de agravantes al momento de mensurar la pena debe ejercerse indefectiblemente en el marco del injusto y de la culpabilidad del autor, que opera como un límite infranqueable en la reprochabilidad que pueda achacarse a la persona.

Al respecto, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha considerado que “la peligrosidad del imputado (...) únicamente puede ser valorada como correctivo para reducir a su cauce las necesidades de castigo en función de consideraciones preventivo especiales, pero no como una circunstancia agravante en forma paralela al principio de culpabilidad, en el que se ubica el tope máximo de reproche al que se puede aspirar sin lesionar aquellas disposiciones constitucionales” (TCPE, Sala II, causa n° 29.941, sentencia del 18/12/2008, entre muchas otras).

Corresponde, entonces, considerar constitucionalmente imposible una valoración negativa para el imputado de los diagnósticos o pronósticos que excedan el reproche por el acto y se refieran, esencialmente, a su forma de ser o a sus tendencias futuras.

Asimismo, si en el principio de culpabilidad se instala el tope máximo del reproche que se puede formular a la persona, la pena a imponerse debe guardar proporción con la gravedad de la culpabilidad y no podrá excederla. Consecuentemente, si una condena anterior no puede agravar la culpabilidad, tampoco podrá ser una circunstancia generadora de un aumento de pena, ya que “el criterio para la determinación judicial de la pena que se ha sostenido como el que mejor se compadece con el Derecho Penal de acto que nuestra Constitución Nacional consagra, determina, para decirlo a modo de síntesis, que: *la culpabilidad es el límite máximo de la pena...*” (MAGARIÑOS, Mario, *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en A.A.V.V., *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 80/81. Bastardilla en original).

Por último, tampoco resulta posible el agravamiento de la pena en razón de la existencia de un antecedente condenatorio por considerar como consecuencia principal del principio de culpabilidad, que esa persona tuvo mayor capacidad de motivarse en la norma al haber sido antes condenado.

El principio de culpabilidad impide penar a una persona que no haya podido decidir con libertad entre el cumplimiento y la vulneración de la norma, más no existe medio probatorio que pueda determinar que esa libertad es mayor en una persona que ya fue condenada.

Para ello habría que considerar que la pena genera, indefectiblemente en cada persona que la sufre, una suerte de conciencia que va a producir en su interior un mayor y futuro respeto por la Ley, que antes quebrantó.

Esta concepción deja fuera el hecho de que, como antes dije, la condena anterior pasa a formar parte de la historia personal del individuo, en la cual se ubican todas y cada una de sus vivencias, acciones, sentimientos, condicionamientos, problemas, relaciones, etc., que todos y cada uno de los seres humanos poseemos y en forma única, por supuesto, y que conforman la personalidad.

Consecuentemente, volvemos otra vez a la situación de estar juzgando así la personalidad del individuo y no sus conductas y nuevamente debo decir que ello viola el principio de culpabilidad por el acto.

Al mismo tiempo, los efectos que, entonces, una condena puede producir en las personas podrán ser tantos y tan distintos como tantas personas hayan sido condenadas, con similitudes por supuesto, pero también con diferencias, por lo que no puede concluirse que la persona anteriormente condenada cuenta, por esa razón, con mayor capacidad de motivación en la norma.

Podrán existir personas a quienes la pena genere esa capacidad, mas también habrá otras con quienes no ocurra lo mismo.

De hecho, “conforme al presente estado del conocimiento no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación” (ROXIN, Claus, *“Derecho Penal, Parte general”*, Tomo I, Civitas, con cita de Lackner, Madrid, 1997, p. 808, trad. de Diego Manuel Luzón Peña – Miguel Díaz y García Conlledo – Javier de Vicente Remesal).

Esta imposibilidad probatoria genera, entonces, la imposibilidad de establecer como si fuera una regla, que la condena anterior produce mayor capacidad de motivarse en el derecho y, por ende, que una nueva violación legal resulte más intensa y merezca mayor sanción.

Cierro la cuestión diciendo que si por aplicación del principio de culpabilidad “no hay pena sin exigibilidad”, tampoco puede haber mayor pena sin mayor exigibilidad, por lo que al no haber mayor exigibilidad por el solo hecho de que B. tenga antecedentes penales, no habré de imponerle una mayor pena por tal circunstancia.

Voto, entonces, por la negativa por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 371 inc. 5° y 373 del C.P.P..

De conformidad con el resultado que ha arrojado la votación de las cuestiones anteriores y lo dispuesto en los artículos 373 y 374 del C.P.P. es que seguidamente RESUELVO:

Pronunciar VEREDICTO CONDENATORIO contra A. A. B., de las demás circunstancias personales obrantes en la causa, por haber participado en el hecho que se ha tenido por probado al tratar la primera cuestión.

Con ello se dio por finalizado el acto, firmado el juez por ante mí, de lo que doy fe.

Acto seguido, a fin de dictar sentencia conforme lo dispuesto en el artículo 375 del C.P.P. se plantean las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Cuál es la calificación legal del delito?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino**

**dijo:**

El hecho que se tuvo por probado al tratar la primera cuestión del veredicto debe ser calificado como hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa en los términos de los artículos 42 y 163 inciso 4° del Código Penal, delito por el que A. A. B. deberá responder en calidad de autor.

Considero probados tanto los requisitos objetivos como subjetivos del tipo penal mencionado al haberse acreditado que B. ingresó a la vivienda al trasponer un muro que tenía una altura aproximada de un metro ochenta o dos metros. Me remito para ello, a la valoración de las declaraciones de los tres testigos y el informe de la inspección ocular de fs. 3.

Si bien es cierto que los policías no revisaron las fincas linderas para evaluar en forma completa el lugar donde ocurrió el hecho y sus adyacencias y poder determinar, por ejemplo, si hubo elementos que facilitaran el ingreso, no menos cierto es que P. dijo que el individuo debió entrar por el muro del costado y debo decir que ese muro, pese a ser más bajo que el del frente, no lo es tanto como para no ser considerado una defensa de la

propiedad preconstituida para el cercamiento y, paralelamente, una vía no destinada al ingreso a la finca.

De esta manera estimo que ha existido por parte de B., una actividad específicamente destinada a vencer la defensa que constituía el muro perimetral de la vivienda.

Cabe decir que "tradicionalmente se concibió el escalamiento como la penetración al lugar donde se encuentra la cosa por una vía no destinada al efecto, mas como se advirtió que en muchos casos esas vías podían no exigir escalamiento (p.ej., una ventana con alféizar muy bajo, que se transpone prácticamente andando), se trasladó la esencia del agravamiento al hecho de que el autor tenga que superar una verdadera defensa mediante un esfuerzo físico, actividad o artificio; sin embargo, este último criterio, autónomamente considerado, no deja de plantear dudas, ya que, en última instancia, puede depender de las características físicas del autor (un hombre alto podrá transponer sin esfuerzos una ventana baja, pero el de pequeña estatura la escalaría), pero asume un sentido correcto cuando se lo relaciona con el de defensa predispuesta al que antes nos hemos referido: **cuando el esfuerzo, actividad o artificio se llevan a cabo para vencer la defensa predispuesta, tendremos un escalamiento típico**" (CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 413/414. El resaltado me pertenece).

La oración reseñada en el párrafo precedente se adapta a la perfección al caso de marras.

Así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 106, 210, 373 y 375 inc. 1° del C.P.P..

**A la segunda cuestión el juez Edgardo Horacio Salatino dijo:**

En atención al resultado de la votación de las cuestiones aquí tratadas, de conformidad con las pautas señaladas para la determinación

judicial de la pena y por haber valorado las circunstancias atenuantes, me orientan a estimar adecuado imponer a A. A. B., de las demás circunstancias personales obrantes en autos, la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, por resultar autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa, cometido el 21 de julio de 2011 en Quilmes en perjuicio de N. I. C.

Asimismo, el causante registra un antecedente condenatorio, consistente en la pena única de dos años y once meses de prisión y costas, comprensiva de las sanciones de tres meses de prisión y costas por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo, cometido el 9 de septiembre de 2011 y de cinco años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 2 Departamental y dos años y nueve meses de prisión y costas dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 Departamental.

Tal sentencia fue dictada con fecha 21 de octubre de 2011 por el Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora y cuya pena vencerá el 5 de agosto de 2014, conforme los testimonios incorporados por su lectura durante el debate.

A consecuencia de ello corresponde proceder a la unificación de penas conforme lo dispuesto en el artículo 58 del C.P. y el Sr. Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del C.P.P., ha solicitado la imposición de la pena única de tres años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas comprensiva de ambas sanciones, mientras que la Defensa no se ha expedido al respecto.

Sentado ello, habré de utilizar los criterios normativos adecuados al caso ya que en las "hipótesis de concurso real o unificación de condenas, el tribunal que impone la pena total puede aplicar su propio criterio dentro de la escala penal que se indica para la pena total en los arts. 55, 56 y 57, sin quedar obligado a respetar como mínimo la pena impuesta por la

sentencia anterior, sino que puede unificar condenas imponiendo incluso una pena inferior a aquella" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003 pp. 1018/1019. Con citas de Fontán Balestra y De la Rúa).

De esa manera, valorando las características y modalidades de los hechos que se han tenido por demostrados, las circunstancias agravantes y atenuantes y las pautas mensurativas previstas en los artículos 40 y 41 del C.P. considero adecuado que se condene a A. A. B. a la PENA ÚNICA de TRES AÑOS de prisión, comprensiva de ambas sanciones.

En tal sentido resulta adecuado, una vez firme este pronunciamiento, ordenar la detención de A. A. B., librándose los pertinentes oficios para efectivizar tal orden, teniendo en cuenta que el mismo ya se encuentra detenido a disposición del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

Por otra parte, de las constancias de la causa y de la audiencia en los términos del artículo 41 del C.P. surge una notoria insolvencia por parte del imputado, razón por la cual resulta adecuado eximirlo del pago de las costas del proceso.

Así lo voto por ser mi sincera convicción.

Rigen los artículos 5°, 40, 41, 42, 45, 58 y 163 inciso 4° del Código Penal y 18, 106, 210, 371, 373, 375, 380 y 532 del Código Procesal Penal.

Con ello se dio por finalizado el acto, firmado el juez por ante mí, de lo que doy fe.

## SENTENCIA

Quilmes, 17 de diciembre de 2012

En atención al resultado del veredicto, corresponde dictar sentencia, por lo que seguidamente RESUELVO:

I) CONDENAR a A. A. B. ... a la pena de SEIS (6) MESES DE PRISIÓN por resultar autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa, cometido el 21 de julio de 2011 en Quilmes en perjuicio de N. I. C..

II) CONDENAR a A. A. B., de las demás condiciones personales ya expuestas, a la PENA ÚNICA de TRES (3) AÑOS de PRISIÓN, comprensiva de la sanción impuesta en el punto I) y de la pena única de dos años y once meses de prisión y costas impuesta por el Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora con fecha 21 de octubre de 2011 en la causa N° 07-00-053890-11, de ese registro.

III) ORDENAR la detención de A. A. B., librándose los pertinentes oficios para efectivizar tal orden, teniendo en cuenta que el mismo ya se encuentra detenido a disposición del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, una vez firme este pronunciamiento.

IV) EXIMIR a A. A. B. del pago de las costas del proceso.

Rigen los artículos 5°, 40, 41, 42, 45, 58 y 163 inciso 4° del Código Penal, 18, 106, 210, 371, 373, 375, 380 y 532 del Código Procesal Penal y 168, 169 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

V) Regístrese, notifíquese, comuníquese, practíquese liquidación de gastos y costas y fórmese el legajo para remitir al Juzgado de Ejecución Penal correspondiente y, oportunamente, archívese.