

## *Poder Judicial de la Nación*

Causa N° 3887

González, Alejandro Ramón

Cnochaert, Ricardo Luis

Ávila, Gustavo Ariel

s/ robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en poblado y en banda y cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante coacción en calidad de coautor

///nos Aires, 5 de septiembre de 2011.

### **Y VISTOS:**

Se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Capital Federal, Doctores Alberto Huarte Petite, en su carácter de Presidente, Martín E. Vázquez Acuña y Luis R. J. Salas, para dictar sentencia en la presente **causa n° 3887** seguida contra **ALEJANDRO RAMÓN GONZALEZ**, argentino, nacido el 28 de octubre de 1978 en esta ciudad, titular del D.N.I. 27.069.854, Prontuario Policial n° R.H. n° 269.530 y del Registro Nacional de Reincidencia n° 02017560, soltero, hijo de Dolores Verón, padre desconocido, con último domicilio en la calle Manuel Maza 3770, Lanus, identificado con el prontuario policial serie R.H. 269.530 y en el Registro Nacional de Reincidencia con el expediente n° 02017560, actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal N°I de Ezeiza del S.P.F.; **GUSTAVO ARIEL AVILA**, argentino, nacido el 26 de diciembre de

1980 en San Martín, Prov. de Buenos Aires titular del D.N.I.28.440.792, Prontuario Policial n° R.H. n° A.G.E. 79.837 y del Registro Nacional de Reincidencia n° 02022894, soltero, hijo de Fernando Reinaldo y de Noemí Orfilia Muñoz, con domicilio real en Lagorio 1349, Villa Bosch, Provincia de Buenos Aires; y **RICARDO LUIS CNOCHAERT**, argentino, nacido el 26 de diciembre de 1980 en San Martín, Prov. de Buenos Aires titular del D.N.I.28.440.792, Prontuario Policial n° A.G.E n° 354084 y del Registro Nacional de Reincidencia n° 02017564, soltero, hijo de Fernando Reinaldo y de Noemí Orfilia Muñoz, con domicilio real en Lomas Valentinas 3131, Lanús Oeste, Provincia de Buenos Aires.

I. El Sr. Fiscal, Dr. Horacio R. Amelotti, a fs. 433/438, requirió la elevación a juicio de la causa nro. **3887**, seguida contra **Ricardo Luis Cnochaert, Alejandro Ramón González** y **Gustavo Ariel Ávila**, endilgando a **Cnochaert** y **González** ser coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede ser por ningún modo acreditada, en poblado y en banda, y cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso ideal con el delito de privación ilegítima de la libertad agravado por haber sido cometido mediante coacción (arts. 45, 142 inciso 1°, 166 inciso 2° último párrafo y 167 incisos 2° y 4° del Código Penal de la Nación); y a **Ávila**, ser coautor penalmente responsable del delito de encubrimiento (art. 277 inciso 1° apartado "C" del Código Penal de la Nación)

## *Poder Judicial de la Nación*

**II.** Ante el Tribunal la Sra. Fiscal General, Dra. Irma Adriana García Netto, requirió a fs. 543 la prosecución del procedimiento por la vía abreviada que regula el artículo 431 bis del Código Procesal Penal, y acompañó el acta de la entrevista que mantuvo con los procesados y los Dres. Miguel Ángel Barrios y el Dr. Fernando Javier Abascal, suscripta el 19 de abril de 2011. Solicitó la representante del Ministerio Público Fiscal, teniendo en cuenta las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, se condene a:

1) Alejandro Ramón González, por ser penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede ser por ningún modo acreditada, en poblado y en banda, cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante coacción, en calidad de coautor (arts. 45, 54, 142 inciso 1°, 166 inciso 2°, último párrafo, y 167, incisos 2° y 4°, del Código Penal) a la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, debiéndoselo declarar reincidente y al pago de las costas (arts. 29, inciso 3, 40 y 41 del Código Penal, y 530 y 531 del C.P.P.N.)

2) a Ricardo Luis Cnochaert, por ser penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede ser por ningún modo acreditada, en poblado y en banda, cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido

cometida mediante coacción, en calidad de coautor (arts. 45, 54, 142 inciso 1°, 166 inciso 2° último párrafo y 167 incisos 2° y 4° del Código Penal) a la pena de tres años de prisión en suspenso y al pago de las costas (arts. 26, 27 bis, 29, inciso 3, 40 y 41 del Código Penal, y 530 y 531 del C.P.P.N.).

3) Gustavo Ariel Ávila por ser penalmente responsable del delito de encubrimiento en calidad de coautor (arts. 45 y 277, inciso 1°, apartado "C", del Código Penal), a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas (arts. 26, 27 bis, 29, inciso 3, 40 y 41 del Código Penal, y 530 y 531 del C.P.P.N.).

Por su parte los nombrados, con el debido patrocinio letrado, reconocieron, respectivamente, su participación en los hechos que motivan el presente proceso y manifestaron su conformidad respecto de la calificación legal propuesta y la pena solicitada por la Sra. Fiscal General. El acta fue firmada por la Dra. García Netto, la Dra. Alejandra Dellagiustina, en su condición de Actuaría, los imputados, y los Dres. Abascal y Barrios.

Comparecieron los acusados a los efectos de lo dispuesto por el art. 41, inciso 2°, del código de fondo, y 431 bis, apartado 3°, del Código Procesal Penal. Durante la audiencia se les exhibió el acuerdo obrante a fs. 543/544 y ante preguntas manifestaron haber sido informados respecto de su naturaleza y efectos, y además que prestaron libremente su consentimiento, por lo cual la presente causa quedó en condiciones de ser resuelta.

## *Poder Judicial de la Nación*

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **I. Hecho:**

Se encuentra demostrado que el 17 de agosto de 2010, siendo aproximadamente las 06.00, Carlos José Descarga se dirigió a bordo de un camión de su propiedad marca "Tata" modelo TAQ-180, al depósito sito en la intersección de la calle Culpina y la Avda. Roca de esta ciudad, a fin de retirar mercadería de las distribuidoras de quesos "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda." y de la firma "Ahinco-Loo S.C.I.", para realizar su reparto a diferentes comercios.

Allí, Walter Rodríguez y Rubén Lovatto, este último representante de la primer firma mencionada, le entregaron, entre otros alimentos, 419 hormas de queso cremoso, 64 hormas de queso Port Salud, 60 hormas de queso descremado, 16 hormas de queso diet sin sal, 159 hormas de muzzarella, 40 hormas de queso Pategras, 3 hormas de queso "Samsoe", 85 barras de queso, 40 hormas de queso sardo, 72 unidades de manteca, 10 hormas de queso, todos de la firma "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda.", y al menos de 108 hormas de queso de la firma "Ahinco -Loo S.C.I."

Seguidamente, Descarga comenzó su recorrido por un supermercado sito en la calle Paso al 700 de esta ciudad, continuó en un almacén ubicado en Avda. Córdoba y Malabia, y luego, en otro emplazado en Mitre y Gascón del mismo medio. En estos locales entregó 91 hormas de queso cremoso, 8 hormas de queso diet sin sal, 32 hormas de queso Port Salud, 16 hormas de queso descremado, 10 hormas de queso Pategras, 2 hormas de

queso "Samsøe", 30 hormas de muzzarella, 25 barras de queso y 10 hormas de queso, todos perteneciente a "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda.", y los correspondientes remitos de la mentada mercadería.-

En relación a los pagos de la mercadería entregada, los dos primeros comercios no le dieron suma de dinero alguno por cuanto operaban mediante depósito bancario, mientras que el último le dio un sobre que contenía la suma aproximada de \$3.000 (tres mil pesos) por el valor de la mercancía, que Descarga colocó en el torpedo del camión.

Posteriormente, circuló por la avenida Independencia en dirección a la provincia de Buenos Aires con el propósito de continuar con su labor y concurrir a otro comercio sito en la intersección de la Avda. Rivadavia y la calle Carabobo de esta Ciudad, pero alrededor de las 8.30, pocos metros antes del cruce de la Avenida Independencia con la avenida La Plata se le colocó a la par un automóvil marca Fiat modelo Duna de color blanco con vidrios polarizados, a bordo del cual circulaban tres personas del sexo masculino, dos de las cuales resultaron ser Alejandro Ramón González y Ricardo Luis Cnochaert.

Luego de ello, uno de los tres sujetos en cuestión, sin que haya podido determinarse específicamente cuál, pero sí que fue quién circulaba en el asiento del acompañante del vehículo, mediante la exhibición de un arma de fuego le exigió a Descarga que detenga la marcha del camión que conducía, lo que aquel realizó. Acto seguido, otra de las personas de sexo masculino antes consignadas (pudiendo ser

## *Poder Judicial de la Nación*

tanto Alejandro Ramón González como Ricardo Luis Cnochaert) se apersonó en la puerta del acompañante del camión, lo abordó y le manifestó: "quedate piola y arrancá".

Ante ello, Descarga continuó su marcha por la avenida Independencia y giró por distintas arterias que desconocía, hasta que en un determinado momento, quién se había subido le ordenó que se detenga, que baje, y que ascienda al rodado marca Fiat Duna referido precedentemente, continuando aquél en la conducción del camión referido, que fue perdido de vista por la víctima.

Ya en el interior del vehículo de mención, Descarga observó que se encontraba una tercera persona del sexo masculino conduciendo y que quien lo había amedrentado en primera instancia se hallaba en el asiento del acompañante (siendo uno de ellos Alejandro Ramón González o Ricardo Luis Cnochaert), los que le ordenaron que mirara al suelo.

Después de unos minutos, los imputados interrogaron al damnificado respecto al modo en que se desactiva la "chicharra" del rastreo satelital de la firma "Ubicar", lo que les indicó.

Luego, cercanas las 9:30, Descarga fue liberado en el barrio de Parque Patricios, en las proximidades de la avenida Caseros, momento en el cual se comunicó con la empresa de rastreo satelital "Ubicar" y con la firma "Blaquier", a las que puso en conocimiento de lo ocurrido.

Al tiempo que esto último se desarrollaba, el individuo que se encontraba a bordo del camión de propiedad de Descarga continuó su marcha hasta la calle B.F. Moreno 2425 de

esta ciudad, donde junto con otros de los ocupantes del rodado "Fiat Duna" de mentas (pudiendo ser tanto Alejandro Ramón Gonzalez como Ricardo Luis Cnochaert) que lo aguardaban en dicho lugar, trasladaron la mercadería que hasta ese momento estaba en el camión del damnificado, a otro marca "Dodge 200", patente UMK-985 de color naranja y blanca, con caja de madera cubierta por una lona negra, y dejaron abandonado allí el vehículo de la víctima. Luego, González y Cnochaert fueron a bordo del citado camión "Dodge" hasta la calle Corvalán frente al N° 2300, cercana a su intersección con la Avenida Eva Perón, donde llegaron alrededor de las 10:00.

Poco después, el Suboficial Escribiente Jorge Mario Molina perteneciente a la División Robos y Hurtos de la Policía Federal Argentina, en momentos en que se encontraba recorriendo el radio jurisdiccional, observó la presencia de aquellos en la intersección de las citadas arterias, quienes se comunicaban por teléfonos celulares y observaban hacia todas las direcciones.

Ante dicha circunstancia, el preventor descendió del vehículo particular en el cual circulaba a fin de identificar a estas personas, momento en el cual, uno de ellos (González) cruzó rápidamente la avenida Eva Perón en dirección al sur, siendo perseguido por el Sargento Primero Carrizo y el Cabo Primero Garnica, al tiempo que el otro (Cnochaert) permaneció junto a Molina, quién lo invitó a ascender al vehículo policial.

Una vez que González traspuso la avenida Eva Perón, el Sargento Primero Carrizo le solicitó algún documento

## *Poder Judicial de la Nación*

que acredite su identidad, ante lo cual aquel le entregó un Documento Nacional de Identidad a su nombre y una serie de papeles, consistentes en remitos y facturas de productos lácteos.

Acto seguido, González comenzó a correr por la avenida Eva Perón en dirección a la calle Araujo, en la cual giró, continuó por ella hasta la calle Basualdo, y frente al N° 2448 de esta última arteria fue detenido por el Sargento Primero Carrizo, quién lo perseguió en todo momento.

Encontrándose ya aprehendidos los imputados de mención, los preventores se dirigieron nuevamente hacia la intersección de la Avenida Eva Perón y la calle Corvalán, desde donde advirtieron que sobre esta última, frente al n° 2300, se hallaba la atribuida camioneta marca "Dodge 200", la que presentaba la puerta del acompañante abierta y las llaves colocadas. En el interior de su caja, hallaron 284 hormas de queso cremoso con la inscripción "Manjar Blanco", 8 hormas de queso cremoso con la inscripción "Manjar Blanco Diet", 32 hormas de queso cremoso "Port Salud", 76 hormas de muzzarella con la inscripción "Manjar Blanco", 12 unidades de manteca de cinco kilos cada una de la marca "Yolcle" de la firma "Servio S.A.", 60 unidades de cien gramos de manteca "Manjar Blanco", 3 hormas de queso con la inscripción "Sardo", dos hormas de queso sin inscripción alguna y una horma de queso duro con la inscripción "Samsoe" (todo ello de la firma "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda."), y 4 unidades de queso cremoso argentino con la inscripción "Ancalo" (perteneciente a la firma Ahinco Loo SCI).

Asimismo, junto a los mencionados productos secuestrados se hallaba Gustavo Ariel Ávila, y en la cabina de conducción del vehículo, un aparato de inhibidor de señales satelitales, correspondiéndose la documentación que entregó González al preventor Carrizo con parte de dicha mercadería.

En definitiva, se les atribuye a Alejandro Ramón González y Ricardo Luis Cnochaert el haber desapoderado ilícitamente, con diversas funciones previamente acordadas, a Carlos José Descarga, en las circunstancias de tiempo y lugar descritas, con el uso de armas, del rodado de su propiedad marca "Tata" patente TAQ-180, y de la mercadería que transportaba en su interior perteneciente a las firmas "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda." y "Ahinco. Loo S.C.I" consistente en 328 hormas de queso cremoso, 32 hormas de queso Port Salud, 44 hormas de queso descremado, 8 hormas de queso diet sin sal, 129 hormas de muzzarela, 30 hormas de queso Pategras, 60 barras de queso, 40 hormas de queso sardo, 72 unidades de manteca, 10 hormas de queso fontina, 4 hormas de queso Tymbo (de Blaquier Ltda.), 108 hormas de queso (pertenecientes a la firma Ahinco. Loo) y la suma aproximada de \$3.000, privándolo luego de su libertad bajo violencia y amenazas.

Por su parte, se le imputa a Gustavo Ariel Ávila el haber recibido la mercadería descrita precedentemente, ese mismo día, una vez consumada la sustracción narrada "ut supra" y a sabiendas de su procedencia ilícita.

## **II. Valoración Probatoria:**

## *Poder Judicial de la Nación*

### Los Dres. Salas y Huarte Petite dijeron:

Se tiene en cuenta la declaración de Carlos José Descarga quien a fs. 78/80, el mismo día del hecho, dijo: "...Que concurre al local de esta División Robos y Hurtos, en virtud de haber sido citado. Interiorizado de los motivos del llamado, informó: que se desempeña como fletero en forma particular, poseyendo el camión de la marca TATA, modelo 608, dominio TAQ-180, exhibiendo y reteniendo para si la Cédula de Identificación del Automotor a su nombre, el cual posee equipo de frío. Que por su función laboral, posee como cliente a la Cooperativa de Trabajo Blaquier con sede en la misma localidad y asimismo la firma AHINCO - LOO, con sede en la localidad de Lincoln, Pcia. de Buenos Aires, siendo ambas firmas distribuidoras de quesos. La operativa consiste en que el dicente, retira la mercadería y documentación, de un deposito de la calle Culpina y la Avda. Roca, en Villa Soldati, en Capital Federal, arribando allí un camión de carga con equipo de frío, desde donde se hace el traspaso de la mercadería, realizando el declarante los viajes necesarios a los distintos clientes. En la fecha, horas 06:00 aproximadamente, concurrió al citado depósito, donde se encontraba el camión de carga, a cargo del Sr. Walter RODRIGJEZ (chofer) y el Sr. Rubén LOVATTO (miembro de la Cooperativa Blaquier), quienes le hacen entrega de la mercadería y de las facturas correspondientes a fin de efectivizar las entregas. Luego de ello, inició el reparto, concurriendo a tres (3) clientes (calle Paso al 700 Supermercado, calle Malabia y Avda Córdoba, almacén y Mitre y

Gascón, almacén), recibiendo del último comercio un sobre con el dinero de la carga, oscilando aproximadamente los Tres mil pesos (\$ 3.000), en tanto los restantes pagos se realizan por medio de depósitos, aclara que este sobre quedó sobre el torpedo del camión. Luego de ello, al dirigirse a otro cliente, tomando por la Avenida Independencia hacia Provincia, dirigiéndose a la Avenida Rivadavia y Carabobo, en el trayecto por la Avenida Independencia y antes de llegar a la Avenida La Plata, se le puso a la par un automóvil de la marca Fiat modelo Duna, de color blanco con vidrios polarizados, y el masculino que viajaba como acompañante, mediante la exhibición de un arma de fuego, le indicó que detenga la marcha (masculino de unos 40 a 45 años, de cabellos corto, de cutis trigueño). Fue así, que el dicente acató la orden y se detuvo metros adelante. En ese momento, se le apareció por la puerta del acompañante un masculino armado, de unos 35 años de edad, de contextura robusta, de altura mediana, de cutis blanco, con anteojos de leer, quien le manifestó "que se quedara piola, y que arranque, sic" Prosiguió la marcha por la Avenida Independencia, luego giró por varias arterias (desconociendo los nombres en este momento) y finalmente le fue indicado detener la marcha, para descender del camión y abordar el Fiat Duna, en la parte trasera, donde se encontraba el masculino armado (acompañante) y otro masculino al volante. Durante el trayecto, le fue indicado mirar hacia abajo en todo momento. Los delincuentes se comunicaban por medio de aparatos celulares, y en un momento dado le fue preguntado cómo se desactivaba la "chicharra" del satelital de la firma UBICAR, a

## *Poder Judicial de la Nación*

lo cual le indicó que debían tocar un botón ubicado en el tablero. El atraco se inició alrededor de las 08:30 aproximadamente, y fue liberado alrededor de las 09:30 en la zona de Parque Patricios, cerca de la Avenida Caseros. Una vez liberado, llamó a la empresa satelital, comunicando lo sucedido, y posteriormente a la firma Blaquier. En horas cercanas al medio día, recibió un llamado de la firma UBICAR, indicándole que el camión había aparecido en la calle B. F. Moreno 2425, de esta Capital Federal, aporta a la Instrucción copia del Informe de Procedimiento de la firma satelital. Ante ello, concurrió al citado lugar, pudiendo comprobar que el camión se encontraba sin la carga y únicamente con el faltante del dinero que se encontraba en el torpedo; siendo entregada posteriormente la unidad, dado que se encontraba con las llaves colocadas. Que luego de ello, se comunicó nuevamente con las firmas propietarias de la carga, indicándole que apareció el camión sin la mercadería y que necesitaba las copias de las facturas para radicar la denuncia, concurriendo el declarante a su domicilio particular. Preguntado si se halla en condiciones de reconocer a los autores del hecho, en forma personal o por fotografías, Responde: Que no cree, por la rapidez de los hechos. Se le exhibe las facturas secuestradas durante el procedimiento, reconociéndolas como las originales, agregando que existen faltantes de otras facturas, tanto de las mercaderías ya entregadas y de otras facturas de mercadería que restaba entregar..."(sic).

En sede judicial, a fs. 98/99 Descarga, dijo: "...Todo lo que pasó es lo que dije en la Seccional

policial, no hay nada que pueda agregar". A pregunta de S.S. para que diga si recuerda cuantas personas circulaban a bordo del vehículo *marca Fiat Duna* dije "Yo vi a tres personas". A pregunta de S.S. para que diga si recuerda como eran éstas tres personas dice "Solamente vi a dos personas, lo que recuerdo de ellos es que el que subió al costado mío en el camión era gordito, de pelo corto, con anteojos y el otro que me apuntaba con el arma desde el asiento del acompañante del auto era una persona robusta, morocho con pelo corto, *casi rapado*". A pregunta de S.S. para que diga si podría reconocerlo de volver a verlos dice "No, fue un momento horrible me estaban apuntando con un arma". A pregunta de S.S. para que diga si se encontraba solo dice "Sí". A pregunta de S.S. para que diga si en el camión llevaba consigo una hoja de ruta dice "No, no suelo usar una hoja de ruta. Solamente tenía los remitos que me mostraron en la comisaría. Igualmente faltan remitos, es decir hay más mercadería que remitos". A pregunta de S.S. para que diga a qué direcciones llevaba los pedidos dice "A las direcciones que figuran en los remitos". A pregunta de S.S. para que diga si recuerda el color del Fiat Duna a bordo del cual circulaban éstas personas dice "Era blanco con vidrios polarizados". A pregunta de S.S. para que diga si observó el dominio del rodado dice "No observé el dominio del auto". A pregunta de S.S. para que diga si el camión que conducía se rompió en algún momento dice "No, lo encontré el satelital en perfecto estado". A pregunta de S.S. para que diga si le sustrajeron algo más además de la mercadería dice "Sí, un sobre que estaba en el torpedo con

## *Poder Judicial de la Nación*

tres mil pesos". A pregunta de S.S. para que diga si sabe cuanta mercadería llevaba en el camión dije "No, yo no lo sé. Los duplicados están en la fábrica Blaquier, creo que en el día de mañana va a presentarse una persona de la cooperativa con toda la documentación. Para saber la mercadería que yo dejé habría que pedirle los remitos que yo les dejé a los clientes de los tres comercios que recorrí. De todos modos, yo vi la mercadería secuestrada por la policía por lo cual yo se que ahí falta mercadería. Estoy seguro que faltaban quesos de Blaquier que iban a San Martín de los Andes, eran como sesenta cajas las que yo llevaba y cuando me mostraron había solo diez. Además de ello, de la mercadería de Ahinco no había quedado prácticamente nada. Quedaron dos cajones de queso cuando yo tenía como veinte. No puedo precisar qué es lo que falta." A pregunta de S.S. para que diga si recuerda la dirección de la Cooperativa Blaquier dice "El teléfono es 03388-496166/496042 o cel. 03388-15457937. A pregunta de S.S. para que diga si desde hace mucho tiempo trabaja en la cooperativa en cuestión dice "Sí, desde hace cuatro años y medio". A pregunta de S.S. para que diga si desea agregar algo más dice "No, nada más" (sic).

Por su parte, a fs. 1 prestó declaración testimonial el Suboficial Escribiente de la Policía Federal Jorge Mario Molina quién dijo que el día del hecho cuando recorría el ámbito capitalino en prevención de ilícitos a cargo del móvil S.I.118 secundado por el Sargento Primero Walter Carrizo y el Cabo Primero Cristian Garnica por la Av. Eva Perón hacia la Av. Gral Paz, al llegar a la intersección de la primera de las

arterias y Corvalán le fue dable observar a dos personas del sexo masculino que se encontraban paradas en la esquina, de las cuales una estaba hablando por un aparato "Nextel" en forma nerviosa e insistente al mismo tiempo que ambos miraban hacia la calle Corvalán y hacia la Av. Eva Perón en ambas direcciones, lo que motivó que se decidieran bajar con el fin de identificarlos, aclarando que se encontraban vestidos 1) con buzo azul y gris, jeans negro y zapatillas negras y 2) con pulóver negro, jeans azul y zapatillas blancas con vivos azules; este último al ver que el personal baja del móvil cruza rápidamente la Av. Eva Perón hacia el sur, siendo seguido por el Sargento 1° CARRIZO quien le dio alcance y le solicitó documento que acredite su identidad y en un momento dado observa que el masculino había comenzado una veloz carrera siendo seguido por Carrizo haciéndolo por la Av. Perón hacia el este uniéndose en la persecución el Cabo Primero Garnica. Ante lo sucedido el dicente aseguró a la persona que estaba identificando y lo sube al móvil y con el fin de brindar apoyo a sus compañeros los sigue por la Av. Eva Perón hasta Araujo donde dobla a la derecha hasta Hubac donde dobla a la izquierda, hasta Basualdo donde dobla a la derecha siendo alcanzado frente al Nro. 2448. En dicho lugar lo aseguró junto con el Cabo Primero Garnica y el Sargento Primero Carrizo, y realizó el recorrido de la persecución con el fin de determinar algún elemento que fuera constitutivo de delito; al llegar a la calle Corvalán al 2300 Carrizo observó una camioneta marca Dodge 200 color anaranjado y blanca con caja de madera y lona negra con la puerta del acompañante abierta y

## *Poder Judicial de la Nación*

las llaves colocadas. Procediendo luego a consultar a la Sección Central Radioeléctrica de esta Superintendencia con el fin de determinar si el rodado poseía algún impedimento legal, es así que en momento dado escucha gritos de auxilio provenientes de la parte trasera de la camioneta (caja) por lo cual abrió la puerta lateral derecha de la misma saliendo dos personas del sexo masculino que le dijeron haber sido víctima de un robo y al determinar que la documentación que poseía Carrizo la cual momentos antes se la habla dado quien se dio a la fuga, correspondía a la mercadería que estaba en el interior de la camioneta. El dicente procedió a esposarlos y solicitar la presencia de testigos hábiles ante quienes confeccionó las correspondientes actas de detención y notificación de derechos que le asistían a los detenidos quienes mencionaron llamarse; Ricardo Luis CNOCHAERT, D.N.I 16.976.663, argentino, 46 años, casado, fletero, domiciliado en Independencia 2901 Capital Federal y Alejandro Ramón GONZALEZ D.N.I. 27.069.854, argentino, 31 años, soltero, changarín, domiciliado en Gral Maza 3770 Localidad de Lanás, provincia de Bs. As., asimismo se le secuestro al detenido Cnochaert un celular marca motorola de color negro de la Empresa "Movistar" que lo tenía en el bolsillo derecho del buzo que vestía y al detenido González un equipo de telefonía celular de la Empresa "Nextel" marca Motorola modelo i776 color marrón y plateado que lo tenía en el bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía...(sic).

También se valora la declaración de Rubén Edgardo Lobatto, quién a fs. 143/144 dijo ser integrante de la

"Cooperativa de Trabajo Blaquier LTDA" y que: "... de la firma aludida con fecha 16 del cte. mes, egresó un - flete - camión de la marca Ford, modelo Cargo 1730, cargado con quesos y manteca, con destino a esta Capital Federal, para ser distribuidos a diferentes clientes, concurriendo también el declarante, arribando en horas de la noche, permaneciente en el interior del deposito de la calle Culpina y la Avenida Rabanal (ex Roca). Al día siguiente (17/08), alrededor de las horas 06:00, se hizo presente el Sr. Carlos DESCARGA, quien se desempeña como fletero, quién realiza las entregas menores en el ámbito de la Capital Federal y el conurbano; y en este caso el declarante proseguía con Dos (2) entregas en la localidad de Bernal y en Berazategui PBA. Hace saber que en este momento, no cuenta con la totalidad de la facturación de la mercadería transportada, haciendo entrega de TRES (3) facturas Nros 6353 (destinatario Jorge Fernando VALERO - San Martín de Los Andes -); Nros 6354 (destinatario GINEPRO Roberto y ECHEVESTE Edgardo, Ramos Mejía); Nros 6357 (destinatario Oscar GONZALEZ, Martiniano Leguizamon, Cap. Fed.); que se corresponde con la mercadería cargada en el camión marca TATA, propiedad del Sr. DESCARGA, haciendo constar que restarían facturas, que en este momento no las posee, comprometiéndose a ser aportadas a la brevedad. En esa fecha, alrededor del medio día, tomó conocimiento por medio del fletero DESCARGA, que había sido víctima de hecho de ROBO A MANO ARMADA y PRIVADO DE SU LIBERTAD, siéndole sustraído el camión con la carga. Y horas más tarde fue anoticiado que el camión había aparecido abandonado sin la mercadería transportada. En este acto se le

## *Poder Judicial de la Nación*

entera que en esta División Robos y Hurtos se instruyen actuaciones sumariales caratuladas "ROBO ASALTO A MANO ARMADA Y PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD", con intervención del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro 22 a cargo del Dr. RONGO, por ante la Secretaría Nro 148 del Dr. LOPEZ CABANILLAS. En sede policial, procede a examinar la mercadería secuestrada, reconociéndola como de propiedad de la Cooperativa, estando en condiciones de afirmar que se recuperó entre un 70 y 80 % del total. Se le entera que por disposición del Tribunal actuante, se le hace entrega de la siguiente mercadería secuestrada, a saber: -55- cajones plásticos conteniendo CUATRO (4) unidades de queso cremoso con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 02 cajones plásticos conteniendo CUATRO (4) unidades de queso cremoso con inscripción MANJAR BLANCO DIET, de la firma Blaquier; -08- cajones plásticos conteniendo CUATRO (4) unidades de queso cremoso "Pon Salud", de la firma Blaquier; 8 cajones plásticos conteniendo CUATRO (4) unidades de queso cremoso con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 4 cajones plásticos conteniendo OCHO (8) unidades de queso cremoso con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 4 cajones plásticos conteniendo DIEZ (10) unidades de "muzzarella", con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 6 cajones plásticos conteniendo CINCO (05) unidades de "muzzarella", con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 2 cajones plásticos conteniendo TRES (03) unidades de "muzzarella", con inscripción MANJAR BLANCO, de la firma Blaquier; 3 cajas de cartón conteniendo CUATRO (4) unidades por 5 kilo de manteca

de la marca "YOLCLE" de la firma SERVIO S.A., 8 cajas de cartón conteniendo SESENTA (60) unidades por 100 gs, de manteca de la marca MANJAR BLANCO, Una (1) caja de cartón conteniendo Tres (3) hormas de queso duro con la inscripción SARDO; Dos (2) hormas de queso "duro" sin inscripción alguna; Una (1) horma de queso "duro" con la inscripción "SAMSOE" recibiendo de plena conformidad y en el estado en que se encuentran..."(sic).

La prueba de cargo se completa con las actas de detención de los imputados Cnochaert y González fs. 4 y 5 respectivamente; el acta de secuestro de fs. 6 que documenta el secuestro de los teléfonos celulares que portaban los nombrados al momento de su detención; el acta de fs. 11 en donde consta el secuestro de la camioneta marca "Dodge" en la que se movilizaron Cnochaert y González, y de la mercadería secuestrada; el croquis de fs. 12 que ilustra sobre el lugar y la forma en que se produjo la detención de aquellos; la documentación emitida por los propietarios de la mercadería sustraída glosada a fs. 15; las vistas fotográficas de fs. 56/58, 100/101 y 136/138 tomadas sobre los elementos secuestrados; el informe pericial de fs. 59 respecto de la mercadería en cuestión; la copia de la cédula de identificación del automotor a nombre de Carlos José Descarga y el D.N.I del nombrado a fs. 81/82; el informe de la empresa de radares "Ubicar" de fs. 83; el croquis de fs. 84 que ilustra el lugar de detención de los imputados; el informe actuarial de fs. 122 respecto del teléfono incautado a González, del que se desprende que uno de los contactos, y con quién se cursó

## *Poder Judicial de la Nación*

llamadas durante el día del hecho fue "Gustavo", quién resultó ser Gustavo Ariel Ávila, encontrado por el personal preventor junto a la mercadería antes referida; el informe de siniestro de la empresa "Ubicar"; el informe pericial del camión marca "Tata" a fs. 139; toda la documentación aportada por la empresa "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda." a fs. 146/163; el detalle del listado de comunicaciones telefónicas y radiales del teléfono Nextel secuestrado a fs. 191/214; el informe sobre la titularidad del abonado del celular en cuestión de fs.215/223; las copias de las facturas correspondientes a la mercadería perteneciente a la "Cooperativa de Trabajo Blaquier Ltda" a fs. 227/231; los mapas indicando el recorrido aproximado que realizaron el damnificado y los imputados a fs. 295/300; el informe de Nextel de fs. 363/364; el informe técnico realizado por la División Operación Técnicas Especiales a fs.368/68bis y el informe pericial realizado por la División Robos y Hurtos en relación a la camioneta "Dodge" dominio UMK-985 secuestrada en la presente causa, de fs. 369.

Finalmente cabe señalar que los imputados, en el acuerdo agregado a fs. 543, admitieron su responsabilidad en el hecho investigado.

### **El Dr. Vázquez Acuña dijo:**

A los fines de la acreditación de los hechos tengo en cuenta los mismos elementos valorados por los Dres. Salas y Huarte Petite, a excepción de las declaraciones de fs. 1 y 143/4, que no han sido ratificadas judicialmente.

### **III. Tipicidad**

#### **El Dr. Huarte Petite, dijo:**

Respecto de los imputados González y Cnochaert, entiendo que el suceso que se les atribuye es constitutivo del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante violencia o amenazas, en calidad de coautores (arts. 55, 142, inciso 1º, 166, inciso 2º, último párrafo, y 167, inc. 4º, en función del art. 163, inc.5º, del Código Penal de la Nación); y en cuanto al imputado Ávila, su conducta se subsume en el tipo de encubrimiento en calidad de autor (arts. 45 y 277, inciso 1º, apartado "c", del Código Penal).

En efecto, en el caso se acreditó la exhibición, por parte de un sujeto no individualizado, de un elemento que fue denominado por el damnificado como un arma de fuego, al tiempo que le requería que detenga la marcha del camión que conducía; también se demostró la posterior exigencia al damnificado de las cosas muebles que transportaba, bajo la intimidación provocada por el citado objeto, que fue descripto en detalle por la víctima Descarga ("fue un momento horrible, me estaban apuntando con un arma"), lo cual fue determinante, a su vez, para que deje la conducción del rodado en manos de quienes lo abordaron, con toda su carga y el dinero allí obrante, y ascienda a otro vehículo que le fue indicado por

## *Poder Judicial de la Nación*

aquellos.

Con motivo, precisamente, de la exhibición, por parte del individuo en cuestión, de un objeto percibido por la víctima como un arma de fuego, y teniendo en cuenta que dicho elemento no fue secuestrado, el robo se encuentra agravado según lo establecido en el artículo 166 inc. 2°, párrafo 3°, del Código sustantivo.

Remitiéndome, en beneficio a la brevedad, y que debe tenerse aquí por reproducido, a cuanto tengo dicho en relación al tipo penal de mención a partir de la sentencia de este Tribunal de fecha 20 de junio de 2007 en la causa nro. 2670/2715, "Cabrerera, Ricardo Ismael y otro", con base en los dichos de la víctima Descarga puede tenerse aquí por cierta la utilización en el hecho de un elemento de las características apuntadas, lo cual además, explica de manera por demás razonable, con sustento en las reglas de la lógica y la experiencia común, la actitud pasiva que aquélla, a cargo de la conducción del rodado, observó durante el transcurso de este tramo del suceso, pues percibió el objeto con el que fue amenazado, sin dudarlo, como un arma de fuego.

No puede exigirse al damnificado, por otra parte, que en tales momentos, se hubiese dedicado en forma personal a constatar si tal objeto era apto para el disparo o no; ello, con un alto grado de probabilidad, hubiese terminado con su vida o afectado su integridad física, o por lo menos, hubiese generado serios riesgos de hacerlo.

Si ello es así, no puede ponerse en tela de juicio que en el caso estamos en presencia de un arma de las

características que el tipo penal en cuestión releva, esto es, "de fuego".

El que no se la haya secuestrado (con la consecuente imposibilidad de peritarla), permite, adicionalmente, calificar la conducta atribuida como el tipo penal de referencia lo dispone, esto es, se trata de un robo cometido con un "arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada".

El hecho también encuentra adecuación en el tipo penal previsto en el artículo 167, inciso 4°, en función del artículo 163, inciso 5°, del Código sustantivo, toda vez que el apoderamiento ilegítimo recayó respecto de mercaderías transportadas entre el momento de su carga y el de su destino o entrega.

En tal sentido, debe decirse que el robo en las circunstancias expuestas encuentra el fundamento de su agravación en que las mercaderías así transportadas están sometidas al mayor riesgo que importa su traslado, extendiéndose la protección de aquéllas tanto al itinerario como a las escalas (conf. Donna, Edgardo A., "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo II-B, págs. 82 y ss., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001).

El delito debe considerarse como consumado desde que es claro que, una vez que se hizo descender a la víctima del vehículo de mención y comenzó a conducirlo uno de los imputados, éste y los restantes intervinientes consolidaron un poder autónomo de disposición respecto de dicho utilitario y de las cosas que transportaba, sin perjuicio de que un tiempo

## *Poder Judicial de la Nación*

después, y debido al accionar policial, pudiesen recuperarse tanto el rodado como algunos de tales objetos; por otro lado, la sustracción del camión no fue el único fin perseguido por los intervinientes en el hecho, desde que, antes de ser dejado aquel en la vía pública, trasladaron la mercadería a otro utilitario, en el que parte de aquélla fue hallada.

Asimismo y de adverso a lo sostenido por la Sra. Fiscal General, entiendo que el hecho aquí tratado, tal como fuera descripto "ut supra", no configura el delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, atento a que, siguiendo el criterio sentado a partir de la CN°1738 "Chiancone González", resuelta el 25/06/03, a cuyos fundamentos cabe remitirse en beneficio a la brevedad, en el sentido de que la sola intervención de tres o más personas en la ejecución del delito de robo no agrava por sí misma el tipo penal del artículo 164 del Código Penal, en la medida en que no se aprecie, a su vez, que aquéllas integren una asociación ilícita en los términos del artículo 210 del mismo ordenamiento.

En el caso de autos, conforme la prueba reunida y ya detallada, no se han agregado elementos de juicio que posibiliten concluir, con el agregado de certeza que una sentencia condenatoria requiere, que González y Cnochaert hayan tomado parte en el hecho que se les atribuye en el marco de una "asociación de tres o más personas destinadas a cometer delitos" con arreglo a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal, con los elementos de cierta permanencia y mínima

organización interna que tal clase de "asociación" requiere.

Por otra parte, entiendo que el robo agravado concurre en forma real con el delito de privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometida mediante violencia o amenazas (art. 142, inc. 1º, del Código Penal)

En efecto, una vez consumado el robo con las modalidades ya referidas el damnificado Descarga fue obligado a permanecer en el vehículo "Fiat Duna" antes mencionado por un apreciable lapso de tiempo, hasta su posterior liberación en la zona de Parque Patricios.

Este tramo del suceso resulta, así, independiente del anterior y, como tal, debe ser objeto de una valoración jurídica diferenciada.

En efecto, la distancia existente entre el lugar en el que Descarga fue obligado a bajar de su camión y subir al otro rodado (proximidades de las avenidas Independencia y la Plata) y el sitio en que fue finalmente liberado (zona de Parque Patricios cercana a la Avenida Caseros), permite considerar que en el caso existió una cesura (cuando se fue el camión y Descarga fue pasado al restante vehículo), y que lo que siguió de allí en más, hasta el desenlace ya reseñado, constituyó una unidad de injusto cerrada en sí misma, que funda un enjuiciamiento jurídico-social diferenciado del desarrollo del hecho hasta allí cumplido, a través del tipo de privación ilegal de libertad (conf. Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán", Parte General, 11º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976).

## *Poder Judicial de la Nación*

Asimismo, debe entenderse que la privación ilegal de libertad cometida en el caso se agrava por la utilización de violencias o amenazas.

En tal sentido, debe valorarse que Descarga refirió que, cuando fue subido al automóvil en cuestión, pudo ver cómo quien antes lo había intimidado con lo que él percibió como un arma de fuego, se encontraba en el asiento del acompañante, y que los ocupantes del rodado lo obligaron a mantener su vista fija en el piso, por lo cual, durante todo el trayecto que siguió, es claro que dichas conductas constituían un contramotivo esencial a toda resistencia de su parte a la retención de que era objeto.

Señala Nuñez que usa violencia para cometer la privación de libertad quien para hacerlo despliega amenazadoramente contra la víctima un medio físicamente dañoso (conf. Nuñez, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", Parte Especial, Tomo V, pag.39, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967)

En el caso de autos, conforme a lo expuesto, que los que fuesen en el auto hubieren desplegado la actuación antes narrada constituye el uso de violencia o amenazas relevado por el tipo como un supuesto de calificación, y en tal orden de ideas habrá de aplicárselo.

Los imputados deberán responder como coautores penalmente responsables (artículo 45, *ibidem*).

En efecto, de las circunstancias del caso, puede concluirse con certeza que los intervinientes acordaron realizar los hechos atribuidos con las modalidades ya

expuestas, y llegaron así a una decisión común en orden a su realización conjunta, ejecutándolo conforme a una división de tareas surgida del citado acuerdo.

Se dan de esta forma los elementos propios que caracterizan a la coautoría (conf. Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Parte General", Tomo V, pags. 358/61, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009).

Por último, ha quedado acreditada la recepción de la mercadería sustraída por parte de Ávila, toda vez que al momento de su hallazgo por el personal preventor, se encontraba en el interior de la caja del camión marca "Dodge 200", en la cual aquélla había sido ubicada; que no poseía ningún tipo de documentación que lo acreditara como titular de tales objetos; que en la cabina de dicho camión se encontró un aparato inhibidor de señales satelitales; y que se comprobó la existencia de llamadas telefónicas entre aquel y el coimputado González durante la comisión de los hechos aquí tratados, lo que posibilita concluir, adicionalmente a su admisión del hecho atribuido, en que el imputado tenía claro conocimiento de la procedencia ilícita de las cosas en cuestión.

No se observan causales de justificación que pudieran tornar lícitas las conductas atribuidas, ni de inculpabilidad que impidan reprochar los injustos sometidos a juzgamiento. En cuanto a esto último, se tiene en cuenta el informe médico legal de fs. 85 que ilustra acerca del estado de los imputados al tiempo de sus detenciones ("...lúcidos, orientados en tiempo y espacio...") lo cual hace razonable concluir en que aquéllos pudieron comprender la antijuridicidad

## *Poder Judicial de la Nación*

de las acciones que respectivamente se les imputa a cada uno.

### **El Dr. Vázquez Acuña dijo:**

Por tratarse de un robo de mercadería en tránsito la conducta enrostrada a Gómez y Cnochaert, constituye el delito de robo agravado previsto en el art. 167 inc 4°, en función del 163, inciso 6°, del Código Penal.

Por todo ello, cabe atribuírsele en calidad de coautores a los mencionados el delito de robo agravado por tratarse de mercadería en tránsito, en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante violencia o amenazas, ello teniendo en cuenta los argumentos expuestos por mi colega preopinante.

Finalmente, coincido con el tipo penal escogido por mi colega, el Dr. Huarte Petite, en relación al imputado Gustavo Ariel Ávila, por lo que cabe responsabilizarlo como autor del delito de encubrimiento.

### **El Dr. Salas dijo:**

Coincido en el juicio de tipicidad respecto de los hechos atribuidos a González, Cnochaert y Ávila efectuado por el Dr. Huarte Petite, y adiciono, en relación a los primeros, que su conducta debe ser también subsumida en el tipo penal de robo agravado, por ser cometido en poblado y en banda (art. 167.2 del C.P.); ello, de conformidad con los argumentos

que sostuviera en el precedente de este Tribunal "Leguizamón y otros" al cual me remito "brevitatis causae", el agravante de "banda" se encuentra satisfecho en el presente caso donde se probó, con el alcance ya brindado, que en el hecho intervinieron, al menos, tres personas (art. 167.2 del C.P), no siendo exigible para ello, y por añadidura, los requisitos propios de la asociación ilícita, previstos, por su parte, en el art. 210 del C.P. Todas las figuras concurren idealmente entre sí (art. 54, ibídem).

Por otra parte y en orden a la adecuación del hecho al tipo previsto en el artículo 166, inciso 2º, último párrafo, del Código sustantivo, debe tenerse aquí por reproducido, en beneficio a la brevedad, cuanto tengo dicho al respecto a partir de la sentencia de este Tribunal de fecha 20 de junio de 2007 en la causa "Cabrera, Ricardo Ismael y otro".

Respecto a la forma de concurso que debe adoptarse entre la privación de libertad y el desapoderamiento de los elementos, opino que debe respetarse la formal, a fin de no exceder lo que fue materia del acuerdo entre las partes.

#### **IV. Sanción. Reincidencia.**

##### **El Dr. Huarte Petite, dijo:**

Para individualizar la sanción se toma en cuenta la naturaleza y modalidades de las acciones delictivas comprobadas, en especial, como agravantes, la intervención de al menos tres personas que actuaron coordinadamente,

## *Poder Judicial de la Nación*

facilitando así la concreción de los ilícitos en cuestión; también, el apreciable lapso de tiempo en que se desarrollaron ambos hechos, con el consecuente sometimiento de la víctima a una mayor situación de angustia y zozobra.

Como atenuantes del juicio de reproche han de valorarse, en el caso de González, las constancias socio-ambientales obrantes a fs. 17/20 del legajo de personalidad, que nos hablan de una persona con estudios primarios incompletos, que no conoce a su padre, que fue criado por sus abuelos al poco tiempo de su nacimiento producto de la separación de sus padres y que al fallecer aquéllos a sus catorce años de edad, debió enfrentar en soledad las contingencias de la vida; también se desprende de allí su pertenencia a un nivel socio económico bajo, con inestabilidad laboral, todo lo cuál debe ser considerado con entidad suficiente para reducir su capacidad de autodeterminación conforme a derecho.

Ello lleva a concluir que el monto punitivo acordado con el procesado González, y propuesto al Tribunal es justo -tres años de prisión de efectivo cumplimiento-, por lo que será acogido en el fallo.

Por su parte, con arreglo a las constancias de fs. 12/15 y 23 del legajo de personalidad y el certificado de antecedentes de fs. 474 vta. del principal, es claro que, con anterioridad a la comisión del delito por el que aquí será condenado (sin que tal pena se hubiese agotado antes, ni hayan transcurrido los plazos legales respectivos), González cumplió en forma parcial pena privativa de libertad (la pena única que

le impusiese con fecha 23 de mayo de 2006 el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 3 de Lomas de Zamora, que venció el 21 de julio de ese año, y que comprendió a su vez la impuesta el 25 de septiembre de 2001 por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 2 de Morón, en la cual se le concedió su libertad condicional el 3 de junio de 2002), lo cual hace que, de conformidad con lo requerido por la Sra. Fiscal General (no cuestionado por la defensa), deba mantenerse la declaración de reincidente que a su respecto efectuase el Tribunal que dictó la última sanción (art. 50, párrafos primero y cuarto, del Código Penal).

En el caso de los imputados Cnochaert y Ávila, como atenuantes del juicio de reproche han de valorarse, también como surge de las constancias socio-ambientales (fs. 13/14 y 13/16), que no finalizaron sus estudios secundarios y que provienen de un nivel socio cultural bajo, con problemas de inestabilidad laboral, todo lo cual también debe ser considerado con entidad suficiente para reducir su capacidad de autodeterminación conforme a derecho.

Ello lleva a concluir que el monto punitivo acordado con los procesado Cnochaert y Ávila y propuesto al Tribunal es justo -tres años de prisión en suspenso, para Cnochaert y dos años de prisión de ejecución condicional, para Ávila-, por lo que será acogido en el fallo, estimándose inconveniente la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad en atención a los datos disponibles sobre la vida familiar y laboral de los nombrados (artículo 26, ibídem)

Por último se impondrá a estos últimos la obligación de fijar residencia y someterse al control del

## *Poder Judicial de la Nación*

Patronato de Liberados correspondiente a su domicilio (art. 27 bis del Código Penal).

### **Los Dres. Salas y Vázquez Acuña, dijeron:**

Coincidimos con la valoración de las pautas mensurativas de la pena que efectúa el Dr. Huarte Petite en forma precedente, y también en cuanto al monto a imponerse a cada uno de los imputados, salvo el Dr. Salas en la consideración de la pluralidad de intervinientes como agravantes pues según la calificación por él postulada tal circunstancia integra el tipo penal.

No obstante ello, y en punto a la declaración de reincidente de Alejandro Ramón González, diremos en forma conjunta lo siguiente.

Como jueces de un tribunal de sentencia hemos aplicado, muchas veces hasta el presente, el instituto de la reincidencia. No lo hemos hecho automáticamente, porque un juez no es simplemente la boca insensible de la ley. Lo hemos hecho en base una disposición expresa de nuestro Código Penal (art. 50 del C.P.) convalidado por una practica constante de los tribunales de sentencia con apoyo en una jurisprudencia que hoy declaramos errada.

Hace muy pocos meses, hemos participado en un largo juicio que finalizó con la aplicación de cuatro penas perpetuas por un delito que tiene vedada la posibilidad de

obtener la libertad condicional sin importar la cantidad de años de cumplimiento de pena. Uno de los condenados, además, debía ser declarado reincidente por aplicación del art. 50 del C.P.

En ese juicio ("Larrosa Chiazero y otros, s/Secuestro Extorsivo seguido de muerte" Causa 1320 del T.O.F. 5 que integramos, sentencia de fecha de fecha 26/5/2011), más allá de la evidente gravedad de la falta cometida, la consecuencia de lo decidido por el tribunal implicaba enviar a cuatro personas a morir en prisión dado que el principal efecto de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener, en cualquier tiempo, la libertad condicional. Con ello la pena se convierte en un castigo literalmente perpetuo violando así todo tipo de fundamentación constitucional al renunciar al objetivo punitivo de resocialización.

Este tema, de raigambre constitucional, que se vincula con la necesidad de dar certeza en el ámbito de los derechos del condenado, y excede claramente una cuestión de derecho común, provocó que en aquel precedente observáramos como ineludible declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. en cuanto impide la libertad condicional, entre otros, a los reincidentes, sin entrar a analizar la cuestión de fondo implicada en la reincidencia, por cuanto el principal efecto que esta ocasiona se vincula, precisamente, con la imposibilidad de obtenerla.

## *Poder Judicial de la Nación*

Sin embargo, esa falta de tratamiento del tema no significo convalidar la violación del principio de culpabilidad y del *no bis in idem* que apareja la reincidencia, por lo que la cuestión resulta de tratamiento ineludible en el presente fallo.

A su vez,

### **El Dr. Salas dijo:**

1ro.-) El instituto de la reincidencia genera reparos muy serios, tanto desde el principio general que impide perseguir y castigar a una persona por el mismo hecho más de una vez, como desde el que veda considerar elementos ajenos al ámbito de la conducta enjuiciada.

Así se ha dicho que es cuestionable considerar como agravante una sentencia preexistente (reincidencia ficta) o bien el cumplimiento efectivo de una pena anterior, a los fines de individualizar la pena por un nuevo hecho cometido, sea desde el punto de vista de un derecho penal material de autor; desde el principio de la culpabilidad; o bien desde la regla de "no bis in idem". En efecto, se señaló que la reincidencia es cuestionable por cuanto en el análisis del hecho que se hace en la segunda condena, o se toman en cuenta aspectos que exceden el marco del acto realizado; o se considera una manera de ser particular del autor; o bien se valora lisa y llanamente un hecho que ya fue motivo de sentencia anterior.

Carlos Tejedor, en nuestro país, advertía que la agravación por la reincidencia afectaba el principio básico del "no bis in idem"; Carrara en "El estado de la doctrina sobre la reincidencia", Opúsculos Vol. II, XIV, p. 97, señalaba la opinión de Carmignani, entre otros, que "*consideran injusto el aumento de pena al reo reincidente, por la simple consideración de que, ya habiendo saldado éste su primera deuda con la sociedad, sería injusto regresar sobre esa partida, ya saldada por él, haciéndolo por dos veces responsable de un mismo delito*"; así también Latagliata y Pessina, quien sintetiza opiniones dadas en el Siglo XIX, cuando ubica históricamente a la reincidencia, lo cual permitía conjeturar que el problema ya se insinuaba en la doctrina de los prácticos italianos (Cit. por Maier, Julio B "Derecho Procesal Penal" I. Fundamentos, "Derecho Procesal Penal", I. Fundamentos, Editores del puerto, Buenos Aires, 2002, p. 641).

Poco a poco el instituto ha ido remitiendo en la legislación de nuestro país. En efecto, la ley 23.057, al modificar el original sistema de *reincidencia ficta*, que calificaba al reincidente como aquél que cometía un delito después de haber sido condenado, por sentencia firme, a pena privativa de libertad, por un sistema de *reincidencia verdadera* o *real* que exige el cumplimiento total o parcial de una pena privativa de libertad, limitó los alcances del instituto. Una serie de fallos posteriores fueron delineando qué debía entenderse por cumplimiento de pena y cuánto debía ser el tiempo de privación de la libertad sufrido. Cabe citar a modo

## *Poder Judicial de la Nación*

de ejemplo el plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, del 8/8/89, *in re* "Guzman, Miguel A" que consideró que a los fines de la reincidencia cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de la condena; y más reciente en el tiempo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Mannini", del 17/10/07, que descartó -al igual que el precedente anterior- considerar como cumplimiento de pena la prisión preventiva sufrida en el primer proceso por el condenado en segunda oportunidad.

En el ya referido Plenario "Guzman" constituye una pieza remarcable el voto del juez Zaffaroni, quien, desgranando los graves cuestionamientos al instituto cuya abolición definitiva entendía debía propugnarse, partió de la base de que *"...la reincidencia es incompatible con el derecho penal de acto y, por ende, inconstitucional. [Ya que] ninguna de las propuestas con las que le quieren legitimar es constitucionalmente viable, porque todas van a dar al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico"* (Considerando "4" del voto del Dr. Zaffaroni).

En esa dirección cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado establecida, para los casos de multireincidencia, por el art. 52 del C.P. (*in re* "Gramajo, Marcelo Eduardo" del 5/9/06).

En el derecho extranjero, cabe citar un proceso similar de estrechamiento del instituto de la reincidencia. En

España, verbigracia, el Código Penal de 1995 suprimió la *reincidencia genérica*, denominada "*reiteración*" antes de la reforma de 1983, que no exigía analogía ni ninguna otra relación cuantitativa entre la anterior y la actual infracción, para exigir, a partir de allí, que las dos condenas sean por delitos previstos en un mismo título del Código. Por otro lado, la reforma de 1983 ya había suprimido la "*multirreincidencia*". La Sentencia del Tribunal Supremo, del 6/4/90 (Ponente Bacigalupo), admitió la constitucionalidad de la agravante, pero solo cuando su aplicación no determinase una pena diferente a la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del sujeto, lo que inició una corriente jurisprudencial que descartó la aplicación automática de la reincidencia, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991 de 4 de julio, anterior a la sanción del último Código Penal, que declaró la compatibilidad constitucional del instituto.

Por su parte en Alemania la 23° Ley de Reforma Penal del 13/4/86 derogó la agravante genérica de la reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así Roxin, CPC n° 30 (1986) (Cfr. Santiago Mir Puig, "Derecho Penal, Parte General", 7° edición, BdeF, Bs. As., 2004 p. 624).

2do.-) A pesar de lo señalado, en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, falló en favor de la constitucionalidad de la reincidencia. En el precedente "*Sinforiano Gómez Dávalos*" (Fallos: 308:1938 del 16/10/86) nuestro máximo tribunal señaló que dicho instituto tiene sustento en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese

## *Poder Judicial de la Nación*

a haberla sufrido antes, recae en el delito. Indicó que, habiendo experimentado el autor el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincidía, ello demostraba su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de pena, cuyo alcance ya conoce, lo cual manifestaba el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida. Argumentó el Alto Tribunal que era suficiente, que se hubiera cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, aunque el cumplimiento sea menor a los dos tercios de la condena, ya que el tratamiento penitenciario es sólo uno de los aspectos de la pena.

La Corte Suprema, el 6/8/88, en el precedente "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) reafirmó el principio agregando que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justificaba, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena cumplida total o parcialmente lo que, según la Corte, no generaba una violación al principio de igualdad ya que quedaba en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior. La Corte Suprema indicó además que el principio "*non bis in idem*" prohibía la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impedía 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 se considere

adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Señaló la Corte que esa insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal podía argüirse que se haya vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta.

Más cercano en el tiempo, y ya con la actual composición, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de referirse al instituto de la reincidencia en los precedentes "Mannini" y "Gago".

En el primero de ellos (Fallos: 330:4476, del 17/10/07) la Corte Suprema de Justicia, revocó el cómputo de la prisión preventiva que se había tomado en cuenta como forma de cumplimiento de pena para declarar la reincidencia. El voto de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema (Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco; Maqueda y Zaffaroni) compartió los fundamentos y las conclusiones del dictamen del procurador dados en el tema a decidir, pero dejaron al margen la remisión que realizara el magistrado del Ministerio Público a las conclusiones del precedente "Gómez Dávalos" ya referidos "supra".

Con ello sería hoy posible considerar que la mayoría de la Corte Suprema, no estuviese tan predispuesta a mantener los postulados de aquél fallo. Aunque, forzoso es admitir, en "Gago", del 6/5/08, podría haberse dado un paso atrás por los

## *Poder Judicial de la Nación*

jueces Dres. Maqueda y Highton de Nolasco, ya que en este precedente esos jueces -junto a los Dres. Petracchi y Fayt- adhirieron -como no lo habían hecho en "Mannini"- al dictamen del procurador con todo y las citas de "Gómez Dávalos" y "L'Eveque".

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en "Gago" la referencia al instituto de la reincidencia, o mejor dicho, a los fundamentos de la misma, lo fue a modo de *obiter dictum*, ya que la materia del recurso en dicho precedente había sido el modo aritmético de unificación de pena. Es por ello que asiste razón a María Florencia Hegglin cuando señala que hay razones para dudar que "Gago" sea efectivamente un precedente en el tema de la reincidencia. En efecto, allí, la validez constitucional de la reincidencia no había sido objeto de contradictorio ni, en consecuencia, la defensa tuvo oportunidad de oponerse a las razones vertidas por el Procurador ante la Corte a favor del cuestionado instituto, sin que nadie planteara al Tribunal las numerosas críticas realizadas a la figura en los últimos veinte años. Así los otros jueces Dres. Zaffaroni; Lorenzetti y Argibay tampoco pudieron atender a la reincidencia como un tema en discusión y sobre el cual debían pronunciarse, privándose la decisión del tribunal de la necesaria deliberación y plenario (Cfr. "Unificación de Penas: Criterios de Determinación. Avances y Retrocesos de la Reincidencia", María F. Hegglin, en Jurisprudencia Penal de la C.S.J.N" Pitlevnik, director, Hammurabi, Bs. As., 2010, t.8, p. 110/11).

El voto mayoritario de los jueces de la Corte Suprema en el precedente "Gramajo" que, cabe señalar, fueron los mismos que formaron la mayoría en "Mannini", suscribió una serie de conceptos claramente aplicables al instituto de la reincidencia. Como sostiene Leonardo Pitlevnik, en el citado fallo se reproduce la línea argumentativa dada por Raúl Zaffaroni en su obra conjunta con Alagia y Slokar, en la cual se sostiene que la reincidencia es inconstitucional por violar el "non bis in idem" (uno de los principios que la mayoría entiende vulnerado en el art. 52). En efecto, se glosa lo sostenido por el citado autor, en cuanto a que la reincidencia es "el primer antecedente de las tristes construcciones del Derecho penal de enemigos". Señala Pitlevnik que incluso alguno de los ejemplos históricos mencionados en el voto de la mayoría, e incluso por el juez Fayt (las deportaciones a la Guyana y la ley francesa de 1885) aparecen en la obra referida en el marco de la crítica a la reincidencia. Así, el cuestionamiento que Zaffaroni, Alagia, Slokar realizan del art. 52 se basa, en parte, en los argumentos que se desarrollan en el fallo y se encuentran en el mismo párrafo en donde se trata la inconstitucionalidad de la reincidencia (Leonardo Pitlevnik, "El fallo Gramajo y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes", Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t.2, pag. 141.

En la misma línea de argumentación formulada por los precedentes "Gómez Dávalos" y "L'Eveque" se ha señalado en

## *Poder Judicial de la Nación*

doctrina que si se ubica a la reincidencia en relación a la culpabilidad sería posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional; se ha dicho así que lo que fundaría el agravante sería una mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta, por la amenaza penal, quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido (Luis M. García, "Reincidencia y Punibilidad", Astrea, 1992, p. 129). Dicho autor señala, siguiendo el razonamiento de la Corte, que no existe violación del "non bis in idem", ya que este prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considera adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. García consideró así que la mayor severidad no se debía a la circunstancia de que el sujeto cometió el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que ponía 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; como esa consideración no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, mal podría argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta (Cfr. Luis García, op. y loc cit, p. 129/130).

3ro.-) En mi criterio, la postura de sortear la discusión de la presunta violación del principio del "non bis in idem", basando la argumentación en la circunstancia de que el sujeto presenta una mayor culpabilidad, siendo eso lo que permitiría que el legislador lo castigase con mayor severidad, de ninguna manera supera la objeción de que en realidad lo que se está castigando es la presunta resistencia del autor a internalizar un modo de vida al volver a cometer un delito a pesar de haber sufrido una pena. Sin decirlo, se reacciona de la misma manera que se lo hacía con los sujetos considerados "antisociales"; "peligrosos"; "vagos"; "maleantes"; o cualquiera de las etiquetas con las que se los hubo catalogado en alguna época a los sujetos que reiteraban un patrón de conducta antisocial. Se considera así *lo que el autor es*, o mejor dicho, *la forma en que conduce su vida*. Se le asigna así un rótulo, el de "reincidente" y en base a ese estigma se lo trata más severamente, verbigracia, impidiéndole recuperar su libertad en forma anticipada (art. 14 del C.P.). Como dice Julio Maier, con la reincidencia, "no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico a alguien a quien, de antemano, se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha

## *Poder Judicial de la Nación*

incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente" (Cfr. Julio B. Maier, op. cit. p. 643/644).

Si, como sostiene Zaffaroni, la culpabilidad debe ser entendida: a) como el proceso dialéctico en el cual se sintetiza la reprochabilidad por el acto, y b) como un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo; resultando de ambas culpabilidades (*por el acto y por la vulnerabilidad*) la culpabilidad normativa, no resulta obvio que una persona, por el hecho de haber cumplido una pena, deba realizar un esfuerzo mayor para colocarse en esa situación de vulnerabilidad. Antes bien, parece suceder todo lo contrario. En efecto, "en lugar de una mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia, "habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito, puesto que si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia -siendo sorprendente que no sean mayores sus índices-, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar" (Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, "Derecho Penal Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 1011).

Es innegable que existe un impulso a la reiteración que tiene que ver con componentes ambientales y socio

culturales constatables que empujan al ex convicto, que ha permanecido cierto tiempo en el ámbito carcelario, a reproducir conductas referenciadas en ese ambiente. Pero no puede afirmarse con esa misma certidumbre, que ese impulso a la reiteración sea originado en causas endógenas atribuibles a una decisión libre y voluntaria del sujeto, y menos aún que ese sujeto se halle en una posición más firme en cuanto a transitar otras opciones de vida.

Nuestro sistema penal tiene como pauta orientadora de la pena de prisión la resocialización del condenado, que de esa forma se constituye en el fin esencial que deben perseguir las penas (art. 18 de la C.N.; art. 5º, inc. 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Ella se erige en un fin u objetivo destinado a humanizar y darle contenido al "tratamiento penitenciario" consustancial con la condena pero no puede extraerse, a partir de la consagración en abstracto por la ley, que efectivamente el "tratamiento penitenciario" derive, en la práctica, en ese resultado en la persona concreta sometida a él. Ello sería creer dogmática e ingenuamente en las capacidades espontáneas preventivo-especiales de las penas carcelarias.

Contrariamente, como sostiene Vitale, la comisión de un delito, luego de un tratamiento "reintegrador" efectivamente implementado, muestra que aquél "remedio punitivo" no cumplió el meramente proclamado fin "resocializador", y ello no se resuelve simplemente dando más tratamiento (op.cit. p. 298).

## *Poder Judicial de la Nación*

Esto se vincula, como sostiene Bacigalupo, con el principio de *prevención especial democrático* formulado como un nuevo contenido del derecho penal que busca en la pena la "reintegración social del autor" (Cfr. Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español, Ariel, 1984, p. 36).

La realidad carcelaria, muchas veces, es muy diferente a la que parece surgir de los textos legales considerados en abstracto. Más allá de los loables objetivos de la legislación que consagran el imperio de los derechos personales aún en el ámbito carcelario, ya que, la Constitución no se queda en la puerta de las prisiones, la realidad indica, como señala Máximo Pavarini, que "las exigencias del gobierno de la cárcel -como cualquier otra institución total- encuentran una adecuada satisfacción en la conocida lógica de premios y castigos. El orden de las instituciones penitenciarias se garantiza a través de la promesa/amenaza de modular la intensidad del sufrimiento en razón de la conducta del detenido dentro de los muros (Máximo Pavarini "Menos cárcel y más medidas alternativas", Cuadernos de la Cárcel, edición especial de "No hay Derecho", Buenos Aires, 1991, p. 23).

Y en esto poco tiene que ver la lógica de la rehabilitación.

En ese punto, si la reiteración de una conducta delictiva desnuda algo más que un componente de la personalidad del individuo, protegido por el principio constitucional de reserva (art. 19 de la C.N.) ese "algo más" es el propio

fracaso de la institución carcelaria que, en el caso concreto del reincidente, habrá inalcanzado el "ideal resocializador" previsto en abstracto legalmente. Esto se da, más aún, cuando el abanico de derechos se ve menguado seriamente a partir de la instalación de un rotulo estigmatizante que trae como consecuencia el agravamiento del encerramiento.

Ese agravamiento es así irracional por cuanto solo opera como una reacción ciega: ante el fracaso del tratamiento carcelario, se responde con una mayor y más severa dosis de castigo.

No resulta razonable suponer una mayor culpabilidad en el reincidente, por cuanto, como sostiene Gustavo Vitale, en verdad, la reincidencia demostraría una mayor predisposición a delinquir, y con ello un menor grado de reprochabilidad por el hecho. El principio constitucional de culpabilidad, obliga a los poderes del estado a no imponer una pena legítima cuando no existe posibilidad de contramotivarse en las normas penales, de lo que se deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de motivación posible del autor. A un menor grado le corresponderá una menor reprochabilidad (Gustavo Vitale, "La inconstitucionalidad de la reincidencia - dos fallos ejemplares", en Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 6, n°9, mayo 2004, p. 296/297). En ese mismo sentido, se expidió Santiago Mir Puig, cuestionando la reincidencia consagrada en el Derecho español -art. 22.8 del C.P. español- (Mir Puig, op.cit., p 624).

## *Poder Judicial de la Nación*

Los parámetros de fundamentación de la "reincidencia" coinciden con los de la "peligrosidad"; funcionan como un análisis extraíble de un patrón de comportamiento de una determinada personalidad, agravando la respuesta penal, más allá de las consecuencias y modalidades del acto realizado. Con la reincidencia, como con la peligrosidad, se castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se está castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor estaría demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario. Como afirma Ferrajoli, ambas se basan en un modo de ser, más que un modo de actuar, y como tal se erigen en un sustitutivo de la culpabilidad constitutivos de tipos penales inconstitucionales (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Trotta, Madrid, 2001, p. 506).

La reincidencia, establecida por el artículo 50 del C.P., resulta así irrita al principio de culpabilidad establecido por el art. 18 de la C.N.; al principio de igualdad establecido por el art 16 de la C.N. y al principio de "no bis in idem" (arts. 33 de la Constitución Nacional; 8.4 de la Convención Americana de Ds. Hs; y 14.7 del Pacto Internacional de Ds. Civiles y Políticos) y así debe ser declarada.

**El Dr. Vázquez Acuña dijo:**

Mi distinguido colega que me precede en el voto, ha dado un acabado repaso de las distintas posturas doctrinarias que, por un lado, ponen en crisis el instituto de la reincidencia y las que validan la misma, al igual que la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada al respecto.

Básicamente pueden sintetizarse los distintos enfoques que cuestionan la legitimidad de la reincidencia en aquellos que se vinculan con el principio de culpabilidad por el hecho y con el principio ne bis in idem. En ambos enfoques se plantean la cuestión de si es posible computar a la reincidencia como agravante, es decir, si quien delinque después de haber sufrido una pena, puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada, cuando es condenado por un delito posterior a la pena ya sufrida.

Ahora bien, tal como lo hace mi distinguido colega, se entiende que la objeción constitucional debe formularse desde la óptica del principio de culpabilidad, pues se considera que el instituto de la reincidencia, no logra superar el tamiz constitucional del derecho penal de acto consagrado en los arts. 18 y 19 de la C.N.

Se coincide con Magariños en cuanto afirma que "...si la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones (art. 19 C.N.) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (art. 18 C.N.), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y

## *Poder Judicial de la Nación*

carece de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo..." (H. Mario Magariños; "Reincidencia y Constitución Nacional" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°7, pag 86 y 87).

A su vez, Bacigalupo, sosteniendo el derecho penal de acto, mantiene que "...el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobretudo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito)..." (Enrique Bacigalupo, "Principios Constituciones de Derecho Penal", ed. Hammurabi, año 1999, pag 163).

Está claro que el derecho penal de acto que sirve como presupuesto y medición de la pena impide "...la concepción de una agravación de la pena independiente de la culpabilidad y de origen preventivo general y/o especial; por otro lado, la concepción de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, finalmente, al modelo estrechamente ligado a aquella concepción del aumento de injusto y culpabilidad que se basa en la observación normológica de que el autor, junto al injusto de la infracción concreta sometido a enjuiciamiento realiza otro injusto, consistente en haber tomado en cuenta como advertencia las condenas anteriores en forma contraria al deber..." (Bernhard Haffke, "Reincidencia y medición de la pena" en el libro de

Bern Shunemann; "El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales", Ed. Tecnos, año 1991, pag 185).

Nuestro más alto Tribunal, convalidando el instituto de la reincidencia, ha sostenido en distintos fallos, que 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 esta naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho. En suma "lo que se sanciona 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, según la Corte, "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 posteriori a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito..." (el resalto me pertenece) (Fallos 308:1938; 311:522; 311:1209; 311:1451; 331:1099; entre otros).

Como bien lo hace notar Magariños en su obra ya citada, está claro que los fundamentos de dichos fallos de nuestro más alto Tribunal se adscriben a la fórmula de la advertencia, que fuera acuñada en la decisión dictada por el Tribunal Constitucional Alemán de fecha 16 de enero de 1979,

## *Poder Judicial de la Nación*

respecto del parágrafo 48 del Código Penal Alemán (StGB).

En esa sentencia se estableció que "...la agravación conforme el parágrafo 48 requiere que al autor, en consideración a la clase y circunstancia de los delitos, se le pueda reprochar que no ha tomado como advertencia las anteriores condenas...", pues, "...quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores, actúa en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal y, por lo tanto, con incremento de culpabilidad...".

Según Hafke, para esta fórmula "...si el autor merece un mayor reproche de culpabilidad por un nuevo hecho, ello más bien porque mediante las anteriores condenas y su cumplimiento, ha sentido el concreto reproche por el hecho antijurídico no sólo de modo abstracto e impersonal a través de la ley, sino en su propia persona, "en su propia carne"...". Con ello, sigue dicho autor "...se han hecho eficaces especiales impulsos de contención que deberían haberlo apartado antes y con mayor intensidad..." (op. cit, pag. 185).

Pretender sostener la legitimidad de la reincidencia y de sus consecuencias legales, en un supuesto mayor grado de culpabilidad que deriva de fórmulas tales como el "desprecio de inseguridad del autor por la pena ya sufrida" es ajeno e inconciliable con el principio de derecho penal de acto, por eso se entiende que la "fórmula de advertencia" adoptada por nuestra Corte Suprema en los fallos ya citados, fracasa frente a la garantía sostenida en el art. 19 de la C.N. en cuanto exige que las prohibiciones sólo pueden referirse a conductas externas contempladas en un tipo penal (art. 18 C.N.)

y la aplicación de la pena debe tener como referente únicamente el grado de reproche que le corresponde al autor en la comisión de tal injusto penal, que fija el límite aceptado por el derecho penal de acto (cfr. voto del Dr. Raúl Zaffaroni en el Plenario Guzmán, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 08 de agosto de 1989) .

Es por ello que se aprecia que asiste razón a Bacigalupo, quien criticando el fallo del Superior Tribunal Constitucional de España 150/91, en cuanto en éste se decía que "...es claro ... que con la apreciación agravante la reincidencia no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores ... sino únicamente y exclusivamente el hecho posterior..." sostiene "... que lo que en realidad es claro es lo contrario: el hecho posterior se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor..." (op. cit. pag 166).

Si bien se pretende desligar el hecho anterior por el cual fuera condenada una persona, de la pena impuesta en la sentencia posterior, en la fórmula asumida por nuestra Corte Suprema, lo cierto es que, como bien lo señala Zaffaroni "...toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse..." (voto en

## *Poder Judicial de la Nación*

el Plenario Guzmán ya citado).

El "desprecio por la pena sufrida" en la posición adoptada por la Corte, traducida supone que quien cumplió pena en encierro en virtud de una condena anterior, no importa el tiempo -se señala total o parcialmente-, ni si fue sometido a tratamiento penitenciario, al cometer un hecho posterior debe aplicarse la pena agravada que conlleva la declaración de reincidencia en los términos del art. 50 del C.P. Se afirma que se trata de una pena agravada porque la declaración de reincidencia supone la denegación de un derecho tal como el contemplado en el art. 13 del C.P.. El reproche estaría dado no por la magnitud del injusto sino por no haber respetado la "advertencia" que supone el cumplimiento en encierro.

Tal acepción de la culpabilidad viola la recogida por nuestra Constitución Nacional, en su art. 19, toda vez que manda, se reitera, que en el reproche se tenga en cuenta la magnitud del acto enrostrado, por lo que se postula, al igual que mi colega, que se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P., tal como está redactado.

### **V. Costas.**

Finalmente, y en atención a su resultado, González, Cnochaert y Ávila deberán responder por las costas del juicio (arts. 29, inc. 3º, del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Por todo ello, el Tribunal **RESUELVE:**

**I. DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 50 del Código Penal.

**II. CONDENAR a Alejandro Ramón GONZÁLEZ,** de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante violencia o amenazas, a cumplir la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN,** y al pago de las costas del proceso (arts. 29, inciso 3, 45, 55, 142, inciso 1°, 166, inciso 2°, último párrafo, y 167, inc. 4°, en función del art. 163, inc. 5°, del Código Penal de la Nación, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**III. CONDENAR a Ricardo Luis CNOCHAERT,** de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y cuyo objeto fue una mercadería que estaba siendo transportada, en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada por haber sido cometida mediante violencia o amenazas, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja en suspenso,** y al pago de

## *Poder Judicial de la Nación*

las costas del proceso (arts. 26, 29, inciso 3, 45, 55, 142, inciso 1°, 166, inciso 2°, último párrafo, y 167, inc. 4°, en función del art. 163, inc.5°, del Código Penal de la Nación, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**IV. IMPONER a Ricardo Luis CNOCHAERT**, por el término de **TRES AÑOS** a partir de que quede firme este fallo, la obligación de fijar residencia y someterse al control del Patronato de Liberados, correspondiente a su domicilio, institución que deberá informar de manera trimestral al señor Juez de Ejecución Penal que corresponda (artículo 27 bis, inciso 1° del Código Penal)

**V. CONDENAR a Gustavo Ariel ÁVILA**, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, por ser autor penalmente responsable del delito de encubrimiento a la pena de **DOS AÑOS de PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja en suspenso**, y al pago de las costas del proceso (arts. 26, 29, inciso 3, 45 y 277, inciso 1°, apartado "c", del Código Penal de la Nación, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**VI. IMPONER a Gustavo Ariel ÁVILA**, por el término de **DOS AÑOS** a partir de que quede firme este fallo, la obligación de fijar residencia y someterse al control del Patronato de Liberados, correspondiente a su domicilio, institución que deberá informar de manera trimestral al señor Juez de Ejecución Penal que corresponda (artículo 27 bis, inciso 1° del Código penal)

Insértese, hágase saber y cúmplase. Una vez

firme el presente fallo, practíquese el cómputo de pena del condenado González y comuníquese a la Policía Federal, al Registro Nacional de Reincidencia, a la Secretaría Electoral, al Servicio Penitenciario Federal, al Juzgado de Ejecución Penal que por turno corresponda, al Juzgado Correccional n° 7 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, en relación a Cnochaert, a los fines que estime corresponda dicho Tribunal (fs. 474 vta.), al Juzgado de Instrucción nro. 24, Secretaría nro. 131, respecto de Avila, en orden a la causa nro. 12.629/11 de ese Tribunal (ver fs. 561 y 565/8), y manténgase reservada en Secretaría la documentación que surge de fs. 15 y los celulares secuestrados oportunamente, en atención a lo resuelto a fs. 515/516; en cuanto a la camioneta Dodge 200, dominio UMK-985, la cuál se halla en depósito de la División Robos y Hurtos (fs. 369, 371 y 440/442), manténgasela en tal situación por iguales razones.

En su oportunidad ARCHIVESE LA CAUSA.

ALBERTO HUARTE PETITE

(en disidencia parcial)

MARTIN E. VAZQUEZ ACUÑA

(según su voto)

LUIS R. J. SALAS

(según su voto)

Ante mí:

*Poder Judicial de la Nación*

ERICA SUSANA MANIGOT

SECRETARIA