



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

**Causa n° 80183/II**

**"J., C. R. E. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE SENTENCIA"**

///la Ciudad de San Isidro, a los 03 días del mes de junio de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Leonardo G. Pitlevnik, Luis C. Cayuela y Juan Eduardo Stepaniuc, para dictar sentencia en la causa que por el delito de encubrimiento, se le siguiera a C. R. E. I. J., y practicándose el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Pitlevnik, Stepaniuc y para el caso de disidencia, Cayuela.-

#### **A N T E C E D E N T E S**

C. R. E. fue condenado el 6 de noviembre de 2015, por el Sr. Juez a cargo del Juzgado Correccional n° 6 dptal., Dr. Hernán Archelli, en la causa n° PP-1922, a la pena de ocho meses de prisión, más el pago de las costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de encubrimiento, cometido entre los días 7 y 8 de diciembre de 2013, en la localidad de Boulogne y fue declarado reincidente (Arts. 10, 168 y 171 Const. Prov., 5, 29 inc. 3°, 40, 41, y 277 inc. 1 "c" del C. Penal; 375, 376, 399, 530 y 531 del C.P.P.), conforme obra en copia a fs. 17/25 del presente incidente de apelación.

Contra dicha sentencia, el Sr. Defensor Oficial, Dr. Hernán Rocha, interpuso recurso de apelación que obra a fs. 28/33 del presente incidente.

Por ello, corresponde plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

**PRIMERA: ¿Es admisible el recurso interpuesto a fs. 43/46?**

**SEGUNDA: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ PITLEVNIK  
DIJO:**

Radicados los autos en esta Sala de Cámara y practicado el sorteo de ley, resultó desinsaculado para votar en primer término el suscripto. El artículo 21 del CPP., establece competencia a la Cámara de Apelación y Garantías del recurso de apelación de las sentencias de juicio oral y abreviado en lo correccional. Por su parte, el artículo 439 del código de mención prevé la procedencia del recurso de apelación contra las sentencias de juicio oral y abreviado correccionales, con un plazo de veinte días (artículo 441 segundo párrafo del CPP.).

De conformidad con los arts. 421 y 439 del Código de forma, la Defensa, se encuentra legitimada para recurrir. Asimismo, el recurso ha sido presentado en forma tempestiva y, en lo demás, se ha cumplido con las previsiones del los arts. 421, 439, 441, 442, 443, 444 y ccdtes. del CPP., por lo que, de conformidad con las previsiones del art. 433 del CPP., corresponde declarar admisible el recurso interpuesto por el Sr. Defensor Oficial.

**ASI LO VOTO.**

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ  
STEPANIUC DIJO:**

Adhiero mi voto al del Colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por los mismos motivos y fundamentos.-

**ASI LO VOTO.**

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ CAYUELA  
DIJO:**

Adhiero mi voto al del Colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por los mismos motivos y fundamentos.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

### ASI LO VOTO.

#### **A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:**

Dos son los argumentos esgrimidos por la Defensa en su queja en cuanto a la declaración de reincidencia del causante. El primero, es que no se ha comprobado si J. ha cumplido efectivamente pena de modo que pueda computarse su detención anterior en otra causa como un antecedente válido para afirmar que es materialmente reincidente. El segundo es que el acuerdo de juicio abreviado no se proyectó sobre la solicitud del fiscal de que el causante sea declarado reincidente.

Los dos argumentos defensistas son, en mi criterio, acertados, con algunas aclaraciones según explico a continuación.

#### **a) El cumplimiento anterior de pena de parte de J. como requisito para su calificación de reincidente, conforme lo normado por el art. 50 y concordantes del CP.**

El recurrente dice que no se ha probado en la causa que haya habido un cumplimiento de condena en carácter de penado por parte de J. y que, por ende, no corresponde declararlo reincidente. Dice con razón el apelante, que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la reincidencia real y no la reincidencia ficta a partir de la reforma de la ley 23.057. Ello supone de parte del penado haber sido sometido efectivamente aunque sea por una porción del tiempo de la condena, al régimen penitenciario, cuyo objetivo constitucional esencial es la resocialización de la persona penada.

La situación en el caso es algo compleja. Si se tratara de comprobar la detención del acusado en algún momento de una causa anterior en la que objetivamente tenía la condición de penado, la respuesta sería contraria a los intereses de la Defensa. Basta observar a fs. 98/99 la copia del oficio librado por un juez de ejecución en el que se concede la libertad condicional al penado J. La fecha de la resolución (conforme surge del oficio que es de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

fecha posterior) es del 21 de enero de 2009, con relación a una pena que vencería el 6 de abril de 2011. El delito por el que se condenó a J. en la presente causa es de diciembre de 2013, de modo que no transcurrieron los plazos del art. 50.

Pero se debe decir, en favor de la defensa, que esa condena por la que el Juez de ejecución le concede la libertad condicional, era omnicomprendiva de causas de los Tribunales Orales Criminales 2 y 3 de San Isidro. En una de ellas –causas 11854 y 12184 del TOC. 2- , J. había sufrido un año de prisión que se le había tenido por compurgado con el tiempo de prisión preventiva (ver oficio de fs. 95). En el oficio del juez de ejecución de fs. 98/9 se lee que la libertad por aplicación del art. 13 del C.P. se hizo efectiva en la sede de la comisaría de Martínez Oeste.

De lo expuesto se desprende que aun cuando objetivamente (o para decirlo crudamente “en los papeles”), J. estuvo privado de su libertad en una causa con condena firme tramitada en el juzgado de ejecución donde se le concedió la libertad condicional, el hecho de que se encontrara detenido en una seccional policial, deja sin comprobación alguno que se le haya aplicado en algún momento el régimen previsto por alguna de las leyes penitenciarias. De modo que nada hay en la causa que certifique que J. haya cumplido al menos parcialmente la pena que la ley prevé como presupuesto para después reprocharle no haber capitalizado la condena anterior. En principio, la simple estadía en una seccional policial sin talleres, escuelas, espacios de esparcimiento, régimen tratamental, régimen disciplinario penitenciario, no puede ser asimilable al cumplimiento de pena que prevé el art. 50 del C.P. como antecedente en contra del condenado.

La reforma de la ley 23.057 que la Defensa cita, impuso las consecuencias del art. 50 a quien ha sufrido efectivamente una pena de prisión (esto es, la prisión que cumple la función penitenciaria y no la de simple coerción temporal). Conforme he citado en otros fallos de esta Alzada (causa 77.820/II, 77.894/II)), en la elevación del proyecto por parte del poder



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

ejecutivo de la citada ley, se mencionaba como modelo de ese tipo de reincidencia a la legislación alemana, austríaca y portuguesa y se señalaba que “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial”. El debate parlamentario giró en torno a la idea de reinserción social conforme se aprecia en las intervenciones de los diputados Perl y los senadores Araujo, Celli y de la Rúa (disponible en [www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm](http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm)). Sin ingresar a la discusión material sobre el modo en que se llevan adelante hoy las penas en general, la doctrina que fundó la reforma enarbolada interpretaciones de la pena que hoy, además, tienen jerarquía constitucional. En otras palabras, requiere el haber cumplido la pena –aun parcialmente-, que la Constitución define como tal.

La Corte Federal en "Mannini", del 17/10/2007, entendió que no debía considerarse reincidente a quien había sufrido prisión preventiva pero no pena anterior. La reincidencia, sostuvo el tribunal en su adhesión al dictamen del Procurador y con remisión a sus propios antecedentes, se basa en insensibilidad del autor ante la amenaza de un nuevo reproche ya sufrido, cuyo alcance ya conoce. En palabras de la Corte “Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida”. En "Romero", del 15/6/2010 la Corte dijo también que “la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva”. No se trata aquí de entrar en discusiones en cuanto al modo en que hoy las unidades penitenciarias discriminan o no entre procesados o penados, sino de admitir un límite claro: la simple estadía en un calabozo de mínimas dimensiones en una seccional policial, desprovisto de todo recurso propio de un régimen penitenciario, en principio, no puede ser entendido materialmente como cumplimiento de pena.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

Del expediente no se desprende que J. haya cumplido –al menos parcialmente- la pena regulada en las leyes 24.660 y 12.256. Se menciona solamente una pena compurgada con el plazo de prisión preventiva y su libertad condicional ordenada por un juez de ejecución desde la sede de una comisaría. Ninguna de las demás constancias que se mencionan en la sentencia acreditan el cumplimiento material de pena en las condiciones legales y constitucionales que admitan la aplicación del art. 50 del CP.

Es por ello que le asiste razón al defensor apelante en este punto.

**b) La falta de un acuerdo en el trámite del juicio abreviado en cuanto a la declaración de reincidencia del encartado.**

También aquí tiene razón el recurrente. En el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes se consigna expresamente lo siguiente: “El Sr. Agente Fiscal califica el hecho en trato como constitutivo del delito de encubrimiento simple (art. 277 “c” del Cód. Penal)”. Le sigue una breve justificación a dicha calificación y luego dice: “Postula la pena de 8 meses de prisión, con costas. Requiere la declaración de reincidencia (art. 50 del Cod Penal).”- Sigue a ello: J. y la Defensa hacen saber que consienten expresamente la calificación legal y la pena a imponer”.-

Se aprecia que de las tres postulaciones del fiscal, a saber, calificación legal, pena a imponer y declaración de reincidencia, la Defensa y J. solamente se allanaron a las dos primeras. La interpretación literal del acuerdo no admite otra alternativa.

Aún en el supuesto en que se pudiera considerar la posibilidad de que el acuerdo se pudiera leer de modo que el consentimiento se proyectaba tácitamente sobre la tercera petición fiscal o que el imputado y su defensa debieron entender que dicho extremo quedaba incluido, lo cierto es que el pacto por el cual un ciudadano renuncia a un juicio oral y presta su consentimiento para la aplicación de una pena requiere de un grado de prolijidad y precisión que de ningún modo puede resultar compatible con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

interpretar en contra del justiciable zonas de penumbra que lo perjudicarían. Si el estado pretende hacer pesar sobre J. las consecuencias de la condición de reincidente, debió haberse preocupado por que dicho extremo quede suficientemente aclarado y que no fuera materia de posibles interpretaciones divergentes. Es por ello que entiendo que el acuerdo solo puede ser leído en función de aquello para lo cual la parte prestó su consentimiento de manera clara y precisa y que, literalmente surge de su lectura.

En conclusión, también aquí le asiste razón a la Defensa pues es doctrina pacífica de esta Sala (causa nro. 71.200/IIa. R., H. O. s/inc. de apelación de sentencia, del 28/08/09, causa nro. 70.386/IIa. C., G. M. s/robo de arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y hurto, causa 2777/IIa. Sala de FERIA, López, Daniel Héctor de enero de 2006, entre otras), el carácter de reincidente de un condenado debe ser declarado en una sentencia producto de un debate oral o juicio abreviado pues allí se discute la existencia del hecho, su calificación, la participación, las eximentes, las atenuantes y agravantes (art. 371 del C.P.P.). Dicha calidad es tenida en cuenta por la ley para valorar atenuantes y agravantes.

Tal como se aprecia en los razonamientos que sirven de fundamento a la presente, la condición de reincidente requiere en muchas oportunidades de producción de prueba y decisión de extremos que deben ser evaluados en la etapa de juicio. Es por ello que esta sala tiene dicho que “La reincidencia y sus condiciones no pueden soslayarse ni fijarse oficiosamente en perjuicio del encartado. Lo cierto es que la reincidencia es una consecuencia penal que ingresa dentro de los puntos de acuerdo vinculantes para el órgano de juicio por el art. 399 del CPP.” Lo dicho, cierra entonces la cuestión, pues no habiendo habido acuerdo de las partes con relación a la declaración de reincidencia del causante, dicha calidad no puede ser fijada ex officio por el magistrado, ni tampoco declarada por la sola mención de la parte acusadora sin intervención del imputado y su defensa.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

Solo me resta agregar que, siendo la materia del agravio una cuestión de mero derecho en la que en nada incide la impresión del causante, entiendo que se vuelve ociosa su citación sin pedido de parte.

Es por ello que postulo hacer lugar a la queja defensiva y revocar el punto II) de la sentencia recurrida y desaplicar la declaración de reincidencia de Carlos Rubén Ezequiel J..-

## **II. De la decisión.**

Por todo lo expuesto postulo: 1) declarar admisible el recurso de apelación deducido por la Defensa Oficial, (arts. 433, 439 y ccdtes. del CPP. y 2) REVOCAR el punto II) de la sentencia recurrida y DESAPLICAR LA DECLARACION DE REINCIDENCIA de C. R. E. J. de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (art. 50 "a contrario" C. Penal).-

### **ASÍ LO VOTO.**

#### **A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ STEPANIUC DIJO:**

La queja Defensiva se cierra respecto de la declaración de reincidente impuesta a C. R. E. J. en la sentencia que viene recurrida.

Surge de la causa principal acollorada a la presente incidencia que el Sr. Defensor Oficial, Dr. Mancini, el imputado J. y el Sr. Fiscal, Dr. Gastón Garbus presentaron ante el Juzgado Correccional nro. 6 Departamental, a cargo del Dr. Hernán Sergio Archelli, un acuerdo de juicio abreviado en el que el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal calificó el hecho en trato como constitutivo del delito de Encubrimiento (art. 277 inc. c) del C.P.), postuló la pena de 8 meses de prisión, con costas y requirió la declaración de reincidente.

La Defensa y el imputado consintieron expresamente la calificación atribuida al hecho y la pena a imponer, pero no se expidieron respecto del requerimiento formulado para que sea declarado reincidente. La





PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

circunstancia de haber omitido expedirse al respecto no puede ser leído como que hubo consentimiento tácito.

El juicio abreviado es un instituto que tiende a simplificar el procedimiento mediante mecanismos que tornen a éste más sencillo, rápido y simple. Viene requerido por normas supranacionales, tratados internacionales constitucionalizados por la reforma de 1994.

La nota fundamental del origen del trámite abreviado está constituido por el acuerdo entre quien ejerce y quien resiste el ejercicio de la acción penal, siendo ello necesario para que la admisibilidad del trámite pueda prosperar. Es una solución consensuada o conformada del conflicto penal, se sitúa en la zona de discrecionalidad de las partes, donde la autonomía de la voluntad resulta esencial.

En el caso de autos, y en concordancia con lo expuesto por el Dr. Pitlevnik en su voto, queda claro que el acuerdo por el cual el imputado renuncia a un juicio oral y presta su consentimiento para la aplicación de una pena requiere de un grado de prolijidad y precisión que no puede interpretarse en contra del justiciable. Y ello es precisamente lo que ocurrió en la presente causa.

La circunstancia descripta permite vislumbrar que se afectó el debido proceso pues nada dijo la Defensa y el imputado al respecto, no obstante lo cual el "a quo" en forma unilateral y en oposición a la doctrina pacífica de esta Sala que ya mencionara el Dr. Pitlevnik en su voto, declaró reincidente - consecuencia penal no pactada- a J. sin que exista acuerdo al respecto, violentándose, reitero, el debido proceso y la garantía de defensa en juicio (art. 18 y 19 de la C.N.).

Por todo lo expuesto, postulo declarar la nulidad del acuerdo que en copia luce a fs. 16 de presente incidencia y de todo lo actuado en consecuencia, **debiéndose designar un juez hábil para que continúe el proceso** (arts. 201, 202, 203, 204, 205, 399 y ccdtes. del C.P.P.) y que se tenga presente la reserva de caso federal (art. 14 de la ley 48)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

**ASÍ LO VOTO.**

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ CAYUELA DIJO:**

Llamado a dirimir en la presente, adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Stepaniuc, por los mismos motivos y fundamentos.

**ASÍ LO VOTO.**

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces por ante mí, doy fe.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

## SENTENCIA

///Isidro, 03 de junio de 2016.

### **AUTOS Y VISTOS:**

Para dictar sentencia en la presente Causa.

### **Y CONSIDERANDO:**

Que en el Acuerdo que antecede ha quedado resuelto que corresponde revocar parcialmente la sentencia impugnada, con costas para el recurrente.

### **POR ELLO:**

**I. SE DECLARA ADMISIBLE** el recurso de apelación contra la sentencia deducido por el Sr. Defensor Oficial a fs. 22/33 y vta. de la presente incidencia, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 421, 424, 433, 439, 442 y ccdtes. del CPP.).

**Por mayoría,**

**II. SE DECLARA LA NULIDAD** del acuerdo que en copia luce a fs. 16 de la presente incidencia y de todo lo actuado en consecuencia, **debiéndose designar un juez hábil para que continúe el proceso**, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 201, 202, 203, 204, 205, 399 y ccdtes. del C.P.P.).

**III. SE TIENE PRESENTE** la reserva de caso federal efectuada por el recurrente (Artículo 14 de la ley 48).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la instancia de origen a sus efectos.

Sirva lo proveído de atenta nota de remisión.

**Fdo: LEONARDO G. PITLEVNIK – JUAN E. STEPANIUC – LUIS C. CAYUELA**

**Ante mí: VIVIANA VEGA**

%07(è\_è#"9=aŠ



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL