En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los doce días del mes de enero del año dos mil diez, habiéndose reunido en Acuerdo los Dres. Omar Florencio Minatta, en su carácter de Presidente en el caso, Roberto Rubén Portela y Mónica Rodríguez, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados **"C., M. A. p.s.a. robo-Trelew" y acumulada: "C., M. p.s.a. hurto tentado-Trelew"** (Carpeta N ° 1796-Legajo N ° 18428 y 1793-Legajo N ° 18413), seguidos contra **M. A. C.**, argentino, hijo de A. D. y E. B. C., nacido en Trelew, Chubut, el día 29 de julio de 19**, DNI N ° **.***.***, desocupado, con domicilio en calle Bo. xxxxxxxxxxx, Sector x, Esc. x, Dpto. x de Trelew, quien fuera condenado a la pena de Un Año, Nueve Meses y Veintiún Días de prisión, por sentencia del 12 de agosto de 2008, en orden a los delitos de hurto tentado y robo tentado, en concurso real, en carácter de autor (arts. 162, 164, 42, 45 y 55 del Código Penal), ocurridos en Trelew los días 28 y 30 de abril de 2009, en perjuicio de H. K. y G. B..-

Intervino por el Ministerio Público Fiscal el Dr. Oscar Oro y por la defensa técnica de M. A. C. la Dra. Gladis . Olavarria ..

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), se establece el siguiente orden de votación: Dra. Mónica Rodríguez, Dr. Roberto Rubén Portela y Dr. Omar Florencio Minatta.

La **jueza Mónica Rodríguez**, dijo:

1. Llegan estos autos al Tribunal en virtud de la impugnación deducida por la Defensa técnica del imputado M. A. C.. Sostiene la recurrente que la declaración de reincidente de su representado M. A. C., efectuada en la sentencia condenatoria nro.1328/09 resulta inconstitucional, pues el Art. 50 del Código Penal violenta el principio de inocencia, por el cual el Estado debe probar los

presupuestos de punibilidad y no el acusado lo contrario. Asimismo, agrega, vulnera el principio de culpabilidad, en cuanto tener en cuenta condenas anteriores para agravar la actual implica considerar condiciones personales que están fuera del juicio de culpabilidad, implicando la proclamación del derecho penal de autor y no de acto. También violenta el principio ne bis in idem, al efectuarse una doble valoración sobre un hecho ya juzgado y por el cual el imputado tiene sentencia firme. Por último, los principios de legalidad, Igualdad ante la Ley y de resocialización del condenado, considerando que no se pone en evidencia un mayor grado de culpabilidad en la conducta posterior quien recae en el delito, sino el fracaso del Estado en el objetivo resocializador, establecido por el art.1 de la Ley 24660.- Sostiene, por último, que la declaración de Reincidencia es una forma de estigmatización del condenado, que expresa un propósito segregacionista al conculcarle el derecho de acceder a la libertad condicional.-

2. Llevada a cabo la audiencia prevista por el Art. 385 del Código Procesal Penal, la Dra. Olavarría, por la **Defensa** técnica, mantiene y amplía los fundamentos del recurso contra el fallo condenatorio, sosteniendo el agravio principal y la petición contenidos en la pieza recursiva.

La Defensa, además de mantener los fundamentos que motivan la impugnación, deja solicitada la nulidad parcial de la sentencia por la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, indicando que el fallo, más allá de disponer la unificación con la pena impuesta a su defendido en la sentencia N ° 08/08 C. 1ª C. Tw., -unificándola en un año, nueve meses y veintiún días-, en el considerando b) lo declara reincidente, en el marco de la norma que cuestiona.

Dice que según el juez del mérito, por registrar Castelo una condena anterior, habiendo cumplido pena y sido beneficiado con la libertad condicional, al cometer un nuevo delito se configura la situación prevista en el art. 50 del Código Penal, por el desprecio puesto de manifiesto por el agente luego del cumplimiento de una pena anterior, de acuerdo a los fundamentos dados por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación. En el fallo en crisis, agrega la Defensa, el Magistrado señala que la aludida declaración no vulnera ninguna garantía constitucional.

Sostiene la recurrente que no es ese el sentido que cabe atribuir a la pena privativa de liberta, pues si el agente vuelve a delinquir quien ha fallado es el Estado, pues la resocialización del penado sólo a aquél compete.

Agrega que la reincidencia vulnera también el principio de culpabilidad. Cita el voto Dr. Minatta en el caso "C." para delimitar el alcance de la culpabilidad: uno es el reproche al autor por haber el autor decidido libremente cometer un hecho, lo cual exige demostrar el ámbito de autodeterminación en el que actuó y, para ello, puede valorarse las características del autor, pero considerándolas sólo a fin de determinar el grado de autodeterminación, no para fundar una mayor culpabilidad por las características personales (derecho penal de autor vs. Derecho penal del acto). El segundo aspecto del principio se vincula, añade, con el esfuerzo que debe hacer el agente para alcanzar el grado de vulnerabilidad que implica la reiteración delictiva, esto es, el mayor grado de esfuerzo para motivarse en la norma.

Señala que si su representado no puede motivarse en la ley o, cuando menos, le resulte muy dificultoso, debemos hablar de una atenuación del principio de culpabilidad y no de una circunstancia que permita maximizar la pena.

Indica que la aplicación del instituto cuestionado implica, también, la violación al principio de inocencia. Ello por cuanto no tiene por qué su defendido probar que por haber cometido un delito anterior, pueda afirmarse que reviste peligrosidad o hablarse de un estado peligroso.

Por último, señala que también se vulnera el principio *ne bis in idem*, previsto en los tratados internacionales de derechos humanos (art. 8.4 de la Convención Americana de

Derechos Humanos y art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), porque resulta evidente que se tiene en cuenta el hecho anterior para agravar la condena. El perjuicio concreto es la imposibilidad de obtener la libertad condicional, lo que demuestra que se hace renacer delitos ya juzgados.

Cita jurisprudencia, en particular la posición del juez Elbert en el caso "Varela, Luis R." (CN Crim. y Corr., Sala VI, 21/12/85, LL, 1986-B-424), en tanto sostiene que la aplicación de la reincidencia es un castigo dirigido a una personalidad y no a un hecho, por ende choca con una política criminal racional y con el principio de culpabilidad.

3. Por su parte la Fiscalía pide que se mantenga la declaración de reincidencia dispuesta. Señala, en principio, el imperativo que surge para su parte de la Resolución 03/09 del 18 de julio de 2009 de la Procuración General de la Provincia, resolución cuyos considerandos comparte, al igual que los argumentos de la sentencia.

Indica, asimismo, que la Sala Penal del Superior Tribunal, en autos "C. H. E. y otros" del año 2007, ha señalado que el instituto opera, con independencia de su pedido, pues se trata de un estado y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Menciona el criterio concordante plasmado en diversos fallos del STJ, así como la jurisprudencia de la CSJN *in re* "Gago Fabián Andrés, del 14/7/08" y "Mannini Andrés Sebastián", del 17 octubre de 2007.

Agrega que la Defensa no ha referido a las características personales del imputado, ni por qué se sostiene que le resultaría dificultoso motivarse en la norma. No se advierte cuál es la dificultad para comprender que su proceder es contrario a derecho. Tampoco ha podido la Defensa fundar lo expuesto sobre una supuesta estigmatización. Indica, en concordancia con lo sostenido por la Sala Penal, que se trata de un "estado que se asume", no dándose la posibilidad de prueba en contrario.

5. En su réplica la Defensa indica que la dificultad de motivarse en la norma es evidente, por haber el imputado cometido nuevos hechos pese a haber pasado por instituciones totalizantes. Esta circunstancia misma implica la existencia de tal dificultad aludida.

6. Entrando al análisis del recurso deducido se advierte que la cuestión sometida a tratamiento de este Cuerpo, esto es, la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, convoca uno de los temas más debatidos dentro del ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia. La falta de acuerdo se traduce en argumentaciones que van desde el extremo del positivismo peligrosista o las nuevas nociones funcionalistas de estabilización de la norma penal, a aquellas que denuncian la ilegitimidad del instituto por resultar violatorio de principios constitucionales básicos del derecho penal liberal.

Desde hace dos siglos la cuestión viene debatiéndose intensamente. Autores como Mittermaier, Pagano, Carmigiani, Tissot, claros exponentes del liberalismo penal, han criticado duramente el instituto, considerando que tomar en cuenta para la mayor severidad de la pena delitos anteriores implica castigar el modo de vida del individuo (derecho penal de autor).

Se trata, tanto la reincidencia como otras figuras asociadas a ese instituto (multirreincidencia, habitualidad, etc), de normas que habilitan una respuesta punitiva de mayor gravedad en supuestos en que el individuo con anterioridad haya sufrido pena por otro delito, es decir, se prevé una mayor reacción punitiva para quien "*hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad*", para decirlo en los términos de la norma cuestionada.

7. La Defensa ha planteado la inconstitucionalidad de el art. 50 del Código Penal pues, afirma, la aplicación del instituto vulnera los principios constitucionales de

resocialización, de culpabilidad por el hecho, de inocencia y de prohibición de la doble punición o *ne bis in idem*, indicando también que constituye una forma de estigmatización del condenado.

Cabe, en primer lugar, recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, de modo reiterado, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, última ratio del orden jurídico (Fallos 302:457). El Alto Tribunal ha sostenido, también, que no corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto (Fallos 240:223; 247:121; 250:410; 251:21, entre otros).

La Fiscalía en el caso, al oponerse al planteo de la recurrente, ha indicado –además de la Instrucción Fiscal N ° 03/09 de la Procuración General de la Provincia-, que los precedentes que emanan del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, así como los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son coincidentes en cuanto a considerar constitucional el instituto en cuestión.

No desconozco, en modo alguno, la autoridad institucional de los aludidos fallos, tanto de la Corte Suprema, en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como del más Alto Tribunal judicial de la Provincia. Tampoco ignoro los alcances de la llamada “doctrina del leal acatamiento” a la jurisprudencia de los tribunales superiores, delineada por el Alto Tribunal *in re* "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), entre otros, en tanto indica que "si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos" (Conf. doc. de Fallos 25:354), por lo que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de interprete

supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" (Fallos 307:1094 cit., consid. 2°, y 311:1646, entre otros).

Sin embargo mi convicción, que desde ya adelanto coincide con la posición sostenida en el recurso, me impone ser coherente con quienes consideran que el instituto de la reincidencia lesiona principios constitucionales básicos del proceso penal y constituye un obstáculo para la humanización de la respuesta punitiva del Estado, en cuanto a penas privativas de la libertad se refiere. Tal es, según entiendo, la interpretación legal que en mayor medida compatibiliza la reacción estatal frente al delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

Es sabido, por otra parte, que tanto la Constitución Nacional como los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella, contienen normas operativas que no pueden dejar de observarse mediante la invocación de otras de inferior jerarquía. En idéntico sentido limitativo opera el art. 10 de la Constitución de la Provincia del Chubut, en tanto veda a los jueces la aplicación de toda ley que *prive de las garantías que ella asegura.*

Sabido es que la decisión de declarar la inconstitucionalidad de una ley emanada de un poder que ejerce la representación del pueblo es un acto de tal importancia, que un juez debe justificarlo debidamente ante la opinión pública. Por ello he de intentar hacerlo del modo más amplio posible, sin pretensión alguna de originalidad en la argumentación, en virtud de la profusa doctrina y jurisprudencia que abona la posición que asumo.

8. He de sostener, pues, las fundadas objeciones que ha merecido el instituto y que, valga decirlo, son cada vez más numerosas en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones positivas, según muestra el derecho comparado. Además, tal postura resulta concordante con la de

prestigiosos juristas y colegas –que merecen incuestionable respeto-, y coincidentes, también, con los argumentos esbozados por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Gramajo, Marcelo" (5/09/2006), pese a que en ese caso el Alto Tribunal no aborda la cuestión de la reincidencia sino un instituto íntimamente vinculado, como es la *"reclusión por tiempo indeterminado"*, prevista en el art. 52 del Código Penal Argentino.

La estrecha relación entre estos dos institutos, en tanto ambos agravan la respuesta punitiva por las condenas anteriores, exige analizar exhaustivamente los argumentos plasmados por los Jueces del Alto Tribunal en dicho fallo y su vinculación con la problemática que trato en tanto, según entiendo, la Corte ha fijado claramente el alcance de ciertos principios constitucionales a través de una exhaustiva fundamentación que resulta, en muchos aspectos, llamativamente concordante con aquella que sustenta la crítica de la Defensa en el recurso que se analiza.

El camino abierto por la Corte en el citado precedente, que según se augura podría determinar el reexamen de la cuestión y un futuro apartamiento de la doctrina del Alto Tribunal respecto de la reincidencia simple, si bien ello es una mera hipótesis, exige de cada uno de los operadores judiciales el máximo rigor posible en la motivación de la postura que asuma. Insisto, muchos de los serios e irrefutables argumentos sentados en el aludido fallo resultan, en mi opinión, plenamente aplicables también al instituto de la reincidencia, en tanto ambos mecanismos legales presentan similares vicios de constitucionalidad.

9. En tal sentido entiendo que resulta ilustrativo recordar algunos conceptos vertidos en el referido fallo del máximo Tribunal judicial del país, a fin de advertir acerca de la necesidad de tener en cuenta las postulaciones que plasma la Corte en un tema tan estrechamente vinculado al que se analiza en el presente.

Así, en el voto del Juez Fayt puede leerse: *"..toda injerencia estatal sobre los derechos de un individuo debe respetar los límites que rigen en un Estado de Derecho a*

efectos de su justificación y que con mayor razón aún deben ser interpretados restrictivamente si lo que se encuentra en juego es la privación de libertad de una persona...” (Considerando 8°).

“Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad” (Considerando 23).

“...Finalmente, la norma contiene la doble valoración prohibida comprendida en el ne bis in idem *en la medida que la pena impuesta en la última condena –y en cada una de las condenas anteriores- ya habría cuantificado la culpabilidad del autor por el hecho cometido...”* (considerando 25).

A su vez, en el considerando 17 de la mayoría(Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), se alude a la vulneración del principio de reserva en los siguientes términos: *“...En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa...”.*

La Corte concluye en que el instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, en virtud de las consideraciones citadas, además de otras vinculadas al denominado “estado peligroso”, vulnera los principios de *ne bis in idem*, de culpabilidad, de estricta legalidad, del derecho penal de acto y de reserva.

10. Debe, además, tenerse en cuenta que uno de los principales efectos jurídico-penales de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional (Art. 14 C. P.), pero también tiene incidencia en la individualización de la pena (Art. 41 C. P.). Ello sin mencionar su influencia en la imposición de la prisión preventiva durante el proceso (suele utilizarse como una presunción *iure et de iure* de la voluntad de no sometimiento al mismo). Otra de las consecuencias, la posibilidad de servir como antecedente para la aplicación de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 C. P.), ha sido neutralizada por la doctrina de la Corte Suprema en el referido fallo "Gramajo", al declarar la inconstitucionalidad de ese instituto.

La naturaleza jurídica de la reincidencia, según entiendo, es la de una *pena* que se agrega a la nueva y la agrava; en su aspecto cuantitativo si se la aplica en el marco del art. 41 del Código Penal, o en su faz cualitativa, si se la declara, como en el presente, en el marco de lo dispuesto por el art. 50 del mismo ordenamiento. Pero en cualquiera de ambos supuestos funciona como un *plus de penalidad*, que se cumple del mismo e idéntico modo que la pena de prisión.

11. La genealogía del instituto en nuestro medio se remonta al siglo XIX, ligada básicamente a la idea de *habitualidad*. Así, en el Código Tejedor configuraba una *presunción legal del hábito criminal en el agente*, que indicaba una mayor grado de criminalidad y que, por ende, agravaba la pena. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 la reincidencia se vincula con la profesión o la tendencia a adquirir la profesión del delito y una mayor perversidad del sujeto. Se reproduce en el Proyecto de 1906 y en el de 1917 y Código de 1921, en que aparece también como una *causa de agravación justa y legítima de la pena, en tanto aumenta la temibilidad del agente*. En idéntico sentido, el Proyecto de 1937 consideraba *circunstancias de mayor peligrosidad* los antecedentes judiciales por delitos y faltas. El instituto, con algunas modificaciones que han ido

restringiendo su alcance, se mantiene en los proyectos y reformas producidos con posterioridad, hasta la introducida por la Ley 23.057, que establece el texto del art. 50 vigente en la actualidad.

Cabe mencionar, en este breve racconto, que el Proyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha eliminado el instituto de la reincidencia y todas sus consecuencias jurídico-penales, en sintonía con las posiciones legales o jurisprudenciales que en distintos países han ido avanzando en la derogación, explícita o no, del cuestionado régimen de agravación de la sanción punitiva.

12. En punto a los fundamentos dados para sostener la legitimidad de la reincidencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia asumen distintas perspectivas que pueden agruparse en: a) Mayor grado de injusto por mayor alarma social, b) Insuficiencia relativa de la pena ordinaria, c) Mayor peligrosidad y d) Mayor culpabilidad (mayor alcance de la desobediencia o enemistad con el derecho). (Cfr. Zaffaroni- Sal Llargués en Código Penal comentado, T.2, p. 218/221).

13. Nuestro máximo Tribunal nacional ha entendido que la reincidencia "se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce" (caso "G. D.", en Fallos 308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'E., Fallos 311:1451). Esto autorizaría a ajustar con mayor precisión el tratamiento

penitenciario del recidivante. Sin embargo, esa noción de "ineficacia" encierra el defecto de poner a cargo del individuo un error debido al Estado (el fracaso en el tratamiento penitenciario).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sentado el criterio favorable a la constitucionalidad del instituto en diversos precedentes. Entre ellos puede leerse: *"...la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocerlo... El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la valoración de la pena, no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida ésta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia..."* (Del voto del Dr. Jorge Pfleger en autos "B., V." (expte. N ° 20387-B-2006).

"El tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia a la pena que les ha sido impuesta anteriormente..." (Del voto del Dr. Panizzi en la causa citada).

"...la consideración de este instituto no transgrede el principio ne bis in idem, ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias del caso –de conformidad a las reglas de los art. 40 y 41 del Código Penal–, y así deducir las consecuencias legítimas de un delito...". (Del voto del Dr. Panizzi en autos "M. R. M s/ abuso sexual impugnación (Leg. N ° 21.123-F ° 53-T ° II-Año 2008, letra M).

14. Pese a tales posiciones, numerosos fallos de los más altos tribunales judiciales del país han ido sentando una postura contraria a la legitimidad del instituto en cuestión.

En tal sentido se destaca el voto del Juez de la Cámara de Casación Penal de la Pcia. De Buenos Aires, Dr. Benjamín Sal Llargués, quien ha dicho: *"Sin ánimo de abundar demasiado en el punto, todos los autores que legitiman la reincidencia ven en ella la evidencia de una mayor enemistad con el derecho, una personalidad contumaz en la violación legal, una predisposición al delito —en último análisis— un hábito (un vicio?) delictivo. Pero lo cierto es que aún desde el discurso jurídico penal, la reincidencia —conforme a muy serias investigaciones— revelaría, antes que un grado de reprochabilidad mayor, un menor grado de ella* (Tissot, Claudio José, "El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción Filosófica e Histórica al estudio del Derecho Penal, traducción de A. García Moreno Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1880., entre los primeros y Haffke, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena" en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", compilación de Bernd Schünemann, Trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991 entre los mas recientes). *Esto —brevemente dicho- sellaría la violación al principio de culpabilidad que se derivaría de considerar que el reincidente es mas reprochable que el primario.*(CN Cas. Penal Bs. As., autos M. B, R. A. y S. M. s/ Recurso de Casación, causa N ° 14.195, 6/12/2005)

14. En concordancia con esta última postura, entiendo que la norma del Art. 50 del Código Penal contraría principios constitucionales cuya jerarquía jurídica exige resolver la contradicción del modo en que lo propone la Defensa, situación conlleva en concreto, además, la inaplicabilidad del Art. 14 C. P., en tanto veda la libertad condicional al individuo declarado reincidente.

Si bien comparto la idea de mi colega de Tribunal, Dr. Minatta, plasmada en el caso "C." en punto a que la

violación a uno solo de los principios constitucionales básicos resultaría suficiente como para tachar de ilegítima una norma legal, la declaración de inconstitucionalidad exige un esfuerzo de fundamentación en su dictado, por lo que considero necesario fijar posición respecto a los diversos vicios denunciados que, según entiendo, encierra el cuestionado instituto.

15. Entrando a tratar las críticas puntuales de la Defensa debo decir que, en mi opinión, es claro que la reincidencia vulnera el denominado *principio de culpabilidad* por el hecho, en tanto al agravar la reacción punitiva por los antecedentes penales toma en cuenta un elemento ajeno al tipo penal infringido y a la gravedad del injusto cometido.

Según Maier el instituto de la reincidencia es violatorio del *principio de culpabilidad*. Para el autor es evidente que la agravación de la pena que conlleva la declaración de reincidencia –cuantitativa o cualitativamente-, no es la respuesta a la gravedad del ilícito o un alto nivel de reproche, sino a la asunción por parte del autor de cierto *carácter* específico que lo convierte en merecedor de esa reacción penal más intensa. Así, el autor ha dicho que en la reincidencia *"...responde un autor específico, alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo par 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 marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..."* (Derecho procesal penal argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, p. 415 y 416).

Tanto el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto señala que *"..Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al* ***hecho*** *del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del* ***hecho de la causa...",*** como el art. 9 de la Convención Americana de

Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que ninguna persona podrá ser condenada sino por *actos u omisiones* que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

Este principio -garantía implícita derivada del de estricta legalidad (art. 18 C. N.)-, contracara del principio de reserva (art. 19 C. N.), permiten derivar un concepto de culpabilidad "por el hecho", consecuencia necesaria de la exigencia de que los tipos penales únicamente puedan referir, mediante mandatos o prohibiciones, *conductas humanas.* En la reincidencia, en cambio, es claro que lo que agrava la pena no es el grado de culpabilidad por el nuevo hecho (por mayor grado de injusto o por mayor vulnerabilidad), sino el "estado" o "calidad" en que se coloca a una persona por hechos anteriores y no por el "hecho de la causa", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Ha dicho Roxin, en relación al derogado instituto en la legislación alemana: *"...pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho..."*.(cita de Santiago Vismara en "Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia", N ° 5, dirección Leonardo G. Pitlevnik, p.52).

Viene al caso, por último, citar el Considerando 10 del voto del Dr. Fayt en el ya citado fallo Gramajo, en el que se lee: *"Que conforme se desprende de la propia letra de la Constitución, la reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo (art. 18 de la Constitución Nacional) como al respeto del principio de culpabilidad que rige la materia en cuestión. Así las cosas, mal puede por una parte afirmarse la capacidad de*

culpabilidad de una persona y al propio tiempo pretenderse la aplicación de un instituto como el examinado que prescinde de aquella. En el mismo sentido, cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique. Concretamente y desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo. En el particular, la accesoria que acompaña a la pena, termina apareciendo sin causa lógica previa alguna, toda vez que el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado. En línea con lo anterior, poco importa ya –desde un otero meramente discursivo-, la denominación que se le asigne a ese plus en la medida que se adviertan en concreto las violaciones a los principios constitucionales mencionados...” (CSJN, causa “Gramajo, Marcelo, 5/09/2006).

16. Otro principio constitucional involucrado en la cuestión es el *ne bis in idem*. La mayor objeción a la aplicación de esta norma, en mi opinión, se funda en la vulneración a este principio, también denominado prohibición de la doble punición, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el proceso penal, y que emerge prístino de la normativa legal y constitucional vigente.

Zaffaroni, Alagia y Slokar se han pronunciado por la inconstitucionalidad del instituto con base en la violación aludida. Así, afirman que *“el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado por lo que importaría una violación constitucional al non bis in idem. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional”.*

Por idéntica razón la negaban Carmignani y Mittermaier entre otros. Cualquiera sea la explicación que se intente (desprecio, indiferencia, insensibilidad, etc), lo cierto es que el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del imputado al ser ahora condenado por el segundo delito. En este punto no es dato menor que las legislaciones que lo

contemplaban, paulatinamente han ido derogándolo (Alemania, Colombia, Perú, entre otros).

Se ha tratado de justificar la legitimidad de la reincidencia argumentando que no afecta el contenido del principio de doble punición, pues el legislador tiene facultades para disponer esa respuesta más gravosa a quien persiste en el "desprecio" por la ley o demuestra mayor "insensibilidad" a la amenaza legal.

Este tipo de argumentación implica decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede disponerlo. Una verdadera falacia.

Entiendo que la posición contraria a la que aquí se sostiene debe enfrentarse a un dilema insoluble. Si la restricción de derechos que conlleva la aplicación de la norma cuestionada -que en los hechos se traduce en una dosis mayor de privación de libertad-, se aplica por el hecho juzgado en la condena anterior, pues entonces ese plus implica castigar por fuera del injusto actual y penarlo otra vez por aquel hecho, lo cual resulta violatorio del principio que prohíbe la doble punición. Si en cambio se intenta sostener que la punición mayor obedece al hecho que se está juzgando, entonces se vulnera la proporcionalidad en la respuesta punitiva, pues la nueva excede el estricto límite que autoriza la culpabilidad por el "hecho", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Sabido es que *toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.*

La aludida violación al principio de proporcionalidad surge con evidencia en el caso, pues se advierte que el plus

punitivo que se impone no deriva de la mayor gravedad de los hechos por los que se condena.

17. Otra contradicción de la reincidencia con el texto y el espíritu de la Constitución, entiendo, es la de que lesiona la idea de un *derecho penal de acto,* toda vez que configura una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo de la punición. De modo más o menos directo, ciertas posiciones argumentan que la mayor severidad se funda en la supuesta mayor *peligrosidad* del sujeto que, habiendo cumplido –total o parcialmente- pena privativa de la libertad, comete un nuevo delito. Es claro que tales argumentos implican una postura sustentada en el denominado "derecho penal de autor", puesto que el reproche penal no se adecua al injusto, sino a diversas condiciones de personalidad.

El principio de reserva del art. 19 de la Carta Magna protege el fuero interno de los hombres de toda injerencia estatal, de modo que sólo las acciones pueden ser objeto de reproche penal. Siendo ello así, una presunta peligrosidad en el modo de conducción de vida del sujeto no tiene entidad legítima para sustentar una respuesta punitiva de mayor gravedad.

Aplicar un castigo por lo que un hombre es y no por lo que hace implica una grave vulneración del derecho penal de acto y lesiona, también, el principio de igualdad ante la ley. Así lo explica Ferrajoli, al señalar: "...La regulatividad de las normas penales es una condición de su generalidad, y con ello un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son. Por el contrario, el carácter constitutivo de la norma penal implica desigualdad y discriminación (Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, Pág. 502-503).

18. Por ende, la reincidencia, entiendo, también afecta el principio constitucional de *igualdad ante la ley* (art. 16, Constitución Nacional), pues no se dispensa el mismo

tratamiento a individuos que han realizado idénticos actos –sean acciones u omisiones-, tipificadas legalmente.

Numerosos son los supuestos en que se ve claramente afectado este principio en relación al instituto que nos ocupa. Mario Alberto Juliano, en una presentación como Amicus Curiae en su carácter de Presidente de la Asociación Pensamiento Penal, realiza una serie de suposiciones que dan acabada cuenta de la clara lesión al mencionado principio. El caso clásico es aquel en que dos personas cometen un hecho delictivo como coautores, demostrando similar grado de culpabilidad. Si uno de ellos es reincidente deberá cumplir una pena de prisión notablemente superior a la del otro. Si dos personas por sendos delitos reciben penas de igual término, pero una de ellas articula todos los recursos disponibles hasta hacer que el tiempo de prisión preventiva cumplido equivalga al de la condena impuesta, a éste el antecedente no le será computable a los fines de la declaración de reincidencia, en tanto al otro sí. Por último menciona un supuesto en que dos coautores de un delito reciben condenas a sendas penas privativas de libertad. Mientras el primero cumple rigurosamente la condena, el segundo se fuga por un tiempo equivalente al de la pena (art. 65 inc. 3° del Código Penal). El primero, que cumplió la pena, tras un nuevo hecho estaría en peor condición que el segundo, que se sustrajo a la acción de la justicia. (Cfr.http://www.pensamientopenal.com.ar/01072008/amicus.pdf)

En nuestro medio, además, habiendo el legislador local regulado los institutos de la conciliación y la reparación (art. 47 y 48 C. P. P.), con la consecuencia del sobreseimiento, tendríamos casos en los que por la mera voluntad de la víctima, a lo que debe sumarse la capacidad económica de reparación del imputado, el antecedente puede no dar origen a una declaración de reincidencia, pero sí a aquél que no logre una de estas salidas alternativas. Otro

tanto cabe decir, aún tratándose de delitos graves, de los casos en que se logra el avenimiento de la víctima (art. 132, Código Penal).

Tales supuestos resultan sólo algunas de las situaciones imaginables en las que se verifica una total inequidad a partir de la aplicación automática de la norma cuestionada, que vienen a confirmar la advertencia formulada por Ferrajoli en el párrafo citado más arriba.

19. Por último la Defensa argumenta que el cuestionado instituto de la reincidencia viola el *principio de resocialización*, como fin de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades. Argumenta que si el Estado, luego de someter a una persona a pena de prisión, falla en el cumplimiento de aquel objetivo, no es legítimo atribuir dicho fracaso al individuo que la sufre sino que esa falencia debe achacarse al propio Estado.

El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

El art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos sienta la teoría de la llamada prevención especial positiva, al establecer que *las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados,* doctrina legalmente receptada en la Ley 24660. Es preciso, pues, interrogarse acerca de si el mecanismo de agravación punitiva que implica la declaración de reincidencia resulta compatible con la finalidad, legal y constitucionalmente consagrada, de la pena de prisión.

Teniendo en cuenta que la reincidencia sólo puede aplicarse a quien ha cumplido pena (reincidencia real), hay quienes afirman que su fundamento debe buscarse en la "insuficiencia" del tratamiento resocializador anterior o su

incapacidad para transformar la conducta del penado, por lo cual cabría intensificar el mismo.

En ese sentido la C. S. J. N. ha señalado que "el principio non bis in idem 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 dato objetivo y formal- a efectos de *ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario* que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (C. S. J. 21/4/88).

Sin embargo, sabemos, el ideal de la 'reinserción social', más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Pero, además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy probablemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

La imposibilidad de acceder a la libertad condicional (Art. 14 del C. P.), resulta claro que implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación más gravosa respecto de un individuo que ya ha mostrado su vulnerabilidad frente al sistema penal.

20. Por último, deseo formular algunas consideraciones respecto a la valoración de la reincidencia como pauta agravante de la pena, en los términos del art. 41 del Código Penal. Ello así pues si bien no ha sido expresamente planteado, advierto que los vicios apuntados más arriba alcanzan también a la posibilidad de considerar "las reincidencias" del agente como pauta agravante de la pena, en los términos de la norma aludida.

Si bien nuestro sistema de determinación de la pena brinda pautas generales de mensuración en cada caso particular, no indica el sentido de dicha valoración, es decir, no establece el carácter de atenuante o agravante de cada una de las pautas enunciadas. Esta situación ha generado posturas encontradas en la doctrina sobre el rol de la reincidencia en la fijación del monto punitivo.

Aquellos que se pronuncian en favor del sentido agravante de una condena anterior sostienen que si la reincidencia implica una ejecución de la pena más gravosa (Art. 14 del C. P.), sería ilógico que al momento de determinar la pena el instituto sea valorado como un atenuante. Por su parte, hay quienes consideran que la misma debe valorarse como morigeradora de la pena, en tanto indica un menor grado de culpabilidad en el agente, pues ya ha sufrido las consecuencias deteriorantes de un encierro efectivo.

En tal sentido se ha dicho, en sintonía con lo expresado por la Defensa, que *"el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar"*, por cuanto la reincidencia puede aumentar el estado de vulnerabilidad *"por efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo prisionizante, que provoca estigmatización, rechazo social, desempleo, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el rol desviado conforme al mismo.*

Además de advertir razón en tales argumentos, encuentro que la valoración de las "reincidencias" del agente presenta los mismos vicios constitucionales señalados más arriba en relación al Art. 50 C. P., como dije, aunque cabe recordar –tal como lo explica el Dr. Minatta en su voto en el caso

"Carreras"-, los efectos negativos de la prisionización pueden valorarse como atenuantes de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar las "condiciones personales del autor" (Art. 41 del Código Penal), aclarando que tal valoración, para un derecho penal de "acto", únicamente puede hacerse para reducir el reproche penal.

21. Por todas las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso deducido por la Defensa y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, en mérito a los considerandos precedentes.

22. Corresponde imponer las costas al condenado (Art. 241 C. P. P.), regulando los honorarios de la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. Gladys Olavarría, en la suma de Pesos Un Mil ($ 1000.-), por la labor desarrollada en la presente etapa, de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 44 y ccctes. del Decreto Ley 2200 y art. 59 de la Ley 4920.-

El **Juez Roberto Rubén Portela** dijo:

Se agravia la Defensa por la declaración de reincidencia que pesa sobre su representado M. A. C., dispuesta en la Sentencia registrada bajo el nro.1328/09, dictada en fecha 12 de agosto de 2009, en la que se lo condenó a la pena de Un Año, Nueve Meses y Veintiún Días de Prisión, por el delito de Hurto Tentado y Robo Tentado en concurso real, en carácter de autor, comprensiva esta pena de la unificación efectuada con la sentencia registrada bajo el nro.08/08, de la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad, en autos caratulados "C., M. y otro p.s.a. robo tentado en concurso real con resistencia a la autoridad", Expte 146/06 y acumulados.

El recurso impugnativo se fundamenta en que dicha declaración es violatoria del principio de resocialización, del principio de culpabilidad por el hecho, del principio de inocencia, del principio non bis in idem, finalizando que

este estado es una forma de estigmatización para su representado. Celebrada la audiencia que fija el Art. 385 del C. P. P., la Dra. Gladis Olavarría, en calidad de Defensora, reitera los argumentos vertidos en su escrito obrante a fs.93/97, citando doctrina y jurisprudencia al respecto, por lo que en definitiva requiere se haga lugar a la vía impugnativa escogida, declarándose la nulidad parcial de la sentencia, respecto a la declaración de reincidencia (art. 50 del Código Penal).

La Fiscalía, representada por el Dr. Oscar Oro, manifiesta que tal planteo interpuesto debe ser rechazado y mantenerse la declaración de reincidencia, mencionando para ello jurisprudencia local.

Haciendo uso del derecho a réplica, nuevamente la Defensa reitera la petición originaria, agregando que la Fiscalía no ha refutado debidamente los argumentos vertidos oportunamente.

El tema traído a mi consideración no ofrece aristas que modifiquen el criterio sostenido por el suscripto en cuanto a la vigencia de la reincidencia cuando concurren circunstancias establecidas en el art. 50 del Código Penal. En efecto, esta calidad es una situación jurídica del condenado cuya existencia depende de la comprobación de dos circunstancias: una condena privativa de libertad anterior cumplida total o parcialmente y que el nuevo delito se cometa antes del transcurso del término indicado en el último párrafo del artículo citado. En el presente caso estas circunstancias se cumplen de modo acabado, por lo que entiendo concurren los supuestos previstos en la ley de fondo. Sin el ánimo de reiterar nuevas discusiones sobre este instituto, debo ratificar la posición adoptada permanentemente en el ejercicio de la magistratura la que, por otro lado, se encuentra respaldada por la jurisprudencia establecida por el Excmo. Superior Tribunal de la Provincia en los autos “B., V. A. p. s. a. robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real” (Expte. Nro.20387-201-2006) en la que se expresó que la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la

sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el Expte. y se haya incorporado al debate. El principio que proscribe el doble juzgamiento se extiende a la determinación de la pena, no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida ésta como lo que es, un elemento objetivo y formal que rige un estado que se reconoce y declara en la sentencia. En ese mismo sentido continúa el fallo invocado que este instituto no transgrede el principio non bis in idem, ya que no se trata de la aplicación de otra pena por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso, de conformidad a las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal. A todo evento, el art. 41 inc. 2do. del código sustantivo, cuya constitucionalidad no ha sido objetada por la Defensa, determina que los Tribunales fijarán la condena teniendo en cuenta, además de la participación que haya tomado en el hecho el condenado, las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes.

Como ha quedado fijado en este fallo del máximo Tribunal Provincial, al cual adhiero totalmente, pese a la opinión encontrada de los colegas que integran el actual Tribunal impugnativo, el instituto atacado no es violatorio de normas constitucionales que invoca la Defensa para favorecer la nulidad parcial peticionada, pues este estado adjudicado al condenado es consecuencia de los antecedentes y circunstancias previstos por el art.50 del Código Penal. Es menester realizar algunas consideraciones sobre la significación de la reincidencia, para ello recurro al tratado del maestro Sebastián Soler-Derecho Penal Argentino-Tomo 2-Actualizado por Guillermo J. Fierro-Ed. Tea-Año 1988, Págs. 505 y ssgts., en la que sostiene que esta institución

es de naturaleza de política criminal que tiene como finalidad de fijar pautas para un sistema represivo justo, eficaz y viable que mejore al vigente, como ocurre en todos los países civilizados. Continúa el maestro Soler expresando que "como es muy habitual entre nosotros, un sector de la doctrina se ha esmerado prolijamente en destruír las instituciones que señalamos como defectuosas, pero sin antes siquiera haber ensayado cómo vamos a sustituir aquello que con tanto empeño se ha demolido".

La declaración de reincidencia solo repercute en cuanto a lo previsto en el art.14 y 41 inc. 2do. del Código Penal, que no es otra cosa que obstaculizar el otorgamiento de la libertad condicional por un lado, y por el otro que esta calidad debe ser tenida en cuenta por el juez al dictar sentencia. En ese entendimiento, la declaración de reincidente de modo alguno implica mayor culpabilidad pues, como lo dijera anteriormente, los efectos de este instituto privan al afectado del beneficio de la libertad condicional (art.14 del Código Penal). También este estado exige que el juez sentenciante tenga en cuenta esta calidad al evaluar la pena a imponer (art.41 inc. 2do. del Código Penal).

La Defensa hizo hincapié en la estigmatización de su representado, soslayando que el Derecho Penal por sí es represor, que no tiene como finalidad premiar y gratificar a quienes violentan las normas allí previstas siendo palpable, en el presente una conducta proclive a cometer delitos.

Tampoco existe violación al principio non bis in ídem, pues como lo sostuviera la Corte suprema de Justicia-21-04-88- este principio prohíbe la mera aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción.

Por lo que vengo de decir, no encontrando conculcado el principio de resocialización previsto por la Ley 24660, de culpabilidad por el hecho, el de inocencia ni el de doble

juzgamiento, cabe rechazar el recurso impugnativo por el que se pretende la declaración de nulidad parcial de la sentencia analizada, confirmando la misma en todos sus términos.

Regúlense los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de $1000, conforme Ley 2200 y modificatorias. Así lo voto.

El **Juez Omar Florencio Minatta** dijo:

Entrando en el análisis de la cuestión planteada, anticipo que se hará lugar al pedido de la Defensa por estimar que el instituto de la Reincidencia viola caros principios constitucionales básicos de un Estado de Derecho Constitucional que seguidamente pasamos a señalar a) principio de culpabilidad: en el juicio de culpabilidad uno de los dos ingredientes esenciales para establecerla viene dada por el reproche que se hace al autor por haberse decidido libre y autónomamente a cometerlo, lo cual exige esencialmente demostrar el grado o ámbito de autodeterminación dentro del cual la persona tomó tal decisión. Para su determinación el mismo derecho establece pautas mínimas, debajo de las cuales no es exigible al autor otra conducta distinta a la que hizo y, dentro de tales pautas, deben computarse necesariamente el pasado del autor, es decir su vida, sus vivencias anteriores al hecho tanto como su carácter y personalidad, pues tales elementos sin duda condicionan el actuar de cada uno pues, ante una misma situación, a una persona le puede resultar más difícil que a otra abstenerse de una conducta. Lo anterior es importante recalcarlo, ya que generalmente las características personales del autor citadas se estiman como excluidas para el juicio de culpabilidad, malentendiéndose como componentes de un derecho penal de autor o como ingredientes que se refieren a la vida del autor que no deben tomarse en cuenta en un derecho penal de acto, lo que no es así: entiéndase

bien, las citadas pautas que se refieren al pasado del autor para fijar su ámbito de autodeterminación en el momento del hecho deben funcionar de esa manera, pero con la aclaración que ello se hace en el contexto de una culpabilidad de acto, es decir que ellas no se reprochan al autor -lo cual sería culpabilidad de autor- sino que únicamente se computan para fijar el grado del ámbito dentro del cual tomó su decisión y ello, por ejemplo, puede llevar a demostrar en un caso concreto que el ejercicio anterior de poder punitivo sobre la persona influye sobre sus decisiones al reforzar su rol e impulsarlo nuevamente a caer en la misma situación por causas mayoritariamente ajenas a su voluntad, por lo que al reducir el ámbito de libertad para decidir lógicamente se reduce la culpabilidad y, por ende, la cuantificación de la pena. Ahora bien, para construir también el juicio de culpabilidad no solo se tiene en cuenta el reproche según el grado de autodeterminación señalado pues él prescinde de la selectividad estructural evidenciada en el funcionamiento concreto de sistema penal, por lo que hay que agregar a tal juicio el esfuerzo que el autor hizo para alcanzar el estado de vulnerabilidad que no es otra cosa que un estado social de cada persona que se mide por el mayor o menor grado de dificultad con que el sistema penal nos puede alcanzar según el estereotipo que carguemos: distinto será el funcionamiento del sistema si somos ricos o pobres, si tenemos o no cobertura o accesos al poder político o mediático, etc. es decir, que esta selectividad por un elemental sentido de justicia e igualdad no puede cargarse al seleccionado que porta el tipo social negativo, por lo que, en este caso, deberá descontarse el estado de vulnerabilidad para el juicio de culpabilidad y el grado de esfuerzo que el sujeto hizo para llegar a tal estado, que será cada vez menor cuanto más porte las características del estereotipo pues el peligro de que sea tocado por el sistema penal es mayor (peligrosidad del sistema penal a computar en la magnitud de la pena). En definitiva, tal como lo expresa Zaffaroni, el juicio de culpabilidad normativa es una síntesis que se construye en un proceso de valoración

dialéctico entre la reprochabilidad por el acto (que no tiene en cuenta la selectividad y, por ende, la vulnerabilidad) y el esfuerzo que el sujeto hizo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa, la que, por otra parte, es el parámetro o indicador de la cuantía de la pena. Si a toda las consideraciones anteriores que se corresponden con un concepto de culpabilidad acorde con la Constitución la comparamos con el instituto de la reincidencia, veremos que ésta afecta gravemente el principio de culpabilidad por el acto, pues –mas allá de los variopintos discursos que tratan de legitimarla pero que no pueden destruir la evidencia de que se trata de una agravante de la pena– tiene en cuenta para la cuantificación y modalidad de ejecución de la pena a hechos pasados del autor como son las condenas anteriores, lo que definitivamente está fuera del juicio de culpabilidad cuando tales hechos pasados que moldearon su carácter, su personalidad, etc. -ver las comprobaciones espantosas de los efectos deteriorantes y otros que produce el fenómeno de la prisionización– pretenden agravar la sanción a imponer, ya que se estaría juzgando en realidad las características personales o forma de vida del autor, talante indicativo no solo de una culpabilidad pura de autor sino también de cualquier otro que trabaje con conceptos preventivistas en su contenido. En suma, no puedo desarrollar aquí todos los discursos que legitiman el instituto y aquellos que lo critican a través de artículos o fallos sosteniendo que además del principio de culpabilidad la reincidencia viola otros principios constitucionales (Cfr. para ello, entre otros doctrinarios a ZAFFARONI/ ALAGIA /LOCAR: Der. Penal– Parte Gen., Ediar, Bs. As, Pags. 1008/15 y VITALE, G. L.: La “reincidencia” contamina el derecho penal constitucional;

Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Bs. As, Pags. 169/182; para la jurisprudencia ver votos del Dr. Mario A. Juliano en las causas "Giménez" y "Navarro" del Trib. Oral Criminal nro. 1 de Necochea, citados y comentados, publicados en www. pensamientopenal.com.ar, comentados por Vitale.) pues estimo que basta la demostración de la violación de un solo principio constitucional -sobre todo del rango nuclear que tiene el principio de culpabilidad- que pueda contener una ley para que sea ya mas que suficiente declarar que ella es contraria a la constitución. No obstante, agreguemos que la reincidencia viola también el principio de la prohibición de la persecución penal múltiple (ne bis in idem) pues se estaría juzgando más de una vez un mismo hecho al desvalorarse dos veces lo mismo, una vez en la condena anterior y otra en la actual, lo cual acarrea también como lógico corolario, la doble punición. Asimismo, ya en el plano de la tipicidad se viola el principio de legalidad del artículo 18, pues el juzgamiento no se estaría limitando a las acciones concretas del autor en un tiempo determinado, sino que se lo está juzgando, en realidad, por acciones anteriores como lo son las sentencias condenatorias. En fin, la reincidencia agrava la pena de acuerdo al artículo 41, impide la soltura anticipada del condenado a través de la libertad condicional de acuerdo al artículo 14 y es un caso concreto de antecedente de la pena de reclusión por tiempo indeterminado establecida en el art.52 –recientemente declarada inconstitucional por la C. S. J. N. en "Gramajo" 05/09/2006- por lo que los efectos jurídicos que produce no son para nada menores y como ello se alcanza violando principios constitucionales –especialmente el de culpabilidad- deberá necesariamente declararse la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal Argentino en tanto impone de forma obligatoria la declaración de reincidente a aquellos autores que cometan un delito después de haber cumplido total o parcialmente encierro como condenado, y, en consecuencia, hacer lugar al pedido de nulidad parcial de la sentencia impugnada, efectuado por la defensa.

Respecto de los honorarios que corresponde regular a la Defensa, adhiero al monto de Pesos Un Mil propuesto por mis colegas preopinantes.-

Por todas las consideraciones expuestas, con la disidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Roberto Rubén Portela, el Tribunal

FALLA:

1) Hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa técnica del imputado M. A. C., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, revocando parcialmente la sentencia recurrida en cuanto declara la Reincidencia de M. A. C., declarando la inconstitucionalidad en el caso del Art. 50 del Código Penal, de conformidad a los considerandos que anteceden.

2) Imponer las costas al condenado (Art. 241 C. P. P.), regulando los honorarios de la Defensa Pública, en la suma de Pesos Un Mil ($ 1000.-), por la labor desarrollada en la presente etapa, de conformidad a lo establecido por los Art. 5, 7, 44 y cctes. del Decreto Ley 2200 y Art. 59 de la Ley 4920.-

3)Regístrese y notifíquese por su pública proclamación.

///gistrada bajo el nro. del año 2010 de la Cámara en lo Penal de Trelew. CONSTE