PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

CAUSAS: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/R., E. D. - Esquel"
(Carp. OFIJU Esquel NIC N ° 1.504, Leg. Fiscal NUF N ° 13.196 y Acum, Leg. Fiscal NUF N ° 13.408)

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de julio de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, Dra. Nelly N. GARCIA, en su carácter de Presidente, y los Sres. Jueces de Cámara Dres. Víctor Alberto SARQUIS y Omar Florencio MINATTA, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del Art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada:
"PROVINCIA DEL CHUBUT c/R., E. D. - Esquel"
(Carp. OFIJU Esquel NIC N ° 1.504, Leg. Fiscal NUF N ° 13.196 y Acum. Leg. Fiscal NUF N ° 13.408),en las que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. Fernando Luis RIVAROLA, en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. José Julián RIPA MONTUENGA, Abogado Adjunto del Ministerio Público de la Defensa, como Defensor del imputado Sr. E. D. R., y éste.-

Y CONSIDERANDO.
Que el día 30 de junio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del Art. 385 del CPP, presidida por la Dra. Nelly N. García, en la que el Dr. José Julián Ripa Montuenga, como Defensor del Sr. E. D. R., ratificó en su totalidad los fundamentos de la impugnación ordinaria que oportunamente articulara contra la sentencia dictada por el Sr. Juez Penal Dr. Ricardo R. Rolón el día 28/02/2011, en el marco de la audiencia preliminar celebrada en las causas mencionadas (Conf. const. acta audiencia fs. 55/56, CJ cit., en que además, se consignaran las contingencias producidas en la misma), luego de homologar el acuerdo al que arribaran las partes en el trámite del Juicio Abreviado, presentado por el MPF con la aquiescencia del imputado y su Defensa Técnica (Art. 355 CPP), condenó al Sr. E. D. R. a sufrir la pena de TRES AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN, de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo Agravado Por el Uso de Arma de Fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (por el hecho ocurrido el 23/04/2010, que damnificara a la Sra. M. S. A.), en Concurso Real con Abuso de Armas (arts.55, 166, inc. 2 ° , último párrafo y 104, Párr. 1 ° y 2 ° del C. Penal), este último, por el hecho ocurrido el 24/04/2010, que victimizara al Sr. M. F. S..-
Asimismo, conforme el punto II) del decisorio citado, el Dr. Rolón declaró a E. D. R. reincidente por primera vez (Art. 50 C. Penal), pronunciándose en favor de la constitucionalidad del instituto de la Reincidencia, tal como lo hiciera también en el marco de la audiencia preliminar citada el Sr. Fiscal General Dr. Hernán Dal Verme, cuestión ésta sobre la cual, en la misma instancia procesal, la Defensa Técnica de R. formulara expresa reserva de impugnar tal decisión por ésta vía, por considerar inconstitucional la aplicación al caso de dicho instituto.-

Debe agregarse también, que en la citada audiencia preliminar, el Juez interviniente teniendo en cuenta los términos del acuerdo citado en lo que respecta a las demás cuestiones que fueran materia del juicio abreviado, fundando en los hechos reconocidos por el imputado -tanto en su materialidad ilícita como en la participación que en los mismos que le cupo al imputado en calidad de autor-, la calificación legal que le asignaran las partes, así como el monto de pena convenido (tres años y dos meses de prisión, de cumplimiento efectivo, como vimos).- Asimismo, evaluó y consideró acreditados los requisitos legales exigidos por el Art. 50 del C. Penal para que proceda la declaración de reincidencia que propuso, entre los cuales resaltó la acreditación del cumplimiento efectivo de una pena anterior de prisión, impuesta por sentencia del 04/06/04, que se le aplicara por el delito de Robo Agravado por el Uso de Arma en Concurso Real con Resistencia a la Autoridad, en Concurso Ideal con Abuso de Armas reiteradas -dos hechos-, y la comisión de los hechos reconocidos en el marco del proceso abreviado referido, fundando además su decisión de declarar al imputado reincidente, en idéntico criterio que sustentara en otros precedentes, coincidente por cierto, con el sostenido en diversos pronunciamientos -que citó- tanto por la Sala Penal de nuestro Máximo Tribunal Provincial, como por la CSJN, quienes, con sustento en diversos fundamentos, se pronunciaran por la compatibilidad del instituto de la reincidencia con los principios y garantías constitucionales, que la Defensa en su escrito de agravios, considerara vulnerados.- Asimismo, advirtió el Magistrado en el decisorio en crisis, que impugnar el mismo por inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia, "_persigue el propósito concreto de evitar que el efecto propio de la declaración de la misma, impida a su pupilo, obtener el beneficio de la libertad por la operatividad de la disposición del Art. 14 del C. Penal, aclarando que tales efectos fueron puestos en conocimiento del imputado en la audiencia citada, todo lo que, según el Magistrado, fuera consentido por el imputado.-

En el escrito de agravios y sólo en relación a lo que en el decisorio se resolviera acerca de la declaración de reincidencia del imputado R., en el punto II) de la parte resolutoria de la sentencia impugnada -por los motivos que referimos-, la Defensa Técnica se explayó sobre los fundamentos que avalaban su propuesta de inconstitucionalidad del instituto, el que consideró violatorio de los principios de culpabilidad, de resocialización y de "ne bis in ídem",con argumentos que fueran ya expuestos en diversos pronunciamientos de importantes tribunales del país y también de nuestra provincia y de nuestra Jurisdicción -que citó-, los que siguieran la corriente doctrinaria de eximios juristas vernáculos -que también citara en apoyo de su pedido-, con sustento en diversas disposiciones legales (como la Ley 24660)y constitucionales (como los arts. 10, 44, inc. 30 de la Const. Prov., y 18, 19, 75, inc. 22 C. N., entre otras).- En la audiencia en esta sede, el Sr. Defensor Técnico de R., ratificó y reiteró similares fundamentos como sostén de su impugnación ordinaria.-

Tales agravios fueron contestados por escrito por el Sr. Fiscal General Dr. Hernán Dal Verme (Conf. fs.68/73 CJ cit.), quien además, atento la materia de agravios -cuestionamiento por vía de este recurso ordinario de la constitucionalidad de una disposición del C. Penal-, consideró por los interesantes argumentos vertidos -que fueron reiterados por el Dr. Rivarola en esta instancia-, que este tribunal carecía de competencia para entender en dicha materia, que es propia de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal Provincial, precisando que en el planteo defensista no se introdujeron cuestiones vinculadas a los presupuestos de dicha norma sustantiva (Art. 50 del C. Penal),

sino sólo su contradicción con los principios constitucionales antes referidos, advirtiendo además, que la cuestión se planteó en el marco de un procedimiento abreviado, en el que el imputado y su Defensa, habían sido perfectamente instruidos por el Juez "a quo" acerca de los alcances perjudiciales que le acarrearía una eventual declaración de reincidencia como la pedida por el MPF, en especial sobre la imposibilidad de obtener en lo futuro el beneficio de su libertad condicional (Art. 14 del C. penal), no obstante lo cual, se aceptó el acuerdo propuesto, sólo que al dictarse la sentencia hoy recurrida, se declaró -como se advirtiera- a R. reincidente, atento los precedentes condenatorios analizados en el fallo.-

De allí que el MPF solicitara primero que este Tribunal se declare incompetente para intervenir en la presente impugnación, o en su caso, se reconduzca el pedido por la vía del recurso extraordinario para que la cuestión sea sometida a resolución del S.T.J.Ch.- En caso contrario, requirió la confirmación del fallo impugnado y el rechazo del planteo incoado por la Defensa, pronunciándose contrariamente por la constítucionalidad del instituto de la Reincidencia (Art. 50 C. Penal) y manteniendo su pretensión ratificatoria de la decisión de la Juez "a quo" en cuanto declaró al imputado reincidente por primera vez, atento el antecedente condenatorio que regístra y que fuera explicitado en el fallo.-

Y en esta sede, al responder a la reiteración de los agravios defensistas, el MPF por intermedio del Sr. Fiscal General, Dr. Fernando L. Rivarola, reiteró que básicamente lo que la defensa reclama por esta vía, es sólo una declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincídencia, en abstracto, por lo que advirtió, tal planteo "..tiene problemas, tanto de fondo como de forma..."; en cuanto a los primeros, reiteró la postura sostenida por el MPF, contraria a la inconstitucionalídad de la reincidencia y por tanto a la Defensa, sobre la base de la doctrina sostenida por el S.T.J.Ch y por la CSJN, que ha seguido un camino distinto al postulado por la Defensa.- Y ello sin perjuicio de tener en cuenta la instrucción para los fiscales del Procurador General de la Provincia, que los obliga a requerir la declaración de la reincidencia en los casos en que así proceda.-

Y en cuanto a la forma, advirtió que el planteo de la Defensa, tenía dos inconvenientes, que entendió insalvables, tanto para la Defensa como para esta Cámara; lo primero es en cuanto a la incompetencia de ésta para resolver sobre tal cuestionamiento y lo segundo, en cuanto a la inexistencia de agravios por parte de la Defensa.-

Respecto de lo primero se remitió a lo que ya sostuvo el Dr. Hernán Dal Verme en el escrito contestando la impugnación, por lo que nada puede agregar al análisis que el mismo hiciera, salvo que básicamente entiende que "...esta Cámara no es competente para entender en el pronunciamiento de una inconstitucionalidad a secas, como la aquí peticíonada, con lo cual esto trae de la mano la imposibilidad de declarar una inconstitucionalidad aún de oficio, porque esto estaría fuera de la competencia material que el propio le ha dado a esta Cámara.-

En cuanto a lo segundo, sostuvo que la Defensa no posee un agravio concreto que pudíera ventilarse ante este Tribunal, ni siquiera por vía extraordinaria.- Esto tiene que ver con el modo en que se obtiene la condena, con el modo en definiendo. Y precisamente, esta condena se llega en el marco de un procedimiento de juicio abreviado, que ha sido correctamente definido por el S.T.J.Ch en una resolución dictada en el caso "Provincia del Chubut c/ S., D. E. s/robo calificado"(Expte. N ° 21.593, folio 182, año 2010, de esta Jurisdicción)..f, sentencia -cree-, de fines del 2010.-

Aclaró que este fallo tuvo que ver con un recurso extraordínario articulado por el MPF, en el cual, habiendo ocurrido lo inverso de lo que aquí sucediera, pretendió

agraviarse por vía extraordinaria, porque es la única vía que disponía la Fiscalía, de la resolución del juez del Juicio Abreviado que no declaró la reincidencia.- Entendió que el mismo análisis es aplicable al caso, pero en sentido ínverso, precisamente siguiendo las reglas de un proceso adversarial, en el cual, las partes aportan mucho a la construcción de una respuesta jurídica, a decisiones que no pueden ser luego motivo de agravios.- En este caso, en el marco del juicio abreviado, fue muy clara no sólo la sentencia, sino las constancías de la audiencia en que se propuso el acuerdo, en la cual el imputado, con el asesoramiento su defensor técnico, conocían perfectamente la postura fiscal sobre el pedido de declaración de reincidencia y las consecuencias que su eventual declaración traería al condenado en materia de ejecución penal; es más, el Juez se las explicó expresamente el imputado consintió el acuerdo, en cualquiera de los posibilidades, es decir, sin declaración de reincidencia, que era la más beneficiosa pensando en la posibilidad de ejecución penal, y con declaración de reincidencia, sabiendo esto le iba a impedir básicamente la obtención de su libertad condicional.- Y si esta fue la voluntad manifestada por el imputado, con el asesoramiento técnico del Defensor, no puede ser ahora materia de agravios, siguiendo en esto la doctrína sentada en el caso citado por el S.Y.J.Ch .
- Éste es básicamente el análisis que propone el MPF, para que este Tribunal, primero, se declare incompetente en relación a la materia que se lleva a su conocimiento y, segundo, que eventualmente, si no se comparte el análisis del MPF, no se haga lugar al planteo de la Defensa, por la inexistencia de agravios en el marco de lo convenido en un proceso de juicio abreviado.-
Finalizada la audiencia, la Sra. Presidente invitó al imputado a que expusiera lo que considerara atinente a su defensa, considerando el mismo que nada tenía que agregar a lo expuesto por su Defensor.-
Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fuera objeto del recurso y como lo ordena el Art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el Art. 385, 5° párrafo, CPP).-
A esos fines, el Tribunal fija las siguientes cuestiones a resolver: lra.) ¿Debe o no receptarse el reclamo fiscal sobre la competencia del Tribunal para entender en el planteo central de inconstitucionalidad de la reincidencia?; 2da.) En su caso, ¿debe admitirse o rechazarse la impugnación interpuesta por la Defensa del Sr. E. D. R. contra la sentencia que declaró la constitucionalidad del instituto de la reincidencia previsto en el Art. 50 del C. Penal y declaró al mismo reincidente por primera vez?; 3ra.)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-
Cumplido el proceso deliberativo (Art. 329, al que remite el Art. 385, 5° Párr., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: Sarquis - García - Minatta.-
El Dr. Víctor Alberto SARQUIS, dijo:
I.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.-
I. - 1. - Previo al análisis de cada una de las cuestiones referidas, preciso que en el marco de los antecedentes reseñados precedentemente, el Sr. Defensor del imputado E. D. R., Dr. José Julián Ripa Montuenga, interpuso impugnación ordinaria contra el punto II) de la parte resolutoria de la sentencia condenatoria dictada como consecuencia del procedimiento abreviado celebrado en el marco de la audiencia preliminar dispuesta en la CJ cit., y conforme la cual, el Sr. Juez "a quo" Dr. Ricardo R. Rolón, con base en el antecedente condenatorio que registrara el imputado -ya citado y no cuestionado por la Defensa-, en el cual había cumplido pena de prisión efectiva (presupuesto de la "reincidencia real", Art. 50 C. Penal), luego de homologar

las demás cuestiones ya citadas que integraban el acuerdo al que arribaran las partes, y condenar al imputado, acuerdo que incluyera el monto de pena pactado (tres años y dos meses de prisión efectiva), por los dos hechos investigados en los Legajos fiscales acumulados (Nros 13.196 y 13.408),declaró al imputado reincidente por primera vez, por aplicación de la norma sustantiva citada.- Consideró la Defensa que tal declaración de reincidencia vulneraba "...los principios de culpabilidad, "ne bis ín ídem", igualdad ante la ley y....de "resocialización" como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad (arts.18 y 19 de la Carta Magna, Art. 1, Ley 24.660, arts. 370, 370, inc. 1 ° ,374, 375 inc. 2 ° , 382 sgtes. y ccdtes. del Código Procesal Penal de Chubut_"(fs.59 CJ cit.).- Y, previo a requerir se declare la inconstitucionalidad del Art. 50 del C. Penal y la nulidad parcial de la sentencia (punto II) del res. cit.), por violación de los principios constitucionales referidos, consignó las contingencias producidas en la audiencia preliminar donde se presentara el tal acuerdo, entre las que resaltó "...que el pedido de declaración de reincidente no era parte del acuerdo arribado en el marco del juicio abreviado llevado a cabo en dicha audiencia...", y que "...apelaría la declaración de reincidente de D. E. R., en caso de que el Sr. Juez así lo hiciera...", como efectivamente ocurrió y por lo que planteara la impugnación en análisis, entendiendo que "...la declaración de reincidencia agrava la pena del Sr. R., ya que en principio le impide obtener el beneficio de libertad condicional y también, porque se vulneran los principios..." constitucionales mencionados.
- Formuló además, "...expresa reserva del caso federal, por violación a la garantía del debído proceso legal, la genérica garantía de defensa en juicio e igualdad ante la ley (Art. 18 de la Constitución Nacíonal)...", para ocurrir ante la CSJN (Art. 14, Ley 48).-
1.2.- Por su parte, consigno que el Juez Rolón, en lo que aquí interesa resaltar, luego de considerar como jurídicamente correcta la pena acordada por los hechos y para los delitos imputados en los legajos acumulados (tres años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo), y de consignar el antecedente condenatorio que registrara R. (conforme a la sentencia condenatoria cuya fecha, monto de pena impuesto y cumplimiento efectivo de la mísma consignamos más arriba), se pronunció a favor del pedido fiscal de declarar al imputado reincidente, cosa que hizo, siguiendo en ello la misma opinión volcada en otros precedentes en que resolviera similar cuestión (citando expresamente uno de ellos, CJ N ° 1564- LF N ° 13.408, sent. del 24/02/2011), reiterando que al respecto nuestro C. Penal adoptó el sistema llamado de "reincidencia real", que requiere que el imputado haya cumplido .... “ total o parcialmente pena privativa de libertad antes de cometer el nuevo delito ...”(cita de Fleeming- López Viñals, "Las Penas", Pág. 585 y sgtes.), lo que efectivamente ocurriera en el caso, como se viera.- Agregó también que el Art. 50 del C. Penal -que regula el instituto-"...contiene básicamente tres exigencias legales para la procedencia de la declaración de reincidencia: a) existencia de una sentencia condenatoria firme a pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del pais; b)cumplimiento total o parcial de la pena impuesta en esa sentencia y c)comisión de un nuevo delito punible con pena privativa de la libertad, con posterioridad a ese requisitos éstos que el Juez, por el análísis que realizara, estimó cumplidos en el caso.- Citó además, en apoyo de su decisión, la doctrina legal de la Sala Penal del S.T.J.Ch , sentada a partir del precedente: "B.,V. A., p.s.a. s/ Robo con arma, daño y lesiones leves...en concurso real" (Expte. 20.387-B - 2006), que, en sintonía con el precedente "Mannini" de la CSJN, postula que la declaración reincidencia, conforme los

fundamentos explicitados en cada caso, no transgrede ninguno de los principios constitucionales invocados por el impugnante.- Por tanto, aplicando dicha doctrina legal, declaró a R. reincidente (Conf. punto II) de la parte resolutoria de la sentencia recurrida).-
1.3.- Asimismo, pongo de resalto que escuchando el audio de la audiencia preliminar referenciada, puede advertirse que en su transcurso, y obviamente antes de dictarse la sentencia impugnada, efectivamente el Juez "a quo" le hizo saber al imputado, en forma detallada y pormenorizada las consecuencias gravosas que podría tener para él no sólo el carácter efectivo de la pena acordada, sino también y especialmente, una eventual declaración de reincidencia, particularmente en lo que respecta a la imposibilidad de obtener en lo futuro su libertad condicional, no obstante lo cual el Sr. R. aceptó tales eventuales consecuencias, sin perjuicio de remarcarse –como bien lo sostuviera el impugnante y lo reconociera el "a quo" en el decisorio en crisis-, que en dicha oportunidad procesal, el Sr. Defensor Técnico del imputado formuló expresa reserva de que si eventualmente en la sentencia a dictarse se declarara a su pupilo reincidente, plantearía la impugnación correspondiente por esta vía, tal como se desprende de las constancias del acta de la audiencia preliminar citada (Conf. fs.55/56 CJ cit., 23/02/11) y del registro de audio de la misma.-
II.- RESEÑA DE LOS AGRAVIOS DEL IMPUGNANTE.-
II.1.- Conforme se desprende del escrito impugnatorio (fs.59/61 vta. CJ cit.), el Sr. Defensor del imputado, al motivar su impugnación, requirió de este Tribunal declare la nulidad del punto II) del citado resolutorio, dejando sin efecto la declaración de reincidencia allí dispuesta, y recepte el planteo de inconstitucionalidad del Art. 50 del C. Penal por considerar -según anunciamos "ut supra"-, que el instituto de la reincidencia, vulnera principios de culpabilidad, "ne bis in ídem", igualdad ante la ley y el principio de resocialización como fin de la ejecución de la pena privativa de libertad (arts.18 y 19 de la Carta Magna, 370, 372, inc. 1 ° , 374, 375, inc. 2 ° , 382 sgtes. y ccdtes. del Código Procesal Penal de Chubut)..." (fs.59 y 60 CJ cit.).-
Al explicitar los fundamentos de la impugnación, la Defensa sostuvo, en relación a la vulneración del primero de los principios citados, que tal lesión se produce "...toda vez que la reincidencia no tiene en cuenta la culpabilidad del autor por el hecho que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad en relación a otros hechos distintos al juzgado...", como ocurre en el caso de su defendido; agregando, con cita de Vitale, que ello es así por cuanto la "...transgresión del principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el aumento del rigorismo punitivo (que de una manera u otra se traduce en un mayor tiempo dentro de la cárcel), se fundamenta realmente en la "peligrosidad" que se dice "demostrada" y no en un mayor reproche penal por el hecho juzgado (aunque muchos no lo expliquen de este modo)..."-cita de Vitale-; lo que además, "no sólo pone en evidencia una doble punición por el mismo hecho, sino que también pone en crísis el Derecho Penal de "acto", consagrado en nuestro Estado Constitucional de Derecho, haciendo primar por sobre el mismo el Derecho penal de "autor", que "...persigue a la persona por lo que ella es y no por sus actos..." basado más “... en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo de la punicion ...” , y en la que “...el reproche penal no se adecua al injusto, sino a diversas condiciones de personalidad...” (últimos encodillados corresponden a la cita

del Defensor del voto de la Sra. Vocal de la Cámara Penal de Trelew, Dra. Mónica Rodríguez, del 12/01/2010, en causa "C., M. A. s/Trelew...", Cs. Js. 1796 -1793,Lgjs. Fis.18428 y 18413, quien declarara la inconstitucionalidad de la reincidencia).-
En cuanto a la violación del principio de resocialización que la declaración de reincidencia conlleva, entendió la Defensa que respecto de su pupilo, ella no hace más que "...aumentar las consecuencias negativas que genera la prívación de libertad cuando ésta es demostrativa del fracaso de un tratamiento resocializador que no fue brindado por el Estado y que se pretende reiterar con mayor cantidad de pena privativa de libertad, fórmula ésta que lejos de hacer que el condenado pueda lograr “...la finalidad de comprender y respetar la ley, lo torna más vulnerable, dado el efecto despersonalizante que tiene el encierro...", especialmente cuando no se le brindan al sujeto las condiciones de detención fijadas constitucionalmente...", apuntando que en el caso, R. ha cumplido y actualmente cumple pena privativa de libertad en Comisaría lra. de esta Ciudad, lugar éste de detención que "no reúne ni la más remota posibilidad de brindar el tratamiento penitenciario que es el fundamento que esgrime el fiscal, para justificar el encierro...", agregando en esa línea conceptual, cita de López - Machado ("Análisis del régimen de ejecución penal"), señalando en el caso “...el incumplimiento de la obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condíciones necesarias para un desarrollo personal adecuado y necesario para su reintegro a la vida social ...”, bastando en el caso "...tomar nota de la realidad para saber de antemano que dicho objetivo no se va a alcanzar..., por lo que la pretensión fiscal de pretender el encierro de modo permanente sin que E. D. R., pueda alcanzar su libertad condicíonal por haber sido declarado reincidente, se convierte en una solicitud caprichosa sin una respuesta legal que legitime el agotamiento total de la pena impuesta...".-
En relación a la violación del principio "ne bis in ídem", el mismo se produce en el caso de la reincidencia, pues según la Defensa, lo que ella produce en definitiva es no sólo trasladar los efectos de una condena anterior, sino que al colocar al imputado en la categoría de "reincidente", ello agrava su condena y habilita una mayor pena por los efectos que dicha declaración trae aparejada....", considerando atinado agregar, con cita de Fleming - Víñals ("Las Penas...", Pág. 584),que "no habrá racionalidad en propiciar la mayor aplicación de un régimen disuasorio que se haya revelado como inocuo", consíderando además que debe tenerse en cuenta que “... quien pese a haber experimentado la vida carcelaria vuelve a delinquir, puede estar poniendo de manifiesto su vulnerabilidad ante el delito, su propensión a la comisión de conductas antisociales, lo que lo dejaría en un grado de culpabilidad disminuida que, según los postulados básicos de graduación de la pena, tiene un efecto no agravante sino depresor (con cita de Mir Puig, Pag. 624)...”. - Y en sintonía con criterios recientes de Tribunales locales (causas "F., J....",CJ N ° 505-LF N ° 3997,del 05/091/07, Cám. Penal Trelew y "S. D. E....", CJ N ° 984, LF N ° 1090, 11/02/2010, Trib. Unip. Esquel; voto Dr. Alejandro G. De Franco en "C. C. y E., C...”, Expte.55/06; y "S., 0.A.", Cám. Penal Esquel, con otra composición, 29/12/2010, CJ N ° 1347- LF N ° 12.615), sostuvo que su pretensión de que se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia se basa no sólo en las razones expuestas, sino también en la "...estigmatización que provoca..." en su "...representado esa declaración, como así también el agravamiento de su condena, al no permitirle gozar de su derecho a la libertad condicional, por lo que mantener la vigencia del instituto violenta los principios constitucionales que rigen en un Estado de Derecho, que persigue como fin de la pena privativa de libertad: la

resocialización del Sr. E. D. . y no su segregación, a tal punto que se le impide reintegrarse a la sociedad hasta no haber agotado la totalidad de la pena, sin importar si durante su privación de libertad, asimiló de modo satisfactorio el tratamiento penitenciario, o no, apartándonos de esta manera de nuestra Carta Magna y de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Liberad, cuyo espíritu se encuentra en consonancia con los previstos en los Tratados Internacionales que conforman el bloque federal..."

11.2. - Con base en tales fundamentos, el impugnante requirió, según señalamos más arriba, se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad del Instituto de la Reincidencia del Art. 50 del C. Penal y se deje sin efecto la declarada respecto de su pupilo, haciendo reserva, en caso de resolverse negativamente su pretensión, de recurrir por ante la CSJN, por la vía prevista en el Art. 14 de la Ley 48, atento la violación de las garantías constitucionales involucradas (Conf. fs. 61 vta. CJ cit.).-

Ya en el marco de la audiencia celebrada en esta instancia (Conf. Art. 385 del CPP), el Defensor ratificó en un todo los fundamentos referidos.-

III. -TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN QUE DEBE ADOPTARSE.- Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y fijados como han quedado los agravios del impugnante, abordaré la pretensión defensista.-

III. 1.- Previo a ello, hago notar que el MPF cuestionó la competencia de este Tribunal para resolver en el marco de la impugnación ordinaria articulada por la Defensa, sólo el planteo de constitucionalidad -o no- del Art. 50 del C. Penal, que consagra el instituto de la reincidencia, en abstracto, sin otro sustento fáctico que pudiera ser materia de agravio y de resolución por esta vía propuesta por la Defensa, en base a los argumentos que más arriba expusimos.-

Ante un similar planteo efectuado antes de ahora por ante este mismo Tribunal, con distinta composición, ya me he expedido, no encontrando razones que me impongan cambiar mi posición al respecto; en dicha oportunidad sostuve que a pesar de la seriedad y razonabilidad del planteo jurídico procesal propuesto por el Dr. Dal Verme -y ratificado hoy en esta sede por el Dr. Rivarola- que, de prosperar, produciría como bien lo advirtiera el citado Magistrado, o la declaración de inadmisibilidad del recurso o la reconducción del mismo trasladándolo al Tribunal competente para resolver sólo lo referido al planteo de inconstitucionalidad de la norma sustantiva citada (Sala Penal S.T.J.Ch), más allá de las razones expuestas, atendibles por cierto, deben ponderarse otras, igualmente razonables tanto desde el plano jurídico, como desde el punto de vista práctico, que mi inclinan a desestimar el planteo fiscal en análisis.-

En tal sentido, parto por señalar que la estructura procesal de la impugnación ordinaria, diseñada en nuestro nuevo CPP, consagrando en sede local la exigencia constitucional del llamado "doble conforme", en puridad limitaría el ámbito de competencia material de las Cámaras en lo Penal a la revisión de las sentencias de condena penal y civil dictadas por los Tribunales de Juicio (Conf. Art.71, ap. A), inc. 1° del CPP), entre otras materias no atinentes al caso, lo que así interpretado, podría dar razón al planteo fiscal, pues este Cuerpo sólo debería intervenir para resolver sobre las clásicas cuestiones de hecho y prueba, pero no así en planteos abstractos de inconstitucionalidad, en los que no existiría disputa sobre cuestiones fácticas que sustenten la pretensión defensista, lo que según el Fiscal, ocurre en el caso.- Sin embargo, también es cierto, que en

el funcionamiento práctico del recurso, se van ampliando progresivamente, en el marco de la impugnación ordinaria contra los fallos de condena, las cuestiones llevadas a resolver por las Cámaras en lo Penal, dado que el tratamiento de las materias objeto de agravios, se efectúa bajo las premisas teóricas que importa "el máximo esfuerzo de revisión" o "máximo rendimiento", premisas que, como se sabe, fueran sentadas por la CSJN en autos "Casal" (LL 2005-E- 657,en especial, Cons. Nros. 23,24, 32 y 34), y otros másrecientes ("Benítez, Sergio Rubén" del 28/02/ 2006 y "Salas, A del 14/02/2006 en LL-2006-C- 262 y 309, respectivamente). -

En esta misma línea, y también dentro del funcionamiento práctico del recurso, se va imponiendo un criterio amplio de revisión de las cuestiones resueltas en las sentencias de condena -como lo es sin duda la dictada en esta causa, obviamente en el marco de un procedimiento abreviado-, esto es, el criterio de poder los jueces del recurso, revisar todo lo revisable, dentro del marco impuesto por los límites de los agravios y sin perder de vista las limitaciones provenientes de la inmediación.- Y agrego aquí: entre tales cuestiones debiera incluirse también la aquí planteada; ello, pues, primero, debe advertirse que para la Defensa, como se infiere claramente de la postura que asumiera en la audiencia preliminar al presentarse el acuerdo, obviamente no le era indiferente lo que decidiera el Juez acerca del pedido fiscal de que se declara a su pupilo reincidente, por las consecuencias gravosas que ello le acarrearía en el futuro (imposibilidad de obtención de su libertad condicional, Art. 14 C. Penal); de allí la expresa reserva formulada en dicha oportunidad por el Defensor, frente a la posibilidad de que el Juez hiciera lugar al pedido fiscal de declaración de reincidencia.- Y segundo, porque ello estaría además en sintonía con el sistema de "control difuso de constitucionalidad" propio de nuestro sistema (que aunque no contemplado taxativamente por nuestra CN, se ha considerado que el mismo emana de alguna de sus disposiciones, como los arts. 30, 31, 116 y ccdtes. CN), que de todos modos legitimaría y habilitaría la intervención y decisión de este Tribunal respecto de la materia litigiosa -en el caso, planteo de inconstitucionalidad del Art. 50 del C. Penal- traída a su conocimiento por el imputado por esta vía procesal, esto es, a pedido de parte, lo que, obvio es decirlo, excluiría las discusiones acerca de la posibilidad de declaración judicial oficiosa de inconstitucionalidad, lo que nos exime de expedirnos sobre ella.- Volviendo a lo anterior, apunto brevemente, que "dicho sistema de control de constitucionalidad de típo judicial "difuso", se halla basado en que todos los Jueces ejercen la potestad de interpretar la Constitución y en que pueden dejar de aplicar una norma en el caso concreto cuando la reputen contraria a la Carta Magna.-

Es derecho-deber de la judicatura cumplir su papel tutelar de la supremacía constítucional..."; también, que dicho control “...no está monopolizado por un sector de la judicatura sino que lo ejerce el Poder Judicial, todos los jueces, en el ámbito nacional o provincial..,” y que, la CSJN ha señalado que "todos los jueces de cualquier categoría y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación, en las causas cuyo conocimiento les corresponda" -

Fallos: 149:126; 256:104..." (Conf. San Marco, Lorena, "El control de Constitucionalidad en el Derecho Penal y Procesal Penal Argentino", El díal.com , cit. "el Dial - DCEOD; íd. interesante trabajo de Fillia, Leonardo César, "Inconstitucionalidad de Oficio en el marco de un Proceso Penal Acusatorio", íd., cit. "el Dial - DCE8F").-

También agrego a lo dicho sobre el punto en análisis que, conforme lo sostuve en el precedente citado, existiría una razón de orden práctico, que sostendría la posición que

adopto, la que "...tendría dos aristas: por un lado, el evitar el dispendio jurisdiccional que se generaría accediendo a cualquiera de las opciones planteadas por la Fiscalía, y por otro lado, el contribuir a la celeridad en la tramitación de los procesos de tipo acusatorio como el que nos rige, celeridad consagrada como principio de este sistema de enjuiciamíento penal en el Art. 3 del CPP.-

Por tales razones y fundamentos, sin desconocer la solidez y razonabilidad del planteo fiscal, sostengo que la pretensión que lo contiene no debe ser acogida.- Así lo propongo a los Colegas que me siguen en el orden de la votación, dando de este modo respuesta a la primera cuestión propuesta al acuerdo.-

111.2.- Abordando ahora la pretensión de los impugnantes -ya en el ámbito de la segunda cuestión propuesta-, y partiendo del análisis de los antecedentes que dieran origen a la impugnación ordinaria articulada que nos ocupa, es claro que si bien el agravio del impugnante se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (Art. 50 del C. Penal), afirmada por el decisorio en crisis siguiendo la postura de la acusación, y de la inveterada doctrina jurisprudencial emanada tanto del S.T.J.Ch , como de la CSJN, como de otros importantes Tribunales del país, es obvio que el objetivo final de tal planteo persigue el propósito concreto y además, revelado, de evitar -como ya lo resaltamos- que el efecto propio de la declaración de reincidencia, dispuesta por el Juez a quo, impida al condenado E. D. R., obtener eventualmente el beneficio de su libertad condicional, atento la imposición en tal sentido del Art. 14 del C. Penal.-

Previo a pronunciarme sobre el cuestionamiento defensista a la constitucionalidad o no de la reincidencia, resulta útil consignar que conforme los antecedentes del caso, analizados más arriba, se desprende con claridad –como lo puntualizamos más arriba y lo remarcara el Juez "a quo" en el fallo-, que se han configurado respecto del imputado, las exigencias legales requeridas por el Art. 50 del C. Penal, que requiere una declaración de reincidencia.-

Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que en el caso, fue la primer condena dictada en su contra (el 04/06/04, a cinco años y seis meses de prisión efectiva, según vimos), la que debe computarse a los fines de la declaración de reincidencia, desde que por ella debió cumplir efectivamente pena de prisión; y, es también claro, que la disposición del Art. 50 del C. Penal consagra el sistema llamado de reincidencia real o verdadera, según se desprende claramente de la literalidad de su texto y lo ha reconocido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia vernáculas, así como también lo ha remarcado en Dr. Rolón en su sentencia.-

En ese sentido, según el l er. párrafo de la norma sustantiva citada -en su redacción actual según ley 23.057, vigente desde el 13 de abril de 1984-, "habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena ...".

En ese sentido, reiteramos con respaldo en prestigiosa doctrina que citara el "a quo", que nuestro C. Penal, a través de dicha norma, adopta el llamado "sistema de reincidencia real", lo que implica que "...para que la declaración de reincidencia proceda, el sujeto debe haber cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad, antes de cometer el nuevo (Fleeming, A. – López Viñas, P., "Las Penas", Ed. Rubinzal Culzoni, Pág.585 y sgtes., entre otros), lo que como vimos, se ha dado en el caso de autos.- En esta línea de análisis, y con argumentos que no puedo menos que compartir, se agrega que "tampoco es conciliable con el régimen legal actual, la hipótesis

de que el legislador ha creado un sistema de reincidencia real fundado en el desprecio por la mera privación de liberad, con independencia de las razones de su imposición.- Como señala García, el Art. 50 del C. Penal no se refiere a la comisión
de un delito después de haber estado privado de libertad, sino a la comisión de un nuevo delito después de haber- cumplido total o parcíalmente pena privativa de libertad impuesta.- *De allí que la expresión nuevo delito da la noción de que la norma no se refiere a estar simplemente encarcelado sino a cumplir pena por un delito anterior*..." - cursivas del autor- (ALDERETE LOBO, R. A., "La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino", Ed. Lexis Nexis, año 2007, Pág.197).-
Sin perjuicio de lo esclarecedor de las citas precedentes, los autores de las primeras, sostienen que las cuestiones analizadas, han sido zanjadas por la doctrina judicial de nuestra CSJN, "_en el precedente "Mannini" , en que nuestro alto tribunal, con remisión al dictamen del Procurador General, entendió que 'el Art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece
que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente".-A la luz de tales aportes y volviendo al caso en
análisis, recordemos que a su respecto, el Art. 50 del C. Penal, contiene básicamente tres exigencias legales para la procedencia de la declaración de reincidencia, que como vimos más arriba mencionara el Dr. Rolón en su sentencia, las que como también vimos, se han cumplido plenamente en el caso.-
Por otro lado, debo señalar que el análisis y la conclusión precedente, se compadecen con la interpretación literal que debe hacerse del texto del Art. 50 del C. Penal,
siguiendo los lineamientos interpretativos marcados por nuestra CSJN; en tal sentido, ya en la Causa "Mannini" –antes citada y vinculada como vimos a la cuestión en tratamiento-, el Procurador General en su dictamen -que el Máximo Tribunal Nacional hace suyo-, sostuvo que "...la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin
que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780); tal principio hermenéutico fue ratificado más recientemente por nuestra CSJN al sostener que "...para
determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en
pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos..."(CSJN, 23/04/08, "Acosta, Alejandro Esteban s/... ", c.28/05, A.2186.XLI, votos Dres. Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).- Y en este sentido, debe repararse que el artículo 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quién recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente...".-
111.3.- Entrando ya al análisis concreto de la cuestión central planteada por la Defensa, esto es su cuestionamiento a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en
su fundada impugnación, pongo de relieve, como lo hiciera en el precedente "Basilio" ya citado, que como lo reflejan los fundamentos sobre los que se sostienen las irreconciliables posturas de las partes, cuestión es una de las que ha generado mayores discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia, sustentando posiciones basadas en argumentos de todo tipo, tan razonables los unos como los otros.-
Revisando parte de los mismos -poder abarcarlos y analizarlos en sus particularidades sería una tarea imposible de abordar en al marco temporal que permite la resolución de una

impugnación ordinaria-, puede advertirse que lenta pero persistentemente, se está abriendo camino en la doctrina la tesis que sostiene su ilegitimidad -o inconstitucionalidad-, con distintas argumentaciones y fundamentos, mientras que en la Jurisprudencia, la evolución ha sido distinta,, pues a la par que los más altos Tribunales del país, continúan en general sosteniendo la doctrina sentada por nuestra CSJN, en el antiguo precedente "L' Eveque, R. R. s/robo", del 16/08/88 (Fallos: 311:451), y los que siguieron sus aguas -directamente o por remisión-, y en el que se pronunciara, obviamente con distintos fundamentos, sobre la constitucionalidad de la reincidencia, algunos Tribunales de Juicio y de impugnación -como recordó la defensa ocurriera con diversos tribunales provinciales-, se pronunciaron por la inconstitucionalidad del citado instituto, con apoyo en aquella corriente doctrinaria que he referido.-

Como 10 mencionara, el criterio fijado en la citada doctrina de la CSJN -que si bien fue establecida con una integración que no es la actual, todavía no se ha producido en ella un pronunciamiento diverso, por lo que hasta hoy es la doctrina legal fijada por nuestro Máximo Tribunal Nacional-, ha sido seguido por la CNCP (Sala III, 28/6/2004; Sala III, "Pajón, Armando s/rec. de casación", Reg. n ° 136, del 13/10/94; "Grimaldi, Oscar s/rec. de casación", Reg. n ° 262, causa n ° 1066, del 26/06/97; "Correa, Jorge A. s/rec. de casación", Reg. n ° 52, causa n ° 1434, del 26/02/98; "Aguirre, Juan C. s/rec. de casación", Reg. n ° 413, causa n ° 1824, del 08/09/99 (voto del Dr. Riggi); Sala I, "Collia, Damián J. y " Krebs, Marcelo s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n ° 4594, del 28/02/03; Sala II "Ruiz, Daniel O. s/rec. de revisión", causa n ° 363, del 06/02/95; Sala IV "Borgo, Julio F. s/rec. de casación", causa n ° 295, del 08/03/96., entre otros); también por la Sala Penal de nuestro S.T.J.Ch -como veremos "infra"-, y como dije, también por algunas decisiones de otros Tribunales Superiores de provincias, que sería tedioso citar.-

Sin perjuicio de ello, es dable observar que cada vez es más frecuente que otros tribunales del país y de nuestra Provincia se hayan pronunciado receptando planteos como el propuesto en esta causa por la Defensa Técnica del imputado -como el Sr. Defensor lo expresara y citara en su alegato-, pero cuyo acogimiento por los tribunales superiores no está para nada asegurado, sobre todo, en nuestra Provincia, atento lo dicho más arriba y los contundentes pronunciamientos de la Sala Penal del S.T.J.Ch , contrarios por cierto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia que se vienen sucediendo desde el precedente caratulado: "B, V A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N ° 20387-5-2006), fallado el 10/10/06, pasando entre otros, por el que fallara nuestro Máximo Tribunal Penal Provincial, en fecha 23/09/09, en la causa caratulada: "M., R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg. N ° 21.123 – F ° 53 – T ° II - Año: 2.008, letra "M"), por el resuelto el 10/02/2010, en la causa caratulada "C., C. 0. s/ Homicidio"(Carpeta N ° 556- Leg. 3323", Expte. N ° 21.479 - Folio 102 -Año 2008), y más recientemente en la causa caratulada "G., A.H. s/ Homicidio s/ Impugnación", Expte. N ° 22.094 - Folio 5 - Año 2010 (S.T.J.Ch , Sent. N °: 026-Año: 2011, 14/04/11), en los que se fijara la doctrina legal que hoy sostiene nuestro Máximo Tribunal Provincial, pronunciándose expresamente por la constitucionalidad del instituto.- Agrego que el mismo proceso se advierte a nivel nacional, atento que, a pesar de la nueva composición de la CSJN, todavía mantiene como dije, su vigencia el citado precedente "L 'Eveque" (Conf. Lo explican Fleeming-Viñals, ob. cit., Págs. 582/583 vta.).-En el último pronunciamiento citado de la Sala Penal del S.T.J.Ch , se condensa claramente la postura de nuestro Máximo Tribunal Provincial, y en el que, dicho sea de paso, se contesta fundadamente todos los cuestionamientos

constitucionales planteados por el impugnante en el caso que nos ocupa.- En ese sentido, cito la parte pertinente del voto del Dr. Jorge Pfleger, quien al explayarse sobre el tema y luego de advertir, tanto que su posición sobre el particular ya había sido expuesta en pronunciamientos anteriores, como así también que otrora sostuviera que "...la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídíco, “... ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la norma fundamental gozan de una presunción de legitímidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable..." (ver CSJN c.L. 1043 XLII, Lemes, M. 3/02/2009, en JPBA T 142 sum. 2), abordó la cuestión que nos ínteresa.- A su respecto, luego de reconocer que "...el instituto de la reincidencia ha sido criticado en clave constitucional...", recordó que "...ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "... la mayor severidad en el cumplímiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla cumplido antes recae en el delito...” (ver CSJN caso L'Eveque, Ramón, L. 513. XXI.; 16-08-1988; T.311P.1451).-Bajo la premisa de que el principio de igualdad en la Constitución Nacíonal no es el de la igualdad rasa sino aquel que implica que la igualdad es entre quienes se hallan en igualdad de condiciones, sostuvo la Corte, en el precedente aludido, que: "... La garantía constitucional de 1a igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferente, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos aunque su fundamento sea opinable..." y 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 justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta..." (En el mismo caso ya citado)...".- Y "...en lo que atañe al "non bis in idem" se sostuvo que éste prohíbe la nueva aplicación de la pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una infracción criminal (En el mismo caso que se ha citado)...".-

En este punto advirtió el Dr. Pfleger, con la precísión conceptual que le es propia, que "...no parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de la diferente composición...", agregando que "...en el caso "Gramajo" (G. 560. XL; RHE; 05-09-2006; T. 329 P. 3680, que concernió a la aplicación en el supuesto del Art. 52 del C. P.) el voto del doctor Petracchi específicamente mantuvo que: "... El instituto de la reincidencia (Art. 50 del Código Penal) se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho...".- Y agregó que "esta posición parece extraerse del precedente Mannini, Andrés Sebastián s/causa N °12.678 del 17/10/2007 (M. 619. XLII ;

RHE T. 330, P. 4476)cuando con remisión al dictamen del Procurador General la Corte aceptó que “...El Art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente y si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios se señaló que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia...".- Este antecedente fue reiterado en A. 2387. XLI; RHE "Alaniz, Eduardo Francisco o Martínez, Oscar Guillermo s/robo con armas — causa N ° 840— del 05/02/2008 (T. 331, P. 28); en autos: "R. 1104.XLI;RHE Rodríguez, José Jerónimo y otros s/robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda -causa N° 92.730" del 01/04/2008; e "I.315.XLII; RHE Ibáñez, Gerardo Ismael s/hurto simple en grado de tentativa -causa N ° 717" del 20/05/2008 (La consulta de los antecedentes que están en estos párrafos y los anteriores lo ha sido desde la base de datos de la página web de la CSJN, Secretaría de Jurisprudencia)....- Y con base en estos precedentes, sostuvo: "Es correcto decir que en los litigios pre-enuncíados la Corte sólo estatuyó las condiciones de aplicación del Art. 50 del C. P, pero no se me ocurre que haya puesto óbices a su constitucionalidad.-

Máxime cuando en el caso "G.704.XLIII; RHE Gago, Damián Andrés s/causa N ° 2175 del 06/05/2008 (T. 331, P. 1099) con toda claridad persistió, al menos mayoritariamente, en 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 esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más íntensa frente al nuevo hecho..." homologando de esa manera el dictamen de la Procuración General, al que remitió. (Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda; Voto Argibay; Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni).- Finalmente, indicó que "...este breve repaso por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es fundamento de autoridad para mantener nuestro criterio en sentido que la aplicación del instituto de la reincidencia, siempre que estén reunidos los requisitos de la ley no vulnera ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional ni cercena las garantías que los protegen..." (S.T.J.Ch Sala Penal, Sent. N °: 026-Año: 2011, 14/04/11, causa caratulada "G., A. H. s/ Homicidio s/ Impugnación" (Expte. N ° 22 .094 - Folio 5 Año 2010); pongo de resalto que en el precedente citado, votaron en el mismo sentido que el Dr. Pfleger, los Sres. Ministros Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell.-.

Y como también lo expusiera más arriba, el panorama jurisprudencial descripto, también se refleja en las diversas posturas doctrinarias que se han ocupado del tema, existiendo juristas de renombre que se pronuncian tanto sobre la constitucionalidad del instituto (como por Ej., García, L. M., "Reincidencia y Punibilidad„ Ed. Astrea, 1992"; Soler, S., "Derecho Penal Argentino", t. II, Ed. Tea, Buenos Aires 1992, páginas 443 a 445), como sobre su inconstitucionalidad (Zaffaroni-Alagia-Slokar, Maier, J., Donna, E. A., Magaritios, M., Ziffer P., Vitale G., Fleeming-Viñals, Righi - Fernández, ente otros), con diversos y convincentes argumentos y fundamentos que dada la altísima jerarquía intelectual de sus mentores, sería racionalmente imposible contradecir; en ese sentido, remarco al pasar, que un breve, pero preciso y crítico examen de tales criterios - irreconciliables por cierto-, fue expuesto por Magariños, M., en su obra: "Los límites de la Ley Penal en función del Principio constitucional de acto", Ed. Ad Hoc, 2008, pgs.124/128.-

Va de suyo que el panorama doctrinario y jurisprudencial que he intentado describir, también se refleja en las posturas asumidas por los impugnantes por un lado, y por los fundamentos explicitados por el Juez a quo, coincidente con los expuestos como propios por Ministerio Fiscal en las oportunidades procesales señaladas, por el otro.- Ya he expuesto en detalle los aspectos del instituto de la reincidencia que la Defensa ha puesto en evidencia como violatorios de sendas garantías constitucionales (en especial, vulneraciones de los principios de culpabilidad, de ígualdad, de resocialízación y del llamado "ne bis in ídem"); también, los argumentos y fundamentos por los cuales el MPF ha entendido que la declaración de reincidencia, por aplicación del Art. 50 del C. Penal, de ninguna manera ha violentado tales principios, ratificando plenamente los esbozados en los considerandos del resolutorio impugnado por el Sr. Juez " a quo", Dr. Ricardo R. Rolon; a ello agrego los preclaros aportes que en esa dirección diera el Dr. Jorge Pfleger en el precedente reciente de la sala penal del S.T.J.Ch , que he citado.- Por ello, sería tedioso reiterarlos, salvo en lo que concierne a los aspectos centrales que procuraré poner de resalto, por cuyas razones, adelanto, me inclinaré por la confirmación del decisorio en crisis y con ello, por la adhesión a la doctrina legal sustentada por la Sala Penal de nuestro S.T.J.Ch y por la CSJN.- Pero además, los conceptos que agregaré, obedecen también a la necesidad de explicitar lo más claramente posible mi posición frente al planteo defensita, atento a que en la deliberación, ha quedado en minoría.- Ello, sin perjuicio de reconocer la seriedad y razonabilidad de la posición contraria sostenida por mis colegas, en sintonía con la Defensa, y con la importante corriente doctrinaria y jurisprudencial que citaran.-
Para fundar la decisión que anuncié, trataré seguidamente los aspectos centrales que conformaran los agravios de la impugnante.- En tal sentido, como se explicitara al transcribirlos, el primero apunta a cuestionar la constitucionalidad de la reincidencia por considerar que con ella se vulnera el principio de culpabilidad por el hecho, por los fundamentos más arriba transcriptos, que aquí doy por reproducidos.- Entiendo que tales fundamentos razonables por cierto-, ya han sido suficientemente rebatidos a mi juicio con éxito por los argumentos sustentados por la Juez "a quo", al tratar específícamente el punto en análisis, que fueran más arriba transcriptos y que aquí doy por reproducidos y que comparto plenamente, así como también la doctrina jurisprudencial que citara en su apoyo, en especial la contenida en el último fallo citado del S.T.J.Ch.- Sólo me permitiré agregar aquí la situación con la que debe enfrentarse quien aún habiendo sufrido las consecuencias gravosas derivadas de su efectiva prisionización por haber resultado condenado por la comisión de un delito, toma la determinación de cometer un nuevo hecho penalmente reprochable, cuando podría haberse determinado en la dirección impuesta por el mandato normativo que le imponía conducirse de otro modo, se hace pasible de un mayor reproche por este segundo hecho, que se traduce, a más de la ponderación de esa actitud -como atenuante o agravante, según se desprenda de cada caso particular-, en soportar algunos efectos previstos previamente por el legislador -entre ellos, los del propio Art. 14 del C. Penal- por diversas razones de política crimínal calibradas a la época de su sanción.- Y ello, no porque tal intensificación del reproche penal halle su génesis en alguna consecuencia vinculada al primer hecho por el que fuera procesado, juzgado y por el cual cumpliera pena efectiva, sino que aquella se origina y vincula a su propia decisión, enmarcada en el ámbito de su autodeterminación, de incurrir en la realización de acciones penalmente reprochables, decisión reveladora de un doble aspecto, subjetivo el uno, dada la nula incidencia que en su modo de conducción de vida ha tenido el castigo carcelario realmente padecido por el

hecho anterior, y objetivo el otro, desde que muestra la insuficiencia relativa de la pena padecida para la evitación de recaídas en el delito.-
Esta reflexión, extraída más de la realidad que de fatigosas elucubraciones dogmáticas, aspira a mostrar que la declaración de reincidencia, no tanto en sí misma sino en cuanto a sus efectos, especialmente el contemplado en el Art. 14 del C. Penal -obstatívo cíertamente de la posibilidad de que el condenado pueda obtener su libertad condicional siempre y cuando se cumpla con las otras exigencias legales previstas en el Art. 13 del código sustantivo-, más que importar una nueva sanción por el sólo hecho de que el agente haya ya cumplido pena por la comisión de un delito anterior, apunta a imponer -no para el anterior, sino para el nuevo hecho cometido-, modalidades de cumplimíento de pena más gravosas que las impuestas para la primer condena, obviamente existentes antes de que el imputado optara por cometer el nuevo hecho.- Va de suyo que ello no implica imponerle ningún agravamiento ni pena por lo que la persona es, sino por lo que hizo, atento los hechos que fueran materia de juzgamiento en el juicio abreviado celebrado en esta causa -reitero, pudiendo autodeterminarse de otra manera, comportándose de acuerdo a la norma-, por lo que, dadas las razones expuestas, no se vislumbra que en el caso se haya transgredido el principio constitucional citado por la Defensa.-
En ese sentido, con argumentos que comparto, se ha expresado que "el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por La Constitución Nacional; y si por opción legal el legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad..."(CN CP ,Sala IV, 11/12/2000, "Ortiz, Juan C. s/ rec de cas.", c. 1.837, reg. 3.047, Voto Dra. Berraz de Vidal Vidal, cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r8).-
Desde otro ángulo, pero en esta misma línea de análisis, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha destacado en el precedente "Bonina" -que como vimos, fijara en su momento la doctrína legal en el tema en análisis y por ende de ineludible cita en la temática en cuestión-, que “ ...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 hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera un estado que se reconoce y declara en la sentencia..." (Sala Penal S.T.J.Ch , 10/10/2006, "B., V. A. s/ robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real",Expte. N ° 20387-8-2006, del voto del Dr. Panizzi; íd., voto Dr. Pfleger, Sent. N°045/2006, cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r20). -
Y más concretamente aún, corroborando las razones que he expuesto sobre el cuestionamiento en análisis, es dable destacar que “... si se acepta la postura que ubica a la reincidencia en relación a la culpabilidad y no en el ámbito del hecho típico, es posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional...", pues "lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el hecho nuevo, 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...", y que "...en torno a la presunta violación al principio de culpabilidad... el instituto de la reincidencia, previsto en el Art. 50 del C. P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, incluso

quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente. En efecto en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea . Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto..." (CNCP, Sala II, 30/11/2000, "Lapalma, A. D. y Lloveras, M.F. s/rec. De cas", Voto Dr. Fégoli; ídem CSJN, Fallos: 308:1938; 311:1451; 308:1938.- cit. WebRubinzal ppypenal13.1.r3).-

Además, no debemos olvidar que en el caso de autos, y conforme los antecedentes reseñados "ut supra", R. no sólo había sido condenado en 2004 a cumplir pena efectiva, lo que obviamente conformara uno de los requisitos para la declaración de reincidencia pedida por el MPF en la presente causa -"reincidencia real" y no "ficta", según indicamos más arriba-, sino que también en el marco de este juicio abreviado fue condenado por la comisión de otros dos delitos investigados en los Legajos Fiscales citados más arriba.-

Por lo que llevo dicho, entiendo que la decisión del "a quo" de declararlo reincidente, aplicando la normativa penal vigente, interpretada correctamente a mi juicio, atento las reglas hermenéuticas impuestas por la CSJN en los fallos basales citados más arriba, obedeció simplemente a lo que R. hizo ("...Derecho penal de acto", entendido como el ejercicio del poder punitivo limitado a las acciones prohibidas por la ley...") no a lo que es ("...Derecho penal de Autor, entendido como aquél en que la punición se centraliza más en las características personales del delincuente que en el hecho cometido..."); el encomillado corresponde a conceptos extractados del fallo "Navarro, Z. A ...", Expte.3603-0296 del Trib. en lo Crim. N ° 1 Necochea, 04/08/04, Jur. On Line Eldial.com , 11/08/04.-

Y si además de aquél fundamento legal -inobjetable por cierto-, el resolutorio impugnado al enfrentar la objeción constitucional de la Defensa en los términos que vimos se planteara, se motivó particularmente en la doctrina legal establecida invariablemente por nuestro Máximo Tribunal Provincial, coincidente con la establecida por la CSJN –y como dije por gran parte de los superiores tribunales de provincia-, pues entonces el mismo resulta ajustado a derecho, y por tanto susceptible de ser confirmado en todas sus partes, tal como lo adelantara, y así lo propongo, no obstante conocer, como lo advirtiera, la posición contraria de los Dres. García y Minatta, que votan a continuación.-

El segundo cuestionamiento de la Defensa, también de tipo constitucional al que, según los recurrentes, se hace acreedor la sentencia en crisis, apunta a que declarar reincidente a R. vulnera el principio de resocialización de la pena, por los fundamentos antes transcriptos y que aquí reproduzco "brevitatis causa".- Al respecto, parto por señalar que esta visión de la Defensa, pareciera dar por sentado que la recaída en comportamientos delictivos reiterados de su pupilo, luego de haber cumplido pena por un delito serio cometido con anterioridad y obtenido su libertad condicional -que es lo que ha conformado la situación de hecho para la aplicación en el caso del instituto de la reincidencia-, ha tenido su génesis más en el fracaso de la finalidad resocializadora de la privación de libertad anterior sufrida, que en la propia

determinación de R. a reincidir en el delito luego de lograda, como dije, su libertad condicional y agotada la pena impuesta.-
Sin perjuicio de que esta apreciación de la Defensa ha sido expuesta en forma genérica, lo cierto es que ella sólo refleja una situación de hecho demostrativa de las falencias que en materia de resocialización de los condenados evidencian los actuales establecimientos de detención –sobre todo cuando la privación de libertad se cumple en alcaidías o Comisarías policiales, por deficiencias estructurales, tanto edilicias como por la carencia de personal especializado y multidisciplinario en el tratamiento de los internos-, máxime en casos de penas de corta duración como es el caso de autos, que podría ser objeto de otro tipo de cuestionamientos constitucionales que no tienen que ver específicamente con el instituto aquí tratado.- Adviértase al respecto, que el impacto de la declaración de reincidencia sobre las consecuencias negativas que genera la privación de libertad, sólo se vincula a una de las consecuencias del instituto, que es justamente obstar a que R. pueda lograr una segunda libertad condicional, por imposición del Art. 14 del C. Penal y con ello, cumplir en prisión el resto de la pena impuesta.-
Por ello entiendo que el cuestionamiento en análisis, no debe ser receptado.-
El ultimo de los cuestionamientos constitucionales formulados por los impugnantes a la reincidencia, apunta a sostener que ella vulnera el principio "ne bis in ídem", de raíz constitucional, en base a los fundamentos trancriptos más arriba, a los que también remito para evitar reiteraciones estériles.-
No obstante ello, estimo útil añadir que, contraríamente a los argumentos sostenidos por el impugnante, el instituto cuestionado no violenta el principio constitucional citado, por lo fundamentos expuestos por el Sr. Juez "a quo" que también comparto.- Sin perjuicio de tal coincidencia, tengo en cuenta que respecto de la citada garantía y en lo que aquí interesa, la objeción constitucional intentada apunta a que en definitiva, en la reincidencia, el antecedente condenatorio, con pena efectivamente cumplida, que registra el imputado, se valoraría doblemente, en la medida en que el mismo se tomaría en cuenta a efectos de agravar la nueva condena que se le dictó a . en esta causa.-(Conf. Fleeming -Viñals, "Las Penas...", Pág.579).-
Sin perjuicio de la seriedad de tal objeción, adelanto que la solución que propondré, rechazando el planteo de inconstitucionalidad efectuado por los impugnantes, se fundamenta básicamente en la doctrina legal vigente tanto de la Sala Penal de nuestro Máximo Tribunal Provincial, como la seguida hasta ahora por la CSJN, en los casos ya citados, y las decisiones de otros importantes Tribunales del país que la siguen.-
En ese sentido, ya en el caso "Bonina" (individualizado "ut supra", del 10/10/06),al pronunciarse sobre el particular, el Sr. Ministro que liderara el acuerdo, luego de puntualizar 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 expediente y se haya íncorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente...", fijó su postura en la materia que nos interesa afirmando que “...el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho 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 esta 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..."(Conf. Voto Dr. Jorge Pfleger); en la misma línea, y sobre el

mismo aspecto, el segundo Ministro votante, Dr. Javier Panizzi, en el punto VII de su voto, luego de aseverar que "...la reincidencia es el hecho de una persona que, luego de haber sido condenada por un delito, comete otro igual (reincidencia especial) o de distinta naturaleza (reincidencia general)...", puntualizó que "la consideración de este instituto no transgrede el principio "ne bis in ídem", 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...", agregando que "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 hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. - De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera, como ya se dijo en el voto previo, un estado que se reconoce y declara en la sentencia...", por lo que "...la declaración de inconstitucionalidad pedida debe ser desestimada..." (S.T.J.Ch , causa "Bonina, V. A.", antes cit.).- Sin perjuicio de los otros precedentes que siguieron esta misma línea -como el más reciente antes citado-, creo útil remarcar que en el anteúltimo decisorio que he registrado de nuestra Sala Penal del Excmo. S.T.J.Ch -según detalle precedente al que remito-, en el cual al tratar idéntica cuestión, el citado Ministro Dr. Pfleger -también primer votante-, luego de reafirmar que "la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N ° 20387-8-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada...", sostuvo que "...la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerío Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se límita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al juicio (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente...", reiterando que "...el principío que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de íguales 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..."; y agregó que "...el instituto de 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. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida..."; y que "...cuando esta declaración no resulta irrazonable, teniendo en consideración las particulares circunstancias de la causa, la norma adquiere plena vigencia...éste es ese supuesto..." (S.T.J.Ch , Sala Penal, Causa "C., C..O. s/ homicidio...", CJ N ° 556-Leg. 3323, Expte. N ° 21.479 - F ° 102-Año: 2008, Sentencia del 10/02/2010, cit. Eureka sent. N ° 007-Año:2010; agrego que en sus votos, los Ministros Panizzi y Rebagliati Russell remitieron a la doctrina del caso "B.,V. A.", tantas veces citado).-

En esta misma línea, la CSJN, desde el antiguo fallo ya citado ("L' Eveque, Ramón R.", del año 1988), viene sustentando la misma doctrina, sin que se hayan producido mutaciones al

respecto, no obstante el tiempo trascurrido y a pesar, como dijimos, de su nueva integración.- En aquél precedente, la Corte se pronunció sobre la validez constitucional del instituto, y en relación a la violación a la garantía que prohíbe la doble persecución, sostuvo que "el principio non bis in ídem, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -es entendida ésta como un dato objetivo y formal- es a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal...", aseverando a su vez que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sído condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...", y que, "... aún cuando no se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comportarse una mayor pena... lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta...".- Y agregó que resultando evidente que la insensibilidad demostrada por el sujeto "...ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, mal podía argüirse que se le ha vuelto a juzgar y sancionar por la misma conducta...".- (CSJN,"L' Eveque, Ramón Rafael...",16/08/88, Fallos 311:1451, cons. 7 a 9, cit. Por Fleeming - Viñals, ob cit., Pags.582/583).- Asimismo, creo util destacar que el mismo fallo contestando la posible afectación que la reincidencia podría ocasionar al principio constitucional de igualdad ante la ley, se encarga de afirmar al igual que lo hiciera el S.T.J.Ch -según vimos-, que "... la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aún que su fundamento sea opinable...", y que "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exterioricen esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta"(Fallo cit. por aut. cit. ob cit., Pág. cit.).-

III.4..- Transcriptos los criterios rectores que sobre la cuestión en tratamiento sostienen los Máximos Tribunales citados, que obviamente seguimos, y teniendo en cuenta -como advertimos-, la existencia de otros criterios jurisprudenciales y doctrinarios opuestos que se pronuncian por la inconstitucionalidad de la reincidencia, básicamente sobre la base que la misma lesiona, por diversas razones y fundamentos, algunos de los principios constitucionales antes citados (culpabilidad por el hecho, "ne bis in ídem", derecho penal de acto, igualdad ante la ley), siendo todos ellos igualmente razonables y fundados; si nada novedoso podría aportar a aquellos fundamentos -sería irreverente de mi parte tener la pretensión de mejorarlos-; si además, la doctrina sentada al respecto por nuestro S.T.J.Ch , a favor de la constitucionalidad de la reincidencia, se viene ratificando reiteradamente, como lo hemos mostrado; si ella por otro lado también es coincidente con la sostenida hasta hoy por la CSJN, como intérprete último de la Constitución Nacional, si además, encuentro que en el caso la sentencia puesta en crisis ha sido -como dije más arriba- debida y sólidamente fundada, "...constituyendo una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de al

causa", pues entonces corresponde confirmar en todas sus partes el decisorio impugnado, pronunciándonos sobre la reincidencia en el sentido marcado por el S.T.J.Ch , rechazando por ende la impugnación en tratamiento.-

Resalto particularmente, como lo acabo de sugerir, que la solución que propugno, sin perjuicio de las razones jurídicas que la sostienen, se halla en sintonía con la llamada "doctrina del leal acatamiento", consagrada por nuestro Máximo Tribunal Nacional, y conforme la cual si bien la CSJN sólo puede decidir en casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión, "siendo sus fallos obligatorios para casos análogos, los jueces "inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos", por lo que carecerán "...de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional...” (Conf. entre otros, fallos: 307:1094; 25:354; 30:1094; 311:1646).-

Por otro lado, consigno también que para tomar la decisión adoptada, he tenido particularmente en cuenta, atento la seriedad de los fundamentos que avalan las dos posturas citadas sobre la reincidencia, la especial cautela que imponen a los jueces pronunciarse sobre cuestiones atinentes a la constitucionalidad de las normas, especialmente las sustantivas; no en vano nuestra CSJN, siguiendo un antiguo precedente, ha establecido que “...la declaración de inconstitucionalidad de una dísposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.".-

IV.- DECISIÓN QUE CORRESPONDE ADOPTAR.-

IV.1.- Los fundamentos que sostienen los fallos que acabo de citar -junto a todos los que como refiriera más arriba, siguen la doctrina allí sentada, que dado su número sería imposible citar-, así como las opiniones doctrinarias que los avalan, me permiten sostener la constitucionalidad del instituto en cuestión y por ende, rechazar el planteo contrario del impugnante, confirmando en su virtud, el resolutorio en crisis, en todas sus partes, con costas al imputado (arts.29 inc. 3° C. Penal, 239,240,241,247 y ccdtes. CPP).-

IV.2. - Sin perjuicio de lo expuesto, atento a que de la deliberación surgiera que la postura que he asumido frente al planteo del impugnante, no sólo no es compartida por los Colegas que votan seguidamente, sino que ambos se pronuncian a favor de tal impugnación y por ende, resolviendo declarar la inconstitucionalidad del Art. 50 del C. Penal, por los fundamentos que exponen.- Por ello, atento la mayoría lograda, corresponde entonces admitir la impugnación articulada por la Defensa Tecníca del imputado, declarando la inconstitucionalidad de dicha norma sustantiva, sin costas para el impugnante (Conf. arts.239, 247 y ccdtes. del CPP).-

Así me expido respecto de la segunda y tercera cuestión propuestas.-

Corresponde finalmente, regular los honorarios profesionales devengados por el Sr. Abogado Defensor contratado por el MPD, Dr. José Julián Ripa Montuenga por su labor desarrollada en esta instancia.- Al respecto, corresponde fijarlos en un 30% del monto de los honorarios que oportunamente se le regulen en la instancia de origen (Conf. arts. 59 Ley V, N ° 90, y 6, 14 y ccdtes. Ley XIII, N ° 4), los que estarán a cargo del Estado Provincial conforme el resultado obtenido, por mayoría, y disposiciones de los arts. 239, 240, inc. 3°, 242, l er. Párr. y 247 del CPP).- Así voto.-

La Jueza, Dra. Nelly N. GARCIA, dijo:
A la primera cuestión, voy a reiterar lo que sostuve en un caso similar de esta jurisdicción, Pcia. Del Chubut c/S., O. A., "parto de la base que se ímpugna una sentencia definitiva condenatoria integrada por acuerdo de partes en un juicio abreviado y decisión jurisdiccional en cuanto a la declaración de reincidencia, que conforme lo dispuesto por el Art. 374 del C. P. P. el recurso del imputado al doble conforme es amplio, abarca los hechos y el derecho, la responsabilidad y la pena, atento el alcance que le han otorgado el Art. 8. 2.h y 25.1 de la CASDH, Art. 14.5 del PIDCP, arts. 22 y 44 Constitución del Chubut. Y que además el Art. 375 del C. P. P. dispone que la impugnación extraordinaria del imputado procede contra la decisión de la Cámara en lo Penal y por los motivos que expresamente establece, y así se ha resuelto en PCIA. DEL CHUBUT c/ B., H.; PCIA. De CHUBUT c/ P. S. y otros, por lo que considero que somos competentes para intervenir. El imputado no tiene un recurso directo ante el Superior y la competencia de la Cámara en lo Penal está fijada en el Art. 71 del C. P. P. y en el punto 1) le otorga competencia para entender en el recurso del imputado en contra del fallo de condena, no advierto razones para interpretar su alcance limitadamente como pretende el Fiscal, ya que el Art. 374 del C. P. P. es amplísimo, el imputado puede impugnar la sentencia en lo penal y en lo civil y atribuye competencia directamente a la Cámara, por lo que considero que somos competentes y el recurso debe tratarse. Así lo voto.
La segunda cuestión a tratar para darle respuesta a la oposición del Fiscal, es la cuestión procesal, la falta de agravios porque no planteó la inconstitucionalidad antes que resuelva el Juez, se limitó a reservar su derecho a impugnar.
Entiendo que este caso no es el inverso de la cuestión planteada en Pcia. Del Chubut c/ S., H. donde el Superior tribunal de Justicia rechazó el recurso extraordinario del Fiscal porque había consentido que resuelva el Juez, aplicando los principios del proceso acusatorio.
En el caso de R. el Fiscal en el marco de un juicio abreviado solicitó que se lo declare reincidente y en la presentación ya advirtió al Juez que no va a conformar parte del acuerdo ya que la defensa se ha reservado el derecho de cuestionar el dictado de la reincidencia, para el caso de que se acceda conforme el o ha hecho en pronunciamientos anteriores, conforme lo refiere el Dr. Rolón en su sentencia y coincide con los dichos del Dr. Dal Verme en su presentación conforme audio audiencia del 23 de febrero de 2011. En el mismo sentido, el Defensor, Dr. José Julián Ripa Montuenga, aceptó que lo resuelva el Juez pero con reserva de impugnar, sus palabras concretas fueron "hago reserva de plantear y discutir la reincidencia", aunque no expresó los motivos del agravio, si expresó su oposición a la declaración de reincidencia. Al imputado se le explicaron las posibilidades y los efectos de una declaración de reincidencia y dijo que estaba de acuerdo, y el Juez de la causa concluye, que el imputado "consintió de todas formas el acuerdo arribado en la presente carpeta judicial", es cierto, pero debe interpretarse que no va más allá ni en contra de la oposición manifestada por el Defensor técnico, ya que es la única interpretación posible desde el estándar pro-hómine fijado por la Corte Suprema de Justicia en el caso Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción Art. 14, primer párrafo de la ley 23.737-causa N ° 28/05.
El Juez a quo consideró probados y existentes los requisitos para la procedencia del instituto que establece el Art. 50 del C. Penal y como ya es conocida su posición, declaró y afirmó que la reincidencia es constitucional y declaró a R. reincidente.

Por lo que conforme los principios del proceso adversarial, es procedente el agravio contra la sentencia condenatoria con declaración de reincidencia, porque expresamente manifestó su disconformidad y los motivos del agravio los concretó en el escrito de impugnación, por considerar que la norma aplicada es inconstitucional.
No resulta aplicable al caso el requisito formal exigido para el recurso extraordínario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de que la cuestión federal haya sido planteada oportunamente o hecho reserva de la misma, una, porque el recurso del imputado no tiene ningún requisito formal y otra porque para el recurso federal la misma Corte ha dicho que "fue oportuno el planteo de inconstitucionalidad de una ley efectuado después de trabada la litis, pero en la primera presentación posterior a su sanción, dando ocasión al tribunal de la causa para decidirla (fallos 305:332). Y además, cuando en verdad aún no se haya suscitado, la Corte ha interpretado que "no cabe exigir un planteo formal en orden al caso federal, si los términos de la cuestión propuesta no justifican prever que, para resolver los agravios respectivos, se habrían de obviar las normas que rigen la materia y expresar fundamentos tan sólo aparentes; de los contrario, la exigencia de un planteo constitucional oportuno, se convertiría en un ritualismo estéril, inoperante y lesivo del derecho de defensa en juicio" (fallos: 305:111; 305:2009; 306:1081, entre otros". (Tratado de derecho procesal constitucional Falcon-Rojas-Salgado-Trionfetti-Verdaguer T I Pág. 707).
Por lo que no corresponde hacer lugar al planteo formal efectuado por el Fiscal, ya que el agravio por la inconstitucionalidad de la norma fue correctamente planteado.
Ahora sí, para tratar el agravio concreto de la Defensa es decir la inconstitucionalidad de la reincidencia, voy a tener en cuenta que el Juez a quo valoró que conforme evidencia "G" del legajo N ° 13408, consta en el informe del RNR, que el Sr. E. D. R., fue condenado por el Tribunal en lo Criminal N ° 3 de San Martín, con fecha 4/06/2004 a la pena de cinco años y seis meses por el delito de robo agravado por el uso de arma en concurso real con resistencia a la autoridad en concurso ideal con abuso de arma, reiteradas en dos oportunidades. Y además que se daban en el caso los requisitos formales para su procedencia es decir antecedente condenatorio y cumplimiento parcial de la pena, por lo que confirmo que se dan esos presupuestos porque no fue matería del agravio.
Tal como lo sostuvo en el caso: Pcia. Del Chubut c/ S., O. A. (Nic 1347 Nuf 12615) de Esquel, considero que la reincidencia tiene como efectos, la imposibilidad de obtener la libertad condicional (Art. 14 del C. Penal), el aumento de la medida de la pena (Art. 41 del C. Penal) y la posibilidad de la imposición de la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en los casos de reincidencia múltiple (Art. 52 C. Penal) y una vez etiquetado como reincidente, ese estado es imprescriptible, por lo que su naturaleza es punitiva, habilitando un mayor poder punitivo, ya sea como un agravamiento de la pena en la faz cuantitativa o cualitativa según el caso, y ese es el agravio concreto que habilita el recurso.
Sostengo que el Art. 50 del C. Penal, colisiona abiertamente con la garantía constitucional del derecho penal de acto, garantía expresa contenida en el Art. 19 de la Constitución Nacional, que a su vez da contenido y limita el principio de culpabilidad establecido en el Art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad.
Y sigo en esta postura al Dr. Mario Magariños, por considerar que contesta en forma estricta, clara y contundente cuál es el agravio constitucional concreto.
Soy consciente de la gravedad institucional de una declaración de inconstitucionalidad, pero esta decisión es la última ratio, ya que no encuentro para el caso, otra interpretación posible acorde al bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, siguiendo al autor citado, el Art. 19 de la Constitución Nacional en su primera parte establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero,
están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados." Del que surge un doble mandato al legislador, "lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones y en segundo lugar ordena al legislador verificar que las acciones que pretenda seleccionar como materia de prohibición presenten determinadas características. Y a pesar de los distintos criterios de interpretación, "siempre se ha partido, con total claridad, de la base de que al menos, se halla garantizado para los habitantes de la Nación, que el Estado no se entrometerá con el pensamiento, la moral, la religión, el carácter, la personalidad, las ideas, o cualquier otra cuestión vinculada al fuero íntimo del ser humano, constituyéndose así el primero y más claro límite a todo intento de consagración del totalitarismo estatal."
"Entonces, sólo teniendo en claro que por imperio de una garantía constitucional explícita (Art. 19 primera parte Constitución Nacional), los tipos penales únicamente pueden contener como materia de prohibición –o mandato- conductas, adquiere a su vez un determinado contenido el principio de culpabilidad, como garantía constitucional implícita derivada del principio de legalidad establecido en el Art. 18 de la Constitución Nacional. Esto es, como culpabilidad por el hecho o acto ilícito, pues es sólo en virtud de aquella norma constitucional que el contenido de la reprochabilidad y su alcance máximo estarán determinados previamente por la existencia y gravedad del acto ilícito de que se trate. (ver Reincidencia y Constitución Nacional, H. Mario Magariños, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal Año III, Número 7 Pág. , 87).
Y el mismo autor en "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", insiste, "Dicho una vez más de modo esquemático, si la ley penal exclusivamente puede seleccionar decisiones de acción exteriores y públicas (Art. 19 de la C. N) y la pena sólo debe fundarse en lo que de modo previo y preciso establece la ley (Art. 18 del C. N) entonces, la culpabilidad y la pena sólo adquieren legitimidad en tanto, respectivamente, constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo diferente a la conducta prohibida por la norma, por ejemplo, como reflejo de la peligrosidad, del carácter, del ánimo o de la personalidad del individuo. (Pág. 130) y "La predicada insensibilidad del autor frente a la pena no constituye una cuestión de doble riesgo o doble juzgamiento, pues configura un juicio, un reproche y un plus sancionatorio fundado en los sentimientos del autor por la pena sufrida y, por esa misma razón, la más pura expresión de un derecho penal represivo del ánimo, de los sentimientos y de la personalidad. Por consiguiente, lo quebrantado mediante la regulación legal de la reincidencia es el mandato constitucional de estructurar un sistema penal
de acto." (Pag. 133, de la obra citada)
La culpabilidad está atada a la acción reprochada, dándole un contenido que a su vez sirve de límite, no puede el legislador ni el intérprete efectuar cualquier reproche
invocando esta categoría dogmática, al respecto voy a citar a Hans Welzel por su claridad conceptual, cuando dice: "La característica culpabilidad añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuricidad es, como ya vimos, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda: la realización de la voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito

social. La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica". (Derecho Penal Alemán, Hans Welzel, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Ed. Jurídica de Chile Pág. 166).

Y para redondear el concepto de culpabilidad, voy a tener presente la aclaración que realizan Zaffaroni, Alagia y Slokar, cuando dicen: "El reproche se vinculaba a la inexigibilidad de otra conducta, elemento negado posteriormente por Mezguer. No obstante en estas versiones complejas de la culpabilidad normativa, comienzan a percibirse los esfuerzos para llegar a las mismas o parecidas conclusiones prácticas que la peligrosidad. Si bien todos los autores insisten en que se trata de dos conceptos totalmente diferentes, de alguna manera por la vía de la culpabilidad se procura explicar y legitimar la mayor pena al habitual, al reincidente, al profesional, al malvado, etc."; "La culpabilidad de acto pura, es decir, el reproche fundado en el ámbito de autodeterminación del sujeto al momento de la acción, no podía reemplazar funcionalmente a la peligrosidad como discurso legitimante. Conforme a la culpabilidad de acto pura, la habitualidad puede resultar un supuesto de menor culpabilidad, lo que es inaceptable para cualquier construcción legitimante del poder punitivo. El dilema que esto planteó a las teorías legitimantes trató de resolverse apelando a una culpabilidad que reproche por algo más que el acto y, por ende, recayendo en una degradación sintomática del delito, que volvía a ser el signo de ese algo más que se reprochaba. Ese es el marco de las versiones del normativismo como culpabilidad de autor, en cualquiera de sus variables - culpabilidad del carácter, de personalidad, de conducción de la vida o de decisión de la vida - en sus expresiones contemporáneas." (página 662 del Tratado Derecho Penal, parte general, Zaffaroni, Plagia y Slokar).

En efecto, los que sostienen que la reincidencia no afecta el principio de culpabilidad por el acto, llegan a esa conclusión porque exceden ese límite y le reprochan algo más que la falta de motivación en la norma pudiendo hacerlo.

Además no se puede soslayar la contradicción entre la reincidencia y la garantía constitucional del derecho penal de acto, si se tiene presente que en los antecedentes legislativos del instituto el fundamento fue la idea de una mayor peligrosidad, mayor perversidad, profesión o tendencia a la criminalidad, y que en la última reforma al Código Penal por ley 23.057, se tuvo en cuenta 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." (Código Penal comentado, David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni Pág. 214). Por último, no puedo sostener la vigencia de la reincidencia, desde la perspectiva de un deber ser formal, como necesidad de tratamiento más prolongado, cuando en los hechos las cárceles están atiborradas de presos y otros cumplen las penas en comisarías, cuando en el mejor de los casos el tratamiento penitenciario es genérico, basado en el respeto al orden y la obediencia a la autoridad, y en las comisarías es nulo, la realidad supera la ficción, no deja de ser una razón de peso, tener presente donde el condenado cumplirá la pena y lo que se espera de ella.

Por otro lado, no puedo desconocer la doctrina legal fijada por el Superior Tribunal de Justicia declarando la constitucionalidad de la reincidencia, considerando que no vulnera el principio del non bis in idem ni la culpabilidad por el hecho, así en el caso C. C. O. s/ homicidio que resultó víctima- Carpeta N ° 556-Leg. 3323 (Expte. N ° 21.479- folio 102 año 2008) en su voto el Dr. Jorge Pfleger se remitió a la doctrina legal sentada por ese cuerpo en el caso B. V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesíones leves todo en concurso real (Expte N ° 20387-8-2006) donde sostuvo que "el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho 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 genera como ya lo dije, un estado que se reconoce y se declara en la sentencia." "El instituto de 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. Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida".
En el caso B. V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real (Expte N ° 20387-B-2006), el Dr. Pfleger también había dicho 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 expediente y se haya incorporado al debate (con conocimíento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente." El Dr. Panizzi sostuvo que:"la reincidencia es el hecho de una persona que, luego de haber sido condenada por un delito, comete otro igual (reincidencia especial) o de distinta naturaleza (reincidencia general). La consideración de este instituto no transgrede el principio "ne bis in ídem" 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 artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito. El tratamiento desigual proporcionado por el Codigo Penal a quienes en los términos del Art. 50 cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencía hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente."
Reconozco que la Corte Suprema de Justicia sostiene la necesidad de que el sistema guarde coherencia a partir de las interpretaciones que ella sienta. Ha sostenido en numerosas oportunidades que "es obligación de los jueces inferiores conformar sus decisiones a las conclusiones de la Corte, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, a menos que sustenten su discrepancía en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal"; pero tal como lo resalta Leonardo Gabriel Pitelvnik en Comentario al Fallo Gramajo y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes, "cuando el mismo tribunal modifica sin ninguna reforma legislativa o cambio de la situación de hecho en la cual debe aplicarse la norma, y utiliza incluso los mismos razonamientos que antes había rechazado, contribuye a debilitar su propia doctrina".
No comparto la doctrina del leal acatamiento, haciendo mías las razones esgrimidas por el Dr. Hortel en la causa N ° 9496 Plenario sobre prescripción, publicada como MJ-JU-M-

4006-AR \MJJ4006\MJJ4006, cuando díce: "Apelábamos en los antecedentes citados para fundar nuestra opinion a lo argumentado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con relación a la no obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de la Nación (S. C. B. A., causa P. 39.149, sentencia del 29/992). Sostuvo el máximo tribunal provincial que la obligatoriedad general de las doctrinas de la Corte Suprema implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del Art. 31 de la Constitución Nacional. Si las sentencias de la Corte Suprema impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: ni bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse, por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia". "Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos. Contra lo expuesto no pueden invocase razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública, y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta al ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales". "Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuvieran receptados por la Constitución y la ley; y por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los Tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas". "Sin duda que en la gran mayoría de los casos, la sabiduría de los fallos de la Suprema Corte nos convencerán de la aplicación de la ley de tal manera interpretada. Pero nos reservamos el derecho a decidir, en cada caso, conforme nuestro leal saber y entender, de acuerdo con el magistral fallo de la Suprema Corte (Pcia. De Buenos Aires) al que hemos hecho referencia".

Por todo ello, me aparto de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, ya que se sustenta en los precedentes de la Corte Suprema en Goméz Dávalos, Sinforiano" del 16 de agosto de 1986 (Fallos 308:1938) y L' Eveque, Ramón Rafael, del 16 de agosto de 1988, cuyo valor se ha debilitado, porque ha cambiado la integración de la Corte en grado tal que ha variado la composición de las mayorías, y esta Corte, que me animo a calificar de nueva Corte, ha cambiado su doctrina en "Gramajo", con fuertes repercusiones en la reincidencia simple y además en Maninni, no mantuvo la vigencia del precedente citado por el Procurador General en su dictamen.

La Corte Suprema en Gramajo, Marcelo Eduardo, sostuvo el derecho penal de acto como contenido del derecho penal constitucional, así en el considerando 18 del voto de la mayoría dice: "Resulta por demás claro que la constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el Art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido.

De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.
En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de que mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad." (del voto de la mayoría).
Además cita y sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, que con toda contundencia afirma: " En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos".
Por ello, es muy posible que llegado el caso, la Corte Suprema de Justicia se expida por la inconstitucionalidad de la reincidencia, y puedo alentar la esperanza, que la jurisprudencia siga haciendo camino para lograr la reforma legislativa necesaria hasta ajustar la legislación a los requerimientos de los estándares del bloque de constitucionalidad.
Por todas las razones invocadas, declaro la inconstitucionalidad del Art. 50 del C. Penal y así lo voto.
A fin de regular los honorarios de la Defensa Pública en esta instancia tengo en cuenta el resultado obtenido, y entiendo razonable el 30% de lo que se regule en primera instancia.(Art. 14 Ley XIII N ° 4)
El Juez Dr. Omar Florencio MINATTA, dijo:
a) Incompetencia: en este punto el fiscal aduce que la cuestión traída por la defensa es una de puro derecho, por lo que la materia es de naturaleza extraordinaria y estaría fuera, entonces, fuera de la garantía constitucional del llamado "doble conforme". No obstante lo novedoso del planteo, entiendo que la garantía señalada alcanza tanto las cuestiones de hecho como de derecho, especialmente porque estoy convencido de la imposibilidad de separar en forma tajante ambas cuestiones, sobre todo porque toda norma de derecho supone necesariamente, al menos, un hecho o situación fáctica. En el caso de la reincidencia, por ejemplo, habrá que demostrar fácticamente que el imputado cumplió total o parcialmente una pena anterior y ésta es una cuestión eminentemente compuesta de hechos, ya que no será cumplimiento de pena, por ejemplo, la privación de libertad cumplida en establecimientos absolutamente inidóneos como para que el caso del ciudadano haya sido abordado con un mínimo de seriedad y así intentar, al menos, que se de cuenta de la inconveniencia de volver a cometer un nuevo delito.
b) Inconstitucionalidad: los fundamentos de la inconstitucionalidad de la reincidencia este vocal ya lo ha expresado en innumerables causas, por lo que aquí se reproducen literalmente.
Así, en la causa "C., M. A. p.s.a. robo- Trelew" y acumulada "C., M. p.s.a. hurto tentado- Trelew" (Carpeta 1796 OJ Tw - Legajo 18428 OUMPF Tw, y Carpeta 1793 OJ Tw - Legajo 18413 OUMPF Tw), ya dije:
“...el instituto de la reincidencia viola claros principios

constitucíonales básicos de un Estado de Derecho Constitucional que seguidamente pasamos a señalar:

a) principio de culpabilidad: en el juicio de 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 exigíble al autor otra conducta dístinta a la que hizo y, dentro de tales pautas, deben computarse necesaríamente el pasado del autor, es decir su vida, sus vivencias anteriores al hecho tanto como su carácter y personalidad, pues tales elementos sín 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 ímportante 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 sítuación por causas mayoritariamente ajenas a su voluntad, por lo que al reducir el ámbíto de libertad para decídir lógicamente se reduce la culpabilídad y, por ende, la cuantificación de la pena.

Ahora bien, para construir también el juicio de culpabilidad no sólo se tíene 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 pára 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 característícas 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 reprochabílidad 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 cuantia 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 personalídad, etc. -ver las comprobaciones espantosas de los efectos deteriorantes y otros que produce el fenómeno de la prisionización- pretenden agravar la sanción a ímponer, 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 reíncidencia víola otros principios constitucionales (cfr. para ello, entre otros doctrinarios a ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR: Derecho Penal - Parte General, Ediar, Bs. As., Págs. 1008-15 y VITALE, Gustavo: La "reincídencia" contamina el derecho penal constitucional, Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., Págs. 169-182; para la jurisprudencia ver votos del Dr. Mario A. Juliano en las causas "Giménez" y "Navarro" del Trib. Oral Críminal 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 principío 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 mísmo, 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, síno 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 establecída 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 -especíalmente el de culpabilídad- 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 cumplído total o parcialmente encíerro como condenado...".

Por estas razones, se debe hacer lugar al planteo de la defensa sobre este punto, y declarar en consecuencia la inconstitucionalidad del Art. 50 CP.

c) Costas y honorarios: por último, comparto la imposición de costas y la regulación de honorarios propuesta por los colegas que me anteceden. Así voto.

En mérito a los votos que anteceden, por mayoría, la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel,

FALLA:

I) HACIENDO LUGAR a la impugnación planteada por la Defensa Técnica del imputado E. D. R..

II) REVOCANDO el punto II) de la sentencia del 28 de febrero de 2011, dictada por el Sr. Juez Penal Dr. Ricardo Rolón, en el marco del juicio abreviado celebrado en la audiencia del 23 de febrero de 2011, registrada bajo el N ° 275 Folios 472/79 Año 201 de la Oficina Judicial

III) Declarando la inconstitucionalídad del Art. 50 del C. Penal, conforme los considerandos precedentes.

IV) Fijando los honorarios devengados por Abogado de la Defensa Pública, Dr. José Julián RIPA MONTUENGA, por su tarea en la tramitación de la impugnación impetrada (Conf. Arts. 59 Ley V, N ° 90, 239 y 246 del C. P. P.), en el 30 % de lo que se regulen en la instancia de origen, teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 6 y 14 y pautas fijadas por la Ley XIII, N ° 4, los que serán a cargo del Estado.

V) La presente es suscripta sólo por los Dres. Víctor A. Sarquis y Nelly García, por no encontrarse en la jurisdicción el Dr. Florencio Minatta, habiendo remitido su voto por correo electrónico con firma digital, el que se encuentra incorporado al cuerpo de este decisorio.

VI) Cópiese, protocolícese y comuníquese.

Fdo: Dra. Nelly N. Garcia, Dr. Victor A. Sarquis. Ante mi : Gustavo A. Alvarez

Registrado bajo el N ° 968, Folio N ° 1859/1187/ 2011 Conste.