En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 7 días del mes de Diciembre del año dos mil doce, se reunieron en Acuerdo los Miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los señores Ministros, Daniel A. Rebagliati Russell, Jorge Pfleger y Fernando Salvador Luis Royer, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "PCIA. DEL CHUBUT c/ I. F. J. s/Incidente de Ejecución de pena s/Impugnación" (Expediente N° 22.638 – Folio 95 - Año 2012).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado es el siguiente: Pfleger, Rebagliati Russell y Royer.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Enunciación de los antecedentes

Convoca la atención de la Sala el recurso extraordinario deducido por la Defensa Técnica del acusado, doctor Marcos Aníbal Ponce, en perjuicio de la sentencia de la Cámara en lo Penal de Esquel que el 14 de diciembre de 2011 rechazó la impugnación ordinaria planteada por esa Defensa, y confirmó el punto 2) del resolutorio dictado el 02 de Mayo de 2011, ratificando la constitucionalidad del art.50 del Código Penal.

La decisión de primera instancia, emitida en el curso de la ejecución de la pena, ver la hoja

///

39, hizo lugar al planteo de la defensa en punto a la improcedencia de la acumulación de la pena, pero repelió el intento de declarar la inconstitucionalidad de la reincidencia y la declaró respecto del causante

Por mayoría, la decisión jurisdiccional bajo examen homologó lo resuelto y así es que se intenta la vía excepcional para lograr el éxito de aquella postulación.

En la audiencia llevada a cabo en esta instancia, la Defensora Julia Laborda persistió en la posición asumida en el escrito que corre agregado en las fojas 116/121 de este legajo, tal se verá en los párrafos que vienen.

II. El recurso

El Impugnante señaló, como primer agravio, la carencia de motivación suficiente de la sentencia que rechazó los óbices presentados por la Defensa Técnica en la instancia recursiva ordinaria (art. 375, inciso 1 del ritual doméstico).

Afirmó que en tal recurso había planteado-como tema primario- que la declaración de reincidencia de I. violaba el principio de culpabilidad y que así debía declararse. En segundo lugar, señaló, existía una violación del principio de resocialización, por pretender

///

achacarle al imputado la ineficacia del tratamiento penitenciario al que fuera sometido. En tercer término, aludió, ocurría la violación al principio "non bis in idem", al volver a juzgar al incuso por un hecho sobre el que ya había recaído condena.

Expresó: "… *En el caso que nos ocupa no sólo se trasladan los efectos de una condena anterior sino que la categoría de reincidente, agrava la condena y habilita una mayor consecuencia punitiva por los efectos que dicha declaración trae aparejada…"*

Denunció que, pese al desarrollo de los argumentos efectuado por la Defensa, los Camaristas resolvieron con carencias de fundamentos lógicos y legales, desechando la posición defensista.

Remarcó que los votos de la mayoría reflejaban un razonamiento absolutamente dogmático y alejado del caso particular y a espaldas de las mandas constitucionales.

Otra de sus censuras estribó en que, en la decisión atacada, se había omitido el tratamiento de una cuestión.

Manifestó que había planteado la "…Carencia de lógica legal –de la sentencia de C.- en la aplicación al caso concreto del instituto de

///

libertad asistida (art. 54, Ley 24.660), en caso de hacerle lugar a la declaración de reincidencia y la consecuente aplicación del art. 14 del Código Penal…", lo que constituiría una ilogicidad en contraste con el art. 14 del C.P. y la libertad asistida de la Ley 24.660, cayéndose en el defecto de la sentencia arbitraria.

Empero, indicó, si se analizaba la que puso en crisis, se podía advertir que dicho agravio no fue tratado por ninguno de los Jueces que integraron la Cámara Penal en esa oportunidad.

Remarcó que por tal razón la sentencia era un instrumento incompleto por lo que debía ser nulificada, pues no cumplía con los principios básicos de la lógica al dejar una premisa sin resolver.

En el final, hizo reserva del caso federal y peticionó que se revocara la resolución impugnada que declaró reincidente a su pupilo, y que se decidiera la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal.

III. Tratamiento de la cuestión.

a. La ausencia de motivación de la sentencia, alegada por la defensa.

1. Sin más prólogo, establecido el quid de la cuestión que ocupa, pasaré a emitir mi voto.

///

En primer término señalo que la sentencia se encuentra objetivamente motivada.

El uso de fórmulas estereotipadas para justificar el discurso movilizador, conduce, la mayor parte de las veces a no dar contenido a las postulaciones; y este es el caso.

Porque motivar es semánticamente considerado "…Dar causa o motivo para algo…"- primera acepción; o "…Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo…". Y esa significación, en lengua vulgar, coincide con aquella del lenguaje especializado de la ciencia pues motivar es dar razones para que el destinatario y el público general conozca la razón de la decisión; se traduce en la valoración de las circunstancias de la que deriva el fallo.

Se trata de una omisión inaceptable, pues las razones tenidas en cuenta para justificar la sentencia quedarían sólo en la conciencia de quien la emite.

Toda referencia vaga o inexacta también puede considerarse dentro del defecto enunciado; y aún el hecho de soslayar cuestiones sustanciales en la medida en que éstas sean relevantes a la solución del caso.

///

Las Constituciones y las leyes al imponer el requisito de que las sentencias deben ser motivadas no hacen otra cosa que exigir al Juez que explique la razón de las conclusiones que vierta, poniéndole límites al libre convencimiento.

2. Como puede leerse, los señores Jueces han dado motivos para ratificar la declaración de reincidencia y, por ende, justificado la prédica, de suerte tal que el agravio en ese sentido no tiene asidero.

La alegada ausencia de tratamiento de una específica cuestión que -por otro lado- no cambiaría el rumbo de las cosas, tampoco se percibe en autos.

Si los Magistrados declararon la procedencia constitucional del instituto del art. 50 del C.P, en los términos dados, pero soslayaron considerar la tópica atinente a la "ilogicidad" protestada, no cometieron omisión alguna pese a que no refutaron explícitamente la argumentación defensiva, que, como veremos, es irrelevante a la solución del asunto.

Empero, se observará el fenómeno desde la correcta aplicación de la ley, es decir, si acaso los Jueces se apartaron de la solución jurídica acertada al resolver como lo hicieron.

///

b. La pretendida inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

Me impongo señalar que he tomado posición sobre el punto en otros pronunciamientos.

He predicado otrora 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 jurídico, "…ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la norma 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…" (ver CSJN c.L. 1043 XLII, Lemes, M. 3/02/2009, en JPBA T 142 sum. 2)

También considero un deber de honestidad intelectual ponderar la rigurosidad con la que los miembros de la Cámara en lo Penal han analizado el caso al respecto, vertiendo opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en apoyo de la tesis que han sostenido.

Poco puede añadirse.

Es verdad que el instituto de la reincidencia ha sido criticado en clave constitucional.

Los mismos argumentos utilizados por la que recurre son los óbices que una porción de la dogmática penal ha opuesto a la aplicación del art. 50 del C.P. (ver al respecto el comentario de Abel Fleming, en su obra editada por Rubinzal Culzoni)

No los comparto.

En primer término, y reitero la cita de la sentencia, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "…la mayor severidad en el cumplimiento 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 Nacional no es el de la igualdad rasa sino aquel que implica la igualdad entre quienes se hallan en igualdad de condiciones mantuvo la Corte, en el precedente aludido, que: “…La garantía constitucional de la 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 grupo 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)

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 esta 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).

No parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de una diferente composición.

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…”

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)

Es correcto que en los litigios pre-enunciados 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 intensa frente al nuevo hecho…” homologando de esa manera el

///

dictamen de la Procuración General, al que remitió. (Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda
Voto: Argibay- Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni)

En fin, este breve repaso por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es fundamento de autoridad para volver a 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.

Los Jueces de la mayoría han trabajado con sumo cuidado relevando, en particular el primer voto, todos los antecedentes de la Corte Federal y local en la materia; y aún el segundo sufragio ha citado, atinadamente, decisiones de la jurisprudencia comparada: "Green vs. United States", "Moore vs. Missouri" de la Corte de los Estados Unidos de América, lo que habla a las claras del encomiable interés de los Magistrados de fundamentar con celo su pronunciamiento.

c. Misceláneas

Juzgo que el planteo de ilogicidad que ya he referido queda envuelto por la cuestión constitucional, porque en el fondo plantea un problema de compatibilidad constitucional.

Pero para aventar toda duda señalo que no es menester confundir el instituto de "libertad asistida" de la Ley 24.660 con la "libertad condicional" del art. 13 del C.P.

Pues si bien tienen fines político criminales comunes, y en la práctica presuponen el egreso anticipado del establecimiento carcelario, difieren en su naturaleza y consecuencias y no pueden ser obstáculo para la declaración que se ha pronunciado.

Toda incidencia que al respecto suceda deberá ser planteada y resuelta frente al Juez de la instancia de ejecución.

IV. Epílogo

///

Por lo expuesto, postulo el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en crisis, con costas.

Así voto.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido lo suficientemente detallados en el voto precedente, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir con la propuesta del juez Pfleger.

La defensa intenta, por segunda vez en la causa, que la Sala modifique el criterio sustentado en autos "**B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real**" (Sentencia N° 45 del 10/10/2006 - Expediente N° 20387 - 201 – Año 2006.

Sin embargo, no menciona nuevos motivos que lleven a variar el razonamiento allí expuesto.

Esta omisión de fundamentos revela que la impugnación interpuesta es inadmisible.

El Juez **Fernando S. L. Royer** dijo:

I. No me explayaré sobre los antecedentes del caso ni los motivos de agravio, merced a la prolija enunciación efectuada por el Juez del primer sufragio.

Anticipo que mi decisión será coincidente a la de mis distinguidos colegas.

El tema de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia ya ha sido tratado y

///

resuelto por esta Sala en el precedente traído por el doctor Rebagliati Russell, en el que se rechazó idéntico planteo.

El impugnante no introduce nuevos y fundados argumentos que permitan modificar el criterio allí sentado.

Por lo tanto, corresponde rechazar la impugnación y confirmar la sentencia inspeccionada.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta por el Defensor Oficial (fs.116/121), con costas.

2°) Confirmar la sentencia N° 1815 del año 2011, dictada por Cámara en lo Penal de la ciudad de Esquel de fecha 14 de Diciembre de 2011.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell-Jorge Pfleger-Fernando S. L. Royer- Ante mi: Ricardo V. Pellegrini Secretario.

///