En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veinticuatro días del mes de septiembre del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., M. R. y otro p.s.a. robo con arma de fuego" (Carpeta 4418 OJ Tw, legajo 42295 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. Romano Paolo Cominetti, contra la sentencia Nro. 1708/13 OJTw dictada en fecha 30/05/13.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 10/09/13 en la sede de este tribunal, estuvieron presentes los acusado M. R. M. y H. M. N. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), el Dr. Romano Paolo Cominetti como su abogado defensor y el Dr. César Marcelo Zaratiegui en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez y Alejandro Gustavo Defranco.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. A modo de prólogo, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios expresados por el Defensor en su escrito de impugnación, luego ratificados y ampliados durante la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, como asimismo, el responde del Ministerio Público Fiscal en su transcurso.

2. Mediante sentencia registrada bajo el número 1708, dictada el 30 de mayo del corriente año, el Juez Penal Francisco Marcelo Orlando resolvió condenar a M. R. M. y H. M. N. a la pena de dos años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por encontrarlos coautores material y penalmente

responsables del delito de robo en grado de tentativa (arts. 42,45 y 164 del C.P.), por el hecho ocurrido en esta ciudad y en perjuicio de la Sra. K. H. y de la familia C..

El letrado Defensor señaló que agravia a su parte la errónea valoración que el Sentenciante efectuara de las pautas que imponen los arts. 40 y 41 del Código Penal al momento de imponer las penas y, como segundo agravio, la declaración de reincidencia de los imputados por entender que el instituto del art. 50 de C.P. es inconstitucional, solicitando del Tribunal que así lo declare.

En orden al primero de los enunciados destacó que se basa en diversos aspectos, siendo uno de ellos el considerar acreditado el daño causado a partir de las solitarias manifestaciones de la víctima, cuando las mismas no tienen apoyatura en pericia alguna que así lo dimensione; indica, además, que la damnificada afirmó la existencia de un arma y sin embargo tal circunstancia fue descartada por el Sentenciante, lo cual motivara la mutación de la calificación sostenida desde un inicio por el Ministerio Público Fiscal por la de robo simple en grado de tentativa (arts. 164 y 42 del C.P.).

Observó que también da cuenta de este agravio la ausencia de tratamiento de la situación familiar y laboral de sus defendidos, considerando únicamente con aquel alcance sus edades y que no habían concluido sus estudios.

Indicó, en igual sentido, que el Sr. Juez mensuró indebidamente como agravantes para la determinación de la pena los antecedentes condenatorios de sus clientes. Además, consideró criticó la circunstancia que haya merituado como límite punitivo la pena de dos años y seis meses, postulada por el Ministerio Público Fiscal, sin advertir que ese requerimiento correspondía al tipo agravado que procuraba, por lo que aquí también se plasma la arbitrariedad que se invoca si se considera que M. y

N. fueron condenados en orden al delito de robo simple en grado de tentativa.

A modo de conclusión sobre este agravio, y con citas jurisprudenciales aplicables al caso, afirmó que resultando el instituto de la reincidencia la pauta mensurativa de mayor importancia para la imposición de la pena que cuestiona, sus clientes han sido condenados por lo que son y no por lo que hicieron, en franca violación de los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los Pactos internacionales. Por ello, solicitó de este Cuerpo que, asumiendo competencia positiva, fije una pena que no supere los seis meses de prisión.

En orden al segundo de los agravios, afirmó que la aplicación del art. 50 del C.P., resulta ser inconstitucional, solicitando que así se lo declare.

En tal sentido destacó que el Sentenciante sostiene que el instituto que cuestiona se ve validado por la inclinación que exhiben los imputados a cometer nuevos delitos de igual entidad por los que fueron condenados oportunamente, infiriendo el Juez que la severidad de la pena que impone se funda en el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior, a raíz del desprecio por la pena sufrida, desconociendo de tal modo los objetivos resocializadores que se procuran con la ley 24.660, siendo que resultó ser el propio Estado el que fracasó en dichos objetivos, por lo que éstos no pueden traducirse agravando la dosis de castigo.

Asimismo, con cita jurisprudencial y doctrinaria, indicó que también se plasma en el decisorio puesto en crisis la violación del principio de culpabilidad por el hecho. Sostiene que si una persona vuelve a cometer un hecho delictivo, ello denota que su ámbito de autodeterminación se encuentra reducido, que no se puede motivar en la norma y, consecuentemente, que tiene un menor grado de culpabilidad, lo cual debe ser el fundamento para atenuar la pena y no para agravarla;

concluye que el modo en que se resolvió importa tanto como sostener el derecho penal de autor y no el de acto.

Igualmente, señaló que el decisorio sobre este punto violenta el principio "*ne bis in idem*", por cuanto considerar las condenanas anteriores es incurrir en doble valoración, en contra de lo normado por la Constitución Nacional, (art. 75 inc. 22 y tratados internacionales sobre Derechos Humanos).

Finalizó su intervención solicitando se revoque parcialmente la sentencia, fijándose la pena a cumplir en la de seis meses de prisión y se declare inconstitucional el instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal).

A su turno, el Sr. Fiscal, discrepó con la Defensa en punto a la falta de consideración de circunstancias atenuantes en la determinación de la pena, argumentando que el Sentenciante ponderó a favor de los imputados la edad de ambos y su escasa instrucción.

Indicó que era correcta la valoración como agravante de las características del hecho, así como la situación de violencia padecida por la víctima. Por ello, consideró que se han analizado, razonada y fundadamente, todos los elementos de la causa, debiendo ser confirmada la pena impuesta.

En orden a la inconstitucionalidad invocada respecto del instituto de la reincidencia, señaló que, si bien los argumentos expuestos por la Defensa son los que comparte esta Cámara, resultan una posición minoritaria o cuando menos, que no se corresponde con el criterio sentado por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, por caso, en los fallos "D." y "B.", en los que se sostiene que la reincidencia es constitucional y no viola garantía alguna; agregó que dichos pronunciamientos se encuentran en consonancia con los emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Gómez Dávalos", "L'eveque", "Mannini", "Gago", entre otros.

Sostuvo que se suele invocar el caso "Gramajo" de la CSJN como aquel pronunciamiento que permitiría avizorar un cambio de doctrina sobre el punto en debate. Sin embargo, afirmó, ello no se corresponde con lo realmente ocurrido, dado que se advierte en el fallo "Gago" (Sentencia de fecha 22/10/07) que la Corte en su actual composición ha afirmado la constitucionalidad de la reincidencia, ratificando lo dicho al respecto en los fallos "Gómez Dávalos" y "L'eveque", como así también en numerosos fallos del corriente año, entre otros, "Montivero, Hugo César" (causa 33.909 del 11/06/13),"Alanis, Paula Alvira" (causa 9.654 16/04/13), "Gómez, Armando Hugo" (26/03/13), en los que se desestimaran planteos de igual tenor, aplicando el art. 280 CPCCN, con la sola disidencia del Dr. Zaffaroni, quien se remite a lo que sostenido en los casos "Álvarez Ordóñez" y "Gómez".

Valoró los alcances que importa la aplicación por parte de la Corte Suprema del "certiorari", al señalar que el mismo es un instituto que traduce la ausencia de cuestión federal suficiente.

A modo de conclusión sobre este punto, solicitó que, de conformidad con la doctrina del "leal acatamiento" enunciada por la CSJN en el *leading case* "Cerámica San Lorenzo", sin perjuicio de dejar los Jueces a salvo su criterio, adecuen el fallo a la doctrina legal que ha sentado la Corte y la Sala Penal del STJ de nuestra provincia, confirmando la reincidencia dictada por el Juez Penal, Dr. Orlando.

3. En cuanto al agravio que causa el haber sido declarado reincidente, y la consecuente postulación de la revocatoria de la sentencia en el punto, lleva la razón la defensa, pues estimamos que el instituto de la reincidencia es inconstitucional.

Sin embargo, antes de considerar en concreto tal agravio, corresponde detenerse previamente en un punto muy importante traído por el ministerio fiscal, referido

al alcance que pretende darle a la llamada “doctrina del leal acatamiento”. Si bien reconoce la fiscalía que tales precedentes corresponden a una anterior composición, amén de tener larga data, infiere de ellos que la actual Corte sigue pensando lo mismo. Argumenta, como sostén de estos, que el órgano jurisdiccional máximo de nuestro país tuvo la posibilidad efectiva y concreta de cambiar el criterio de la constitucionalidad del instituto que surge de sus precedentes y, sin embargo, no lo hizo, por lo que debe sostenerse que el criterio actual del máximo tribunal es hoy el mismo de ayer.

Disentimos con el razonamiento de la acusación, pues prescinde en sus premisas, de los últimos precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia en materia de obligatoriedad de sus propias decisiones. Así, si observamos históricamente sus fallos, veremos que ellos establecieron varias tesis al respecto, las que van desde afirmar en forma expresa que sus fallos son obligatorios – “ Baretta”, Fallos:183:409 (1939); “ Pereyra Iraola”, Fallos:212: 160 (1948), hasta indicar que ellos deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él (ver “ “Villada”, Fallos 313:1010 (1990).

También ha sostenido nuestra Corte Suprema Nacional en otras sentencias, que existe un deber moral, para los jueces inferiores, de conformar sus decisiones como ella lo tiene decidido en casos análogos, lo que funda en la presunción de verdad y justicia que, a sus doctrinas, da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, agregando también como razón la evitación de recursos inútiles (“Pastorino” CSJN, Fallos: 25:368). De este último fallo y otros semejantes en el mismo sentido, puede inferirse un deber ético de acatamiento, pero también una razón práctica, pues permite el ahorro de recursos. En otros casos, (“Santín”, Fallos 212:59) establece esta doctrina del acatamiento condicionado, pero no por un deber moral,

sino por un deber institucional, pues allí afirma que prescindir pura y simplemente de sus fallos, sin controvertir sus fundamentos, implica perturbar el orden de las instituciones, que reposa en la interpretación que la Corte hace la Constitución. Por último, cabe citar el caso " Cerámica San Lorenzo" (CSJN, 4/7/1985), tomado por la jurisprudencia y doctrina como el precedente actual de la doctrina del leal acatamiento, en el cual refiere el citado deber moral e institucional condicionado y del que se desprenden tres reglas muy claras: a) que la Corte es la intérprete máxima no solo de la Constitución, sino de todo el derecho argentino; b) que el apartamiento de un juez al criterio de la Corte exige aportar nuevos argumentos a los ya considerados por ella al definir su doctrina jurídica y c) que un fallo que se aparte de lo decidido por ella sin dar nuevos argumentos, carece de fundamentos, lo que acarrea la arbitrariedad del fallo, pudiendo ser impugnada a través del recurso extraordinario. *(Cfr. Sagûes, Néstor; Recurso Extraordinario, Astrea, Bs As, pag. 183).*

Se puede citar un antecedente claro, y más cercano aún en tiempo, aunque menos conocido, de la misma Corte Nacional, cuando afirma que.*"los magistrados inferiores están potencialmente legitimados para apartarse de la doctrina de la Corte en la medida que controviertan sus fundamentos, ya que ninguna norma escrita de rango constitucional consagra la obligación formal de acatamiento...la doctrina del acatamiento a los fallos de la Corte Suprema no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido fundado en razones novedosas y variadas (CSJN, " González Herminia c/ Ansse", 21/03/2010).*

En suma, el precedente de la Corte Suprema en materia de efecto vinculante de sus fallos, puede decirse que es la doctrina del acatamiento condicionado, es decir que, en principio, sus fallos son obligatorios por razones de seguridad jurídica, pues uniforman criterios jurisprudenciales, evitando fallos contradictorios, a la par de razones de economía procesal, evitando así recursos que implicarían tiempo y dispendio jurisdiccional. Sin embargo, no puede establecerse este principio como un absoluto, pues, como dice el autor citado, el carácter no vinculante de los fallos de la Corte evita la esclerotización del derecho judicial, refresca la jurisprudencia de un país y auspicia, de tal modo, la renovación de las estructuras Jurídicas y del derecho vivo de un Estado. *Sagûes, ob. cit., pág. 191).*

Amén de ello, para nosotros, la tesis de la no obligatoriedad, condicionada a que se aporten nuevos argumentos, es la correcta, y a su favor juega una razón decisiva, que radica en la consideración de que sentenciar no es lo mismo que legislar, pues esto implicaría que la sentencia no es una norma individual, sino una general con efectos *erga omnes*. En una palabra, si entendemos que las sentencias de la Corte tienen efecto vinculante para los demás tribunales, le estaríamos dando a tales sentencias valor de leyes, lo cual no solo viola el principio republicano de división de poderes, sino también la jerarquía normativa establecida en nuestro artículo 31 de la Constitución Nacional. En este sentido, es muy claro un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Bs As, recordado por el voto del Dr. Hortel en el Tribunal de Casación Penal bonaerense en el que se dice que "*...la obligatoriedad general de las doctrinas de la Corte Suprema implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del artículo 31 de la Constitución Nacional...Si las sentencias de la Corte 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, como 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 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 la Constitución y la ley, sin que éstas normas sean previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales dictadas para resolver otros casos concretos...Contra lo expuesto no puede invocarse 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...los fallos de la Corte deben prevalecer en cuanto convenzan por sus bondades las afirmaciones y conclusiones, pero la uniformidad de la aplicación de la doctrina establecida por sus sentencias,.se logra simplemente por la mera interposición del recurso pertinente." (Cfr. voto del Dr. Hortel del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, en causa 9496 "Dr. Carlos Mahiques s/ acuerdo plenario, 18-09-2003).

En definitiva, los mismos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los citados fundamentos doctrinarios de corte constitucional, nos llevan a no predicar el acatamiento ciego de los fallos por ella dictada, sino que es posible apartarse y

abandonarlos, cuando se dieren nuevos argumentos. Por ejemplo, en este caso nos apartaremos de lo decidido por nuestro Superior Tribunal y Corte Suprema de la Nación, pero para ello daremos fundamentos que entendemos son serios, razonables y, especialmente, constitucionales que justifican tal cambio. Es decir, los fallos de la Corte y de los Superiores Tribunales de cada Provincia, conforman un sistema de precedentes que deben ser seguidos por los demás tribunales, tal como se sigue un precedente, es decir, en los límites de la "*ratio decidendi*",siendo posible abandonarlos, pero esto no puede hacerse graciosamente, sin una explicación clara de la razón del abandono. *(Cfr.,Binder, Alberto M.; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ad- Hoc- Bs As, 2013, pag, 193).*

4. Aplicando tal marco teórico en nuestro asunto, podemos observar que nuestra Corte Suprema, en los fallos que expresamente tratan el punto, decidió que la reincidencia no es contraria a la Constitución, por lo que si queremos no acatar, deberán darse argumentos idóneos para ello. Sabemos que los argumentos centrales de tales fallos son tres. El primero dice que la ley, al disponer la declaración de reincidencia y sus efectos jurídicos, no viola el principio del *non bis in idem*, pues éste requiere que no se aplique una nueva pena por el mismo hecho, y esto no ocurre con la declaración de reincidente, pues lo que hace la ley es tomar a la condena anterior- entendida como dato objetivo y formal- , a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado, para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en un nuevo delito penal. El segundo argumento -que estimamos es el núcleo de la cuestión en danza- es que la mayor severidad de trato legal para el segundo delito, se debe al mayor grado de culpabilidad que evidencian los reincidentes al cometer el nuevo delito, pues ello implica un desprecio a la pena de esos individuos, quienes, pese a haberla

sufrido antes, recaen en el delito. El tercer argumento radica en que el instituto no afecta la igualdad constitucional establecida en el artículo 16, pues aquí la ley contempla de manera distinta situaciones que considera diferentes, y ello es válido en tanto la discriminación no es arbitraria, ni configura un indebido privilegio a personas o grupos de personas. *(Cfr., para todos ellos, CSJN, " L'eveque" (16/08/1988,*
Fallos:311:1451).

Antes de rebatir y dar nuevos fundamentos en sentido contrario, corresponde contestar el argumento acusatorio adicional traído como refuerzo de su postura. Así, entiende el fiscal que debe aplicarse la regla jurídica que surge de "L'eveque", no solo porque constituye el precedente a seguir conforme la doctrina del leal acatamiento- argumento que ya desechamos-, sino porque tal criterio es también el de todos los jueces actuales de la Corte. Esto lo infiere del hecho de que, en este mismo año 2013, tuvieron todos los ministros la posibilidad real y efectiva para expedirse sobre el punto y, sin embargo, no lo hicieron. Disentimos con tal argumento, pues si bien es cierto que nuestra Corte perdió una preciosa oportunidad para decidir una cuestión controvertida en doctrina y jurisprudencia- a tal punto que las mejores legislaciones penales del mundo derogaron la reincidencia y la dejaron de lado-, de tal hecho no se puede deducir lo afirmado por la fiscalía. Al contrario, podríamos inferir razonablemente lo contrario, pues si existe alguna pista seria, idónea y actual para conocer el pensamiento de nuestra Corte, ella está expresada, precisamente, en los fallos citados por el fiscal, en los cuales el único ministro que se expidió sobre el tema, considera a la reincidencia como inconstitucional. Además de ello, la interpretación que hacemos sobre qué es lo que piensa la Corte, es la más limitativa del poder punitivo, por lo que a ella debemos

estar. Así, en sentencias fechadas este año –que analizaremos más adelante- , en los que se rechaza el recurso extraordinario por aplicación del artículo 280 y por falta de fundamentación autónoma, el único juez que votó en disidencia, lo hizo estimando que la reincidencia es inconstitucional. Adviértase que en esos casos, todos los ministros, salvo el aludido del Dr. Zaffaroni, nada dicen sobre el punto, y se limitan a rechazar, aplicando el *certiorari* negativo establecido en el art. 280 del C.P.C.C.N. o por falta de fundamentación autónoma, todo lo cual implica no expedirse expresamente sobre el fondo de la cuestión, tal como lo veremos más adelante.

5. Corresponde ahora sí, entrar al tratamiento de los argumentos por los cuales consideramos a la reincidencia como institución claramente contraria a la constitución, donde repetiremos lo ya señalado en muchos fallos anteriores al respecto, aunque reforzados. En este camino, es pertinente analizar los fallos de este año de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el punto, tal como lo prometiéramos, pues nos indica una pista sobre el pensamiento expreso y actual de ella, que inferimos de la única voluntad expresada por el máximo tribunal en el punto. Así, el día 05 de Febrero del corriente año, la Corte decidió rechazar los recursos en que la defensa planteaba la inconstitucionalidad de la reincidencia ,y lo hizo por mayoría, apelando al artículo 280 del C.P.C.C.N., en un caso, y a la falta de fundamentación autónoma, en el otro. *(Cfr., respectivamente, casos " Gómez " y " Alvarez", CSJN, 05/02/2013).* Como puede observarse, los recursos fueron rechazados sin emitir opinión sobre la reincidencia, salvo el detallado y sesudo voto en disidencia del Ministro Zaffaroni en ambos. Citamos los fallos de Febrero porque en ellos constan la opinión expresa de éste último, aunque existen otros más recientes –Agosto de 2013-,en que se decidió de igual

forma, pero con remisión, por parte de Zaffaroni, a aquellos casos, mientras que los otros ministros aplicaron el artículo 280 citado. *(Cfr. Caso "Venegas", CSJN, 14/08/2013).* Advertimos que solo trataremos los fundamentos de Zaffaroni que hacen a la inconstitucionalidad de la reincidencia, como agravante de la pena en los términos del artículo 50, pues también en los votos trata en forma separada, y con otros argumentos, sobre la inconstitucionalidad del artículo 14 en cuanto no permite la libertad condicional a los reincidentes, extremo que ahora no nos interesa.

En los votos citados, el ministro Zaffaroni comienza por criticar la obstinación doctrinaria y jurisprudencial que aún persiste en considerar a la reincidencia como compatible con la Constitución, cuando la mejor doctrina y jurisprudencia, como la legislación de los países más avanzados en materia penal, la han desechado por completo. Afirma que esta obstinación no es gratuita, sino que tiene un alto costo que se cobra en moneda de maltrato físico y psíquico de las personas, recordando en este punto la similitud, de causas y costos, con las instituciones de la tortura y la pena de muerte, respecto de las cuales existió la misma obstinación contra su abolición, por razones similares que hacen a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático. Después de analizar y criticar los discursos que tratan de legitimarla, afirma que ninguno de ellos puede anular la consideración de que la reincidencia es una forma de agravar la pena actual impuesta, en razón de un hecho anterior. Este hecho incontrastable y verificable, afirma el ministro, es una violación flagrante al derecho penal de acto y filiatorio del derecho penal de autor, simplemente porque se trata de penar por los antecedentes o modos de vida delictuosos anteriores que ya fueron juzgados, sentenciados y compurgados. Trae a colación al respecto, la contundente letra del código Toscano de

1786 que abrió la moderna codificación penal, el cual en su artículo 57 disponía que, una vez agotada la pena, no podrán ser considerados infames para cualquier efecto, ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido. Sostiene, en ese marco de derecho penal de acto, que la reincidencia implica claramente una doble punición, puesto que se agrava la pena o el modo de ejecución, por un delito anterior que ya ha sido juzgado y penado, amén de que se pierde así la proporcionalidad de la pena con el injusto cometido y el grado de culpabilidad.

Conviene detenerse en este último punto, pues entendemos, como lo hicimos en fallos anteriores, que es éste el núcleo sobre el cual debe rechazarse el instituto de la reincidencia. Zaffaroni, en los votos que venimos analizando, refuta de manera impecable todos y cada uno de los componentes que hacen a una supuesta mayor reprochabilidad del reincidente, traído por las teorías legitimantes, sosteniendo el ministro citado que el reincidente no es más peligroso, perverso o insensible a la pena, que cualquier otra persona. Así, la peligrosidad la descarta, pues ésta, entendida como un juicio de probabilidad de cometer nuevos delitos que se efectúa sobre una persona, es absolutamente inverificable científicamente, aún en el caso de que comprobemos que de mil personas, la mitad vuelve a cometer un delito, pues en el caso concreto, nunca sabremos en qué mitad estará el autor que estamos juzgando. Por esto, la cuestión se transforma en una presunción iure et de iure de peligrosidad, lo cual no puede aceptarse porque no tiene ningún correlato científico, ni se condice con un nivel mínimo de racionalidad republicana, amén de que las citadas presunciones en el derecho obedecen a razones prácticas, y son incompatibles con el derecho penal, cuando operan ampliando los límites de la punibilidad. En cuanto a la

mayor perversidad de los reincidentes, explica que la perversidad puede ser un componente de los caracteres de un tipo penal, o bien un elemento de mayor culpabilidad, pero ello debe analizarse siempre en el estrato de la culpabilidad del tipo concreto que queremos aplicar, pero no en base a la culpabilidad que corresponde a una conducta típica anterior y ya penada. En este último sentido, da dos ejemplos contundentes para verificar lo expuesto, afirmando que la perversidad no tiene nada que ver con la reincidencia, pues nadie dudaría de que un asesino o violador serial tiene una mayor perversidad, aunque no sea reincidente, como tampoco puede admitirse que necesariamente exista una mayor perversidad en el autor de unas lesiones, porque anteriormente haya sido condenado por libramiento de cheques sin fondo. En cuanto a la supuesta mayor insensibilidad a la pena por parte de los reincidentes, agrega el Juez, que ello podía sostenerse en los tiempos de Carrara, pero hoy sabemos que el mismo argumento ha llevada a consecuencias dramáticas, recordando que fue utilizado por Lombroso para definir a los colonizados como seres biológicamente inferiores, y fue la base del discurso colonialista que legitimó todos lo genocidios conocidos posteriores, concluyendo que presumir que quien cometió un delito, y luego comete otros completamente diferentes, padece de una hiposensibilidad al dolor, importa asimilarlos a los salvajes que, en tiempos de Lombroso eran los colonizados.

Tratamiento aparte merecen las consideraciones de Zaffaroni respecto del argumento que señala al reincidente como una persona que actuó con una mayor conciencia del injusto, al cometer el segundo hecho, así como aquel que sostiene que con ello el agente demuestra una voluntad o decisión criminal más fuerte. En tal sentido, acepta que el primer argumento puede ser válido para algunos casos de reincidencia específica, en los que se requiere cierto grado de esfuerzo y elaboración

para la comprensión del injusto, pero no es aceptable en un régimen de reincidencia genérico como el nuestro y, mucho menos, automático. Es decir, en la generalidad de los casos la conciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente del primer hecho, o puede ser menor o directamente no existir, por ejemplo, si se actúa en el segundo hecho con error invencible de prohibición. En cuanto a una mayor decisión del autor a cometer delitos, afirma que tal argumento debe rechazarse, porque, si hablamos de reincidencia genérica, nadie en el mundo real -y en condiciones de salud mental- decide cometer un nuevo delito en abstracto o decide violar el código penal o delinquir a secas, sino que la decisión criminal es de algún hecho concreto en la vida real y así, ejemplifica, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias, incurre en lesiones culposas o en quien está condenado por abigeato comete una calumnia o en el que sentenciado por estupro, comete traición a la patria.

En estos argumentos sólidos y completos, que compartimos, sostiene el ministro citado la inconstitucionalidad de la reincidencia, concluyendo que, en virtud de lo señalado, no puede sostenerse ya el precedente "L'eveque" (Fallos: 311:1451), ampliamente citado por doctrina y jurisprudencia legitimante.

6.Recapitulando y sistematizando los argumentos sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 50, reiteraremos aquí los que ya dimos en causas anteriores, aunque completando un poco los mismos.

En este sentido, entendemos que todos los argumentos deslegitimantes de la reincidencia se derivan, en definitiva, de un principio superior estrechamente relacionado con la forma de concebir al delito y a la pena. Nos estamos refiriendo al conjunto de teorías que conforman lo que se llama derecho penal de acto, que concibe al delito como un conflicto que produce una lesión concreta y efectiva (principio de lesividad),

prevista en la ley (*nullum crimen sine lege*), causada por un acto humano final, en cuya decisión el sujeto actuó en forma libre(*nullum crimen sine conducta*), por lo que se le puede reprochar y retribuir la lesión en forma proporcional al ámbito de autodeterminación efectivo y concreto que tuvo al momento del hecho (*nullum crimen sine culpa*). A esta concepción que estima al delito como una infracción o lesión jurídica cuyo desvalor objetivo y subjetivo se agota en el acto lesivo, se le contrapone la doctrina del derecho penal de autor, conformada por teorías que estiman al delito como signo o síntoma de inferioridad moral, biológica, psicológica etc, que habilita al juzgador a tomar en cuenta toda la existencia de la persona, como conjunto de varios hechos, y no solamente el hecho concreto y real, lo cual determina que la esencia del delito, para esta perspectiva, viene dada por las características del autor -sea pecador o peligroso, entre otras- que explican la pena. En el caso que estamos decidiendo, nos interesa la repercusión diferente que ambas concepciones tienen en el estrato de la culpabilidad, distinguiendo así la culpabilidad de acto y la de autor. En la primera, se reprocha lo que el autor hizo, lo que hace, su modo de actuar, por lo que solo sus acciones, y no su personalidad o modo de vida, pueden ser tipificadas y culpabilizadas. Se puede decir, en general, que todo lo anterior al delito actual que estamos juzgando, no cuenta, está fuera del alcance de la legalidad estricta que debe aplicar el juez, por lo que queda claro que la reincidencia -al agravar en todos los casos y de manera automática la pena, sin dar margen ni posibilidad alguna para demostrar lo contrario y fundada en un hecho anterior ya juzgado y penado- se basa en algo completamente extraño a la culpabilidad concreta o de acto que se debe tener en cuenta. La esencia de este algo reside, sin duda, en la personalidad o modo de vida del autor, pues no puede fundarse sino en

su carácter potencialmente peligroso que, como vimos, no puede predicarse respecto de nadie, pues es un juicio de probabilidad asentado en una presunción inferida de la comisión de un hecho anterior, probabilidad que nadie puede determinar científicamente. De esta forma, se toma a la peligrosidad como elemento sustitutito de la culpabilidad, y se vuelve a las tipologías y clasificaciones de autores y delincuentes, en sustitución de las tipologías y clasificaciones de acciones y delitos, tal como lo son las antropologías y antropometrías somáticas que elaboraron repertorios clínicos y físiognómicos del "delincuente natural" o tipologías morales, políticas y sociales, mediante la definición de distintas desviaciones mentales o morales, de las que el delito sería un síntoma o efectos de tales personalidades. En suma, no existe forma de argumentar el "plus" de pena que conlleva la reincidencia -recordemos que el efecto jurídico esencial de ella es la modificación sustancial del modo de ejecución al no permitir la libertad antes de que se cumpla totalmente la pena de prisión- sin recurrir a un hecho anterior que juridico-penalmente no debería existir, y que solo debe quedar como hecho constitutivo de la personalidad o modo de vida del autor, lo cual no puede serle reprochado al autor. Esto no quiere decir, obviamente, que la personalidad no deba tenerse en cuenta para medir el grado de culpabilidad del autor - y, ergo, del monto de la pena-, pero ello se hace siempre dentro de la culpabilidad de acto, donde la personalidad -en que la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto son indicadores importantes- se toma en cuenta como dato verificable y empírico para determinar el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento del hecho, es decir, que se la toma en cuenta, no para reprochársela, sino para determinar las conductas posibles distintas que le permitía su personalidad en esa situación concreta. Así, un mitómano

tendrá su ámbito de autodeterminación mucho más reducido que aquel que no lo es al cometer una estafa, pues para no mentir necesita un gran esfuerzo, lo cual reduce su culpabilidad. Lo mismo cabe decir de los reincidentes, quienes generalmente tienen una menor grado de culpabilidad, al reducirse su ámbito de autodeterminación en razón de la prisionización sufrida, que, además, aumenta la vulnerabilidad del sujeto frente al sistema penal, situación que debe tenerse en cuenta, ya que ha sido el mismo Estado el que ha contribuido -ante el fracaso de su deber de garante en cuanto a la resocialización- a que el autor vuelva a delinquir.

En definitiva, es el principio de culpabilidad de acto el que se encuentra centralmente afectado por la reincidencia, lo que ya sería suficiente como para declarar su inconstitucionalidad, pues los otros principios que se alegan para su rechazo, tienen que ver directamente con aquél. Así, por ejemplo, habilitar mayor poder punitivo que el previsto por la ley para un tipo penal determinado, implica violar la prohibición de la doble punición por el mismo hecho, ya que, repetimos, se agrava la pena por un delito anterior ya juzgado o penado, situación que afecta la culpabilidad de acto. Entendemos que es suficiente con que se acredite la violación de uno o más principios constitucionales en una interpretación legal, para declarar a la norma contraria a la Constitución, por lo que así deberá resolverse, sin necesidad de entrar a detallar otros principios que también se encuentran directamente afectados, tal como lo vimos en el voto ejemplar del ministro Zaffaroni citado. Así lo voto.

7. Respecto del agravio en cuanto al excesivo monto de la pena, lleva razón en parte la defensa, por las siguientes razones.

En primer lugar, va de suyo que si el fiscal peticionó, en base a la calificación de robo con armas en grado de tentativa, una pena de dos años y seis meses

de prisión, no puede solicitarse la misma pena para el robo simple, puesto que, entonces, la petición carece de toda base racional, al equiparar los grados de injusto y su reproche como equivalentes en ambos. En segundo lugar no puede, como ya lo dijimos, tomarse la reincidencia o los antecedentes penales como una agravante, por lo que la mención que de ella hace el artículo 41 no deviene inútil, sino que, por el contrario, tiene que tomarse como una atenuante que disminuye el ámbito de decisión en cuanto culpabilidad de acto, mientras que también tiene el mismo sentido el aumento de la culpabilidad por vulnerabilidad, ya que aumenta tal estado por efecto de su prisionización anterior, como también ya lo explicamos.

Por lo anterior, entendemos que el monto de dos años impuesto, aparece excesivo si nos atenemos a que el reproche que exige la pura culpabilidad de acto, es un reproche jurídico, el cual no debemos contaminar con razones preventivistas ni componentes ajenos al hecho concreto y real que estamos juzgando, como sería si abarcáramos reproches de personalidad o consideraciones referidas al futuro, en una suerte de cábala judicial.

Sin embargo, todo ello no indica que, en el caso, no nos podamos alejar del mínimo, pues así lo permite el grado de injusto o calidad de la acción que, en la terminología del código, se la denomina naturaleza de la acción, la cual hace, repetimos, al grado de afectación del bien jurídico y la extensión del daño o peligro causado, denotado por la modalidad de la acción. En el caso traído a juzgamiento, no nos podemos quedar en el mínimo, toda vez que lo estaríamos parangonando con un simple intento de arrebato, por lo que la modalidad violenta de la acción debe tomarse aquí como agravante. También aumentan el grado de injusto, otros criterios que utiliza el mismo código penal para agravar determinados delitos, como, por ejemplo, la indefensión del bien jurídico, extremos puestoS de manifiesto en el

caso por la presencia de dos varones jóvenes como sujetos activos, frente a una mujer desamparada, lo cual indica la desprotección del bien afectado al momento del hecho. (Cfr., para todo ello, Zaffaroni- Alagia-Slokar, Derecho Penal, Ediar, Bs As, pags. 100 y 1001, donde analiza los criterios a tener en cuenta para la magnitud del injusto como objeto del reproche a los fines de la cuantificación penal.)

Por todo ello, entendemos que la pena de un año y seis meses de prisión, es la razonable en el caso, la cual, respecto de M. R. M., deberá en el futuro unificarse con el resto de pena que aún le queda por cumplir en otra causa. Así lo voto.

8. Corresponde imponer las costas de la instancia al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa por su actuación en esta etapa, en el monto de veintiún (21) Jus (art. 5, 6 bis,7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N° 15.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1.Habiendo efectuado el colega que lidera este acuerdo una detallada reseña de los antecedentes del caso que nos convoca, sin más he emitir mi voto.

2. Ha cuestionado el impugnante la individualización de la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, impuesta en la sentencia a ambos acusados. El agravio del recurrente se centra en la errónea valoración que, a su juicio, ha efectuado el Sentenciante acerca de los parámetros mensurativos de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Cierto es, como lo he dicho reiteradamente, que la determinación de la pena es la fase de la decisión que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida a proceso. Por tal razón, se trata de un ámbito que no puede estar regido por la mera discrecionalidad sino que, por el contrario, es la fase de la sentencia que exige el mayor esfuerzo argumentativo por parte de

los jueces, para dar una respuesta específica, clara y, básicamente, *controlable*.

Es cierto que no se puede pretender una objetividad absoluta, porque estamos hablando de pautas valorativas. La doctrina advierte que "...nunca (se) logrará eliminar el problema del criterio judicial. Todas las reglas de cuantificación de penas no pueden ser más que tablas ejemplificativas. La cuantificación de penas por tabulados mecánicos es, al menos de momento, imposible, y constituye el embuste de un criterio pretendidamente objetivo..." (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General,* Ediar, Buenos Aires, Año 2002, p. 950).

Sin embargo, la dogmática de la individualización de la pena ha ido desarrollando pautas de interpretación, dentro del marco de los lacónicos parámetros legales (art. 40 y 41 CP), que permiten un más ajustado e imparcial análisis de las circunstancias -objetivas y subjetivas- que distinguen el hecho a juzgar dentro de la constelación de hechos atrapados por el mismo tipo penal.

A partir de esa importante labor hoy sabemos, por ejemplo, que no pueden considerarse como condiciones agravantes aquellas que no hayan entrado en el ámbito de dominabilidad del agente o, con más razón, las que no haya conocido al momento del hecho.

El juez debe partir de ponderar la gravedad del ilícito, en tanto refleje el grado de culpabilidad del imputado, decidiendo la cuestión con arreglo, básicamente, a los principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad y prohibición de doble punición.

3. El impugnante ha postulado, en el caso, la aplicación del mínimo legal. Anticipo que, en mi opinión, la solicitud debe tener acogida favorable, cuando menos

parcialmente, pues considero que la sanción debe ser morigerada.

Cabe repasar los argumentos tenidos en cuenta por el Juez de grado para fijar la pena de dos años de prisión, considerando que la escala penal de la tentativa de robo oscila entre los 15 días de prisión como mínimo y los dos años y seis meses, monto este último que fuera requerido por el Ministerio Público Fiscal.

El juez del debate, Dr. Francisco Orlando, ha ponderado como circunstancias agravantes la naturaleza de la acción y el daño ocasionado. En punto a la primera cuestión ha valorado el Sentenciante el grado de violencia desplegado por los autores, al haber inmovilizado a la víctima y atado sus manos por detrás, provocándole un total estado de indefensión. Acerca del segundo tópico –el daño causado- ha considerado el impacto psicológico sufrido por la damnificada, la imposibilidad de retomar sus actividades habituales, sin perjuicio de advertir la ausencia probatoria acerca del lapso de duración y el grado concreto de afectación de ese impacto emocional que tiene por acreditado.

Asimismo, el Magistrado pondera como agravante la existencia de antecedentes condenatorios anteriores de ambos imputados, pese a aclarar que su tratamiento específico se vincula a la cuestión de la reincidencia.

El impugnante sostiene, por su parte, que el daño psicológico que el Juez ha tenido por cierto no fue debidamente acreditado. Afirma que, si bien se descartó la utilización de armas en el robo –afirmada por la víctima-, el cambio de calificación producido no se vio reflejado en la pena impuesta, apenas por debajo de la requerida por el Fiscal con base en el erróneo encuadramiento inicial.

4. Entrando al análisis y confrontación de los argumentos expuestos, cabe recordar que las únicas circunstancias agravantes que pueden ser ponderadas son aquellas requeridas por la parte acusadora. Lo contrario

implicaría vulnerar el derecho de defensa del acusado, al impedirle alegar y probar en contra de eventuales calificantes que pueda valorar, con evidente quiebra de la imparcialidad, el juzgador.

Idéntica restricción al juzgador viene dada por el *sentido* –agravante o atenuante- que la parte acusadora le asigna a cada circunstancia que valora.

Comenzando por las pautas calificantes de la penalidad a imponer, considero correcto, en principio, valorar –como hace el Magistrado- la naturaleza de la acción. No cabe duda que el contenido del injusto es directamente proporcional a la desprotección del bien jurídico afectado, toda vez que se trató de un ataque sorpresivo, con importante despliegue de violencia e intimidación a la damnificada.

El particular modo de realización del hecho en su objetividad es una pauta clara de agravación, por la actuación conjunta de dos jóvenes contra una indefensa mujer; asimismo, el modo de maniatar a la víctima e inmovilizarla, impidiendo toda actitud de defensa o huída.

También encuentro acierto en ponderar la extensión del daño ocasionado, teniendo en cuenta que es otro parámetro que no se mide en términos absolutos, de tipo todo o nada, sino que reconoce grados. Y si bien no se contó en el caso con un informe psicológico, las características del hecho -en su objetividad misma- sumado a los dichos de la víctima, permiten tener por acreditado el referido extremo calificante.

He de discrepar, en cambio, con la decisión de computar como agravante del hecho y, particularmente, de la culpabilidad de los agentes, la existencia de condenas anteriores. El punto, por razones de método, será tratado luego de analizar el instituto de la reincidencia, cuya inconstitucionalidad ha sido propuesta por la Defensa como segundo punto del recurso.

En síntesis, considero correcto ponderar como agravantes la naturaleza de la acción -en particular, la modalidad comisiva, por el despliegue violento que ambos imputados asumieron en perjuicio de la víctima-, y el daño ocasionado; los restantes parámetros resultan morigerantes de la sanción a imponer. Siendo así, corresponde disminuir la pena impuesta, entendiendo justo fijarla en la de Un año y seis meses de prisión. Así lo voto.

5. Cabe, ahora sí, adentrarnos en el análisis del segundo aspecto del recurso intentado por la Defensa, cual es el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia.

Es sabido que dicho instituto es uno de los más debatidos dentro del ámbito de la doctrina y la jurisprudencia penales, circunstancia que necesariamente exige un importante esfuerzo interpretativo por parte de quien debe decidir su aplicación.

Al respecto, no cabe sino compartir la crítica del Sr. Fiscal en la audiencia desarrollada en esta Sede, en cuanto ha cuestionado con énfasis la escasa fundamentación que ha merecido el tema en la sentencia de grado.

El control judicial de constitucionalidad de una norma, sabemos, reclama de los jueces un análisis minucioso y profundo, pues la invalidación judicial de una norma conlleva el grave riesgo de reemplazar el sentido de la ley por la opinión propia de quien debe decidir la cuestión. El antídoto más eficaz contra la arbitrariedad en el ejercicio de ese enorme poder, según entiendo, se encuentra en la tarea de fundamentación. Sólo un acabado cumplimiento del deber del juez de dar razones permite no sólo una decisión más racional sino, también, una mayor posibilidad de control sobre la consistencia y corrección de los argumentos dados.

En tal sentido considero que la posición doctrinaria y jurisprudencial favorable a la

constitucionalidad del instituto pivotea sobre nociones ciertamente difusas (recursos retóricos y creaciones de la imaginación, los denomina Zaffaroni en el voto que habré de citar más abajo). Así, se apela a conceptos tales como la *insensibilidad* o el *desprecio* frente a la amenaza penal que evidencian quienes, habiendo sufrido una condena anterior, reinciden en el delito ("Gómez Dávalos", CSJN, sentencia del 16/10/86, entre otras). Tales nociones, es claro, no aluden más que a una mera desobediencia al Estado.

Con dureza lo ha denunciado el juez Zaffaroni en el reciente caso "Álvarez Ordóñez" (Sentencia del 05/02/2013), al comparar la *obstinación doctrinaria* que exhibe el tratamiento de esta institución penal -para decirlo en los términos que emplea el Ministro- con la observada en relación a otros tristemente conocidos, como la tortura o la pena de muerte –aún hoy debatida en el mundo-. Las posturas reticentes o evasivas que subsisten, continúa Zaffaroni, más bien responden a *dificultades políticas coyunturales* o *a la posibilidad de escándalo mediático*, que a legítimas razones jurídicas.

Mi posición, tal como con acierto lo recordara el Acusador en su versada intervención ante este Tribunal, se ha inclinado –y persiste- en afirmar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal Argentino, por numerosas y, a mi juicio, contundentes razones jurídicas que intentaré desarrollar seguidamente.

Sin desconocer que tal posición no es aún mayoritaria en la jurisprudencia local, sí es claro que cada vez son más los tribunales del país que se inclinan por la invalidez de la cuestionada norma (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, "Argañaraz Pablo E. S/ recurso de casación", sentencia del 8/5/2012; Tribunal en lo Criminal de Mar del Plata, "Ríos Velásquez, Antonio Argentino, sentencia del 19/4/2010; Sala I del Tribunal

de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, "Parisotti Rodríguez, sentencia del 8/5/2013, entre otros).

En esa progresiva evolución –que anticipara en fallos anteriores y que se va consolidando con el tiempo- se inscribe la reciente disidencia del ministro de la CSJN, Dr. Raúl E. Zaffaroni, en la citada causa "Álvarez Ordóñez". El enorme caudal argumentativo que despliega en su voto contrasta con la solución que adoptan los restantes miembros de la Corte, pues la aplicación del art. 280 CPCyC (*writ of certiorari* negativo) los exime de fijar posición a partir de la mera invocación de ese artículo (norma cuya constitucionalidad ha sido severamente cuestionada por la más calificada doctrina).

Tenemos, pues, el expreso abandono de la doctrina "L'Eveque" por parte de uno de los ministros de la Corte Suprema, mientras que los restantes miembros del Alto Tribunal se limitan a rechazar la queja, sin contestar ninguno de los numerosos y contundentes argumentos dados en la ilustrada ponencia disidente.

Por ello, para decidir el caso no sólo habré de retomar algunos argumentos ya vertidos en sentencias anteriores, sino que habré de agregar otros que han ido surgiendo a partir del análisis de los aludidos fallos judiciales contrarios, como dije, a la aplicación del instituto.

6. Es sabido que la falta de acuerdo doctrinario y jurisprudencial sobre el tema se traduce en argumentaciones que van desde el extremo del positivismo peligrosista hasta nociones funcionalistas de estabilización de la norma penal. En la vereda opuesta se afirma la ilegitimidad de la reincidencia por considerarla violatoria de principios constitucionales básicos de un derecho penal liberal.

Tanto el mencionado instituto, como otras figuras asociadas al mismo (multirreincidencia, habitualidad, etc), son normas que habilitan una respuesta punitiva de

mayor gravedad en supuestos en que el individuo con anterioridad haya sufrido pena por otro delito, es decir, se trata de leyes que prevén una reacción punitiva más penosa para quien "hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad", para decirlo en los términos de la propia norma cuestionada.

El dilema no es nuevo. Autores como Mittermaier, Pagano, Carmigiani, Tissot, claros exponentes del liberalismo penal, ya criticaban duramente el instituto, considerando que agravar la pena por delitos anteriores implica castigar el modo de vida del individuo, solución que claramente importa la aplicación de un derecho penal de *autor* y no de *acto*.

Al decir de Mario Magariños, punir la insensibilidad o el desprecio por la norma constituye "...un juicio, un reproche y un plus sancionatorio fundado en los sentimientos del autor por la pena sufrida y, por esa misma razón, es la más pura expresión de un derecho penal represivo del ánimo, de los sentimientos y de la personalidad" (MAGARIÑOS Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto,* Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Año 2008, p. 130).

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

La Fiscalía en el caso ha recordado que los precedentes que emanan del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, así como los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son coincidentes en cuanto a considerar constitucional el instituto de la reincidencia. Por

ende, recuerda que los jueces de grado inferior deben adecuar sus pronunciamientos a esa doctrina judicial

No desconozco, en modo alguno, la autoridad institucional de los aludidos fallos, tanto de la Corte Suprema, en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como del más Alto Tribunal judicial de la Provincia. Tampoco ignoro los alcances de la llamada "doctrina del leal acatamiento" a la jurisprudencia de los tribunales superiores, delineada por el Alto Tribunal in re "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), entre otros, en tanto indica que "si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos" (conf. doc. de Fallos 25:354), por lo que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" (Fallos 307:1094 cit., consid. 2, y 311:1646, entre otros).

Sin embargo, mi más sincera convicción, así como el deber indeclinable de ejercer en plenitud el control de constitucionalidad que me ha sido impuesto, me obliga a apartarme de la –cada vez más- debilitada doctrina de la CSJN que contradice, incluso, los propios razonamientos desplegados por ese Alto Tribunal en el fallo "Gramajo" (Fallos 329:3680, sentencia del 05/09/06), cuando declarara la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 del Código Penal Argentino).

No he de profundizar el análisis acerca del alcance de la referida doctrina judicial, haciendo propio el

impecable *racconto* realizado por el juez Minatta sobre el punto en el voto que antecede.

En ese marco interpretativo, habré de persistir en la decisión de considerar que el instituto de la reincidencia lesiona principios constitucionales básicos del proceso penal y constituye un obstáculo para la humanización de la respuesta punitiva del Estado, en cuanto a penas privativas de la libertad se refiere. Tal es, según entiendo, la interpretación legal que en mayor medida compatibiliza la reacción estatal frente al delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

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

He de coincidir, pues, con las fundadas objeciones que ha merecido el instituto y que, valga insistir, son cada vez más numerosas en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones positivas, según muestra el derecho comparado.

8. Debe tenerse en cuenta que uno de los principales efectos jurídico-penales de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 C.P.), pero también tiene incidencia en la individualización de la pena (art. 41 C.P.).

Ello sin mencionar su influencia en la imposición de la prisión preventiva durante el proceso (suele utilizarse como una presunción *iure et de iure* de la voluntad de no sometimiento al mismo). Otra de las consecuencias, la posibilidad de servir como antecedente para la aplicación de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.), ha sido

neutralizada por la doctrina de la Corte Suprema en el fallo citado más arriba, a partir de declarar la inconstitucionalidad de la mencionada norma.

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

La genealogía del instituto en nuestro medio se remonta al siglo XIX, ligada básicamente a la idea de *habitualidad*. Así, en el Código Tejedor configuraba *una presunción legal del hábito criminal en el agente*, que indicaba una mayor grado de criminalidad y que, por ende, agravaba la pena. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 la reincidencia se vincula con la profesión o la tendencia a adquirir la profesión del delito, y una mayor perversidad del sujeto. Se reproduce en el Proyecto de 1906 y en el de 1917 y Código de 1921, en que aparece también como *una causa de agravación justa y legítima de la pena, en tanto aumenta la temibilidad del agente*. En idéntico sentido, el Proyecto de 1937 consideraba *circunstancias de mayor peligrosidad* los antecedentes judiciales por delitos y faltas. El instituto, con algunas modificaciones que han ido restringiendo su alcance, se mantiene en los proyectos y reformas producidos con posterioridad, hasta la introducida por la ley 23.057, que establece el texto del art. 50 vigente en la actualidad.

Cabe mencionar, en este breve *racconto*, que el Proyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha eliminado el instituto de la reincidencia y todas sus consecuencias

jurídico-penales, en sintonía con las posiciones legales o jurisprudenciales que en distintos países han ido avanzando en la derogación, explícita o no, del cuestionado régimen de agravación de la sanción punitiva.

9. En punto a los fundamentos dados para sostener la legitimidad de la reincidencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia asumen distintas perspectivas que pueden agruparse en: a) mayor grado de injusto por mayor alarma social, b) insuficiencia relativa de la pena ordinaria, c) mayor peligrosidad, y d) mayor culpabilidad (mayor alcance de la desobediencia o enemistad con el derecho; cfr. ZAFFARONI – SAL LLARGUES, *Código Penal comentado*, T.2, p. 218/221).

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

En su lugar, considero otorgar mayor rigor al tratamiento penitenciario del recidivante, encierra el defecto de poner a cargo del individuo los déficit o errores del Estado, determinantes –en mi opinión- de ese fracaso.

10. También el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sentado un criterio favorable a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en diversos precedentes. En uno de ellos puede leerse: "... la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a

reconocerlo... El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la valoración de la pena, no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida ésta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia..." (del voto del Dr. Jorge Pfleger en autos "B., V." - expte. N° 20387-B-2006).

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

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

11. Sin embargo, no puedo dejar de considerar inconsistentes esos argumentos, frente a las incontrastables razones dadas por la doctrina y la jurisprudencia -también emanada de altos tribunales judiciales del país- en sentido contrario.

En esa dirección se destaca el voto del Juez de la Cámara de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, Dr. Benjamín Sal Llargués, reconocido magistrado que ha intervenido en numerosas ocasiones como jurista invitado por el Consejo de la Magistratura de la Provincia de

Chubut, organismo encargado de la selección de jueces, fiscales y defensores en el ámbito judicial local.

Sal Llargués explica que "los autores que legitiman la reincidencia ven en ella la evidencia de una mayor enemistad con el derecho, una personalidad contumaz en la violación legal, una predisposición al delito —en último análisis— un hábito (un vicio?) delictivo. Pero lo cierto es que aún desde el discurso jurídico penal, la reincidencia —conforme a muy serias investigaciones— revelaría, antes que un grado de reprochabilidad mayor, un menor grado de ella (Tissot, Claudio José, ´El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción Filosófica e Histórica al estudio del Derecho Penal, traducción de A. García Moreno, Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1880, entre los primeros, y Haffke, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena" en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", compilación de Bernard Schünemann, Trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid 1991, entre los más recientes). Esto —brevemente dicho- sellaría la violación al principio de culpabilidad que se derivaría de considerar que el reincidente es más reprochable que el primario" (TCPBA, autos "M.B, R.A. y S.M. s/ Recurso de Casación", causa N° 14.195, 06/12/05).

12. Entiendo -en consonancia- que agravar la pena por la reincidencia vulnera el principio de culpabilidad por el hecho, en tanto se castiga a partir de tomar en cuenta un elemento ajeno al tipo penal infringido y a la gravedad del injusto cometido.

Según Maier, es evidente que la agravación de la pena que conlleva la declaración de reincidencia -cuantitativa o cualitativamente-, no es la respuesta a la gravedad del ilícito o a un alto nivel de reproche, sino a la asunción por parte del autor de cierto *carácter* específico que lo convierte en merecedor de esa reacción penal más intensa.

Así, el autor ha dicho que en la reincidencia "...responde un autor específico, alguien que de antemano se 'etiqueta' genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente..." (MAIER, Julio, *Derecho procesal penal - Fundamentos*, tomo 1, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 644).

Tanto el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto señala que "...Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...", como el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que ninguna persona podrá ser condenada sino por *actos u omisiones* que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

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

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

Viene al caso, por último, mencionar el considerando 10 del voto del Dr. Fayt en el ya citado fallo "Gramajo", en el que se lee: "Que conforme se desprende de la propia letra de la Constitución, la reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo (art. 18 de la Constitución Nacional) como al respeto del principio de culpabilidad que rige la materia en cuestión. Así las cosas, mal puede por una parte afirmarse la capacidad de culpabilidad de una persona y al propio tiempo pretenderse la aplicación de un instituto como el examinado que prescinde de aquella. En el mismo sentido, cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique. Concretamente y desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo. En el particular, la accesoria que acompaña a la pena, termina apareciendo sin causa lógica previa alguna, toda vez que el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado. En línea con lo anterior, poco importa ya -desde un otero meramente discursivo-, la denominación que se le asigne a ese plus en la medida que se adviertan en concreto las violaciones a los principios constitucionales mencionados...".

13. Otro principio constitucional involucrado en la cuestión es el *ne bis in idem*. La mayor objeción a la

aplicación de esta norma, en mi opinión, se funda en la vulneración a este principio, también denominado prohibición de doble punición, uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el proceso penal y que emerge prístino de la normativa legal y constitucional vigente.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, en su Tratado de Derecho Penal, se han pronunciado por la inconstitucionalidad del instituto con base en la aludida violación. Afirman que "el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado por lo que importaría una violación constitucional al non bis in idem. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional" (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal – Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 1057).

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

14. Se ha tratado de justificar la legitimidad de la reincidencia argumentando que no afecta el contenido del principio de doble punición, pues el legislador tiene facultades para disponer esa respuesta más gravosa a quien persiste, otra vez, en el "desprecio" por la ley o demuestra mayor "insensibilidad" a la amenaza legal. Este tipo de argumentación implica decir que la reincidencia no viola el principio referido porque el legislador puede disponer en contrario. Una verdadera falacia.

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

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

La aludida violación al principio de proporcionalidad surge con evidencia en el caso, pues se advierte que el plus punitivo que se impone no deriva de la mayor gravedad de los hechos por los que se condena.

15. Otra contradicción de la reincidencia con el texto y el espíritu de la Constitución, se vincula a la noción de mayor peligrosidad del agente. Se argumenta que se trata de una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico -único fundamento legítimo de la punición-.

Es claro que tal razonamiento implica una postura sustentada en el denominado derecho penal de *autor*, puesto que el reproche penal no deriva del hecho en sí, sino en las condiciones de personalidad del agente.

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

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

Viene al caso citar la opinión de quien, con envidiable lucidez, recuerda que "El sentido del Derecho supone que es en sí mismo un bien incuestionable. Sin embargo, el Derecho –también en los estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. **La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el derecho, no de infringirlo**" (del voto del juez Juan José Varela, miembro del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del

Atlántico Sur, en autos “Miranda Díaz, José Antonio y otro s/robo agravado en grado de tentativa” Expte. N° 532/2013. El resaltado pertenece al original)

En ese marco de ideas, considero que la norma en cuestión tiene un fuerte tinte segregacionista, pues sus efectos negativos se proyectan particularmente contra los condenados de mayor vulnerabilidad social. Sabemos que la población carcelaria está constituida, en su gran mayoría, por jóvenes de sectores pobres o marginales. A su vez, la mayor proporción de reiterantes se da en personas condenadas por delitos contra la *propiedad*. Es claro, pues, que en la generalidad de los casos la cuestionada norma aumenta el rigor de trato contra los más desaventajados, no sólo socialmente sino incluso dentro del ámbito penitenciario.

En relación al principio de *igualdad ante la ley* (art. 16, Constitución Nacional), el instituto en crisis impone, asimismo, que no se dispensa el mismo tratamiento a individuos que han realizado idénticos actos penalmente típicos –sean acciones u omisiones-.

Mario Alberto Juliano, en una presentación como *amicus curiae* en su carácter de Presidente de la Asociación Pensamiento Penal, realiza una serie de suposiciones que dan acabada cuenta de la clara lesión al mencionado principio.

El caso clásico es aquel en que dos personas cometen un hecho delictivo como coautores, demostrando similar grado de culpabilidad. Si uno de ellos es reincidente deberá cumplir una pena de prisión notablemente superior a la del otro. Si dos personas por sendos delitos reciben penas de igual término, pero una de ellas articula todos los recursos disponibles hasta hacer que el tiempo de prisión preventiva cumplido equivalga al de la condena impuesta, a éste el antecedente no le será computable a los fines de la declaración de reincidencia, en tanto al otro sí. Por último menciona un supuesto en que dos coautores de un delito reciben condenas a sendas penas

privativas de libertad. Mientras el primero cumple rigurosamente la condena, el segundo se fuga por un tiempo equivalente al de la pena (art. 65 inc. 3° del Código Penal). El primero, que cumplió la pena, tras un nuevo hecho estaría en peor condición que el segundo, que se sustrajo a la acción de la justicia (cfr. http://www.pensamientopenal.com.ar/01072008/amicus.pdf)

17. En nuestro medio, además, habiendo el legislador local regulado los institutos de la conciliación y la reparación (art. 47 y 48 C.P.P.), con la consecuencia del sobreseimiento, tendríamos casos en los que por la mera voluntad de la víctima, a lo que debe sumarse la capacidad económica de reparación del imputado, el antecedente puede no dar origen a una declaración de reincidencia, pero sí a aquél que no logre una de estas salidas alternativas. Otro tanto cabe decir, aún tratándose de delitos graves, de los casos en que se logra el avenimiento de la víctima (art. 132, Código Penal).

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

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

El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio,

ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

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

Teniendo en cuenta que la reincidencia sólo puede aplicarse a quien ha cumplido pena (reincidencia real), hay quienes afirman que su fundamento debe buscarse en la "insuficiencia" del tratamiento resocializador anterior o su incapacidad para transformar la conducta del penado, por lo cual cabría intensificar el mismo.

En ese sentido la C.S.J.N. ha señalado que "el principio non bis in idem prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida esta como dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (C.S.J.N., rta. 21/04/88).

Sin embargo, sabemos, el ideal de la 'reinserción social', más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Pero, además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares,

sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

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

Aplicar el art. 50 CP importa pretender, falsamente claro, "...solucionar el fracaso del Estado en readaptar a sus condenados con mayor castigo, por las dudas fracase nuevamente", para decirlo en los claros términos empleados el juez Varela en el voto que se ha mencionado más arriba.

19. En último término deseo formular algunas consideraciones respecto a la valoración de la reincidencia como pauta agravante de la pena, en los términos del art. 41 del Código Penal. En tal sentido, considero que los vicios apuntados más arriba alcanzan también a la posibilidad de considerar "las reincidencias" del agente como pauta agravante de la pena, en los términos de la norma aludida.

Si bien nuestro sistema de determinación de la pena brinda pautas generales de mensuración en cada caso particular, no indica el sentido de dicha valoración, es decir, no establece el carácter de atenuante o agravante de cada una de las pautas enunciadas. Esta situación ha

generado posturas encontradas en la doctrina sobre el rol de la reincidencia en la fijación del monto punitivo.

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

Se ha argumentado que el Estado no puede agravar la pena del segundo delito que, en cierto sentido, ha contribuido a causar. Ello así por el aumento del estado de vulnerabilidad que, por lo general, causa en el agente el anterior ejercicio de poder punitivo prisionizante, a partir de la estigmatización, el rechazo social, el desempleo que provoca, al tiempo que confirma un determinado estereotipo y fija el rol desviado conforme a ese estereotipo.

Además de advertir razón en tales argumentos, encuentro que la valoración de las "reincidencias" del agente presenta los mismos vicios constitucionales señalados más arriba en relación al art. 50 C.P., como dije, aunque cabe recordar –tal como lo explica el Dr. Minatta en su voto en el caso "Carreras"-, los efectos negativos de la prisionización pueden valorarse como atenuantes de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar las "condiciones personales del autor" (art. 41 del Código Penal), aclarando que tal valoración, para un derecho penal de "acto", únicamente puede hacerse para reducir el reproche penal.

Por todas las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar en este punto al recurso deducido por la Defensa y declarar la

inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, en mérito a los considerandos precedentes.

20. Adhiero al pronunciamiento sobre costas y honorarios profesionales propuesto por el colega que guía el presente acuerdo.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Como se puede apreciar de la lectura de los agravios de la Defensa y el responde de la Fiscalía, es de toda evidencia que se ha centrado la cuestión a tratar aquí en la constitucionalidad o no del instituto previsto por el art. 50 del Código Penal, esto es, la declaración de reincidencia en cabeza de los condenados M. y N..

2.- Desde ya adelanto que he dicho, hace mucho, en autos **"C., C. y E., C. s/robo..."** (Expte. 55/06-C.1a.C.), sentencia del 27 de septiembre de 2006, que *"...considerando que...* (la reincidencia) *es una agravación de la pena correspondiente al segundo delito... plus de poder punitivo que se habilitaría en razón de un delito anterior que ya fue juzgado y penado, por lo que se violaría el principio de non bis in idem.., soy de la opinión que la declaración de la misma es inconstitucional...".*

También he dicho en autos **"D., W. S. y otros..."** (legajo fiscal 4728), ampliando lo dicho en la anterior, que: *"se atentaría con la declaración de reincidencia contra el principio de culpabilidad por el acto, en beneficio de la culpabilidad de autor, por la conducción de la vida u otros sucedáneos...".*

Por eso es cierto, tal como dice el Sr. Fiscal, que será arduo el camino a recorrer si se pretende mi cambio de parecer. Pero no se crea que es por tozudez o por capricho; no es, tampoco, desconocimiento de la doctrina del mas alto Tribunal de la Nación; es mi mas sincera opinión, fundada en argumentos de peso que expondré en forma sistemática.

3.- Pero es necesario ir de a poco.

Ha traído el Fiscal Jefe, de la mano del precedente **"Cerámica San Lorenzo"** (CSJN, La Ley, 1986-A-178), la doctrina del seguimiento condicionado de los fallos de la Corte Nacional. En efecto, según el cimero tribunal, los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte, careciendo de fundamento las sentencias que se apartan de ella, "...*sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de interprete supremo de la constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia...".*

Resulta provechoso recordar aquí, que la misma Corte nacional no ha sido consecuente con esta creación pretoriana. Se ha contradicho –o al menos mitigó los efectos de la teoría anterior- al decir, por ejemplo, que "...*la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene mas limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones..."* (C.S.J.N., **"Ferrocarril del Sud c/ Pedro U. Draque y Cía."** Fallos 131:109; en igual sentido Fallos 253:206; 255:187 y 263:255).

Lo cierto es que, como no puede ser de otra manera, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son vinculantes en la causa en la que han sido dictados pero no es posible sostener que en nuestro sistema jurídico esos fallos sean obligatorios para los demás tribunales en otros casos, aunque sean análogos, porque no existe ninguna norma, ni en la Constitución Nacional –tal como sucediera con la de 1949- ni en ninguna ley, que establezca el sistema del *stare decisis* del derecho inglés.

Y que si bien por razones de autoridad moral y de economía procesal es útil y provechoso acompañar las

doctrinas que emergen de los fallos de la Corte Suprema de la Nación, en el caso que nos ocupa, daré mis razones por las cuales considero que debe acompañarse la postulación de la defensa y apartarme de los precedentes nacionales y sus coincidentes de esta provincia.

4.- En efecto, no desconozco los precedentes en que la Corte Suprema se expide acerca de la reincidencia. En el primero de ellos (in re **"Gómez D'Avalos, Sinforiano s/recurso de revisión"**, del 16/10/1986), sustentó el criterio del desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito. Allí se dijo que lo *"que interesa 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".-*

Puesto a fundar mi disidencia con la doctrina del Alto Tribunal, -tal la senda emprendida por el Sr. Fiscal al exigir nuevos argumentos para dejar de lado las enseñanzas de la Corte-, he de decir que, de sostenerse aquella, se estaría imputando al condenado reiterante la ineficiencia del Estado al no cumplir con su función de resocializar a los condenados en la primera condena, tal como la normativa convencional y vernácula exige.

Además, apelar a que el reiterante no obedeció a la amenaza que significó la primera condena (formula de la advertencia, en la teoría alemana) y con ello a presumir que el autor tendría mayor conocimiento de lo injusto, es una afirmación dogmática no acreditada en los hechos del debate y que, en la mayoría de los casos, es contraria a dicha afirmación.

Para sostener el valor admonitorio de la primera pena, sería necesario acreditar, con prueba independiente, que a pesar de haber sido condenado una

vez ha decidido libremente y con conciencia del injusto acometer contra la norma en forma voluntaria nuevamente, lo que, a luz de la clientela de nuestro sistema carcelario actual no podría ser considerado moneda corriente.

5.- Poco después, en **"L'ÉVEQUE, Ramón R."** (LL, 1989-B-183-; Fallos, 311:1451; del 16/08/1988), la Corte admitió el tratamiento más riguroso para los reincidentes, al expresar *"… la pérdida de la libertad condicional como consecuencia de una nueva penalización, no constituye una violación de la regla "non bis in idem", pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada… en la nueva decisión…""… El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Cód. Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta…" "… el principio "non bis in idem" prohíbe la nueva aplicación de 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 nueva infracción criminal… ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho…",* ratificando así la doctrina sentada en **"V., E. C. y otra s/ robo con armas y encubrimiento"** (Fallos 311:552) del 21/04/1988.

6.- También es cierto que, en el camino de sostener la no afectación del principio de la doble punición mediante la declaración de reincidente, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia del Chubut. En el legajo **"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves**

todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006), el Dr. Jorge Pfleger ha dicho: "*…considero –como lo he 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 conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente"… "En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada…".* Y remata el citado magistrado: "*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.*"

7.- A ello he de decir que, por el contrario, entiendo que efectivamente la declaración de reincidencia afecta la prohibición de doble punición de manera clara. No cabe duda que las consecuencias más gravosas que debe sufrir quien es condenado por un segundo injusto –imposibilidad de obtener la libertad condicional, por caso-, tiene como antecedente inmediato, como causa eficiente, el primer delito por el que recibiera pena y que ya ha cumplido total o parcialmente.

Por más que se pretenda negar en doctrina, acudiendo a elaboraciones dogmáticas más o menos desarrolladas, es innegable que al autor responsable del segundo delito se le agrava la forma de cumplimento de la pena impuesta por el simple hecho de haber delinquido anteriormente, situación que, por el mismo delito, no sucedería en contra del primario, siendo el contenido injusto del

delito del reincidente igual al del primario lo que, a la sazón, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN).

Agudamente recuerda Ferrajoli: *"La pena, escribe Pagano, cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente... Por tanto, no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido. Y Morelly llega incluso a pedir que se castigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes…"* (Derecho y Razón, Trotta, pag. 507).

Lleva razón entonces el recurrente, Dr. Cominetti, cuando dice que *"se está haciendo una doble valoración sobre un hecho ya juzgado y del cual tiene sentencia firme, porque al tener en cuenta la condena anterior, dicha condena no se ha dictado sin fundamento sino que se ha dictado en base a un hecho por el cual ya fueron juzgados…".*

8.- Siguiendo la reseña del Sr. Fiscal, respecto al caso **"GAGO, Damian Andrés s/causa N° 2175"**, del 06/05/08, es bueno aclarar dos cuestiones. En primer lugar, no se ha tratado el caso mencionado de uno en el que se hubiera ventilado, como materia de agravio extraordinario, la cuestión de la reincidencia. Por el contrario, la cuestión versó sobre *"el quantum de la pena única de diecinueve años de prisión fijada para el imputado comprensiva de una anterior de nueve años… y la de diez años de prisión impuesta… que las unificó sumándolas, circunstancia que, según alega, afectaría el principio de culpabilidad…"* (del dictamen del Procurador General). No fue un caso sobre reincidencia, sólo que el Fiscal de la Nación, al final de su dictamen, recuerda la doctrina de fallos 308:1938 y 311:1451 a modo de fundamentar el mayor reproche. De allí entonces, no es dable tenerlo por una validación de las doctrinas anteriores sobre la constitucionalidad de la reincidencia.

En segundo lugar, si bien la Corte, por el voto mayoritario, hace suyo el dictamen fiscal, resulta obvio decir que se refiere a la cuestión central, esto es el rechazo del agravio de la Sra. Defensora General, en materia de unificación de penas.

9.- Prosiguiendo con mi consideración acerca del instituto del art. 50 del Código Penal, debo decir, en la línea sentada en autos **"Di Muro y otros"**, de referencia supra, que la reincidencia afecta, también, el principio de culpabilidad por el hecho. Claus Roxin sostenía, al comentar la derogación del agravamiento de pena por reincidencia en la legislación alemana, que "solo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida, y por ende, inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho" (Derecho Penal Parte General", T° 1, Madrid, 1997, Ed. Civitas, pág. 186).

En la doctrina nacional, fue agudamente Maier (a instancias de su entonces discípulo Binder) quien advirtió el problema fundamental y su radicación en el campo del principio de culpabilidad. Así, enseñó que en la reincidencia se *"responde a un autor específico, a alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..."* (Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, del Puerto, pag. 640).

Lleva razón nuevamente el recurrente, cuando afirma que "*tener en cuenta condenas anteriores de una persona para agravar la actual implica tener en cuenta condiciones personales que están fuera del juicio de culpabilidad y que una interpretación así implica la*

proclamación del derecho penal de autor y no de acto; se tiene en cuenta lo que la persona es y no lo que hizo".

10.- También contraría, la reincidencia, la finalidad de readaptación social que deben tener las penas privativas de la libertad. Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), se deciden expresamente acerca de la adopción de las ideologías "re" al momento de fijar el fin del tratamiento penitenciario.

Si la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad (ley 24.660) expresamente consagra el régimen progresivo, para que se tienda al reintegro del condenado al medio libre, la imposibilidad que el reincidente acceda a la libertad condicional -contenida en la norma del art. 14 del Código Penal- resulta inconstitucional.

Con mejores palabras que las utilizadas por el suscripto, ha dicho el Juez Mario Juliano, (in re: **"Ucio Alejandro Omar S/robo"**, Juzg. Correcc. 1, Necochea), *"…este interesante programa, que constituye una garantía para la persona privada de su libertad, no se cumple respecto a "los reincidentes". No importa -en nuestro derecho interno- que el penado se haya reformado, que haya alcanzado niveles importantes de readaptación social, ni que haya adquirido la capacidad de comprender y respetar la ley, eso es irrelevante porque el legislador lo ha considerado a priori y con reduccionismo determinista como "irrecuperable". Ni siquiera se tendrán en cuenta actos heroicos o altruistas que realice, ni las calificaciones que el propio Estado –a través del servicio penitenciario- le asigne, ni las recompensas que merezca (artículo 105 de la ley 24.660). Para el reincidente sólo valdrá el para-sistema de inocuización establecido por el artículo 14 del Código*

Penal que afecta -por ende- la garantía convencional del fin resocializador de la pena…"

En este punto, he de acompañar al recurrente cuando manifiesta que *"si el estado luego de someter a una persona a una pena privativa de la libertad fallo en el cumplimiento de idcho objetivo, es absurdo pensar que agravando la dosis de castigo se pueda llegar a resocializar al condenado…"*

11.- Por último, y a modo de responde a todos y cada uno de las manifestaciones del Sr. Fiscal, debo decir que no comparto su consideración acerca que a partir del fallo "G.", debe interpretarse, necesariamente, que la Corte podría a llegar a cambiar su criterio respecto a la reincidencia. De los considerandos 12 a 14 del voto del Dr. Petracchi, se traduce la reafirmación de la doctrina sobre la primera y el desprecio por los efectos de la multireindicencia del art. 52.

En concreto, el entonces Presidente del cimero Tribunal dijo: *"14) Que si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello una violación al non bis in idem, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella..."*.

De allí, que en lo personal, no abrigué nunca esperanza alguna que la Corte, en pleno, se expidiera acerca de la declaración de inconstitucionalidad del instituto del art. 50, CP, evitando, a través del mecanismo previsto en el art. 280 del C.P.P. Nación (certiorari negativo,) el tratamiento del tema, salvo claro está, en la actualidad, a través de la disidencia

del Dr. Zaffaroni en autos **"Alvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa 10154"**, en la que, en soledad, se expide sobre el punto.

12.- En definitiva, y conocedor que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de inmensa gravedad institucional por cuanto una ley sancionada por otro poder del Estado, de acuerdo al mecanismo constitucional para su sanción y promulgación, se debe presumir legítima y operativa, no menos cierto es que *"cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara e indudable"* (CSJN, "Pupelis", Fallos 314:424), así debe procederse por parte de la jurisdicción quien, en definitiva, es el garante de la plena vigencia de la Carta Magna.

Por ello, voto en el sentido de revocar parcialmente la sentencia recurrida en lo que hace a la declaración de reincidencia de M. R. M. y H. M. N., declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal por ser violatorio de los arts. 1, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional y art. 75 inc. 22 en relación a los arts. 1, 2.1, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 10.3, 14 inc. 7 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y arts. 1, 5.6 y 8 inc. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

13.- También se agravia el Sr. Defensor de la forma en que el juez *a quo* construye la respuesta punitiva para sus asistidos.

Brevemente diré, que atento mi extenso desarrollo acerca de que el instituto de la reincidencia vulnera la legislación convencional, no otra solución cabe que disentir con el sentenciante y revocar parcialmente la pena impuesta por estar vedada la consideración de delitos anteriores para magnificar el reproche en el nuevo delito.

Debo acompañar al Dr. Cominetti cuando cita el señero fallo "Varela, Luis R." en lo que dice acerca del castigo a la mera personalidad del infractor, por

excederse –agrego- la punición del acto ilícito cometido a responsabilizarlo por el fracaso del "tratamiento penitenciario" anterior.

Pero aún más. Es de toda evidencia que la previsión del art. 41 del Código Penal sobre tener en cuenta la reincidencia para mensurar la pena, no implica, necesariamente, tomarla como agravante. Es dable también pensar –antes de declarar su inconstitucionalidad- que pueda ser, en algún caso, síntoma de menor culpabilidad.

No puedo dejar de citar a los profesores ZaffaroniAlagia-Slokar cuando afirman que: "*No obstante, no por ello habrá que tener por no escrita su referencia en el art. 41, puesto que, como se ha observado desde antiguo, puede tener el efecto de disminuir el ámbito de autodeterminación de la persona en cuanto a la culpabilidad de acto y, en cuanto a la culpabilidad por la vulnerabilidad, puede aumentar el nivel del estado de vulnerabilidad por el efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo prisionizante, que provoca estigmatizado, prohibición de coalición, desempleo y rechazo social, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el rol desviado conforme al mismo…"* (Tratado, Ediar, 2000, pag. 1061).

Por ello, mal se puede, como en el caso, afirmar dogmáticamente que la reincidencia debe operar como agravante sin fundarse en prueba producida y contradicha en el debate que acredite, sin lugar a dudas, que se trata de un caso en que la "proclividad" a cometer delitos aumente el grado de reproche y no, como alternativa posible, que se trate de una disminución de la culpabilidad por asimilación del estereotipo, fracaso del tratamiento y fijación del rol asignado para ellos.

Ante ambas alternativas, elegir sin más una de ellas sin prueba concreta que la avale, se transforma en una afirmación subjetiva sin sustento que permita su confrontación a la par que su socialización, en el sentido de dar razones plausibles para que el lector pueda comprender el por qué de tal decisión.

Por ello, y siendo que no se ha explicitado el apartamiento en solo seis meses de la pena solicitada por la Fiscalía para el delito agravado por armas –dos años y seis meses de prisión- cuando ha sido condenado por Robo simple, siempre en grado de tentativa, cuando ambos mínimos son sensiblemente distantes, es que deviene inexorable ajustar la pena aplicada, siendo justa, compartiendo con el Dr. Orlando las atenuantes tenidas en cuenta, la pena de un año y seis meses de prisión.

Que no es dable compartir el mínimo solicitado por la defensa, atendiendo a la gravedad del hecho, la condición de mujer de la persona damnificada y demás pautas tenidas en cuenta por el a quo. Así lo voto.

14. En orden a las costas y honorarios a imponer, comparto los propuestos por el vocal que lidera este acuerdo.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa Particular de los Sres. M. R. M. y H. M. N., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 1708/13 OJTw dictada en fecha 30/05/13;

2)Revocar parcialmente la sentencia Nro. 1708/13 de fecha 30/05/13, modificando la pena impuesta y fijándola, respecto de los nombrados en el punto 1), en un año y seis meses de prisión;

3)Dejar sin efecto el punto IV) del fallo recurrido, declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.

4)Imponer las costas a los acusados (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa particular en la suma de veintiún (21) JUS, de

acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**

Registrada con el Nro. 14/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.