En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de diciembre 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 **"P., F. s/denuncia robo - Trelew" (Carpeta 3046 OJ Tw, legajo 27432 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular, Dr. A. M., contra la sentencia Nro. 2352/12 OJTw dictada en fecha 24/08/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 29/11/13 en la sede de este tribunal, estuvieron presentes el acusado D. F. C. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), el Dr. A. M. 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 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 2352, dictada el 24 de agosto del año 2012, el Juez Penal D. Arguiano resolvió condenar a D. F. C. a la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento con costas, por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por escalamiento (arts. 167,

inc. 4 y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 18 de septiembre de 2010, en perjuicio de F. P., con más la declaración de reincidente por primera vez (art. 50 del C.P.).

El letrado Defensor señaló que agravia a su parte la errónea calificación legal adjudicada y la declaración de reincidencia a su pupilo.

En orden al primero de los enunciados destacó, luego de reseñar lo sostenido por el Magistrado en orden a la calificación que cuestiona, que el único modo de acreditar la altura del muro por el que su asistido habría ingresado al domicilio, es aplicando el "Sistema Métrico Legal Argentino" y no en la forma que se efectuó.

Afirmó que la doctrina es uniforme en reclamar para la configuración del tipo agravado, el realizar un esfuerzo o poseer destreza para superar el obstáculo y que al no concurrir el dato objetivo de la altura del muro en cuestión, la agravante en modo alguno puede tenerse por configurada; sumando a ello que no resulta ser un dato menor los escombros que se encontraban en el baldío colindante y que la existencia de estos se deben merituar en relación a la diligencia que debe tener la víctima con respecto a los cerramientos de su inmueble.

Concluyó sobre este aspecto que, conforme los datos objetivos que señalara, la conducta de su asistido debe ser encuadrada en tipo penal del robo simple del art. 164 del C.P.

En orden al segundo de los agravio, afirmó que la aplicación del art. 50 del C.P., resulta ser inconstitucional, por contradecir principios que emergen de la Constitución Nacional.

En tal dirección, sostuvo que se asume que el instituto que cuestiona evidenciaría una voluntad más firme de delinquir, infiriendo el Juez que su declaración 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 condenas 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 declare inconstitucional el instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal).

A su turno, el Sr. Fiscal, principió su responde señalando respecto de la agravante cuestionada, que el Dr. Arguiano la ha fundado suficientemente, concurriendo en su apoyo, las fotografías obrantes en el legajo de Prueba Fiscal en las que puede visualizarse que el Sr. C. efectuó un esfuerzo superior para trasponer la defensa que implicaba este muro, por lo que entiende que el agravio sobre este punto debe ser rechazado.

En orden a la inconstitucionalidad invocada respecto del instituto de la reincidencia señaló que sobre este tópico el Dr. Arguiano también brindó sólidos

fundamentos para resolver en el sentido que su Ministerio postulara, al sostener su declaración con el precedente L'eveque de la C.S.J.N. y el fallo "B. del Superior Tribunal de Justicia, en el que sostuviera que el instituto de la reincidencia es constitucional y que el mismo es un estado que se asume por el hecho que motiva la condena y que la sentencia solo se limita a reconocerla.

Señaló que, sin perjuicio de conocer el posicionamiento de este Tribunal respecto del instituto que su Ministerio sostiene, conforme a la doctrina del leal acatamiento plasmada en el *leading case* "Cerámica San Lorenzo", los magistrados inferiores deben adecuar sus fallos a los resolutorios de los superiores en tanto y en cuanto las situaciones sean similares.

Agregó que la citada doctrina no responde solamente a una cuestión jerárquica sino que hace a la seguridad jurídica que deben importar los pronunciamientos jurisdiccionales y que, siendo de conocimiento del Tribunal el sostenimiento del Superior Tribunal de Justicia sobre el instituto que se ataca, resolver en modo diverso importaría un dispendio jurisdiccional, citando en tal sentido el fallo "D."; por lo que, a modo de conclusión, solicitó que se confirme la sentencia como ha sido dictada.

Invitado que fue el imputado a dirigirse al Tribunal, el mismo no hizo uso de tal derecho.

3. La defensa impugna la sentencia porque la misma condena por la agravante de escalamiento, aduciendo que no se ha probado que el cerco o pared tenga la altura suficiente como para afirmar que existió, como lo hace el juez, un esfuerzo anormal que justifique la agravación del hecho. Asimismo, se agravia por la declaración de reincidente que la sentencia coloca en cabeza de su defendido, argumentando que el instituto correspondiente del Código Penal que así lo establece, es

inconstitucional, porque el mismo viola principios constitucionales, tales como el de resocialización, culpabilidad por el hecho, inocencia y el *"non bis in idem"*.

4. En cuanto al primer agravio, debe tenerse en cuenta que el fundamento de la agravante de escalamiento, reside en que el tenedor asegura la cosa mueble mediante un resguardo mayor al común o regular, por lo que, consecuentemente, requerirá por parte del autor una mayor actividad que la normal para vencer la resistencia o defensa del lugar en que se encuentra aquella. Ambas razones genéricas concurren para agravar por escalamiento, y del cual deberá inferirse la exigencia típica discutida.

Así, deberá probarse que el lugar donde estaba la cosa se encontraba efectiva y realmente cerrado, es decir, que no podía ingresarse por algún otro lado en forma ordinaria, puesto que si ello ocurriera, cae el resguardo extraordinario predispuesto por el tenedor, tal como si hubiese un boquete en la pared o la puerta de entrada estaba sin llaves o si el dueño había dejado una escalera en el exterior de la pared o había escombros o irregularidades en el terreno o vereda exterior que le permita al autor ingresar con un simple esfuerzo o una ventana abierta con altura normal , etc, ejemplos todos tomados de la jurisprudencia. Es decir, se requiere indefectiblemente que se demuestre cabalmente que la defensa sea un obstáculo efectivo y extraordinario para el ingreso al lugar donde está la cosa, por lo que se excluyen también los muros, rejas, paredes, alambrados, colocados más en función de la estética, que por razones de seguridad o defensa de las cosas. De aquí también el esfuerzo, habilidad, o destreza extraordinaria o fuera de lo común que deberá el autor realizar para vencer la defensa, requisito exigido casi unánimemente por doctrina y jurisprudencia.

Este es el marco teórico que debe presidir la solución del punto que impugna la defensa, por lo que entraremos de lleno en él.

5. En este tren, niega la defensa técnica en la audiencia de impugnación, que las defensas preconstituidas hayan significado algún obstáculo efectivo y extraordinario de las cosas muebles, sosteniendo, consecuentemente, que mal podría estimarse que el autor haya efectuado, entonces, algún tipo de actividad que requiera un esfuerzo o habilidad extraordinaria para el ingreso al predio. Argumenta que si se observa con detenimiento la fotografía nro 4, obrante a fs. 21 del legajo de prueba fiscal, advertiremos que la pared es levemente superior a la parte alta del pulmón de la parrilla- que generalmente mide 1,50 mts.-, y ampliamente más baja que la altura de la puerta que allí se observa, la cual, afirma, suelen medir dos metros. Asimismo, plantea que la finca linda con un terreno baldío, en el que se observan varios escombros que podrían haber facilitado el ingreso, por lo que se reduce el esfuerzo para el ingreso al predio, lo que está ilustrado por la fotografía de la foto nro. 8 del legajo citado.

Si estamos a sus afirmaciones, puede inferirse que el cerco o pared del caso, según sus afirmaciones, mediría, aproximadamente, 1,60 mts. Sin embargo, puede observarse de la misma fotografía que la altura de la puerta no supera " ampliamente" la de la pared, sino que tal amplitud no supera los 15 cmts., por lo que deberá estarse a que la pared medía aproximadamente, como mínimo, 1, 80 mts., por lo que se deberá resolver si tal obstáculo es uno de los que requiere la figura del escalamiento. En este orden, obsérvese en primer lugar, que el cerco o pared está colocado, sin dudar, como defensa predispuesta de todas las cosas que guarda el inmueble y no sólo por estética. Asimismo, puede

sostenerse, también, que la altura mencionada, requiere un esfuerzo o actividad anormal o extraordinaria, pues ella no se supera con un simple salto o brinco normal, inclusive si la misma se considera de 1, 60 mts., por lo que entendemos que la defensa predispuesta llena los requisitos específicos señalados que tanto doctrina como jurisprudencia, acogida por el juez, requieren para la agravante.

En cuanto a los escombros, señalados como restos de materiales de construcción, no se observa que los mismos tengan la altura suficiente como para ser considerado como escalón que pueda menguar la defensa de la finca. Asimismo, téngase en cuenta que la fotografía nro. 8 está tomada desde arriba del paredón, lo cual impresiona aún más sobre la distancia considerable hasta el suelo.

Si todo lo anterior es así, corresponde rechazar la impugnación y confirmar la sentencia en cuanto decide sobre el punto. Así lo voto.

6. 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/ Anses", 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).*

7. 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.

8. 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.

9.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 jurídico-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.

10. 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 veinte (20) 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. Un primer aspecto de la crítica, como vimos, está encaminado a cuestionar la calificación legal fijada en el fallo de condena. En particular la Defensa cuestiona que se haya aplicado la agravante de "escalamiento" al robo perpetrado por el acusado.

Plantea el recurrente, por un lado, una cuestión de índole probatoria, ya que sostiene que no se acreditó en el caso el lugar de la vivienda por donde accedió el autor del hecho. Asimismo, señala que tampoco se probó la medida de la medianera que delimita el patio de la casa damnificada, lugar por donde habría ingresado el imputado, según la hipótesis acusatoria y el fallo de condena.

Afirma, además, que trasponer un paredón que no alcanza los 2 metros de altura no requiere, por parte del agente, un esfuerzo anormal y, por ende, no alcanza a configurar un tipo de obstáculo que dé fundamento a la agravante en cuestión.

3. Debo decir, en cuanto al lugar por donde se produce el ingreso del autor a la vivienda damnificada, que el Juez de grado ha ponderado correctamente los dichos de la víctima, F. P., quien fue categórico al narrar, en el debate, que al llegar la Policía al domicilio pudieron constatar que el o los autores del robo habían cortado unos alambres colocados sobre el paredón perimetral y, luego de ingresar al patio, roto el vidrio de la ventana del dormitorio principal.

Además de narrar que los atracadores arrancaron la alarma de la casa, cortaron el cable del teléfono y abrieron a mazazos la caja fuerte, la víctima señaló en

fotografías la zona de alambres rotos en el paredón, interpretando –con toda razonabilidad- que por allí habían ingresado para perpetrar el robo. Luego, requerido para que diga qué altura tiene la medianera en cuestión, dijo que aproximadamente 50 cm más que él.

Pero, además de tales apreciaciones, el Sentenciante ha ponderado también el acta inicial, labrada por los funcionarios policiales –fs. 1/2 del legajo de prueba fiscal-, y el informe técnico fotográfico de fs. 19/31, habiendo concluido, con acertado juicio, que el lugar de ingreso se produjo tras el corte del alambrado de seguridad existente en la pared medianera de la vivienda damnificada.

4. El recurrente dice, asimismo, que la altura del referido paredón no habría sido acreditada. La pretensión del esforzado Defensor en el punto también debe rechazarse pues ha quedado fuera de toda duda, entiendo, que se trata de una tapia cuya altura puede perfectamente estimarse en alrededor de los dos metros.

Es cierto, como bien recuerda el recurrente, que el Magistrado del juicio sostuvo en la sentencia que se desconoce "de modo preciso qué porte tiene la medianera en cuestión". Pero la ausencia de medición exacta no le ha impedido ponderar, con acierto, el testimonio de la víctima, persona respecto de quien no se ha dicho que tenga una estatura inferior a la normal.

En tal sentido, insisto en recordar que P. dijo, en la audiencia de juicio, que el paredón es aproximadamente unos 50 cm. más alto que él, sin contar –obviamente- la altura de un ofendículo conformado por varias hiladas de alambre de púas, de más de 50 cm de altura a simple vista, y que fueran seccionadas parcialmente para permitir el acceso al patio de la vivienda.

Por lo expuesto, cabe rechazar la crítica vinculada a la falta de acreditación del lugar de ingreso a la vivienda, así como –también- la relacionada con la

demostración de las características de la pared medianera, objeto que diera fundamento al encuadramiento legal en la figura calificada del art. 167, inc. 4°, del Código Penal.

5. Cabe ingresar, pues, a analizar el agravio del impugnante referido a la calificación legal que asume jurisdiccionalmente el fallo recurrido.

Teniendo por cierto el lugar de ingreso del o los autores al inmueble para perpetrar el robo, así como el tamaño del obstáculo a sortear para hacerlo, esto es, una pared medianera de aproximadamente 2 metros de altura, es claro que la figura legal escogida resulta la adecuada para subsumir el hecho.

No requiere mayor análisis comprender que la acción de trepar o escalar un paredón mayor a lo que mide una persona de estatura normal, exige –objetivamente- un despliegue físico importante, independientemente de las condiciones físicas de quien decida emprender esa tarea.

La medianera, en el caso, es una defensa predispuesta como protección de la propiedad y si, para trasponerla, se necesita un significativo esfuerzo corporal, claramente superior a lo normal, el robo perpetrado de tal manera encuentra correcta subsunción en la figura agravada del inc. 4° del art. 167 CP.

Distinto sería si el obstáculo opuesto al lugar al cual se pretende ingresar hubiese sido fácilmente superable, o no requiriese de un esfuerzo fuera de lo corriente, como saltar por una ventana o trasponer una verja baja.

No advierto, tampoco, negligencia alguna por parte del propietario del inmueble en la defensa de su propiedad. El hecho de que exista un baldío y, circunstancialmente, la presencia de escombros que pudieran ser utilizados para favorecer la escalada, en modo alguno disminuye la mayor responsabilidad de quien,

para acceder al lugar del hecho, decide trasponer una valla de las características y altura ya mencionadas.

Ello así por las particularidades que presentan en el caso dichos elementos, que bien pueden observarse en las fotografías incorporadas al Legajo de prueba Fiscal. Se advierte que se trata de restos de escasa altura, por lo que no tienen entidad para disminuir el considerable despliegue físico necesario para traspasar el paredón.

En el sentido que se decide, ha dicho la jurisprudencia desde antaño que "Si el ladrón escaló un muro –de 2.05 mts. en el caso-, ello le debió demandar cierto esfuerzo y actividad. Se trata de un obstáculo de importancia, ha existido por lo tanto una defensa efectiva de la propiedad capaz de configurar, al ser salvada por el delincuente para llegar al interior del inmueble, el delito de hurto calificado" (C. Apel. Concordia, sala penal I, 09/08/1977, V.O.A., La Ley On Line).

No se trata de consagrar una interpretación indebidamente amplia de la ley, como sería considerar escalamiento al acceso por una vía insólita o desacostumbrada o, también, al llamado escalamiento "de salida". Es que cuando el ingreso ha requerido un esfuerzo extraordinario, como lo es trepar o escalar para trasponer un muro cercano a los dos metros, queda demostrada la energía criminal fuera de lo corriente que exige la calificante de referencia.

Por todo lo expuesto, considero que la crítica recursiva no puede prosperar, por lo que he de propiciar la confirmación del encuadramiento jurídico escogido por el Magistrado *A-quo* en la sentencia recurrida, esto es, la de Robo agravado por escalamiento (art. 167, inc. 4°, del Código Penal).

6. Cabe adentrarnos, pues, 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.

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 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 postura 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 (Cfr. 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; Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de Río Grande, "M.D., J.A. y otro s/ robo agravado en grado de tentativa", fallo del 27/8/2013 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.

Esta situación, así como tantos otros cambios de criterios en la posición de los ministros de la Corte y, por ende, la variación de mayorías coyunturales, muestran que no existen posiciones pétreas en materia de interpretación de la ley. La constante evolución de la jurisprudencia de la CSJN, saludable desde el punto de vista jurídico-institucional, echa por tierra el argumento dado por el Sr. Fiscal en cuanto habla del "dispendio" jurisdiccional que provocaría la postura de esta Cámara, en su actual integración, con relación al tema de la reincidencia.

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

8. 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).

9. 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).

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).

El Sr. Fiscal olvida señalar, justamente, la única razón por la que el Alto Tribunal justifica el apartamiento de su doctrina: la aportación de nuevos argumentos que no hayan sido tratados y descartados fundadamente por el máximo intérprete constitucional. Así, la más sincera convicción y el deber indeclinable de ejercer en plenitud el control de constitucionalidad impuesto, me obligan a apartarme de la cada vez más debilitada doctrina de la CSJN que contradice, incluso, los propios razonamientos desplegados por el Alto Tribunal en el fallo “Gramajo” (Fallos 329:3680, sentencia del 05/09/06), cuando declara la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 del Código Penal Argentino).

No he de profundizar el análisis acerca del correcto alcance que cabe atribuir a la referida doctrina judicial, haciendo propio el impecable *racconto*

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

A partir de 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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).

13. 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).

14. 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...".

15. 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).

16. 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.

17. 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.

18. 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)

19. 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.

20. 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 el actual estado de las cárceles impide cumplir cualquier legítimo afán de reinserción o resocialización.

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.

Por todas las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar en este punto al recurso

deducido por la Defensa y declarar, en el caso, la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, en mérito a los considerandos precedentes.

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

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Habiendo efectuado el vocal que lidera el acuerdo una detallada reseña de los antecedentes del caso, sin más emitiré mi voto.

2.- En primer lugar, se agravia el defensor de la calificación jurídica dada al asunto. Concretamente, manifiesta que, no habiendo mediciones concretas de la altura de la pared por la que se ingresó al inmueble, mal se puede acreditar el escalamiento. Además, que lindero al inmueble existe un terreno baldío lleno de escombros por donde se podía acceder al patio de la víctima. Solicita, en definitiva, se califique el hecho como robo simple.

De la lectura del punto III de la sentencia recurrida, surge con claridad expositiva la manera en la que el doctor D. Arguiano arriba a la subsunción del hecho juzgado en las disposiciones del art. 167, inc. 4 del Código Penal.

Da cuenta el señor juez de las pruebas en que basa su sentencia, concretamente las fotos del lugar del hecho y las manifestaciones de la víctima quién indicó que la medianera tiene una altura que lo supera en cincuenta centímetros, sendos datos –aunque no científicos, es cierto- que resultan a mi criterio suficientes para dar por acreditado el fundamento de la agravante.

3.- En efecto, de las fotos que ilustran el lugar del hecho se desprende si hesitación que la medianera por la cual se accediera a la vivienda es levemente inferior a la altura del dintel de la puerta de entrada a lo que asoma como una cocina; que, salvo que se

confeccione una puerta a medida, miden en general 2.00 metros de altura; ergo, la pared medianera tiene una altura que ronda el metro ochenta centímetros.

4.- Con ese dato como referencia, sabido es que la agravación de los delitos contra la propiedad por haberse cometido mediante escalamiento tiene su razón de ser en *"...la mayor actividad del autor del apoderamiento para vencer las barreras u obstáculos predispuestos por el titular del bien jurídico tutelado..."* (Aboso, Gustavo; Código Penal, Ed. B de F Ltda., Montevideo, 2012, Pág. 812) y en palabras de Núñez, *"el artificio o la agilidad del ladrón vence el recinto defensivo de la cosa, demostrando más voluntad criminal, despierta mayor alarma pública. El espíritu de esta agravante emana del principio común de la inutilidad de la mayor defensa privada"* (Núñez; Tratado, T. IV, Pág. 168).

5.- Tal como ha dicho el juez de la sentencia, puede afirmarse que C. ha tenido que hacer un esfuerzo fuera de lo normal para trasponer la pared medianera e ingresar a la vivienda, no siendo atendible el reclamo del Dr. M. en punto a que existiendo escombros del otro lado podría accederse a través de ellos.

En primer lugar, porque de las fotos agregadas al legajo de prueba resulta evidente que la pila de materiales de construcción aludida es solo un pequeño conjunto de restos de mampostería que solo disminuyen la distancia entre el suelo y la cima de la pared en pocos centímetros; en segundo lugar, no obsta a la existencia de escalamiento la utilización de elementos para ayudar el ascenso o descenso al lugar donde la *res furtiva* se halle siendo el requisito legal que el agente *penetre* al recinto.

6.- En segundo lugar, respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, ya he dicho en numerosas oportunidades que el instituto previsto en el

art. 50 del Cód. Penal contradice la letra del bloque convencional que rige nuestro estado de derecho.

7.- Ya he dicho 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...".*

Ampliando los fundamentos anteriores, he dicho en autos **"D., W. S. y otros..."** (legajo fiscal 4728), 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...".*

Recientemente, y a fuerza de ser reiterativo y extenderme en el punto, he dicho en autos **"M. M. R. y otro p.s.a. robo con arma de fuego"** (Carpeta 4418-Legajo fiscal 42295) que "...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..."

En efecto, y tal como acertadamente manifiesta el recurrente, si la ley de ejecución de las penas privativas de la libertad (ley 24.660) expresamente consagra el régimen progresivo, con el declarado fin del retorno paulatino del interno a la vida en libertad, la

imposibilidad que el reincidente acceda a la libertad condicional -contenida en la norma del art. 14 del Código Penal- resulta violatoria de los fines constitucionales de la pena.

8.- Siendo estas mis consideraciones al respecto, considerando que son argumentos que aportan nuevas ideas y que aspiran a rebatir las doctrinas esbozadas en los fallos a que alude el Sr. Fiscal Jefe, es que entiendo que me encuentro ampliamente autorizado para no seguir a aquellas, dando razones suficientes, tal cual lo he desarrollado ampliamente en autos **"M."** citado antes, en el sentido que: *"...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."*

9.- En definitiva, sabiendo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de inmensa gravedad institucional que por ser el producto de otro poder del Estado, de acuerdo al mecanismo constitucional para su sanción y promulgación, a la cual se debe presumir legítima, no menos cierto es que como ha dicho el mas alto Tribunal de la Nación que *"cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara e indudable"* (CSJN, "Pupelis", Fallos 314:424), debe procederse tachando la norma 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 declarar 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.-

10.- En orden a las costas y honorarios a imponer, adhiero a los que fijara el Dr. Minatta en su voto.-

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) Confirmar la sentencia recurrida en lo concerniente a la declaración de autoría responsable del acusado D. F. C., en orden al delito de robo agravado por escalamiento (art. 167 inc. 4to., y 45 del C.P.), así como la pena de tres años de prisión impuesta;

2) Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la defensa particular del acusado –cuyas circunstancias personales figuran en autos- contra la sentencia 2352/2013 y revocar el punto II) del resolutorio en cuanto dispone la declaración de reincidencia;

3) Declarar la inconstitucionalidad del art.50 del Código Penal.

4) Imponer las costas del proceso al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa por su actuación en esta etapa, en el monto de veinte (20) JUS (art. 5, 6 bis,7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N° 15. y;

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Los Dres. Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta no suscriben la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 19/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.