En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Nely García, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"A., B. p.s.a. robo agravado por el uso de arma – Tw)**, con motivo de la impugnación parcial interpuesta por el
Defensor Público, Dr. Lisandro Benítez en representación de D. M. R., contra la sentencia nro. 2917/14 OJ Tw dictada en fecha 17/09/14.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 12/02/15 en la sede de este tribunal, intervino el imputado D. M. R. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), el Defensor Público, Dr. Lisandro Benítez y en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción, el Dr. Osvaldo Heiber.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Nely garcía y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por la señora juez penal Ana Laura Servent del pasado 17 de septiembre de 2014, registrada bajo el numero 2917/2014, corresponde ahora revisar la parte de la decisión impugnada por la cual declaró reincidente al imputado D. M. R..

Recordemos que mediante la audiencia registrada en acta 2817/2014, a la magistrada le fuera llevado un acuerdo para entender el instituto previsto en el art.355 del CodProcPenal conocido como *juicio abreviado,* en el cual las partes pactaron imprimir al proceso el trámite de mención, conviniendo calificar al hecho como robo

agravado por arma en grado de tentativa, conforme los arts. 166 2do., 45 y 42 del C.P., y que se imponga al acusado R. una pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento.

Solo llevaron en controversia la declaración del estado de reincidente del acusado, adjudicada por la Magistrada a pedido de la Fiscalía y resistida por la Defensa.

A la lectura de sus fundamentos, a partir de la foja 77 vuelta de la carpeta 5555 de la OfiJud, la juez dijo que *"…(r)especto al coimputado D. M. R. es menester atender su disímil situación atento a que registra condena recaída en autos 3304/2013 caratulados R. D. y otra psa robo tentado Trelew (3304) y sus acumuladas R. D. psa de robo a F. P.- Gaiman (2822) y otras, en sentencia dictada por el Dr. S. P. el 29 de noviembre de 2011, a cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, de la que cumple en su totalidad la pena el 10 de septiembre de 2015 y se hallaba en libertad condicional al momento de estos hechos. Atento tal antecedente considero razonable el pedido de las partes respecto de la imposición de una pena de tres años de efectivo cumplimiento con más la declaración de reincidencia de conformidad con el art. 50 del CP.*

Al respecto debo manifestar en concordancia con anteriores resoluciones, que resulta aplicable al caso la declaración de reincidencia en los términos del art 50 del CP, único punto puesto a consideración de la Magistrada fuera del acuerdo presentado por las partes. …"

En tal sentido, la decisora trajo precedentes nacionales como "Gelaberto Rubén" (LL, 1988-E, p.351, CSJN G.724, XXI, 7-7-88) y "Arévalo", como así también "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B2006, del

Superior Tribunal de Justicia provincial) con los que coincidió y fundó su decisión.-

2. En la audiencia, el impugnante sostuvo su presentación contra la decisión de la juez, requiriendo se continúe con la jurisprudencia de ésta Cámara y se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Que en el mencionado escrito de impugnación, el señor defensor dijo que una sólida fundamentación de la inconstitucionalidad de la reincidencia, está reflejada en la doctrina que sostiene esta Cámara Penal a través de diversos fallos. Transcribió en sus partes pertinentes los votos de los doctores Alejandro Defranco, Florencio Minatta y Mónica Rodríguez en autos *"M., M. R. y otro p.s.a. robo con arma de fuego" (Carpeta 4418 OJ Tw, legajo 42295 MPF Tw), Sent. W 14/2013 del 24.09.2013*.

En dicho sentido, alegó que la doctrina considera que la reincidencia viola el principio de *non bis in idem* y que es propia de un derecho penal de autor, no de acto, doctrina que de a poco va siendo adoptada por algunos tribunales argentinos. Culminó solicitando se declare nuevamente la inconstitucionalidad del instituto, revocando la sentencia atacada en dicho sentido.

3. Por su parte, el Ministerio Publico Fiscal peticionó se confirme todo el fallo atacado, ya que a su criterio, la severidad mayor que prevé el artículo 14 del Código Penal no tiene que ver con el autor del hecho delictuoso. Sostuvo que la constitucionalidad de la reincidencia, es la jurisprudencia que predomina mediante los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Arevalo", "Gómez Dávalos", "L'Eveque" y "Gramajo".

Por ello, entendiendo que la sentencia está fundada, y ajustada a derecho, culminó solicitando que la misma sea confirmada.

4. Ahora bien, tras deliberar con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo, y luego de un profundo análisis de la cuestión he de decir que mantengo, cual he venido sosteniendo en precedentes en los cuales me ha tocado intervenir en calidad de juez penal, que la reincidencia no afecta garantías que resguarda nuestra Carta Magna, ni los Tratados Internacionales con jerarquía de tales.-

4.1 En efecto, tengo para mí que el hecho objetivo en la vida de una persona de haber cumplido aunque mas no sea en forma parcial, una condena por un hecho anterior juzgado, constituye un parámetro válido de consideración jurisdiccional para la declaración del instituto, puesto que lo único que prescribe es un particular seguimiento en la ejecución de la pena.

Ello así, puesto que como ya lo vengo sosteniendo en casos como "C. M. A. P.S.A. DE HURTO TENTADO – TRELEW"- (Caso: No. 18413- año 2009), y acumulada "C., M. A. p.s.a. robo – Trelew" (Caso: No. 18428 – año 2009), soy de la idea que la reincidencia *se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito* (precedente que corresponde a la cita del tribunal A-Quo, CSJN G.724, XXI, 7-7-88, Gelaberto Rubén , LL, 1988-E, p.351).

Considerando entonces que es reincidente quien con anterioridad a la comisión de un nuevo delito ha cumplido efectivamente en forma total o parcial una pena privativa de libertad impuesta por sentencia firme (concepto dado por la CNCas.Pen sala IV, 8-3-1996, B.J.F., reg.548), la declaración de tal de una persona no vulnera el principio *non bis in idem*, puesto que lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho.

Recapitulando, la declaración de reincidencia sólo ajusta el régimen de cumplimiento de la condena, tanto

de la que fuera impuesta en un antecedente pronunciado por sentencia firme y cumplida efectivamente aunque sea en forma parcial, con la que corresponde ejecutar por el nuevo hecho.

4.2 De otra parte he de descartar la presunta violación del principio de culpabilidad de autor, vedado por nuestra Constitución.

Entiendo que el juicio de culpabilidad que ha de realizar el juzgador al momento de mensurar la pena, lo ha de hacer sobre el evento ventilado en un debate, y no sobre el que recayera condena anterior, juzgado en otro juicio.

Ese es el sentido y a su vez el límite que debe tener el tribunal para estimar la pena, y sobre esos rieles correrá el control del Ad-Quem mediante una impugnación ordinaria como la que me convoca.

Si bien ésta consideración se circunscribe a los procesos de conocimiento ordinario, cabe la misma aclaración en el presente caso de excepción como lo es el juicio abreviado, ya que la señora juez, como se advierte en los tramos de su sentencia que arriba transcribiera, tomó como datos objetivos los antecedentes condenatorios del imputado, y el cumplimiento real y parcial con privación de libertad; no agravó en consecuencia la sanción convenida entre las partes y que en definitiva impusiera.-

4.3 Como cita la juez penal, ésta es la postura que ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en distintas causas a partir *"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006)*, y en *"L., L. A. p.s.a. de abuso sexual a J.B.L." (expediente 20.402 – L – 2006)*, e incluso, en el mismo precedente citado por el agraviante, luego de su revisión ante aquel Superior.

Al dictar sentencia en los autos *"M., M. R. y Otro p.s.a. Robo con arma de fuego s/ Impugnación" (Expediente N° 23229 – F° 196 – Año 2013)*, la Sala se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la reincidencia, por no vulnerar garantías ni derechos reconocidos constitucionalmente.

En fallo unánime, los ministros evocaron los fallos en donde impusieron su postura respecto al tema, e incluso agregaron la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos en que ese Alto Tribunal Nacional justamente se inclinó proclive a la constitucionalidad del instituto, tales como *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Juan Miguel Cabail Abad en la causa Cabail Abad, Juan Miguel si causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014*, y en *"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Martín Salomón Arévalo en la causa Arévalo, Martín Salomón s/ causa N° 11.835", del 27/5/2014.*

No fue la única vez que la sala penal así se pronunció, días antes a la resolución en "M.", en idénticos términos los ministros se expidieron en *"Pcia del Chubut s/S, P.P., U.D. M..-B., C. s/ impugnación", expte 23325 – F°13, año 2014.-*

5. En síntesis, me mantengo enrolado en las filas que estiman que no existe razón para declarar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, pues no vulnera el principio de culpabilidad por acto en tanto se refiere a una modalidad en el cumplimiento de la pena, y no a la imposición de la pena en sí misma; ni tampoco al principio que prohíbe la múltiple persecución penal, ya que el imputado no es juzgado ni acusado nuevamente por la comisión del hecho anterior, no repugnando en consecuencia, garantías veladas por nuestra Constitución Nacional y Tratados

Internacionales incorporados por obra del art.75 inc. 22 en la reforma del año 1994 (art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Por todo lo dicho, mi voto será por el rechazo de la impugnación, y la confirmación del fallo atacado.-

6.- . Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de QUINCE (15) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920). Así lo voto.-

La Dra. García dijo: Para atender los agravios del Defensor de D. M. R., Dr. Lisandro Benítez, en primer lugar corresponde corroborar si se dan las condiciones objetivas para la aplicación del art. 50 del C. Penal.

En este caso D. M. R. registra como antecedente la condena a cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, por sentencia dictada por el Dr. Sergio Piñeda el 29 de noviembre de 2011 y comete el hecho por el que se lo juzga el 2 de junio de 2014, cuando se encontraba gozando de libertad condicional, por lo que estamos ante un cumplimiento parcial de pena razonable, para que se aplique el art. 50 del C. Penal.

En cuanto a la inconstitucionalidad, el Defensor sostiene que la reincidencia vulnera el principio de culpabilidad de acto, ya que agrava la pena por un delito anterior ya juzgado y penado.

En sentencias anteriores sostuve la inconstitucionalidad de la reincidencia, por considerar que viola el principio de culpabilidad por el acto, exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, había argumentado que esta nueva Corte Suprema no se había expedido al respecto y que habían precedentes más nuevos,

relacionados con el tema, como Gramajo, en el voto de la mayoría y Manini, en los que se apartaban del dictamen del Procurador General, que seguía los viejos precedentes Gómez Dávalos y L´Eveque.

Además en el caso Álvarez Ordóñez de febrero de 2013, el Ministro de la Corte Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni se expidió por la inconstitucionalidad, entonces interpretaba que era muy posible que llegado un caso, la Corte Suprema de Justicia se expidiera por la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Sin embargo no fue así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expidió sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la causa AREVALO, Martín Salomón, en sentencia del 27 de mayo de 2014.

En este caso siguió el dictamen del Procurador General Dr. Eduardo Ezequiel Casal, y contesta todos los agravios de la Defensa, justificando la constitucionalidad de la reincidencia. En cuanto a la culpabilidad alegó: «La mayor gravedad en la sanción que el Código Penal atribuye a quien comete un nuevo delito habiendo cumplido efectivamente pena por un delito anterior puede explicarse como respuesta al mayor grado de culpabilidad que revelaría esa persona en la comisión del nuevo delito, en comparación con la que expresaría quien cometiera un hecho equivalente sin haber cumplido pena con anterioridad».

Cita luego algunos pronunciamientos de la Corte y refiere que: «Pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior, a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito».

Alega también el Procurador, que no es válido trasladar el criterio según el cual es inconstitucional el art.52 del Código Penal al régimen de agravación por reincidencia, pues respecto de aquel «es contraria a la

Constitución la imposición de una pena desproporcionadamente severa, en relación con la culpabilidad por la infracción penal cometida, y solo motivada en la atribución al condenado del carácter de ser un "peligro para la sociedad".

"En cambio, una agravación punitiva legalmente impuesta como respuesta a una mayor culpabilidad por el hecho delictivo sobre el que versa la condena, y que no supera los márgenes de la pena fijada por la ley en proporción a la gravedad del delito, no comparte, por cierto, los vicios constitucionales del régimen del artículo 52 del Código Penal».

No comparto el concepto de culpabilidad plasmado, pero dejando a salvo mi opinión personal, ya no es posible seguir argumentando sobre posiciones teóricas y/o doctrinarias, que no fueron acogidas por el máximo tribunal.

No tengo nuevos argumentos para poner en crisis los fundamentos de la Suprema Corte de Justicia, que es la intérprete final de la Constitución Nacional, por lo que acepto la constitucionalidad de la reincidencia.

En consecuencia debe confirmarse la sentencia de juicio abreviado recurrida y así lo voto.

En cuanto a los honorarios y costas, comparto la propuesta formulada por el vocal preopinante. Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1.En cuanto al agravio, se le dará razón a la defensa, toda vez que 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 votos del ex Ministro de nuestra Corte Suprema, Dr. Zaffaroni, que 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, refutó 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 ex 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 ex 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 exministro 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.

2.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 sustitutivo 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 ex ministro Zaffaroni citado. Así lo voto.

3. En materia de imposición de costas y honorarios, adhiero a los fijados por el vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia del Dr. Omar Florencio Minatta, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Rechazar la impugnación parcial deducida por la defensa técnica del imputado D. M. R. M., cuyas demás

circunstancias personales obran en autos contra la sentencia nro. 2917 de fecha 17/09/14;

2) Confirmar la declaración de reincidencia respecto del coimputado M. D. R. M. contenida en el punto I de la parte dispositiva de la sentencia nro. 2917/14;

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P), y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de QUINCE (15) JUS, por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios **Omar Florencio Minatta**

La Dra. Nely García remitió su voto a esta vía correo electrónico. Registrada con el Nro.: 05/2014 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Pedelaborde
Secretario de Cámara