CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ S., L. D. T. NIC N°3059 NUF.N°28353)

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, al primer dia del mes de diciembre de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Nelly García**, en su carácter de Presidente, y los Sres. Jueces de Cámara, **Dres. Carina Paola Estefanía y Víctor Alberto Sarquis**, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las- Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/S., L. D. - (NIC N°3059 - NUF. N°28353)** , en la que tuvieron debida participación la **Fiscal General, Dra. María Bottini**, en representación del Ministerio Público Fiscal, el imputado **Sr. L. D. S.** y su defensora **Dra. M. V. P.**

Y **CONSIDERANDO:**

Que el día 25 de noviembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Nelly N. García, en la que la Dra. M.V.P., ratifico los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios (fs.26/30), contra la resolución de fs. 21/vta. De fecha 2 de octubre de 2014, dictada por el Dr. Jorge Criado, en la que homologó el acuerdo de juicio abreviado y condenó a L. D. S., a la pena de un mes de prisión, por el hecho ocurrido en la ciudad de Esquel, en el interior del edificio del C. F. P. N° XXX, sito en C. XXXX, el 14 de marzo de 2014, a las 19 hs. aproximadamente, en circunstancias en que L. D. S., actualmente detenido en Comisaria Primera de esta ciudad, se encontraba gozando de una salida excepcional, a los efectos de concurrir a capacitarse, se apoderó ilegítimamente de una bicicleta marca Zennith, color azul y gris, propiedad del Sr. L. H. D., que se encontraba dentro del edificio mencionado, en un pasillo, hecho constitutivo del delito de hurto (art. 45 y 162 del C. Penal) 2) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia efectuado por la defensa y declararlo reincidente al condenado L. D. S. (arts. 45 y 50 C. Penal).

La Defensora en la audiencia ratificó su escrito de impugnación. Refirió que una vez homologado el acuerdo la

Fiscal General solicitó que se lo declare reincidente en los términos del art. 50 del C. Penal, ya que encontrándose cumpliendo pena privativa de la libertad comete otro delito, en base a jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, caso C. y de la Corte Suprema en el reciente fallo Arévalo.

Sostuvo que la Defensa se opuso y planteó la inconstitucionalidad de la reincidencia por violar los principios de ne bis in idem, culpabilidad e igualdad.

Advirtió que ya sufrió una agravación, de no existir la condena anterior se habria canalizado a través de una solución alternativa del conflicto. Funda su pedido en la posición del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Dijo que su defendido se encuentra privado de la libertad desde los 19 años, y conforme las constancias del incidente de Ejecución N° 546, con los escasos recursos que le brindan ha podido estudiar, iniciar tratamiento psicológico y alcanzar objetivo familiar y social.

Aclaró que no comparte la posición del Juez Penal, que sostiene que la declaración de reincidencia no debe discutirse porque la redacción de la ley es clara.

Avala lo dicho por Sepúlveda que sólo se fijan en lo que hace mal y no en las condiciones en que lo tienen.

Cita jurisprudencia.

En cuanto a los hechos antecedentes, la defensora dijo que Sepúlveda está privado de la libertad desde el 25 de octubre de 2010, primero con prisión preventiva por sesenta días, prorrogados por otros sesenta y fue condenado a la pena de ocho años de prisión en un juicio abreviado.

Que siempre estuvo en Comisarias, en Comisaría Segunda, en Alcaidía de Comodoro Rivadavia, en Comisaría de José de San Martín, donde provocó un incendio y estuvo en prisión domiciliaria hasta que se repuso de las quemaduras y continúa en Comisaría Primera. Nunca se logró el traslado a la Unidad 14. Agregó que a pesar de todo hizo talleres de tallado en madera y cocina, que por el incentivo educativo logró salidas

transitorias anticipadas y salidas educativas para concurrir al Centro de Formación 655 y en la primer salida sustrajo la bicicleta.

Hace reserva de caso federal.

Solicita se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia.

A su turno, la Sra. Fiscal General, Dra. Maria Bottini al responder dijo que el recurso debe ser rechazado.

Dijo que se advierte en Sepúlveda un desprecio por la pena, que se trasluce en una mayor culpabilidad por este último hecho, que al ser declarado reincidente se ajusta el modo de cumplimiento, pero no se le impone más pena, no podrá acogerse a la libertad condicional pero sí podrá obtener otras salidas anticipadas previstas en la ley.

Cita en apoyo de su postura el dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Eduardo Ezequiel Casal en el caso Arévalo, Martín Salomón, de la Corte Suprema de Justicia del 27 de mayo de 2014, que responde a cada cuestionamiento efectuado.

Dijo que aunque está cumpliendo pena en una comisaría, se le aplicó el régimen de progresividad y se le otorgó una salida educativa y en la primer salida comete este hecho.

Por esas circunstancias no es un hecho pueril, es una manifestación del desprecio por el castigo que ya conoce.

Recordó que la declaración de inconstitucionalidad es una decisión extrema para casos de suma gravedad.

En definitiva solicitó que se rechace el planteo y se confirme la resolución.

Antes de finalizar se invitó al imputado L. D. S. a expresarse, refirió que estaba trabajando y estudiando cuando cayó preso por el primer hecho, que- lo trasladaron por varias comisarías y lo pasó muy mal, en especial en José de San Martín. Que el día que le dieron la primer salida educativa, para asistir al Centro de Formación, estaba muy mal, muy alterado,

que en Comisaria consumía pastillas, salió solo sin contención y cometió el segundo hecho, sustrajo una bicicleta que se encontraba en el patio, que después se arrepintió y se la devolvió al dueño, que resultó ser su vecino.

Agregó que después de un tiempo de suspensión, continuó gozando de salidas transitorias y salidas educativas, que el año que viene piensa terminar la escuela secundaria.

Que en ambos casos reconoció su responsabilidad. Que aunque la pena sea corta, tendrá que cumplir mucho tiempo más de encierro.

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.) ¿Debe admitirse orechazarse la impugnación

ordinaria interpuesta por la Defensa del Sr. Lucas Damián Sepúlveda contra la sentencia de juicio abreviado que lo declaró reincidente? 2º)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Y **RESULTANDO:**

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP) , se estableció el siguiente orden para la votación: Sarquis - Estefanía-

García. .

El Dr. Victor Alberto SARQUIS, dijo:

I. - ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.- Conforme los antecedentes reseñados en los "Resultandos" precedentes y en el voto de la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, Dra. Carina Paola Estefanía, se ha puesto a consideración y resolución de este Tribunal, la impugnación ordinaria articulada por el imputado L. D. S., con el patrocinio letrado de la Sra. Abogada Adjunta del MPD, Dra. M. V. P., Defensora Técnica del recurrente (conf. escrito fs. 26/30 CJ que citaré más abajo), ratificada en todos sus términos al abrirse la audiencia respectiva en esta instancia (art. 385 del C.P.P.).-

Dicha impugnación fue deducida contra parte de la sentencia definitiva N° 1832/2014 dictada por el Sr. Juez Penal

Dr. Jorge Alberto Criado, en la Causa caratulada "Provincia del Chubut c./S., L. D. s/... Esquel (CJ N° 3059, LF N° 28.353), en el marco del Juicio Abreviado celebrado en la audiencia del día 16/10/14 (conf. Acta de fs.21 y vta.,CJ cit. y audio respectivo) y por la que, por un lado, al homologar el acuerdo presentado por las partes, el Magistrado interviniente, condenara al Sr. Sepúlveda a sufrir la penade UN MES DE PRISIÓN, como autor penalmente responsable del delito de Hurto Simple (arts. 45 y 162 del C. Penal) por el hecho cometido en esta ciudad de Esquel, el 14 de marzo de 2014, en perjuicio del Sr. L. H. D., por el cual el imputado reconociera su autoría y responsabilidad.-

Agrego que al momento de cometer el hecho, el Sr. Sepúlveda se encontraba cumpliendo pena de prisión efectiva por un hecho cometido con anterioridad, y en circunstancias en que gozaba de un permiso excepcional que se le concediera para capacitarse en el incidente de ejecución.-

Y, por otro lado, el citado Magistrado, en el punto 2) de dicho decisorio, rechazó el planteo defensista referido a la declaración de inconstitucionalidad de la Reincidencia, (art. 50 C.Penal), reincidencia cuya aplicación fuera requerida para el caso por el MPF en la citada audiencia (conf. acta y audio audiencia cit., fs. cit., CJ cit.).- Como se expresara en los antecedentes recordados, es contra esta últimadecisión del Juez "a quo" que se planteó la impugnación en tratamiento, previo a ser requerida por derecho propio por el imputado (conf. manuscrito fs. 23 CJ cit.) y fundada por su Defensa Técnica en el escrito antes citado.-

En prieta síntesis, para sostener la inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 50 C. Penal), el impugnante, reiterando conceptos ya planteados y resueltos antes de ahora por este Tribunal, negativamente por cierto, vuelve a considerar que su aplicación vulnera los principios de culpabilidad y "ne bis in ídem", a más de producir la

estigmatización del imputado y el agravamiento de su condena al impedirle la obtención de su libertad condicional, art. 14 C. Penal, que podría haber obtenido en pocos meses más; de impedirle la finalidad de resocialización de la pena privativa de la libertad al obstaculizar su reintegro a la sociedad hasta agotar el quantum de la pena impuesta, contrariando aquella finalidad resocializadora consagrada en la CN, en la Ley de Ejecución de la Penar y en los Tratados de DDHH.- Cuestionó asimismo el criterio del Magistrado respecto a que la claridad de la norma no admite otras interpretaciones, citando en contrario doctrina (Maier,, Zaffaroni) y Jurisprudencia adversas (casos Castelo, de Trelew y Soto, de Esquel, entre otros).-

Finalmente, considerando que los agravios propuestos implicarían violación de garantías constitucionales (art. 18 CN) formuló reserva del caso federal.-

Tales agravios, fueron contestados por la Sra. Fiscal General, Dra. María Bottini por escrito (conf. presentación de fs.34/37 CJ cit.), cuyos fundamentos fueran enriquecidos oralmente por la citada Magistrada en la audiencia celebrada en esta sede.-

II.- TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS RESEÑADOS.-

II.1.- Abordando ahora la pretensión del impugnante, y partiendo del análisis de los antecedentes que dieran origen a la impugnación ordinaria articulada por la Defensa contra el punto 2) de la parte resolutiva del decisorio oralizado por el Sr. Juez a quo, Dr. Jorge Alberto Criado, es claro que si bien tales agravios tienden a cuestionar la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 del C. Penal), afirmada en el punto citado del decisorio en crisis siguiendo la postura de la acusación, y de la inveterada e incólume doctrina jurisprudencial emanada tanto del STJCh, como de la CSJN, como de otros importantes Tribunales del país, es obvio que el

objetivo final de tal planteo persigue el propósito concreto y revelado, de evitar que el efecto propio de la declaración de reincidencia, impida al condenado obtener su libertad condicional, atento como adelantamos, la imposición en tal sentido del art. 14 del C. Penal.-

En este sentido, previo a pronunciarme sobre el cuestionamiento central planteado por el impugnante, resulta útil resaltar en el caso, aunque no se haya discutido por las partes, que conforme los antecedentes condenatorios recordados por la Dra. P. y por el propio imputado -obrantes además en la carpeta de ejecución N° 546, de la Of.Ej. Penal Esquel-, el Sr. Sepúlveda, al momento de cometer el hecho de Hurto Simple por el que se lo condenara en esta CJ, estaba cumpliendo la pena de OCHO AÑOS de Prisión Efectiva impuesta por una sentencia dictada también en el marco de un juicio abreviado, por un Tribunal de esta Jurisdicción, por el delito de Homicidio Simple (art. 45 y 79 del C. Penal).- Ya expliqué más arriba, que el último hecho lo cometió aprovechando el uso de su libertad ambulatoria derivada del permiso excepcional que se le concediera durante la ejecución de la primer condena, para concurrir a capacitarse en el Centro de Formación Profesional N° 655, de calle C. 1135 de esta Ciudad de Esquel.- De alli que siendo la primer condena impuesta en el mes de de 2010, y el hecho de hurto simple cometido en marzo/14, es claro que Sepúlveda ha cumplido en forma efectiva buena parte de la primera condena, con lo que cumple tal requisito exigido por el art. 50 del C. Penal.- Al respecto, es claro que dicha disposición legal consagra el sistema llamado de reincidencia real o verdadera, según se desprende claramente de la literalidad de su texto y lo ha reconocido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia.- Ello pues, según el 1er. párrafo de la norma sustantiva citada -en su redacción actual según ley 23.057, vigente desde el 13 de abril de 1984-, "habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o

parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del pais, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena...".- En ese sentido, reiteramos con respaldo en prestigiosa doctrina, que nuestro C. Penal, a través de dicha norma, adopta el llamado "sistema de reincidencia real", lo que implica que "...para que la declaración de reincidencia proceda, el sujeto debe haber cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad, antes de cometer el nuevo delito..." (Fleeming, A. - López Viñas, P., "Las Penas", ed. Rubinzal Culzoni, pág.585 y sgtes., entre otros), lo que obviamente se da en el caso de autos.- En esta línea de análisis, y con argumentos que no puedo menos que compartir, he citado antes de ahora que "tampoco es conciliable con el régimen legal actual, la hipótesis de que el legislador ha creado un sistema de reincidencia real fundado en el desprecio por la mera privación de liberad, con independencia de las razones de su imposición.- Como señala García, el art. 50 del C. Penal no se refiere a la comisión de un delito después de haber estado privado de libertad, sino a la comisión de un nuevo delito después de haber cumplido total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta . - De allí que la expresión nuevo delito da la noción de que la norma no se refiere a estar simplemente encarcelado sino a cumplir pena por un delito anterior..." cursivas del autor- (ALDERETE LOBO, R.A., "La Libertad Condicional en el Código Penal Argentino", ed. Lexis Nexis, año 2007, pág.197).-

Sin perjuicio de lo esclarecedor de las citas precedentes, los autores de las primeras, sostienen que las cuestiones analizadas, han sido zanjadas por la doctrina judicial de nuestra CSJN, "...en el precedente "Mannini" , en que nuestro alto tribunal, con remisión al dictamen del Procurador General, entendió que 'el art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente".-

A la luz de tales aportes y volviendo al caso en análisis, recordemos -como también lo he puesto antes de

resalto-, que el art. 50 del C. Penal, contiene básicamente tres exigencias legales para la procedencia de la declaración de reincidencia: a) existencia de una sentencia condenatoria firme a pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país; b) cumplimiento total o parcial de la pena impuesta en esa sentencia -en las condiciones que precisáramos-, y c) comisión de un nuevo delito punible con pena privativa de la libertad, como lo fue en que obtuvo condena en la presente CJ.- De allí que respecto del imputado, los tres requisitos se han cumplido plenamente.-

Por otro lado, debo señalar que el análisis y la conclusión precedente, se compadecen con la interpretación literal que debe hacerse del texto del art. 50 del C.Penal, siguiendo los lineamientos interpretativos marcados por nuestra CSJN; en tal sentido, ya en la Causa "Mannini" -antes citada y vinculada como vimos a la cuestión en tratamiento-, el Procurador General en su dictamen, que el Máximo Tribunal hace suyo, sostuvo que "...la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780); tal principio hermenéutico fue ratificado más recientemente por nuestro máximo Tribunal Nacional al sostener que "...para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones/ sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos..." (CS JN, 23/04/08, "Acosta,

Alejandro Esteban s/... ", c.28/05, A.2186.XLI, votos Dres. Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).- Y en este sentido, debe repararse que el artículo

50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quién recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente...". -

II.2.- Adentrándonos ahora derechamente al cuestionamiento de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, recuerdo lo que ya he afirmado reiteradamente en precedentes de similares aristas, que como lo reflejan los fundamentos sobre los que se sostienen las irreconciliables posturas de las partes, dicha cuestión es una de las que ha generado mayores discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia, sustentando posiciones basadas en argumentos de todo tipo, tan razonables los unos como los otros.- Revisando parte de los mismos -poder abarcarlos y analizarlos en sus particularidades sería una tarea imposible de abordar en el marco temporal que permite la resolución de una impugnación ordinaria-, puede advertirse que lenta pero persistentemente, se está abriendo camino en la doctrina la tesis que sostiene su ilegitimidad -o ínconstitucionalidad-, con distintas argumentaciones y fundamentos, mientras que en la Jurisprudencia, la evolución ha sido distinta, pues a la par que los más altos Tribunales del país, continúan en general sosteniendo la doctrina sentada por nuestra CSJN, en el antiguo precedente "L'Eveque, R. R. s/robo", del 16/08/88 (Fallos: 311:451), y los que siguieron sus aguas -directamente o por remisión-, y en el que se pronunciara, obviamente con distintos fundamentos, sobre la constitucionalidad de la reincidencia, algunos Tribunales de Juicio y de impugnación -como recordó la defensa ocurriera tanto con el caso Soto en nuestra jurisdicción, como con la Cámara en lo Penal de Trelew, en el precedente Castelo, se pronunciaron por la inconstitucionalidad del citado instituto, con apoyo en aquella corriente doctrinaria que he referido.-

Sin embargo, el criterio fijado en la citada doctrina de la CSJN, que si bien fue establecida con una integración que no es la actual, todavia no se ha producido en ella un pronunciamiento diverso -salvo el enjundioso voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en la causa "Alvarez Ordóñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154", del 05/02/2013, LL, 2013-B, pág. 441-, por lo que hasta hoy es la doctrina legal fijada por nuestro Máximo Tribunal Nacional, ratificada recientemente en los precedentes: "C. A., J. M., causa N° 16.035", fallo del 6/3/2014, y "Arévalo, Martín Salomón s/ causa N° 11.835", del 27/5/2014, entre otros.- Doctrina seguida además por la CNCP (Sala III, 28/6/2004; Sala III, "Pajón, Armando s/rec. de casación", Reg. n° 136, del 13/10/94; "Grimaldi, Oscar s/rec. de casación", Reg. n° 262, causa n° 1066, del 26/06/97; "Correa, Jorge A. s/rec. de casación", Reg. n° 52, causa n° 1434, del 26/02/98; "Aguirre, Juan C. s/rec. de casación", Reg.n° 413, causa n° 1824, del 08/09/99 (voto del Dr. Riggi); Sala I, "Collia, Damián J. y Krebs, Marcelo s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n° 4594, del 28/02/03; Sala II "Ruiz, Daniel O. s/rec. de revisión", causa n° j 363, del 06/02/95; Sala IV "Borgo, Julio F. s/rec. de ; casación", causa n° 295, del 08/03/96., entre otros).-: Y principalmente por la Sala Penal de nuestro STJCh - como veremos seguidamente-, y como dije, también por algunas decisiones de otros Tribunales Superiores de provincias, que sería tedioso citar.- :

Sin perjuicio de ello, es dable observar que si i i bien es frecuente advertir que otros tribunales del ; país y de nuestra Provincia se han pronunciado receptando planteos como el propuesto en esta causa por laDefensa Técnica del imputado -como la Sra. Defensora lo expresara y citara en su alegato-, su acogimiento por los tribunales superiores de las jurisdicciones locales no está para nada asegurado.-

Tal ocurre en nuestra Provincia, atento lo dicho más arriba y los contundentes pronunciamientos de la : Sala Penal del STJCh, contrarios por cierto a la ¡ declaración de inconstitucionalidad de lareincidencia¡ que se vienen sucediendo desde el precedente caratulado: "B, V A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B2006), fallado el 10/10/06, pasando entre otros, por el que fallara nuestro Máximo Tribunal Penal Provincial, en fecha 23/09/09, en la causa caratulada: "M. , R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg. N° 21.123 - F° 53 - T ° II - Año: 2.008, letra "M"), hasta > los más recientes, entre ellos, los resueltos el 10/02/2010, en la causa caratulada "C., C. O. *s/*\ Homicidio" (Carpeta N° 556- Leg. 3323", Expte. N°' 21.479 - Folio 102 - Año 2008); "PCIA. DEL CHUBUT c/ I. F. J. s/Incidente de Ejecución de pena s/Impugnación", Expte. 22.638 - F° 95 - Año 2012, 07/12/12; "BÉJAR, Franco Nicolás y Otros psa Infracción Art. 189 bis. Trelew 2012" (Expediente N° 23236 - F° 198 - Año 2013); "Pvcia. del Chubut c/ S., P. P. y otros s/ Impugnación", Expte.: 23325,F°13, Año:2014, Letra "P", del 05/06/2014, entre otros.- Nótese que en el orden provincial se viene dando el mismo proceso que a nivel nacional, atento que, apesar de la nueva composición de la CSJN, todavia mantiene como dije, su vigencia el citado precedente "L'Eveque" (conf. lo explican Fleeming- Viñals, ob. cit., págs. 582/583 vta.).-

Y como también lo expusiera más arriba, el panorama jurisprudencial ligeramente descripto, también se refleja en las diversas posturas doctrinarias que se han ocupado del tema, existiendo juristas de renombre que se pronuncian tanto sobre la constitucionalidad del instituto (como por ej ., García, L.M., "Reincidencia y Punibilidad..., Ed. Astrea, 1992"; Soler, S., "Derecho Penal Argentino", t. II, Ed. Tea, Buenos Aires 1992, páginas 443 a 445), como sobre su inconstitucionalidad {ZaffaroniAlagiaSlokar, Maier, J. ,

Donna, E.A., Magariños, M., Ziffer P., Vítale G., Fleeming-Viñals, Righi- Fernández, entre otros), con diversos y convincentes argumentos y fundamentos que dada la altísima jerarquía intelectual de sus mentores, sería racionalmente imposible contradecir; en ese sentido, remarco al pasar, que un breve, pero preciso y crítico examen de tales criterios -irreconciliables por cierto-, fue expuesto por Magariños, M., en su obra: "Los límites de la Ley Penal en función del principio constitucional de acto", Ed. Ad Hoc, 2008, pgs.124/128.-

Ya se han expuesto someramente los aspectos del instituto de la reincidencia que la Defensa ha puesto en evidencia como violatorios de sendas garantías constitucionales (en especial, vulneraciones de los principios de culpabilidad, de resocialización y del llamado "ne bis in ídem"); también, los argumentos y fundamentos por los cuales el MPF ha entendido que la declaración de reincidencia, por aplicación del art. 50 del C. -Penal, de ninguna manera ha violentado tales principios, ratificando plenamente los esbozados en los considerandos del resolutorio impugnado por el Sr. Juez "a quo", Dr. Jorge Alberto Criado.- Por ello, sería tedioso reiterarlos, salvo en lo que concierne a los aspectos centrales que resaltaré, por cuyas razones me inclinaré por la confirmación del decisorio en crisis y con ello, por la adhesión a la doctrina legal sustentada por la Sala Penal de de nuestro STJCh y por la CSJN, que hemos referido más arriba y por los fundamentos que expondré; y ello, sin perjuicio de reconocer la seriedad y razonabilidad de la posición contraria sostenida por la Defensa, en sintonía con la corriente doctrinaria y jurisprudencial por ella citada, de los que destaco el importante y esclarecedor aporte local que sobre la temática en cuestión suministraran los excelentes sufragios de la Dra. Mónica Rodríguez y del Dr. Florencio Minatta como integrantes de la Cámara Penal de Trelew, en los

pronunciamientos recientes ya citados (CJ Nros. 1796 y 1793, Of.J. Trelew, LF Nros.18428 y 184123, respectivamente, causa "Gástelo, M.A., del 12/01/10 y CJ N°1772, OJ Tw-L.173 Fisc.Rw, causa "Casas, J.R., del 08/07/10), en ambos, con la disidencia del Dr. Roberto Rubén Pórtela, así como también el excelente pronunciamiento emitido, como vimos, en esta Jurisdicción por la Dra. Graciela Anabel Rodríguez actuando como Tribunal Unipersonal de Juicio en la CJ N° 984- LF N°1090, del 11/02/10, en autos "Pvcia del Chubut c/ S., D. E....", y por la Dra. Nelly García, en la Causa "Reyna, E. D,", C.J. OFIJU Esquel, NIC N°1.504, y Acum., NUF N°13.408), en la misma línea que el voto del Dr. Florencio Minatta.-

II.3. - Para fundar la decisión que anuncié, trataré seguidamente los tres aspectos centrales que conformaran los agravios del impugnante y su Defensa Técnica.-

II.3.1.- En tal sentido, y en relación a que el instituto en estudio vulneraría el principio de culpabilidad por el hecho, vale decir que la situación con la que debe enfrentarse quien aún habiendo sufrido las consecuencias gravosas derivadas de su efectiva prisionización por haber resultado condenado por la comisión de un delito, toma la determinación de cometer un nuevo hecho penalmente reprochable, cuando podría haberse determinado en la dirección contraria, impuesta por el mandato normativo que le imponía conducirse de otro modo, se hace pasible de un mayor reproche por este segundo hecho, que se traduce, a más de la ponderación de esa actitud -como atenuante o agravante, según se desprenda de cada caso particular-, en soportar algunos efectos previstos previamente por el legislador -entre ellos, los del propio art. 14 del C. Penal, señalado por el recurrente- por diversas razones de política criminal calibradas a la época de su sanción.- Y ello, como ya antes lo afirmáramos, no porque tal intensificación del reproche penal halle su génesis en alguna consecuencia vinculada al primer hecho por el que fuera procesado, juzgado

y por el cual cumpliera pena efectiva, sino que aquella se origina y vincula a su propia decisión, enmarcada en el ámbito de su autodeterminación, de incurrir en la realización de una nueva acción penalmente reprochable.-

Tal decisión es reveladora de un doble aspecto, subjetivo el uno, dada la nula incidencia que en su modo de conducción de vida ha tenido el castigo carcelario realmente padecido por el hecho anterior, y objetivo el otro, desde que muestra la insuficiencia relativa de la pena padecida para la evitación de recaídas en nuevos comportamientos delictivos, como se aprecia ocurriera en el caso, más allá de la nimiedad del segundo delito cometido.-

Esta reflexión, que reconozco ha sido extraída más de la realidad cotidiana, que de fatigosas elucubraciones dogmáticas, aspira a mostrar que la declaración de reincidencia, no tanto en sí misma, sino en cuanto a sus efectos, especialmente el contemplado en el art. 14 del C. Penal -obstativo ciertamente de la posibilidad de que el condenado pueda obtener su libertad condicional siempre y cuando se cumpla con las otras exigencias legales previstas en el art. 13 del código sustantivo-, más que importar una nueva sanción por el sólo hecho de que el agente haya ya cumplido pena por la comisión de un delito anterior, apunta a imponer -no para el anterior, sino para el nuevo hecho cometido-, modalidades de cumplimiento de pena más gravosas que las impuestas para la primer condena, obviamente existentes antes de que el imputado optara por cometer el nuevo hecho.-

Va de suyo que ello no implica imponerle ningún agravamiento ni pena por lo que la persona es -derecho penal de autor-, sino por lo que hizo -derecho penal de acto, atento el hecho reprochado en el juicio abreviado celebrado en esta causa -reitero, pudiendo autodeterminarse de otra manera, comportándose de acuerdo a la norma y al menos reconociendo

que gozaba de un permiso excepcional para su beneficio personal-, por lo que, dadas las razones expuestas, no se vislumbra queen elcaso se haya transgredido el principio constitucional citado por la Defensa.-

En ese sentido, con argumentos que comparto, se ha expresado que "el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por La Constitución Nacional; y si por opción legalel legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad..." (CNCP, Sala IV, 11/12/2000, "Ortiz, Juan C. s/ rec de cas.", c. 1.837, reg. 3.047, Voto Dra. Berraz de Vidal Vidal, cit. WebRubinzal ppypenall3.1.r8). -

Desde otro ángulo, pero en esta misma línea de análisis, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha destacado en el precedente "Bonina" -que fijara la doctrina legal en el tema en análisis y por ende de ineludible cita-, que "...el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera un estado que se reconoce y declara en la sentencia..." (Sala Penal STJCh, 10/10/2006, "B., V. A. s/ robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real",Expte. N° 20387-B-2006, del voto del Dr. Panizzi; id., voto Dr. Pfleger, Sent. N°045/2006, cit. WebRubinzal ppypenall3.1.r20).-

Y más concretamente aún, corroborando las razones que he expuesto sobre el cuestionamiento en análisis, destaco

que "...si se acepta la postura que ubica a la ' reincidencia en relación a la culpabilidad y no en el ámbito del hecho típico, es posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional...", pues "...lo que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el hecho nuevo, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido...", y que "...en torno a la presunta violación al principio de culpabilidad... el instituto de la reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad; incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia, las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente. En efecto en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea. Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto..." (CNCP, Sala II, 30/11/2000, "Lapalma, AD. Y Lloverás, M.F. s/rec. De cas", Voto Dr.

Fégoli; ídem CSJN, Fallos: 308:1938; 311:1451; 308:1938.- cit. WebRubinzal ppypenall3.1.r3).-

Además, no debemos olvidar que en el caso de autos, y conforme los antecedentes reseñados "ut supra", Sepúlveda no sólo había sido condenado, por la misma vía de juicio abreviado, imponiéndosele una pena importante -8 años- por un hecho también importante - cual es el de un homicidio simple, con el mínimo del quantum de la escala penal prevista-, sino que también en el marco de este juicio abreviado fue juzgado y condenado por la comisión de otro hecho delictivo, si bien de poca envergadura (hurto simple), pero sí previsto como ilícito penal.-

Por lo que llevo dicho, entiendo que la decisión de la "a quo" de declararlo reincidente, aplicando la normativa penal vigente, interpretada correctamente atento las reglas hermenéuticas impuestas por la CSJN en los fallos basales citados más arriba, obedeció simplemente a lo que el imputado hizo ("...Derecho penal de acto", entendido como el ejercicio del poder punitivo limitado a las acciones prohibidas por la ley..."), no a lo que Sepúlvedas es ("...Derecho penal de Autor, entendido como aquél en que la punición se [1] centraliza más en las características personales del delincuente que en el hecho cometido..."; el encodillado corresponde a conceptos extractados del fallo "Navarro, Z.A....", Expte. 3 603-02 96 del Trib.en lo Crim.N^{0} 1 Necochea, 04/08/04, Jur. On Line Eldial.com, 11/08/04).-

Y si además de aquél fundamento legal - inobjetable por cierto-, el resolutorio impugnado al enfrentar la objeción constitucional de la Defensa en los términos que vimos se planteara, se motivó particularmente en la doctrina legal establecida invariablemente por nuestro Máximo Tribunal Provincial, coincidente con la establecida por la CSJN -y como dije por gran parte de los superiores

tribunales de provincia-, pues entonces el mismo resulta ajustado a derecho, y por tanto susceptible de ser confirmado en todas sus partes, tal como lo adelantara, y así lo conviniéramos con mis colegas en la deliberación.-

II .3.2.- El segundo cuestionamiento de la Defensa, al que se hace acreedora la sentencia en crisis, apunta a que al declarar reincidente al imputado, se vulnera el principio de resocialización de la pena pues aumenta las consecuencias negativas que genera la privación de libertad cuando ésta es demostrativa del fracaso de un tratamiento resocializador que no fue brindado por el Estado y que se pretende reiterar con mayor cantidad de pena privativa de libertad tornándolo más vulnerable dado el efecto despersonalizante que tiene el encierro, fundamentalmente cuando, como en el caso de Sepúlveda - que cumplió buena parte de la primer condena en la Comisaría Ira. según lo refiriera, amén de su paso por otras Comisarías todavía de peores condiciones, como la de José de San Martín- , no se le brindaran las condiciones mínimas de detención fijadas constitucionalmente.-

Adelanto por lo que diré, que tampoco tal cuestionamiento debe prosperar, al menos como fundamento sobre el que pueda pivotear la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia, como lo pretende el impugnante.-

Al respecto, parto por señalar que esta visión de la Defensa, pareciera dar por sentado que la recaída en un nuevo comportamiento delictivo de su pupilo, habiendo cumplido parcialmente pena efectiva por un delito cometido con anterioridad y estando próximo a obtener su libertad condicional, ha tenido su génesis más en el fracaso de la finalidad resocializadora de la privación de libertad anterior sufrida, que en la propia determinación de Sepúlveda a reincidir en el delito, teniendo presente que

no estaba muy lejana la fecha de obtención de su libertad condicional.-

Sin perjuicio de que esta apreciación de la Defensaha sido expuesta en forma genérica, lo cierto es que ella sólo refleja una situación de hecho demostrativa de las falencias que en materia de resocialización de los condenados evidencian los actuales establecimientos de detención, sobre todo cuando la privación de libertad se cumple en alcaidías o Comisarías policiales, por deficiencias estructurales, tanto edilicias como por la carencia de personal especializado y multidisciplinario en el tratamiento de los internos.-

Adviértase al respecto, que como lo adelantamos, el impacto de la declaración de reincidencia sobre las consecuencias negativas que genera la privación de ¡libertad, sólo se vincula a una de las consecuencias del instituto, que es justamente obstar a que Sepúlveda : pueda lograr su libertad condicional, por imposición : del art. 14 del C. Penal y con ello, cumplir en prisión el resto de la pena impuesta, que en el caso será sólo de casi la mitad de su condena.- Por ello entiendo que el cuestionamiento en análisis, no debe ser receptado.- ‘

II.3.3. - En cuanto a que la reincidencia vulnera ; el principio "ne bis in ídem", de raíz constitucional, parto por señalar que, contrariamente a los argumentos sostenidos por el impugnante, entiendo que la objeción constitucional intentada apunta a que en definitiva, en i la reincidencia, el antecedente condenatorio, con pena ' parcial y efectivamente cumplida, que registra el imputado, se valoraría doblemente, en la medida en que el mismo se tomaría en cuenta a efectos de agravar la nuevacondena que se le dictó a Sepúlveda en esta ; causa(Conf. Fleeming - Viñals, "Las Penas../', pág.579).-

Sin perjuicio de la seriedad de tal objeción, adelanto que la solución que propondré, rechazando el planteo de inconstitucionalidad efectuado por los impugnantes, se fundamenta básicamente en la doctrina ; legal vigente tanto de la Sala Penal de nuestro Máximo ⁝ Tribunal Provincial, como la seguida hasta ahora por la CSJN, en los casos ya citados, y las decisiones de otros importantes Tribunales del país que la siguen.-

En ese sentido, ya en el caso "Bonina", (individualizado "ut supra", del 10/10/06),al pronunciarse sobre el particular, el Sr. Ministro Dr. Jorge Pfleger, que liderara el acuerdo, luego de j puntualizar que "la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente..." y de advertir que "...la inconstitucionalidad pedida... importa la última ratio del orden juridico...", fijó su postura en la materia que nos interesa afirmando que "...el principio que proscribe eldoble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia../'; en la misma linea, y sobre el mismo aspecto, el segundo Ministro votante, Dr. Javier Panizzi, en el punto VII de su voto, luego de aseverar que "...la reincidencia es el hecho de una persona que, luego de haber sido condenada por un delito, comete otro igual (reincidencia especial) o de distinta naturaleza (reincidencia general)../, puntualizó que "...la consideración de este instituto no transgrede el principio "ne bis in ídem", ya que no se trata de la aplicación de otra pena

por el mismo hecho, sino de emplear la reincidencia como precedente necesario para arribar al conocimiento cabal de las circunstancias particulares del caso../', agregando que "el tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes, en los términos del articulo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente.- De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera, como ya se dijo en el voto previo, un estado que se reconoce y declara en la sentencia...", por lo que "...la declaración de inconstitucionalidad pedida debe ser desestimada..." (STJCh, causa "Bonina, V.A.", antes cit.).- Sin perjuicio de los otros precedentes que siguieron esta misma linea, creo útil remarcar el último decisorio que he registrado de nuestra Sala Penal del Excmo. STJCh, en el cual al tratar idéntica cuestión, el Dr. Pfleger -también primer votante-, luego de reafirmar que "la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N° 20387-B-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada...", sostuvo que "...la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al juicio (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente...", reiterando que "...el principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias.

Pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena, entendida ésta' como lo que es: un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia..."; y agregó que "...el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, asi, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida..."; y que "...cuando esta declaración no resulta irrazonable, teniendo en consideración las particulares circunstancias de la causa, la norma adquiere plena vigencia...éste es ese supuesto..." (STJCh, Sala Penal, Causa "C., C.O. s/ homicidio...", CJ N°556-Leg. 3323, Expte .N°21.479 -F°102-

Año: 2008, Sentencia del 10/02/2010, cit.Eureka sent. N°007-Año: 2010; agrego que los Ministros Panizzi y Rebagliati Russell remitieron a la doctrina del caso "B.,V.A." cit.)

En esta misma linea, la CSJN, desde el antiguo fallo ya citado ("L'Eveque, Ramón R.", del año 1988), viene sustentando la misma doctrina, sin que se hayan producido mutaciones al respecto, no obstante el tiempo trascurrido y a pesar, como dijimos, de su nueva integración.- En aquél precedente, la Corte se pronunció sobre la validez constitucional del instituto, y en relación a la violación a la garantía que prohíbe la doble persecución, sostuvo que "el principio non bis in ídem, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -es entendida ésta como un dato objetivo y formal- es a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en losque el individuo incurriese en una nueva infracción criminal...",

aseverando a su vez que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya; cometido el delito anterior, sino al hecho de haber;

sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir[1] pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...", y que, "... aún cuando no se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comportarse una mayor pena. . . lo que se sancionaría con mayor rigor ¡ sería exclusivamente la conducta puesta de relieve! después de la primera sentencia no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta...".- Y agregó, que resultando evidente que la insensibilidad demostrada por el sujeto "...ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte dela valoración, integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, mal podía argüirse que se le ha vuelto a juzgar y sancionar por la misma conducta...". - (CSJN, *"L' Eveque, Ramón Rafael...", 16/08/88, Fallos 311:1451, cons. 7 a 9, cit. por Fleeming - Viñals, ob j cit., pgs.582/583).-

II.3.4. - Asimismo, creo útil destacar que el mismo¡ fallo de la CSJN, contestando la posible afectación que la reincidencia podría ocasionar al principio constitucional de igualdad ante la ley, se encarga de afirmar que "... la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que considere diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aún que su fundamento sea opinable...", y que "el distrito tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del código penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exterioricen esa persistencia delictiva, se justifica

por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta" (Fallo cit. por aut. cit. ob cit., pág. cit.).- En la misma línea se pronunció la Sra. Fiscal General Dra. Bottini al fundamentar en esta instancia su rechazo a la impugnación en trámite (conf. audio audiencia cit.).-

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

Resalto particularmente, como lo acabo de sugerir, que la solución que propugno, sin perjuicio de las razones jurídicas que la sostienen, se halla en' sintonía con la

llamada "doctrina del leal; acatamiento", consagrada por nuestro Máximo Tribunal Nacional, y conforme la cual si bien la CSJN sólo puede decidir en casos concretos sometidos a su conocimiento' y decisión, "siendo sus fallos obligatorios para casos^ análogos, los jueces "inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos", por lo qué carecerán "...de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carecer de intérprete supremo de la Constitución Nacional..." (conf. entre otros, fallos: 307:1094; 25:354; 30:1094; 311:1646).- En esta línea; también resulta útil transcribir la adopción de dicha doctrina por la Sala Penal de nuestro STJCh, expuesta en uno de sus últimos fallos, citado más arriba . Conforme a ella, y luego de advertir que "...La constitucionalidad del instituto de la reincidencia fue motivo de sucesivos pronunciamientos de la Sala, en línea con el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que -desafortunadamente- no han sido atendidos por algunos Tribunales...", recordó que si bien la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, no resulta obligatoria "per se", advirtió que"...El leal acatamiento de los fallos de la Corte Suprema es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones..." (S. 173. XXXVIII.; "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo" del 05/03/2003, T. 326, P. 417) y en el mismo sentido: "...Acertadas o no las sentencias de la Corte, el resguardo de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones, y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan... (Fallos 316: 180, Antonio Galassi, del 26 de Febrero de 1993). No ha de olvidarse, pues, la

condición de última instancia provincial de las sentencias de este Cuerpo y -reitero- el alineamiento en la materia con los precedentes del Alto Tribunal Federal, como razón para predicar que, sin desmedro de la versación de sus opiniones que podrán dejarse a salvo, es preciso que se atienda a la doctrina que se ha sentado en los casos paradigmáticos." (STJCh, Sent. N° 026/2014, del 05/06/14, Expte. 23236, Causa "Bejar, F.N. y Otros PSA inf.art. 189 BIS - Trelew", del voto del Dr. Pfleger).-

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

Los fundamentos que sostienen los precedentes[1] que acabo de citar -junto a todos los que como[1] refiriera más arriba, siguen la doctrina allí sentada, que dado su número sería imposible citar-, así como' las opiniones doctrinarias que los avalan, me permiten sostener la constitucionalidad del instituto eri cuestión y por ende, rechazar el planteo contrario del impugnante, confirmando en su virtud, el punto

2) del resolutorio en crisis, con costas al imputado (arts. 29 inc. 3º C. Penal, 239, 240,241,247 y ccdtes. CPP).- Así me expido respecto de la segunda cuestión propuesta.-

II.5.- Finalmente, creo útil, a manera dé síntesis, y aún a riesgo de reiterar algunos conceptos, mostrar los ribetes esenciales de la postura que respecto de la constitucionalidad de la reincidencia ha asumido nuestra Sala Penal del STJCh, postura que fuera condensada ya en el precedente caratulado: "G. , A. H. s/ Homicidio s/ Impugnación", Expte. N° 22.094 - Folio 5 - Año 2010 (STJCh, Sent. N° : 026Año: 2011, 14/04/11), y que se mantiene como vimos hasta hoy.- Allí nuestro Máximo Tribunal Provincial se ocupó puntualmente contestar fundadamente todos los cuestionamientos constitucionales planteados por el impugnante en el caso que nos ocupa.- En este sentido, cito la parte pertinente del voto del Dr. Jorge Pfleger, allí, luego de reconocer que "...el instituto de la reincidencia ha sido criticado en clave constitucional...", recordó que "... ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "... la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido un delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla cumplido antes recae en el delito..." (ver CSJN caso L'Eveque, Ramón, L. 513. XXI.; 16-08-1988; T.311P.1451). -

Bajo la premisa de que el principio de igualdad en la Constitución Nacional no es el de la igualdad rasa sino aquel que implica que la igualdad es entre quienes se hallan en igualdad de condiciones, sostuvo la Corte, en el precedente aludido, que: "... La garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta

situaciones que considere diferente, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos aunque su fundamento sea opinable..." y que "... El distinto[1] tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, enj los términos del art. 50 del Código Penal, cometen uri nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta..." (En el mismo caso ya citado)...".-

Y "...en lo que atañe al "non bis in idem" sé sostuvo que éste prohíbe la nueva aplicación de la pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos enlos que el individuo incurriese en una infracción criminal (En el mismo caso que se ha citado)...".- En este punto advirtió el Dr. Pfleger, con la precisión conceptual que le es propia, que "...no parece que la Corte hubiera cambiado el criterio a pesar de la diferente composición...",; agregando que "...en el caso "Gramajo" (G. 5 60. XL; RHE 05-09-2006; T. 329 P. 3680, que concernió a la aplicación en el supuesto del art. 52 del C.P.) el voto del doctor Petracchi específicamente mantuvo que: "... El instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal) se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito; el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho...".-

Y agregó que "esta posición parece extraerse del precedente Mannini, Andrés Sebastián s/causa N° 12.678 del 17/10/2007 {M. 619. XLII; RHE T. 330, P. 4476) cuando con remisión al dictamen del Procurador General la Corte aceptó que "... El art. 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quien recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente y si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios se señaló que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia../'.- Este antecedente fue reiterado en A. 2387. XLI; RHE "Alaniz, Eduardo' Francisco o Martínez, Oscar Guillermo s/robo con armas —causa N° 840— del 05/02/2008 (T. 331, P. 28); en autos: "R.1104.XLI;RHE Rodríguez, José Jerónimo y otros s/robo calificado por su comisión en lugar poblado y en banda -causa N° 92.730" del 01/04/2008; e "1.315.XLII; RHE Ibáñez, Gerardo Ismael s/hurto simple en grado de tentativa - causa N° 717" del 20/05/2008 (La consulta de los antecedentes que están en estos párrafos y los anteriores lo ha sido desde la base de datos de la página web de la CSJN, Secretaría de Jurisprudencia). - Y con base en estos precedentes, sostuvo: "Es correcto decir que en los litigios pre- enunciados la Corte sólo estatuyó las condiciones de aplicación del art. 50 del C.P, pero no se me ocurre que haya puesto óbices a su constitucionalidad.- Máxime cuando en el caso "G.704.XLIII; RHE Gago, Damián Andrés s/causa N° 2175 del 0 6/05/2008 (T. 331, P. 1099) con toda claridad persistió, al menos mayoritariamente, en que "... El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevoj reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una^ **i** mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más

intensa frente al nuevo hecho..." homologando de esa| manera el dictamen de la Procuración General, al quej remitió. (Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi,j Maqueda; Voto Argibay; Disidencia: Lorenzetti, Zaffaroni).-

Finalmente, indicó que "...este breve repaso por la| jurisprudencia del Máximo Tribunal Argentino, es[1] fundamento de autoridad para mantener nuestro criericj en sentido que la aplicación del instituto de la reincidencia, siempre que estén reunidos los requisitos de la ley no vulnera ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional ni cercena las garantías que los protegen..." (STJChSala Penal, Sent. N°: 026-Año: 2011,14/04/11, causa caratulada "G., A. H. s/ Homicidio s/ Impugnación" (Expte. N° 22.094 - Folio 5 - Año 2010),* pongo de resalto que en el precedente citado, votaron en el mismo sentido que el Dr. Pfleger, los Sres. Ministros Alejandro Javier Panizzí y Daniel Alejandró Rebagliati Russell.-. !

II. **6.-** Para finalizar, y en relación a lo manifestado por el imputado al final de la audiencia; podrán resumirse sus alegaciones básicamente a dos aspectos: en primer lugar, al intentar minimizar la gravedad de su comportamiento al cometer el segundo delito (hurto simple de una bicicleta en el pasillo de la Escuela, en las circunstancias y condiciones referidas), atribuyéndolo más a un momento de euforia derivado de la ingesta de un medicamento y a su impulsión que a una decisión deliberada, considerando una demasía que la reincidencia declarada en su consecuencia, obste a la futura obtención de su libertad condicional, sobre todo teniendo en cuenta su arrepentimiento demostrado luego del hecho revelado en su iniciativa a restituir la bicicleta hurtada a su dueño.- Y en segundo lugar, al resaltar la poca receptividad de las autoridades policiales y judiciales a sus reiterados pedidos para ser trasladado un establecimiento carcelario más adecuado para cumplir su condena y los fines de resocialización de la

pena, que las Comisarías, como es la Unidad 14 del SPF,- Y ello no obstante que más allá del hecho de hurto cometido, su comportamiento intramuros trató de ser siempre óptimo.-

Si bien tales argumentos y alegaciones son al menos entendibles si se las observa desde su situación actual de prisionización, sin embargo no tienen posibilidades de ser receptadas en el marco de la presente impugnación, direccionada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de un instituto reglado por una disposición expresa del Código Penal.-

En relación al primer aspecto señalado, si bien, como atinadamente lo ha reconocido la Sra. Fiscal General' Dra. Bottini al alegar en esta instancia, el segundo hecho cometido fue de escasa importancia y gravedad, sin embargo el mismo no deja de configurar un ilícito penal consumado (art. 162 del C.Penal), con la significación que ello tiene a los fines de integrar uno de los requisitos legales exigidos para la declaración de reincidencia.- Y ello, más allá del arrepentimiento de su autor luego de cometido, y más allá de su laudable iniciativa de restituir el bien sustraído a su propietario, cuestiones ambas que tienen su ámbito propio de ponderación en el momento de determinación judicial de la pena, lo que en el caso, ha ocurrido a juzgar por la imposición del mínimo de la pena previsto en la escala del ilícito enrostrado a Sepúlveda.-

Y, por otro lado, tampoco puede soslayarse que su alegada predisposición a reencauzar su vida aprendiendo algún oficio o capacitación para lograr su futura reinserción social -reiteradamente marcada en su discurso-, resulta marcadamente contradictoria con su comportamiento real en el hecho.- Adviértase sino, qué justamente en la primera ocasión en que se puso á prueba aquella aspiración, dado que gozaba en ese momento, de libertad ambulatoria y podía ejercer plenamente sus facultades de autodeterminación -elegir o no cometer la

sustracción, es decir, alzarse o no contra la norma penal citada-, eligió deliberadamente comportarse como lo hizo.- Es obvio que no justifican esta elección voluntaria de actuar en contra de lá norma, ni su euforia circunstancial ni su impulsividad, cuyas consecuencias debió prever, más allá de que sean circunstancias que puedan merituarse al mensurar la pena.-

En relación al segundo aspecto, más allá de las falencias que presentan los lugares de cumplimiento de la pena en relación con la finalidad resocializadora dp ésta, que marcamos más arriba, y las dificultades que siempre se reiteran en relación al ingreso a la Unidajd 14, las posibilidades de mejoramiento de taléis situaciones son ajenas al estrecho marco de la impugnación en tratamiento.- Sin perjuicio de ello, atento las posibilidades de acceder a conocimientos y aprendizaje de los oficios que se adecúen a sus habilidades, que se le están dando en el trámite de ejecución de la pena, según lo referido por el propio Sepúlveda, no obstante estar detenido en una Comisaría, entiendo que será beneficioso para el imputado y estará en sintonía con la aspiración que señalamos.-

III. - En la seguridad de haber dado respuesta fundada a todos los agravios planteados, concluyo, tal como lo conviniéramos al final de la deliberación y lo adelantara más arriba, que corresponde rechazar la impugnación planteada, confirmándose por ende el punto 2) del resolutorio del Sr. Juez "a quo", Dr. Jorge A. Criado, que declarara a Sepúlveda reincidente (art. 50 del CPP), imponiéndosele el pago de las costas causídicas producidas en esta instancia (arts. 29 inc. 3º del C. Penal', 238, 241, 247 y ccdtes. del CPP) .-

IV. - Corresponde finalmente, regular los honorarios profesionales devengados por la Sra. Abogada Adjunta del MPD, Dra. M. V. P., Defensora Técnica del recurrente, por sus tareas e intervención en esta instancia, teniendo en cuenta la

naturaleza del asunto materia del recurso, el mérito de la labor profesional realizada y el resultado obtenido, los se fijan en el 25 % de los regulados a la citada profesional en la instancia de origen (conf. arts. 6, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, N° 4) y cuyo pago estará a cargo de su defendido L. D. S. (Conf. arts. 239, 240, 247 y 250 del CPP).~

V. Así voto.- **La Dra. Estefanía dijo:** En el marco de la pretendida declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, tal como lo he sostenido en casos anteriores, comienzo el tratamiento de los agravios de la defensa fijando el alcance que el máximo Tribunal Nacional otorga a la finalidad de dicho instituto, al decir que *"...La mayor severidad en el* : *cumplimiento de la sanción no se debe a la* \ *circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa* ' *oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado* de *culpabilidad de la conducta posterior a raíz del* **i** *desprecio que manifiesta por la pena quien, pese* **a** *haberla sufrido antes, recae en el delito."* **(CSJN, 16/08/1988, "L'Eveque, Ramón Rafael p/ robo", T. 311, P. 1451).** (todas las citas son de Ed. Rubinzal - Culzoni online).

Así entendido, debe en primer lugar determinarse[1] si la norma atacada resulta contraria al ordenj constitucional, visualizando el bloque federal de constitucionalidad en los términos ampliatorios del: Art.75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional, para luego' dilucidar del planteo de la defensa si aquellos, fundamentos de sus alegaciones que se refieren estrictamente a distintas instancias del proceso y la aplicación de lo principios "ne bis in idem", igualdad ante la ley y principio de culpabilidad, permiten arribar a las conclusiones a las que pretende el recurrente que el Tribunal adhiera, en su intento de una aplicación de la ley "más constitucional", según indica.

La jurisprudencia se ha encargado de señalar que "...El *instituto de la reincidencia (art. 50, Código Penal) ha pervivido a la reforma legislativa (v. gr. ley 23.057) y al control de constitucionalidad llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación...".* **(SCBA, 13/09/2006, "U. , J. s/ Recursos de casación", P 87309 S, Jueces: Pettigiani-de Lázzari- Soria-Hitters-Genoud. Sumario nº B 70415),** y asimismo, en tanto las alegaciones de los agraviados no resulten más que posturas doctrinarias en contra de la aplicación del instituto, sin verificar la contradicción de la norma con el bloque federal de constitucionalidad ya señalado, se ha indicado que *"...no puede perderse de vista que, al fin de cuentas, se trata de un instituto establecido por el legislador que también cuenta con apoyos doctrinarios y cuya validez constitucional al menos frente a algunos de los principios que ha invocado la defensa- ha sido afirmada ya por la Corte Suprema. Así las cosas, la prudencia exigida a los jueces en el control constitucional de las leyes reclama a esta instancia considerar los embates dirigidos contra la validez de las normas con cautela allí donde no es manifiestamente patente la vulneración de un derecho fundamental. Y en función de ello*$_r$ *la opinión contraria a la validez del instituto no alcanza a justificar en esta instancia la invalidación del criterio decidido legislativamente y que la Corte Suprema avaló".* **(SCBA, 15/03/2006, "F., O. s/ Robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y resistencia a la autoridad", P 73200, Jueces: de LázzariHitters-SoriaKogan-Genoud.).**

Volviendo a las directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiendo que en el análisis solicitado no debemos recurrir a otras fuentes de interpretación de la ley más que a su propio texto, dada suextrema claridad, como yahe señalado. Asi, conforme reza elmentado Art. 50 del Código de fondo - en su redacción según ley 23.057- habrá reincidencia

siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. El instituto en estudio requiere en primer lugar de la preexistencia de una condena firme a pena privativa de la libertad que el condenado haya cumplido total o parcialmente, extremo í cuya existencia ambas partes han confirmado en la audiencia, para discutir solo sobre los diversos alcances que debe darse a la reincidencia.

La ley vigente regula el sistema de la reincidencia real o efectiva, denominada también como reincidencia verdadera o propia, y conforme ha señalado el máximo Tribunal Nacional la misma parte de la base **j** de que existiendo una condenación efectivamente ^ sufrida, y verificada la comisión de otro delito (en el caso existe sentencia firme de condena por juicio! abreviado), supone por parte del reo un desprecio por el castigo padecido, y en ese sentido (traída en cita en el fallo que identifico) la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que ... *'Lo que interesa* a' *los fines de la reincidencia, es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no\ i obstante lo cual reincide demostrando su insensibilídad¡ ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza; cuyo alcance ya conoce)".* **(C.N.C.P., Sala III,i 28/6/2004, "Acosta, Hernán M. s/rec. De cas.", c.| 5.110, reg. 340, Jueces: Riggi, Ledesma, Tragant, PJN Intranet. Citas: C.S.J.N. Fallos: 311:1209; 308:1938. C.N.C.P. - Sala III, "Pajón, Armando s/rec. de casación", Reg. n° 136, rta. el 13/10/94; "Grimaldi; Oscar s/rec. de casación", Reg. n° 262, causa n° 1066; rta. el 26/06/97; "Correa, Jorge A. s/rec. de casación", Reg. n° 52, causa n° 1434, rta. el 26/02/98; "Aguirre, Juan C. s/rec. de casación", Reg. n° 413, causa n° 1824, rta. el 08/09/99 (votos del Dr. Riggi) ; Sala I, "Collia, Damián J. y Krebs, Marcelo s/rec. de casación e inconstitucionalidad", causa n° 4594,**

rta. el 28/02/03; Sala II "Ruiz, Daniel O. s/rec. de revisión", causa n° 363, rta. el 06/02/95; Sala IV "Borgo, Julio F. s/rec. de casación", causa n° 295, rta. el 08/03/96.), y el mismo Tribunal agrega que *"...A los fines de la reincidencia, es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena'. (Voto del Dr. Tragant, adhiere Dr. Riggi; Dra. Ledesma, según su voto)* **(mismo fallo referenciado).**

La defensa de Sepúlveda, en su intento de provocar la inaplicabilidad de la ley señalando su inconstitucionalidad, denuncia afectación del principio del "ne bis in idem" interrogándose si debiera permitirse que una sentencia anterior produzca efectos en el presente caso, indicando que acceder a ello afecta la declaración de culpabilidad. He de disentir con la Defensora en tal sentido ya que la ubicación de la reincidencia en relación a la culpabilidad, y no en el ámbito del hecho tipico, es justamente la postulación que permite sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional, dado que "...lo *que funda la agravante es una mayor culpabilidad por el hecho nuevo, mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido. En torno a la presunta violación al principio de culpabilidad cabe afirmar que el instituto de la reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se ' identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de*

tal . naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente. En efecto **en** *el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea . Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabílidad por ese acto. (Voto del Dr. Fégoli)".* **(C.N.C.P., Sala II ,j 30/11/2000, "Lapalma, AD. Y Lloverás, M.F. s/rec. De cas", Jueces: Fégoli, David, Madueño, PJN Intranet. Citas : Garcia Luis M. , "Reincidencia y punibilidad" 1 págs. 125/129. C.S.J.N.: Fallos: 308:1938; 311:1451; 308:1938.).**

También se puede señalar que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut, en un fallo reciente (de fecha 23/09/09), caratulado*"M. , R. M. s/ Abuso Sexual Impugnación" (Leg, N° 21.123 - F° 53 - T° II - Año: 2.008, letra "M")*, ratificó la doctrina de la Corte Provincial que rechaza la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (causa: *"B. , V.A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones todo en concurso real" Expediente N° 20.387 - B - 2.006)*, de cuyos fundamentos, y en especial del voto del Dr. Panizzi, puede extraerse que: *"...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 particulares del caso -de conformidad a las reglas de los*

artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito...". Aclara el Ministro que "...el *tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes*, en *los términos del artículo 50, cometen un nuevo delito, con respecto a quienes no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por la indiferencia hacia la pena que les ha sido impuesta anteriormente. De manera que la condena anterior es entendida como un elemento objetivo y formal que genera... un estado que se reconoce y declara en la sentencia.".*

Resulta, entonces, a todas luces inaplicable el criterio sostenido por la defensa, justamente por no ser la interpretación que propugna ajustada al marco constitucional, por el contrario su análisis parcializa el instituto y su finalidad dispuesta por el legislador en su habilitada tarea de disponer reglas de política criminal, de aplicación obligatoria (orden público), por tanto el desacuerdo con el instituto solo habilita el requerimiento de la remoción de la norma ! del cuerpo normativo nacional por las vias de reforma legislativa constitucionalmente habilitadas, intentando ' la derogación de norma o bien postulando su inconstitucionalidad, como en el caso.

En cuanto a la supuesta "excepcionalidad del caso", construida por la defensa sobre la base de la; situación personal del imputado, con relación a los lugares donde ha cumplido su pena, esto es en Comisarías -y no en la Unidad Penitenciaria Federal Nro. 14, como lo ha solicitado insistentemente elj condenado- en las cuales no se le brindaría ningún tipo de tratamiento, que facilitara su resocialización, considero que si bien las existen serias deficiencias edilicias y en recursos humanos capacitados, por no ser lugares naturalmente aptos para el alojamiento de presos condenados, lo cierto y concreto es que se| realizan esfuerzos desde diversas instituciones para[1] tratar de reducir el déficit

señalado. En ese sentido, el propio imputado ha reconocido que ha realizado cursos de capacitación y que ello fue el elemento facilitador del adelantamiento del derecho a obtener! salidas transitorias educativas, tal como lo prevée la ley Nro.24.660. De tal modo, que no es posible darle al caso la especialidad pretendida por la Defensa, pues la comisión de un nuevo delito, en la primera salida educativa que el Juez le otorgara, es una demostración del desprecio que el imputado tiene, tanto de la ley como del Poder Judicial. En este caso ni la supuesta levedad del hecho, ni la devolución a la víctima del bien sustraído ilegítimamente, ni las disculpas al Juez de Ejecución que concedió las salidas, son conductas que puedan justificar que este Tribunal no aplique la ley. En todo caso, son circunstancias que se deben valorar al momento de cuantificar la pena y entiendo que ello ha ocurrido, toda vez que se le aplicó un mes de prisión.

Por otro lado, el buen comportamiento demostrado luego de la comisión de este hecho, no cometiendo nuevos delitos e inclusive la concurrencia a un establecimiento educativo para terminar la educación secundaria, ya han merecido su recompensa, pues el imputado ha podido retomar las salidas educativas, y de continuar por esta senda, podrá obtener las demás salidas previstas en la ley que regula la ejecución de las penas.

Sólo me resta agregar sobre el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia efectuado por la Defensora, que mi posición, coincidente con la del Máximo Tribunal de Justicia de nuestra provincia, se ha visto reesforzada por la decisión de la C.S.J.N., en los casos "CABAIL ABAD, Juan Miguel" (Causa Nro. 16035, con fecha 6/03/2014) y "AREVALO, Martín Salomón" (Causa Nro. 11835, con fecha 27/05/14), mediante la cual el máximo Tribunal de nuestro país rechazó el planteo de inconstitucionalidad del régimen de

agravación de la pena por la reincidencia, a cuyos fundamentos me remito.

Por lo tanto el agravio de la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, debe rechazarse y debe confirmarse la declaración de reincidencia dictada en la primera instancia por el Dr. Jorge Criado en el segundo punto del fallo de la sentencia dictada el 2 de octubre de 2014.

En cuanto a los honorarios de la Dra. Valeria P., por su actuación en esta etapa impugnatoria, deben ser fijados en un veinticinco por ciento de los regulados en la primera instancia, los que estarán a cargo del imputado. Así voto.

La Dra. Garcia dijo: Para atender los agravios de la Defensa en primer lugar corresponde corroborar si se dan las condiciones objetivas para la aplicación del art. 50 del C. Penal.

En este caso he corroborado que L. D. S. se encuentra cumpliendo una condena a ocho años de prisión por un homicidio y se encuentra detenido desde el 25 de octubre de 2010 y el hecho lo comete el 14 de marzo de 2014, llevaba cumplidos tres años y cinco meses, que representan el 42% del total, 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, como ya me expedí en la causa "Provincia del Chubut c/G. R." (NIC 2441 NUF 22851) cambié mi postura, ante el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

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, interpretando que era muy posible que llegado el caso, la Corte Suprema de Justicia se expida 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 doctrinarías, que no fueron acogidas y al no tener nuevos argumentos para poner en crisis los argumentos de la Corte, considero que debe confirmarse la constitucionalidad de la reincidencia. Así lo voto.

Sin perjuicio de ello, haré una breve referencia a los otros argumentos secundarios que utilizó la Dra. P.. Sostuvo que a pesar de tener una condena larga nunca se lo trasladó a la Unidad 14, aunque daba ejL perfil y cumplirla en una Comisaría no es el lugar- adecuado, ni se le puede brindar en ese marco un tratamiento integral. Si bien los condenados deberían cumplir la pena en institutos especializados, Sepúlveda había accedido a cursos educativos y salidas transitorias adelantadas en el marco de la ley N¡° 24.460.

Cuando se cuestiona la constitucionalidad de una norma, lo que se discute es su contradicción con la Constitución, que es la norma superior, por lo que las otras cuestiones planteadas, como el estado de ánimo alterado al momento de cometer el hurto y las deficiencias del lugar de detención, debenresolverse en otras instancias. Al discutirse la culpabilidad en el debate para lograr una disminución en la pena, que en este caso se torna abstracta porque se le aplicó el mínimo legal. En el incidente de ejecución para procurar el ingreso al sistema penitenciario.

En consecuencias dichos planteos deben ser rechazados por ser ajenos al objeto del recurso. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios de la Defensora Pública Dra. M.

V. P., deben fijarse en el 25% de lo regulado en primera instancia, conforme lo dispuesto por los arts.1,3; 5, inc. b, c, d y f; 7; 44 y ccdtes. de la ley XIII N° 4. Así lo voto.

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

================== F A L L A :==========================

I) RECHAZANDO LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA planteada por el imputado **L. D. S.**, con la asistencia letrada de la **Sra. Abogada Adjunta del MPD, Dra. M. V. P. y CONFIRMANDO EL PUNTO 2) DE LA SENTENCIA N° 1832/2014 de la Oficina Judicial Esquel**, dictada por el **Dr. Jorge Alberto CRIADO.-**

II) IMPONIENDO al imputado L. D. S. el pago de las costas causídicas devengadas en esta instancia (arts. 29, inc.3º del C.Penal y 239, 240, 247 y 250 del CPP).-

III) REGULANDO los honorarios profesionales de la **Sra. Abogada Adjunta del MPD, Dra. M. V. P.** por su intervención en esta instancia, los que se fijan en el 25 % de los regulados en la instancia de origen (conf. arts. 6, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, N° 4), cuyo pago estará a cargo del imputado, en el plazo ley (Conf. arts..239, 240, 247 y ccdtes. del CPP).-

IV) Copíese, Protocolícese y Comuniqúese.-

Registrado bajo el N° 2294/14
Fdo. Nelly García. Carina Paola Estefanía. Víctor Alberto Sarquis