

**Voces:** PROCEDIMIENTO PENAL ~ PENA ~ GRADUACION DE LA PENA ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ DEFENSA EN JUICIO ~ SENTENCIA CONDENATORIA ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ NON BIS IN IDEM ~ CULPABILIDAD ~ REINCIDENCIA ~ ANTECEDENTES PENALES

**Título:** Sobre las pautas de mensuración de la pena en el sistema normativo vigente

**Autor:** Lopardo, Mauro

**Publicado en:** Sup. Penal2013 (febrero), 13

**Fallo comentado:** [Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán ~ 2012-11-20 ~ A.E.O. y V.,S.H. s/robo agravado](#)

En el marco de un sistema de enjuiciamiento penal respetuoso de los lineamientos fundamentales de los derechos humanos, dentro de los deberes propios del juez -en su praxis funcional como garante de la Constitución Nacional- se encuentra el de dar plena fundamentación a las decisiones que adopte.

Esta exigencia, a la luz del derecho de defensa en juicio de la persona perseguida penalmente, posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues permite advertir cómo ha sido estudiada la base fáctica en cuestión, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos o fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y del mismo modo, si ciertamente se ha aplicado el derecho según el sentido motivado de justicia.

Por lo pronto, si bien esta obligación particular que recae sobre el juez es común a toda clase de proceso judicial, lo cierto es que en el ámbito penal adquiere mayor trascendencia por lo que implica en sí una sentencia condenatoria frente a los derechos y libertades del ciudadano.

Cierto es que, desde siempre y hasta nuestros días, la cuestión en torno a la mensuración de la pena es una materia que "... ha sido olvidada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Son muy pocos los que se han interesado por uno de los momentos más importantes del procedimiento: aquél en el que se determina qué clase de pena y el quantum de ella que se le impondrá a la persona sometida a proceso penal". (1) Es justamente por este aspecto que la dirección de la valoración que los jueces deben efectuar en un caso en concreto debe tener un correlato ajustado, razonable y proporcionado con el monto punitivo determinado, ello pues, si se tiene en cuenta que "... el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella, lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar, y por lo tanto, necesariamente dentro del proceso, tiene que dársele la significación e importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado". (2)

Corresponde ser preciso y plantear la cuestión.

El Código Penal determina baremos o pautas que permiten al juez emprender la tarea de graduar la pena a imponer en un caso, de entre las cuales se puede notar la posibilidad de considerar las reincidencias en que hubiera incurrido la persona acusada y sus demás antecedentes. (3) Este es el objeto de análisis que aquí impulsa su evaluación por sobre el filtro de la constitucionalidad.

Sabemos que la estructura funcional y política de administración de justicia penal sólo emprende su marcha de persecución, investigación y resolución sobre la base de conductas humanas ilícitas (derecho penal de acto) y no sobre cuestiones que hacen a la personalidad, forma de vida o fuero interno (derecho penal de autor). Considerar los pensamientos, antecedentes condenatorios o supuesta peligrosidad de una persona es justamente un actuar propio de los postulados del derecho penal de autor, arbitrario de cara a los postulados filosóficos y políticos que enmarcan los cimientos de un Estado Constitucional de Derecho respetuoso de las garantías judiciales mínimas que hacen a la seguridad individual, propio de un Derecho penal liberal.

Al respecto, el Dr. Alejandro Slokar, en la causa "REARTE", entendió que ejercer fundamentaciones de este modo "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sent. del 20 de junio de 2005)". (4)

Entonces, por más que la letra hoy vigente del art. 41 del CP habilite la consideración de las reincidencias en que se hubiera incurrido y demás antecedentes, lo cierto es que ello es contrario al principio de culpabilidad, entendido como culpabilidad por el hecho o acto ilícito. Nótese que ya desde la normativa constitucional el concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad.

Para evitar el abuso de poder, la culpabilidad por el hecho debe ser el límite máximo por fuera del cual se produce el exceso señalado, y la medida de la pena impuesta no puede superar la gravedad del acto y de la

culpabilidad: "... entre los límites del ius puniendi cuenta la necesidad de respetar el llamado Derecho penal del hecho y la de rechazar el Derecho penal de autor. En otras palabras, que el Derecho penal no ha de castigar personalidades ni formas de ser, sino únicamente hechos, conductas que la ley pueda tipificar, describir de forma lo más precisa posible". (5)

Con lo cual, en concreto y de cara a la normativa supranacional imperante, a los fines de mensurar e individualizar la pena a imponer por un nuevo hecho, es verdaderamente cuestionable considerar una sentencia preexistente o bien el cumplimiento efectivo de una pena anterior o los antecedentes que fueren.

Pero estas consideraciones no sólo se ajustan a la óptica de la culpabilidad, sino también desde el foco del ne bis in ídem (6), garantía esta que representa una barrera infranqueable o límite objetivo y concreto hacia la pretensión punitiva del estado (que sólo puede ser ejercida por única vez contra la misma persona al tratarse sobre el mismo hecho), que aquí también resulta afectada, pues, fácilmente puede detectarse cómo la consideración de las reincidencias y demás antecedentes resultan ser fallas que agravan y que por ende comprometen la situación personal y procesal de la persona imputada.

Con respecto a la valoración incorrecta de algunas aristas, la Dra. Ángela E. Ledesma ha dicho que ciertos aspectos, como por ejemplo "la ausencia o registro de antecedentes penales, no pueden ser evaluados a ningún efecto, so riesgo de afectar notablemente el principio ne bis in ídem -arts. 75 inc. 22 de la C.N.; 8º: 4º de la C.A.D.H.; 14: 7º del P.I.D.C. y P.; y 1º del C.P.P.N.-". (7)

Del mismo modo, el Dr. Augusto Diez Ojeda en un caso similar, analizando si las circunstancias ponderadas por el tribunal sentenciante, a la hora de fijar el quantum punitivo resultaban ajustadas a derecho, advirtió que se habían valoraron negativamente los antecedentes condenatorios de la persona, y dijo: "... considerar los antecedentes condenatorios que registra el imputado, resulta conculcatorio del principio de ne bis in ídem... Ello así por cuanto los hechos que ya han sido oportunamente juzgados y sancionados, no pueden ser valorados nuevamente en perjuicio del encartado, sin riesgo de vulnerar el ya aludido principio". (8)

Como última cuestión, no podemos perder de vista el significativo avance dirimente-conceptual que en el último tiempo ha adquirido la discusión en torno a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia. Así, se han dictado ejemplares fallos en diversos fueros de la justicia nacional, como lo ha sido la resolución mayoritaria de los Dres. Salas y Vázquez Acuña del Tribunal Oral n° 1 en el caso "González, Alejandro Ramón, Cnochaert, Ricardo Luis y Ávila, Gustavo Ariel" (9), el voto del Dr. Slokar en el ya citado "Rearte" (10), el voto mayoritario en los casos "Deheza" (11), "Argañaraz" (12) (en los cuales, si bien circunscriptos a distintos temas de fondo (13), las consideraciones de los jueces Slokar y Ledesma resultan coincidentes con lo que aquí se sostiene), igualmente en forma mayoritaria el caso "Díaz" (14), como así también el reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán en los autos "A.,E.O. y V.,S.H. s/ Robo Agravado". (15)

Estamos convencidos que a la luz de los postulados rectores del liberalismo, un juez de la Nación, al momento de mensurar pena, no debe realizar un juicio retroactivo a causas finalizadas a fin de recabar un fundamento adicional para determinar y justificar el quantum que satisfaga ajustadamente su interés directo respecto de la situación procesal del acusado, ya que valorarse en dos oportunidades las reincidencias o condenas que pudo haber tenido una persona ocasiona una afectación al principio de culpabilidad por el acto y al principio de orden superior ya anotado (arts. 75 inc. 22 de la C.N.; art. 8.4 de la CADH; art. 14.7 del PIDCyP; y art. 1º del CPPN).

En definitiva, habrá que tener por no escrita esta referencia del art. 41 del CP que aquí se analizó y que no supera el filtro de la constitucionalidad.

(1) CFCP, Sala II, causa n° 14.852 "Curros, Jesús Manuel s/recurso de casación", del 13/11/2012, registro n° 20.792, del voto de la Dra. Ángela E. Ledesma.

(2) MAGARIÑOS, Mario, Determinación judicial de la pena, AAVV, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1993, pp. 71/72.

(3) Art. 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. Art. 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

(4) CNCP, Sala II, causa n° 14.423, "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación", del 21/12/2011, voto

del Dr. Alejandro Slokar.

(5) MIR PUIG, Santiago, El derecho penal en el Estado social y democrático, Barcelona, 1994, p. 143.

(6) Esta garantía, explica MAIER, si bien no surge expresamente en la Constitución Nacional (garantías no enumeradas del art. 33), sí tiene sustento en diversos textos normativos internacionales (art. 8.4 CADH y art. 14.7 PIDCyP), en MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, 2da edición 2da reimpresión, p. 596. Por su lado, CAFFERATA NORES explica que si bien ambas normas internacionales formulan la conceptualización en forma prohibitiva "... también podría enunciárselo diciendo que ninguna persona puede ser perseguida penalmente (y por cierto, tampoco juzgada ni penada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo", en CAFFERATA NORES, José I., Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, 2da. Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 116. En consonancia con ello, y pese al silencio constitucional, el art. 1º del CPPN estipula que nadie podrá ser "... perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho".

(7) CNCP, Sala III, causa n° 12.562, "Manrique, Alejandro Alfredo s/recurso de casación", registro 1670/10, del voto de la Dra. Ángela E. Ledesma.

(8) CNCP, Sala IV, causa n° 12.094, "Mariani, Juan Carlos s/ recurso de casación", registro 15.299.4, del voto del Dr. Augusto Diez Ojeda.

(9) TOC n° 1 de esta ciudad, causa n° 3887 s/c "González, Alejandro Ramón, Cnochaert, Ricardo Luis y Ávila, Gustavo Ariel", resuelta el 05/09/2011.

(10) CNCP, Sala II, causa n° 14.423, "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación", del 21/12/2011.

(11) CFCP, Sala II, causa n° 14.721 "Deheza, Héctor Floro s/ recurso de casación", del 03/04/2012, voto de los Dres. Ledesma y Slokar.

(12) CFCP, Sala II, causa n° 13.401 "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", del 08/05/2012, voto de los Dres. Slokar y Ledesma.

(13) En "Deheza" la cuestión a resolver fue por la declaración de reincidencia por parte del Tribunal Oral, cuando no había sido solicitada por parte del Ministerio Público Fiscal y, por ende, no fue materia de debate en la audiencia del art. 431 bis CPPN. En cambio, en "Argañaraz", el tema de discusión fue la constitucionalidad del art. 14 del CP en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados que fueron declarados reincidentes, pero lo que verdaderamente resultó interesante también fue el dictamen favorable por parte del fiscal de dicha instancia, el Dr. De Luca.

(14) CFCP, Sala II, causa n° 15.429 "Díaz, Emmanuel Matías s/ recurso de casación", del 10/09/2012, del voto de los Dres. Slokar y Ledesma, en el cual también el fiscal De Luca emitió opinión favorable respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia. Lo particular y trascendente del caso es uno de los pasajes que -a diferencia de sus votos anteriores- agregó el Dr. Slokar, al decir que "... una relevación de la discusión doctrinaria y jurisprudencial, informa que: '... la ideal tradicional de reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional' y se agregó que: 'No obstante, no por ello, habrá que tener por no escrita su referencia en el art. 41, puesto que, como se ha observado desde antiguo, puede tener el efecto de disminuir el ámbito de autodeterminación de la persona en cuanto a la culpabilidad de acto'".

(15) Corte Suprema de Justicia de Tucumán, sentencia n° 1031 de fecha 20/11/2012 en causa "A., E.O. y V., S.H. s/robo agravado", expte. N° 24846/2007, del voto preopinante del Dr. Gandur, al cual se adhieren el Dr. Posse y el Dr. Estofan. En concreto, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal de conformidad a la doctrina legal que determinaron: "El instituto de la reincidencia, consagrado en el artículo 50 del Código Penal, resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto y el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in ídem), los que aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos".