



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ SOA"
Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 1347
Legajo de Investigación Fiscal N° 12615.

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a veintinueve días del mes de diciembre de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias la Sra. Presidenta de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, **Dra. Nelly N. GARCIA**, juntamente con la vocal **Dra. Cristina I. JONES**, habiendo remitido su voto vía correo electrónico con firma digital la vocal subrogante **Dra. Mónica RODRIGUEZ**, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ SOA"**, de la **Oficina Judicial Esquel NIC N° 1347 Legajo de Investigación Fiscal N° 12615**, en la que tuvieron debida participación el **imputado**, la Sra. Abogada Adjunta de la Defensa Pública, **Dra. Valeria PONCE**, y el Sr. Fiscal General, **Dr. Fernando Luis RIVAROLA**, en representación del Ministerio Público Fiscal. --

---Y RESULTANDO:-----

Que en tiempo procesal oportuno fue interpuesta a fs. 34/39 por la Sra. Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. Valeria Ponce la impugnación ordinaria en trámite, contra la sentencia definitiva que dictara el Tribunal Unipersonal integrado por el Sr. Juez Penal Dr. Jorge Alberto Criado, registrada bajo el N° 798 Folio 1488/1489 Año 2010, que condenara a OAS a la pena de UN AÑO de prisión de cumplimiento efectivo, por el delito de Hurto en grado de tentativa en concurso real con Hurto, y que lo declarara reincidente, por los hechos ocurridos en Esquel el día 20 de febrero del año 2010 en el albergue denominado "Cinco Pajaritos", y el día 6 de marzo de 2010 en el albergue denominado " Planeta Hostel".

Que conforme su escrito obrante a fs.34/39, las pretensiones de la recurrente se dirigieron a petitionar se revoque la declaración de reincidencia, declarando la

inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal, y se decreta la nulidad parcial de la sentencia de juicio abreviado.

Respecto a la declaración de inconstitucionalidad, fundó su planteo en la violación que la aplicación de dicho instituto genera a los principios constitucionales de culpabilidad por el hecho, "ne bis in idem", igualdad ante la ley y el principio de resocialización como fin de la pena.

Asimismo, destacó que no comparte con el Juez de grado el criterio por éste plasmado, en cuanto que la declaración de reincidencia no debiera ser discutida por entender que la ley es clara al respecto, y en este sentido destacó que la Doctrina y Jurisprudencia aplicable al caso, demuestran lo contrario; por último hace reserva del caso federal por violación a la garantía del debido proceso legal y de defensa en juicio.

Tales agravios fueron contestados por el Sr. Fiscal General Dr. Fernando Luis Rivarola, en representación del Ministerio Público Fiscal (fs.42/46 vta. CJ cit.), quien se opuso al planteo impugnatorio interpuesto, formulando una doble crítica al remedio intentado, por un lado en relación la inadmisibilidad del recurso ordinario por tratarse de un cuestionamiento contra la validez de la norma positiva que consagra el instituto, ámbito que entiende resulta ajeno al recurso ordinario, y por ello extraño a la competencia de éste Tribunal, y en segundo lugar respecto del fondo del asunto, mantiene la oposición oportunamente formulada al planteo de la Defensa, sosteniendo la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Llegados a la instancia de la audiencia de impugnación prevista por el art. 385 del C.P.P, la Defensa ratificó y reiteró los fundamentos volcados en su escrito, formulando las peticiones allí esgrimidas, no así el Ministerio Público Fiscal, por no asistir a la audiencia citada.

Seguidamente la Sra. Presidente concedió la palabra al imputado, quien manifestó su voluntad de no declarar en dicha audiencia.

----- **Y CONSIDERANDO:** -----



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a las cuestiones que fueran objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del Código Procesal Penal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

A esos fines, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿es materia del recurso ordinario del imputado la declaración de inconstitucionalidad peticionada y somos competentes para intervenir? 2) es constitucional el art. 50 del C. Penal que establece la reincidencia?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 C.P.P, al que remite el art. 385, 5° pár., C.P.P), se estableció el siguiente orden para la votación: García- Rodríguez - Jones.

La Juez García dijo: Para resolver el punto 1) parto de la base que se impugna una sentencia definitiva condenatoria integrada por acuerdo de partes en un juicio abreviado y decisión jurisdiccional en cuanto a la declaración de reincidencia, que conforme lo dispuesto por el art. 374 del C.P.P. el recurso del imputado al doble conforme es amplio, abarca los hechos y el derecho, la responsabilidad y la pena, atento el alcance que le han otorgado el art. 8. 2.h y 25.1 de la CASDH, art 14.5 del PIDCP, arts. 22 y 44 Constitución del Chubut. Y que además el art. 375 del C.P.P. dispone que la impugnación extraordinaria del imputado procede contra la decisión de la Cámara en lo Penal y por los motivos que expresamente establece, y así se ha resuelto en PCIA. DEL CHUBUT c/ BASILIO, Héctor; PCIA. De CHUBUT c/ PAN SOTILE y otros, por lo que considero que somos competentes para intervenir, y así lo voto.

Para resolver el punto 2) tengo en cuenta que OAS fue condenado en la Causa N° 450/03 del Juzgado en lo Correccional Departamental de Mercedes, a cargo del Dr. Humberto Valle, por sentencia del 30 de abril de 2007, a la pena única de seis años de prisión y se le otorgó la libertad asistida el 5 de junio de 2009 cuando se encontraba cumpliendo pena en la Unidad Cuatro del Servicio Penitenciario Bonaerense, con asiento en Bahía Blanca, según constancia que acompañó la Defensa, por lo que ha cumplido

parte de la condena y se dan los presupuestos legales para la aplicación del art. 50 del C. Penal.

La reincidencia tiene como efectos, la imposibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 del C. Penal), el aumento de la medida de la pena (art. 41 del C. Penal) y la posibilidad de la imposición de la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en los casos de reincidencia múltiple (art. 52 C. Penal) y una vez etiquetado como reincidente, ese estado es imprescriptible, por lo que su naturaleza es punitiva, habilitando un mayor poder punitivo, ya sea como un agravamiento de la pena en la faz cuantitativa o cualitativa según el caso, y ese es el agravio concreto que habilita el recurso.

Sostengo que el art. 50 del C. Penal, colisiona abiertamente con la garantía constitucional del derecho penal de acto, garantía expresa contenida en el art. 19 de la Constitución Nacional, que a su vez da contenido y limita el principio de culpabilidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad.

Y sigo en esta postura al Dr. Mario Magariños, por considerar que contesta en forma estricta, clara y contundente cuál es el agravio constitucional concreto.

Soy consciente de la gravedad institucional de una declaración de inconstitucionalidad, pero esta decisión es la última ratio, ya que no encuentro para el caso, otra interpretación posible acorde al bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, siguiendo al autor citado, el art. 19 de la Constitución Nacional en su primera parte establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados." Del que surge un doble mandato al legislador, "lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones y en segundo lugar ordena al legislador verificar que las acciones que pretenda seleccionar como materia de prohibición presenten determinadas



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

características. Y a pesar de los distintos criterios de interpretación, "siempre se ha partido, con total claridad, de la base de que al menos, se halla garantizado para los habitantes de la Nación, que el Estado no se entrometerá con el pensamiento, la moral, la religión, el carácter, la personalidad, las ideas, o cualquier otra cuestión vinculada al fuero íntimo del ser humano, constituyéndose así el primero y más claro límite a todo intento de consagración del totalitarismo estatal." "Entonces, sólo teniendo en claro que por imperio de una garantía constitucional explícita (art. 19 primera parte Constitución Nacional), los tipos penales únicamente pueden contener como materia de prohibición -o mandato- conductas, adquiere a su vez un determinado contenido el principio de culpabilidad, como garantía constitucional implícita derivada del principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. Esto es, como culpabilidad por el hecho o acto ilícito, pues es sólo en virtud de aquella norma constitucional que el contenido de la reprochabilidad y su alcance máximo estarán determinados previamente por la existencia y gravedad del acto ilícito de que se trate. (ver Reincidencia y Constitución Nacional, H. Mario Magariños, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal Año III, Número 7 pág, 87). Y el mismo autor en "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", insiste, "Dicho una vez más de modo esquemático, si la ley penal exclusivamente puede seleccionar decisiones de acción exteriores y públicas (art. 19 de la C.N) y la pena sólo debe fundarse en lo que de modo previo y preciso establece la ley (art. 18 del C.N) entonces, la culpabilidad y la pena sólo adquieren legitimidad en tanto, respectivamente, constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto que la ley contempla y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo diferente a la conducta prohibida por la norma, por ejemplo, como reflejo de la peligrosidad, del carácter, del ánimo o de la personalidad del individuo. (pág. 130) y "La predicada insensibilidad del autor frente a la pena no constituye una cuestión de doble

riesgo o doble juzgamiento, pues configura un juicio, un reproche y un plus sancionatorio fundado en los sentimientos del autor por la pena sufrida y, por esa misma razón, la más pura expresión de un derecho penal represivo del ánimo, de los sentimientos y de la personalidad. Por consiguiente, lo quebrantado mediante la regulación legal de la reincidencia es el mandato constitucional de estructurar un sistema penal de acto.” (pag 133, de la obra citada)

La culpabilidad está atada a la acción reprochada, dándole un contenido que a su vez sirve de límite, no puede el legislador ni el intérprete efectuar cualquier reproche invocando esta categoría dogmática, al respecto voy a citar a Hans Welzel por su claridad conceptual, cuando dice: “La característica culpabilidad añade un nuevo momento a la acción antijurídica, sólo mediante la cual se convierte en delito. La antijuricidad es, como ya vimos, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda: la realización de la voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social. La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica”. (Derecho Penal Alemán, Hans Welzel, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile pág. 166).

Y para redondear el concepto de culpabilidad, voy a tener presente la aclaración que realizan Zaffaroni, Alagia y Slokar, cuando dicen: “El reproche se vinculaba a la



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

inexigibilidad de otra conducta, elemento negado posteriormente por Mezguer. No obstante en estas versiones complejas de la culpabilidad normativa, comienzan a percibirse los esfuerzos para llegar a las mismas o parecidas conclusiones prácticas que la peligrosidad. Si bien todos los autores insisten en que se trata de dos conceptos totalmente diferentes, de alguna manera por la vía de la culpabilidad se procura explicar y legitimar la mayor pena al habitual, al reincidente, al profesional, al malvado, etc.”

“La culpabilidad de acto pura, es decir, el reproche fundado en el ámbito de autodeterminación del sujeto al momento de la acción, no podía reemplazar funcionalmente a la peligrosidad como discurso legitimante. Conforme a la culpabilidad de acto pura, la habitualidad puede resultar un supuesto de menor culpabilidad, lo que es inaceptable para cualquier construcción legitimante del poder punitivo. El dilema que esto planteó a las teorías legitimantes trató de resolverse apelando a una culpabilidad que reproche por algo más que el acto y, por ende, recayendo en una degradación sintomática del delito, que volvía a ser el signo de ese algo más que se reprochaba. Ese es el marco de las versiones del normativismo como culpabilidad de autor, en cualquiera de sus variables -culpabilidad del carácter, de personalidad, de conducción de la vida o de decisión de la vida - en sus expresiones contemporáneas.” (página 662 del Tratado Derecho Penal, parte general, Zaffaroni, Plagia y Slokar).

En efecto, los que sostienen que la reincidencia no afecta el principio de culpabilidad por el acto, llegan a esa conclusión porque exceden ese límite y le reprochan algo más que la falta de motivación en la norma pudiendo hacerlo.

Además no se puede soslayar la contradicción entre la reincidencia y la garantía constitucional del derecho penal de acto, si se tiene presente que en los antecedentes legislativos del instituto el fundamento fue la idea de una mayor peligrosidad, mayor perversidad, profesión o tendencia a la criminalidad, y que en la última reforma al Código Penal por ley 23.057, se tuvo en cuenta que: “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la

demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial." (Código Penal comentado, David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni pág. 214).

Por último, no puedo sostener la vigencia de la reincidencia, desde la perspectiva de un deber ser formal, como necesidad de tratamiento más prolongado, cuando en los hechos las cárceles están atiborradas de presos y otros cumplen las penas en comisarias, cuando en el mejor de los casos el tratamiento penitenciario es genérico, basado en el respeto al orden y la obediencia a la autoridad, y en las comisarias es nulo, la realidad supera la ficción, no deja de ser una razón de peso, tener presente donde el condenado cumplirá la pena y lo que se espera de ella.

Por otro lado, no puedo desconocer la doctrina legal fijada por el Superior Tribunal de Justicia declarando la constitucionalidad de la reincidencia, considerando que no vulnera el principio del non bis in idem ni la culpabilidad por el hecho, así en el caso C.C.O. s/ homicidio que resultó víctima- Carpeta N° 556-Leg. 3323 (Expte. N° 21.479- folio 102 año 2008) en su voto el Dr. Jorge Pflieger se remitió a la doctrina legal sentada por ese cuerpo en el caso B.V.A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real (Expte N° 20387-B-2006) donde sostuvo 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 se declara en la sentencia." "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 así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida".



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En el caso caso B.V.A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real (Expte N° 20387-B-2006) el Dr. Pflieger también había dicho que "la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente." El Dr. Panizzi sostuvo 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). 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 -de conformidad a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal- y así deducir las consecuencias legítimas de un delito. El tratamiento desigual proporcionado por el Código Penal a quienes en los términos del art. 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."

Reconozco que la Corte Suprema de Justicia sostiene la necesidad de que el sistema guarde coherencia a partir de las interpretaciones que ella sienta. Ha sostenido en numerosas oportunidades que "es obligación de los jueces inferiores conformar sus decisiones a las conclusiones de la Corte, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el Tribunal"; pero tal como lo resalta Leonardo Gabriel Pitelvnik en Comentario al Fallo Gramajo y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes, "cuando el mismo tribunal modifica sin ninguna reforma legislativa o cambio de la situación de hecho en la cual debe aplicarse la norma, y utiliza incluso los mismos

razonamientos que antes había rechazado, contribuye a debilitar su propia doctrina".

No comparto la doctrina del leal acatamiento, haciendo mías las razones esgrimidas por el Dr. Hortel en la causa N° 9496 Plenario sobre prescripción, publicada como MJ-JU-M-4006-AR \MJJ4006\MJJ4006, cuando dice: "Apelábamos en los antecedentes citados para fundar nuestra opinión a lo argumentado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con relación a la no obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de la Nación (S.C.B.A., causa P. 39.149, sentencia del 29/992). Sostuvo el máximo tribunal provincial que la obligatoriedad general de las doctrinas de la Corte Suprema implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del art. 31 de la Constitución Nacional. Si las sentencias de la Corte Suprema impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: ni bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse, por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia". "Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos. Contra lo expuesto no pueden invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública, y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

organización de división de poderes que obsta al ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales". "Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuvieran receptados por la Constitución y la ley; y por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los Tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas". "Sin duda que en la gran mayoría de los casos, la sabiduría de los fallos de la Suprema Corte nos convencerán de la aplicación de la ley de tal manera interpretada. Pero nos reservamos el derecho a decidir, en cada caso, conforme nuestro leal saber y entender, de acuerdo con el magistral fallo de la Suprema Corte (Pcia. De Buenos Aires) al que hemos hecho referencia".

Por todo ello, me aparto de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, ya que se sustenta en los precedentes de la Corte Suprema en Gómez Dávalos, Sinfioriano" del 16 de agosto de 1986 (Fallos 308:1938) y L' Eveque, Ramón Rafael, del 16 de agosto de 1988, cuyo valor se ha debilitado porque ha cambiado la integración de la Corte en grado tal que ha variado la composición de las mayorías, y esta Corte, que me animo a calificar de nueva Corte, ha cambiado su doctrina en Gramajo, con fuertes repercusiones en la reincidencia simple y además en Maninni, no mantuvo la vigencia del precedente citado por el Procurador General en su dictamen.

La Corte Suprema en Gramajo, Marcelo Eduardo, sostuvo el derecho penal de acto como contenido del derecho penal constitucional, así en el considerando 18 del voto de la mayoría dice: "Resulta por demás claro que la constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo.

En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución

no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de que mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.” (del voto de la mayoría).

Además cita y sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermin Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, que con toda contundencia afirma: “ En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”.

Por ello, es muy posible que llegado el caso, la Corte Suprema de Justicia se expida por la inconstitucionalidad de la reincidencia, y puedo alentar la esperanza, que la jurisprudencia siga haciendo camino para lograr la reforma legislativa necesaria hasta ajustar la legislación a los requerimientos de los estándares del bloque de constitucionalidad.

Por todas las razones invocadas, declaro la inconstitucionalidad del art. 50 del C. Penal y así lo voto.

A fin de regular los honorarios de la Defensa Pública en esta instancia tengo en cuenta el resultado obtenido, y entiendo razonable el 30% de lo que se regule en primera instancia. (art. 14 Ley XIII N°4)

La Juez Rodríguez dijo: 1. La Defensa deduce recurso ordinario contra la sentencia de condena, dictada en fecha 01 de junio de 2010, específicamente respecto de la declaración de reincidencia dispuesta contra OAS, en los términos del art. 50 del Código Penal.

La parte acusadora formula una doble crítica al remedio intentado: por un lado plantea la inadmisibilidad del recurso ordinario por tratarse -sostiene- de un cuestionamiento que, sin desconocer los presupuestos fácticos que determinaron la



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

declaración de reincidencia en el caso, se alza contra la validez de la norma positiva que consagra el instituto, ámbito que -entiende- resulta ajeno al recurso ordinario pues es propio de la casación y, por ende, extraño a la competencia de este Tribunal; acerca del fondo del asunto mantiene la oposición oportunamente formulada al planteo de la Defensa, sosteniendo la constitucionalidad de la norma cuestionada.

2. En cuanto a la primera cuestión, he de coincidir con mis colegas de Tribunal en considerar que no lleva razón la parte acusadora al señalar que la vía del remedio ordinario contra la sentencia de condena no es la adecuada para tratar la queja que se esgrime. Por el contrario, es la propia amplitud del recurso previsto por el art. 374 CPP -y que menciona el propio Fiscal en su responde- lo que determina la admisibilidad del planteo, ya que ninguna cuestión contenida en la sentencia de condena y que afecte el interés del acusado puede serle ajena.

El doble grado de jurisdicción previsto en materia penal por nuestro legislador determina que todo juicio debe pasar por el conocimiento *pleno* de dos tribunales, por lo que el segundo examina la causa bajo todos los aspectos que pudieran ser objeto de examen por parte del primero. Así, la naturaleza "ordinaria" del recurso del imputado implica la más amplia posibilidad de revisión, tanto de la *quaestio facti* como de la *quaestio juris*, y dentro de esta última (más allá de las dificultades de escisión entre ambas), el examen de constitucionalidad de las normas involucradas, tal como ocurre en el presente, en que se ha cuestionado la validez constitucional del art. 50 del Código Penal Argentino.

Cabe recordar que el control difuso de constitucionalidad atribuido a los jueces en nuestro esquema institucional, para este Tribunal está expresamente contemplado en el art. 369 CPP, en cuanto establece: "Competencia del tribunal de alzada... El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los

motivos del agravio, *salvo el control de constitucionalidad...*" (La cursiva me pertenece).

Esta última cláusula se refiere, claramente, al deber de los jueces del recurso de ejercer tal control aún de oficio, en consonancia con lo reglado por el art. 10 de la Constitución de la Provincia, siendo por ende competente el Tribunal para decidir el asunto propuesto por la Defensa en su impugnación.

3. En cuanto a la segunda cuestión a decidir no cabe entrar a considerar, ya que no ha sido objeto de controversia, ninguno de los presupuestos fácticos requeridos para la aplicación del instituto de la reincidencia en el caso, por lo que el análisis ha de centrarse exclusivamente en el planteo sobre la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal.

Tengo dicho en anteriores pronunciamientos, y habré de reproducirlo aquí, que el propuesto es uno de los temas más ardua y continuamente discutido dentro del ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia en materia penal. La falta de acuerdo se traduce en argumentaciones que van desde el extremo del positivismo peligrosista o las nuevas nociones funcionalistas de estabilización de la norma penal, a aquellas que denuncian la ilegitimidad del instituto por resultar violatorio de principios constitucionales básicos de un derecho penal liberal.

Desde hace dos siglos la cuestión viene debatiéndose intensamente. Autores como Mittermaier, Pagano, Carmigiani, Tissot, claros exponentes del liberalismo penal, han criticado duramente el instituto, considerando que tomar en cuenta para la mayor severidad de la pena delitos anteriores implica castigar el modo de vida del individuo (derecho penal de autor).

Se trata, tanto la reincidencia como otras figuras asociadas a ese instituto (multirreincidencia, habitualidad, etc.), de normas que habilitan una respuesta punitiva de mayor gravedad en supuestos en que el individuo con anterioridad haya sufrido pena por otro delito, es decir, se prevé una mayor reacción punitiva para quien "hubiera



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad", para decirlo en los términos de la norma cuestionada (art. 50 CP).

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

La Fiscalía en el caso, al oponerse al planteo de la recurrente, ha indicado -además de la Instrucción Fiscal N°03/09 de la Procuración General de la Provincia-, que los precedentes que emanan del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, así como los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son coincidentes en cuanto a considerar constitucional el instituto en cuestión.

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

Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia..." (Fallos 307:1094 cit., consid. 2°, y 311:1646, entre otros).

El alcance de la doctrina, pues, admite el apartamiento de los jueces del criterio sostenido por la Corte siempre que el alejamiento no signifique desconocer deliberadamente la autoridad y prestigio del Alto Tribunal, y en tanto medien nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por el mismo.

Mi convicción, que desde ya adelanto coincide con la posición sostenida en el recurso, me impone ser coherente con quienes consideran que el instituto de la reincidencia lesiona principios constitucionales básicos del proceso penal y constituye un obstáculo para la humanización de la respuesta punitiva del Estado, en cuanto a penas privativas de la libertad se refiere. Tal es, según entiendo, la interpretación legal que en mayor medida compatibiliza la reacción estatal frente al delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

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

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

4. Además, tal postura no sólo resulta concordante con la de prestigiosos juristas y colegas -que merecen incuestionable respeto-, sino que es coincidente, también, con los argumentos esbozados por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Gramajo, Marcelo" (05/09/2006), pese a que en ese caso el Alto Tribunal no aborda la cuestión de la reincidencia sino un instituto



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

íntimamente vinculado a ella, como es la "reclusión por tiempo indeterminado", prevista en el art. 52 del Código Penal Argentino.

La estrecha relación entre estos dos institutos, en tanto ambos agravan la respuesta punitiva por la existencia de condenas anteriores, exige analizar exhaustivamente los argumentos plasmados por los Jueces del Alto Tribunal en dicho fallo y su vinculación con la problemática que trato en tanto, según entiendo, la Corte ha fijado claramente el alcance de ciertos principios constitucionales a través de una exhaustiva fundamentación que resulta, en muchos aspectos, llamativamente concordante con aquella que sustenta la crítica de la Defensa en el recurso que se analiza.

El camino abierto por la Corte en el citado precedente, que según se augura podría determinar el reexamen de la cuestión y un futuro apartamiento de la doctrina del Alto Tribunal respecto de la reincidencia simple, si bien ello es una mera hipótesis, exige de cada uno de los operadores judiciales el máximo rigor posible en la motivación de la postura que asuma. Insisto, muchos de los serios e irrefutables argumentos sentados en el aludido fallo resultan, en mi opinión, plenamente aplicables también al instituto de la reincidencia, en tanto ambos mecanismos legales presentan consecuencias que en ciertos aspectos se asemejan.

Resulta ilustrativo recordar algunos de los conceptos vertidos en el mencionado fallo del máximo Tribunal judicial del país, a fin de advertir acerca de la necesidad de tener en cuenta las postulaciones que plasma la Corte en un tema tan estrechamente vinculado al que se analiza en el presente.

Así, en el voto del Juez Fayt puede leerse: "...toda injerencia estatal sobre los derechos de un individuo debe respetar los límites que rigen en un Estado de Derecho a efectos de su justificación y que con mayor razón aún deben ser interpretados restrictivamente si lo que se encuentra en juego es la privación de libertad de una persona..." (considerando 8°).

"Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad" (Considerando 23).

"...Finalmente, la norma contiene la doble valoración prohibida comprendida en el *ne bis in idem* en la medida que la pena impuesta en la última condena -y en cada una de las condenas anteriores- ya habría cuantificado la culpabilidad del autor por el hecho cometido..." (considerando 25).

A su vez, en el considerando 17 de la mayoría (Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), se alude a la vulneración del principio de reserva en los siguientes términos: "...En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa..."

La Corte concluye en que el instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, en virtud de las consideraciones citadas, además de otras vinculadas al denominado "estado peligroso", vulnera los principios de *ne bis in idem*, de culpabilidad, de estricta legalidad, del derecho penal de acto y de reserva.

5. Debe, además, tenerse en cuenta que uno de los principales efectos jurídico-penales de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional (art. 14 C.P.), pero también tiene incidencia en la individualización de la pena (art. 41 C.P.). Ello sin mencionar su influencia en la imposición de la prisión preventiva durante el proceso (suele utilizarse como una presunción *iure et de iure* de la voluntad de no sometimiento al mismo). Otra de las consecuencias, la posibilidad de



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

servir como antecedente para la aplicación de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.), ha sido neutralizada por la doctrina de la Corte Suprema en el referido fallo "Gramajo", al declarar la inconstitucionalidad de ese instituto.

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

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

Cabe mencionar, en este breve racconto, que el Proyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha eliminado el instituto de la reincidencia y todas sus consecuencias jurídico-penales, en sintonía con las posiciones legales o jurisprudenciales que

en distintos países han ido avanzando en la derogación, explícita o no, del cuestionado régimen de agravación de la sanción punitiva.

6. En punto a los fundamentos dados para sostener la legitimidad de la reincidencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia asumen distintas perspectivas que pueden agruparse en: a) Mayor grado de injusto por mayor alarma social, b) Insuficiencia relativa de la pena ordinaria, c) Mayor peligrosidad y d) Mayor culpabilidad (mayor alcance de la desobediencia o enemistad con el derecho). (Cfr. Zaffaroni- Sal Llargués, en *Código Penal comentado*, T.2-A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 218/221).

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

Sin embargo, esa noción de "ineficacia" encierra el defecto de poner a cargo del individuo un error achacable al Estado: el fracaso en el tratamiento penitenciario aplicado con anterioridad.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sentado el criterio favorable a la constitucionalidad del instituto en diversos precedentes. Entre ellos puede leerse: "...la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocerlo... El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la valoración de la pena, no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

pueda tomar como dato la anterior condena entendida ésta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia...". (Del voto del juez Jorge Pflieger en autos "Bonina, Víctor" - expte. N° 20387-B-2006).

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

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

7. No obstante ambas posturas, numerosos fallos de los más altos tribunales judiciales del país han ido sentando una opinión contraria a la legitimidad del instituto en cuestión, en posición que sin duda considero más ajustada a la normativa constitucional en su integridad.

En tal sentido se destaca el voto del Juez de la Cámara de Casación Penal de la Pcia. De Buenos Aires, Dr. Benjamín Sal Llargués, quien ha dicho: "Sin ánimo de abundar demasiado en el punto, todos los autores que legitiman la reincidencia ven en ella la evidencia de una mayor enemistad con el derecho, una personalidad contumaz en la violación legal, una predisposición al delito -en último análisis- un hábito (un vicio?) delictivo. Pero lo cierto es que aún desde el discurso jurídico penal, la reincidencia -conforme a muy serias investigaciones- revelaría, antes que un grado de reprochabilidad mayor, un menor grado de ella (Tissot, Claudio José, "El Derecho Penal estudiado en sus principios,

en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción Filosófica e Histórica al estudio del Derecho Penal”, traducción de A. García Moreno, Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1880, entre los primeros y Haffke, Bernhard, “Reincidencia y medición de la pena” en “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, compilación de Bernard Schünemann, Trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, entre los mas recientes). Esto -brevemente dicho- sellaría la violación al principio de culpabilidad que se derivaría de considerar que el reincidente es más reprochable que el primario”.(TCPBA, autos M.B, R.A. y S.M. s/ Recurso de Casación, causa N° 14.195, 06/12/2005)

En concordancia con esta última postura, entiendo que la norma del art. 50 del Código Penal contraría principios constitucionales cuya jerarquía jurídica exige resolver la contradicción del modo en que lo propone la Defensa, situación que conlleva en concreto, además, la inaplicabilidad del art. 14 C.P., en tanto veda la libertad condicional al individuo declarado reincidente.

8. Si bien comparto la idea de mi colega de Tribunal, Dr. Florencio Minatta, plasmada en el caso “Carreras”, en punto a que la violación a uno solo de los principios constitucionales básicos resultaría suficiente como para tachar de ilegítima una norma legal, la declaración de inconstitucionalidad exige un esfuerzo de fundamentación en su dictado, por lo que considero necesario fijar posición respecto a los diversos vicios denunciados que, según entiendo, encierra el cuestionado instituto.

Debo decir que, en mi opinión, es claro que la reincidencia vulnera el denominado *principio de culpabilidad* por el hecho en tanto, al agravar la reacción punitiva por los antecedentes penales, toma en cuenta un elemento ajeno al tipo penal infringido y a la gravedad del injusto cometido.

Según Maier el instituto de la reincidencia es violatorio del *principio de culpabilidad*. Para el autor es evidente que la agravación de la pena que conlleva la declaración de reincidencia -cuantitativa o cualitativamente-



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

, no es la respuesta a la gravedad del ilícito o un alto nivel de reproche, sino a la asunción por parte del autor de cierto *carácter* específico que lo convierte en merecedor de esa reacción penal más intensa. Así, el autor ha dicho que en la reincidencia "...responde un autor específico, alguien que de antemano se etiqueta genéricamente, estableciendo par él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..." (Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, p. 415 y 416).

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

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

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

Viene al caso, por último, citar el Considerando 10 del voto del Dr. Fayt en el ya citado fallo Gramajo, en el que se lee: "Que conforme se desprende de la propia letra de la Constitución, la reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo (art. 18 de la Constitución Nacional) como al respeto del principio de culpabilidad que rige la materia en cuestión. Así las cosas, mal puede por una parte afirmarse la capacidad de culpabilidad de una persona y al propio tiempo pretenderse la aplicación de un instituto como el examinado que prescinde de aquella. En el mismo sentido, cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique. Concretamente y desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo. En el particular, la accesoria que acompaña a la pena, termina apareciendo sin causa lógica previa alguna, toda vez que el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado. En línea con lo anterior, poco importa ya -desde un otero meramente discursivo-, la denominación que se le asigne a ese plus en la medida que se adviertan en concreto las violaciones a los principios constitucionales mencionados..." (CSJN, causa "Gramajo, Marcelo, 5/09/2006).

9. Otro principio constitucional involucrado en la cuestión es el *ne bis in idem*. La mayor objeción a la aplicación de esta norma, en mi opinión, se funda en la vulneración a este principio, también denominado prohibición de doble punición, uno de los pilares básicos sobre los que



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

se asienta el proceso penal, y que emerge prístino de la normativa legal y constitucional vigente.

Zaffaroni, Alagia y Slokar se han pronunciado por la inconstitucionalidad del instituto con base en la violación aludida. Así, afirman que “el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado por lo que importaría una violación constitucional al *non bis in idem*. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional”. (*Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Año 2005, p. 769).

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

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

Entiendo que la posición contraria a la que aquí se sostiene debe enfrentarse a un dilema insoluble. Si la restricción de derechos que conlleva la aplicación de la norma cuestionada -que en los hechos se traduce en una dosis mayor de privación de libertad-, se aplica por el hecho juzgado en la condena anterior, pues entonces ese plus implica castigar por fuera del injusto actual y penarlo otra vez por aquel hecho, lo cual resulta violatorio del principio que prohíbe la doble punición. Si en cambio se intenta

sostener que la punición mayor obedece al hecho que se está juzgando, entonces se vulnera la proporcionalidad en la respuesta punitiva, pues la nueva excede el estricto límite que autoriza la culpabilidad por el "hecho", en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

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

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

11. Otra contradicción de la reincidencia con el texto y el espíritu de la Constitución, entiendo, es la de que lesiona la idea de un *derecho penal de acto*, toda vez que configura una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo de la punición. De modo más o menos directo, ciertas posiciones argumentan que la mayor severidad se funda en la supuesta mayor *peligrosidad* del sujeto que, habiendo cumplido -total o parcialmente- pena privativa de la libertad, comete un nuevo delito. Es claro que tales argumentos implican una postura sustentada en el denominado "derecho penal de autor", puesto que el reproche penal no se adecua al injusto, sino a diversas condiciones de personalidad.

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

Aplicar un castigo por lo que un hombre es y no por lo que hace implica una grave vulneración del derecho penal de



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

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

12. Por ende, la reincidencia, entiendo, también afecta el principio constitucional de *igualdad ante la ley* (art. 16, Constitución Nacional), pues no se dispensa el mismo tratamiento a individuos que han realizado idénticos actos - sean acciones u omisiones-, tipificadas legalmente.

Numerosos son los supuestos en que se ve claramente afectado este principio en relación al instituto que nos ocupa. Mario Alberto Juliano, en una presentación como Amicus Curiae en su carácter de Presidente de la Asociación Pensamiento Penal, realiza una serie de suposiciones que dan acabada cuenta de la clara lesión al mencionado principio. El caso clásico es aquel en que dos personas cometen un hecho delictivo como coautores, demostrando similar grado de culpabilidad. Si uno de ellos es reincidente deberá cumplir una pena de prisión notablemente superior a la del otro. Si dos personas por sendos delitos reciben penas de igual término, pero una de ellas articula todos los recursos disponibles hasta hacer que el tiempo de prisión preventiva cumplido equivalga al de la condena impuesta, a éste el antecedente no le será computable a los fines de la declaración de reincidencia, en tanto al otro sí. Por último menciona un supuesto en que dos coautores de un delito reciben condenas a sendas penas privativas de libertad. Mientras el primero cumple rigurosamente la condena, el segundo se fuga por un tiempo equivalente al de la pena (art. 65 inc. 3° del Código Penal). El primero, que cumplió la pena, tras un nuevo hecho estaría en peor condición que el segundo, que se sustrajo a la acción de la justicia. (Cfr. <http://www.pensamientopenal.com.ar/01072008/amicus.pdf>)

En nuestro medio, además, habiendo el legislador local regulado los institutos de la conciliación y la reparación (art. 47 y 48 C.P.P.), con la consecuencia del sobreseimiento, tendríamos casos en los que por la mera voluntad de la víctima, o por la capacidad económica de reparación del imputado, un hecho idéntico puede no dar origen a una declaración de reincidencia, aunque sí operaría respecto de aquel que no logre una de estas salidas alternativas.

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

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

El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos.

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



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

finalidad, legal y constitucionalmente consagrada, de la pena de prisión.

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

En ese sentido la CSJN ha señalado que el principio *non bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como dato objetivo y formal- a efectos de *ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario* que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (CSJN 21/4/88).

Sin embargo, sabemos, el ideal de la 'reinserción social', más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.

Resulta claro que la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (art. 14 del C.P.), implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución de las penas privativas de la libertad, en tanto se obtura la posibilidad de flexibilizar el tratamiento resocializador. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación

más gravosa respecto de un individuo que, pese a haber mostrado una mayor vulnerabilidad frente al sistema penal, puede hacerse merecedor de un ajuste reductor de la respuesta punitiva basado en razones de prevención especial.

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

Si bien nuestro sistema de determinación de la pena brinda pautas generales de mensuración en cada caso particular, no indica el sentido de dicha valoración, es decir, no establece el carácter de atenuante o agravante de cada una de las pautas enunciadas. Esta situación ha generado posturas encontradas en la doctrina sobre el rol de la reincidencia en la fijación del monto punitivo.

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

En tal sentido se ha dicho que el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar, por cuanto la reincidencia puede aumentar el estado de vulnerabilidad por efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo, que provoca estigmatización, rechazo social, desempleo, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el rol desviado conforme al mismo.

Por ello considero que la valoración de las "reincidencias" del agente, que presenta -dije- los mismos vicios constitucionales señalados más arriba en relación al



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

art. 50 C.P., pueden sin embargo valorarse como atenuantes de la pena a partir, por ejemplo, de la posibilidad de merituar las "condiciones personales del autor" (art. 41 del Código Penal), valoración que para un derecho penal de "acto" únicamente puede hacerse para reducir el reproche penal.

15. Por todas las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso deducido por la Defensa del condenado OAS y declarar la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal en el caso, en mérito a los considerandos precedentes.

16. Adhiero a la decisión sobre honorarios contenida en el sufragio de la Vocal que guía el presente acuerdo. Así lo voto

La Juez Jones dijo: No obstante los enjundiosos votos de las distinguidas Colegas preopinantes, adelanto que no voy a compartir el sentido de su decisión respecto de la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, planteada como cuestión central para la revisión, puesto que voy a mantener la opinión contraria sostenida por la suscripta en precedentes recientes de esta misma Cámara como de otras de nuestra Provincia, por las razones que seguidamente explicitaré.

2.- Por el contrario, si voy a adherir a la solución propuesta respecto a la primer cuestión de índole procesal, planteada por el Sr. Fiscal General Dr. Fernando Rivarola, al contestar el escrito de impugnación presentado por la Defensa técnica, vinculada a la competencia de esta Cámara en lo Penal, para entender en el recurso ordinario basado únicamente en la crítica a la aplicación de la ley penal, postura del Ministerio Público Fiscal que también hemos tenido oportunidad de analizar y contestar en esta Circunscripción, como se desprende de la sentencia de segunda instancia dictada en el caso "Provincia del Chubut c/Basilio, Héctor s/ Robo Simple y Resistencia a la Autoridad - Esquel" (NIC 1175 - NUF 10.867; NIC 1211 - NUF 11.310).

En dicho precedente sostuve que la impugnación ordinaria contra la condena, instituida y reglada en el Título III del Libro III del nuevo Código Procesal Penal -

arts. 374, 375 y 376-, no sólo tiene por objetivo "sostener el principio de inocencia" y "evitar el error judicial", sino también "todos los del recurso de casación", según lo expusiera el Dr. Alfredo Pérez Galimberti en el material suministrado en el "Taller de Impugnaciones/2009" organizado por la Escuela de Capacitación judicial y dictado en las distintas circunscripciones, incluida la nuestra. Dicha interpretación se adecua a la exégesis literal que cabe realizar del articulado mencionado, en tanto el mismo no prevé restricción alguna al derecho del condenado a obtener, a través de esta vía, la "doble conformidad", exigida constitucionalmente (Art. 75 inc. 22 C.N., ART. 8, 2(h) CASDH, art. 15 numeral 5, PIDCP, arts. 22 y 44 IV C.Ch.), e incluso, de la advertencia expresa contenida en el apartado tercero del art. 374, en cuanto reza que no podrán aducirse motivos formales para rechazar el recurso. Por otro lado, entiendo que respecto de toda sentencia de condena pueden discutirse tanto los hechos como el derecho, sin perjuicio de la unificación de la jurisprudencia que se pretende como objetivo principal, a través del recurso extraordinario o de casación. En base a lo expuesto, y sin perjuicio de la razonable argumentación formulada sobre el punto, por el Dr. Rivarola, entiendo que la amplitud con que se ha reglado el recurso ordinario en nuestra nueva ley ritual, impide una interpretación limitada del mismo, en la forma propuesta por la Parte Acusadora y habilita la competencia de este Tribunal, para el tratamiento de la cuestión de derecho planteada.

3.- Entrando ahora sí al tratamiento del único motivo de impugnación traído a esta instancia por la Defensa técnica, ejercida por la Dra. Valeria Ponce, Abogada Adjunta de la Defensa Pública, he de decir en primer lugar que no se han formulado objeciones respecto al cumplimiento en el caso, de los presupuestos formales que legalmente habilitan la declaración de reincidencia, como son la existencia de condena anterior, cumplida en forma efectiva total o parcialmente (art. 50 C.P.), tal como lo señalara el Dr. Rivarola en su responde por escrito.



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

Con la información remitida por el Registro Nacional de Reincidencia, obrante de fs. 5 a 15, y las aclaraciones requeridas a la recurrente y al imputado, en oportunidad de la audiencia celebrada ante esta Cámara, respecto al tiempo y forma de cumplimiento de la condena anterior unificada que registra el Sr. S, dictada por el Juzgado en lo Correccional n° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, Pcia. de Buenos Aires, se ha verificado en la especie que el nombrado cumplió pena y recuperó la libertad en forma anticipada bajo el sistema de libertad asistida, el 5 de junio de 2009, datando los hechos juzgados en esta jurisdicción, de febrero y marzo de 2010.

4.- Pasando entonces al planteo de la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, efectuado por la Defensa técnica, por considerar que el mismo viola los principios de culpabilidad, ne bis in idem, igualdad ante la ley y el principio de resocialización como fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y tal como ya lo adelantara, comparto en esta discusión la doctrina legal sentada por la Sala Penal del Superior Tribunal, que en forma unánime y constante se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, contestando los agravios de índole constitucional mencionados por la Dra. Ponce, tanto en la presentación escrita como en la audiencia oral.

Postura que adopto no solo por ser la doctrina legal de nuestro Máximo Tribunal Provincial, sino por considerar que si bien el instituto que nos convoca se vincula en sus fundamentos a criterios peligrosistas propios del positivismo penal hoy abandonado, el cuestionamiento de orden constitucional de la Dra. Ponce, efectuado desde distintos enfoques, no demuestra en forma inequívoca y certera la conculcación de los principios que se pregonan. Prueba de ello, resulta, en mi opinión, el mantenimiento de la constitucionalidad del instituto por los Superiores Tribunales de Pcia. avalados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pesar de la permanente discusión sobre el tema.

Como me pronunciara en la Causa "Gómez Hugo Armando s/ Homicidio" (Legajo Fiscal N° 17.442 - Carpeta indiv. N° 1550) de la Circunscripción Judicial del Sud. Y en el caso "Pcia. del Chubut c/ Basilio, Héctor s/ Robo Simple - Esquel" (NIC n° 1175, NUF 10867)" mencionado ut supra, debo decir en el presente que si bien como lo han mencionado las Colegas preopinantes, existen autorizadas voces que desde la doctrina como la jurisprudencia, cuestionan la validez constitucional del instituto consagrado en el art. 50 del Código Penal, dichos cuestionamientos han sido rechazados tanto por a Sala Penal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia ha rechazado los planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia basados en la prohibición de la doble persecución, tanto en el precedente "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real"(Expte. N° 20387-B-2006)..., como en otros (C.H.E. y otro p.s.a. Homicidio Calificado -Puerto Madryn (Expte. N° 20.950-Folio 5 T. II-C-2007),M.,R.M. s/ Abuso sexual impugnación" (Legajo n° 21.123, fo. 53 T. II Año 2008"), en los que sostuvo que "el principio del "non bis in ídem" prohíbe la aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide que pueda tomar como dato la anterior condena entendida esta como lo que es, un elemento objetivo y formal que genera, ...un estado que se reconoce y declara en la sentencia" (del voto del Dr. Pflieger). Y más recientemente en un fallo de fecha 10/02/10, recaído en la Causa "Corso, Carlos Omar s/ Homicidio que resultó víctima - Carpeta N° 556 - Leg. 3323 (Expte. N° 21.479 - Folio 102 - Año 2008), el mencionado Ministro expresó que "la doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "Bonina, Víctor A. p.s.a. robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expte. N° 20387-B-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada", que en el caso era también la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia. Es más, agregó el Dr. Pflieger en su voto que "en el caso de



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

marras he dicho 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". Postura que además fue la adoptada en el caso por el Dr. Jorge Criado, según surge de la resolución respectiva, adoptada en forma oral.

Con relación al mismo principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo "L'Eveque, del 16 de agosto de 1988 (CSJN-Fallos, 311:1454), ha sostenido que la aplicación del instituto no afecta el principio non bis in idem, pues "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 con 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".. Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta". Criterio del más Alto Tribunal que ha sido ratificado en el precedente "Gago" (6/5/08, CSJN-Fallos, 331:1099) y seguido por diversos fallos de Tribunales superiores y de las salas de la Casación Nacional (por ejemplo: Sala I CNCP, causa Sarmiento Eduardo, del 1/9/94 L.L. 1995-C-240); Supr. Trib. Córdoba en "Quevedo del 13/8/08 Lexis n° 70049570; SCJBA causa "Mármol Enrique y otro s/ rec. cas. P.93.484)).

Con respecto a la afectación al principio de culpabilidad por el hecho, tesis sostenida por H. Mario Magariños (Reincidencia y Constitución Nacional en Cuadernos

de Doctrina y Jurisprudencia Penal nro. 7 Ad-Hoc pág. 97/98), entre otros prestigiosos autores, como Maier citado por la Sra. Defensora técnica, la posición contraria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como ya lo transcribí se basa en que "el desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho" (CSJN-"Gómez Dávalos" Fallos, 308:1938 y L'Eveque CSJN-Fallos 311:1451).

En el precedente citado en último término, fallado en segunda instancia por la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, también se expidió la CSJN, sobre la violación al principio de igualdad, negando que el art. 14 del C.Pen. realice una distinción ilegítima afirmando que "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y ... existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso..." (Fallos 311:1451, consid. 9°).

Y con relación a la invocada violación al principio de resocialización basado en que la recaída en el delito es demostrativa del fracaso de un tratamiento resocializador que no fue brindado por el Estado y que ahora se pretende reiterar con mayor cantidad de pena privativa de libertad, debe decirse que no contamos con información que permita verificar la situación invocada por la Sra. Defensora.- Y como dice Luis García, contestando a Tozzini en comentario bibliográfico de Doctrina Penal año 8 1985, p. 325, la hipótesis de que la pena degrada a causa del modo en que se ejecuta, "es sólo una hipótesis que debe ser comprobada en cada caso concreto" (García "Reincidencia y Punibilidad 1992 p. 120). En la especie, reitero nada sabemos de las condiciones en que cumplió la pena anterior el Sr. Sotelo. No obstante ello, la ley sólo exige cumplimiento de pena



PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

parcial o total, lo que deviene independiente de que se cumpla o no el fin resocializador de la pena, supuesto este último que puede obedecer tanto a la ineficacia del tratamiento como a las condiciones personales del condenado que lo hagan refractario al mismo.

Por supuesto que por imperio del art. 14 del Código Penal, la declaración de reincidencia impediría la obtención de la libertad condicional, en los términos de la art. 13 de la misma ley sustantiva, pero ello no implica, como lo sostiene la Dra. Ponce en su escrito, que el encierro se va a transformar en permanente, sino que la pena deberá agotarse en encierro.

Por último, además de lo expuesto, tengo en cuenta la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico" (Fallos 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920 entre otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados (conf. Corte Supr., Fallos 315:923; 321:441).

No obstante lo dicho, la mayoría constituida con los votos de las Colegas que me precedieron en el sufragio, torna abstracto, la solución confirmatoria que se deriva de mi postura.

5.- A la propuesta de regulación de honorarios a la Defensa técnica, adhiero sin más a la fijación del porcentaje del 30% de lo que se regule en la primera instancia, conforme lo propone la Dra. García, por responder a las pautas legales e importancia de la tarea realizada y a lo dispuesto por los arts. 59 de la Ley 4920 y arts. 6 y 14 Ley 2.200 text. Ord. Ley 4335. Así voto.

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

-----F A L L A:-----

I) HACIENDO LUGAR a la impugnación planteada por la Defensa Técnica del imputado OAS.-

II) REVOCANDO los puntos 3) y 4) de la sentencia dictada por el Sr. Juez Penal, Dr. Jorge Alberto Criado, en el marco del juicio abreviado celebrado en la audiencia del 01/06/10, que fuera registrada bajo el N° 798, F° 1488/89, Año:2010 de la Of. Jud. Esquel, sin costas (arts. 29 inc. 3° "a contrario sensu" del C. Penal, 239, 242 y ccdtes. del C.P.P.).

III) DECLARANDO la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, conforme los considerandos precedentes.-

IV) FIJANDO los honorarios devengados por la Defensa Pública por su tarea en la tramitación de la impugnación impetrada (conf. arts. 59 Ley V, N° 90, 239 y 246 del C.P.P.), en el 30% de lo que se regule en la primera instancia, teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 6 y 14 y pautas fijadas por la Ley XIII, N° 4 .-

IV) La presente es suscripta sólo por los Dres. Nelly Nilda García y Cristina Isabel Jones, desde que la Dra. Mónica Rodríguez, no se encuentra en la Jurisdicción, habiendo remitido su voto por correo electrónico con firma digital en el día de la fecha, e incorporado al cuerpo de este decisorio.-

V) Cópiese, Protocolícese y Comuníquese.