

## *Poder Judicial de la Nación*

///nos Aires, 11 de octubre de 2011.-

### **Y VISTOS:**

Se reúnen los integrantes de este Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de Capital Federal, el Dr. Adrián N. Martín, como su presidente y los vocales Dres. Héctor Grieben y Enrique J. Gamboa, y el Secretario, Dr. Alberto Soprano, para dictar sentencia en esta causa n° **3537** seguida contra **DIEGO CERNEIRA** (D.N.I n° 23.120.995, nacionalidad argentina, nacido el 1 de enero de 1973 en Capital Federal, hijo de Valentín y de Elba Ríos, soltero, con domicilio anterior al proceso en Necochea 1270, de esta ciudad, actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal n° 1 del S.P.F, con prio. policial R.H 234.644 y del registro Nacional de Reincidencia O1957813), por el delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda.-

Intervienen en este proceso, el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Gustavo Luis Gerlero y la Sra. Defensora Oficial, Dra. Cecilia Mage.-

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **El juez Adrián Martín dijo:**

#### **PRIMERO: Antecedentes y hecho probado**

**A)** En este proceso seguido contra Diego Cerneira, el Sr. Fiscal General, ha solicitado la adopción del régimen normativo establecido en el art. 431 bis del Código Procesal Penal referido al juicio abreviado (cfr. fs. 663/664).-

Según consta en dicha presentación, se ha reunido el representante del Ministerio Público Fiscal de la Nación con el procesado y su defensa. En dicha oportunidad, el encartado prestó conformidad sobre la existencia del hecho ilícito, calificación legal, autoría y participación que se le adjudica en el requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 510/512 de estos actuados.

En consecuencia, el Sr. Fiscal ha peticionado al Tribunal (Cfr. fs. 663/664) dicte sentencia condenatoria, imponiéndosele al incuso la pena de tres años y tres meses de prisión y costas por ser autor penalmente responsable del delito de robo calificado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda y a la pena única de veintiún años y costas, comprensiva de la mencionada precedentemente y de la pena única de dieciocho años y nueve meses de prisión y costas que dictara el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, el 12 de octubre de 2006, en la causa n° 2241 y se lo declare reincidente (arts. 29, inc. 3, 45, 50, 58 y 167 inciso 2° del C.P. y 531 del C.P.P.N.).-

Acorde con lo prescripto por el inciso 3° del artículo 431 bis del C.P.P.N., el Tribunal ha tomado conocimiento "de visu" del imputado -según se observa a fs. -666-, oportunidad en que ratificara la presentación de fs. 663/664.-

Para determinar la viabilidad del acuerdo al que han arribado las partes, fue necesario verificar que la descripción del hecho obrante en el requerimiento de elevación a juicio resultaba correcta al confrontarla con la prueba recogida durante la etapa instructoria y que ésta era suficiente para acreditar la materialidad del delito y la autoría asumida por el enrostrado.-

Para ello, hubo de detenerse en el análisis fáctico efectuado en la citada requisitoria de elevación. Así, efectuadas las confrontaciones necesarias, se arribó a una respuesta positiva a tales aspectos, por lo que en el punto siguiente, se pasarán a enunciar y analizar el hecho tal como fuera investigados en el presente proceso.-

**B)** Es así que se encuentra fehacientemente acreditado que el día 12 de marzo de 2010 aproximadamente entre las 20:50 y las 21:30 horas Diego Cerneira junto con otros dos sujetos sustrajo, mediante el uso de fuerza en las en las cosas, efectos y dinero del local de prendas de vestir denominado "BALAI", situado en la calle Bogotá n° 3382 local "C", de la ciudad de Buenos Aires, propiedad de Sonia Aliaga Castillo.-

En efecto, Cerneira y otro sujeto forzaron una puerta existente en el negocio, oportunidad en la que fueron divisados por el cabo Juan Cicero y el agente Carlos Palacios de la Seccional 50 de la P.F.A., momentos en los que se encontraban manipulando una pequeña puerta de la persiana del local aludido, siéndoles indicado por Chan Oh Hyon que, momentos antes, habían forzado la puerta con una herramienta tipo tijera, la que dejaron en un automóvil azul que se retiró del lugar, el cual era conducido por el tercer sujeto que allí los aguardaba.-

Ante ello, los preventores ingresaron al comercio observando en el piso, próximo a una bolsa de residuos, dos candados, uno marca "BULIT" y el otro "NINE TOP SECURITY", que se encontraban forzados, motivo por el cual se procedió a la inmediata detención de Cerneira y otro sujeto. En el interior del local y detrás de la puerta de la persiana, se halló una cerradura que pertenecía a la misma con sus dos tornillos.-

Del bolsillo delantero del otro individuo se incautó una bolsa de plástico que contenía la suma de \$69,45 en monedas, y del bolsillo trasero izquierdo del pantalón dos destornilladores (uno de mango color negro y rojo y el otro amarillo y negro) y un teléfono celular marca "MOTOROLA", de color negro perteneciente a la compañía "NEXTEL", que llevaba en su mano. A su vez, se secuestró del interior de la billetera que tenía en el bolsillo del pantalón la suma de \$57 y una licencia de conducir expedida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a su nombre.-

Por su parte al nombrado Cerneira se le incautó en su poder una remera de color gris que llevaba en su mano, las sumas de \$360 y de 180 dólares que tenía en el bolsillo derecho de su pantalón y, \$244 y 25 dólares del interior de su billetera, un llavero con una llave de automotor marca "FORD" y dos dispositivos de alarma, un registro de conducir expedido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a su nombre y un teléfono celular marca "MOTOROLA", modelo "1760" de la firma "NEXTEL", que tenía en su mano.-

Posteriormente, al efectuar la damnificada un inventario del dinero y de las prendas indicó que le faltaba entre \$ 380 y \$400 en efectivo, una cantidad no contabilizada de monedas que estaba en la caja junto a los billetes, 180 dólares y cuarenta prendas, una de las cuáles fue secuestrada en poder de los imputados y reconocida como de su pertenencia.-

Dicho suceso se encuentra probado en principio, por los siguientes testimonios

## *Poder Judicial de la Nación*

colectados durante la etapa instructoria:

1) Del cabo Juan Cicero de fs. 1/2 y del agente Carlos Palacios de fs. 38/39 ambos de la P.F.A., quienes en forma conteste relataron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el hecho en cuestión, tal como fuera asentado en la descripción fáctica efectuada precedentemente y del secuestro de los efectos incautados.-

2) De Chan Oh Hyon de fs. 13, quien refirió que observó desde el balcón de su domicilio como dos masculinos forzaron la puerta de la persiana de un local de venta de ropa ubicado sobre la calle Bogotá frente al edificio donde vive con una tijera grande, la que luego llevaron hasta un automóvil que estaba estacionado en la inmediaciones del lugar, el que se retiró del lugar instantes después.

3) De la damnificada Sonia Elva Aliaga Castillo de fs. 37 y 80, propietaria del comercio "BALAI", quien refirió que fue avisada por personal policial que había sido víctima de un intento de robo, efectuando un detalle del dinero y de los elementos objeto de desapoderamiento.-

4) Del subinspector de la P.F.A. Leonardo Santiago de fs. 41/42, quien anoticiado del suceso colaboró con la actuación policial llevada a cabo.-

5) de Hugo Antonio Liendo de fs. 8, y de Marcelo Darío Brown de fs.9, quienes oficiaron como testigos del procedimiento policial corroborando contestemente las diversas circunstancias en las que aquél se llevó a cabo en forma legal.-

Cierran el cuadro probatorio los siguientes elementos de prueba: acta de detención de de Cerneira de fs. 3; acta de los elementos secuestrados de fs. 5/6; plano del lugar del hecho de fs. 7; vistas fotográficas del lugar del hecho y de los elementos y del dinero secuestrado de fs. 43/66; informe médico legal de Cerneira de fs. 82, del que se desprende que al momento del examen se encontraba lucido, orientado y no presentaba signos de intoxicación aguda ni alteraciones psicofísicas agudas; pericia de fs. 74 efectuada sobre la puerta del local, de la que se desprende que la puerta se encontraba sin la cerradura; pericia de de los elementos secuestrados, obrante a fs. 76; y vistas fotográficas del encausado Cerneira, obrante a fs. 2/3 del legajo para el estudio de la personalidad.-

**C)** En la oportunidad de formular su descargo respecto del hecho investigado en autos, el imputado Cerneira hizo uso de su derecho de negarse a declarar (fs. 91/92).-

**D)** Esta prueba que se coordina entre sí en forma lógica y coherente, confirma la materialidad del hecho ilícito descripto, la autoría y la responsabilidad penal que en el le cupo al encausado, quien al momento de firmar el acuerdo de juicio abreviado prestó conformidad sobre su existencia, llegándose entonces a la firme convicción sobre tales aspectos asumidos por él, habiéndose realizado el análisis de aquella acorde a las reglas de la sana crítica condensadas en el art. 398 CPPN.

### **SEGUNDO: Calificación legal**

I. Habré de discrepar con la calificación legal adoptada por el Ministerio Público Fiscal, por los fundamentos que a continuación expondré. Sin embargo, es necesario hacer

notar que esta discrepancia no importará un cambio de calificación en los términos del art. 431 bis.3 CPPN, sino antes bien una disidencia en cuanto a la aplicabilidad del agravante escogida respecto del tipo básico, con lo cual el cambio propuesto no importa una afectación del derecho de defensa.

Dicho ello, es pertinente comenzar la fundamentación destacando que Luigi Ferrajoli inicia su obra fundamental ("Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Ed Trotta, Madrid, 1997) indicando que ese libro pretende contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, y en particular de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos que "...fueron puestos en gran parte - con el nacimiento del estado moderno como «estado de derecho»- por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo". Añade el publicista italiano que "a pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan." (Ferrajoli, op. cit., p 21).

Esos principios a los que hace referencia se hallan incluidos en nuestra Constitución Nacional y varios de ellos han sido reforzados con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, diversos instrumentos protectores de Derechos Humanos a través del art. 75.22 CN. Tales principios son enumerados someramente al inicio del capítulo I de dicha obra, indicando Ferrajoli que: los principios sobre los que se funda el denominado "modelo garantista clásico" son la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia.

Esta pequeña glosa resulta ineludible introducción al problema que habré de abordar a continuación, a saber: la estricta interpretación de la ley penal en un contexto de populismo punitivo.

Es así que a los fines de abordar el tópico cada vez más complejo de la interpretación de la ley penal, atravesada por las sucesivas e irreflexivas reformas al Código Penal, resulta una referencia ineludible el caso "Acosta" (Fallos 331:858) dictado el 23 de abril de 2008 por la CSJN. En ese notable pronunciamiento los jueces Zaffaroni, Lorenzetti, Maqueda y Fayt, conformando la mayoría, no sólo dispusieron que optar por la denominada "tesis restringida" del instituto de "suspensión del juicio a prueba" (art. 76 bis CP) importaba una "...exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce...". En efecto, comprender ese precedente con ese exclusivo alcance importa una mirada acotada de lo valioso de las consideraciones efectuadas por la Corte en el considerando 6º.

En el fallo se citaron precedentes que establecían o recuperaban reglas

## *Poder Judicial de la Nación*

hermenéuticas tradicionales en la jurisprudencia de ese tribunal, pero además se añadió una especial indicación en lo que hace a la interpretación de la ley penal. En efecto, en dicho decisorio se indicó que "...la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal."

A esta línea hermenéutica, dirigida al juez, debe añadirse la exigencia direccionada al legislador que ha sido descripta con suma precisión por la CortelDH en el caso "Lori Berenson Mejía c. Perú" (CortelDH, Serie C, n° 119, del 25 de noviembre de 2004. En dicho caso, más precisamente en los párrafos 125 y 126, -con cita de los casos "Ricardo Canese" Serie C, n° 111, "Cantoral Benavides" Serie C, n° 59, y "Castillo Petruzzi" Serie C, n° 52- la Corte señaló sobre el principio de legalidad penal que "...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad", y que "en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo".

**II.** Respecto de la calificación legal adecuada al caso debo señalar que entiendo que a los fines de la aplicación de la agravante prevista en el art. 167.2 CP, se requiere la concurrencia en el hecho de los elementos propios de la asociación ilícita o banda del art. 210 CP. Para considerarlo de esa forma concurren varios fundamentos que expondré.

El primero de ellos es histórico. El Código Penal, según la redacción de la ley 11.179, contenía las figuras de robo en despoblado y en banda (art. 166.2), robo en lugares poblados y en banda (art. 167.2), asociación ilícita entendida como la asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembros de la asociación (art. 210).

Estos tipos penales recibieron sucesivas modificaciones. En ese sentido, el decreto-ley 4778/63 introduce una modificación en el art. 166.2 al tipificar como agravante del robo su comisión en despoblado con armas o con la intervención de tres o más personas, criterio que se reproducía en tipo del robo en poblado. Sin embargo, en 1964 la ley 16.648 deroga estas modificaciones, retornando el código a su texto original.

En 1967 la ley 17.567 distingue entre el hurto o robo cometido por tres o más personas (art. 163.9, 166.3 y 167.4); del robo en poblado y en banda del art. 167.2, señalándose en la exposición de motivos que la agravante indicada mediante el número de intervinientes eliminaría la discusión relacionada al robo en banda y el delito de asociación ilícita. Asimismo en el art. 210 se elimina el término "banda" como sinónimo de asociación. No obstante ello, en 1973 mediante la ley 20.509 que dejan sin efecto las reformas establecidas por la norma anterior, en lo que a este punto atañe.

En 1974 se sanciona la ley 20.642 que sustituye la redacción del art. 166.2 (según ley 11.179) por el siguiente "si el robo se cometiera con armas o en despoblado y en banda". A su vez en 1976 se dicta la ley 21.338 que restaura las disposiciones de la ley 17.567. A partir de ese momento se distinguen los hecho cometido por tres o más personas, de aquellos cometidos en banda. Por su parte, el art. 210 mantiene su redacción original donde se hace alusión a una "asociación o banda", con el agregado del último párrafo introducido por la ley 20.642.

En 1984, la ley 23.077 modifica las normas indicadas manteniendo las disposiciones de las leyes 11.179 y 20.642.

Es así que no obstante las distintas modificaciones introducidas, los debates suscitados y la mayor o menor afinidad de unos y otros a esas reformas, hoy nos hallamos frente a las disposiciones del código de 1921, a excepción del agregado del último párrafo de la ley 20.642 al art. 210.

El juez Madueño ha realizado sobre la cuestión un análisis similar al efectuado aquí, en el fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el caso "Quiroz, Julio A." resuelto el 04 de septiembre de 1989 (public. LL 1989-E, p 16), añadiendo con cita de Eusebio Gómez ("Tratado de derecho penal", tomo V, Bs. As., 1941, p 145) y Rodolfo Moreno (h.) ("El Código Penal y sus antecedentes", tomo V, p 142), que en el art. 78 se incluía la aclaración de que banda debía ser entendido como "...la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados". Sin embargo, cuando fue tratado en el Senado se omitió la referencia por considerar que el término banda estaba definida en el artículo que se refiere a la asociación ilícita.

En suma, es de colegir, por este argumento que los términos banda y asociación ilícita son términos equivalentes. En consecuencia, para que opere el agravante del robo es necesario que tres o más personas intervengan en su comisión de un robo cada uno cumpliendo distintos roles, manteniendo además una organización destinada a la comisión indeterminada de una serie de delitos, siendo este hecho el resultado de ese acuerdo previo.

Vinculado a este criterio histórico aparece un segundo argumento que radica en preguntarse si el término "banda" no es asimilado al de "asociación ilícita" de dónde habrá de extraerse el requisito de tres o más ejecutores del hecho. Como señala Donna en el plenario referido, si el intérprete no va a la letra del art. 210 CP no le queda otra alternativa que inventar

## *Poder Judicial de la Nación*

qué considera una “banda”.

A tal fin, Donna señala los distintos requisitos numéricos que estipulan otras legislaciones del mundo pretendiendo así demostrar que el término en cuestión no puede ser deducido del lenguaje vulgar.

Es así que apunta Donna con precisión que si se desvincula el término banda del de asociación ilícita, la consecuencia es la violación del principio de legalidad, al dejar la construcción del significado banda a criterio exclusivo del poder judicial.

En tercer lugar, a esos fundamentos debe añadirse otro de carácter intrasistémico. El Código, para ser tal requiere cierta homogeneidad. Así he señalado ya que la manda establecida en el art. 75.12 CN importa que el constituyente le confiere al poder legislativo nacional no sólo el dictado de las disposiciones penales, sino que le requiere que lo efectúe en un “código”. Esa manda no implica que la ubicación de las leyes en un solo libro, sino que ellas se vinculen entre sí en forma sistemática y articulada.

Esa premisa importa aceptar que el Código utiliza los mismos términos con igual sentido. En ese marco es relevante destacar que el art 210 establece la equiparación de los términos asociación y banda al establecer que podrá imponerse sanción penal a quien “...que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos...”

Asimismo se advierte que la ley 25.890, al modificar el art. 178, adoptó con claridad una interpretación que equipara dicho términos al incorporar el agravante previsto en el inciso b) de dicho artículo. En él se establece que: el mínimo de la escala penal se agravará “...cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;”

Por su parte, el Código en su versión original como así también todas las leyes modificatorias vigentes que han querido establecer un agravante para los casos de delitos cometidos por simple pluralidad de ejecutores, no han apelado al vocablo “banda”, sino que por el contrario han señalado un número de personas con el que se concreta el delito calificado, inclusive para los casos en que el número que permite aplicar la escala agravada es el de tres personas.

En ese sentido obsérvese lo dispuesto en el Código Penal por el art. 80.6, que agrava el homicidio cometido “con el concurso premeditado de dos o más personas”; el art. 95, que establece la necesidad que establece como situación típica la agresión en que “tomaren parte más de dos personas”; el art. 119 4to. párr. inciso d) –según ley 25.087-, que agrava el abuso sexual cuando es “cometido por dos o más personas, o con armas”; los arts. 170 inciso 6 y 142 bis inciso 6 –ambos según ley 25.742- que agrava el delito de privación de libertad “cuando participaran en el hecho tres o más personas”; el art. 167 quater inciso g –según ley 25.890- que agrava el delito de abigeato cuando “participaren en el hecho tres o más personas”; el art. 216, que prevé como delito el hecho de quien “tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición”; el art. 233, que tipifica la situación de “quien tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para

cometer los delitos de rebelión o sedición”; o el art. 238 inciso 2, que agrava el atentado a la autoridad “si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas”.

Por ello, considero que la calificación legal adecuada al caso es la de **robo (art. 164 CP)**

### **TERCERO: Determinación de la pena**

I. También habré de discrepar con el monto punitivo acordado. Al respecto destaco que publiqué realicé hace tiempo en un trabajo titulado “Determinación judicial de la pena: pautas para un sistema acusatorio de enjuiciamiento” (Tarrío, Mario (director), “Debates en torno al Derecho Penal II”, ed Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p 93/137) donde efectuaba algunas consideraciones sobre la mensuración de la pena y su necesaria vinculación con el sistema acusatorio que constitucionalmente se halla establecido. Destacaba en dicha publicación que históricamente se le ha brindado mucha mayor importancia a la construcción de una teoría vinculada a la atribución de responsabilidad penal que a una que especifique criterios y pautas objetivas para determinar la cuantía de una sanción penal.

En ese sentido, recordaba que en forma previa a analizar la cuestión relacionada a la determinación de la pena en nuestro ámbito, es necesario contextualizar el sistema adoptado por el legislador, en el marco de los diversos tipos existentes. Los sistemas legislativos de determinación de pena más usuales han sido catalogados en diversas clases, según los autores. Algunos han sostenido una tipología de seis clases, sin descartar los posibles sistemas mixtos.

En primer lugar, se ha observado la existencia de un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas (códigos penales francés de 1791 y brasileño de 1830), aunado a una concepción racionalista con gran desconfianza hacia el juez. Este modelo establece en forma rígida las causas de agravación y atenuación y consecuentemente estipula un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando sólo se verifican atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o existen ambas en medidas similares. En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles (ejemplo: Código Bávaro de 1813). Allí se indican pautas generales dentro del cual debe moverse el juez, como así también circunstancias de mayor y de menor punibilidad. En tercer lugar se observan codificaciones que establecen un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales de medición de ella (Código penal francés de 1810). En cuarto lugar, un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas con una nómina de agravantes y atenuantes, determinándose la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura según su gravedad (ejemplo de esta modalidad son los códigos penales español de 1822



## *Poder Judicial de la Nación*

y colombiano de 1837). En quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada expresamente (Código Zanardelli para Italia de 1889). Finalmente, es posible uno de pautas generales de tasación de penas dentro de escalas amplias (códigos suizo de 1937, peruano de 1924 y de 1991 y argentino de 1921)

Como se ve, a excepción del primero de los modelos, en desaparición hoy día, la tendencia es no agotar la decisión en la letra de la ley, puesto que existirán infinidad de conductas abarcadas por cada tipo ilícito que merecerán, en consecuencia un análisis particularizado, insusceptible de ser determinado legislativamente. Para ello, las legislaciones han optado por establecer escalas más o menos amplias y, en términos generales, algunas pautas meramente enumerativas y sin un signo atenuante o agravante, aptas para tenerse en cuenta en los casos concretos a fin de establecer la pena más adecuada.

**II.** Antes de adentrarnos en cuestiones más directamente relacionadas a los específicos aspectos que deseo tratar aquí, resulta necesario destacar que la CN en sus arts. 18, 19 y 75.22 en función de los arts. 9 CADH y 15 PIDCyP, determinan sin más, que lo único que puede ser objeto de una sanción son acciones u omisiones, previamente descriptas en una ley que resulten dañinas o al menos peligrosas para ciertos bienes que se declaran valiosos. En suma, la pena sólo podrá ser catalogada como legítima a la luz de estos imperativos constitucionales si es respuesta a la realización de un acto y no de características personales de un autor.

Ante ello, no cabe sino coincidir con los autores que establecen que “la medida adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, (que) impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado” (Magariños, Mario; op cit.,p 80). Por ello, una aplicación del derecho que respete el principio de prohibición y sanción exclusivamente de acciones no podría permitir que se impusieran montos de penas superiores a la medida que se considere adecuada al injusto cometido, independientemente de qué criterios de prevención pudieran operar como pautas atenuantes o aún eximentes de la sanción.

Si bien la doctrina nacional ha ido abriendo lentamente la discusión en función de dotar a esta parte del saber jurídico de reglas y criterios racionalmente controlables y, en consecuencia, no absolutamente discrecionales; este aspecto de la dogmática jurídico-penal, se erige aún con timidez. Es aún apenas una insinuación de construcción de una teoría de las consecuencias jurídicas derivada de la teoría de la imputación, en pos de ponerle coto al azar y a la arbitrariedad.

Al respecto un aspecto ineludible en esta cuestión es demarcar que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, y ello es así en razón de las claras líneas directrices que marcan los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional en 1994, y a la línea jurisprudencial que

desde entonces ha ido trazando la CSJN.

Las características de un sistema acusatorio pueden ser pensadas con precisión expositiva por la construcción realizada por Ferrajoli de lo que ha denominado una “epistemología garantista”. En tal sentido, afirma Ferrajoli que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás, ... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*- ... La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa...” (Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”; ed Trotta, 2ª ed., 1997, traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez y otros).

Así, el presupuesto de la aplicación de una pena no debe ser sólo un hecho descrito como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*, y para que el juicio no sea apodíctico, sin base de control empírico, resulta necesario que las hipótesis asertivas (y por ende con la característica de verificabilidad o refutabilidad), sean sometidas a efectiva verificación y expuestas a refutación (*nullum iudicium sine probatione*).

Es por ello que al momento de determinar la cuantía de la sanción, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios de un derecho penal y procesal penal políticamente fundado en una decisión de convertirse en dique limitador del ejercicio del poder punitivo del estado.

En el ámbito nacional se advierte como un momento nodal para el estudio del tema enmarcado en el código procesal vigente, el voto de la jueza Ledesma en la causa n° 4833 “Luján, Marcos Antonio s/recurso de casación”, resuelta el 03 de mayo de 2004 por la sala III de la CNCP. Desde ese caso Ledesma destacó que resultaba inevitable definir los principios constitucionales fijados como presupuestos mínimos del juicio previo, y es así que postuló como premisa que el modelo de enjuiciamiento diagramado por la CN se corresponde con el denominado sistema acusatorio. Ante ello, concluyó que “la pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse”, por lo que “el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública”, considerando que “el principio del *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio”, y ante ello “la sentencia no puede ser “*plus petita*”, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido “*extra petita*””. En esa misma línea se expidieron los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso “Amodio” (Fallos 330:2658).

## *Poder Judicial de la Nación*

III. En consecuencia de lo señalado en los apartados precedentes debe indicarse que las reglas que se deducen de lo dicho son que **el acusador –público o privado- al presentar el caso y determinar la necesidad de pena adecuada para ello determina el máximo de la jurisdicción** en la cual el juez es llamado a ejercer su función. Así las cosas, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la acusación.

Otra cuestión vinculada al tema de suma relevancia es la que impone establecer **el punto de ingreso en la escala penal**. Los modelos de códigos penales con más impronta no han definido la situación en forma expresa. El sistema adoptado por el CP no establece norma alguna que determine el punto de ingreso en la escala, por lo que se impone la obligación de la aplicación del principio de la interpretación restrictiva de toda norma que implique coartar o privar de un derecho (art. 2° CPPN) que en definitiva no es más que la recepción legal de pautas de rango constitucional como la máxima taxatividad legal.

A ello cabe añadir un aspecto que –aún adoptando la calificación propuesta por el acusador y aceptada por la mayoría del Tribunal- podría valorarse especialmente, a saber: el carácter meramente indicativo de los mínimos de las escalas penales (Cfr. en ese sentido: Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit, p 995, y Juliano, Mario, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, y “Nuevos aportes a la naturaleza indicativa de los mínimos las escalas penales”, publicado en Revista Pensamiento Penal –www.pensamientopenal.com.ar, nros 39 y 60, respectivamente)

IV. Dicho ello, a partir de la calificación legal escogida (art. 164 CP), considero que operan elementos a ser considerados como agravantes en el caso para apartarse del mínimo legalmente establecido, pero que también concurren en el caso atenuantes de entidad para ser considerados como atenuantes.

En primer lugar, señalo que advierto como agravantes de su conducta: a) la pluralidad de participantes en el hecho, lo que ha facilitado el cumplimiento el plan diseñado; b) que si bien no apelaron al uso de violencia en las personas, el uso de la fuerza en las cosas les permitió ingresar a un ámbito de privacidad como lo es la casa de negocios de la damnificada; y c) el monto de lo sustraído –entre lo que se cuenta una numerosa cantidad de prendas de vestir-.

Por otra parte, en términos atenuantes valoraré que proviene de un estrato socioeconómico medio bajo y que estuvo detenido por diversas causas desde temprana edad, transitando en su alojamiento por establecimientos penitenciarios federales y de la Provincia de Buenos Aires, lo que agravó su situación de vulnerabilidad al sistema penal.

También habré de considerar en términos atenuantes que pese a las circunstancias enumeradas, Cerneira había logrado obtener trabajo estable que se interrumpió al momento en que fuera detenido y que posee un grupo familiar afianzado, lo que permite

alentar expectativas de que pueda lograr disminuir su nivel de vulnerabilidad social.

Es por ello que, teniendo en cuenta el tope establecido por el acusador, el punto de ingreso en la escala penal establecido en el mínimo de ella, la calificación legal propuesta, y las pautas agravantes y atenuantes mencionadas, propongo imponerle a **Cerneira la pena de un año de prisión (art. 40, 41, 164 CP)**, debiendo aplicársele además las **costas del proceso (art. 29.3 CP y 531 CPPN)**.

Con relación a la unificación de penas que debe efectuarse en el caso, por cuanto el imputado cometió el hecho aquí juzgado antes del vencimiento de una pena en cumplimiento, propongo que –en bases a las condiciones personales descriptas precedentemente y a los criterios rectores del sistema de la denominada pena total- se le aplique a Cerneira la **pena única de diecinueve años de prisión (art. 58 CP)**, comprensiva de la aquí propuesta y de la que se aplicara en la causa n° 2241 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, en la cual por sentencia firme del 12 de octubre de 2006 se lo condenó por resultar coautor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, en concurso real con encubrimiento por receptación sospechosa y autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado por el animo de lucro en concurso real entre sí, a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas y a la pena única de dieciocho años y nueve meses de prisión, accesorias legales, comprensiva a su vez de la mencionada precedentemente y de la de catorce años y nueve meses de prisión y accesorias legales, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, en el marco de la causa n° 481 con fecha 12 de abril de 2005.

#### **CUARTO: Reincidencia**

I. Previamente al análisis de la cuestión y advirtiendo que no ha sido planteada la inconstitucionalidad del art. 50 CP, que habré de proponer que así se declare, destacando lo que ya he señalado en punto a la **facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes de oficio** de conformidad con los argumentos utilizados por la CSJN en el caso “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/quiebra” (Fallos 327:3117),

II. Inicio el análisis de la norma en crisis indicando que posee, básicamente, las mismas objeciones constitucionales que el instituto de la “multirreincidencia” (art. 52 CP) respecto del cual la CSJN ha declarado inconstitucional en el caso “Gramajo, Marcelo” (Fallos 329:3680). Esas similitudes las he analizado in extenso en dos publicaciones que comentaran el decisorio y que aquí retomaré para fundamentar mi voto (Martín, Adrián; “Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional” –comentario del fallo CSJN “Gramajo”-, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n° 7/2007, ed. Lexis Nexis, 2006, p 1271/1289, y también publicado en Doctrina Judicial (DJ 2006-3), Editorial La Ley, año 2006, p

## *Poder Judicial de la Nación*

443/563; y “Otra incursión del «peligrosismo» en el Estado de Derecho. Algunas notas sobre la inviabilidad de la doctrina del fallo “Lemes” (TSJ CABA) a la luz de la doctrina del fallo “Gramajo” (CSJN)”, publicado en Revista Justicia Porteña, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la C.A. BsAs., 2007, p 26/37)

En esos trabajos indicaba que la CSJN individualizó en el caso del instituto previsto en el art. 52 CP varias lesiones a disposiciones de rango constitucional que pueden ser agrupadas en grandes conjuntos, a saber: a) lesión al derecho penal de acto y, consecuente creación de un derecho penal de autor atentatorio de los principios de reserva y autonomía moral; b) afectación a la exigencia constitucional de únicamente penar acciones que lesionen bienes jurídicos; c) vulneración al principio que proscribía la aplicación de penas desproporcionadas y por ende crueles, y d) atentado al principio que proscribía el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

III. Con relación al primer tópico -lesión al derecho penal de acto- consideró el tribunal referido la genealogía del instituto de la reclusión por tiempo indeterminado, para derivar de allí que ella ha tenido lugar en nuestra legislación como continuadora atenuada de la pena de deportación o relegación, derivándose de allí la violación de la exigencia constitucional de un derecho penal de acto. En ese sentido afirmaron los magistrados que la historia de la pena de relegación es la “verdadera naturaleza” de la de reclusión por tiempo indeterminado, y que su razón de ser radicó históricamente en “...la deportación como reemplazo de las galeras y como recurso para descargar las prisiones abarrotadas y eliminar de los grandes centros urbanos a quienes cometían delitos de menor gravedad pero eran molestos a la autoridad”. Así, añadió que si bien “...los autores de delitos graves eran penados con largas prisiones o con la muerte... los condenados por delitos leves reiterados molestaban y no podían ser eliminados con las penas ordinarias”. Dicho ello, la CSJN sentó una serie de principios de importancia superlativa, no sólo por la trascendencia que han tenido para resolver ese caso, sino especialmente por las implicancias que su aplicación debería conllevar respecto de la legislación penal argentina, como por ejemplo respecto del instituto de la reincidencia.

En primer lugar destacó la mayoría que “...la idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional” por cuanto se contrapone abiertamente con las garantías constitucionales, en especial las relacionadas a la finalidad de la pena que “...no puede ser... sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad”.

Un aporte importante sobre esta cuestión radica en el voto del juez Fayt, quien destaca que la imposición constitucional que una “...reacción estatal en clave punitiva debe siempre vincularse a un hecho previo” y con “respeto del principio de culpabilidad”. Así, continúa explicitando con referencia a la reclusión por tiempo indeterminado que “... cabe hacer mención al plus de habilitación del poder punitivo que en modo alguno reconoce una causa que lo justifique”, en tanto “... desde un postulado lógico muy elemental, no puede existir un

consecuente que no reconozca razón en un antecedente previo". Ello es así para el magistrado por cuanto "... el oportuno juicio de reproche y el de mensura de la pena han sido cerrados de conformidad a un injusto penal determinado" (considerando 10°).

En ese sentido, e indisolublemente unido a este exceso de poder punitivo se aborda en el voto, de forma similar al voto de la mayoría, el estudio sobre la cuestión de la "peligrosidad". Allí indica el juez Fayt que "... la idea de un Estado de Derecho que imponga penas por hechos delictivos es clara, pero la de un Estado que "elimine" a las personas "molestas" o "peligrosas" no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra Ley Fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, por cuanto contradiría la naturaleza del Estado de Derecho; como tampoco el objetivo denominado de "aseguramiento" frente a la presunta "peligrosidad", puede ser la razón que habilite la imposición de una medida de estas características" (considerando 19°).

Añadiendo en el considerando siguiente que "... la previsión contenida en el art. 52 abre juicio sobre la personalidad del autor en clara contradicción con el derecho penal de acto y no permite juicio de proporcionalidad alguno en punto a la "necesidad" de la reacción que automáticamente establece".

Es por lo hasta aquí explicitado que la mayoría de la CSJN sostuvo que existiría un ejercicio del poder punitivo basado en un derecho penal de autor en los casos en que "...no se est{uviera} retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunt[ara] 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, [fuera] que el estado decid[iera] considerar culpable o peligrosa". En esos casos, concluyó, sea que se midiera la culpabilidad o la peligrosidad, no se estaría considerando la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente (considerando 17°).

En el considerando siguiente la mayoría reafirmó esos principios, ahora basándose en los principios de reserva y de autonomía moral de las personas que, como se ve, se hallan indisolublemente ligados a la exigencia constitucional de un derecho penal exclusivamente de acto. En ese sentido destacaron los magistrados que no es posible imponer una pena "...en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido" no pudiéndose así "...juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo...".

Por otra parte, se reafirmó lo dicho en cuanto a la construcción de una inconstitucional suerte de derecho penal de autor basado en la mera presunción de peligrosidad con la sentencia dictada por la CorteIDH en el caso "Fermín Ramírez c. Guatemala" (Serie C n° 126, resuelta el 20 de junio de 2005) de la cual la CSJN extrajo el siguiente pasaje: "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las

## *Poder Judicial de la Nación*

probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...” [lo que deviene] absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.” (considerando 23°)

Asimismo el voto mayoritario destacó en otros pasajes, nuevamente y con más claridad, lo dicho en el considerando 15°, al afirmar que “la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes” (considerando 22°), añadiendo luego que de lo dicho se deduce sin más que esta clase de respuestas punitivas importan “...una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena... porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado”. (considerando 24°)

En esa línea de análisis, y luego de destacar la preocupante doctrina que ha teorizado sobre el “derecho penal del enemigo”, la CSJN concluyó en forma terminante que “Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona y del consiguiente merecimiento de la pareja dignidad de la pena a quien comete un delito, cualquiera sea el nombre con el que se pretenda ocultar la respetable denominación de pena y cualquiera sea el pretexto — peligrosidad no existente o presunta u otro— con el que se quiera ocultar una declaración de enemistad jurídica con exclusión de las garantías y derechos que corresponden a todos los habitantes de la Nación” (considerando 27°).

Por su parte el juez Fayt, también efectuó algunos aportes argumentales adicionales al punto. Es así que cuestionó la configuración de un derecho penal de autor en tanto basa la habilitación de poder punitivo en la “peligrosidad”. Así señaló en el considerando 22° que “... la doctrina legitimante del art. 52, en realidad, ha venido encubriendo una pena que no es admisible en nuestro orden jurídico, por tener como base la declaración de que un ser humano no debe ser tratado como persona, y por ende, resulta excluido de las garantías que le corresponden como tal”, concluyendo inmediatamente que “[n]uestra tradición legislativa... no tolera que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad.” Asimismo completó el análisis desde esa perspectiva con una referencia en el considerando 23° al principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona (art. 19 CN) desde el cual sostuvo que “...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”, agregando que “... sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad”. Por último en este punto, y con cita del caso “Salort” (Fallos: 308:2236), a su vez citado en su propio voto en el caso “Guazzoni” (Fallos: 324:4433), reafirmó que “... lo único sancionable penalmente son las conductas de los

individuos” y que de no ser así “... implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada”. En este último pasaje citó el magistrado los votos de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en el caso “Dessy” (Fallos: 318:1894) y la propia disidencia en el caso “Tortora” (Fallos: 313:1262), ambos citados en el caso “Guazzoni” (Fallos: 324:4433).

No resulta complejo ni alambicado deducir que los fundamentos vertidos por la CSJN y, en especial los aquí extractados resultan de inmediata aplicación a la figura de la reincidencia (art. 50 CP). No obstante ello, volveré sobre este punto para demostrar con mayor claridad de qué forma la figura de la reincidencia no escapa a este tipo de críticas constitucionales. Proevio a ello, referiré con más brevedad las consideraciones que efectuara la CSJN a los otros núcleos problemáticos desde la óptica constitucional y convencional que abordara en el mencionado caso “Gramajo”.

**IV.** Un segundo conjunto núcleo radica en la afectación a la exigencia constitucional de únicamente penar acciones que lesionen bienes jurídicos. Cabe hacer una mención en este momento a un aspecto que, si bien se halla íntimamente vinculado a un tópico que no aboraré en extenso en esta resolución, no puede pasar inadvertido: la exigencia de un bien jurídico afectado para habilitar poder punitivo. Al respecto, sólo destacaré que comparto con el voto de la mayoría en el caso “Gramajo” que estos análisis permitirían incluir en la crítica a otras figuras del código penal que prescinden de la real y efectiva lesión o puesta en peligro cierto de bienes jurídicos ajenos.

Con estricta vinculación al tópico de estudio en este caso, debe resaltarse que los magistrados de la CSJN indicaron que resultaba evidente que con la imposición de la pena de reclusión indeterminada no se estaba retribuyendo la “...lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto”, sino que con ella se pretendía encerrar a una persona en una prisión “debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa.” (considerando 17°)

Al respecto resulta pertinente citar lo dicho por Zaffaroni, cuando en su antigua función de juez de cámara, dirigió críticas a este tipo de respuestas punitivas –más precisamente al instituto de la reincidencia- por resultar excedentes de la lesión al bien jurídico en cuanto se pretende fundamentarlas en alguna clase de desinterés o desprecio respecto hacia ordenamiento jurídico. En efecto, analizando la figura de la reincidencia, señaló que “...el mayor contenido injusto no respondería a una mayor lesión del bien jurídico afectado por el segundo delito, sino a la lesión de la imagen del Estado como proveedor de seguridad jurídica, lo que sería un bien jurídico diferente: un delito diferente que vendría a concurrir idealmente con el segundo delito cometido, con lo cual se habría creado una suerte de doctrina de la "seguridad



## *Poder Judicial de la Nación*

nacional" en versión dogmático-penal", añadiendo más adelante que "...nunca la autoridad misma del Estado puede ser un bien jurídico, porque ese supuesto bien jurídico resultaría finalmente, único y deglutiría al resto. Esto es claramente el naufragio del bien jurídico" (CCC, en pleno, "Guzmán, Miguel F", resuelta el 08 de agosto de 1989).

V. Por último, sobre lo dicho la CSJN en el caso "Gramajo" debe resaltarse que inició ese tramo de estudio con una frase –a mi juicio- demoledora de todos los artificios contruidos para sostener este tipo de figuras lesivas de los DDHH. Así, se sostuvo en el caso de mención que la doctrina argentina legitimante de estas construcciones se ve "ante una disyuntiva de hierro", ya que si admite que el agravamiento de la pena se aplica por el último de los hechos cometidos lesiona el derecho penal de acto y en especial el principio de proporcionalidad; y en cambio, si acepta que el plus de pena tiene por razón los hechos anteriores cometidos ya juzgados, admite que estaría penando al sujeto dos veces por los mismos hechos (considerando 22°) |

Es en este sentido, que a los fines de abordar esta última posibilidad argumental, a CSJN da cuenta que estas construcciones tienen latente también la afectación al principio que proscribiera el doble juzgamiento (*ne bis in idem*).

Baste sobre este tópico destacar que en el caso señalado se agregó que para descartar la desproporcionalidad de la pena –o en el caso de la reincidencia, de su forma de ejecución-, el argumento que pretende valorar no el último hecho cometido solamente sino la totalidad de los casos anteriores por los que el sujeto fuera condenado, importan un nuevo juzgamiento proscripido constitucionalmente. Ello no puede ser soslayado con sofisticados artificios argumentales por cuanto es ineludible aceptar, como lo señala la CSJN que si el imputado no hubiese cometido los anteriores hechos no se le aplicaría la pena agravada, con lo cual resulta evidente que esos hechos anteriores ya juzgados están siendo nuevamente valorados para lograr ese plus habilitante de poder punitivo, sea éste una mayor cantidad de años de prisión impuestos en la condena, o una mayor cantidad de años encarcelado por derivación de la imposibilidad automática de acceso a la libertad condicional. En efecto, tal como también lo especificara Zaffaroni en el plenario "Guzmán", no es un mero ajuste en el tratamiento penitenciario la prohibición ineludible de otorgar la libertad condicional a los declarados reincidentes. Así destacó el juez que: "[c]ualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado. La denegación de un beneficio es un rigor, especialmente cuando se trata de mantener a una persona privada de libertad. Puede argumentarse lo que se quiera, pero que una persona quede encerrada años o camine por la calle es una diferencia notable, y afirmar que lo primero no es una agravación es una fractura con un dato elemental de realidad sumamente peligrosa".

VI. Si bien, como anuncié lo largo de los apartados anteriores considero que los pasajes extractados del caso "Gramajo" se aplican sin dificultad a la insalvable e inconstitucional

figura de la reincidencia (art. 50 CP), profundizaré aquí tal afirmación, abordando algunos de los aspectos centrales, no sin antes destacar que las críticas a estas construcciones resultan acumulativas. En efecto, no debe perderse de vista lo que sostuviera Zaffaroni en el citado y recordado plenario “Guzmán” en cuanto a que en el centro del problema penal hubo siempre dos polos: el autor y el acto, y que “... la reincidencia es incompatible con el derecho penal de acto y, por ende, inconstitucional” puesto que “[n]inguna de las propuestas que le quieren legitimar es constitucionalmente viable, porque todas van a dar al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico”.

a. Derecho penal de acto: Un primer señalamiento, de toda evidencia, pero invisibilizado por las construcciones discursivas es que no es posible observar evidencias empíricas que permitan diferenciar dos acciones idénticas que cometieren dos personas cuando una de ellas ya ha cumplido pena como condenado con anterioridad. Es decir, como señala Zaffaroni el agravamiento de la respuesta punitiva al declarado reincidente nada tiene que ver con el injusto, “...porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario”. Ello nos conduce directamente a la evidente conclusión que el plus de pena responde a algo distinto de la acción cometida y por ende ese exceso punitivo se halla en contraposición flagrante con el denominado “derecho penal de acto”. En esa línea, las afirmaciones vertidas por la CSJN en el caso de referencia, resultan compatibles con las profundas y convincentes apreciaciones de Mario Magariños y de Gustavo Vitale, quienes, en cuanto a estas cuestiones, han explicitado con suma precisión que lo que este tipo de normas afecta es –ante todo- la proscripción de la aplicación de penas respecto de circunstancias que no son acciones.

Así Vitale indicó que ellas son una forma de "derecho penal de autor" (a través de la "culpabilidad de autor"), lo que constituye (además de una violación al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, a los arts. 18 y 19, CN) un sutil quebrantamiento del art. 19 constitucional, a partir del cual se elabora un "derecho penal de acto" o "de acción" no sólo a nivel del análisis de la culpabilidad (que es un juicio de reproche por el hecho) sino, a su vez, a nivel del estudio de la tipicidad (por lo que el legislador debe prohibir sólo acciones). Precisamente son esas acciones prohibidas (y no otras ya valoradas en otras sentencias, ni otras penas ya cumplidas por algún hecho anterior, ni tampoco lo que autor “evidencie ser” a través de ellas) las que el principio de legalidad penal (a través de su exigencia dogmática de tipicidad) permite juzgar y las que el principio de culpabilidad posibilita reprochar (Vitale, Gustavo, “Estado constitucional de Derecho y derecho penal”, en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 104 a 106.).

Por su parte, Magariños, en similares términos destacó que “si desde la perspectiva constitucional sólo se atiende al principio de culpabilidad como garantía implícita derivada del principio de legalidad, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, la única conclusión necesaria es que aquel principio se satisface con el carácter previo de la prohibición

## *Poder Judicial de la Nación*

que la ley contenga. Entonces, añadió, sólo a través de la sistematización y del juego armónico del principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional con las garantías contempladas en su art. 18 (*nullum crimen* y culpabilidad), puede ser correcto derivar el concepto de culpabilidad ‘por el hecho’ como garantía fundamental, pues es una consecuencia necesaria de la obligación de acuñar tipos penales que únicamente contemplen conductas, obligación impuesta al legislador por el art. 19 de la Ley Fundamental” (Magariños, Mario, “Reincidencia y Constitución Nacional -El resabio de un “modelo peligroso” de derecho penal-“, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ad Hoc, Bs. As., nº 7, pp. 99/100, y más profundamente en “Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional”, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2008)

Es evidente que si una disposición de índole penal no responde a la exigencia del “derecho penal de acto”, importará una forma de “derecho penal de autor”, pero también es cierto que muchas veces una concepción acotada de esta última forma prohibida hace más críptico y confuso el análisis. Más allá de que también abordaré el estudio crítico del instituto de la reincidencia desde esas otras perspectivas, es imprescindible destacar una situación de suma evidencia constitucional, saber que ningún elemento distinto a un hecho humano exteriorizado, pública y lesiva de bienes jurídicos, puede justificar la habilitación de poder punitiva, so riesgo de que esa habilitación –sea esta total o parcial- importe una forma encubierta de afectar la manda constitucional denominada “derecho penal de acto”.

b: Derecho penal de autor y su necesario saneamiento genealógico: He de señalar muy especialmente un aspecto que considero central en el voto mayoritario en el caso “Gramajo”. Allí el Alto Tribunal rastreó, con especial dedicación, las influencias del instituto allí analizado, tanto en lo que hace al derecho comparado, del cual fuera adoptado, como así también dentro del contexto histórico en el que se incorporó a nuestra legislación. La CSJN coligió que “la genealogía de esta pena no es compatible con la Constitución Nacional y menos aún con el texto vigente desde 1994”, y de esa forma entiendo que la Corte ha incorporado, como método hermenéutico y de testeo de constitucionalidad, lo que Zaffaroni, Alagia y Slokar han denominado “principio de saneamiento genealógico”. Al respecto se ha dicho que los tipos penales con frecuencia se “arrastran de un código a otro” y que, por lo general, no se repara en un análisis contextual, lo que implica que se incorporen con una carga ideológica originaria incompatible con el Estado de Derecho. En consecuencia, este principio de “saneamiento genealógico”, dirigido como deber a los operadores del derecho, importa la necesidad de que la dogmática penal añadida, a su habitual análisis exegético, el estudio genealógico que ponga al descubierto “los componentes del Estado de policía que arrastra y que deben ser cuidadosamente neutralizados” (Zaffaroni, Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro; “Derecho penal. Parte general”, Ediar, Bs.As., 2000, p 131).

Por ello es que esta forma de análisis legal introducida en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional sea, tal vez, uno de los legados de mayor importancia del caso

“Gramajo” para los demás tribunales del país, en tanto que una cantidad realmente importante de leyes habilitantes de poder punitivo vería reducida su aplicabilidad si se las analizara y depurara conforme lo postula el principio de mención.

En consecuencia, y en un todo de acuerdo al principio de saneamiento genealógico incorporado por la CSJN como criterio hermenéutico para un adecuado control de constitucionalidad de las leyes habilitantes de poder punitivo, es necesario rastrear la inclusión de la figura de la reincidencia en el Código Penal argentino.

El Código Penal de 1886 (ley 1920) incluía dos referencias genéricas a la reincidencia como agravantes, sea como “...haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señala igual o mayor pena” (art. 84.18), o bien directamente como “...ser reincidente de delitos de la misma especie” (art. 84.19). Esas pautas, por regla general operaban conforme lo previsto en el art. 52 impulsando al juez a alejarse del término medio como punto de ingreso en la escala penal.

Sin embargo, ya no como forma de determinar el *quantum* punitivo, sino como modalidad de hacer efectivo el encarcelamiento, el 26 de diciembre de 1895 se promulgó la ley 3335 que disponía que los reincidentes por segunda vez cumplirían las penas “correccionales o de prisión... en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo design[ara] al efecto”.

El establecimiento del territorio del sur fue la cárcel de Ushuaia cuyo proyecto de construcción había sido presentado por primera vez en el Congreso Nacional, por parte del Poder Ejecutivo Nacional con firma del presidente Julio A. Roca y su ministro Eduardo Wilde en 1883, momentos en que estaba a estudio el proyecto de Código Penal finalmente sancionado.

El proyecto tenía por objetivo, tal como lo explicitaba su art. 3º, que el Poder Ejecutivo “...en todos los casos en que por las leyes penales los Jueces Federales y los de la Justicia de la Capital imp[usieran] penas de presidio, deportación, trabajos públicos o forzados, servicio militar en las fronteras, o prisión por más de 3 años, [pudieran] destinar a los sentenciados a cumplir su condena en el paraje indicado, debiendo determinar los jueces si [pasarían] simplemente como deportados o si [debían] cumplir la pena en prisión con trabajos forzados”.

Los motivos que se explicitaban en ese proyecto, y sobre los cuales deberá recaer el análisis genealógico, eran: a) que el proyecto de Código Penal que estaba a estudio del Congreso no establecía la pena de deportación, “...tal vez porque la Comisión que lo redactó, observó que no existía en el país un lugar preparado para hacerla cumplir”; b) que ese proyecto fijaba la pena de presidio pero “...la Nación no dispone tampoco de sitios destinados a ejecutarla en la forma en que el legislador lo ha querido”; c) que las provincias no tenían cárceles adecuadas y “...mirarían como un gran beneficio el que la Nación se las ofreciera”, y d) que “...un presidio situado en las apartadas regiones, en que lo proyecta el Poder Ejecutivo, sería por otra parte el primer elemento de población en ellas”.

En esa oportunidad el proyecto de ley no fue sancionado, por lo que años más

## *Poder Judicial de la Nación*

tarde, en 1894, el Poder Ejecutivo Nacional volvió a presentar un proyecto similar que hacía referencia a aquel otro, esta vez firmado por el entonces presidente Luis Saenz Peña y su ministro José V. Zapata, y que, reeditando el proyecto fracasado, pretendía que las penas que los jueces impusieran "...a los reincidentes por tercera vez" fueran cumplidas "...en los territorios nacionales del Sud que el Poder Ejecutivo design[ara] al efecto".

Esta vez las razones esbozadas en el proyecto fueron las siguientes: a) que existía ya un número "...considerable de delincuentes que aloja constantemente la Policía en esta Capital", estimando un número cercano a los seiscientos o setecientos y que "...algunos de los cuales cuentan ya, 10, 20, 30 y 50 registros, individuos que viven del vicio y que son una amenaza permanente para la sociedad"; b) que "...la ley ha considerado justamente que la reincidencia es una circunstancia agravante del castigo que inflige al delito en sí mismo, viendo en la reiteración del último el síntoma de una perversión mayor en el agente, y el indicio de un peligro social más inminente, lo que determina la aplicación de una pena nueva y más eficaz"; c) que "...aquellos criminales incorregibles obtienen fácilmente su libertad, ó por el pronto cumplimiento de su condena ó por que algunos la consiguen bajo fianza en la Capital"; y d) que ante ello era conveniente "...alejar por un tiempo esos elementos que se mantienen hacinados en prisiones inadecuadas, donde conciertan los nuevos delitos que han de cometer á su salida"

Destacaba el proyecto que no era esa la oportunidad de encarar una reforma del sistema penal que incluyera la pena de deportación, pero que sí podía analizarse en ese momento, sin modificaciones sustanciales a la legislación vigente, este tipo de "mejora" propuesta lo que permitía "...aleja[r] de los grandes centros de población al criminal".

Vale señalar que al iniciar el año 1935, según informara el diputado Nacional Manuel Ramírez, quien publicara un informe titulado "El Presidio de Ushuaia. La Ergástula del Sud" (Ed. Claridad), de las quinientas treinta y ocho personas alojadas con condena en el penal de Ushuaia noventa y nueve se hallaban en el lugar condenadas a reclusión por tiempo indeterminado, diez a penitenciaría por tiempo indeterminado, y el resto a penas privativas de libertad temporales.

A partir de lo explicitado es propicio destacar que la calidad de reincidente, aún desde la perspectiva de "ajuste" en el tratamiento penitenciario ha desembarcado en la historia reciente de nuestro sistema penal en forma anexa a concepciones de derecho penal de autor de aquellos "incorregibles" que, si bien no se habían hecho aún acreedores a la pena de reclusión por tiempo indeterminado, sí eran ya calificados como sujetos peligrosos, o al menos "molestos" para el orden social y por ello debían ser "alejados de los grandes centros de población".

Es entonces desde esta perspectiva, que deberá luego considerarse la figura de la reincidencia como expresión de derecho penal de autor, entendida como declaración de enemistad, aún bajo el pretendido ropaje de un mero "ajuste" en el tratamiento penitenciario.

Así también cabe recordar aquí las palabras del procurador en el mencionado caso "Sosa", sobre aspectos vinculados con este punto, a las cuales se remitió la CSJN en su anterior composición. En ese momento expresó el procurador respecto de la reclusión por

tiempo indeterminado, pero con argumentos asimilables a la figura de la reincidencia, que "...la circunstancia de que la persona haya sufrido condenas anteriores por hechos de similar naturaleza, y que haya cumplido pena privativa de libertad como consecuencia de su actuar, muestra que tales condenas no le han servido de advertencia para no volver a cometer delitos", y que "...los antecedentes condenatorios del autor... reflejan una cierta habitualidad en la ejecución de hechos ilícitos, y es esta habitualidad la que hace necesaria una mayor respuesta desde las necesidades de la prevención-especial". A partir de allí, y con una enumeración de casos de los cuales algunos no se correspondían con la cita efectuada, de la CSJN en su anterior composición, explicitó que "...la reclusión es una medida de seguridad que se impone en defensa de la sociedad a los delincuentes considerados incorregibles y el Código adopta como índice de esa incorregibilidad el número y gravedad de las anteriores condenas que el delincuente ha sufrido". Añadió entonces que "...el pronóstico de reiteración, basado en la peligrosidad expresada por el autor, y no la culpabilidad por el hecho con ocasión del cual se impone como accesoria de la condena, constituyó el fundamento tenido en cuenta por el legislador penal para establecer la reclusión por tiempo indeterminado, en el artículo 52 del Código Penal". Por último, en cuanto a la prohibición de doble juzgamiento señaló con citas de los casos "Valdez" (Fallos 311:552) y "L'Eveque (Fallos 311:1451), en los que se debatía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y no de la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP, que era doctrina de la CSJN que "...el principio del *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 un 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 (Fallos: 311:552), y que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...y que 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" (Fallos: 311:1451).

Ante ello y con base a las consideraciones vinculadas al pronóstico de peligrosidad y a la característica de incorregibilidad de quienes se hallarían incursos tanto en la figura de la multirreincidencia como en la de la reincidencia, pueden ser rastreadas en las legislaciones penales del siglo XIX y, por ende igualmente criticadas desde los sólidos argumentos vertidos por la CSJN en el caso "Gramajo", como así también por la CortelDH en el caso "Fermín Ramirez c. Guatemala", ambos ya citados.

## *Poder Judicial de la Nación*

c. Prohibición de doble juzgamiento: Con relación a la prohibición del doble juzgamiento, cabe destacar que tal principio según el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un mismo hecho había sido reconocido como una de las garantías no enumeradas incluidas en el art. 33 CN, y luego fue expresamente establecido en el art. 75.22 CN, en función de lo dispuesto por los arts. 14.7 PIDCyP y 8.4 CADH. Ahora bien, cierto es que ambas regulaciones contienen el principio mencionado, tanto en su aspecto procesal (no ser juzgado dos veces) como en su aspecto sustancial (no ser condenado dos veces), el primero de los instrumentos internacionales posee una regulación que merece destacarse. Ya que señala que "...nadie podrá ser... sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado...". En consecuencia, no sólo no es posible considerar aspectos de la conducta por la cual ya fue condenada, sino tampoco el producto de dicha conducta: la sentencia, puesto que la referencia es al delito por el cual haya sido condenado y no sólo al hecho. Entre la doctrina argentina Julio Maier, analizando la cuestión de la reincidencia señaló que si bien el problema no resultaba sencillo, debía reconocerse que el argumento vinculado a la lesión del *ne bis in idem* no carecía de sentido, puesto que agravar la pena que corresponde a un delito, aún tomando en consideración la condena anterior y la pena cumplida "parece significar, indirectamente, reprimir de nuevo un hecho ya juzgado". Ante ello consideró con referencia a Magariños que de ser correcta la crítica no sería posible tampoco considerar la reincidencia en el marco de la medición de la pena y que ello conduciría a establecer que el único patrón de medida de la pena debería estar dado por el grado de la culpabilidad por el hecho concretamente juzgado. Así es como concluye ese pasaje señalando que la cuestión se reconduce de tal forma a la "antigua disputa entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor (culpabilidad por el hecho o culpabilidad de carácter)" (Maier, Julio B.J.; "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", ed del Puerto, Buenos Aires, p 642.).

Es en este marco es que Julio Maier efectuó alguna reflexión sobre un fallo dictado por el entonces juez de cámara Zaffaroni, considerando que la "anatematización de la agravación de la penal del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla clásica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme el buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico". Esta reflexión de Maier, muchas veces citada en forma incompleta, ha sido utilizada para descartar la inconstitucionalidad del instituto de reincidencia. Lo que corresponde entonces es destacar que a renglón seguido sostuvo Maier que lo que se toma en consideración para agravar la respuesta punitiva no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino que lo que se valora es la condena o pena sufrida, lo que determina una clase especial de autores, siendo una suerte de delito especial impropio, en tanto la especial calidad de autor no funda la prohibición sino que la agrava. Concluyendo en que la reincidencia sí afecta otro principio constitucional: "el principio de culpabilidad", entendiéndoselo como responsabilidad por el hecho, es decir como constitutivo de un derecho penal de acto. Ante ello consideró abiertamente injusto un derecho penal de autor, como el que implica consagrarse con la figura de la reincidencia.

En conclusión, el único fundamento que resta analizar para descartar la doble

valoración prohibida de un mismo suceso en los casos de reincidencia, es que la declaración considera no ya la conducta anterior sino la realización de un nuevo delito pese a haber recibido una condena. En esa línea Maier considera que criticar la figura de la reincidencia desde el principio del *ne bis in idem* suena a una exageración, pero no lo expresa para intentar afirmar la constitucionalidad del instituto, sino para poder abordar el problema en lo que considera su ámbito específico (Maier, op. cit., p 644). Esta es una demostración más que la reincidencia arrastra consigo innumerables conflictos constitucionales y que, aún soslayando ellos en su “ámbito específico”, los nuevos puertos a los que arribemos nos depararán nuevos inconvenientes desde la perspectiva constitucional y convencional. Dicho ello, y sin perjuicio de las palabras de Maier, considero que las críticas vinculadas a la prohibición de doble juzgamiento también son correctas, aún cuando comparto que no son las objeciones centrales. En efecto, son tal vez no tan específicamente adecuadas como las que estriban en cuestiones sobre el derecho penal de acto, pero no por ello absolutamente inadecuadas. Ello es así, puesto que más allá de que se considere desde algún punto de vista que en estos casos no se deberá valorar la culpabilidad del hecho punible anterior ya juzgado, ello no es más que una particular motivación que no puede extraerse sin más de la normativa, sino que, por el contrario, ella misma lo lleva implícito.

Por otra parte, y aún más allá de esa consideración, lo cierto es que si lo que se tiene en consideración es la condena o pena sufrida, ellas resultan inevitable consecuencia del hecho ya juzgado, y en consecuencia indirectamente también se lo está valorando nuevamente, es decir se lo está poniendo en consideración para aumentar la medida de dolor que deberá soportar la persona condenada por el segundo hecho.

Es así que la mayoría de la CSJN en el considerando 21° del fallo “Gramajo” señaló que la doctrina legitimante se enfrenta “ante una disyuntiva de hierro”, puesto que o admite que la pena se corresponde al último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad, o en cambio fundamenta ese plus de reclusión “atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos”. Esta “disyuntiva de hierro” es asimilable a la que presenta el instituto de la reincidencia por cuanto al presuponer, sin posibilidad de discusión, que en toda persona que cometa un segundo hecho ilícito después de haber cumplido como condenado una parte de la pena impuesta, existe una mayor culpabilidad que debe ser retribuida con mayor poder punitivo, importa o bien admitir que se habilita un ejercicio de un plus de poder punitivo con base a una motivación interna que no tiene correlación con un mayor contenido de injusto por una mayor lesión a un bien jurídico ajeno, o bien importa una invocación a la mayor peligrosidad, encubierta bajo la máscara de una mayor culpabilidad.

Es aquí entonces que resurge con fuerza la crítica a este tipo de normas realizada por la CortelDH en el caso “Fermín Ramírez c. Guatemala”, también invocada por la CSJN en el fallo referido. En aquel se señaló que este tipo de leyes penales constituían “una



## *Poder Judicial de la Nación*

expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido”, y por ello implicaban la sustitución de un derecho penal de acto, propio de una sociedad democrática, por otro de autor que necesariamente abre la puerta al autoritarismo en un ámbito en que se ponen en juego bienes jurídicos de jerarquía superior.

VII. No puedo finalizar este voto, sin destacar en este punto un “secreto a voces” que ciertas prácticas judiciales se empeñan en invisibilizar: la realidad carcelaria. Basta con ingresar a un establecimiento penitenciario, escuchar con atención a una persona detenida en ellos, u observar los legajos en trámite ante los juzgados de ejecución penal para advertir las prácticas que operan en ese ámbito, aún a pesar de los intentos de muchos operadores del sistema penal por reducir las cuotas más aberrantes que han constituido a la cárcel en forma estructural. No hay más que transitar por algunos ya clásicos libros de la criminología para comprender que esas situaciones no responden a especiales situaciones coyunturales latinoamericanas, a pesar de la especial cuota de crueldad que en esos márgenes planetarios pueden observarse en ciertos casos.

Como señaló el juez Salas, en el fallo dictado con fecha 5 de septiembre de 2011, por el TOC 1, en la causa n° 3887 del registro de ese tribunal, “Avila, Gustavo Ariel s/robo agravado”, la realidad carcelaria, muchas veces, es muy diferente a la que parece surgir de los textos legales considerados en abstracto. Así, y más allá de los loables objetivos de algunas leyes, el gobierno de la cárcel y de toda institución total, transita con habitualidad por la lógica de premios y castigos. Castigos estos que no son de menor entidad en el sistema federal (Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe anual 2010”, en especial en lo atinente a los casos documentados de malos tratos, torturas, muertes, aislamientos, requisas, régimen de visitas, déficit alimentario, política de traslados, acceso a la educación, entre otros tópicos).

Así, como afirmó Salas, “...si la reiteración de una conducta delictiva desnuda algo más que un componente de la personalidad del individuo, protegido por el principio constitucional de reserva (art. 19 CN) ese «algo más» es el propio fracaso de la institución carcelaria que, en el caso concreto del reincidente, habrá inalcanzado el «ideal resocializador» previsto en abstracto legalmente”.

Es por ello que, desde mi perspectiva, no hay lugar constitucional para un instituto que hunde sus raíces en las bases más profundas de un modelo de estado autoritario, por lo que sólo resta proponer la **declaración de inconstitucionalidad de la figura prevista en el art. 50 del CP**, como así también de sus inmediatas consecuencias (**art. 14 CP**).

### **QUINTO: Accesorias legales**

I. El art. 12 CP establece la pena de inhabilitación absoluta como accesoria de toda pena privativa de libertad mayor de tres años. Esta inhabilitación importa en los hechos una incapacidad civil que implica las privaciones contenidas en los distintos incisos del art. 19 CP

(en especial la privación del derecho electoral) y la suspensión de derechos civiles previstos en la segunda parte del art. 12 (en particular, la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos)

Como indican Zaffaroni, Alagia y Slokar, esta incapacidad civil tiene el carácter de pena accesoria y no el de una mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal. Parte General, Bs. As., 2002, p 985).

Es así, que entiendo que, salvo específicos casos en lo que el tribunal deba aplicar alguna de estas sanciones por hallarse indisolublemente ligadas al delito cometido –por ejemplo la privación de la patria potestad ante un caso de un delito cometido por el padre respecto de sus hijos-, su aplicación automática a toda pena de prisión superior a los tres años implica un ejercicio habilitante de poder punitivo lesivo de derechos de raigambre constitucional.

Con particular referencia al derecho al voto cabe resaltar la existencia en el marco de la Cámara de Diputados de la Nación de un proyecto de ley (expte. 6153-D-2010) que reconoce lo discriminatorio de la situación que hoy nos rige. Así el proyecto indica entre sus fundamentos que se propone eliminar “...la arbitraria disposición que les niega de modo genérico la posibilidad de votar”.

El proyecto de mención enumera diversas razones en su favor, entre las que se destacan las siguientes: a) la condena penal no es una restricción legítima del derecho a votar, por cuanto –como lo indica CortelIDH, OC n° 5-85- los derechos sólo pueden ser restringidos si se persigue una finalidad adecuada, si es proporcional al fin que persigue y si no existe otra vía menos gravosa de para lograr el mismo fin; b) la jurisprudencia comparada ya invalida la prohibición absoluta del voto a los condenados (TEDH casos “Hirst v. Gran Bretaña”, “Frodl v. Austria”, entre otros); c) la condena penal no puede trascender la restricción de la libertad ambulatoria. En este punto los fundamentos del proyecto han destacado, con precisión y claridad que ComisiónIDH “...ha establecido, la privación de la libertad puede conllevar la restricción de algún otro derecho cuya limitación está indisolublemente ligada a la ejecución de la medida” y que la privación del derecho electoral “...no supera el umbral para tal justificación, pues nada exige la restricción de la libertad ambulatoria sobre la libertad política”; y d) la finalidad resocializadora de la pena establecida en el art. 5.6 CADH, exige no excluir a los condenados de nuestra comunidad. Allí se añadió específicamente que la restricción al voto “...lejos de integrarse a esa dinámica, resalta en cambio, la exclusión y el estigma como notas distintivas del castigo penal.”

En relación a la privación del ejercicio de la patria potestad, salvo los casos especialísimos indicados antes, no es posible aplicarla sin aceptar una afectación al principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por un lado, y por el otro, al derecho de los niños de ser respetados en su interés superior y, en particular, a estar en contacto pleno con sus padres con independencia de lo que ellos hayan realizado (arts. 5, 7.1, 8.1, 9.1, 18.1, entre otros

## *Poder Judicial de la Nación*

Convención sobre los Derechos del Niño).

Por su parte, la inhabilitación para la administración de los bienes es, como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, "...la más marcada supervivencia de la muerte civil" (op. cit., p 986), siendo además claro que aquella no resulta de la restricción ambulatoria que importa el encarcelamiento. Nuevamente, corresponde aceptar su aplicación a contextos muy restrictivos que en el caso no acontecen. Esos especiales casos podrían acaecer como resultantes de una real incapacidad del penado para administrar sus bienes, con perjuicio para su patrimonio. y, por consiguiente, en su propio favor y el de las personas que tuviesen con él un trato familiar.

**II.** No escapa a mi análisis que en el caso la aplicabilidad de esta pena accesoria se halla vinculada a la pena ya impuesta y que aquí se unifica. Sin embargo, conforme lo establece el art. 58 CP en función de la regla establecida en el art. 55 CP, el tribunal que unifica las penas podrá modificarlas con el único límite de no alterar los hechos ni las condenas impuestas.

En ese sentido propongo no aplicar en el caso la pena accesoria prevista en el art. 12 CP, por resultar en algún caso inconstitucional (privación del derecho al sufragio), y en otros casos inconexa con las circunstancias del caso. A tal fin deberá **declararse la inconstitucionalidad de art. 19.3 CP**, y la **inaplicabilidad de las demás previsiones del art. 12 y 19 CN** por resultar ajenas al caso de estudio.

Así lo voto.-

**Los Dres. Héctor Grieben y Enrique J. Gamboa dijeron:**

**PRIMERO: Antecedentes y hecho probado**

Coincidimos en lo sustancial con lo afirmado por nuestro colega en el considerando primero del voto que antecede, por lo que habremos de compartir con el que el hecho aconteció de la forma en que se describiera en el requerimiento de elevación a juicio y tal como acordaran las partes en los términos del instituto previsto en el art. 431 bis del C.P.P.N.. Ello es así por cuanto coincidimos en la forma en que ha sido valorada la prueba incluida en el legajo. Sin embargo, habremos de discrepar en el resto de las cuestiones tratadas; desarrollaremos a continuación los fundamentos de ello.

**SEGUNDO:**

La conducta tenida por cierta precedentemente, encuentra adecuación típica en la figura de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda como coautor penalmente responsable (arts. 45 y 167 inc. 2° del C.P.).-

La fuerza en las cosas que convierte a la sustracción en robo, está dada por que Cerneira junto al otro sujeto forzó la puerta de ingreso al local, lo que se corrobora con los dichos del testigo Chan Oh Hyon y el informe pericial efectuada respecto de la puerta en cuestión (ver fs. 74).-

Como se ha descripto, Cerneira actuó junto con otros dos sujetos y el hecho ha

estado rodeado de una cierta organización previa, distribución de tareas entre los participantes y la concurrencia de tres personas.

A los fines de la calificación de la agravante previstas en el art. 167, inc. 2° del C.P. es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la ejecución del hecho, sin necesidad de que tales partícipes integren al mismo tiempo una asociación ilícita de las descriptas en el art. 210 del mismo código.

En efecto, a nuestro juicio debe entenderse que la palabra “banda” designa, en lenguaje usual, no solamente la asociación de varias personas bajo forma organizada y relativamente permanente para la comisión de un número no determinado de delitos, sino también el acuerdo ocasional, para cometer uno o varios delitos determinados, bajo un mínimo de organización, pues el lenguaje usual no distingue los casos de banda y complot que contenían los antecedentes legales.

El accionar desplegado por el imputado ha quedado consumado, toda vez que el mismo tuvo la oportunidad de disponer libremente de los bienes sustraídos, lo que queda demostrado toda vez que al momento de su detención no se logró secuestrar la totalidad de los bienes sustraídos.-

Ningún planteo se ha efectuado respecto de la capacidad de culpabilidad del encausado, ni surge prueba alguna que la cuestione, por lo que sin duda resulta ser coautor penalmente responsable (art. 45 del C.P.), encontrándose el nombrado lúcido, coherente y orientado en tiempo y espacio al momento del hecho (ver fs. 82).-

### **TERCERO:**

1) Para graduar y adecuar la pena a imponer al procesado, se tiene en consideración la naturaleza, modalidad, e importancia del hecho investigado; las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el mismo, el daño y perjuicio ocasionado, que se recuperó parte de los bienes sustraídos, su edad; la impresión que del imputado se formó el Tribunal, el informe socio ambiental, obrante a fs. 14/17 del legajo de personalidad que corre por cuerda, del cual se desprende que el imputado conformo su grupo familiar propio, tuvo dos hijos y que actualmente está separado. Tiene problemas de adicciones y no cuenta con cobertura médica. Posee estudios secundarios completos y trabajando desde los 15 años; y las demás pautas de mensuración contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, por lo que se estimó justa la convenida por las partes, debiendo responder también por las costas del proceso (art. 29, inciso 3° del C.P.), la que deberá ser de cumplimiento efectivo habida cuenta las pautas mensurativas señaladas y la condena firme que sobre él pesaba.-

2) Del certificado de antecedentes obrante a fs. 20/20vta. del legajo de personalidad que corre por cuerda, el causante registra la causa n° 2241 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, en la cual por sentencia firme del 12 de octubre de 2006 se lo condenó por resultar coautor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, en concurso real con encubrimiento por receptación sospechosa y autor penalmente

## *Poder Judicial de la Nación*

responsable del delito de encubrimiento agravado por el animo de lucro en concurso real entre sí, a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas y a la pena única de dieciocho años y nueve meses de prisión, accesorias legales, comprensiva de la impuesta por el Tribunal Oral n° 25 mencionada precedentemente y la de catorce años y nueve meses de prisión y accesorias legales que le fuera aplicada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, en el marco de la causa n° 481 con fecha 12 de abril de 2005, la que vencerá el 29 de mayo de 2013, habiéndosele otorgado en el marco de dicha causa salidas transitorias, siendo declarado rebelde con fecha 15 de mayo de 2009, pues con posterioridad no se reintegró a la unidad de detención luego de haber gozado de tal beneficio. Por lo que teniendo en cuenta dicha fecha y la de comisión del presente hecho aquí investigado, se ha producido una violación a las reglas de concurso (art. 55 C.P.), por lo que corresponde proceder a su unificación en los términos del art. 58 ibidem., en razón de haberse cometido el hecho aquí juzgado mientras se encontraba cumpliendo pena por otro hecho distinto. Ahora bien, teniendo en cuenta las pautas mensurativas enunciadas precedentemente y las aplicadas en la causa 2241 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 y en la causa n° 481 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, consideramos que la pena única de veinte años de prisión resulta una adecuada retribución al que hacer ilícito desplegado en ambos procesos. Asimismo deberá declarárselo reincidente en los términos del art. 50 del Código Penal, ya que parte de dicha condena la cumplió como condenado sin haber transcurridos los plazos contenidos en el último párrafo de la norma de mención.

Así votamos.-

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 398, 399, 403, 431 bis, 530, 531 y 533 del ritual, el Tribunal, por mayoría

### **RESUELVE:**

**I) CONDENAR** a **DIEGO CERNEIRA**, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, **A LA PENA DE TRES AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda (arts. 12, 29 inc. 3°, 45 y 167 inc. 2° del C.P.).-

**II) CONDENAR** al nombrado **DIEGO CERNEIRA**, de los demás datos filiatorios obrantes en autos **A LA PENA ÚNICA DE VEINTE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, comprensiva de la mencionada en el punto I del presente y de la de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta en la causa n° 2241 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, por sentencia firme del 12 de octubre de 2006 por resultar coautor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, en concurso real con encubrimiento por receptación sospechosa y autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado por el animo de lucro en concurso real entre sí, y a la pena única de

dieciocho años y nueve meses de prisión, accesorias legales, comprensiva de la impuesta por el Tribunal Oral n° 25 mencionada precedentemente y la de catorce años y nueve meses de prisión y accesorias legales que le fuera aplicada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, en el marco de la causa n° 481 por sentencia firme de fecha 12 de abril de 2005, que a su vez incluía la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y el pago de las costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple, en concurso real con robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, en concurso real con tenencia de arma de guerra, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, en la causa y fecha mencionadas y de la también pena única de seis años y cuatro meses de prisión que por sentencia firme del 14 de septiembre de 1995, se le impusiera en la causa n° 47.699 del Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 4 de Mercedes, P.B.A., la que a su vez comprendía la de cinco años de prisión que por el delito de robo con armas le fuera aplicada en la causa de referencia y la de dos años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento que por el delito de robo con armas en grado de tentativa, le aplicara el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, y de la de ocho meses de prisión de ejecución condicional que, en orden al delito de robo en concurso ideal con lesiones, se le impuso el 27 de octubre de 1994 en la causa n° 3699 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Sentencia Letra "A", Secretaría n° 2, cuya condicionalidad se revocó (arts. 12 y 58 del C.P.).-

**III) DECLARAR REINCIDENTE** al nombrado **DIEGO CERNEIRA**, conforme lo dispuesto en el art. 50 del C.P.-

Notifíquese, tómesese razón; firme que quede, comuníquese y, oportunamente, archívese.-

Ante mí:

En la misma fecha se libró una cédula y un telex. Conste.-