

REGISTRO N° 19.569

///la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de diciembre del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Pedro R. David como Presidente, y los doctores Alejandro W. Slokar y Liliana E. Catucci como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 14.423** caratulada: "**Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, el doctor Javier Augusto De Luca y la Defensora Pública Oficial, doctora Mariana Grasso.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Liliana E. Catucci y en segundo y tercer lugar los doctores Pedro R. David y Alejandro W. Slokar, respectivamente.

La señora juez **Dra. Liliana E. Catucci** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, con fecha 8 de junio de 2011, no hizo lugar *al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional de Mauro Germán Rearte,...* (fs. 1/3 vta.).

2°) Que contra dicha resolución el Defensor Público Oficial, Jorge Antonio Perano, dedujo recurso de casación a fs. 6/16 vta., el que fue concedido a fs. 17 vta. y mantenido en esta instancia a fs. 26.

3°) Con invocación de los motivos previstos en los incisos 1° y 2° del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación el impugnante sostuvo que la resolución atacada carece de fundamentación, es aparente y arbitrario, y que vulnera el principio de culpabilidad y el derecho penal de autor.

Señaló que el artículo 14 del Código Penal torna más riguroso el cumplimiento de la condena dictada en segundo término porque la reincidencia obstaculiza su libertad condicional.

Hizo hincapié en que Rearte había sido calificado por el Servicio Penitenciario penitenciario de la provincia de Córdoba con conducta ejemplar diez (10) y bueno cinco (5) y agregó que su defendido había satisfecho la finalidad de reinserción social buscada en la ley 24.660.

Expresó que del razonamiento empleado en la decisión impugnada se deriva la afectación del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe la posibilidad de un castigo penal por un hecho cometido y no por un hecho por cometer.

Indicó que los vicios expuestos perjudicaban la garantía del debido proceso penal y la inviolabilidad de la defensa en juicio, el principio de legalidad, el derecho a la reinserción social, el principio non bis in idem, el de culpabilidad, el derecho penal de acto y la doctrina de la arbitrariedad.

Por último, el recurrente solicitó la revocación de la resolución recurrida, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y la concesión de la libertad condicional a Mauro Germán Rearte.

En apoyo a su postura invocó doctrina nacional y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465, primera parte y 466 del ordenamiento ritual, la Defensora Pública Oficial pidió la concesión del medio de impugnación planteado y la revocación de lo decidido el 8 de junio de 2011 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba (fs. 29/31 vta.).

5º) Con fecha 10 de noviembre del corriente año se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 del C.P.P.N., quedando las actuaciones

en condiciones de ser resueltas.

-II-

Formalmente admisible el recurso, ha de examinarse su procedencia.

En ese sentido no hay más que recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "el principio *non bis in idem* [...] prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta 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, 1209, 1-4-88, DJ, 1988-2-443); que si "la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena [...] lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta"; y 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"; por lo 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: 311:1209, 16-8-88, LL, 1989-B-183).

También ha sentado el más Alto Tribunal que "lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de

la condena anterior, total o parcialmente padecida" (*in re* "Gómez Dávalos, Sinforiano s/recurso de revisión", del 16/10/86).

Pese a que a la época de la sanción de este último precedente todavía no se habían receptado los pactos internacionales que lucen en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad, ha de señalarse que aun teniendo en mira ese propósito las condiciones particulares del enjuiciado y, justamente, como ya se señaló, la proclividad delictual y la condena anterior que registra, son claras muestras de que no está en condiciones de lograr esa reinserción (cfr. mi voto en causa n° 8886 "Jorge, Héctor Mario y Serpa, Luis Alberto s/recurso de casación" reg. N° 12407 del 21/08/08, de la Sala I).

Por otra parte, tampoco puede hasta el momento suponerse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intente cambiar su criterio acerca de la reincidencia a raíz de lo decidido en su fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa n° 1573-", resuelto el 5 de septiembre de 2006 en relación a la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal. Muy por el contrario, con sólo repasar los fundamentos de la inconstitucionalidad de dicha accesoria, y no de la reincidencia, se advierte que fue declarada a raíz de su asimilación a una pena que, por su entidad y características, viola garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a que ya se hizo alusión (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7°, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes), particularidades que, por cierto, no son propias de la

declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni siquiera puede considerarse una pena.

En el mismo sentido, en la causa "Grimaldi, Oscar s/ rec. de inconstitucionalidad" de la Sala III, se señaló que el principio "*non bis in idem*" consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero en forma alguna impide que el legislador tome en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en un nuevo delito penal. Esto implica una decisión de política criminal que queda exenta del control de constitucionalidad judicial. "El principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable" (C.S.J.N., Fallos: 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185; 302:192 y 457; y causa M. 580. XX. "Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", rta. 14/5/87, 310:943).

Así, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (cfr. C.S.J.N. causa "L'Eveque, Ramón Rafael p/robo", rta. 16/8/88; Fallos 311:1451).

La falta de refutación de esos argumentos descubre la insuficiencia argumental del recurso de casación deducido, más aún cuando el defensor oficial había circunscripto su

impugnación a la inconstitucionalidad de la negativa a otorgar la libertad condicional a los reincidentes, sin discurrir acerca de la reincidencia misma.

De ahí que lejos de poder controvertir la jurisprudencia del Alto Tribunal, intentó discutir un tema de política legislativa, sustentado en otro de política criminal, omisiones que no hacen sino profundizar la ausencia de fundamentación de la vía seleccionada.

En consecuencia me expido por el rechazo del recurso planteado por el Sr. Defensor Público Oficial, con costas.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Debo poner de manifiesto que ya me he pronunciado a favor de la validez constitucional del art. 50 del Código Penal, in re: "Actis, Miguel Angel s/ recurso de casación", causa n° 7374, reg. 10486, rta. el 31/8/2007, con cita de "Lapalma A.D. y Lloveras M.F. s/ recurso de casación", causa n° 2723, reg. n° 3708, rta. el 30 de noviembre de 2000; y de "Maciel, Hugo Orlando s/ recursos de casación e inconstitucionalidad", causa n° 5370, reg. n° 7174, rta. el 23 de noviembre de 2004.

Allí se dijo que con citas de fallos de la C.S.J.N. que "... el principio non bis in idem prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como 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...".

"El Alto Tribunal consideró 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 concluyó 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...' (Cfr. Fallos: 308:1938; 311:1451)".

"En torno a la presunta violación al principio de culpabilidad cabe afirmar que el instituto de la reincidencia, previsto en el art. 50 del C.P., no reposa en una presunción de que el sujeto mantiene una inclinación continua negadora del derecho, porque no se identifica con la reiteración delictiva ni con la habitualidad, incluso quedan excluidas del supuesto de la reincidencia las conductas antijurídicas que merecieron penas distintas de las privativas de libertad, puesto que la norma en cuestión exige en todos los casos que se trate de penas de tal naturaleza. En otras palabras, para ser consecuente con un reproche por el modo de conducción de la vida del autor, el sistema jurídico tendría que tomar en cuenta todos los puntos de conexión con la forma en que aquél se ha conducido, y ello no acontece en el derecho argentino vigente".

"En efecto en el Código Penal, resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea (Cfr. C.S.J.N. Fallos: 308:1938). Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto (Cfr. García Luis M. - 'Reincidencia y punibilidad', págs. 125/129)".

El recurrente no ha intentado, siquiera poner en tela de juicio la constitucionalidad del art. 50 del C.P., sino que invoca tan sólo la inconstitucionalidad del art. 14 del mismo cuerpo legal. Sin embargo aquellos precedentes de nuestro más

Alto Tribunal, resultan conducentes para descartar la violación de garantías constitucionales aludidas.

Específicamente al respecto, ya en el caso de Fallos: 311:1451 ("L'Éveque, Ramón Rafael") la Corte resolvió, en sentido negativo, la cuestión relativa a que si la restricción contenida en el artículo 14 del Código Penal se encuentra en pugna con la prohibición de doble persecución penal y con la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En aquella oportunidad, el Máximo Tribunal entendió que no había incompatibilidad con ninguna, señalando que esas disposiciones no impedían tomar la condena anterior como dato objetivo formal a efectos de ajustar el tratamiento penitenciario, y expuso 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"* (consid. 7, con cita de Fallos: 308:1938).

Respecto al planteo de la defensa, relativo a que en virtud del Fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa", rto el 5/9/2006 (Fallos 329:3680), se podría inferir la inconstitucionalidad de la norma, es dable señalar que en esa oportunidad se resolvió acerca de la constitucionalidad del art. 52, por lo que de aquel precedente no es válido realizar ninguna inferencia respecto de los arts. 50 y 14 del C.P..

Por lo demás, en esa oportunidad, el voto del juez Petracchi se reafirmó la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema, diferenciando específicamente entre los supuestos previstos por el art. 50 y por el art. 52 del C.P. (ver consid. 14 de su voto). Agregando que *"si bien es cierto que esta Corte ha autorizado la valoración dual de la reincidencia,*

como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal) sin ver en ello una violación al non bis in idem, no se debe perder de vista que el "ajuste" del tratamiento carcelario que se permitió en Fallos: 311:1451 ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella" (Fallos: consid. 13).

En suma, entendido que el precepto del art. 14 del C.P., tiene su basamento y razón en la ejecución de una pena que fuera impuesta respetando el principio de culpabilidad por el hecho, corresponde rechazar la impugnación de inconstitucionalidad, por cuanto la norma no resulta incompatible con el principio de culpabilidad, ni con la prohibición ne bis in ídem.

En relación a la cuestión relativa a que el art. 14 del C.P. "ostenta claramente un criterio peligrosista", la defensa no logra demostrar el por qué cumplir la totalidad de una pena legítimamente impuesta puede traducirse en un criterio peligrosista. Tampoco analiza las normas que regulan el instituto de manera de demostrar su aserto. En esas condiciones, ese agravio padece de falta de fundamentación.

Abordaré ahora, la alegada incompatibilidad de la finalidad del art. 14 con los fines de la pena establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, C.N.. Es dable señalar que de los fines de la pena reseñados en los art. 5.6 CADH y el art. 10.3 PIDCP relativos a "la reforma y la readaptación social", no es posible inferir que los Estados estén obligados a incluir en sus sistemas penales el régimen de libertad condicional, o que el acceso a esta sea obligatorio para todos los condenados. En este sentido, la defensa no ha tomado a su cargo demostrar la posible violación a los fines de la resocialización del condenado en el caso concreto, máxime teniendo en cuenta las múltiples herramientas que brinda el

andamiaje de la ley 24.660 para el cumplimiento de esos fines.

En definitiva, no demuestra la defensa cómo, un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad complejo, que no consiste solamente en la libertad condicional sino que está provisto de una serie de medidas o instrumentos para ayudar al condenado a integrarse en la vida social libre, sería irracional -o contrario al principio de razonabilidad de las leyes fijado en el art. 28 CN- por frustrar ese fin.

Con estas consideraciones, adhiero a la solución propuesta por la doctora Catucci. Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Sellada la suerte del remedio en trato sólo me resta consignar sintéticamente mi opinión discordante con los votos de los distinguidos colegas que me preceden en el acuerdo, habida cuenta que -a mi ver- cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

1. Efectivamente: el instituto de la reincidencia entendido como agravante de la pena a la vez de impedimento para la concesión de la libertad condicional aparece sostenido desde siempre en distintos criterios que nunca pudieron sortear los obstáculos impuestos por los principios básicos de culpabilidad por el acto y de prohibición de la doble punición, a los que deben sumarse el principio de humanidad y proporcionalidad mínima. En efecto, las categóricas consideraciones otrora formuladas por el entonces camarista Zaffaroni en el antecedente "Varela, Luis" (CNCrim. Y Correc., Sala VI, del 27 de diciembre de 1985) reafirmadas en el

Plenario "Guzmán" de la Cámara del Crimen del 8/08/89, junto con las enseñanzas vertidas en su obra ("Tratado de Derecho Penal. Parte General", Bs. As., 1988, tomo V, pág. 351 y ss.; también, "Derecho Penal Parte General", segunda edición, Bs. As., 2005, pág. 1057 y ss.), señalan que la reincidencia se ha mantenido en el tiempo a pesar de que gran parte de la doctrina liberal le ha negado fundamento, en tanto que la que se lo reconoce no acierta discursivamente a dar con razones satisfactorias.

Así es: bien por el criterio de las vertientes variadas en las que se ha apelado a sostener desde el plano del injusto que el reincidente provoca una doble afectación (daño político para los redactores del *Codice Zanardelli*, conservación del orden jurídico para Manzini, la norma de abstención de Armin Kaufmann), bien por vía del reconocimiento de una mayor peligrosidad (en abanico argumental que resulta desde Ferri o Prins hasta von Liszt), o incluso con fundamento en distintas variables de culpabilidad de autor (Mezger y su conducción de vida, pasando por la mayor perversidad de Pacheco o la insensibilidad de Carrara, que se emparenta con la *controspinta penale* de Romagnosi o la *psychologische Zwang* de Feuerbach), sin faltar opiniones con arraigo en Carrara en una mayor culpabilidad en función del desprecio hacia el valor admonitorio de la anterior condena (Latagliata y Maurach), se procura legitimar discursivamente el agravamiento.

2. Contra todos estos esfuerzos doctrinarios, y su reconocida infructuosidad desde hace más de un siglo, se alza el reiterado fundamento de matriz liberal de la violación al principio que prohíbe la doble punición, pues el *plus* de pena que se impone al segundo delito lo es en razón del primero, o sea, de un delito que se ha juzgado y penado (*Vgr.* Mittermaier, Pagano, Tissot, Carmignani). El Código Criminal Toscano de 1786, con el que se abre la moderna codificación penal, en su sabio artículo 57 establecía que agotada la pena no podrán ser considerados infames para cualquier efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido.

Mas aún: Kleinschrod, en 1799, entendía que en los reincidentes existía una responsabilidad atenuada, precisamente en función del hábito que habría adquirido en razón de haber sido condenado con anterioridad (Kleinschrod, Gallus Alona, *"Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung"*, Erlangen, 1799, tomo I, págs. 300/301; citado por Zaffaroni, *"Tratado"*, cit., tomo V, pág. 351).

En efecto, la afectación por esta vía del principio de la culpabilidad por el acto resulta de que: "no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se `etiqueta´ genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho" (Maier, Julio B. J., *"Derecho Procesal Penal"*, Bs. As. 2004, 2° edición, 3° reimpresión, Tomo I: Fundamentos, pág. 644).

En el mismo sentido, se sostiene que al agravarse la pena por la declaración de reincidencia "aparece la idea de que no se castiga el acto del hombre, sino la vida del hombre" (Donna, Edgardo Alberto- Iuvaro, María José, *"Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal"*, Bs. As., 1984, págs. 72/73).

Al respecto es dable recordar que el cimero tribunal nacional consideró inconstitucional el artículo 52 del Código Penal en función de su lesión al principio culpabilidad y, en consideración de la peligrosidad como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito, expresó: "Que resulta bastante claro que la Constitución, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona del artículo 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de

lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; no debe pensarse la personalidad sino la conducta lesiva. La Constitución de un estado constitucional de derecho no puede admitir que ese estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Sólo un estado totalitario, que pretenda asumir una función juzgadora en aberrantes términos idolátricos, que aspire a homogeneizar a sus habitantes, puede postular que sus tribunales no juzguen delitos, sino que, en una suerte de anticipación de Juicio Final, juzguen existencias humanas. Esto no lo puede hacer un Estado que parte del principio republicano de gobierno y que se proclama un Estado constitucional de derecho, sea que quien pretenda hacerlo en ese contexto intente racionalizarlo por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, por la de la pena o por la de la medida de seguridad... la peligrosidad, tal como se la menciona corrientemente en el derecho penal, ni siquiera tiene esta base científica, o sea, que es un juicio subjetivo de valor de carácter arbitrario". En todo caso, "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... la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Si este cálculo de probabilidad estuviese correctamente hecho, se basaría en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. La previsión, con ligeros errores, llevada a cabo con método científico, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje, como puede ser la mitad, se comportarían de determinada manera, lo que se verificaría empíricamente. Pero este cálculo, que es el único científicamente válido, nunca podría establecer cuáles serían las quinientas que se comportarían de ese modo y cuáles las quinientas que lo harían de otro. Las medidas penales, se llamen penas o como quiera bautizarlas el legislador, la

doctrina o la jurisprudencia, siempre se imponen a una persona y, por ende, en el caso individual, nunca se podría saber si con la reclusión se evita o no se evita un futuro delito que no sólo no se habría intentado, sino que ni siquiera se habría preparado ni pensado y que tal vez nunca se habría cometido. No es posible imponer una pena de diez años de duración en razón de un delito que no existe y que probablemente jamás existirá. Potencialmente, todos los habitantes tienen cierto grado de peligrosidad, porque respecto de ninguno puede descartarse la posibilidad de que en el futuro cometa un delito y ello es también mensurable en investigaciones sociológicas de campo. Llevando el razonamiento al extremo, es obvio que en todos los *delicta propria*, los portadores de la calidad típica son los únicos que tienen la probabilidad de comisión del delito. Pero nadie puede sostener seriamente que esta probabilidad autorice a un estado de derecho a imponer penas o a privar de la libertad con el *nomen juris* que el legislador, los doctrinarios o los jueces prefieran. Y ello no obedece a que la probabilidad de comisión de futuros delitos de alguien que no haya cometido delitos anteriores, en ciertos casos, no sea mayor que la de quien los haya cometido" (Fallos: 329:3680).

Asimismo repárese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sent. del 20

de junio de 2005).

De suerte que incluso admitiendo por vía de hipótesis la constitucionalidad de la agravación por reincidencia en función de cualquiera de las tesis que intentan legitimarla en la doctrina, lo cierto es que se ha verificado que cualquiera de ellas sólo alcanza para justificar algunos casos particulares, pero en modo alguno toda y cualquier agravación automática e inexorable como la dispuesta por el artículo 14 del Código Penal.

Sobre el extremo no puede omitirse el fundamento dado por el Poder Ejecutivo Nacional al enviar la reforma de la ley 23.057 respecto a la reincidencia: "si la reincidencia debe permanecer en el Código penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial" (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 12.01.1984, citado por Sal Llargués, Benjamín, comentario a los artículos 50/53 en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Zaffaroni-Baigún Dir., Tomo 2A, 2° edición, Bs. As., 2007, pág. 346).

En definitiva, aun cuando la postulación de una menor culpabilidad en caso de reincidencia no es nada novedosa, baste señalar que la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor conduciría, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada (Haffke, Bernhard, "Reincidencia y medición de la pena", en "Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales", Bernd Schünemann, Dir., Madrid,, 1991, pág. 185).

3. Es por todo ello que ya parece insostenible el argumento del precedente de Fallos: 311:1451, en cuanto se expresó que "... el distinto tratamiento dado por la ley a personas que, en los términos del artículo 50 del Código penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha

sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente en cada caso", ni tampoco el que afirma que: "el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce..." (Fallos: 308:1938).

4. Aunque, de otra banda, también el artículo 14 del Código Penal es objetable constitucionalmente desde que su aplicación literal y fuera del contexto del Código Penal ignora el significado de la reforma sufrida por el artículo 52 del mismo texto conforme a la ley 23.057 y deriva en una arbitrariedad manifiesta.

Así, hasta la sanción de esa reforma, la pena del artículo 52 se consideraba independiente del instituto de la reincidencia por la doctrina y la jurisprudencia. Desde la reforma quedó establecido claramente en la ley que la pena del artículo 52 corresponde a supuestos de multireincidencia que la ley especifica con precisión. Esto impone que el artículo 14 del Código Penal deba integrarse con el 52 y consiguientemente con el 53, pues ahora está claro que todos ellos regulan el mismo instituto. Por ende, si el Código Penal autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, *a fortiori* no puede entenderse que la impide en los casos de reincidencia simple, lo que conduce al resultado paradójal –y absurdo– de que a alguien se le niegue el beneficio por ser reincidente simple y no múltiple.

5. Por fin, además de la inconstitucionalidad resultante de la misma característica de la reincidencia como agravante, e incluso de la derivada de su aplicación literal, debe invalidarse constitucionalmente el artículo 14 ya que

lleva a imponer penas de prisión hasta la muerte, en contra de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional.

Así es; su aplicación importa convertir la prisión perpetua de nuestro Código Penal en una pena inexorablemente perpetua en el sentido de que sólo se extinguiría con la vida del penado, lo que colisiona con los artículos 5.6 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional en función del inciso 22 del artículo 75, que disponen que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reinserción social del condenado, disposición cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional, de tal suerte que si bien es cierto que los jueces no pueden arrogarse facultades legislativas, no es menos exacto que los legisladores no pueden incumplir la constitución ni -mucho menos- instigar a los magistrados a provocar condenas al Estado nacional.

En definitiva, en mérito de todo lo expuesto, cabe concluir en la declaración de la inconstitucionalidad del art. 14 del CP y, por ello, hacer lugar sin costas al recurso en trato.

Es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede el Tribunal por mayoría **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación planteado por el Sr. Defensor Público Oficial, **CON COSTAS**. (arts. 456 incs. 1° y 2°, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Señores jueces doctores Liliana E. Catucci, Pedro R. David y Alejandro W. Slokar (en disidencia). Ante mí: doctora María Jimena Monsalve, Secretaria de Cámara.