

de fuego procedieron a apoderarse ilegítimamente de la suma de \$ 1.700 de la víctima C.,J.A., no conforme con ello ingresaron al interior del domicilio antes mencionado y siempre en forma amenazante, comenzaron a revisar toda la casa y desde un placard, se apoderaron de la suma de \$ 11.900, una bombacha tipo tanga de color roja de encaje y una tanga de piel tipo leopardo, un suéter color gris, un arma de fuego marca berza, calibre 22 largo, número 204716 con su respectivo cargador, un celular marca Nokia 3595, n° de abonado 0381-154060819 de la empresa CTI Móvil, otro celular marca Alcatel, N° de abonado 0381-155186181 de la empresa Personal y a la víctima A.A.L., un celular marca Nokia de color plateado, sin tapa n° abonado 0381-156440342 de la empresa Personal, para luego, encerrar a las víctimas en el baño de dicho domicilio y darse a la fuga”.

Realizada la audiencia de debate (fs. 613/620) la Excma. Cámara Penal - Sala V°, resuelve condenar a E.O.A. a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas procesales, al encontrarlo autor voluntario y penalmente responsable del delito de robo agravado (previsto artículo 166, inc. 2°, primer supuesto y último párrafo del Código Penal), cometido en perjuicio de J.A.C. y M.I.P.. Asimismo, también resuelve condenar a S.H.V. a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas procesales, al encontrarlo autor voluntario y penalmente responsable del delito de robo agravado (previsto artículo 166, inc. 2°, primer supuesto y último párrafo del Código Penal), cometido en perjuicio de J.A.C. y M.I.P.. A su vez, con relación al imputado S.H.V., la sentencia lo declara reincidente por segunda vez y decide unificar la pena impuesta en la presente causa con la pena de trece años y dos meses de prisión que le fue impuesta por la Excma. Cámara Criminal N° 11, Secretaría n° 22 de la Provincia de Córdoba -mediante sentencia n° 27 de fecha 09/11/1999 dictada en los autos “M.J.C., V.,S.H. s/ robo calificado etc.”- en una pena única de dieciocho años y seis meses de prisión.

Por sentencia de fecha 12 de diciembre de 2011 se funda la decisión condenatoria, allí, previo descartar los planteos de nulidad dirigidos a cuestionar las actas policiales agregadas a fs. 19 y 23, el Tribunal a-quo, analizando la imputación realizada en contra de S.H.V., afirma que “la confesión de S.H.V. en su declaración ampliatoria ante la fiscalía, prestada con todas las garantías exigibles, y expresamente ratificada en la audiencia, se ve corroborada por la declaración de la señora M.I.P., que lo conocía como padre de una de sus alumnas. Sobre este punto no hay controversia”, correspondiendo recordar que el imputado S.H.V. reconoció su participación en el hecho investigado mediante declaración de fs. 189/190, luego ratificada en la audiencia de debate.

En cuanto a la imputación referida a E.O.A., la Cámara destaca que su participación en el hecho “resulta acreditado por su reconocimiento en rueda de

personas por parte de J.A.C. y M.I.P., practicados con observancia de todos los recaudos exigidos por la norma procesal. La señora M.I.P, además, lo señala en la sala de audiencia, con seguridad, y manifestando que no tiene dudas. Ambos testigos-víctimas, por otra parte, niegan que antes de ello se les hubiere exhibido fotografías en la Brigada de Investigaciones, o que se les hubiera inducido a acusarlo”. Asimismo, la sentencia de Cámara refleja las conclusiones de la señora Fiscal de Cámara cuando destaca que E.O.A. y J.L.R. -este último también sindicado como autor del hecho investigado aunque luego fallecido- son primos y residían en el mismo domicilio, agregando que en el curso del proceso S.H.V. y E.O.A. van “acomodando” sus declaraciones de forma de beneficiar al último, en tanto que dada la situación procesal del imputado S.H.V. en otras causas, la Cámara interpreta que éste último “sabía que iba a continuar privado de su libertad por la causa de Córdoba, vale decir que no lo afectaba mayormente la privación de libertad en la presente causa, en la que ya había sido identificado por la señora M.I.P”, infiriendo de allí, que a ello obedece que el imputado S.H.V., en el marco del reconocimiento del hecho, intente desincriminar al imputado E.O.A., “mediante el sencillo recurso de sustituirlo por otro protagonista: 'el loco Carlos'”, de quien no aporta datos relevantes para su identificación.

A partir de esos elementos, la Cámara interpreta acreditada la participación de los imputados en el hecho analizado y estima demostrado en grado de certeza jurídica suficiente los hechos que sustentan la condena.

En cuanto a la calificación legal, la Cámara interpreta que si bien se usaron armas en el hecho, “al no haber sido secuestradas tales armas, ni haberse efectuado disparos, no se pudo comprobar su operatividad, es decir su aptitud para efectuar disparos, por lo que, como lo propone la defensa y lo acepta la Fiscal de Cámara, corresponde encuadrar el hecho traído a juzgamiento en el cuño del artículo 166, inciso 2º, primero y último párrafos del Código Penal”.

A su vez, y conforme fuera señalado, la Cámara afirma que con relación al imputado S.H.V., corresponde “la declaración de reincidencia y la unificación de las penas requeridas por el Ministerio Fiscal” y aclara que “la diferencia en las penas de prisión a uno y otro obedece a que E.O.A., si bien registra numerosas causas en los informes agregados, no se encuentra entre ellas alguna condenación anterior. S.H.V., en cambio, si bien manifestó arrepentimiento y pidió perdón, registra una condena anterior en la que ya fue declarado reincidente, y durante cuyo cumplimiento cometió el hecho que se juzga”.

Sobre lo señalado, la Cámara funda sustancialmente la condena a los imputados, en los términos expuestos precedentemente.

Contra el referido pronunciamiento, la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- y la defensa técnica del imputado E.O.A.,

interponen sendos recursos de casación, el primero agregado a fs. 650/655 y el segundo obrante a fs. 656/665, respectivamente.

III.- En relación a los argumentos esgrimidos por los recurrentes, corresponde destacar lo siguiente.

III.1.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado E.O.A. (fs. 656/665), se observa que, en primer término, cuestiona que la sentencia de Cámara “carece de motivación suficiente” y agrega que todo el procedimiento policial con el cual se pretende sostener la aprehensión de E.O.A., es contrario a normas procesales como así también en abierta violación a expresas garantías constitucionales y tratados internacionales. En concreto, cuestiona que su defendido haya sido introducido al proceso -con el consecuente allanamiento a su morada y detención- en base las actas policiales de fs. 19 y 23, las que a su criterio resultan nulas, por recurrir a información mediante supuestas personas que en forma anónimas colaboran con la función policial, todo lo cual -interpreta la parte recurrente- no cumple con los requisitos legales y vulnera normas y garantías procesales, cita específicamente el artículo 272 del CPPT. Agrega que los testigos confidenciales o anónimos no se encuentran legislados en la ley procesal, es decir, afirma que no existen.

Por su parte, cuestiona que la sentencia condenatoria se haya basado en una sola y única prueba, esto es el acta de reconocimiento en ruedas de personas y ratificado por una de las víctimas. Afirma que no existen otros elementos probatorios que sustenten la condena y que no se ha demostrado que el imputado E.O.A. haya participado en el hecho investigado. A partir de allí, sostiene que la sentencia impugnada carece de la motivación necesaria para condenar a su defendido.

Finalmente, se agravia de la pena impuesta, la considera excesiva en relación a las pautas legales fijadas a tal fin -arts. 40 y 41 del Código Penal-, interpreta inmotivada la fijación de la pena y afirma que, en su caso, se podría haber impuesto una pena de tres años de prisión.

Por las consideraciones expuestas, solicita se haga lugar a su recurso, se declare nulo el pronunciamiento impugnado y realiza reserva del caso federal.

III.2.- En cuanto al recurso de casación de la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- (fs. 650/655), se observa que plantea la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, cuestionando de esa forma la declaración de reincidencia, por interpretar que dicha institución “contradice los principios de culpabilidad, legalidad y prohibición de la persecución penal múltiple, consagrados en los artículos 16, 18, 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, implica una doble valoración de un mismo hecho (ya que, además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del artículo 41 del Código Penal sirve para graduar la pena aplicable), y crea un delito autónomo (ser reincidente), accesorio al tipo penal

infringido”. Asimismo, afirma la parte recurrente, que dicha institución, “desconoce el principio constitucional 'nulla poena sine culpa' consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, al sustentarse en los antecedentes personales del autor y no en el hecho cometido, es decir, justifica la imposición de una sanción en la peligrosidad del delincuente, sin tener en cuenta que la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto”. Cita doctrina para sustentar su posición.

Por su parte, cuestiona también la declaración reincidencia, sobre la base de interpretar que dicha declaración fue efectuada sin explicitar de manera alguna si el imputado S.H.V. cumplió pena en carácter de condenado, cuanto tiempo, ni ningún otro dato requerido a la hora de comprobar los extremos del artículo 50 del Código Penal. Es decir, imputa falta de motivación en la decisión cuestionada.

Por las consideraciones expuestas, la Defensora Oficial solicita se case la sentencia recurrida con el alcance solicitado y realiza reserva del caso federal.

IV.- Dichos recursos de casación fueron concedidos mediante resolución de fecha 15 de marzo de 2012 (fs. 723), en donde se expresan los fundamentos de su admisibilidad.

V.- En orden a la admisibilidad de los recursos intentados, se verifica que han sido interpuestos en término y contra una sentencia definitiva de condena. Los motivos de casación invocados y los argumentos en los que se sustentan, son desarrollados con adecuada fundamentación y satisfacen los recaudos impuestos en los artículos 479, 480 y 483 del CPPT. En consecuencia, estando cumplidos los requisitos de admisibilidad de los recursos de casación, corresponde analizar su procedencia.

VI.- En atención a que corresponde el análisis por separado de los recursos de casación de los imputados y teniendo en cuenta razones metodológicas, se analizará en primer lugar, el recurso interpuesto por la defensa técnica del imputado E.O.A. (fs. 656/665) y luego, el recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- (fs. 650/655).

Asimismo, corresponde aclarar que en el marco de análisis de los recursos sub examine, esta Corte -como tribunal de casación-, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, “...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular...”; y que “...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”.

VI.1.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado E.O.A. (fs. 656/665), se observa que el mismo no puede prosperar, en atención a los fundamentos que se exponen a continuación.

En lo referido al cuestionamiento de la validez de las actas de fs. 19 y 23 de la causa -como parte del procedimiento policial culminado con la aprehensión del Sr. E.O.A.- invocando que la circunstancia de recurrir a información suministrada por personas que en forma anónima colaboran con la función policial vulnera normas y garantías procesales, no puede tener acogida, dado que como lo señaló este Tribunal en reiteradas oportunidades “en el amplio marco de la investigación que realiza la autoridad policial en virtud del art. 321 y 324 del CPP, en donde entre otros aspectos se reciben denuncias, las que se suman a otros indicios y presunciones que encuadran en el deber de investigar que tiene esta autoridad como la Judicial ante la noticia criminis, no puede considerarse que la información brindada por personas que por temor no se identifican, constituyan por sí mismas una fuente inconstitucional para la investigación. Que 'no se concibe la inacción policial ante una denuncia anónima; sería gravísima la negligencia en no tratar de averiguar el hecho, máxime de la magnitud del que nos ocupa, no se debe descansar en la tarea propia de investigación hasta desentrañar la verosimilitud de la denuncia y obrar en consecuencia; caso contrario por lo menos incurriría la autoridad policial, en violación de los deberes de funcionario público...' 'A mayor abundamiento, debemos destacar que socialmente sería más grave y reprochable, no hacer investigación en estas circunstancias...' (cfr. CSJTuc., sentencia N° 206 del 28/3/2001). Las tareas de inteligencia que realiza la policía más que una aceptable técnica de investigación, constituyen una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad, e integran las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en los arts. 183 y 184 (de texto similar a los arts. 321 y 324 del CPP de Tucumán (cc. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 'Romero Saucedo, Carlos', citado por Amadeo-Palazzi Código Procesal Penal de la Nación, Edición 1999, pág. 295; cc. CSJTuc., sentencia N° 426 del 04/6/2001; cc. N° 791 del 13/8/2007)’ (CSJT, sentencia n° 114 del 04/3/2009).

Asimismo, se destacó que el artículo 330 (ex 321) del Código Procesal Penal de Tucumán, expresa “Función. La Policía, por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuese de acción pública dependiente de instancia privada, solo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista en el artículo 6”, a partir de allí, se analizó que el referido precepto “es similar al art. 183 del Código Procesal Penal de la Nación. Amadeo- Palazzi en obra 'Código Procesal Penal de la

Nación' Edición 1999 pág. 291. Facultades de investigación policial. Comentando dicho precepto, cita fallo que dice: 'Las labores de averiguación y pesquisa, genéricamente denominadas 'tareas de inteligencia' constituyen una metodología normal en la detección de los delitos y sus posibles autores. Más que una aceptable técnica de investigación son una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpo de seguridad y forman parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en su art. 183'. En idéntico sentido se expide el Dr. Francisco D´Albora en su obra Código Procesal Penal de la Nación 4ª. Edición pág. 330" (CSJT, sentencia 933 del 06/12/2011).

En esta instancia, es oportuno recordar que “que los preceptos sobre nulidades deben interpretarse restrictivamente, pues de lo contrario puede llegar a desvirtuarse el régimen legal mediante interpretaciones extensivas o analógicas. Desde esta perspectiva, no cabe sino advertir que el pretense déficit ha sido invocado extemporáneamente, toda vez que no fue planteado durante la instrucción, y tampoco en oportunidad de la citación a juicio del art. 361 CPP, que es cuando deben plantearse las nulidades producidas en la etapa de la investigación fiscal preparatoria (arg. art. 188, inc. 1º). Tiene dicho esta Corte Suprema de Justicia que el criterio de apreciar la nulidad de un acto debe ser restrictivo, como surge del término empleado 'sólo' del art. 184 del CPP. 'Es elocuente que lo pretendido es la anulación de los actos groseros e ineficaces, y no cualquier acto, no obstante pueda estar afectado de alguna anormalidad. Al respecto, el incumplimiento alegado por el recurrente, en la merituación contextual y plena de la prueba, computándose todas las condiciones de modo, tiempo y lugar, aparece como ineficaz para desvirtuar la eficacia probatoria de la misma' (CSJTuc., sentencia N° 735 del 22/8/2006)” (CSJT, sentencia n° 114, del 04/03/2009).

En efecto, del procedimiento de investigación policial -reflejado en parte por las actas de fs. 19 y 23- no se advierten elementos que logren justificar una afectación a las garantías del imputado, por el contrario, la actividad desplegada por la autoridad policial se sujetó a los deberes y facultades impuestos en las normas legales. Es decir, el procedimiento policial no afectó garantías del imputado y, por su parte, se observa que la prueba referida a la autoría del imputado E.O.A. en el hecho delictivo analizado, no se sustenta en las actas cuestionadas, sino en el reconocimiento de las víctimas, conforme surge de la sentencia impugnada.

Sin perjuicio de lo analizado, no puede desconocerse la relación de parentesco y vecindad entre el imputado E.O.A. y J.L.R. (conforme surge de fs. 39/40 y 394/395), éste último sindicado como uno de los autores del delito por el propio imputado S.H.V. (conf. fs. 189/190) -sin perjuicio de su posterior fallecimiento-, lo cual impide concluir de su falta de relación con la investigación llevada a cabo por la autoridad policial y con la causa en general.

A su vez, en lo relativo al agravio por la supuesta falta de motivación de la sentencia, cuestionando que el pronunciamiento condenatorio se haya basado solamente en la prueba de reconocimiento, el mismo no puede ser receptado, toda vez que del análisis de los elementos probatorios se desprende que la decisión adoptada por la Cámara luce suficientemente fundada.

Así, se observa que las declaraciones de las víctimas-testigos son coincidentes en sostener que, además del imputado S.H.V., participaron del ilícito dos personas más, que uno de ellos era una persona de estatura baja (un metro sesenta centímetros aproximadamente), de contextura robusta, tez morocha y, como dato singular, de cejas tupidas. En ese sentido se pronunció la Sra. M.I.P. en su declaración de fs. 13, destacando que "...detrás de esa persona ingresó otro sujeto el cual era petiso, gordito, morocho y de cejas tupidas", el Sr. J.A.C. en el acta de presentación de denuncia de fs. 1 y el Sr. A.L., en su declaración de fs. 20, que expresó que "juntamente a este sujeto se encontraba otro tipo de contextura física robusta, bajo, tez morocha". Por su parte, si bien surge de la causa que la referida persona usó un pasamontañas durante el delito, la Sra. M.I.P. señaló que observó cuando esa persona "desde su cabeza se bajó y se cubrió su cara con un pasamontañas de color negro" (conf. fs. 13).

A partir de las percepciones mencionadas, es que tanto el Sr. J.A.C. como la Sra. M.I.P., se encontraron en condiciones de reconocer al imputado E.O.A. en el marco de una rueda de personas, conforme surge de fs. 71 y 72.

Por su parte, y con un especial valor probatorio, corresponde ponderar el reconocimiento referido al imputado E.O.A. en el marco del juicio oral, en ese contexto, se observa que la sentencia de Cámara resalta que el Sr. J.A.C. declaró que "Reconoce en la sala de juicio a ambos imputados. E.O.A. entró con pasamontañas y después se lo sacó", a su vez, la Sra. M.I.P. declaró "El otro tenía cubierta la cara, pero en un momento se bajó el pasamontañas y tuvo la cara pegada a la mía: lo reconocí en la rueda de personas, y lo reconozco aquí en la sala (señala a E.O.A.). Estoy segura. No me mostraron fotos en la policía". También corresponde destacar que el hijo de las víctimas, K.C., señaló que "...Estaba en la pieza de mi hermano...el más petiso, 'cejón', me lleva a la habitación de mi padres. Eran tres".

En esta instancia, corresponde recordar "que la doctrina como la jurisprudencia han sostenido el valor de los principios de inmediación, contradicción y oralidad en la recepción de la prueba en la audiencia de debate, la cual tiene, en principio, preponderancia con las restantes declaraciones producidas en el proceso. En este sentido, se manifestó la doctrina al remarcar que la característica central del debate es la oralidad en tanto ella posibilita en forma óptima 'las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integrándolas en una unidad de funcionamiento en la realidad, que sólo puede

separarse conceptualmente” (José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado”, T. 2, Editorial Mediterránea, 2004, p. 166). Sobre la misma cuestión, cabe resaltar que se encuentra en juego el principio de inmediación; con relación al mismo, este Tribunal consideró que “Conforme al principio de valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, el juez es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba. Ha de responder a los principios de la lógica, y dentro de ellos, especialmente al de no contradicción, y a las reglas generales de la experiencia. El control casatorio habrá de centrarse entonces en el razonamiento expresado en la sentencia, en cuanto no dependa de la percepción visual o auditiva directa de la prueba testifical, que permanece en la órbita del tribunal de instancia en virtud de los principios de oralidad e inmediación. Ello sin perjuicio de examinar el iter lógico desarrollado por el tribunal de grado, confrontado con las constancias del expediente y con el relato de los hechos percibidos por el tribunal durante el debate, en cuanto se ven transcritos en la misma sentencia. La revisión del pronunciamiento tiene como límite lo que surja 'directa y únicamente de la inmediación', dados los principios de publicidad y oralidad implementados por la ley procesal local” (CSJT, sentencia n° 1114 del 30/11/2009). Asimismo, de acuerdo a la doctrina del Alto Tribunal Nacional, es revisable “todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral” (CSJN, sentencia del 20/9/2005, “Casal Matías...”, consid. 25).

Es a partir de los extremos mencionados, que la sentencia de Cámara interpretó que corresponde adjudicarle valor a las declaraciones y a los reconocimientos de las víctimas-testigos en el marco del juicio oral y, a partir de allí, consideró que existen elementos de prueba suficientes para concluir que se encuentra acreditada la autoría del imputado E.O.A. en el delito analizado, decisión que luce suficientemente motivada como consecuencia de los reconocimientos de las víctimas a partir de las características físicas del imputado E.O.A.. Es por ello, que corresponde el rechazo del agravio dirigido a cuestionar los fundamentos de la sentencia de condena, sin que obste a ello, la circunstancia de que el imputado S.H.V. manifieste que E.O.A. no participó del delito, en tanto que su declaración no logra rebatir el reconocimiento efectuado por las víctimas (las que además manifiestan que no se les han exhibido fotografías de los imputados previamente y que no existió inducción alguna para reconocerlos) y como lo señala la Cámara, el imputado S.H.V. no identifica con claridad a la persona que resultaría ser el tercer autor del delito investigado (además de J.L.R. y de él), solo menciona a un tal “loco Carlos” sin precisar más datos.

Finalmente, en cuanto al agravio dirigido a cuestionar la pena impuesta, tampoco puede prosperar. El recurrente no proporciona argumentos que evidencien arbitrariedad o violación a la ley sustantiva, por imponer al acusado la pena de cinco

años de prisión en lugar del mínimo legal. Tampoco surge que la escala penal prevista para el delito de robo agravado (previsto artículo 166, inc. 2º, primer supuesto y último párrafo del Código Penal), tenga una base irracional o resulte contraria a las garantías constitucionales.

Para la fijación de la pena, el mencionado artículo proporciona una amplia escala que permite al juzgador adaptarla al caso concreto. El régimen legal es elástico, atendiendo a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, los que no formulan bases taxativas sino que dejan librada la mensuración -dentro de los límites normativos- a la apreciación del caso concreto. En el sublite, la adecuación de la pena tuvo lugar según las pautas orientadoras valoradas en la instancia de mérito y la conclusión no aparece ilógica o desvinculada de la significación jurídica asignada a los hechos establecidos en el pronunciamiento (conf., CSJT, sentencia nº 1228 de fecha 19 de diciembre de 2007). La Cámara da razones de su fallo, que fluyen del contenido integral del decisorio y la pena impuesta no se presenta prima facie arbitraria o carente de motivación suficiente.

En suma, la confrontación de los agravios con las constancias de la causa y los fundamentos del fallo en recurso, permite concluir que la Cámara ha dado razones suficientes de su fallo, y las mismas no derivan de su libre convicción, sino que resultan de la reconstrucción del hecho en base a las pruebas existentes y valoradas de acuerdo a las reglas fundamentales que rigen en el proceso penal. En lo restante, cobra vigencia el límite natural y real producto de la inmediación propia del juicio oral. Es por ello, que se observa que el pronunciamiento impugnado no exhibe violación de las reglas de la sana crítica, o una incorrecta aplicación de sus principios y tampoco se verifica contradicción u omisión en la sentencia que evidencie defectuosa aplicación en el método histórico de reconstrucción.

Las razones expuestas conducen al rechazo del recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado E.O.A. (fs. 656/665), a cuyo cargo se imponen las costas de esta instancia (artículo 560 y cctes. del CPPT).

VI.2.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- (fs. 650/655), se observa que el mismo pretende la declaración de inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia. Dicha cuestión, trasciende la sola declaración de reincidencia del imputado S.H.V., en tanto que dicha condición fue utilizada por el Tribunal a-quo a los efectos de agravar la pena del mencionado imputado, así, se observa que la sentencia impugnada señaló expresamente que “la diferencia en las penas de prisión a uno y otro obedece a que E.O.A., si bien registra numerosas causas en los informes agregados, no se encuentra entre ellas alguna condenación anterior. S.H.V., en cambio, si bien manifestó

arrepentimiento y pidió perdón, registra una condena anterior en la que ya fue declarado reincidente, y durante cuyo cumplimiento cometió el hecho que se juzga”.

En primer lugar, corresponde recordar que el instituto de la reincidencia hunde sus raíces en el derecho romano, que imponía penas más duras a los reincidentes, por considerar que pese a la pena, se mantenían en el designio criminal. De allí, que desde antiguo los reincidentes son tratados como “sordos a los llamados de la ley”, seres que exponen una incorregible incapacidad de adaptación al orden constituido, lo que los convierte en sujetos peligrosos, merecedores de una medida represiva más rigurosa que el delincuente ordinario (conf. Chaia, Rubén A. “Libertad condicional, reincidencia y ne bis in idem”, publicado en LLLitoral 2010 -agosto-, 729).

A su vez, la temática referida a la validez constitucional del instituto bajo análisis, constituye una materia harto compleja y su discusión, lejos de ser novedosa, se remonta -cuanto menos- al siglo XIX, en donde renombrados pensadores defendieron al instituto de la reincidencia y muchos otros -también importantes- lucharon por abolir esa construcción, allí se puede nombrar a Carmignani, Carnot, Alauzet, Mittermaier entre muchos otros (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, in re “Varela, Luís R.” del 27/12/1985, La Ley 1986-B, 424). Más allá de ello, consideramos que el punto de inicio de un genuino análisis de la validez constitucional del instituto de la reincidencia, radica en la necesaria distinción entre un “derecho penal de acto” y un “derecho penal de autor”, con las derivaciones y justos alcances que debe otorgarse a cada uno.

Para el análisis de la referida distinción, recurriremos a Zaffaroni, que en el Plenario “Guzmán” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, señaló que: “En el centro del problema penal hubo siempre dos polos: el autor y el acto. Es una disyuntiva quizá grosera, pero necesaria. De ella surgieron dos vertientes: a) un derecho penal de autor, que pretendió valerse de la peligrosidad (discurso de la filosofía del colonialismo inglés y del racismo, del materialismo burdo y del reduccionismo biológico), de los 'tipos de autor', de la 'Kielerschule' y de la culpabilidad 'de autor', 'por la conducción de la vida', 'del carácter', y por último, de la funcionalista, con una pretendida 'etización' del derecho penal que, en definitiva, no fue más que el nombre con que se bautizó a la minimización de los requisitos objetivos del injusto subjetivizándolo (así Zielinski, Diethart, 'Untersuchungen zur Strukturen von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss', Berlín 1973). Este derecho penal fue siempre un derecho disciplinario social, un ejercicio del poder disciplinador vertical del poderoso contra quien, aun sin lesión de ningún bien jurídico, pretenda discutir su poder. Fue el derecho penal que se asignó la misión de juzgar lo que el hombre 'es' y no lo que el hombre 'hizo'. Triste derecho penal, instrumento de poder, en los repliegues de cuyos cantos sirenaicos se perdieron tantos juristas honestos que, llevados por la

indignación moral o por principios éticos, en principio respetables, no percibieron que requerían ética a los débiles en el ejercicio de un poder inmoral por su práctica brutalmente selectiva. ¿Qué ética puede exigir la 'funcionalidad'?. b) Un derecho penal de acto, aferrado al hombre y al programa liberal que se remonta a Kant (ver Cattaneo, Mario A., 'Dignità umana e pena nella filosofia di Kant', Milano 1981), pero que en realidad procede de Paul Johann Anselm Feuerbach ('Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn', Erfurt, 1798) (allí también se rechaza el fantasma, hoy también agitado, del inventado 'omnium bellum contra omnes', que no es más que una ficción para aceptar cualquier imposición del poder y rechazar cualquier derecho de resistencia a la opresión) y en su vertiente social de Jean Paul Marat con su 'Plan de legislación criminal'. Este derecho penal de acto fue el que celosamente defendió Carrara, cuando se enfrentó al romanticismo generoso de Röder, pese a su cosmovisión krausista (en castellano: Röder, 'Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones', trad. de Francisco Giner, Madrid 1871; 'Estudios sobre el derecho penal y sistemas penitenciarios', trad. e introd. de Vicente Romero y Girón, Madrid 1875; de Krause, 'Idea de la humanidad para la vida', trad. de Julián Sanz del Río, Madrid, 1904; sobre el krausismo español: López Morilla, Juan, 'El krausismo español, perfil de una aventura intelectual', México 1956; sobre el krausismo jurídico, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, 'Krausismo y derecho', Santa Fe, 1963), avanzaba sobre la conciencia moral del hombre. Frente al generoso impulso röderiano que pretendía mejorar moralmente al hombre, volviéndolo al camino 'natural' hacia Dios, alzó Carrara su grito de alerta y también desde el cristianismo le respondió que Dios mismo le prohibía semejante cosa, que el 'camino de Dios' era cuestión de la conciencia y que nada tenía la pena que hacer allí (Cfr. Carrara, Francesco, 'Opuscoli di diritto criminale del prof...', p. 193. 4ª ed., vol. I, Prato. 1885). Como lo señalé hace algunas semanas, en la propia ciudad natal de Carrara y en la conmemoración del primer centenario de su desaparición física, entre Carrara y Röder, elijo sin duda a Carrara y me pongo de su lado, como imperativo de una coyuntura histórica de singular violencia” (Voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, in re “Guzmán, Miguel F.” del 08/08/1989, La Ley 1989-E, 165).

Más allá de los diferentes enfoques que se dé al tema, parece imposible demostrar que cualquier agravación de la pena en razón de la reincidencia, no se encuentre vinculada con un castigo dirigido a una personalidad particular, en lugar de una conducta concreta, “puesto que el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incorregible'. Dicho en otras palabras, la ley del rigor tras el fracaso

del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió” (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, in re “Varela, Luis R.” del 27/12/1985, La Ley 1986-B, 424). Es decir, se agrava el tiempo de encierro de una persona en una prisión -en relación con la pena establecida para el delito cometido en similares circunstancias- debido a la forma en que conduce su vida, que el Estado decide considerar peligrosa, y tomar dichas circunstancias como una pauta de agravación de la sanción penal, interpretando que la persona que cometió un nuevo delito pone de relieve una vez más su peligrosidad criminal, como también que esa peligrosidad demuestra la probabilidad de la comisión de nuevos delitos, es decir, un claro derecho penal de autor por peligrosidad. Se observa entonces que los parámetros de fundamentación de la reincidencia se asemejan con los de la peligrosidad.

En igual sentido, la doctrina señaló que “desde los orígenes de las disposiciones relativas a la reincidencia, ésta resulta inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir. Mucho más allá de que en algunos de los textos analizados se hayan distinguido ambos institutos, lo cierto es que la reincidencia sería, en el contexto de todos ellos, tributaria de un derecho penal de autor en el que una supuesta tendencia al delito reclamaría un mayor tratamiento penitenciario por vía de la agravación de la pena” (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl -directores-, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, tomo 2º, página 222/223).

En efecto, cuando ese análisis del autor del hecho -y no del hecho mismo- está orientado a la valoración de su peligrosidad criminal y constituye una pauta, que toma como elemento agravante para la sanción, las condiciones personales de peligrosidad, resulta abiertamente incompatible con el derecho penal de acto (conf. Voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, in re “Guzmán, Miguel F.” del 08/08/1989, La Ley 1989-E, 165). Asimismo, 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). Por su parte “Claudio José Tissot -en el siglo XIX- señalaba 'que si la mayor parte de los legisladores ha castigado más severamente la reincidencia que la primera falta, es porque ha cedido o a un sentimiento de irritación o de venganza, o al temor de un mayor peligro para la sociedad en presencia de un hábito del mal, o a la presunción de la insuficiencia de la pena para un culpable a quien no detendría, aún cuando la hubiera sufrido ya, o a la suposición de una mayor perversidad por parte de aquél a quien un castigo sufrido no ha podido contener. Todas estas consideraciones son insuficientes

para motivar la aplicación de una pena superior o de otra clase y difícilmente bastan, ni aún en los casos más graves, para motivar el máximo de la pena señalada al delito no repetido” (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl -directores-, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, tomo 2º, página 223/224).

Corresponde señalar también que Vitale, refiriéndose a las normas que consagran la reincidencia, “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 de la C.N.) 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 juicio de culpabilidad (que es un juicio de reproche por el hecho juzgado), sino a su vez a nivel del juicio de 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. 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 que la ley contenga... Entonces, 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.’” (Martín, Adrián Norberto, “Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional”, DJ 25/10/2006, 543).

En igual sentido, y si bien refiriéndose a la reacción estatal en clave punitiva prevista para la multireincidencia del artículo 52 del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Gramajo”, señaló “Que la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad. En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que

correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa. En efecto, suponiendo que se mida la culpabilidad o la peligrosidad, no se está midiendo la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente.

18) Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo. En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.” (CSJN, in re “Gramajo, Marcelo E.” del 05/09/2006, publicado en La Ley 2006-E, 65, Fallos 329:3680). No se encuentran razones para no extender los fundamentos brindados por la Corte Nacional en el precedente citado, a los supuestos de reincidencia, dado que las premisas del razonamiento sentencial allí plantadas son similares a las que corresponde aplicar en el análisis de validez constitucional de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal (conf., voto en disidencia de la Dra. Angriman en: Tribunal en lo Criminal N° 1 de Morón, in re “Tabarez, Ernesto Ricardo” de fecha 17/11/2009, publicado en LLBA -marzo-, 214. Igual paralelismo realiza Martín, Adrián Norberto, “Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional”, DJ 25/10/2006, 543).

También en el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -si bien refiriéndose a la multireincidencia del artículo 52 del Código Penal-, agrega “Que para obviar la falta de fundamento científico verificable para justificar la medida, se acudió al argumento de una supuesta peligrosidad presunta. Se dice entonces que el legislador presume la peligrosidad de determinado individuo. Dicha afirmación carece de cualquier base científica por cuanto la peligrosidad es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica. De prescindirse de ella, para reemplazarse por presunciones establecidas en la ley, podría decirse entonces que se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso. En suma, bajo tal premisa se impondría una privación de libertad prolongada a título penal, bajo la denominación de pena o

cualquier otra que fuere, sobre la base de una presumida peligrosidad que en definitiva no podrá comprobarse si efectivamente existe. Del análisis precedente se desprende que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad respecto del agente, sino de 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, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional, entre los que, por supuesto, cuentan el de legalidad de la pena, el de no ser sometida a penas crueles, el de no ser penado dos veces por el mismo hecho y, básicamente, el de ser considerada persona” (CSJN, in re “Gramajo, Marcelo E.” del 05/09/2006, publicado en La Ley 2006-E, 65, Fallos 329:3680).

De igual modo, resaltó la Corte Nacional, la línea que sigue el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la materia, señalando que “En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo reciente afirmó que 'La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las 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. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado' (CIDH, Serie C N° 126 caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). En consecuencia, no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona -con independencia del nomen juris que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello-, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual” y luego agrega “Que cabe destacar finalmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo una línea argumental similar a la aquí expuesta, 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).” (CSJN, in re “Gramajo, Marcelo E.” del 05/09/2006, publicado en La Ley 2006-E, 65, Fallos 329:3680).

Como lo señaláramos, las consideraciones conceptuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Gramajo”, pueden ser extendidas al caso bajo análisis, en donde el agravamiento de la pena obedece a un análisis de la personalidad del imputado, referido concretamente a su peligrosidad criminal, de lo que se desprende que en el caso bajo estudio también se observa una incompatibilidad con un derecho penal de acto.

Pero continuando con el estudio de la materia debatida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -a los fines de una correcta percepción de la línea y enfoque existente en los organismos internacionales-, diremos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -si bien refiriéndose al impacto de la declaración de reincidencia en los supuestos de prisión preventiva-, sostuvo que la historia criminal de una persona “se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad. La Comisión considera que en la evaluación de la conducta futura del inculcado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad. Dado que el encarcelamiento previo constituye la privación de la libertad de un individuo que todavía se beneficia de la presunción de su inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que dicha libertad pueda resultar en algún riesgo significativo.... La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido, así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles” (C.I.D.H., Informe n° 12/96, Caso N° 11.245, “Jorge A. Giménez vs. Argentina”-, resolución del 1/3/96, p. 48 y ss.). Los conceptos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, trascienden los casos de prisión preventiva e impactan en el análisis de validez constitucional del instituto de la reincidencia en términos generales.

En fin, de lo analizado se observa que “Los parámetros de fundamentación de la 'reincidencia' coinciden con los de la 'peligrosidad'; funcionan como un análisis extraíble de un patrón de comportamiento de una determinada personalidad, agravando la respuesta penal, más allá de las consecuencias y modalidades del acto realizado. Con la reincidencia, como con la peligrosidad, se

castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se esta castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor estaría demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario. Como afirma Ferrajoli, ambas se basan en un modo de ser, más que un modo de actuar, y como tal se erigen en un sustitutivo de la culpabilidad constitutivos de tipos penales inconstitucionales (Luigi Ferrajoli, 'Derecho y Razón', Trotta, Madrid, 2001, p. 506)” (Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Capital Federal, in re “González, Alejandro Ramón; Cnochaert, Ricardo Luís y Ávila Gustavo Ariel s/ Robo agravado” del 5 de septiembre de 2011, causa n° 3887).

A su vez, en la misma línea de razonamiento y siguiendo el análisis de validez constitucional de la norma en cuestión, se advierte que “no admitiendo, pues, el derecho penal de autor, no encuentro respuesta a la objeción: toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse” (conf. Voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, in re “Guzmán, Miguel F.” del 08/08/1989, La Ley 1989-E, 165).

En la especie, resulta claro que el imputado S.H.V. recibió una pena adicional por su condición de reincidente (seis meses más de prisión que el Sr. E.O.A.), dicho extremo resulta manifiesto de la sentencia impugnada que así lo señala, es decir se trata de una verdadera pena adicional como consecuencia de la declaración de reincidencia. Tal circunstancia, violenta también el principio de culpabilidad, al imponer una pena superior a la que habría correspondido por el hecho típico sin tener en cuenta la declaración de reincidencia, incorporando en la valoración de la pena cuestiones que son ajenas al hecho analizado (conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002). En efecto, considero que la valoración de los antecedentes penales del imputado, a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir y el modo de su ejecución, resultan absolutamente extraños al tipo penal infringido (principio de legalidad y tipicidad) e, independientemente que tal consideración haya sido incluida por el legislador en el catálogo punitivo, ello no obsta a la existencia de una contradicción con los principios generales del derecho, de la teoría del delito y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Sobre el particular, se destacó que “la afectación por ésta 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 antijuricidad 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 normas según la valoración del hecho' (Maier, Julio B. J., 'Derecho Procesal Penal', Bs. As. 2004, 2º edición, 3º reimpresión, Tomo I: Fundamentos, pág. 644)" (voto en disidencia del Dr. Slokar en: Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, in re "Rearte, Mauro Germán s/ Recurso de Casación" de fecha 21 de diciembre de 2011).

Por ello, y más allá de las citas a distintos autores y precedentes judiciales referidos a la distinción entre el derecho penal de autor y el derecho penal de acto, el principio de culpabilidad y la aplicación de los conceptos brindados al caso bajo análisis, corresponde enfatizar en que la "pena adicional" impuesta al imputado S.H.V. como consecuencia de su "reincidencia", vulnera, esencialmente, principios cardinales del derecho penal, principalmente el "ne bis in ídem" en cuanto nadie puede desconocer que al fijar la condena por un delito anterior, el juzgamiento se ha cumplido, por lo que no puede tener ninguna incidencia esa condena anterior -parcialmente cumplida o aún cumplida íntegramente- para agravar la pena que pudiera corresponder por el delito que se juzga con posterioridad.

Es que, si en una segunda condena ya no sólo se computará la magnitud del nuevo injusto y culpabilidad por el nuevo hecho, sino que además se sumará al reproche -al momento de graduarle la pena (artículo 41.2 del Código Penal)- la pena que ha cumplido, ello importa -como dijimos- una clara transgresión al principio del "ne bis in ídem" (o prohibición de persecución múltiple), y supone una doble valoración de un mismo hecho (ya que además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del art. 41 del Código Penal se agrava la pena aplicable), se crea un delito autónomo (ser reincidente), accesorio al tipo penal infringido y se violenta al principio de culpabilidad al superar la pena que habría correspondido por el hecho típico, incorporando al mismo cuestiones que le son ajenas. La transgresión del principio de culpabilidad, que emerge de disposiciones constitucionales se concreta al valorar los antecedentes penales del imputado a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir, lo que resulta extraño al tipo penal infringido -principio de legalidad y tipicidad- (conf. Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Necochea, in re "Ucio, Alejandro Omar", del 22/09/2008, publicado en LLBA 2008 -diciembre-, 1263). En efecto, no hay duda que el régimen de intensificación penal por reincidencia agrede al principio "ne bis in ídem", tal y como aparece diseñado en los textos internacionales de rango constitucional, dado que la doble valoración de una misma conducta a los fines de modificar las características de la reacción penal en perjuicio del condenado, vulnera la citada garantía, pues ésta última impide que el juez

valore como circunstancias para determinar la pena, aquéllas que ya fueron oportunamente tenidas en cuenta para imponer una pena anterior.

En efecto, no existe una interpretación que permita validar el instituto de la reincidencia, y utilizando la expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Gramajo”, podemos decir que los que defienden el instituto, se encuentran en una verdadera “disyuntiva de hierro”, dado que la pena impuesta en el segundo delito con mayor poder punitivo, importa o bien afirmar que la pena se corresponde al último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de culpabilidad y proporcionalidad, al ejercer un plus de poder punitivo con base a una motivación interna que no tiene correlación con un mayor contenido de injusto o por una mayor lesión a un bien jurídico ajeno, o bien importa afirmar que el plus se impone atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos.

Es decir, ninguna de las propuestas que quieren legitimar el instituto de la reincidencia, es constitucionalmente viable, porque todas van a dar al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico (conf. Voto del Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, in re “Guzmán, Miguel F.” del 08/08/1989, La Ley 1989-E, 165).

Asimismo, se advierte que existe en nuestro país un proceso acelerado de reducción del instituto de la reincidencia -lo que surge sustancialmente del análisis de la doctrina y jurisprudencia reciente, en especial el fallo de la CSJN en “Gramajo”-, que en forma similar, sigue los pasos de derecho comparado. Así, corresponde destacar que “En el derecho extranjero, cabe citar un proceso similar de estrechamiento del instituto de la reincidencia. En España, verbigracia, el Código Penal de 1995 suprimió la *reincidencia genérica*, denominada '*reiteración*' antes de la reforma de 1983, que no exigía analogía ni ninguna otra relación cuantitativa entre la anterior y la actual infracción, para exigir, a partir de allí, que las dos condenas sean por delitos previstos en un mismo título del Código. Por otro lado, la reforma de 1983 ya había suprimido la '*multirreincidencia*'. La Sentencia del Tribunal Supremo, del 6/4/90 (Ponente Bacigalupo), admitió la constitucionalidad de la agravante, pero solo cuando su aplicación no determinase una pena diferente a la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del sujeto, lo que inició una corriente jurisprudencial que descartó la aplicación automática de la reincidencia, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991 de 4 de julio, anterior a la sanción del último Código Penal, que declaró la compatibilidad constitucional del instituto. Por su parte en Alemania la 23° Ley de Reforma Penal del 13/4/86 derogó la agravante genérica de la reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así Roxin, CPC n° 30 (1986) (Cfr. Santiago Mir Puig, 'Derecho Penal, Parte General', 7° edición, BdeF, Bs. As., 2004 p.

624)” (Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Capital Federal, in re “González, Alejandro Ramón; Cnochaert, Ricardo Luís y Ávila Gustavo Ariel s/ Robo agravado” del 5 de septiembre de 2011, causa n° 3887). Por su parte, en Sudamérica, tanto Colombia (1980) como Perú (1991) han eliminado el instituto de la “reincidencia” y la “habitualidad” (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl -directores-, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, tomo 2º, página 229).

Corresponde señalar en esta instancia que, en el análisis de la constitucionalidad de una norma, Luigi Ferrajoli destaca que “El paradigma del Estado constitucional de derecho -o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la 'racionalidad formal' y la 'racionalidad material' weberianas... La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución” (Luigi Ferrajoli, “Derecho y Garantías. La ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid 2010, págs. 22 y 26). Y en ese marco, se observa que por los fundamentos brindados anteriormente corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en cuanto consagra el instituto de la reincidencia, evitando de esa forma, comprometer la responsabilidad de nuestro país en los ámbitos internacionales.

Así también, lo interpretó en un reciente pronunciamiento, la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IIª, cuando señaló que “En orden al agravio relativo al rechazo de la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en mérito de lo resuelto en la causa n° 14.423 'Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación' (reg. n° 19569, rta. el 21/12/11) y sus precedentes -a cuyas consideraciones y fundamentos me remito por razones de brevedad- 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 5º, 6º y 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (Cámara Federal de Casación Penal, Sala IIª, in re “Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación” de fecha 08/05/2012, publicado en Sup. Penal 2012 -Julio-, 59. En igual sentido, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, in re “Ucio, Alejandro Omar”, del 22/09/2008, publicado en LLBA 2008 -diciembre-, 1263 y Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de Capital Federal, in re “González, Alejandro Ramón; Cnochaert,

Ricardo Luís y Ávila Gustavo Ariel s/ Robo agravado” del 5 de septiembre de 2011, causa n° 3887).

En efecto, como se visualiza a partir de los precedentes mencionados y, especialmente, a partir del momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal (multireincidencia), la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal (reincidencia), no resulta más que el inmediato y natural devenir de un proceso de adecuación constitucional, medido y analizado en el tiempo histórico.

Asimismo, la solución adoptada aquí, es la que se compadece con la función que debe cumplir la pena en los organismos penitenciarios, que consiste justamente en “resocializar” a los internos mediante un “tratamiento penitenciario” - conforme se desprende del artículo 18 de la Constitución Nacional-, en tanto que el fracaso de dicha tarea del Estado, no se debe traducir en un agravamiento de la situación de la persona que comete un nuevo ilícito -aún cuando en la especie el imputado S.H.V. no haya cumplido íntegramente la condena anterior-, dado que tal agravamiento -fijado por la ley penal- se desprende y enerva los fundamentos que justifican el cumplimiento de una pena privativa de la libertad en un centro penitenciario estatal, convirtiéndose en una forma de “venganza” o “castigo” que padece el sujeto por no haberse “resocializado”, finalidad expresamente prohibida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5 inc. 6° de la CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3 del PIDCP).

Por todo lo considerado, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, que consagra el instituto de la reincidencia, haciendo lugar al recurso deducido por la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- (fs. 650/655), de conformidad a la siguiente doctrina legal de esta Corte Suprema de Justicia: ***“El instituto de la reincidencia, consagrado en el artículo 50 del Código Penal, resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto y el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in ídem), los que aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”***. Por ello, resulta innecesario el tratamiento del agravio referido a la falta de adecuada motivación de la declaración de reincidencia.

Atento a lo precedentemente expuesto, corresponde casar parcialmente el decisorio cuestionado, dejando sin efecto la declaración de reincidencia del imputado S.H.V., dispuesta en el punto 2° de la parte resolutive del pronunciamiento de fecha 12 de diciembre de 2011 y la pena impuesta al mencionado imputado -dado que incide en

ella la calidad de reincidente- y, como consecuencia de lo decidido, corresponde establecer en esta instancia, una nueva pena -excluyendo, por supuesto, la pauta referida a la existencia de condenas anteriores-. En tal cometido, es necesario tener en mira la finalidad de la pena y, sobre esa base, corresponde considerar la edad del acusado, su grado de instrucción, su condición socioeconómica, la modalidad de la comisión delictiva, el daño causado, etc., en virtud de ello, estimo que dichas circunstancias permiten fijar una pena de cinco años de prisión, mas accesorias legales y costas procesales.

En efecto, se dicta como sustitutiva del punto 2º de la parte resolutive del pronunciamiento de fecha 12 de diciembre de 2011, la siguiente “CONDENAR a S.H.V., D.N.I. Nº 18.186.098, argentino, nacido el 21/07/1963, hijo de J.C.V. y M.E.R., domiciliado en Manuel Estrada nº 2806 de esta ciudad, como autor voluntario y penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO cometido en perjuicio de J.A.C. y M.I.P., a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES. Asimismo, UNIFICAR la pena impuesta en la presente causa con la pena de trece años y dos meses de prisión que le fue impuesta por la Excma. Cámara Criminal Nº 11, Secretaría nº 22 de la Provincia de Córdoba -mediante sentencia nº 27 de fecha 09/11/1999 dictada en los autos “M.,J.C., V.,S.H. s/ robo calificado etc.”- en una PENA ÚNICA DE DIECIOCHO AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN, por lo considerado y conforme a lo previsto por los artículos 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 58, 166 inc. 2º, primer supuesto y último párrafo del Código Penal, y artículos 421, 559 y cc. del CPPT”.

En mérito al modo como se resuelve el presente recurso y las particularidades de la temática abordada, las costas de la instancia casatoria se imponen en el orden causado (art. 560 y cctes. CPPT).

A las cuestiones propuestas los señores vocales doctores

Daniel Oscar Posse y Antonio Daniel Estofán, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante, en cuanto a las cuestiones propuestas, votan en igual sentido

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado E.O.A. (fs. 656/665), en contra de la sentencia dictada por

la Sala V^a de la Excma. Cámara Penal en fecha 12 de diciembre de 2011 (obrante a fs. 628/631), conforme lo considerado.

II.- HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial Penal -en representación del imputado S.H.V.- (fs. 650/655), en contra de la sentencia dictada por la Sala V^o de la Excma. Cámara Penal en fecha 12 de diciembre de 2011 (obrante a fs. 628/631), conforme a la doctrina legal enunciada en el considerando VI.2. En consecuencia, se deja sin efecto la declaración de reincidencia del imputado S.H.V., dispuesta en el punto 2^o de la parte resolutive del pronunciamiento impugnado y la pena impuesta al mencionado imputado -dado que incide en ella la calidad de reincidente-, dictando sustitutivamente “CONDENAR a S.H.V., D.N.I. N^o 18.186.098, argentino, nacido el 21/07/1963, hijo de J.C.V. y M.E.R., domiciliado en Manuel Estrada n^o 2806 de esta ciudad, como autor voluntario y penalmente responsable del delito de ROBO AGRAVADO cometido en perjuicio de J.A.C. y M.I.P., a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES. Asimismo, UNIFICAR la pena impuesta en la presente causa con la pena de trece años y dos meses de prisión que le fue impuesta por la Excma. Cámara Criminal N^o 11, Secretaría n^o 22 de la Provincia de Córdoba - mediante sentencia n^o 27 de fecha 09/11/1999 dictada en los autos “M.,J.C. y V.,S.H. s/ robo calificado etc.”- en una PENA ÚNICA DE DIECIOCHO AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN, por lo considerado y conforme a lo previsto por los artículos 12, 29 inc. 3^o, 40, 41, 58, 166 inc. 2^o, primer supuesto y último párrafo del Código Penal, y artículos 421, 559 y cc. del CPPT”.

III.- COSTAS, como se consideran.

IV.- RESERVAR pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN



ANTONIO GANDUR

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ

JRM