

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

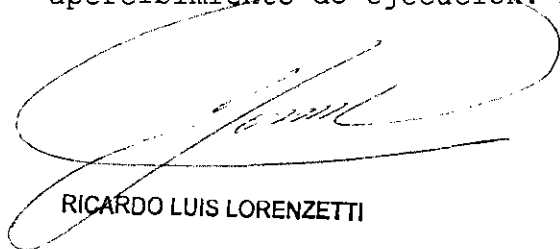
Buenos Aires, *5 de febrero de 2013.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Rafael Luis Álvarez Ordóñez en la causa Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154", para decidir sobre su procedencia.

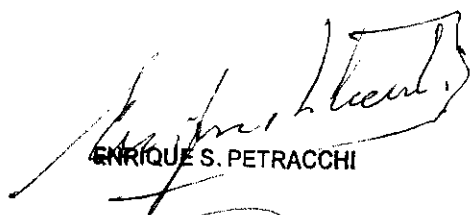
Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

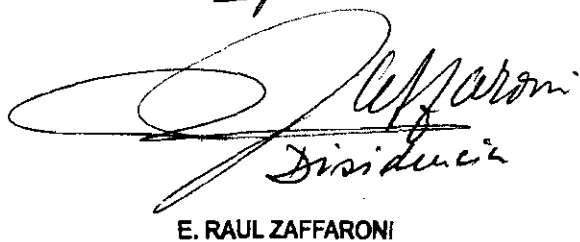
Por ello, se desestima la queja. Intímase a la parte recurrente a que, dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.



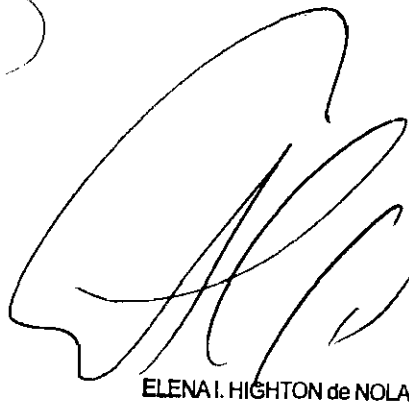
RICARDO LUIS LORENZETTI



ENRIQUE S. PETRACCHI

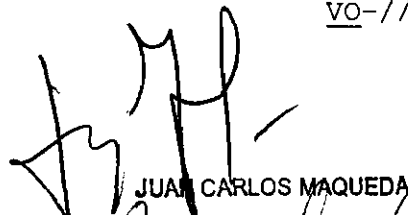


*Disidencia*  
E. RAUL ZAFFARONI

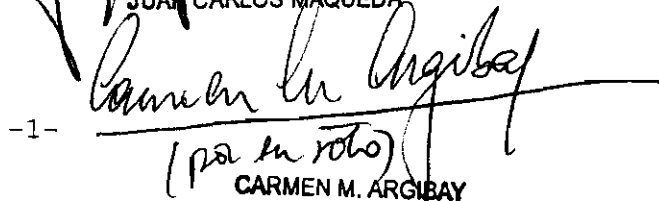


ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

VO-//-



JUAN CARLOS MAQUEDA



*(por su voto)*  
CARMEN M. ARGIBAY

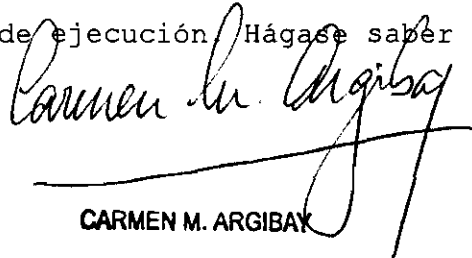
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

-// -TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, resulta inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Intímase al recurrente a que, dentro del quinto día, acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese.

*Carmen M. Argibay*  
  
CARMEN M. ARGIBAY

*Zaffaroni*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

-//-DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que Rafael Luis Álvarez Ordóñez fue condenado en fecha 23 de abril de 2008 a la pena única de prisión de treinta y tres años y seis meses, y se lo declaró reincidente. En el mes de septiembre de 2008, la defensa solicitó su libertad condicional, basada en el tiempo de detención cumplido, que superaría el plazo previsto por el artículo 13 del Código Penal, para acceder a la libertad condicional.

2°) Que el juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal n° 1, no concedió la libertad asistida al condenado, y tampoco hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, tal como le fuera solicitado por la defensa. Fundó su decisión en el entendimiento de que, en el caso particular, la pena impuesta al condenado sumado a la declaración de reincidencia imposibilitaría su reintegro al mundo libre.

3°) Que contra esa resolución, la Defensora de Ejecución interpuso recurso de casación que le fue concedido y que mantuvo adecuadamente. Se agravia porque considera que el magistrado de grado ha transgredido el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, ya que en su resolución expuso "*Que sin perjuicio de mi opinión personal coincidente con la correctamente argumentada por la defensa oficial, cuyos argumentos sintéticamente expuestos a fs. 339/342 comparto, no habiendo va-*

riado la interpretación constitucional dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cuestión federal planteada... es mi deber aplicar en el caso aquí planteado la jurisprudencia del máximo tribunal...". Por ello, entiende que el juzgador resolvió el tema en contra de su propio criterio y aplicando el de su superior jerárquico, sin que mediara fallo plenario que lo hiciera exigible. Como efecto de esa decisión, el juzgador no dio tratamiento a los planteos de la defensa, sustentando su resolución en argumentos meramente formales y conculcando el derecho de defensa y el de ser oído.

4°) Que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió por mayoría, no hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y en consecuencia, mantener la denegatoria de la libertad asistida a Rafael Luis Álvarez Ordóñez. Para tomar esa decisión, el voto que lideró el acuerdo de la mayoría partió del análisis del artículo 50 del Código Penal, en su redacción según ley 23.057, que define la modalidad de reincidencia adoptada por nuestro código y citó en su abono, varios fallos dictados por esta Corte que avalan la aplicación de mayor reproche, para aquellos que habiendo delinquido y cumplido total o parcialmente una pena privativa de libertad, demuestren desprecio por el castigo padecido.

Entendió asimismo, que "...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 esta 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”.

5°) Que contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario. Se agravó por considerar que el fallo recurrido resulta lesivo del “...del principio de culpabilidad, de la garantía *ne bis in idem*, del principio de igualdad, de proporcionalidad, reserva, legalidad, de la libertad ambulatoria, del principio penal de acto y del principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, del derecho de defensa y a ser oído por los jueces, principios ellos que revisten carácter constitucional...”. Desarrolla los motivos por los que considera vulneradas las garantías enumeradas y agrega: “La reincidencia también agravia en forma ostensible los principios del derecho penal de acto, en tanto crea la categoría de personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos, **ocurridos, juzgados y compurgados en el pasado**”.

Como síntesis, aclara que le resulta dificultoso desvincular el pedido de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal de la de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal), ya que en el presente, la única consecuencia práctica que genera la calificación de reincidente, es impedir el egreso anticipado de quienes se encuentran en esa condición.

La Cámara de Casación declaró inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto, acompañando la opinión fiscal, por

considerar que el recurso de hecho solamente denota el criterio discrepante por el adoptado por esa Cámara.

La defensa del condenado interpuso ante esta Corte, queja por denegación del recurso extraordinario y mantuvo los agravios.

6°) Que corresponde hacer lugar a la queja y considerar procedente el recurso extraordinario interpuesto, toda vez que la sentencia que se cuestiona proviene del tribunal superior de la causa, ya que se impugna un pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal y suscita cuestión federal suficiente, en tanto que el conflicto que se plantea es entre una norma de derecho común, artículo 14 del Código Penal y normas de la Constitución Nacional (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a ella (artículos 5°, 6° y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

7°) Que los planteos de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal) y del artículo 14, de este último en cuanto impide al reincidente obtener la libertad condicional en forma absoluta, esto es, sin excepción alguna y, por ende, cancelando todo espacio de valoración a la potestad judicial, son solo en parte inescindibles, esto es: (a) si se declara inconstitucional el instituto de la reincidencia en cuanto a su consideración como agravante de penas, es consecuencia lógica de tal consideración la consiguiente invalidez constitucional del artículo 14 del Código Penal; pero (b) al margen de la anterior cuestión, o sea, aun considerando

*Ycauvari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

constitucional la agravación por reincidencia, existen argumentos para cuestionar la compatibilidad del artículo 14 con la Constitución Nacional.

Debido a ello habremos de separar aquí los planteamientos, tratando primero la cuestión de la reincidencia en cuanto agravante de penas y pasando luego a los que al margen de esa cuestión son propios del artículo 14 del Código Penal.

8°) Que la reincidencia es un instituto que se ha mantenido en el tiempo, a pesar de que parte de la doctrina desde antiguo le ha negado fundamento, y la que se lo reconoce no acierta a dar con argumentos satisfactorios, mucho menos coincidentes y ni siquiera compatibles. Esto último se verifica mediante la enorme pluralidad de criterios con los que se la ha querido y se la quiere legitimar.

9°) Que lo anterior parece dar la impresión de que nos hallamos ante una suerte de obstinación doctrinaria que, en todas las épocas, ha partido de la previa decisión de legitimarla para luego procurar los argumentos legitimantes.

Ninguna obstinación de esta naturaleza respecto de instituciones penales de data secular ha sido gratuita a lo largo de la historia del derecho penal, sino que siempre ha respondido a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático.

Tal ha sucedido con la abolición de la tortura, para lo cual basta recordar que mientras Pietro Verri escribía su libro *Osservazioni sulla tortura*, que por cierto dejó inédito en

su época, su padre Gabriele Verri, senador del patriciado milanés, escribía un dictamen negándose a extender a la Lombardia austríaca la abolición de María Teresa de Austria aconsejada por Josef von Sonnenfels en *Über die Abschaffung der Tortur* de 1775, lo que demoró la abolición de esa aberración en la región hasta el código de José II o *Josefino*, pese a que habían transcurrido un siglo y medio desde la *Cautio criminalis* de Friedrich Spee y un siglo desde las Ordenanzas francesas de 1680.

Algo parecido vive el mundo actual con la llamada *pena de muerte*. Desde la pionera abolición portuguesa y la toscana de Pietro Leopoldo hasta hoy, el abolicionismo ha cundido por el mundo civilizado. Nuestro país la abolió de su legislación ordinaria en 1921 y recientemente de la legislación penal militar, con lo cual se inscribe entre los países signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, conforme a la cláusula de abolición progresiva, tiene constitucional e internacionalmente prohibido restablecerla. No obstante, por razones políticas internas, electoralistas y coyunturales, una de las mayores y pioneras democracias del mundo, como son los Estados Unidos, y pese a que en 1972 una digna y admirable Suprema Corte la declaró inconstitucional con el voto señero de su juez decano, sigue dando el triste y lamentable espectáculo de imponerla selectivamente y con frecuentes errores judiciales.

10) Que la reincidencia es un instituto de pareja antigüedad y el desconcierto de la doctrina jurídico-penal en todo el mundo demuestra la voluntad inquebrantable de legitimarla apelando a argumentos incompatibles, a veces con las bases mismas del republicanismo.



*Quaraveri*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

11) Que por varias vías se ha apelado discursivamente a sostener que el reincidente lesiona dos bienes jurídicos: uno inmediato que es el de la víctima y otro político, que es la alarma que provoca. Este fue el criterio en que se basaron los redactores del *Codice Zanardelli* y que fue criticado duramente por autores de todos los tiempos, desde Carrara hasta Antolisei, observando que el daño político es solo eventual, porque por lo general los únicos que se enteran son los policías y los magistrados.

Ante lo insostenible del doble daño por esta vía, Vincenzo Manzini lo transformó en la lesión a un interés general del estado en la conservación del orden jurídico. Esto significa que se considera la obediencia al estado como un bien jurídico lesionado en todo delito y que resulta más lesionado por el reincidente, con lo que se subestima penalmente el bien jurídico del victimizado. Tal posición equivale a decir que en todo delito se lesiona un derecho de la persona (o de la comunidad) pero que siempre hay un bien jurídico estatal, que no puede ser otro que un derecho del estado a la obediencia.

Teniendo en cuenta el tiempo político en que escribía Manzini y su ideología, es explicable el argumento, pues se corresponde con el derecho penal antiliberal del fascismo, notoriamente diferente al del nazismo. El penalismo fascista no suprimió el principio de legalidad, sino que lo mantuvo pero como seguridad para el estado y no para el ciudadano.

Cuando en plena época de entre guerras se caracterizó la diferencia entre los dos derechos penales antiliberales más

desarrollados, fue Georg Dahm quien la sintetizó con la mayor claridad (*Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, 1935), afirmando que si bien la característica común era el antiliberalismo, la esencia diferencial provenía del modelo político: para el fascismo el estado creaba la nación, que vive con la máxima intensidad y en forma directa en las instituciones estatales, por lo que la ley devenía sin más en una norma ética y nacional. Así como el estado creaba la nación, la ley creaba el derecho, no habiendo nación fuera del estado ni derecho fuera de las leyes. No existía ninguna separación entre el orden legal y el de la comunidad, ni entre el ilícito material y la lesión legal formal. En este sentido, advertía con inteligencia, que no faltaban antecedentes doctrinarios no menores, por lo que sostenía que *Binding y su escuela se hallan vivos en el derecho penal fascista*. En consonancia con este principio la *Proluzione al Re* del Código de Rocco de 1930 decía: *Como organismo político y jurídico, el Estado se concibe como la población de un determinado territorio organizado política y jurídicamente bajo un poder supremo en modo tal de adquirir la capacidad de querer y actuar como un todo unitario, para la obtención de sus fines colectivos y adquirir así una distinta y autónoma personalidad, al tiempo social, política y jurídica (Relazione al Re, en Gazzetta Ufficiale, 26 de octubre de 1930)*. Es bastante obvio que estas consideraciones son por completo ajenas y repugnan a nuestra Constitución y a la legislación penal que en su consecuencia se sanciona por el Congreso de la Nación. El estado argentino no es orgánico ni menos aún corporativo; los habitantes de la Nación Argentina no son empleados del estado ni están sometidos a

*Ycauvari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

ningún derecho disciplinario, por lo cual en nuestro orden jurídico y como mínimo desde 1853, el argumento es inaceptable.

Aunque un tanto más elaborado, no dista mucho del anterior la explicación que brinda Armin Kaufmann cuando afirma que el delito del reincidente viola dos normas, una que prohíbe la comisión del delito y otra que prohíbe cometer cualquier delito con posterioridad.

En principio, cabe observar que semejante construcción, con la deducción o invención de una norma que queda flotando, por lo menos no respeta la regla de la simetría constructiva y más bien parece una abierta ofensa a la estética jurídica que reclamaba Gustav Radbruch.


Kaufmann dejaba una norma sin destino, que no se sabe qué bien jurídico exige que se lesione y que, en último análisis, no puede ser sino un general y vago interés disciplinante.

Cabe observar que históricamente está demostrado que cuando el interés disciplinante (o un supuesto derecho independiente del estado a la obediencia, que alcanza su máximo grado con la supresión del bien jurídico y la sanción de meros delitos de desobediencia en planteos autoritarios o lleva directamente a concebir la esencia del delito como pura violación de deber, por ejemplo, Friedrich Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935), se extiende a todos los habitantes, por lo que nos hallamos ante una manifestación de corporativismo u organizismo estatal muy peligrosa, pues tiene un trasfondo de estatización de todos los bienes jurídicos y al mismo tiempo el some-

timiento de todos los habitantes a un poder disciplinario administrativo elevado a la categoría penal. Se torna borrosa la diferencia entre el poder sancionador disciplinario destinado a los servidores del estado y el poder punitivo destinado a todos los habitantes. No cabe dejar de lado la observación de que la administratización de todo el derecho penal importa la consagración del inquisitorio.

12) Que la otra vertiente legitimante es la del peligrosismo positivista, al estilo de Enrico Ferri, producto del cruce de las agencias médicas con las policiales en los finales del siglo XIX, que dio por resultado la consagración de criterios discriminatorios y abiertamente racistas, que concluyeron en las mayores atrocidades de la humanidad, pues se basó en la *cosificación* del ser humano, incompatible con nuestra antropología jurídica constitucional. Todo ello sin contar con que desemboca en un derecho penal de autor que confiesa sin tapujos y que históricamente se puso de manifiesto con el único autor terriblemente coherente dentro de este pensamiento materialista grosero, que fue Krylenko, quien en su proyecto, directamente eliminó la parte especial. A medio camino se quedó el propio Enrico Ferri y sus secuaces al propugnar la pena por peligrosidad sin delito.

De cualquier manera, incluso dentro de esta vertiente, la reincidencia no encuentra una explicación satisfactoria, pues la peligrosidad sostenida por todos los autores positivistas en sus diversas variantes, desde el propio Enrico Ferri hasta Franz von Liszt, es un supuesto juicio de probabilidad y como tal un juicio fáctico, que debe realizarse en cada caso concreto

  
Corte Suprema de Justicia de la Nación

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

pues es el pronóstico de probable conducta futura referido a una persona concreta, de carne y hueso, o sea que cuando se pretende que la reincidencia tiene por fundamento el juicio de peligrosidad, queda sin explicación una cláusula que invariablemente, para todos los delitos, en todos los casos y para todas las personas, imponga una agravación de la pena.

Para evitar esta contradicción, en el afán de legitimar y de combinar lo incompatible, se ha apelado a un pseudoconcepto incomprensible, como el de *peligrosidad presunta*. Hay peligrosidad o no hay peligrosidad; si se la presume *juris et de jure* es porque, al menos en algunos (o en muchos) casos se da por cierto que la hay cuando no la hay. Es decir, que la reincidencia se funda en la mayor peligrosidad incluso cuando no hay mayor peligrosidad. El nivel de mínima racionalidad del derecho impuesto por el principio republicano no puede aceptar una construcción semejante. Por otra parte, no es posible olvidar que las presunciones *juris et de jure* obedecen a razones prácticas y en general son incompatibles con el derecho penal cuando operan ampliando límites de punibilidad.

13) Que no faltan los argumentos que deambulan por las distintas variables de la culpabilidad de autor, de personalidad o de carácter.

La culpabilidad del carácter o de la personalidad, o sea, la que afirma que cuanto más compatible o propio de la personalidad del autor es el delito, mayor es la culpabilidad, porque en definitiva se le reprocha *lo que es* y no lo que ha hecho (que pasa a ser un *signo o síntoma revelador*), no pasa de ser

una normativización de la peligrosidad positivista, con el agravante de que la vuelve abstracta y moralizante, de forma que queda subordinada al criterio arbitrario del poder político o judicial, encaminado a la individualización de los enemigos.

Es muy claro que en nuestro sistema se pena lo que la persona ha hecho y no lo que la persona es. Los tipos criminológicos de autor no pueden constitucionalmente convertirse en tipos legales, como lo ha hecho en otros tiempos el derecho penal autoritario, que abrió las puertas al tipo de autor, que se revelaba con la mera expresión de voluntad (*Willenstrafrecht*) y el desprecio a la lesión o resultado lesivo (Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940; Dahm-Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, 1938), frecuente también en otros autores que manipulaban las tesis del neokantismo por esos mismos años (Zimmel, por ejemplo). La idea de *tipo de autor* es de cuño antiliberal de vertiente nazista: el autor era un *traidor a la comunidad del pueblo (Volksgemeinschaft)*, cuyo carácter lo revelaba su mera voluntad (*Willen*) y ni siquiera ésta, sino su disposición interna o intencionalidad moral (*innere Gesinnung*) traidora o enemiga (*Feind*). Había un *tipo de autor* doctrinario inventado por autores pre-nazistas, pero para los cuales no era *ladrón* quien cometía un robo, sino quien respondía al tipo de autor *ladrón*. Para la versión conforme al nazismo, cuya base no se hallaba en el estado sino en una comunidad viva y *natural* definida por la raza e integrada por nacimiento y no por elección, el delito era siempre omisivo (se omitía cumplir con el deber impuesto por este organismo racial) y la reiteración de esa omisión revelaba la traición (*Verrat*) a ese cuerpo. Debido a esto y a diferencia del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

autoritarismo fascista, el derecho penal nazista borraba el principio de legalidad, pues reincorporaba al derecho penal toda la ética social volviendo a la premodernidad.

Solo un estado absoluto o un pretendido organismo puede atribuirse la facultad de reprocharle a un ciudadano su personalidad. La historia demuestra que doctrinarios propios de estos regímenes o simpatizantes -no muy ocultos- de ellos, son los que han propugnado semejante culpabilidad de autor.

Una variable de esta culpabilidad de autor la inventó Edmund Mezger con su culpabilidad por la conducción de la vida, reprochándole al sujeto todo su curso vital, su elección existencial misma, lo que es inaceptable, por un lado porque el estado que pretende esto es un monstruo omnipotente, y por otro porque todo lo anterior al delito es atípico, lo que para Mezger no era obstáculo alguno, dado que elaboró su tesis en vigencia de un derecho que había derogado el principio de legalidad, habiendo participado personalmente en la elaboración del proyecto de derogación que se concretó en la reforma nazista de 1933.

El restablecimiento de este principio no fue obstáculo para que el catedrático de München siguiera sosteniendo tal posición, lo que no es extraño, atendiendo a que en 1944 y por encargo de las SS había sido proyectista de una ley destinada a enviar *extraños a la comunidad* a los campos de concentración.

Otros autores antiguos aunque de cuño liberal, fuera de los planteos de la dogmática actual, parecieran dar argumentos de culpabilidad de autor en forma asistemática. Así, Pacheco

sostenía que demostraba una mayor perversidad y Carrara pensó en que permitía verificar una mayor insensibilidad a la pena, lo que puede emparentarse con la *controspinta penale* de Romagnosi o con la *psychologische Zwang* de Feuerbach.

La mayor perversidad es, por cierto, un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la pena conforme a proporcionalidad, pero ésta siempre se halla en el acto mismo y nunca en un acto anterior ya penado, además de que no se ve la razón por la cual se distingue entre reincidencia y simple reiteración. Nadie dudaría de la mayor perversidad de un homicida o de un violador serial, aunque no sea reincidente.

La perversidad es considerada hoy un componente de los caracteres del tipo penal o bien un elemento de mayor culpabilidad, pero manifiesto siempre en la culpabilidad que corresponde al tipo concreto y no procedente de una conducta típica anterior y penada. Por otro lado, y aun admitiendo esta eventual posibilidad, no puede afirmarse que sea invariable y automática. Es obvio que el autor de unas lesiones no demuestra mayor perversidad porque haya sido condenado anteriormente por libramiento de cheque sin provisión de fondos.

La apelación a la mayor insensibilidad podía sostenerse en tiempos de Carrara, pero pasaron muchísimos años y el mismo argumento ha llevado a consecuencias dramáticas nunca imaginadas por el Maestro de Pisa. Cabe recordar que fue utilizado por Lombroso respecto de los colonizados, a los que comparaba con los criminales biológicamente inferiores, dándolo por verificado con el extraño argumento de que se tatuaban, lo que según



*Chaurari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

el médico de Turín revelaba una hiposensibilidad epidérmica, que estaría hoy generalizada.

Es sabido que la hiposensibilidad fue la base del discurso colonialista que legitimó todos los genocidios conocidos en los años posteriores a Carrara. Presumir que quien fue condenado por un delito y comete otro completamente diferente padece una hiposensibilidad al dolor, importa asimilarlo a los salvajes que en tiempos de Lombroso eran los colonizados.


Por otra parte, y solo *ad demonstrationem*, aun admitiendo cualquiera de las teorías de culpabilidad de autor, haciendo para ello un enorme esfuerzo para poner entre paréntesis su incompatibilidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional, lo cierto es que tampoco estas teorías pueden legitimar la agravación invariable, en función de la reincidencia. Esto se debe a que todas las teorías de culpabilidad de autor, no son más que esfuerzos por inventar una culpabilidad que venga a reemplazar a la peligrosidad, puesta en crisis desde el ocaso de la pretendida negación filosófica y humanista llevada a cabo por el brutal positivismo.

En consecuencia, no hay razones para afirmar que cualquier reincidencia legítima un mayor grado de reproche, incluso dentro de las propias teorías de la culpabilidad de autor, especialmente si se trata de reincidencia *ficta* (como muchas veces lo sostiene la jurisprudencia en torcidas interpretaciones del derecho común), pero tampoco la real, cuando es reincidencia genérica, como en nuestra ley vigente.

Ninguno de los autores autoritarios que postulan la culpabilidad de autor o sus cercanías doctrinarias, podría afirmar que hay una personalidad más reprochable porque alguien fue condenado por injuriar a otro y luego comete unas lesiones culposas. Aunque nadie lo ha construido hasta el momento, no sería extraño que aquí también se postulase algún espectral pseudoconcepto jurídico inexplicable equivalente a la *peligrosidad presunta*, como ser un *mayor reproche presunto* u otro fantasma normativo análogo.

14) Que no faltan autores que consideran que la reincidencia importa un desprecio hacia el valor admonitorio de la condena precedente. En opinión de éstos, entre los que se halla Maurach, la admonición de una primera condenación generaría una mayor o más actual consciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor reproche de culpabilidad de este hecho.

En la generalidad de los casos, la consciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente de la del primer hecho, pudiendo incluso ser menor o no existir. Quien después de ser condenado por un robo comete un delito cambiario, bien puede cometer el segundo hecho en un error invencible de prohibición y, por tanto, no tener ninguna consciencia de antijuridicidad. Solo sería un argumento válido para supuestos de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión del injusto, lo que está lejos de darse en cualquier caso de reincidencia genérica y menos en forma automática.

  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

Algo semejante puede afirmarse en cuanto a que con el segundo hecho el agente estaría demostrando una voluntad o decisión criminal más fuerte.

No es posible entender la decisión criminal como algo abstracto, como la decisión de *violar el Código Penal* o de *delinquir* a secas, pues nadie en el mundo real -y en condiciones de salud mental- toma una decisión de esta naturaleza. La decisión criminal siempre es de algún hecho concreto en la vida real, siendo éste un dato óntico insoslayable. Por ello, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias incurre en unas lesiones culposas, en el que una vez condenado por abigeato incurre en una calumnia, o en el que sentenciado por estupro comete una traición a la patria, salvo que el argumento oculte en los repliegues de la culpabilidad un requerimiento disciplinario de doble lesión, mencionado antes, o un derecho penal de autor que haga del condenado que ha cumplido su pena un ciudadano que padece una *capitis diminutio* respecto del resto de la población. De todos modos, estos serían argumentos inconfesables por corresponder a alguna de las dos vías del derecho penal antiliberal de entreguerras.

15) Que bien puede legitimarse la reincidencia desde la perspectiva de una tesis de prevención general positiva, o sea, entendiendo que el reincidente afecta la confianza de la generalidad en el sistema. Aparte de que esto no sería más que una presunción *juris et de jure*, que remozca viejos argumentos, pues la *generalidad* casi nunca se entera y solo lo saben los jueces y los policías, lo cierto es que en este planteo siempre

hay en el fondo un único bien jurídico que es la confianza en el sistema y en interés del propio sistema, frente al cual los restantes bienes jurídicos se opacan o desaparecen directamente, de modo que la legitimación de todo el poder punitivo llevada a cabo con este discurso no es compatible con nuestra Constitución y, por tanto, tampoco la de la agravación por reincidencia.

En el caso particular de la reincidencia sería muy inmoral, porque sinceraría los esfuerzos por legitimarla, dado que implícita o expresamente acepta que no se basa en ningún efecto preventivo general negativo (disuasorio) ni preventivo especial, por lo que cabe presumir que reconoce que no los tiene, pero que es útil simplemente *porque la gente lo cree y provoca consenso*, vale decir, que mediatiza a un ser humano faltando a la verdad solo para provocar consenso en torno del sistema y de su pretendido prestigio público.

Es la confesión de que la utilidad de la pena finca en un error del público al que el penalista debe alimentar. Si bien la ética y el derecho se diferencian, no por ello se rechazan hasta el extremo de que el derecho penal pueda infringir elementales pautas éticas de respeto a la dignidad humana y a la base de la democracia y de la República.

16) Que en síntesis, es dable observar que la reincidencia se explica en los planteos jurídico-penales en la medida en que se apartan del derecho penal de acto, aunque ni siquiera en esas posiciones la explicación resulta coherente cuando se trata de una agravación de pena impuesta por ley para cualquier caso y más aún tratándose de reincidencia genérica. Por el con-

trario, las tentativas de explicarla dentro del derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

17) Que la infructuosidad de todos los discursos doctrinarios por legitimar la agravación invariable y automática de la pena por reincidencia, equivale a la violación del principio que prohíbe la doble punición, pues el plus de pena o cualquier agravación de ésta que se imponga al segundo delito lo será en razón del primero, esto es, de un delito que se ha juzgado y penado. Desde 1836, en que Carnot en su *Commetaire sur le Code Pénal* preguntaba si esto no será violar abiertamente a su respecto el *non bis in idem*, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia criminal (página 196) hasta el presente, Mittermaier, Morelly, Pagano, Tissot, Carmignani y muchos otros no han tenido más remedio que proporcionar una respuesta afirmativa aunque, en algunos, titubeante. 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* (Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padova, 1985).

18) Que en virtud de lo señalado, no puede sostenerse ya el argumento del precedente de Fallos: 311:1451, en el que 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".*

Es claro que este precedente importa una invocación de la *insensibilidad lombrosiana* o bien el reclamo de una obediencia a un estado disciplinante, cuyo interés se considera ofendido en su autoridad por la infracción, con lo que se incurre en una estatización de bienes jurídicos.

Tampoco puede sostenerse el argumento basado en cuestiones de prevención general negativa 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). Además de chocar frontalmente con el principio *ne bis in idem* en su aspecto de prohibición de la doble punición, es muy claro que lo que este precedente reclama es *obediencia* al estado y nada más. Es el estado que está ofendido en su autoridad, porque lo ha penado y el sujeto ha incurrido en una nueva indisciplina. No importa ni requiere que la reincidencia sea más o menos específica; no importa si la primera pena fue por lesiones y la segunda por cheque sin fondos, lo que en este fundamento se reclama es que *no vuelva a desobedecer al es-*

tado. Mucho más grave sería mezclar esto con la *protección o defensa de la sociedad*, porque confundiría a ésta con el estado y nos habríamos precipitado en un campo de concepción política muy lejano al que establece nuestra Constitución desde siempre.

19) Que el principal efecto de la declaración de reincidencia, es la prohibición de libertad condicional del artículo 14 del Código Penal. Es insostenible la tesis de que esa disposición no implica una penalidad más grave, porque solo se refiere a una forma de ejecución, argumento artificioso y en buena medida ficcional, tanto como distorsionante de toda referencia a la realidad de los hechos y a la naturaleza misma de las cosas.


Así como Beethoven ejecutado por un virtuoso no es lo mismo que ejecutado por un principiante, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes.

Desde los mismos orígenes del pensamiento penal retributivo en el Iluminismo, tanto por la vía del utilitarismo de Bentham como del idealismo de Kant, la retribución es la devolución de la misma cantidad de dolor, lo que nadie parece haber negado hasta la actualidad. Al punto habían llevado los pioneros semejante exigencia respecto de la producción real de dolor que Bentham inventó su famosa máquina de azotar y Kant exigía tomar en cuenta la sensibilidad de la víctima y del victimario, sin contar con que fue el fundamento legitimante de la invención de la guillotina.

20) Que es obvio que una condena a pena privativa de libertad importa el sometimiento al dolor de la privación de la libertad ambulatoria de la persona, y que ese dolor es mayor cuanto más estricta y extensa es esa privación locomotiva. Bentham, Kant y todos los padres fundadores del liberalismo penal, por diferentes que hayan sido sus caminos argumentales, no hubiesen dudado en lo más mínimo acerca de que una pena que habilita la posibilidad de ser ejecutada parcialmente en libertad controlada es menos grave que la que exige su cumplimiento total con efectiva privación de libertad. Tanto no lo dudaban que algunos, como Feuerbach establecían agravaciones por aislamiento a pan y agua en los aniversarios del hecho. Tampoco hubiesen dudado de que las salidas transitorias importan una pena menos grave, o una mitigación respecto de la que no admite el régimen de salidas transitorias.

21) Que solo una ciencia jurídica que se aparte de la naturaleza de las cosas puede negar una verdad tan evidente que sería ratificada por cualquier vecino o habitante de la República usando solo su buen sentido. Lamentablemente, una interpretación jurídica que incurra en semejante desconocimiento del mundo real, nunca tendrá la posibilidad de ser eficaz, pues no se regirá atendiendo a los datos de las cosas del mundo, sino a construcciones aparentemente lógicas pero que, en el fondo, no son más que recursos retóricos y creaciones de la imaginación. La quiebra de las estructuras que vinculan al derecho con el ser de los entes solo consigue enervar su eficacia e incluso neutralizar el propio carácter jurídico de éste cuando la quiebra es de



  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

tal naturaleza que niega la condición de ente moralmente responsable al ser humano.

22) Que tal como se señaló antes en el considerando 7º, al margen de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante, el artículo 14 del Código Penal es también objetable constitucionalmente por razones independientes.

En principio, la disposición del artículo 14 del Código Penal que veda la libertad condicional a cualquier reincidente por cualquier delito y en cualquier circunstancia, también es aplicable a la prisión perpetua impuesta a reincidentes.

La aplicación literal de este precepto importa convertir la prisión perpetua de nuestro Código Penal en una pena inexorablemente perpetua en el sentido de que solo se extinguiría con la vida del penado.

Cabe frente a esto, entender que no es posible que sea el resultado de una sana lógica jurídica afirmar que el artículo 14 solo se refiere a una forma de ejecución, cuando en materia de pena de prisión perpetua importa la conversión de una pena eventualmente temporal, en una pena que se ejecuta y agota únicamente, con la muerte física del penado.

23) Que del anterior considerando resulta probado que, al margen de la inconstitucionalidad de la agravación de pena por reincidencia, el artículo 14 del Código Penal se hace insostenible en función de otros argumentos, que son válidos con independencia de esa inconstitucionalidad.

24) Que los artículos 5.6 y 29 de la Convención Americana sobre 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, disponen que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado.

Una pena de prisión que irremisiblemente solo se agote con la muerte del condenado, no cumple ni nunca puede cumplir con este objetivo, pues la naturaleza de las cosas impide sostener que la muerte importe una reincorporación a la sociedad, por mucho que se quiera especular en otro sentido.

Una pena de esa naturaleza es violatoria de las mencionadas disposiciones constitucionales y, como resultado de la simultánea violación del derecho internacional, es susceptible de llevar a la República ante los estrados internacionales, con el consiguiente perjuicio que el desprestigio de una condena ante esos tribunales acarrea para todos sus habitantes.

25) Que esta Corte ha considerado en reiteradas oportunidades que debe acatar la ley y la jurisprudencia internacional para evitar contribuir a situaciones de esta naturaleza, como parte de la responsabilidad que le incumbe como poder del estado.

Los jueces argentinos no pueden dictar sentencias en contra de expresas disposiciones del derecho constitucional e internacional vigente. Solo es admisible semejante decisión en el marco de la abandonada tesis del doble derecho, rechazada por esta Corte incluso antes de la reforma constitucional de 1994.

  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Cabe recordar que la principal objeción a la tesis del doble derecho es justamente, que impone a los jueces el invariable dictado de sentencias antijurídicas: si juzgan conforme al derecho interno, violan el derecho internacional y, si lo hacen conforme al derecho internacional, violan el derecho interno.

26) Que no obstante, ni siquiera se plantea hoy la situación de respetar el derecho internacional o el interno, pues desde la sanción del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, los referidos dispositivos adquirieron carácter constitucional y forman parte expresa e ineludible de nuestro derecho interno con la máxima jerarquía normativa. Los jueces argentinos no pueden ser obligados por ninguna ley a violar el derecho positivo, y los artículos constitucionales citados son derecho positivo de máxima jerarquía, con plena y pacífica vigencia interna.

27) Que el artículo 14 del Código Penal es violatorio de la Constitución, en la medida en que se lo interprete como un texto que obliga al cumplimiento de penas que solo se agotan con la muerte.

El juez no usurpa ninguna función legislativa cuando el legislador usurpa por acción o por omisión la función del constituyente. Es deber de los jueces de la Nación corregir al legislador cuando incurre en semejante usurpación.

Si bien esta Corte ha procedido siempre con la debida prudencia para no incurrir en decisiones que puedan obstaculizar o entenderse como lesivas al principio republicano de separación

de poderes, no es menos cierto que ha optado por tomar las decisiones adecuadas, cuando las reiteradas omisiones de los otros poderes del estado privaban de derechos a los ciudadanos.

No escapa a nuestra atención la circunstancia de que al momento de la sanción del Código Penal de 1921, que fue harto sabio y prudente en muchísimos aspectos -y por cierto mucho más que legisladores posteriores- el codificador consideraba que, conforme a la costumbre constitucional, la práctica del indulto y la conmutación de penas era corriente y casi rutinaria. En esos años esa práctica la impulsaban las mismas autoridades carcelarias. Cabe pensar que nunca se imaginó el codificador de 1921 que preveía casos de penas que solo se concluían con la muerte y, si lo hizo, fue únicamente en miras a supuestos extremos y excepcionales. Tampoco debemos olvidar que acababa de abolir la pena de muerte en la legislación penal común, incluso por voluntad de la Cámara de Diputados y contra la del Senado.

28) Que en el caso del artículo 14 del Código Penal, el Congreso de la Nación ha tenido tiempo suficiente para remediar la omisión legislativa de prever especialmente el caso ante la caída en desuso de la práctica rutinaria del indulto y la conmutación como costumbre constitucional. Cabe observar, además, que han transcurrido dieciséis años desde la incorporación de los textos internacionales a la Constitución Nacional, un cuarto de siglo desde la ratificación de los tratados respectivos por la República y mucho más desde el abandono de la costumbre constitucional del indulto y la conmutación rutinaria. Estos lapsos temporales son más que suficientes para hacer uso de la solución legislativa, especialmente cuando el Congreso de

  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.

RECURSO DE HECHO

Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

la Nación en múltiples oportunidades ha modificado el Código Penal. Tampoco hay inminencia, ni se conocen proyectos presentados en este sentido en el ámbito legislativo. En tales condiciones no importa ninguna imprudencia ni apresuramiento de esta Corte la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal para evitar que la causa se lleve a los estrados internacionales y haga incurrir en responsabilidad a la Nación.

29) Que es un principio rector del derecho constitucional y del internacional de los Derechos Humanos, que nadie puede ser privado de un derecho *sine die* por omisión regulatoria del legislador, lo que cobra mucha mayor importancia cuando el derecho en juego es, nada menos, que la libertad de un ciudadano hasta su muerte.

30) Que además de todo lo dicho, la decisión que hoy niegue cualquier beneficio en razón de la aplicación literal del artículo 14 del Código Penal incurre en una arbitrariedad manifiesta.

En efecto: esta 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.

Hasta la sanción de esta 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 espe-

cifica 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.

Mantener la interpretación contraria y anterior a la reforma llevaría a una conclusión a todas luces irracional, pues en el presente caso al condenado para nada le valdría tener buenas calificaciones y buen concepto general, o tener familia, y encontrarse en condiciones de acceder a la libertad solicitada, por el contrario, en lugar sería acreedor a la libertad condicional si durante los largos años de prisión hubiese cometido varios delitos hasta encuadrarse en la reincidencia múltiple del artículo 52. Juiciosamente, es imposible sostener la racionalidad de la interpretación aislada del artículo 14 fuera de todo el contexto de la regulación legal del instituto de la reincidencia, consagrando la anterior solución al caso.

Además del resultado paradójico de que a alguien se le niegue el beneficio por ser reincidente simple y no múltiple, cabe observar que nunca se puede interpretar una norma fuera del contexto del cuerpo del que forma parte, pues la interpretación sistemática es de la esencia del saber jurídico desde los albores mismos de la ciencia jurídica en la Italia medieval.

Por reducción al absurdo, resulta inimaginable que un defensor aconsejase al simple reincidente condenado a prisión

*Quararari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

perpetua que cometa una cadena de delitos menores en el curso de sus largos años de prisión hasta encuadrar en la multireincidencia calificada del artículo 52, con el objeto de mejorar su situación y acceder a la libertad condicional.

31) Que cabe agregar que no puede enervarse el anterior argumento en razón de que esta Corte considere inconstitucional el artículo 52 del Código Penal en función de su lesión a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, pues nunca puede invocarse una inconstitucionalidad como base para negar el reconocimiento de otro derecho, sin contar con que obviamente, las sentencias de esta Corte no hacen caer la vigencia de la ley, de modo que los artículos 52 y 53 siguen siendo parte del texto del Código Penal.

32) Que el derecho de una República no es un conjunto de decisiones políticas contradictorias y sin fundamento racional y cuya aplicación concreta resulte absurda o arbitraria. Semejante concepción corresponde a un criterio exegético bonapartista, incompatible con la esencia de un estado constitucional de derecho.

Todo ello sin contar con que ni siquiera en el caso se trata de una analogía *in bonam partem*, pues solo se trataría de aplicarle a un simple reincidente las disposiciones previstas para un multireincidente. Pero incluso si fuese analogía *in bonam partem*, salvo en la antes mencionada concepción antiliberal fascista del estado, ésta no lesiona el principio de legalidad penal, en la medida en que tenga por objeto salvar la racionalidad y no contradicción del orden jurídico, pues es una imposi-


ción del principio republicano que prohíbe a los jueces incurrir en sentencias que lo desprestigien por su irracionalidad.

33) Que además de la inconstitucionalidad derivada de la misma característica de la reincidencia como agravante, e incluso de la derivada de que su aplicación literal, lleva a imponer penas de prisión hasta la muerte, en contra de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Código Penal resulta inconstitucional por obligar a los jueces a pronunciar sentencias arbitrarias, esto es, carentes de fundamento en los casos concretos y su interpretación literal aislada de las restantes normas que regulan la reincidencia en el Código Penal es arbitraria porque desconoce el texto mismo de la ley vigente conforme a la reforma de la ley 23.057.

En un estado constitucional de derecho no es posible fundar la racionalidad de una sentencia en la mera letra de la ley y menos aún en su letra aislada del contexto de cuerpo legislativo orgánico del que forma parte como código o ignorar una reforma sustancial como la mencionada.

Una sentencia que solo se funde en la exégesis de una norma aislada y agote su contenido en eso, no pasa de ser propia de un estado *legal* de derecho, donde los jueces no pueden hacer otra cosa que cumplir estrictamente la voluntad del legislador *real* y abstenerse de cualquier interpretación, por irracional y carente de cualquier explicación que resulte la sentencia. Tal era la esencia del estado bonapartista, y a esa sumisión total al legislador eventual corresponde el modelo de *casación*, creada como tribunal dependiente del parlamento y luego sometido al em-



  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

perador para romper las sentencias insumisas, sistema diametralmente opuesto al escogido por nuestra Constitución Nacional desde 1853.

34) Que incluso considerando constitucional la agravación por reincidencia, en función de cualquiera de las tesis que intentan legitimarla en la doctrina y en la jurisprudencia, lo cierto es que se ha verificado que cualquiera de ellas solo alcanza para legitimar algunos casos particulares, pero en modo alguno toda y cualquier agravación automática e inexorable como la dispuesta por el artículo 14 del Código Penal.

35) Que tal como se ha señalado antes, la peligrosidad solo se verifica en casos de reincidencia específica o relativamente específica y no puede presumirse *juris et de jure* en cualquier caso de simple reincidencia genérica. Lo mismo sucede con la culpabilidad de autor, pues el mayor reproche de personalidad no puede sostenerse cuando las conductas, por su naturaleza, no exhiben ninguna personalidad reprochable. La mayor culpabilidad de acto derivada de una consciencia del injusto más actual, solo es dable en reincidencia específica y en delitos que exigen algún nivel de elaboración. La decisión más firme al delito no es admisible en casos de reincidencia genérica y con delitos de muy diferente disvalor social y jurídico. La mayor perversidad no siempre depende de que haya condenaciones anteriores, ni tampoco éstas la revelan en la gran mayoría de los casos.

36) Que, aun admitiendo *ad demonstrationem* cualquiera de las tesis legitimantes de la agravación por reincidencia, la

aplicación inflexible de la norma del artículo 14, al no admitir prueba en contrario, da por cierto los extremos legitimantes sin acreditar que éstos existen en el caso, lo que impone a los jueces incurrir en abiertas arbitrariedades, pues se trata de cuestiones de hecho que solo eventualmente se presentan en los casos concretos. Todo ello sin contar con que el artículo 14 tomado aisladamente, depara un tratamiento mucho más grave al reincidente que al multireincidente, lo que es incontrastable a la letra de la ley misma.

En síntesis: el artículo 14 del Código Penal también es inconstitucional (a) porque presume *juris et de jure* que se hallan presentes en el caso todas las condiciones con las que se ha intentado legitimar la agravación por reincidencia, sin permitirle al magisterio penal la evaluación de ellas en los casos concretos, que sería presupuesto elemental de la imposición de la agravante y (b) porque no puede explicarse por qué razón contempla la libertad condicional para el multireincidente calificado y no para el reincidente simple.

37) Que en abono de todo lo anteriormente señalado y, teniendo en cuenta que una larga tradición positivista tiñó durante la mayor parte del siglo pasado nuestro derecho penal y se mantuvo encubierta bajo manto neokantiano en todo lo referente a la pena aun cuando se había abandonado el marco teórico del positivismo criminológico, no puede soslayarse que esta Corte ya ha tenido oportunidad de expedirse al tratar la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado por multireincidencia del art. 52 del Código Penal, acerca de la peligrosidad

*Quaravari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así ha expresado 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 peli-

grosidad, 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 li-

*Quararari*  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

A. 577. XLV.  
RECURSO DE HECHO  
Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154.

*bertad 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).*

38) Que no obstante, debe advertirse que todo lo anteriormente dicho respecto de la peligrosidad sería válido solo en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo serias y científicas que, como es sabido, no existen.


Por regla general, cuando en la doctrina y en la jurisprudencia se maneja el concepto de peligrosidad se lo hace sin esa base, o sea, como mero juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica, con lo cual resulta directamente un criterio arbitrario inverificable y que bien puede estar teñido de serios prejuicios inconscientes.

En síntesis: la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como por regla general se lo maneja en el derecho penal.

Que la prudencia constitucional argentina es altamente significativa, pues de abrirse el camino a la peligrosidad

como juicio subjetivo de valor, sería válida la advertencia de Binding, en el sentido de que, de aceptarse la peligrosidad como fundamento de la pena impuesta con el nombre que sea, sería necesaria otra Revolución Francesa: *Puesto que se trata de una teoría con semejante desprecio de la personalidad humana, con semejante inclinación a victimar en el altar del miedo a miles de humanos de carne y hueso, sin miramientos y sobre las pruebas más defectuosas, una teoría de tamaña injusticia y tan ilimitada arbitrariedad policial, prescindiendo del presente, no ha encontrado secuaces, salvo en los tiempos de dominio del terror. De tener éxito esta teoría, desencadenaría un tempestuoso movimiento con el fin de lograr un nuevo reconocimiento de los derechos fundamentales de la personalidad* (Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo II, 1, Leipzig, 1914, pág. 464).

Para obviar la falta de fundamento científico verificable, se ha inventado una pretendida *peligrosidad presunta*. Se dice que el legislador *presume* la peligrosidad, lo que es tan aberrante como decir que se presume la fiebre de un enfermo, pues la peligrosidad es un concepto que tiene una base incuestionablemente empírica. Si se prescinde de esa base empírica, verificable en investigaciones de campo de grandes números, y éstas se reemplazan por presunciones establecidas en la ley, queda claro que se invoca la peligrosidad cuando ésta no existe, o sea, que tiene poca importancia que ésta exista o no exista, pues *una presunción significa que se tiene por cierto lo que en el caso puede ser falso sin que importe que lo sea. Esto significa que se impone una privación de libertad prolongada a título*

  
*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*penal, como pena o con el nombre que quiera dársela, en razón de una peligrosidad que no importa si existe.*

Esto indica que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad, sino de la declaración de que la persona es *indeseable* o directamente declarada *fuera del derecho, enemiga* y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes y que les garantiza la Constitución.

39) 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 penal 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 *Fermin Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005).

40) Que en razón de lo expuesto, cabe concluir, que cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50,

como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de la persona que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor.

Independientemente de esto, la aplicación del artículo 14 en forma aislada y fuera del contexto total de las normas referidas a la reincidencia, o sea, desligada de la regulación de los artículos 52 y 53 del Código Penal, resulta arbitraria por desconocer el contenido de una reforma legal después de más de un cuarto de siglo de vigencia y, en consecuencia, esta Corte habría declarado la inconstitucionalidad de una norma más benigna que la impugnada de inconstitucionalidad en la presente causa.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Hágase saber y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto en el presente.



E. RAUL ZAFFARONI



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Recurso de hecho interpuesto por **Rafael Luis Álvarez Ordóñez**, asistido por la **Dra. Mercedes García Fages**.

Tribunal de origen: **Sala III, Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1**.