

CP.....EXPTE. N° 10.561/12.-
.....ABUSO SEXUAL SIMPLE. VIOLA-
.....CION DE DOMICILIO (dos he-
.....chos), AMENAZAS AGRAVADAS -
.....(dos hechos). AGRESION. DA-
.....ÑO. OCASIONADAS.
.....JUZGADO CORRECCIONAL N° 1.
.....OLAVARRIA. DEPARTAMENTO JU
.....DICIAL AZUL.

N° de orden:

Libro: 28

En la ciudad de Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires, a los
.....días del mes de mayo de 2.013, reunidos en acuerdo
los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo
Penal, del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, Adriana Lucía
Nanni, J. Juan Manuel Gini y Guillermo Francisco Glizt, para
pronunciar sentencia en los autos caratulados: "FIGUEROA, JORGE
ANTONIO s/ ABUSO SEXUAL SIMPLE, VIOLACION DE DOMICILIO, AMENAZAS
AGRAVADAS, AGRESION Y DAÑO" (Expte. N° 10.561/12), se practicó el
sorteo dispuesto por la ley del que resultó que debía observarse
el siguiente orden de votación: Adriana Lucía Nanni, Guillermo
Francisco Glizt y J. Juan Manuel Gini, resolviendo el Tribunal
plantear las siguientes cuestiones:- - - - -

PRIMERA CUESTION: ¿Resulta constitucional la declaración de
reincidencia que surge de la sentencia condenatoria pronunciada a
fs. 442 con fundamento en los arts. 14 y 50 del Cód. Penal?. - - - -

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?. - - - -

A LA PRIMERA CUESTION, LA SEÑORA JUEZA ADRIANA LUCIA NANNI, DIJO:- -

- - - - I.- El veredicto condenatorio pronunciado, en cuanto
condenó a Jorge Antonio Figueroa a la pena de un año y cuatro meses
de prisión de cumplimiento efectivo, declarándolo reincidente, por
considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de Abuso
Sexual Simple, Violación de Domicilio Reiterado, Daño y Agresión con
Arma en Concurso Real de Acciones, fue objeto de embate recursivo por
parte del Sr. Defensor Oficial, titular de la Unidad de Defensa n° 2
de Olavarría, Dr. Samuel Alberto Bendersky (fs. 450/456 vta.).
Denuncia que la decisión que cuestiona -fruto de acuerdo de juicio
abreviado formalizado a fs. 433/435-, declaró reincidente al
justiciable (art. 50 del C.P.), resultando arbitraria, impetrando se
declare la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P., con
sustento en el perjuicio que padece Figueroa, imposibilitado de
solicitar, entre otros beneficios, su libertad condicional. Expone,
que tales artículos colisionan con el principio de culpabilidad
implícitamente contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional,
sumado a la prohibición de persecución múltiple dispuesto por el art.
8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.7
del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sustenta su

petición con cita de Eugenio Zaffaroni ("Derecho Penal. Parte General", ed. Ediar, págs. 1.008/1.011), a lo que aduna, lo expresado por Luigi Ferrajoli ("Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Madrid, Trotta, pág. 500), Claus Roxin ("Derecho Penal. Parte General", T. 1 Civitas, 1.997, pág. 186), fallo emanado de nuestra S.C.J.N. ("Gramajo"), y lo consignado por Paola Bigliani y Alberto Bovino ("Encarcelamiento Preventivo y estándares del sistema interamericano", Editores del Puerto, 2.008, pág. 44). - - - -

- - - - Aclara, que la declaración que pretende ha sido consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, transcribiendo pronunciamiento en orden al sentido de "peligrosidad", abordado en "Fermín Ramírez vs. Guatemala" (20-06-2.005), concluyendo que el sentenciante efectuó una errónea aplicación de los principios constitucionales de derecho penal de acto y prohibición de múltiple persecución, al violentar el instituto de la reincidencia tales principios, tratándose también de saber si es posible que la recaída en el delito genere incidencia. Impetra, en definitiva, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P., formulando reserva, en caso de no accederse a lo peticionado, de la interposición de recurso federal. - - - -

- - - - En orden a la admisibilidad se verifica que ha sido deducido temporalmente (fs. 436/442 vta. y fs. 450/456 vta.) contra sentencia definitiva, que, si bien fue fruto de acuerdo de Juicio Abreviado, su desarrollo y fundamentación satisfacen los recaudos establecidos en los artículos que regulan la materia, correspondiendo analizar su procedencia. - - - -

- - - -II.- Por razones metodológicas efectuaré una breve reseña de lo acontecido. A fs. 417/418, la Sra. Agente Fiscal y el Sr. Defensor Oficial, juntamente con el imputado de autos, impetraron en causa N°: 1.088 (1.087/11) caratulada "FIGUEROA TORRES, JORGE ANTONIO S/ VIOLACION DE DOMICILIO, AMENAZAS AGRAVADAS, ABUSO DE ARMAS Y DAÑO), se imprima el trámite previsto por el art. 396 del rito, acordando la imposición de una pena de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO CON DECLARACION DE REINCIDENCIA, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de "ABUSO SEXUAL SIMPLE, VIOLACION DE DOMICILIO, AMENAZAS CALIFICADAS, ABUSO DE ARMAS Y DAÑO", previstos y sancionados en los arts. 56; 119; 1er. párrafo; 150; 183; 149 bis, 1er. párrafo, 2do. supuesto, 104 todos del C.P. Tal petición fue desestimada por resolutorio glosado a fs. 419/420 vta., correspondiente a la Dra. Cecilia Laura Desiata, quien remitió los obrados a fin de que se desinsacule un magistrado conforme disposición del art. 398 del ceremonial, renovando la petición a fs. 433/435, tratándose de las mismas partes intervinientes (Susana Ester Alonso, Agente Fiscal; Samuel Alberto Bendersky, Defensor, con la anuencia del justiciable Jorge Antonio Figueroa Torres), ocasión en que renovaron su primigenio petitorio, -trámite de juicio abreviado- con la aplicación de una pena de un año y cuatro meses de prisión de cumplimiento efectivo, con declaración de reincidencia, considerando al incuso autor penalmente responsable de

los delitos de "Abuso Sexual Simple"; "Violación de Domicilio" (dos hechos); "Amenazas Agravadas" (dos hechos); y "Agresión y Daño" (arts. 56, 119 primer párrafo, 150, 183, 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto y 104 del C.P.). - -

- - - - A fs. 436/442 vta., el titular del Juzgado en lo Correccional n° 1 de Azul -Dr. Aníbal Norberto Alvarez-, tras admitir el trámite peticionado, culminó condenando al justiciable por los delitos de "Abuso Sexual Simple, Violación de Domicilio Reiterada, Daño y Agresión con Armas en Concurso Real de Acciones, imponiendo la pena de Un año y Cuatro meses de Prisión de cumplimiento efectivo con declaración de Reincidencia, absolviéndolo en orden a los delitos de Amenazas Agravadas por el Uso de Armas reiteradas en concurso real.- - - - -

- - - - Previo a todo, advierto que el Sr. Defensor jamás debió consentir -en dos oportunidades- una declaración de reincidencia que ahora impugna.- - - - -

- - - - En similares situaciones a la que ahora convoca, este Cuerpo resolvió concluyendo que, la aceptación del imputado y su defensa de la pena propuesta por el fiscal dentro de un procedimiento de juicio abreviado, resulta incompatible con la existencia del interés directo requerido en el último párrafo del art. 421 del C.P.P., mientras el juzgador no se haya apartado de lo convenido entre las partes, regla que, sin dudas, debe ceder ante determinados y particulares supuestos, donde el incumplimiento por el fallo recurrido de las formas o exigencias básicas correspondientes a aquellos actos que poseen dicha naturaleza no son respetados, presentándose un caso de gravedad institucional que justifica la intervención excepcional de instancias ulteriores, a pesar de la aparente falta de interés recursivo concreto desde que, el carácter estrictamente taxativo con que deben interpretarse todas aquellas vías a través de las cuales se habilita la instancia de revisión, debe ceder ante determinados supuestos que, por su carácter excepcional, son calificados como de "gravedad institucional", y que, por esas especiales circunstancias, exigen y justifican la intervención de un Tribunal que, en su calidad de órgano jurisdiccional revisor de la legalidad de los actos judiciales, se aboque al escrutinio de la verificación de los mismos, si alteran la preeminencia de las normas de jerarquía constitucional afectándose de ese modo los derechos, deberes, garantías y la función de las instituciones que de tales normas se derivan. - - - - -

- - - - En tal sentido es doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia (S.C.B.A., P. 87.176, 6-9-2006; P. 90327, 1-3-2006; P 90327, 1-3-2006; P 91712, 18-6-2008; 87176, 6-9-2006; P 90327, 1-3-2006; P 83339, 25-4-2007; P 91823, 18-2-2009) que: "...el cariz que el derecho a la revisión judicial de la sentencia de condena y de la pena emanado del bloque de constitucionalidad ha ido adquiriendo a través de la doctrina emergente de los organismos internacionales, particularmente de los diversos dictámenes de la Comisión o los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo a partir de la sentencia recaída "in re", "Herrera Ulloa v.

Costa Rica", el 2 de julio de 2004, receptada recientemente por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "C. , M. E. y otro", sent. del 20-IX-2005, inhibe cualquier posibilidad de limitar "ab initio" el control de la sentencia dictada a través del procedimiento abreviado establecido en el art. 395 y ss. de la ley ritual. Del conjunto normativo que regula dicho instituto se desprende que lo acordado entre el Fiscal, el imputado y su Defensor es el trámite abreviado (art. 396 del C.P.P.), por el cual las partes prescinden del juicio oral y público y aceptan que la sentencia se pronuncie con fundamento "en las evidencias recibidas antes de presentado el acuerdo" (art. 399 del C.P.P.). La conformidad extendida por estos últimos en esos términos a la pena pedida por el Fiscal y al encuadramiento legal (art. 396 cit.), entraña en dicho régimen un límite más acentuado al poder jurisdiccional, ya que el sentenciante no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Fiscal, ni modificar en perjuicio del imputado el modo de ejecución de la pena acordado por las partes, ni incluir otras reglas de conducta o consecuencias penales no convenidas (art. 399 cit.).- - - -

- - - - El principio que informa el art. 1º de la Constitución Nacional impone la razonabilidad de los actos de gobierno y los del Poder Judicial lo son, pues no se hace distinción alguna. Dicha razonabilidad se orienta a lograr el examen republicano de las tareas efectuadas por el servicio de justicia, entendido aquél a modo de control. En este orden de ideas, puede señalarse que la propia Ley Fundamental (art. 1º) es la que demanda la fundamentación de las decisiones judiciales, y que lo hagan también los digestos locales, y asegura vía recursiva la consecución de un resultado justo. A partir de la reforma constitucional de la Carta Magna llevada a cabo en el año 1994, es claro que la doble instancia es un requisito nacido de los tratados internacionales suscriptos por nuestra patria, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inc. 2, ap. "h" y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 inc. 5. De lo hasta aquí dicho puede advertirse que en el marco de un juicio abreviado, el imputado al igual que su asistencia letrada pueden recurrir la sentencia condenatoria que allí recaiga. También, es dable observar que el Código de forma no fija ninguna restricción, excepto, las expresamente previstas al derecho de acceso por la vía impugnativa a un tribunal superior. Comparto con Sagués que el derecho procesal siempre recorta, entendido esto desde un mirador que impone la necesidad de establecer pautas que respondan a las particularidades propias de cada impugnación, mas ello no puede ser al punto de omitir una interpretación armónica con las mandas constitucionales. Lo contrario nos lleva a que se frustre la plena vigencia de la garantía de la defensa en juicio por falta de acceso a una revisión judicial suficiente y adecuada ("Fallos", 205:549; 243:448; 256:485; 292:202; 295:42; 303:2049) -del voto de la Dra. Kogan-. - -

- - - - - III.- La defensa se agravió de la declaración de reincidencia formulada por el sentenciante. La impugnación de tal tenor debe ser considerada con

fuertes dosis de interés institucional del caso, en la medida que se ha puesto en tela de juicio la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación (art. 31 cit.), lo que, sumado a la circunstancias que serán desarrolladas en el apartado siguiente de este resolutorio (de orden público en tanto tienen atingencia directa y específica con la validez y vigencia de las normas que regulan las cuestiones involucradas) y considerando que, es deber de todo tribunal superior, según invariable jurisprudencia de la C.S.J.N., entrar a conocer el agravio no obstante cualquier barrera de orden procesal que tenga su origen en leyes locales y en la inteligencia de que la violación de normas de orden constitucional (como las alegadas) ameritan abrir la instancia recursiva de la parte (arts. 450, 451, 452 inc. 3°, 456, 464 inc. 1° y 465 inc. 2° del C.P.P.). - - - - -

- - - - Tal adelantara, en el acuerdo celebrado, se desentendió el letrado de no aceptar la declaración de reincidencia, no atacando tampoco en esta instancia, la dosimetría aplicada, no obstante las absoluciones recaídas. Salvado lo anterior, e introduciéndome en la cuestión traída, debo reconocer que, en virtud de la profundidad, aspectos que toca e implicancias, aunado a la circunstancia de que se trata de un tema discutido de antigua data, conllevando posturas doctrinarias y jurisprudenciales encontradas. Mas hoy -sin perjuicio de los antecedentes que más adelante ponderaré- el único Juez de la S.C.J.N., al emitir su voto en "Recurso de Hecho Alvarez Ordoñez, Rafael Luis", Causa N°: 10.154, (05-02-13), me obliga a repensar las consecuencias negativas de la reincidencia, lo que en modo alguno puede ser desconocido o ignorado, más aún, cuando los restantes integrantes del alto tribunal no se ocuparon de rebatir lo postulado. Decir que no es cuestión sencilla, resulta una obviedad, mas, no huelga recordarlo que, en virtud de los aspectos que toca y sus implicancias, y, en menor medida, tratándose de un tema de antiquísima data, cuya discusión condujo a posturas jurisprudenciales y doctrinarias absolutamente opuestas, fundadas, me obligan a abordar el tema y sentar mi postura al respecto. - - - -

- - - - Expresó el Dr. Zaffaroni, tras efectuar fructífero raconto de lo sostenido por la doctrina jurídico penal y la persistencia de muchos en legitimarla apelando a argumentos incompatibles "a veces con las bases mismas del sistema republicano", observando tras tan exhaustiva reseña, que la reincidencia se explica en los planteos jurídico-penales en la medida 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 las consideraciones que efectúa, concluye que es imposible sostener el argumento del precedente de Fallo: 311:1451, por importar 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, agregando que tampoco puede sostenerse el argumento basado en cuestiones de prevención general negativa, como se consigna en Fallos: 308:1938).

"...Al abordar el principal efecto que acarrea la declaración de reincidencia -prohibición de acceso a la libertad condicional del art. 14 del C.P.-, siendo a su entender "insostenible la tesis que la mentada disposición no implique una penalidad más grave porque solo se refiere a una forma de ejecución, argumento que entiende artificioso y, en buena medida ficcional, tanto como distorcionante de toda referencia a la realidad de los hechos y a la naturaleza misma de las cosas" (ap. 19, 20, 21). Al introducirse en el apartado 22, señala, con remisión al punto 7º, que, "al margen de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante, el art. 14 del C.P., es también objetable constitucionalmente por razones independientes, ...haciéndose insostenible en función de otros argumentos, que son válidos con independencia de esa inconstitucionalidad". Acude a lo edictado en los arts. 5, 6 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional en función del inc. 22 del art. 75, en cuanto disponen que la pena privativa de libertad, debe tener por objeto la reincorporación social del condenado, razón por la cual, una pena de prisión que irremisiblemente solo se agote con la muerte del condenado, no cumple ni puede cumplir con ese objetivo, pues la naturaleza de las cosas impide sostener que la muerte importe una reincorporación a la sociedad...". De allí que, una pena de tal naturaleza, no 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 desprestigio que una condena ante esos tribunales acarrea para todos sus habitantes...". Agrega (ap. 25), tras recordar que la Corte siempre consideró que debe acatarse la ley y jurisprudencia internacionales..." que los jueces argentinos no pueden dictar sentencias en contra de expresas disposiciones de derecho constitucional e internacional vigente...", "no obstante lo cual, ya ni se plantea la situación de respetar el derecho internacional o el interno pues, desde la sanción del inc. 22 del art. 75 de la C.N., los referidos dispositivos adquirieron carácter constitucional formando parte expresa e ineludible de nuestro derecho interno con la máxima jerarquía normativa..." (ap. 26). En tal derrotero, señala que: el "art. 14 del C.P., es violatorio de la Constitución, en la medida que se lo interpreta como un texto que obliga al cumplimiento de penas que solo se agotan con la muerte" (ap. 27). Continúa su razonamiento, aclarando 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 mayor importancia cuando el derecho en juego es, nada menos, que la libertad de un ciudadano hasta su muerte" (ap. 29). En síntesis, aduna, "el art. 14 del C.P. también es inconstitucional, a) porque presume 'juris et de jure' que se hallan presentes en el caso todas las condiciones con 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", habiéndose pronunciado el alto tribunal sobre la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado por multireincidencia del art. 52 del C.P., acerca de la peligrosidad como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito" (ap. 37), concluyendo que, "la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta e 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". Tras abordar el camino de la peligrosidad como juicio subjetivo, y transitar por la peligrosidad presunta (ap. 38), continúa argumentando "...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" (C.I.D.H., Serie C., n° 126, caso "Fermín Ramírez contra Guatemala", sent. del 20-06-05) (ap. 39). Con tales consideraciones, remitiéndome obviamente al íntegro contenido de su voto que, por extenso no reproduzco, concluye que, cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del C.P., como así también, la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14, deben ser consideradas inconstitucionales pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto de la pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, tomando en consideración características propias de la persona que exceden el hecho enmarcándose dentro del derecho penal de autor.- - - - -

- - - - A igual solución arribó la Excma. Suprema Corte de Justicia de Tucumán (Sala en lo Civil y Penal) en Causa "A., E.O y V., S.H. s/ Robo Agravado" (Expte. N°: 24.846/2007), al resolver en fecha 20-11-12, ocasión en que, tras efectuar fecundo raconto sobre los antecedentes del instituto en trato (discusión que se remonta - cuanto menos- al siglo XIX-, expresaron que "el 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 a cada uno debe otorgarse".- - - - -

- - - - En tal derrotero recurrieron 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, disyuntiva tal vez grosera pero necesaria, expresando que: "más allá de los distintos enfoques que se le de 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". En otras palabras, se agrava el tiempo del 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 toma dicha circunstancia 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 comisión de nuevos delitos, es decir, un claro derecho penal de autor por peligrosidad, observándose que los parámetros de fundamentación de la reincidencia se asemejan con los de la peligrosidad. Agregan que, en tal dirección, 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, siendo en el contexto de los textos doctrinarios citados, 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 -directores-, "Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, tomo 2º, págs. 222/223). En efecto, ilustran, cuando ese análisis del autor del hecho -y no del hecho mismo- está orientado a la 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 el Dr. Zaffaroni en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, "in re", "Guzmán, Miguel F."; del 08-08-1.989; La Ley, 1.989-E-165. Se sostiene también 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 N°: 23.057 de reforma al Código Penal"; Bs. As., 1.984, págs. 72/73). Tras abordar conceptos de Claudio José Tissot, -en el siglo XIX, y Gustavo Vitale, al referirse a normas que consagran la reincidencia, recurriendo también a Magariños y Adrián Martín en su trabajo "Un importante paso sobre el cual seguir construyendo un Código Penal menos irracional"; (D.J., 25-10-2006, 543), aluden, en igual sentido, si bien refiriéndose a la reacción estatal en clave punitiva prevista para la multireincidencia del art. 52 del C.P. al fallo de la C.S.J.N. en la causa "Gramajo, Marcelo E.", (del 5-9-2006, publicado en La Ley 2006-E-65; Fallos 329:3680), ocasión en que el Superior Tribunal señaló, en línea con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la materia, que: "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reciente fallo, 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 de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado, sancionándose al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es, implicancias inaceptables desde la perspectiva de los derechos humanos..." (ver Fermín Ramírez contra Guatemala; 20-6-05). El mismo Tribunal, siguiendo similar línea argumental, consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre las características personales del agente y no del hecho cometido, sustituyendo al Derecho Penal de acto o de hecho, propio de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre las puertas del autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía...". En consecuencia, culminan, la introducción en el texto legal del concepto 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" (C.I.D.H.; Serie C. N°: 126; caso "Fermín Ramírez contra Guatemala", sent. del 20 de junio de 2.005; C.S.J.N., in re, "Gramajo; Marcelo E." 5-9-06, La Ley 2006, E., 65, fallos 329:3680). - - - -

- - - - En tal línea, finaliza el Superior Tribunal Tucumano, que, con lo reseñado "los parámetros de fundamentación de la reincidencia coinciden con los de la peligrosidad, funcionando 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 cita de Ferrajoli ("Derecho y Razón", 2001, pág. 506), culminan expresando que: "...la valoración de los antecedentes penales del imputado, a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir, resultan 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. De allí que, 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 en el caso, corresponde enfatizar en que "la pena adicional" impuesta como consecuencia de su "reincidencia", vulnera, esencialmente, principios cardinales del derecho penal, principalmente el "ne bis in idem", en cuanto nadie puede desconocer que, al fijar una 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 con posterioridad se juzga. Adunan que la valoración del delito anterior en la dosificación punitiva (art. 41 C.P.), se crea un delito autónomo (ser reincidente) accesorio al tipo penal infringido que violenta al principio de culpabilidad al superar la

pena que habría correspondido por el hecho típico, incorporándole cuestiones que le son ajenas. De allí que, la transgresión al 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 pena a sufrir, situación extraña al tipo legal infligido -principio de legalidad y tipicidad- receptando en este tramo lo resuelto por el Tribunal Criminal N°: 1 de Necochea, in re, "Ucio, Alejandro Omar, del 22-9-2008 (L.L.B.A., 2008-diciembre- 1263 y Tribunal en lo Criminal N°: 1 de Capital Federal, in re "Gonzalez, Alejandro Ramón; Cnochaert, Ricardo Luis y Avila, Gustavo Ariel s/ Robo Agravado", del 5-9-11, Causa n° 3887). Agregan los votantes que, "ninguna de las propuestas que pretenden legitimar el instituto de la reincidencia es constitucionalmente viable, pues conducen al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico, tal como votara el Dr. Zaffaroni en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en pleno, in re, "Guzmán, Miguel F." del 8-8-89, La Ley 1989-E-165. - - - -

- - - - En el pormenorizado análisis, recogen idéntica interpretación en pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, al señalar que: "...en orden al agravio relativo al rechazo de la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal, en mérito a lo resuelto en la Causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ Rec de Casación (reg. n° 19569, rta., 21-12-11 y sus precedentes) -a cuyas consideraciones remiten- cualquier agravación de la pena o sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del C.P., como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (art. 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (arts. 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ver Cám. Fed. de Cas. Penal, Sala II, in re, "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ Rec. de Casación", 8-5-12, publicado en Sup. Penal 2012 -Julio-, 59; en igual sentido, Trib. en lo Crim. N°: 1 Necochea, in re, "Ucio, Alejandro Omar", 22-9-08, L.L.B.A. 2008 -diciembre-, 1263 y Tribunal en lo Criminal N°: 1 Capital Federal, in re, "González, Alejandro Ramón; Cnochaert, Ricardo Luis y Avila, Gustavo Ariel s/ Robo Agravado"; 5-9-2011, Causa n° 3887).- - - - -

- - - - De este modo, concluyen los magistrados que, como se visualiza a partir de los precedentes mencionados y, especialmente, a partir del momento en que la C.S.J.N. declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del C.P. (multireincidencia), la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. (reincidencia), no resulta más que el inmediato y natural devenir de un proceso de adecuación constitucional, medido y analizado en el tiempo histórico. En definitiva, declaran la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P.. - - - - -

- - - - A los precedentes citados agrego el emanado de la Cámara Nacional de Casación Penal -sala II-, ("Argañaraz, Pablo Ezequiel s/

Rec. de Casación", 8-5-2012), ocasión en que se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P., rescatando lo consignado por el Dr. Alejandro Slokar a cuyo voto adhiriera la Dra. Angela Ledesma. En igual sentido se pronunció el Juzgado de Ejecución Penal de San Isidro (febrero de 2013, "Giménez Céspedes, Miguel Angel s/ Inc. de Ejecución de Pena de Efectivo Cumplimiento"), en punto a la inconstitucionalidad del art. 14, ocasión en que, en extenso y fundado decisorio se declaró la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P., consignando en relación a la declaración de reincidencia, lo expresado por el Dr. Benjamín Sal Llargués (ver "Acerca de la Reincidencia"; en www.defensa pública.org.ar/www.pensamientopenal.org.ar; Magariños, Mario "Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto", Ed. Ulpiano, 2008, pág. 130/131; Maier, Julio "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple"), citándose numerosos antecedentes jurisprudenciales que han reconocido la colisión existente entre la declaración de reincidencia y la Constitución Nacional, entre ellos, el emanado de la Suprema Corte de Justicia de Tucumán 'ut supra' reseñado (20-11-12); Causas nros. 16.270 y 13.401 de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, del 23-11-12 y 8-5-12 respectivamente; Causas N°: 104/10 y 131/10 del Tribunal Oral Federal N°: 1 de la Provincia de Córdoba, resueltas el 03-09-10; Causas "Giménez, Miguel Angel" (Expte. 165-989 y 284-1432) y "Navarro, Zacarías Andrés" (Expte. 3603-0296) del Tribunal en lo Criminal N°: 1 de Necochea, resueltas con fechas 04-06-02 y 04-08-04 respectivamente; Causa "Falcioni; Carlos Roberto s/ Legajo de Ejecución de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos", del 24-11-11; Causa "Castelao, Claudia Susana"; del Juzgado de Ejecución Penal de Paraná, Entre Ríos, del 22-11-12 -entre otros).- - - - -

- - - - - Similares argumentos a los esgrimidos en los precedentes citados, han conducido a resolver de igual forma a distintos órganos jurisdiccionales del país, rescatando en el análisis, además de los citados en el resolutorio "ut supra" reseñado, la "Instrucción General del Procurador General de Entre Ríos -Jorge Amílcar Luciano García- a los fiscales para que no se opongan a la libertad condicional de los declarados reincidentes" (Paraná, 29-11-11); Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, (27-10-06), "Fernández, Carlos s/ Ejecución Penal" (Causa N°: 2088, Varios N°: 776); Cámara Primera en lo Criminal de Trelew, Prov. de Chubut; (27-09-06), "Carreras, Claudio y Echaury, Carlos s/ Robo Calificado; (Expte. 56/06); Tribunal Oral en lo Criminal N°: 15, Capital Federal, Causa N°: 3542/3576, "Serrano, Miguel Angel s/ Robo Agravado por su comisión con arma de utilería", del voto en disidencia del Dr. Adrián Martín, (17-10-2011); TOC N°: 1, Capital Federal, "González, Alejandro, Avila Gustavo, y Cnochaert, Ricardo s/ Robo Agravado" en Diario Judicial.com del 18-3-2013; Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa, Causa N°: 3239, "Moreira, Alberto; Prieto, Ricardo s/ Infracción Ley N°: 23.732", ver voto Sr. Juez Quiñones; Cámara Penal de Córdoba; 03-09-10; Protocolo N°: 131/10, "Maldonado, Carlos Alberto s/Legajo de Ejecución", Expte. N°: 35/08, Juez José Vicente

Muscara; "Provincia de Chubut c/ SOA, carpeta de la Oficina Judicial de Esquel, Nic N°: 1347; legajo de Investigación Fiscal N°: 12.615"; Cámara en lo Penal de Esquel, 29-12-10, inconstitucionalidad art. 50 del C.P.; Juezas Sras. García y Jones; "Juzgado de Ejecución Penal de General Roca" (Río Negro), 17-5-11, Expte. N°: 148-JE10-10, "Defensa Oficial s/ Planteo Inconstitucionalidad a favor de Aldo Daniel Paron"; Juez Juan Pablo Chirinos; publicado en Pensamiento Penal, Edición 125; 1-6-11"; Mar del Plata, 29-11-10 "Bazán, Diego Guillermo s/ Encubrimiento", Causa N°: 7677; Juz. Correccional N°: 1; Superior Tribunal de Justicia, Entre Ríos, "Falcioni, Carlos Roberto. Legajo de Ejecución de Pena s/ Apelación", Causa N°: 19.909, proveniente del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Gualaguaychú"; Tribunal Oral Federal Córdoba; 27-7-10, "Gamez, Roque s/ Legajo de Ejecución", Expte. n° 06/08, Juez Jaime Díaz Gavier, en Revista Pensamiento Penal, Ed. 108; 1-8-10; Tribunal Oral Criminal n° 1, Mar del Plata, 20-4-10; Causa n° 3568; "Ríos Velazquez, Antonio Argentino s/ Robo Agravado por el Uso de Arma de Fuego y Portación Ilegal de Arma de Uso Civil", Jueces Galarreta - Camadro - Fissore"; C.A.B.A, Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas; Sala III; Causa n° 24.697/06, "Zubini, Roberto s/ Infracción art. 116; 18-12-07;). - - - - -

- - - - Recientemente, durante el tiempo en que los integrantes de este cuerpo emitían sus sufragios disidentes, la Sala I del Tribunal de Casación Bonaerense, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, pronunciamiento que, por su importancia, y haber sido emitido precisamente por quien debe unificar la jurisprudencia provincial, no puedo soslayar en el análisis. (Causa N°: 56.249, "Miranda Medel, Jorge Alejandro s/ Recurso de Casación", 08-05-2.013). En el resolutorio, expresa en primer término el Dr. Carral, que "lo normado en el art. 14 del Código Penal resulta contrario a los postulados que demarcan nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que comparten su rango supralegal. Ello con sustento en lo estatuido en los arts. 1, 14, 16, 18, 19, 22, 28, 31, 33, 43, 75 y 121 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 10, 11, 15, 20, 25, 26, 30, 45, 56, 57 i 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 5.6, 8, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 2 de la Ley n° 24.660; y 1, 4 y 5 de la Ley n° 12.256. - - - - -

- - - - Tras efectuar breve repaso de las circunstancias del caso, acudiendo a los principios constitucionales que legitiman la operatividad y existencia de nuestro ordenamiento penal y procesal penal, pilares sobre los que se construye el debido proceso y la legitimación de la actividad punitiva estatal, derivándose como consecuencia inevitable la idea de proporcionalidad que debe caracterizar la imposición de una sanción privativa de la libertad, en impecable y clarísimo desarrollo al que en honor a la brevedad remito, propone declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del

Código Penal, en cuanto dispone que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes. - -

- - - - A su turno, el Dr. Sal LLargués, tras efectuar consideraciones que desde tiempo atrás pregona, adhirió al voto de su colega, concluyendo con la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal. - - - -

- - - - En suma, con el convencimiento que el instituto en trato resulta reñido con el ordenamiento constitucional, al consagrarse un derecho penal de autor, que castiga al sujeto por lo que es y no por lo que hizo, conculca los principios de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, reserva, derecho penal de acto y prohibición de persecución penal múltiple, que aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas, y, siendo deber de los jueces evaluar si las normas que debe aplicar resultan compatibles con el texto constitucional, como adelantara, acompañó al Sr. Defensor en su planteo, y, con fundamento en lo edictado en los arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 11 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; II, XVII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 5 inc. 6, 7, 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3, 9 y 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos; voto por la inconstitucionalidad de la reincidencia aplicada al causante Figueroa (arts. 14 y 50 del C.P.) y, en consecuencia, propongo se modifique la sentencia apelada en este acápite, manteniendo la calificación atribuída y pena impuesta que no han sido motivo de queja. Tal mi voto. - -

A ESTA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ GUILLERMO FRANCISCO GLIZT, DIJO: - - - - -

- - - - Luego de analizar el sufragio de la señora magistrada pre-opinante habré de significar que no seguiré el criterio invalidante que propicia. Antes de ello y aunque mi observación no sea en el caso significativa, diré que tengo sobradas dudas en punto a que la cuestión que de manera sobre-veniente instala el señor Defensor Oficial (ver fs. 435), sea de aquellas que el Máximo tribunal de la provincia ha estimado como materia susceptible de ser revisada por vía de apelación en el marco de un juicio abreviado, cuando sobre el punto ha mediado concreta aquiescencia por inter-convenio entre los intervinientes legitimados para hacerlo (en el caso la mera constatación documental de que la condición de re-incidente del justiciable Figueroa). Con todo y no obstante, la garantía supra-legal del derecho al recurso (categoría procesal de cuño supra-legal necesitada al presente de mayor precisión dogmática), me persuaden de que se revela como más apropiado abocarse al exclusivo planteo recursivo de la Defensa Oficial. Dicho ello soy de opinión que lo que decide la cuestión en este tópico es lo que considero en la constante jurisprudencia del Superior Tribunal del Estado, sentada en los obrados P. 60.751 y P. 61.738 (el primero siguiendo las aguas de P. 57.137 y P. 38.950), bajo cuyo espectro y como doctrina legal vinculante para esta sede ha sido expresamente consignado que la plasmación normativa del instituto

receptado en el art. 50 del Código Penal, no violenta la prohibición del "ne bis in idem", como lo consigna en contrario el señor recurrente técnico a fs. 456. Los pronunciamientos en cita se vinculan derechamente con la circunstancia de valorar de manera simultánea a la re-incidencia como factor agravante de la pena, a más de erigirse como una circunstancia obstativa a la posibilidad de obtención de la libertad condicional (situación que es la de autos), postulando su lisa y llana adscripción al modelo de la Carta Puebla en ambas cuestiones a más de precisarse qué inteligencia debe atribuirse a la locución "reincidencias" mentada en el art. 41 numeral "II" del Digesto punitivo, lo que a mi ver y sin margen de duda sella la cuestión en sentido adverso al pregonado por el señor Defensor Oficial como la adhesión de la señora juez pre-opinante. De allí su estricta atingencia al caso sometido a estudio de esta sede. En tal sentido es dable destacar que ante la existencia de tales cimeros precedentes y partiendo de la ausencia de pronunciamientos en sentido contrario al expuesto por parte del Máximo Tribunal de la República, corresponde por razones de estricta inordinación adherir al criterio del Superior jurisdiccional del Estado. Ha sostenido la Excm. Suprema Corte de Justicia en dicha específica cuestión postulando la primacía de la jurisprudencia de la Corte Federal (y -por ende- ante su ausencia, de la propia del Tribunal Provincial) con estricta atingencia al caso del "sub examine": "...la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra carta fundamental; en el segundo, se impone su seguimiento moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal..." (Voto del Dr. Hitters en causa 88.158, de fecha 27 de diciembre de 2.008, al que adhirieron los restantes magistrados del Excelentísimo Tribunal). - - - - -

- - - - Resalto sobre el punto que desde mi óptica en el orden nacional las muy complejas cuestiones que ha suscitado el instituto de la reincidencia de cara al texto supremo no han sido zanjadas por el Alto Tribunal en favor de la invalidez constitucional del instituto, como bien surge de los precedentes "Gómez Dávalos, Sinforiano" (de fecha 16/X/1.986) y "L Eveque" de fecha 6/VIII/1.988, no enervados por los precedentes Mannini" y "Gago". - - - - -

- - - - Por lo expuesto y en su mérito, a esta primera cuestión planteada, por ser esta mi sincera y razonada convicción, habré de sufragar por la afirmativa, al considerar justo el decisorio el objeto de tacha en el tramo que concitara el recurso del señor Defensor Oficial. Tal es mi voto.- - - - -

A ESTA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ J. JUAN MANUEL GINI, DIJO:- - - - -

- - - - Impuesto de las consideraciones formuladas por los colegas que me preceden en la emisión de opinión en relación al tópic que nos convoca (la compatibilidad del instituto de la reincidencia de nuestro digesto penal de fondo -y sus derivaciones a otros como por

ejemplo la libertad condicional- con el texto de la Constitución Nacional), adelanto que he de sufragar en el mismo sentido que el Dr. Glizt, en orden a concluir que el instituto puesto en crisis no colisiona con los principios que el recurrente dice lesionados y transgredidos (principio de culpabilidad como presupuesto de reproche y la de prohibición de persecución múltiple por un mismo acontecimiento). - - - -

- - - - Liminarmente he de reiterar lo dicho en anteriores pronunciamientos de este órgano ("SANTILLAN, HUGO ORLANDO S/ RECURSO DE CASACION (DEPTO. JUDICIAL SAN NICOLAS)", Expte. n° 36/08 y "CHAVEZ, ERCILIA HAYDEE S/ RECURSO DE CASACION (DEPTO. JUDICIAL SAN NICOLAS)", Expte. n° 89/08, que resulta -en mi opinión- poco sistemático al ordenamiento procesal que ante el dictado de un pronunciamiento del órgano jurisdiccional en el que se han receptado de modo adecuado los puntos abordados por las partes para arribar al mismo (y lo más incomprensible como en el caso, aún cuando fuera absuelto el justiciable de delitos por los cuales el mismo y su Defensor acordaron una pena), sean los propios intervinientes en dicho acuerdo, los que vengan a agraviarse de la decisión jurisdiccional en tal sentido. No obstante ello, y tal como ya fuera dicho en los antecedentes mencionados, siendo doctrina jurisprudencial de nuestro Superior (S.C.B.A.) en el sentido contrario, estimo debe abordarse la cuestión.- - - - -

- - - - En tal sentido no puedo dejar de señalar que en orden al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, y sólo declarar la inconstitucionalidad cuando la aversión de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (cfr. Fallos 226:688; 242:73; 263:309; 300:241 y 1087; 305:1304). Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625).- - - - -

- - - -
La Constitución Nacional, a través del artículo 75, inciso 12, otorga al Poder Legislativo la facultad de declarar la criminalidad de las acciones, desincriminar otras, imponer penas, aumentarlas o disminuirlas, y el único juicio que le corresponde hacer al poder judicial es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin examinar el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, pues no son puntos sobre los que al poder judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256). - - - - -

- - - - En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos

fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que sólo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte. El planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia interpuesto por el Sr. Defensor ante esta instancia, resulta similar al que ya ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Gómez, Dávalos" y "Gelabert, Rubén R." (Fallos 308:1938 y 311:1209), cuando señaló 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. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida. Criterio jurisprudencial que ha sido seguido por la Cámara Nacional de Casación Penal (cfr. Sala II, "Acosta, Marcelino s/ recurso de casación", causa n° 4047, reg. n° 385, rta. el 19/12/02 y "Soto, Norambuena, Evelin s/ recurso de casación", Causa n° 4619, reg. n° 6021, rta. el 6/10/03; Sala I, "Lerda, Ana María s/recurso de casación", causa n° 3789, reg. n° 4639, rta. el 4/10/01 y "Collia, Damián Joaquín y Krebs, Marcelo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa n° 4594, reg. n° 5680, rta. el 28/2/03; Sala IV, "Ortíz, Juan Carlos s/ recurso de inconstitucionalidad", causa n° 1837, reg. n° 3047.3, rta. el 11/12/00 y Sala III "Grimaldi, Oscar s/ recurso de inconstitucionalidad", causa n° 1066, reg. n° 262/97, rta. el 26/6/97, entre muchas otras).- - - - -

- - - - - Ahora bien, en relación a la denunciada transgresión al principio que veda el reproche "por la comisión de hechos anteriores ya sancionados", alegada por el recurrente, cabe señalar que esa garantía prohíbe que una misma persona pueda ser sometida nuevamente a proceso por el mismo hecho o que se le aplique nuevamente pena por el mismo delito, si esas señaladas identidades no están presentes no habrá violación al principio constitucional. No obstante ello, el legislador puede tomar en consideración la condena anterior, como un dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Ello es así, porque evidencia un mayor desprecio por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Resultando evidente que esa insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que han vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta (cfr. C.S.J.N., Fallos 308:1938; 311:1451 y C.N.C.P., Sala I, "Collia, Damián Joaquín; Krebs, Marcelo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", causa

n° 4594, reg. n° 5680, rta. el 28/2/03 y "Bonfanti, Oscar Roberto s/ recurso de casación", causa n° 6634, reg. n° 8635, rta. el 23/3/06).- - -

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

En ese sentido, para el Código Penal resulta irrelevante la historia criminal del individuo, incluso un delincuente ocasional puede llegar a caer bajo la calificación de reincidente, en la medida en que le sea reprochable su insensibilidad a la amenaza penal, no obstante que conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza acarrea (cfr. Fallos 308:1938).- - - - -

- - - - - Es el conocimiento de la criminalidad del acto, con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica, lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto.- - - - -

- - - - - Tal supuesta lesividad al principio de culpabilidad no se advierte a partir de que para ello, basta señalar que la pena tiene por límite y condición el reproche a esa culpabilidad, no pudiendo excederla y en tal sentido, la pena impuesta siempre debe responder al acto de la persona y no por lo que la persona es. Ahora bien, establecida la medida de la pena privativa de libertad, ésta tiene un determinado régimen que incluye las características de su tratamiento penitenciario. Quien accede a la libertad condicional, no ve modificada la pena, sino que se modifica la forma de su cumplimiento, a punto tal que puede darse su revocación y continuará el tratamiento penitenciario. El art. 14 en juego con el art. 50 del C.P. establece una forma para el tratamiento penitenciario, pero no modifica ni incrementa la pena que como reproche se ha impuesto al condenado (cfr. Argumentos voto Luis M. García in re "Actis, M.A.", Sala II, reg 17892, rta. El 9/2/11).- - - - -

- - - - -
Con relación a la supuesta afectación al principio de igualdad ante la ley, nuestro más Alto Tribunal tiene dicho que: "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas 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 por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y, si como se vio, existe un fundamento razonable para

hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro de un amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (cfr. Fallos 311:1452).- - - - -

Por último, cabe recordar que si bien la Corte sólo decide en los procesos concretos sometidos a su conocimiento y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, es cierto también que los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos en virtud de la autoridad institucional que los mismos revisten, y en consecuencia carecen de fundamento las sentencias de tribunales inferiores que se apartan de su doctrina sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar aquellos sentados por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia. En esta dirección, ha señalado nuestro más Alto Tribunal que el leal acatamiento de sus fallos resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos 212:160 y 251; 321:2114; 323:555 y 326:417). -

- - - - Se advierte una estrecha relación entre los artículos 50 y 14 del Código Penal y que, el análisis acerca de la validez constitucional del art. 14, no puede desligarse del instituto de la reincidencia (art. 50, del C.P.). Ello es así, toda vez que, la consecuencia más grave que trae aparejada la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional.

La cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su vinculación con lo dispuesto por el art. 14 del C.P., ya ha sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes en los que se ha descartado expresamente la vulneración de los principios mencionados por la defensa. Así, lleva dicho nuestro Máximo Tribunal que: "...el principio 'non bis in idem', en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" y que: "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito" (cfr. causa "L' Eveque, Ramón Rafael", Fallos: 311:1452, sentencia del 16-08-88). - -

- - - - Como ilustrativa y pedagógicamente señala el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ("Serravalle, Ricardo J.", C. J200966, del 30/05/2012) resulta interesante en el análisis de la cuestión, tener presente que en los últimos tiempos, el régimen jurídico de la

reincidencia ha atemperado sus efectos negativos sobre aquéllos sujetos que revestían dicha calidad. La jurisprudencia en general, ha ido acompañando esta etapa de flexibilización, que abarca tanto la existencia propia de dicho instituto cuanto los plazos de caducidad del mismo.- - - - -

- - - - Así es que tales consecuencias de la reincidencia no pasaron inadvertidas en el proceso de reformas legislativas iniciado al recuperar la democracia luego del proceso de facto concluido en 1983. En efecto, por un lado, se derogó la Ley n° 21338 que establecía marcos punitivos más gravosos para las reincidencias (Ley n° 23077, arts. 1 y 2). Además, la Ley n° 23057 modificó el sistema de la reincidencia adoptando el sistema de la reincidencia real en lugar de la reincidencia ficta hasta entonces vigente, estableció plazos de caducidad de las condenas anteriores para su valor como antecedentes para la reincidencia, estatuyó prohibiciones de informar a los entes oficiales de registros penales y determinó la caducidad del registro de las condenas una vez transcurridos los plazos legalmente fijados (arts. 50 y 51 del Cód. Penal).- - - - -

- - - - Asimismo, el llamado régimen penal de la minoridad (Ley n° 22278) reguló que en el caso de un menor entre los dieciocho y veintiún años que es juzgado y registra una condena por hechos cometidos después de los dieciocho años, la reincidencia no es obligatoria sino facultativa (art. 5, párr. 2). - - - - -

- - - - Numerosos Tribunales del país (entre los que se cuenta nuestra S.C.B.A. y el T.C.P.B.A. -mediante Plenario dictado al efecto-) siguiendo la jurisprudencia de la Corte Sup. en autos "Mannini, Andrés S. s/causa n° 12678", de fecha 17/10/2007, han afirmado que la privación de libertad a título de prisión preventiva no debe computarse como parte de la pena o como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia. Es decir que, a los fines del art. 50, Cód. Penal, el imputado debe haber estado privado de su libertad en calidad de penado y no de procesado. - -

- - - - Siguiendo esta línea, se han mitigado las consecuencias previstas para el instituto de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, pues se observan las consideraciones desarrolladas por la Corte Sup. en la causa G. 560, XL, "Gramajo, Marcelo E. s/robo en grado de tentativa - causa n° 1573", en donde se afirma que resulta inaplicable la pena accesoria prevista en el art. 52, C. Penal. - - -

- - - - Finalmente, en lo que atañe al régimen de ejecución penitenciaria, se observa que la Ley n° 24660 incluye a los reincidentes en el proceso de flexibilización del encierro. Al igual que los que carecen de dicha propiedad, éstos acceden a otras formas de libertad antes del agotamiento de la pena, como son las salidas transitorias (art. 15, inc. 2 y concs., Ley n° 24660), la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y concs.), la prisión discontinua (arts. 36 y concs.) y semidetención (arts. 38 y 39), la sustitución de éstas por trabajos para la comunidad (art. 50), o por la prisión diurna o nocturna (arts. 41 a 44). Además, cuentan con el beneficio de la libertad asistida (arts. 54 y concs.),

que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54).- - - - -

- - - - - Esta línea hermenéutica practicada sobre la reincidencia recorre todos los tramos del instituto que comentamos, desde su existencia como tal hasta los plazos de caducidad de sus registros. A partir de ella, es evidente que la dureza con que fue implementado el instituto, e incluso agravado en algunos períodos, ha ido cediendo con la posterior legislación, cuyo proceso, a su vez, fue acompañado jurisprudencialmente. - - - - -

- - - - - Se advierte que se redujo el número de normas penales que en razón de la calidad de reincidente agravan la situación del condenado o le restringen beneficios. En la actualidad, los efectos desfavorables de la reincidencia se ciñen a la posibilidad de su consideración como circunstancia agravante en la individualización judicial de la pena (arts. 40 y 41, C. Penal), a la exclusión de la libertad condicional que aquí se discute, y a la inviabilidad, en algunos supuestos, de obtener la condena de ejecución condicional (cfr. art. 26, C. Penal). - - - - -

- - - - - Dicho cuadro normativo es dirimente en el análisis de la constitucionalidad del art. 14, C. Penal. Es que el incremento de la pena en razón de dicha calidad no importa una vulneración al principio de culpabilidad pues se justifica, según la Corte Sup., en: "la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta". Al contrario, se sostuvo que " el hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad... pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito" (Fallos 311:1451) (T.S.J., sala Penal, "Cayo", S. 56, 22/6/2006).- - - - -

- - - - - Este mayor grado de culpabilidad no solo ha incidido en el legislador al incorporar a la reincidencia como un factor de medición de la sanción (art. 41, C. Penal), sino que ha vedado que el condenado a pena privativa de la libertad pudiera obtener el beneficio de la libertad condicional. Si, como el recurrente, se acepta la constitucionalidad de dicho instituto con respecto al art. 41 del C. Penal, no puede sin contradecirse hacer lo mismo respecto del art. 14 de dicho digesto.- - - - -

- - - - - Recordemos que aunque los propósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1, Ley n° 24660), en un modelo partidario de un derecho penal de hecho, de acto, la prevención especial no puede constituir el único fin de las penas. - - - - -

- - - - - Por ende, tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad

del autor. Una situación que importa dar cabida, tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal (Creus, Carlos, "Justificación, fines e individualización de la pena", en Cuadernos del Departamento de derecho penal y criminología - Nueva Serie n° 1, Homenaje a Ricardo C. Núñez, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1995, pág. 110). - - -

- - - - Tampoco la disposición comentada menoscaba el fin resocializador asignado a la pena. Como bien lo enuncia el recurrente, la normativa internacional con jerarquía constitucional establece que: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 5.6, C.A.D. H.); en igual sentido, se consignó que: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados" (art. 10.3, P.I.D.C.P.).- - - - -

- - - - Al respecto, comparto la jurisprudencia que estima que: "no se deriva de modo necesario de las disposiciones invocadas que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el art. 13 del Cód. Penal, ni que otras formas de ejecución con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención" (C. Nac. Casación Penal, el 9/2/2001 en los autos "ACTIS, Miguel Angel s/Recurso de inconstitucionalidad"). - - - - -

- - - - No pierde vigencia la opinión de un jurista de fuste emitida con anterioridad a la incorporación con jerarquía constitucional de dichas normas. Al respecto, Bidart Campos afirmó que la libertad condicional prevista en el Código Penal es una opción hecha por el legislador en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad, pero que podría haber obviado lo cual no resultaría inconstitucional en sí. Del mismo modo, éste tiene la facultad -ejercida razonablemente- de excluir a ciertos supuestos del beneficio, no luciendo arbitraria la distinción entre reincidentes (exceptuados del beneficio) y no reincidentes (habilitados para obtenerlo) (Bidart Campos, Germán J., "Libertad condicional y reincidencia", ED, 118, 146; en igual sentido Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte General", 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 505).- - - - -

- - - - La incorporación del instituto como impedimento del mentado beneficio puede ser observado desde el punto de vista de la elección político criminal efectuada por el legislador, mas desde la perspectiva constitucional no ocasiona perjuicio alguno (De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino. Parte General", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 229; Creus, Carlos, "Derecho Penal", cit., pág. 505). - - - - -

- - - - Por otra parte, como lo señala Gustavo Arocena, las fases de determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena,

importan la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto ("La relativa indeterminación de la pena privativa de la libertad durante su ejecución y el rol del Juez de Ejecución Penal en la individualización penitenciaria de la sanción", t. 12, Zeus Córdoba, N. 289, año VII, 29/4/2008, pág. 338). De modo que en la etapa de ejecución, el Juez encargado de ella continuará la misma labor político-criminal de individualización de la pena para el caso concreto iniciada por el legislador con su individualización en abstracto para la clase de figura de que se trate y seguida por el tribunal de mérito en su determinación judicial de la pena.- - - - -

- - - - En ese marco, debe destacarse que el régimen penitenciario de la Ley n° 24660, introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la Ley n° 24660 (art. 1) (Salt, Marcos G. "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", en Rivera Beiras, Iñaqui; Salt, Marcos G., "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", Ed. DP, Buenos Aires, 1999, pág. 174; Arocena, Gustavo A., " La relativa indeterminación de la pena privativa..." cit., p. 344, n. 28). - - - - -

- - - - Es claro, entonces, que no solo se ha flexibilizado la noción y efectos de quienes son considerados reincidentes, sino que además dicha categoría ha sido contemplada por el legislador en la ley de ejecución penitenciaria adecuando su encierro a sus necesidades concretas de prevención especial; ello es así, pues el condenado reincidente integra el régimen de progresividad dispuesto en la Ley n° 24660 y tiene la posibilidad de obtener la libertad asistida (art. 54), y de acceder al régimen de prueba, a salidas transitorias y a condiciones de semilibertad.- - -

- - - - En efecto, el art. 6, Ley n° 24660, establece que el régimen penitenciario "se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina". Más aún, el art. 7 establece la posibilidad de que el condenado sea "promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente". - - - - -

- - - - Todo ello se condice con lo establecido por el art. 12, Ley n° 24660, que divide al tratamiento penitenciario en los períodos de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional.- - - - -

- - - - También con el art. 13, inc. c, establece que en este la indicación del período y fase al que se propone incorporar el condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado. Y con el art. 14 de dicha ley, que prescribe para el período de tratamiento, su fraccionamiento en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena, incluyendo el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. Valga señalar que en el período de prueba, se busca que el condenado realice conductas que le permitan "demostrar su capacidad para el sostenimiento de la autodisciplina y la vida en libertad". - - - - -

- - - - Como se advierte, entonces, el reincidente no se encuentra privado de la posibilidad de resocializarse, puesto que la normativa penitenciaria le habilita una progresividad en las modalidades del encierro que llegan incluso a ponerlo en contacto con la realidad exterior del establecimiento carcelario. Todas estas alternativas que ofrece la consideración de todo el sistema en conjunto han sido obviadas por el recurrente, quien ha acotado su crítica a una lectura aislada del art. 14, C. Penal, desprovista del contexto legal en que se inserta.- - - - -

- - - - El recurrente toma en consideración, otro argumento desarrollado por algunos autores para sustentar la inconstitucionalidad del art. 14, C. Penal, radica en que dicha norma lesiona el principio de 'ne bis in ídem' tal como lo formula Raúl E. Zaffaroni ("Manual de derecho penal", 4ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1985, pág. 718; Zaffaroni, Eugenio R.-Alejandro Alagia-Alejandro Slokar, "Derecho Penal, Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 1009).- - - - -

- - - - Sin embargo, la Corte Sup. en dos antiguos precedentes de 1988 -"Valdez" (Fallos 311:552) y "L'Eveque" (Fallos 311:1451)-, sostuvo que el principio 'ne bis in ídem' prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Uno de estos fallos cobró actualidad cuando fue recordado en el voto del Dr. Petracchi en autos "Gramajo", 5/9/2006. - - - - -

- - - - En abono de esta postura, desde la órbita constitucional se expone que dicha garantía significa que por un mismo hecho criminoso una persona no puede ser enjuiciada, ni penada sino una sola vez y nunca dos o más veces; entonces, se rechaza que privarlo de la libertad condicional al reincidente es juzgarlo o punirlo "más de una vez" por un mismo hecho que ya dio lugar a un anterior juicio y a

una anterior aplicación de pena (Bidart Campos, Germán J., "Libertad condicional y reincidencia", ED, p. 118, 146). -

- - - - Además, otros argumentos refrendan que dicha restricción no afecta el principio de ne bis in ídem (De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino. Parte General" cit., pág. 228/229). A saber: la garantía invocada solo rige hasta la segunda condena, no después, y, a su vez, no es un agravamiento de la pena sino la no concesión de un beneficio por falta de un requisito; la norma no apunta al hecho juzgado, sino al fracaso de prevención especial de la pena anterior.- - - - -

- - - - Incluso quienes se oponen a la constitucionalidad de la disposición bajo análisis aceptan que éste no es el camino para derrumbarla. Es que, evidentemente ello supone un mayor celo en la legislación penal que el principio, correctamente interpretado, no exige (arg. conf. Alderete Lobo, Rubén A., "La libertad condicional en el Código Penal Argentino", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 172, 175 y 176), Ziffer, Patricia, "Reincidencia, ne bis in ídem y prohibición de doble valoración", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 107, 116 a 118, quien considera que incluso la prohibición de doble valoración -perspectiva sustancial de la garantía- cobra vida hasta la determinación judicial de la pena, mas no en la ejecución, donde la opción ya ha sido realizada por el legislador). - - - -

- - - - Tampoco la postura asumida en pos de la inconstitucionalidad por los autores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (en "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Buenos Aires, 1974), quienes sostienen que la norma del art. 14 del C.P. torna contradictorio el sistema relativo a la libertad condicional, puesto que contiene dos soluciones maximales incompatibles.- -

- - - - Sin embargo, en su afirmación confunden dos universos de casos diferentes que contienen soluciones maximales también diferentes: por un lado, el universo de casos correspondiente a las propiedades que se integran con las condiciones de procedencia de la libertad condicional que obligan a la concesión de dicho instituto, y por otro lado, el universo de casos que regula los efectos de la reincidencia, el cual por contener esta propiedad -calidad de reincidente- define soluciones maximales diferentes, en este caso, la prohibición de otorgar dicho beneficio a quienes integren dicha categoría.- - - - -

- - - - En suma, concluyo, la disposición puesta en crisis no afecta garantía constitucional alguna, por lo que conserva su estatus legal y debe ser aplicada y además, tampoco se demuestra que en el caso concreto la denegación de la libertad condicional futura (a la que no podría acceder a partir de su condición de reincidente) sea frustrante de las finalidades señaladas en las normas constitucionales enunciadas. - - - - -

- - - - Por lo tanto, la norma atacada transita incólume el control de constitucionalidad, máxime si se tiene presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, determinando su reserva solo para aquellos

casos en que la "repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable". - - - - -

- - - - A mayor abundamiento, cabe indicar que cuatro Salas de la C.N. Cas. Penal han señalado -en sintonía con la C.S.J.N.- respecto a la constitucionalidad del art. 50 (Sala I, c. n° 6634, "Bonfanti, Oscar Roberto s/rec. de casación", reg. n° 8635, rta. el 23-03-06; Sala II, c. n° 5379; Sala III, c. N° 5106, "Salas, Gabriel Darío s/rec. de casación", Reg. n° 238.05, rta. el 05-04-05) por lo que no advirtiéndose la existencia de nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la citada Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la constitucionalidad del art. 14 del C.P. (cfr. Fallos: 311:1452).- - - - -

- - - - En efecto, no sólo comparto la doctrina establecida por el más Alto Tribunal en el fallo mencionado, sino que, además, corresponde su acatamiento en el caso, en atención a la autoridad institucional que revisten sus fallos, dado su carácter de último intérprete y salvaguarda de la Constitución Nacional (Fallos: 245:429; 252:186; 255:119; 270:335; 307:1779; 312:2007). - - - - -

- - - -

A LA SEGUNDA CUESTION, LA SEÑORA JUEZ ADRIANA LUCIA NANNI, DIJO:- - -

- - - - -

- - - - Atento la forma en que ha sido votada la cuestión anterior corresponde por mayoría, no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado y en consecuencia confirmar la sentencia obrante a fs. 441/442 vta.. ASI LO VOTO.- - - - -

- - - -

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ GUILLERMO FRANCISCO GLIZT, DIJO: - - - - -

- - - - Hago propios los motivos y fundamentos esgrimidos por mi colega preopinante, Adriana L. Nanni, en cuya virtud adhiero a su voto (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).- - - - -

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ J. JUAN MANUEL GINI, DIJO:- - -

- - - - Hago propios los motivos y fundamentos esgrimidos por mi colega preopinante, Adriana L. Nanni, en cuya virtud adhiero a su voto (arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).- - - - -

- - - -

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO PROCEDIENDO LOS SEÑORES JUECES A DICTAR EL SIGUIENTE PRONUNCIAMIENTO: - - - - -

- - - - - S · E · N · T · E · N · C · I · A - - - - -

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:- - - - -

- - - - - Por lo que resulta del precedente Acuerdo y lo dispuesto en los arts. 21 inc. 4°, 210 y 439 sig. y cctes. del C.P.P., este Tribunal POR MAYORIA RESUELVE: NO HACER LUGAR al recurso de inconstitucionalidad planteado y en consecuencia CONFIRMAR la sentencia obrante a fs. 441/442 vta., y en consecuencia CONDENAR a JORGE ANTONIO FIGUEROA, argentino, soltero, instruído, albañil, hijo de Jorge y Paulina Celestina Torres, nacido el 19/07/1980, D.N.I. n° 28.295.398, domiciliado en calle Urquiza 1422 de Olavarría, al ser considerado autor penalmente responsable de los

delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE, VIOLACION DE DOMICILIO REITERADO, DAÑO Y AGRESION CON ARMA EN CONCURSO REAL DE ACCIONES (arts. 119, primer párrafo, 150, 104, 150, 183 y 104 último párrafo del C.P.), a la pena de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, declarándolo reincidente (arts. 14 y 50 del mismo ordenamiento). Con costas en ambas instancias (art. 531 del C.P.P.).-

- - - - -
- - - - II) Téngase presente la reserva efectuada en el punto III) del escrito impugnaticio, Recursos Extraordinario ante la S.C.B.A. y Federal previsto por el art. 14 de la Ley n° 48.- - - - -
- - - - -

- - - - Regístrese. Notifíquese. Oficiese. Fecho, devuélvase.