



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

TOC 1

C. 4545

ARGAÑARAZ, Lucía Belén

ALEGRE, Débora Noemí

s/ sentencia abreviada

Buenos Aires, 14 de febrero de 2014.-

Y VISTA:

La presente causa nro. 4545 seguida por ante este tribunal integrado por los Dres. Luis R.J. Salas -en su carácter de Presidente- y los vocales Dres. Martín E. Vázquez Acuña y Alberto J. Huarte Petite, por el delito de robo agravado en grado de tentativa seguida contra **LUCIA BELEN ARGAÑARAZ**, argentina, titular del DNI 35.027.920, nacida el 31 de marzo de 1990 en Moreno, Provincia de Buenos Aires, hija de Antonio y Nora Campusano; y **DEBORA NOEMÍ ALEGRE**, argentina, titular del DNI 30.974.967, nacida el 14 de agosto de 1984 en Quilmes, Provincia de Buenos Aires, hija de Julio César y de Gladis Noemí Sierra; con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial, Dra. Marcela A. Piñero, de la cual;

RESULTA:

Que el Agente Fiscal requirió la elevación a juicio de la presente causa contra las mencionadas por el delito de robo con armas en grado de tentativa, artículos 42 y 166 inciso 2º del Código Penal (cfr. fs. 135/39).

La Fiscal General ante este Tribunal, Dra. Mónica L. Cuñarro interviniente en este proceso, solicitó a fs. 202/vta. se encause el presente juicio por la vía abreviada contemplada en el art. 431 bis del C.P.P.N., solicitando se dicte sentencia condenando a las imputadas como coautoras penalmente responsables del hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio, calificándolo como robo con armas en grado de tentativa, solicitando se les

imponga, en el marco del acuerdo presentado, en virtud de los índices mensurativos contemplados en los arts. 40 y 41 del C. Penal, a: Lucía Belén Argañaraz la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, debiéndosela declarar reincidente; y a Débora N. Alegre la pena de tres años de prisión, debiéndosela declarar reincidente; y en atención al antecedente condenatorio que registra la nombrada, sentencia del 13 de diciembre de 2011 del Tribunal Oral en lo Criminal n°3 del Departamento Judicial de Quilmes (causa 2434) en la que se la condenó a la pena de catorce años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, solicitó se la condene a la pena única de quince años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, debiéndosela declarar reincidente.

Las imputadas asistidas por la Defensora Oficial, Dra. Marcela A. Piñero, reconocieron la existencia del hecho reseñado y la responsabilidad que en el mismo les cupo, prestando conformidad con la calificación reseñada, como así también con las sanciones requeridas por el ministerio fiscal, firmando junto a su letrada el escrito referido.

Asimismo comparecieron a los fines previstos por el art. 41.2 del C.P. y 431 bis, párrafo tercero del C.P.P.N. Durante la audiencia les fue exhibido el escrito señalado precedentemente y a preguntas que se les formularon respondieron haber sido informadas acerca de la naturaleza y efectos del mencionado acuerdo, y haber prestado libremente su consentimiento con los términos del mismo, por lo que la presente causa quedó en condiciones de ser resuelta,

Y CONSIDERANDO:

I.- Hechos:

La prueba reunida permite concluir que el 22 de abril de 2013, siendo aproximadamente las 20.30, en la intersección de Bogotá y Carrasco, Lucía Belén Argañaraz y Débora Noemí Alegre intentaron apoderarse



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

de la cartera y del maletín que llevaba consigo Viviana Soledad Espinosa.

En esas circunstancias, Espinosa caminaba por Bogotá cuando las imputadas, que lo hacían por la vereda de enfrente, se le abalanzaron intempestivamente. Alegre le apoyó una navaja en la zona del abdomen y le refirió "*callate, callate, quedate quieta*", "*te voy a matar*" mientras que Argañaraz la golpeaba y empujaba, todo ello con el fin de sustraerle la cartera y el maletín.

Así, comenzó un forcejeo, y producto de aquél Argañaraz sufrió un puntazo a la altura del abdomen.

Finalmente se acercaron al lugar, los testigos Luis A. Sánchez y Mario A. García y posteriormente arribó personal policial que procedió a detener a Alegre, a derivar a Argañaraz al Hospital Vélez Sarsfield en virtud de la lesión que sufriera en el abdomen y al secuestro de una navaja retráctil con inscripción "*Stainless*" con mango color blanco.

II.- Valoración Probatoria:

Los Dres. Salas y Huarte Petide dijeron:

Se valora la declaración de la damnificada Viviana Soledad Espinosa (fs. 11 y 75/6) quien señaló que el día del hecho siendo las 20.30 caminaba por Bogotá a metros de llegar a su domicilio cuando vio que dos mujeres que caminaban por la vereda de enfrente se le abalanzaron, esgrimiendo una de ellas un cuchillo que se lo apoyo a la altura del abdomen y le refirió "*callate, callate, quedate quieta*" mientras que la otra mujer intentó sustraerle la cartera y el maletín que llevaba en ese momento. Que fue así que empezó a forcejear con las agresoras en defensa propia y cayó al suelo cuando una de las autoras la tomó del cuero cabelludo. Que no recuerda si recibió golpes de puño pero tiene raspones en la rodilla y codo derechos. Que en el forcejeo la que llevaba el arma blanca, recibió un puntazo pero no fue su intención lastimarla ya que la dicente sólo estaba defendiéndose. Que comenzó a gritar pidiendo ayuda.

Que una de las imputadas salió corriendo del lugar mientras que la restante ante la llegada de los vecinos comenzó a acusar a la dicente del robo. Que minutos más tarde arribó un móvil policial con la que se había dado a la fuga y procedieron a la detención de ambas imputadas y al secuestro de la navaja.

Por otra parte se tiene en cuenta la declaración del Sargento 1° Víctor Hugo Arancibia (fs. 1) quien declaró que el día del hecho siendo las 21.10 horas, recorría el radio jurisdiccional por Bogotá y al llegar a la intersección con Carrasco observó a una mujer con un cuchillo en su mano la cual le relató que instantes antes dos mujeres intentaron asaltarla, produciéndose un forcejeo, cayendo al suelo el cuchillo que ésta mujer tenía en su mano, y que se defendió dándole un puntazo a una de ellas. Que al mismo tiempo la damnificada le indicó que las autoras del hecho eran las que estaban cruzando y se daban a la fuga, estando éstas a unos 15 a 20 metros, siendo rápidamente aprehendidas, notando que una de ellas emanaba sangre del abdomen del lado izquierdo. Finalmente el declarante procedió al secuestro de una navaja retráctil con inscripción "Stainless" con mango color blanco e identificó a las autoras, quedando detenida quien dijo llamarse Débora Noemí Alegre, mientras que Lucía Belén Argañaraz fue remitida al Hospital Velez Sarsfielda por herida de arma blanca.

En un mismo sentido, se cuenta con la declaración de Luis Alejandro Sánchez a fs. 59; quien señaló que el día del hecho siendo aproximadamente las 21 mientras se encontraba trabajando en la pizzería "El litoral", sita en Carrasco 170 observó que una mujer descendió de un colectivo en la intersección de las calles Carrasco y Bacacay cuando fue interceptada por otras dos, de las cuales una de ellas iba con un cuchillo en su mano derecha. Que fue así que amenazaron a la víctima con el cuchillo y la golpearon y empujaron. Que al ver esto, sólo atinó a acercarse al lugar con su compañero Mario García y que en ese



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

momento una de las agresoras se alejó unos metros para el lado de la calle Carrasco; que para ese momento el cuchillo ya estaba en poder de la mujer que había sido víctima y que acto seguido arribó al lugar un patrullero.

Igualmente se cuenta con la declaración de Mario Antonio García (fs. 60) quien declaró en el mismo sentido que lo manifestado "ut supra" por Sánchez toda vez que se encontraban juntos.

Se valora asimismo el acta de fs. 4 que da cuenta de la detención de Débora Noemí Alegre el 22 de abril de 2013; el acta de fs. 5 de la que se desprende el secuestro de una "navaja retráctil con inscripción "Stainless" con mango color blanco"; las declaraciones de Luis Alejandro Sánchez y Cristian Martín Baucero a fs. 6 y 7 respectivamente, ambos testigos de procedimiento; el croquis de fs. 9; la declaración del Ayudante Fernando Giraudo a fs. 23 quien estuvo a cargo de la detención de Argañaraz en el Hospital Velez Sarsfield; el acta de fs. 24 que da cuenta de la detención de Argañaraz el 23 de abril de 2013 en la guardia del Hospital Velez Sarsfield; la hoja de guardia respecto de la atención que recibió Argañaraz en el mencionado nosocomio a fs. 36; las vistas fotográficas de fs. 43 de la navaja secuestrada en autos; y el informe pericial del mencionado elemento a fs. 44.

Se suma al plexo probatorio, el reconocimiento de las imputadas en los términos del acuerdo de juicio abreviado (art. 431 bis del C.P.P.).

El Dr. Vázquez Acuña dijo:

Que coincido con mis distinguidos colegas en cuanto a la descripción fáctica de los hechos.

Valoro para ello las mismas pruebas reseñadas, excepto las declaraciones testimoniales recepcionadas por la prevención, que no sean las de la damnificada Viviana S. Espinosa, la que sí tiene valor al ser tomada como "notitia criminis" del hecho investigado.

III.- Adecuación Típica:

Los Dres. Salas y Huarte Petite dijeron:

Entendemos que el hecho que hemos tenido por demostrado configura el delito de robo agravado por su comisión con armas en grado de tentativa, debiendo responder Alegre y Argañaraz en calidad de coautoras (arts. 42, 45 y 166, inciso 2°, primer párrafo, del Código Penal, según ley 25.882).-

En efecto, quedó comprobada la utilización en el hecho de una navaja retráctil de aproximadamente veinte centímetros de largo. Dicho extremo se desprende de la declaración de la damnificada, del acta de secuestro de fs. 5, del informe pericial que obra a fs. 44, de la foto de fs. 43 y de la propia observación del citado objeto, que permiten definir el elemento como "arma" tal como lo exige el tipo penal calificado que analizamos.-

Consideramos que dicho suceso quedó en grado de tentativa toda vez que las imputadas no pudieron disponer de los elementos propiedad de Espinosa, debido a la rápida intervención policial, que culminó con la detención de ambas imputadas.-

El Dr. Vázquez Acuña dijo:

Coincido con mis distinguidos colegas en que el encuadre jurídico resulta ser el delito de robo con armas en grado de tentativa (arts. 42 y 166 inciso 2°, primer párrafo, según ley 25.882 del Código Penal).-

Llego a esta conclusión, puesto que como ya lo he sostenido en circunstancias similares (ver mi voto en causa n° 3218 "IBÁNEZ, ÁNGEL MAXIMILIANO", del 23-10-08 entre otras), las imputadas intimidaron a la víctima con un elemento filoso que reviste la naturaleza de "arma" exigida en el tipo penal, pues no se trata de un cuchillo fabricado para fines culinarios o de otro tipo, sino para la agresión o defensa, entre otras.-

También debe concluirse que el delito atribuido ha quedado en grado de conato, puesto que las imputadas no pudieron disponer de los elementos



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

sustraídos, ya que fueron detenidas por personal policial mientras intentaban darse a la fuga.-

IV.- Justificación y Culpabilidad:

No se observan ni han sido planteados causales de justificación ni supuestos de inexigibilidad que pudiesen transformar en lícita o inculpable la conducta de las acusadas.

A tal fin se considera la modalidad del hecho, las declaraciones de los testigos y los informes médico- legales que obran a fs. 35 y 41 de los cuales se desprende que Alegre y Argañaraz se encontraban lúcidas y orientadas al momento de la detención.

V.- Individualización de la Pena:

Los Dres. Salas y Vázquez Acuña dijeron:

a) En cuanto a la pena a imponer a **Argañaraz**, se estima razonable la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas (arts. 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.).

Se valora en su favor que proviene de una familia desintegrada y que no tiene estudios secundarios, conforme se desprende del informe socio-ambiental de fs. 12/13 del legajo de personalidad (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Se valora en su contra que el hecho fue cometido junto a otra persona y en horario nocturno lo que facilitó su accionar y disminuyó las posibilidades de defensa de la víctima.

b) En cuanto a la pena a imponer a **Alegre**, se estima razonable la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento y costas (arts. 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.).

Se valora en su favor que habría comenzado a estudiar la carrera de sociología y que realizó diversos cursos durante su última detención, todo lo cual denota su interés por instruirse, conforme se desprende del informe socio-ambiental de fs. 11/12 del legajo de personalidad (arts. 40 y 41 del Código Penal).

Se valoran en su contra las misma agravantes objetivas que se señalaron respecto de Argañaraz.

Ahora bien, según surge del certificado de antecedentes de fs. 209 y los testimonios de fs. 17/70 del legajo de personalidad de Débora N. Alegre, el Tribunal Oral en lo Criminal n°3 del Departamento Judicial de Quilmes (causa n° P2434), el 16 de mayo de 2005 la condenó a prisión perpetua por resultar responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo (art. 80 inciso 1° del C.P.). El 13 de diciembre de 2011, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, casó parcialmente la sentencia referida, y calificó el hecho como constitutivo del delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, y fijó la pena en catorce años de prisión, accesorias legales y costas. El 12 de marzo de 2012 se le concedió la excarcelación en los términos de la libertad condicional; y el 18 de mayo de 2012 se convirtió la mencionada excarcelación en libertad condicional. La pena vence el 23 de septiembre de 2016.

Habida cuenta ello, corresponde imponer la pena única de quince años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, y costas; y revocar la libertad condicional otorgada el 18 de mayo de 2012 (arts. 27, 55 y 58 del C.P.).

Para ello se toman en cuenta los argumentos señalados "ut supra" y aquellos que valoraron los Sres. Jueces que dictaron la sentencia que aquí se unifica (fs. 17/70 del legajo de personalidad).

El Dr. Huarte Petite:

a) Coincido con los fundamentos y conclusiones a las que arribaron los distinguidos colegas que me precedieron en el voto respecto de ambas imputadas, y respecto de Argañaraz, añado que en el caso procedería la revocación de la libertad condicional que se concedió a la imputada respecto de la causa nro. 4280/1244/08 del Tribunal Oral en lo



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Criminal nro. 2 del Departamento Judicial de Mercedes, toda vez que está fuera de discusión que el delito por el que aquí se la condenará fue cometido dentro del plazo o período de prueba, en cuyo transcurso, al serle concedida la antedicha libertad condicional, aquélla se había comprometido a no cometer nuevos delitos (artículo 13 del Código Penal, condición 4).

La circunstancia de que la condena respectiva por este hecho sólo se dicta en la fecha, esto es, una vez operado el plazo que en su momento había sido fijado como vencimiento de la pena anterior (16 de mayo de 2013), no impediría que se aplique al caso la regla prevista en el artículo 15 del Código sustantivo, para cuya fundamentación me remito, en beneficio a la brevedad, a lo ya expresado en mi voto en disidencia en las sentencias de fecha 30 de mayo de 2007, dictadas en las causas nro. 2836, "Sánchez, Oscar Damián u Oscar Ramón", y nro. 2859, "Rodríguez, Gabriel Esteban".

Por todo ello, considero que debería revocarse la libertad condicional que le fue concedida respecto de la pena que le fue impuesta por el Tribunal de mención y podrían resultar de aplicación al caso los artículos 15 y 58 del Código Penal, no obstante para ello, como ya se dijese, que la condena anterior se hubiese extinguido a la fecha; ello así, además, con arreglo al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "LOPEZ, Marcela Griselda y otro s/robo agravado", sentencia del 10 de agosto de 2004, competencia nro. 553, XL., en el que, por unanimidad se dijo, con remisión a los fundamentos del Sr. Procurador Fiscal que "...la circunstancia de que una de las penas se encuentre agotada no es óbice para la unificación, toda vez que ésta ha sido requerida por las partes interesadas...".

Es justamente por lo expuesto en último término, habida cuenta que la Sra. Fiscal General no ha requerido la unificación de la pena que aquí

requirió con la anterior, de conformidad con la doctrina que emana de Fallos: 331:2343 (considerando 6° del voto conjunto de los Sres. Jueces Lorenzetti, Maqueda, y Zaffaroni, y considerando 6° del voto conjunto de los Sres. Jueces Fayt y Petracchi), no debe adoptarse decisión alguna sobre el punto mientras que dicha Magistrada, o en su caso la defensa, no requiera tal única condenación.

Tal es mi voto.

b) Respecto de Débora Noemí Alegre, coincido en un todo con mis colegas por lo que en honor a la brevedad me remito a lo dicho "ut supra".

VI.- Reincidencia:

El Dr. Salas dijo:

1ro.-) El instituto de la reincidencia genera reparos muy serios, tanto desde el principio general que impide perseguir y castigar a una persona por el mismo hecho más de una vez, como desde el que veda considerar elementos ajenos al ámbito de la conducta enjuiciada.

Así se ha dicho que es cuestionable considerar como agravante una sentencia preexistente (reincidencia ficta) o bien el cumplimiento efectivo de una pena anterior, a los fines de individualizar la pena por un nuevo hecho cometido, sea desde el punto de vista de un derecho penal material de autor; desde el principio de la culpabilidad; o bien desde la regla de "no bis in idem". En efecto, se señaló que la reincidencia es cuestionable por cuanto en el análisis del hecho que se hace en la segunda condena, o se toman en cuenta aspectos que exceden el marco del acto realizado; o se considera una manera de ser particular del autor; o bien se valora lisa y llanamente un hecho que ya fue motivo de sentencia anterior.

Carlos Tejedor, en nuestro país, advertía que la agravación por la reincidencia afectaba el principio básico del "no bis in idem"; Carrara en "El estado de la doctrina sobre la reincidencia", Opúsculos Vol. II, XIV, p. 97, señalaba la opinión de



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Carmignani, entre otros, que *“consideran injusto el aumento de pena al reo reincidente, por la simple consideración de que, ya habiendo saldado éste su primera deuda con la sociedad, sería injusto regresar sobre esa partida, ya saldada por él, haciéndolo por dos veces responsable de un mismo delito”*; así también Latagliata y Pessina, quien sintetiza opiniones dadas en el Siglo XIX, cuando ubica históricamente a la reincidencia, lo cual permitía conjeturar que el problema ya se insinuaba en la doctrina de los prácticos italianos (Cit. por Maier, Julio B *“Derecho Procesal Penal”* I. Fundamentos, *“Derecho Procesal Penal”*, I. Fundamentos, Editores del puerto, Buenos Aires, 2002, p. 641).

Poco a poco el instituto ha ido remitiendo en la legislación de nuestro país. En efecto, la ley 23.057, al modificar el original sistema de *reincidencia ficta*, que calificaba al reincidente como aquél que cometía un delito después de haber sido condenado, por sentencia firme, a pena privativa de libertad, por un sistema de *reincidencia verdadera* o *real* que exige el cumplimiento total o parcial de una pena privativa de libertad, limitó los alcances del instituto. Una serie de fallos posteriores fueron delineando qué debía entenderse por cumplimiento de pena y cuánto debía ser el tiempo de privación de la libertad sufrido. Cabe citar a modo de ejemplo el plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, del 8/8/89, *in re* “Guzman, Miguel A” que consideró que a los fines de la reincidencia cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de la condena; y más reciente en el tiempo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Mannini”, del 17/10/07, que descartó -al igual que el precedente anterior- considerar como cumplimiento de pena la prisión preventiva sufrida en el primer proceso por el condenado en segunda oportunidad.

En el ya referido Plenario “Guzman” constituye una pieza remarcable el voto del juez

Zaffaroni, quien, desgranando los graves cuestionamientos al instituto cuya abolición definitiva entendía debía propugnarse, partió de la base de que "*...la reincidencia es incompatible con el derecho penal de acto y, por ende, inconstitucional. [Ya que] ninguna de las propuestas con las que le quieren legitimar es constitucionalmente viable, porque todas van a dar al derecho penal de autor o a una entelequia destructiva del concepto de bien jurídico*" (Considerando "4" del voto del Dr. Zaffaroni).

En esa dirección cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado establecida, para los casos de multireincidencia, por el art. 52 del C.P. (in re "Gramajo, Marcelo Eduardo" del 5/9/06).

En el derecho extranjero, cabe citar un proceso similar de estrechamiento del instituto de la reincidencia. En España, verbigracia, el Código Penal de 1995 suprimió la *reincidencia genérica*, denominada "*reiteración*" antes de la reforma de 1983, que no exigía analogía ni ninguna otra relación cuantitativa entre la anterior y la actual infracción, para exigir, a partir de allí, que las dos condenas sean por delitos previstos en un mismo título del Código. Por otro lado, la reforma de 1983 ya había suprimido la "*multirreincidencia*". La Sentencia del Tribunal Supremo, del 6/4/90 (Ponente Bacigalupo), admitió la constitucionalidad de la agravante, pero solo cuando su aplicación no determinase una pena diferente a la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del sujeto, lo que inició una corriente jurisprudencial que descartó la aplicación automática de la reincidencia, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991 de 4 de julio, anterior a la sanción del último Código Penal, que declaró la compatibilidad constitucional del instituto.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Por su parte en Alemania la 23° Ley de Reforma Penal del 13/4/86 derogó la agravante genérica de la reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así Roxin, CPC n° 30 (1986) (Cfr. Santiago Mir Puig, "Derecho Penal, Parte General", 7° edición, BdeF, Bs. As., 2004 p. 624).

2do.-) A pesar de lo señalado, en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, falló en favor de la constitucionalidad de la reincidencia. En el precedente "Sinforiano Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938 del 16/10/86) nuestro máximo tribunal señaló que dicho instituto tiene sustento en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Indicó que, habiendo experimentado el autor el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincidía, ello demostraba su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de pena, cuyo alcance ya conoce, lo cual manifestaba el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida. Argumentó el Alto Tribunal que era suficiente, que se hubiera cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, aunque el cumplimiento sea menor a los dos tercios de la condena, ya que el tratamiento penitenciario es sólo uno de los aspectos de la pena.

La Corte Suprema, el 6/8/88, en el precedente "L'Eveque" (Fallos: 311:1451) reafirmó el principio agregando que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justificaba, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena cumplida total o parcialmente lo que, según la Corte, no generaba una violación al principio de igualdad ya que quedaba en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior. La Corte Suprema indicó además que

el principio "*non bis in idem*" prohibía la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impedía 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 se considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Señaló la Corte 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 podía argüirse que se haya vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta.

Más cercano en el tiempo, y ya con la actual composición, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de referirse al instituto de la reincidencia en los precedentes "Mannini" y "Gago".

En el primero de ellos (Fallos: 330:4476, del 17/10/07) la Corte Suprema de Justicia, revocó el cómputo de la prisión preventiva que se había tomado en cuenta como forma de cumplimiento de pena para declarar la reincidencia. El voto de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema (Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco; Maqueda y Zaffaroni) compartió los fundamentos y las conclusiones del dictamen del procurador dados en el tema a decidir, pero dejaron al margen la remisión que realizara el magistrado del Ministerio Público a las conclusiones del precedente "Gómez Dávalos" ya referidos "supra".

Con ello sería hoy posible considerar que la mayoría de la Corte Suprema, no estuviese tan predispuesta a mantener los postulados de aquél fallo. Aunque, forzoso es admitir, en "Gago", del 6/5/08, podría haberse dado un paso atrás por los jueces Dres. Maqueda y Highton de Nolasco, ya que en este precedente esos jueces -junto a los Dres. Petracchi y Fayt- adhirieron -como no lo habían hecho en "Manzini"- al dictamen del procurador con todo y las citas de "Gómez Dávalos" y "L'Eveque".



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en "Gago" la referencia al instituto de la reincidencia, o mejor dicho, a los fundamentos de la misma, lo fue a modo de *obiter dictum*, ya que la materia del recurso en dicho precedente había sido el modo aritmético de unificación de pena. Es por ello que asiste razón a María Florencia Hegglin cuando señala que hay razones para dudar que "Gago" sea efectivamente un precedente en el tema de la reincidencia. En efecto, allí, la validez constitucional de la reincidencia no había sido objeto de contradictorio ni, en consecuencia, la defensa tuvo oportunidad de oponerse a las razones vertidas por el Procurador ante la Corte a favor del cuestionado instituto, sin que nadie planteara al Tribunal las numerosas críticas realizadas a la figura en los últimos veinte años. Así los otros jueces Dres. Zaffaroni; Lorenzetti y Argibay tampoco pudieron atender a la reincidencia como un tema en discusión y sobre el cual debían pronunciarse, privándose la decisión del tribunal de la necesaria deliberación y plenario (Cfr. "Unificación de Penas: Criterios de Determinación. Avances y Retrocesos de la Reincidencia", María F. Hegglin, en Jurisprudencia Penal de la C.S.J.N" Pitlevnik, director, Hammurabi, Bs. As., 2010, t.8, p. 110/11).

El voto mayoritario de los jueces de la Corte Suprema en el precedente "Gramajo" que, cabe señalar, fueron los mismos que formaron la mayoría en "Mannini", suscribió una serie de conceptos claramente aplicables al instituto de la reincidencia. Como sostiene Leonardo Pitlevnik, en el citado fallo se reproduce la línea argumentativa dada por Raúl Zaffaroni en su obra conjunta con Alagia y Slokar, en la cual se sostiene que la reincidencia es inconstitucional por violar el "non bis in idem" (uno de los principios que la mayoría entiende vulnerado en el art. 52). En efecto, se glosa lo sostenido por el citado autor, en cuanto a que la reincidencia es "el primer antecedente de las tristes construcciones del

Derecho penal de enemigos". Señala Pitlevnik que incluso alguno de los ejemplos históricos mencionados en el voto de la mayoría, e incluso por el juez Fayt (las deportaciones a la Guyana y la ley francesa de 1885) aparecen en la obra referida en el marco de la crítica a la reincidencia. Así, el cuestionamiento que Zaffaroni, Alagia, Slokar realizan del art. 52 se basa, en parte, en los argumentos que se desarrollan en el fallo y se encuentran en el mismo párrafo en donde se trata la inconstitucionalidad de la reincidencia (Leonardo Pitlevnik, "El fallo Gramajo y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes", Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t.2, pag. 141.

En la misma línea de argumentación formulada por los precedentes "Gómez Dávalos" y "L'Eveque" se ha señalado en doctrina que si se ubica a la reincidencia en relación a la culpabilidad sería posible sostener fundadamente la inexistencia de agravio constitucional; se ha dicho así que lo que fundaría el agravante sería una mayor culpabilidad que se expresa en el desprecio que manifiesta, por la amenaza penal, quien conoce ya en qué consiste una pena por haberla sufrido (Luis M. García, "Reincidencia y Punibilidad", Astrea, 1992, p. 129). Dicho autor señala, siguiendo el razonamiento de la Corte, que no existe violación del "non bis in idem", ya que este prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considera adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. García consideró así que la mayor severidad no se debía a la circunstancia de que el sujeto cometió el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

ponía 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; como esa consideración no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, mal podría argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta (Cfr. Luis García, op. y loc cit, p. 129/130).

3ro.-) En mi criterio, la postura de sortear la discusión de la presunta violación del principio del "non bis in idem", basando la argumentación en la circunstancia de que el sujeto presenta una mayor culpabilidad, siendo eso lo que permitiría que el legislador lo castigase con mayor severidad, de ninguna manera supera la objeción de que en realidad lo que se está castigando es la presunta resistencia del autor a internalizar un modo de vida al volver a cometer un delito a pesar de haber sufrido una pena. Sin decirlo, se reacciona de la misma manera que se lo hacía con los sujetos considerados "antisociales"; "peligrosos"; "vagos"; "maleantes"; o cualquiera de las etiquetas con las que se los hubo catalogado en alguna época a los sujetos que reiteraban un patrón de conducta antisocial. Se considera así *lo que el autor es*, o mejor dicho, *la forma en que conduce su vida*. Se le asigna así un rótulo, el de "reincidente" y en base a ese estigma se lo trata más severamente, verbigracia, impidiéndole recuperar su libertad en forma anticipada (art. 14 del C.P.). Como dice Julio Maier, con la reincidencia, "no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico a alguien a quien, de antemano, se etiqueta genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código penal especial, con penas más graves que las

normales según la valoración del hecho. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente" (Cfr. Julio B. Maier, op. cit. p. 643/644).

Si, como sostiene Zaffaroni, la culpabilidad debe ser entendida: *a*) como el proceso dialéctico en el cual se sintetiza la reprochabilidad por el acto, y *b*) como un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo; resultando de ambas culpabilidades (*por el acto y por la vulnerabilidad*) la culpabilidad normativa, no resulta obvio que una persona, por el hecho de haber cumplido una pena, deba realizar un esfuerzo mayor para colocarse en esa situación de vulnerabilidad. Antes bien, parece suceder todo lo contrario. En efecto, "en lugar de una mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia, "habría por lo general una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito, puesto que si el efecto más trascendente de la prisionización es la reincidencia -siendo sorprendente que no sean mayores sus índices-, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar" (Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, "Derecho Penal Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 1011).

Es innegable que existe un impulso a la reiteración que tiene que ver con componentes ambientales y socio culturales constatables que empujan al ex convicto, que ha permanecido cierto tiempo en el ámbito carcelario, a reproducir conductas referenciadas en ese ambiente. Pero no puede afirmarse con esa misma certidumbre, que ese impulso a la



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

reiteración sea originado en causas endógenas atribuibles a una decisión libre y voluntaria del sujeto, y menos aún que ese sujeto se halle en una posición más firme en cuanto a transitar otras opciones de vida.

Nuestro sistema penal tiene como pauta orientadora de la pena de prisión la resocialización del condenado, que de esa forma se constituye en el fin esencial que deben perseguir las penas (art. 18 de la C.N.; art. 5°, inc. 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Ella se erige en un fin u objetivo destinado a humanizar y darle contenido al "tratamiento penitenciario" consustancial con la condena pero no puede extraerse, a partir de la consagración en abstracto por la ley, que efectivamente el "tratamiento penitenciario" derive, en la práctica, en ese resultado en la persona concreta sometida a él. Ello sería creer dogmática e ingenuamente en las capacidades espontáneas preventivo-especiales de las penas carcelarias.

Contrariamente, como sostiene Vitale, la comisión de un delito, luego de un tratamiento "reintegrador" efectivamente implementado, muestra que aquél "remedio punitivo" no cumplió el meramente proclamado fin "resocializador", y ello no se resuelve simplemente dando más tratamiento (op.cit. p. 298).

Esto se vincula, como sostiene Bacigalupo, con el principio de *prevención especial democrático* formulado como un nuevo contenido del derecho penal que busca en la pena la "reintegración social del autor" (Cfr. Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Español, Ariel, 1984, p. 36).

La realidad carcelaria, muchas veces, es muy diferente a la que parece surgir de los textos legales considerados en abstracto. Más allá de los loables objetivos de la legislación que consagran el imperio de los derechos personales aún en el ámbito carcelario, ya que, la Constitución no se queda en la

puerta de las prisiones, la realidad indica, como señala Máximo Pavarini, que "las exigencias del gobierno de la cárcel -como cualquier otra institución total- encuentran una adecuada satisfacción en la conocida lógica de premios y castigos. El orden de las instituciones penitenciarias se garantiza a través de la promesa/amenaza de modular la intensidad del sufrimiento en razón de la conducta del detenido dentro de los muros (Máximo Pavarini "Menos cárcel y más medidas alternativas", Cuadernos de la Cárcel, edición especial de "No hay Derecho", Buenos Aires, 1991, p. 23).

Y en esto poco tiene que ver la lógica de la rehabilitación.

En ese punto, si la reiteración de una conducta delictiva desnuda algo más que un componente de la personalidad del individuo, protegido por el principio constitucional de reserva (art. 19 de la C.N.) ese "algo más" es el propio fracaso de la institución carcelaria que, en el caso concreto del reincidente, habrá inalcanzado el "ideal resocializador" previsto en abstracto legalmente. Esto se da, más aún, cuando el abanico de derechos se ve menguado seriamente a partir de la instalación de un rotulo estigmatizante que trae como consecuencia el agravamiento del encerramiento.

Ese agravamiento es así irracional por cuanto solo opera como una reacción ciega: ante el fracaso del tratamiento carcelario, se responde con una mayor y más severa dosis de castigo.

No resulta razonable suponer una mayor culpabilidad en el reincidente, por cuanto, como sostiene Gustavo Vitale, en verdad, la reincidencia demostraría una mayor predisposición a delinquir, y con ello un menor grado de reprochabilidad por el hecho. El principio constitucional de culpabilidad, obliga a los poderes del estado a no imponer una pena legítima cuando no existe posibilidad de contramotivarse en las normas penales, de lo que se



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

deduce que la pena debe guardar proporción con el grado de motivación posible del autor. A un menor grado le corresponderá una menor reprochabilidad (Gustavo Vitale, "La inconstitucionalidad de la reincidencia - dos fallos ejemplares", en Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 6, n°9, mayo 2004, p. 296/297). En ese mismo sentido, se expidió Santiago Mir Puig, cuestionando la reincidencia consagrada en el Derecho español -art. 22.8 del C.P. español- (Mir Puig, op.cit., p 624).

Los parámetros de fundamentación de la "reincidencia" coinciden con los de la "peligrosidad"; funcionan como un análisis extraíble de un patrón de comportamiento de una determinada personalidad, agravando la respuesta penal, más allá de las consecuencias y modalidades del acto realizado. Con la reincidencia, como con la peligrosidad, se castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se está castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor estaría demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario. Como afirma Ferrajoli, ambas se basan en un modo de ser, más que un modo de actuar, y como tal se erigen en un sustitutivo de la culpabilidad constitutivos de tipos penales inconstitucionales (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Trotta, Madrid, 2001, p. 506).

La reincidencia, establecida por el artículo 50 del C.P., resulta así irrita al principio de culpabilidad establecido por el art. 18 de la C.N.; al principio de igualdad establecido por el art 16 de la C.N. y al principio de "no bis in idem" (arts. 33 de la Constitución Nacional; 8.4 de la Convención Americana de Ds. Hs; y 14.7 del Pacto Internacional de Ds. Civiles y Políticos) y así debe ser declarada.

El Dr. Vázquez Acuña dijo:

Mi distinguido colega que me precede en el voto, ha dado un acabado repaso de las distintas posturas doctrinarias que, por un lado, ponen en crisis el instituto de la reincidencia y las que validan la misma, al igual que la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada al respecto.

Básicamente pueden sintetizarse los distintos enfoques que cuestionan la legitimidad de la reincidencia en aquellos que se vinculan con el principio de culpabilidad por el hecho y con el principio ne bis in idem. En ambos enfoques se plantean la cuestión de si es posible computar a la reincidencia como agravante, es decir, si quien delinque después de haber sufrido una pena, puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada, cuando es condenado por un delito posterior a la pena ya sufrida.

Ahora bien, tal como lo hace mi distinguido colega, se entiende que la objeción constitucional debe formularse desde la óptica del principio de culpabilidad, pues se considera que el instituto de la reincidencia, no logra superar el tamiz constitucional del derecho penal de acto consagrado en los arts. 18 y 19 de la C.N.

Se coincide con Magariños en cuanto afirma que "...si la ley penal solo puede válidamente seleccionar acciones (art. 19 C.N.) y la pena sólo debe fundarse en lo que previamente establece la ley (art. 18 C.N.), la reprochabilidad y la aplicación de la pena al autor sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carece de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo..." (H. Mario Magariños; "Reincidencia y Constitución Nacional" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°7, pag 86 y 87).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

A su vez, Bacigalupo, sosteniendo el derecho penal de acto, mantiene que "...el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobretudo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito)..." (Enrique Bacigalupo, "Principios Constituciones de Derecho Penal", ed. Hammurabi, año 1999, pag 163).

Está claro que el derecho penal de acto que sirve como presupuesto y medición de la pena impide "... la concepción de una agravación de la pena independiente de la culpabilidad y de origen preventivo general y/o especial; por otro lado, la concepción de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida, finalmente, al modelo estrechamente ligado a aquella concepción del aumento de injusto y culpabilidad que se basa en la observación normológica de que el autor, junto al injusto de la infracción concreta sometido a enjuiciamiento realiza otro injusto, consistente en haber tomado en cuenta como advertencia las condenas anteriores en forma contraria al deber..." (Bernhard Haffke, "Reincidencia y medición de la pena" en el libro de Bern Shunemann; "El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales", Ed. Tecnos, año 1991, pag 185).

Nuestro más alto Tribunal, convalidando el instituto de la reincidencia, ha sostenido en distintos fallos, que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esta naturaleza, cuyo alcance ya conoce, y tal desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho. En suma "lo que se sanciona con mayor rigor sería,

exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada – como es obvio- en ésta”. A lo que cabe añadir que, según la Corte, “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 la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posteriori a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...” (el resalto me pertenece) (Fallos 308:1938; 311:522; 311:1209; 311:1451; 331:1099; entre otros).

Como bien lo hace notar Magariños en su obra ya citada, está claro que los fundamentos de dichos fallos de nuestro más alto Tribunal se adscriben a la fórmula de la advertencia, que fuera acuñada en la decisión dictada por el Tribunal Constitucional Alemán de fecha 16 de enero de 1979, respecto del parágrafo 48 del Código Penal Alemán (StGB).

En esa sentencia se estableció que “...la agravación conforme el parágrafo 48 requiere que al autor, en consideración a la clase y circunstancia de los delitos, se le pueda reprochar que no ha tomado como advertencia las anteriores condenas...”, pues, “...quien prescinde de los impulsos de contención establecidos en las condenas anteriores, actúa en determinadas circunstancias, con incremento de energía criminal y, por lo tanto, con incremento de culpabilidad...”.

Según Hafke, para esta fórmula “...si el autor merece un mayor reproche de culpabilidad por un nuevo hecho, ello más bien porque mediante las anteriores condenas y su cumplimiento, ha sentido el concreto reproche por el hecho antijurídico no sólo de modo abstracto e impersonal a través de la ley, sino en su propia persona, “en su propia carne”...”. Con ello, sigue dicho autor “...se han hecho eficaces especiales



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

impulsos de contención que deberían haberlo apartado antes y con mayor intensidad..." (op. cit, pag. 185).

Pretender sostener la legitimidad de la reincidencia y de sus consecuencias legales, en un supuesto mayor grado de culpabilidad que deriva de fórmulas tales como el "desprecio de inseguridad del autor por la pena ya sufrida" es ajeno e inconciliable con el principio de derecho penal de acto, por eso se entiende que la "fórmula de advertencia" adoptada por nuestra Corte Suprema en los fallos ya citados, fracasa frente a la garantía sostenida en el art. 19 de la C.N. en cuanto exige que las prohibiciones sólo pueden referirse a conductas externas contempladas en un tipo penal (art. 18 C.N.) y la aplicación de la pena debe tener como referente únicamente el grado de reproche que le corresponde al autor en la comisión de tal injusto penal, que fija el límite aceptado por el derecho penal de acto (cfr. voto del Dr. Raúl Zaffaroni en el Plenario Guzmán, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 08 de agosto de 1989).

Es por ello que se aprecia que asiste razón a Bacigalupo, quien criticando el fallo del Superior Tribunal Constitucional de España 150/91, en cuanto en éste se decía que "...es claro ... que con la apreciación agravante la reincidencia no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores ... sino únicamente y exclusivamente el hecho posterior..." sostiene "... que lo que en realidad es claro es lo contrario: el hecho posterior se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida o se castiga lo que el propio Tribunal Constitucional considera incompatible con la Constitución: la personalidad (peligrosa) del autor..." (op. cit. pag 166).

Si bien se pretende desligar el hecho anterior por el cual fuera condenada una persona, de la pena impuesta en la sentencia posterior, en la fórmula asumida por nuestra Corte Suprema, lo cierto

es que, como bien lo señala Zaffaroni "...toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse..." (voto en el Plenario Guzmán ya citado).

El "desprecio por la pena sufrida" en la posición adoptada por la Corte, traducida supone que quien cumplió pena en encierro en virtud de una condena anterior, no importa el tiempo -se señala total o parcialmente-, ni si fue sometido a tratamiento penitenciario, al cometer un hecho posterior debe aplicarse pena agravada que conlleva la declaración de reincidencia en los términos del art. 50 del C.P. Se afirma que se trata de una pena agravada porque la declaración de reincidencia supone la denegación de un derecho tal como el contemplado en el art. 13 del C.P.. El reproche estaría dado no por la magnitud del injusto sino por no haber respetado la "advertencia" que supone el cumplimiento en encierro.

Tal acepción de la culpabilidad viola la recogida por nuestra Constitución Nacional, en su art. 19, toda vez que manda, se reitera, que en el reproche se tenga en cuenta la magnitud del acto enrostrado, por lo que se postula, al igual que mi colega, que se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P., tal como está redactado.

El Dr. Huarte Petite dijo:

No coincido con las conclusiones a las que han arribado mis distinguidos colegas en base a las siguientes consideraciones:

1) Por derecho penal "del hecho" o "de acto" se entiende una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descripta típicamente, y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

conducción de la vida del autor. De adverso, el derecho penal "de autor" se dará cuando la pena se vincula a la personalidad del autor, y serán su asocialidad y el grado de la misma lo que decidirán sobre la clase y cuantía de la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho; sólo el que "el autor sea tal", se convierte en objeto de la censura legal (conf. Roxin, Claus, "Derecho Penal", Parte General, T. I, pág. 176, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997).

Nuestro ordenamiento jurídico, fuera de toda duda, ha establecido un derecho penal "de hecho" o de "acto", lo cual se deriva directamente, en primer lugar, del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al **hecho** del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del **hecho** de la causa..." (el resaltado me pertenece).

En forma concordante para lo que aquí interesa, el artículo 19 constitucional establece que "Las **acciones** privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a **hacer** lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (el resaltado también me pertenece).

Por último, y también de modo compatible con la normativa hasta aquí citada, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de jerarquía constitucional -artículo 75, inciso 22, CN), dispone que "Nadie puede ser condenado por **acciones u omisiones** que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable..." (el resaltado me pertenece), y en forma sustancialmente similar lo establece el artículo 15 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual jerarquía que aquélla.

Con claridad meridiana se puede concluir entonces en que toda acción punible debe constituir, necesariamente, un episodio concreto y determinado de la vida (un "hecho", "una acción u omisión", "un hacer"), ya que, conforme a las reglas constitucionales referenciadas, el Derecho Penal, en nuestro país, es "de acto" y "no de autor", y con tal fundamento, a una persona nunca puede imponérsele una pena en cuanto "es", sino únicamente en cuanto obra o deja de obrar; en definitiva, cuando "hace" algo que la ley prohíbe hacer, o "deja de hacer" algo que la ley ordena hacer.

En esa inteligencia, se ha destacado también el elemental valor del principio de regulatividad y la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas, presupuesto de la igualdad penal, por cuanto todos los hombres son iguales penalmente en tanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son, ya que sólo sus acciones y omisiones, y no su distinta personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas. Es que las normas penales constitutivas no prohíben "actuar" sino "ser", y de ello se deriva su inconstitucionalidad (conf. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón", pág. 504, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997).

2) En aplicación de tales principios de rango superior, el Tribunal que integro junto con los colegas que me precedieron en el voto, ha declarado por unanimidad la invalidez constitucional de lo establecido en el artículo 189 bis, inciso 2º, octavo párrafo, del Código Penal (según ley 25.886), en cuanto establece una pena de prisión de cuatro a diez años, para "el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas y portare un arma de fuego de cualquier calibre" (sentencia del 26 de octubre de 2005, causa nro. 2276, "Chanampa, Osvaldo Nahuel s. encubrimiento agravado por su comisión con



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

ánimo de lucro, portación ilegítima de armas y abuso de armas”).

Se dijo allí que dicha norma, al erigir como presupuesto de hecho el “registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas” y adicionar luego el “portar un arma de fuego de cualquier calibre”, ha creado un tipo de autor “...pues si se observa la disposición legal, se concluirá con claridad en que lo realmente constitutivo de la ilicitud (aquello que el legislador consideró ‘merecedor de pena’) es el ‘tener antecedentes penales’, toda vez que la portación de arma de fuego, en sus diferentes calibres, según las categorías posibles legalmente (armas de guerra y uso civil -conf. artículos 4 y 5, respectivamente, del decreto 395/75), ya fue objeto de incriminación en los párrafos anteriores del inciso 2° del artículo 189 bis (concretamente, en su tercer párrafo -‘portación de arma de fuego de uso civil’, y en su cuarto párrafo -‘portación de arma de fuego de guerra’)...”.

Se continuó diciendo en aquél decisorio que “...la inconstitucionalidad de la disposición de marras es así evidente, si se tiene en cuenta que, al introducir un tipo propio del ‘derecho penal de autor’, y no describirse ninguna acción u omisión, sino una cuestión vinculada estrictamente con lo que se ‘es’ (registrar antecedentes penales) se viola claramente el carácter de ‘derecho de acto’ que corresponde asignar al derecho penal vigente (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en razón de las disposiciones mencionadas de forma precedente que exigen que la sanción penal sólo puede tener fundamento en la previa comisión de ‘acciones u omisiones’ previstas legalmente...”.

3) Encuentro, sin embargo, que la disposición ahora puesta en crisis resiste el test de

constitucionalidad, al que mis colegas han considerado como una valla insuperable para su validez.

Directamente vinculado con el diseño constitucional en materia penal hasta aquí expuesto se encuentra el principio de culpabilidad, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado del mismo artículo 18 ya citado, el cual supone, como requisito ineludible para la aplicación de una sanción, la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al imputado, tanto objetiva como subjetivamente (entre otros, Fallos: 315:632; 321:2558 y 324:3940).

En dicho principio constitucional puede fundarse también la "culpabilidad" como estrato analítico dentro de lo que se ha llamado la "teoría del delito".

Existe general consenso doctrinario en que luego de verificarse la existencia de una acción típica y antijurídica, deberá comprobarse si aquélla resulta además "culpable", para lo cual tradicionalmente se ha dicho que "culpabilidad" es "reprochabilidad".

Se "reprocha" (esto es, "se reconviene, se echa en cara") a quien realizó una acción de tales características, que se hubiese "motivado" en contra de la norma, cuando hubiese podido comportarse (o "motivarse") de un modo distinto (acatando la norma).

Desde este punto de vista, se dice usualmente que las normas penales procuran, en lo que aquí interesa, "motivar" a sus destinatarios para que no hagan lo que aquéllas prohíben o cumplan con lo que ordenan hacer.

En definitiva, en lo que aquí interesa, la norma se dicta con la pretensión de ser observada, y con ello se busca "motivar" a las acciones humanas conforme a aquélla; esto es, según la acepción castellana del verbo "motivar", se persigue "disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo".



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Es por ello que, en tal inteligencia, se ha dicho que del citado "principio de culpabilidad" se deriva "la posibilidad real de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas" (disidencia parcial del Juez Petracchi en Fallos: 316:1190 y 1230, y sus citas).

En los hechos, sin embargo, no se realiza una comprobación en un sentido "positivo" de tal "capacidad de motivación conforme a la norma".

El análisis de la "culpabilidad" en el sentido que ahora interesa se limita, por el contrario, a la comprobación de si se encuentra presente alguna de las causales generalmente aceptadas que la "excluyen": capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), error de prohibición inevitable, y causas de exculpación o de "inexigibilidad de otra conducta" (Sancinetti, Marcelo A., "Casos de Derecho Penal, Parte General, I, 3° edición reelaborada y ampliada, pág. 78, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005).

Ahora bien, si se concluye en que la acción típica y antijurídica (que puede denominarse también "ilícito" o "injusto"), es además "culpable", ello constituirá base suficiente para posibilitar, en la mayoría de las hipótesis (pues podría aún darse, vg., un caso de "excusa absolutoria"), la imposición de una pena.

El ilícito y la culpabilidad resultan ser así presupuestos ineludibles para la punibilidad de una acción, y además, constituyen la base para la determinación, en concreto, del monto de la sanción a aplicarse.

Esto último no podría ser de otro modo, habida cuenta la clara opción por el derecho penal de "hecho" o de "acto" que ha efectuado nuestro ordenamiento constitucional: el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe, además, "adecuarse" al hecho (Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la

determinación de la pena", pág. 120, Editorial Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1996).

Las categorías conceptuales de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la "teoría del delito".

La única diferencia es de perspectiva: ilícito y culpabilidad son "conceptos graduables", esto es, que admiten diferentes magnitudes. No obstante ello, en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad. Este análisis requerirá, no ya la subsunción de una situación de hecho en un concepto, sino establecer relaciones acerca de la mayor o menor gravedad de ese hecho (conf. Ziffer, Patricia S., op. cit., pág. 121).

De las causas de exclusión de la culpabilidad como estrato analítico en la teoría del delito se derivan los elementos que la componen.

De entre ellos, interesa referirse al denominado "conocimiento virtual de la antijuridicidad", cuya contracara es el "error de prohibición", que cuando resulta inevitable (como ya se dijo), excluye la culpabilidad.

Para afirmar esta última (en definitiva, para poder efectuar el pertinente "juicio de reproche"), se requiere un conocimiento potencial (virtual) de la ilicitud de la acción atribuida.

Ello se deriva de la circunstancia de que, para que el autor tenga la posibilidad de "comprender la criminalidad de su acción" (artículo 34, inciso 1º, del Código sustantivo), es necesario que obre en virtud de una correcta información sobre la forma como el orden jurídico regula su comportamiento.

Volviendo sobre el carácter "graduable" de los elementos que integran la culpabilidad, es generalmente aceptado que, como la posibilidad de "comprensión" a la que alude el artículo 34 citado, implica poder conocer e internalizar las pautas



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

valorativas que llevaron a la sociedad a prohibir u ordenar, bajo amenaza de sanción penal, una determinada conducta, el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula.

De forma tal que la pauta para la individualización judicial de la pena, en cuanto al elemento aquí tratado, surge de la siguiente relación: a mayor esfuerzo que debió hacerse para alcanzar tal comprensión, menor culpabilidad; siendo, a la inversa, más severo el reproche, si era mínimo el esfuerzo que se requería a ese mismo fin (por todos, Righi, Esteban, "Derecho Penal, Parte General", págs. 325/6, 1ra. Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008).

4) Pues bien, considero que, sobre tal base, resulta constitucionalmente admisible efectuar un mayor juicio de reproche (de lo que se derivará una sanción de más entidad), a quien, por haber cumplido con anterioridad una pena privativa de libertad, al momento de cometer un nuevo delito conocía más acabadamente el carácter ilícito de su acción y por lo tanto, debía hacer un esfuerzo menor para comprender su antijuridicidad.

En efecto, al dictarse la condena anterior, a aquél se le comunicó fehacientemente, por un órgano judicial constitucionalmente habilitado para hacerlo, que su conducta era considerada ilícita y culpable y que, en consecuencia, debía cumplir una determinada pena privativa de libertad, lo cual, además, fue obligado a hacer.

Cabe preguntarse: ¿sería admisible la alegación de un error de prohibición respecto de quien ha realizado un determinado comportamiento con anterioridad, por el que ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad, y realiza ahora una conducta de similares características a la anterior?.

Si las circunstancias de hecho en cada caso resultan análogas (esto es, si se puede verificar una

vinculación entre el hecho -o hechos- por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél -o aquéllos- que constituye el objeto procesal presente, de modo tal que al menos una de las conductas -tanto de las anteriores como de las actuales-, lesionaron el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud), se impone la respuesta negativa.

Ello así, pues dado el carácter comunicativo de la sentencia anterior, en modo alguno podía tener una mínima duda, siquiera, sobre el carácter antijurídico de la acción ahora realizada.

No se trata en tales casos de que el sujeto haya sido simplemente "anoticiado" de la sentencia condenatoria en su contra, sino de que, efectivamente, cumplió parcial o totalmente, privado de su libertad, la pena que allí se le impuso, por lo cual el mensaje que recibió en el sentido antes expuesto fue suficientemente claro y explícito, de modo que quedó incorporado con firmeza en su experiencia vital.

De la absoluta imposibilidad de admitir allí un error de prohibición, se deriva, contrariamente, la mayor magnitud del conocimiento potencial (virtual) de la antijuridicidad de la acción que en el nuevo proceso se le atribuye y de allí puede generarse, en consecuencia, un mayor juicio de reproche.

4) Sostengo así, sin perjuicio de las precisiones que más adelante se efectuarán, que el instituto de la reincidencia regulado en el artículo 50 del Código Penal no resulta violatorio del principio de prohibición de múltiple persecución penal por un mismo hecho (*ne bis in idem*), ni del principio de culpabilidad por el hecho, ni del principio de igualdad ante la ley.

El carácter agravado de la pena privativa de libertad impuesta al reincidente (dado por la imposibilidad de obtener su libertad condicional - artículo 14, *ibídem*), no deriva de la comisión de un



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

hecho anterior por el cual ya ha cumplido pena, sino del mayor contenido de culpabilidad de la acción por la que ahora resulta condenado, en razón de habersele comunicado fehacientemente en aquélla ocasión que conductas análogas eran ilícitas, y haber cometido el actual delito, obviamente, en conocimiento de tal ilicitud.

Ello justifica, en consecuencia, la emisión de un juicio de reproche de mayor entidad.

Con ello no se coloca ningún etiquetamiento ni rótulo al condenado.

Simplemente, para los casos en que se concluya en la existencia de la condición de reincidente en el imputado (cumplido el debido proceso en el que, obviamente, tal carácter debe ser acreditado por quien lo invoca, y debidamente debatido para afirmárselo o negárselo por el órgano jurisdiccional), el legislador ha derivado de ello una consecuencia más grave, y la declaración que se hace de tal carácter sólo tiene por objeto precisarla para el caso concreto.

La razonabilidad de la decisión legislativa que llevó a la sanción de las normas aquí analizadas puede fundarse de la siguiente manera.

Como ya dijimos anteriormente, la ley penal, como toda otra norma de carácter general, es dictada con la pretensión de ser observada y con ello, en lo que aquí importa, se procura, siempre bajo la amenaza de una sanción penal, motivar que las acciones humanas se adecuen a su contenido, sea no realizando aquel comportamiento que allí se describe (delitos de comisión), sea cumpliendo aquella conducta que se debe llevar a cabo en ciertas circunstancias (delitos de omisión).

En definitiva, y como también ya se dijo, se persigue “disponer del ánimo de alguien” (los destinatarios de las leyes penales), para que “procedan de un determinado modo”, esto es, no

transgrediendo sus prohibiciones ni omitiendo sus mandatos.

A tales fines, el legislador, con respeto estricto al principio de culpabilidad de acto, ha considerado, en tal sentido, que "una primer condena penal", en ciertos casos (artículo 26 del Código sustantivo), opera como un factor de atenuación de la pena (por lo cual posibilita dejar en suspenso la efectiva aplicación de la pena privativa de libertad), mientras que tal atenuación se excluye cuando, por el contrario, el sujeto ya ha cumplido pena privativa de libertad y vuelve a cometer un hecho reprimido con esa misma especie de pena (artículo 50, *ibídem*).

Esta forma de legislar se vincula estrictamente con el juicio de desvalor sobre el hecho: el primero, por regla general, no es tan grave como el que sigue a una condena. Tal punto de vista, así, torna compatible la agravación por la reincidencia "con el principio de culpabilidad, y lo determinante no es el hecho pasado, sino el actual" (conf. Ziffer, Patricia, *op. cit.*, pág. 158).

Sobre esa base, si el fin perseguido por la sanción de la ley penal es la adecuación de la conducta ciudadana a sus mandatos y prohibiciones, no aparece en modo alguno como irrazonable que, respecto de aquél a quien se le comunicó fehacientemente la contrariedad de su comportamiento con el orden jurídico (a través de la ejecución forzosa en su persona de una pena privativa de libertad), se predique un mayor contenido de culpabilidad, toda vez que, como ya se dijo, el esfuerzo que debía realizar para comprender la antijuridicidad de su acción era menor que respecto de aquél que nunca antes había sido objeto de tal comunicación.

En efecto, quien pese a la pena efectivamente cumplida vuelve a cometer un delito (como dijimos, de características más o menos similares al que justificó la anterior imposición de pena), tiene una mayor "posibilidad real de ajustar su conducta individual a



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

los mandatos de las normas jurídicas" (Fallos: 316:1190 y 1230, ya citados).

Ello, por cuanto sabe, fuera de toda duda, que la conducta que ahora realiza es contraria al orden jurídico.

De esta forma, y teniendo en cuenta el ya mencionado carácter graduable de los elementos que componen la culpabilidad (para el caso, el mayor conocimiento de la antijuridicidad al momento de cometer el nuevo delito), se justifica un reproche de entidad mayor, y en consecuencia, una mayor pena.

La decisión legislativa que llevó a establecer consecuencias más graves para quien reincide en el delito luego de haber cumplido pena privativa de libertad en forma efectiva, aparece entonces como razonable y no violatoria del principio de igualdad ante la ley.

En efecto, nada impide al legislador establecer consecuencias diferentes para supuestos de hecho (el que comete su primer delito y el reincidente) que, como vimos, resultan distintos.

En ese sentido, y con arreglo a la esencia diversa de uno y otro supuesto, tampoco aparece como absolutamente desproporcionado e irrazonable, conforme a los fines que se persiguen obtener (la observancia debida de las normas), establecer un sistema por el cual se beneficia a quien delinque por primera vez con la posibilidad de obtener, dados también los demás requisitos, una suspensión de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que correspondiese aplicarle (artículo 26 del Código sustantivo); e inversamente, se es más riguroso con quien, habiendo ya cumplido pena privativa de libertad, comete un nuevo delito para el que está prevista esa misma especie de pena (artículo 50, ibídem).

En tal inteligencia, se ha dicho con absoluta claridad que "...el instituto de la condena condicional previsto en el artículo 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de

condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional...", e igualmente, "...que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que '...la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional...' y que '...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente..." (Fallos: 329:3006, considerandos 7° y 8°).

En definitiva, procurar prevenir futuros comportamientos ilícitos bajo la amenaza de una sanción penal no resulta un objetivo descabellado del legislador, y en ese orden de ideas, intentar desalentar al eventual reincidente a la comisión de nuevos delitos con el establecimiento de una pena más grave, y de adverso, establecer un régimen sancionatorio más benigno para quien no ha cometido ninguno, tampoco lo es.

Por lo tanto, la decisión legislativa que aquí nos ocupa, no puede ser objetada bajo el prisma de la violación de alguna garantía constitucional, y debe ser entendida, simplemente, como una decisión tomada con fundamento en atendibles razones de política criminal, en procura de la obtención de determinados fines igualmente inobjectables, sobre cuyo mérito, acierto o error, dada la superación del respectivo control de constitucionalidad, los órganos judiciales no pueden expedirse.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

5) Se ha cuestionado el instituto aquí tratado con fundamento en que, habida cuenta los efectos deteriorantes de la denominada "prisonización", el Estado habría contribuido a causar la reincidencia, pues el tratamiento "resocializador" que se habría procurado implementar respecto del individuo que cumple pena, habría fracasado abiertamente, de lo cual, justamente, la recaída en el delito es una clara evidencia.

De esta manera, habría en el reincidente, por lo general y de adverso a lo aquí sostenido, "una menor culpabilidad en razón del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito" (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; "Derecho Penal, Parte General", pág. 1011, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Es un dato de la realidad insoslayable que la "finalidad esencial" de la "reforma y readaptación social del condenado", que determinan en relación a las penas privativas de libertad el artículo 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (conforme a la citada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema), el artículo 18 de la Constitución Nacional, no siempre es obtenida y la recaída en el delito (lo cual ocurre con frecuencia), es prueba elocuente de ello.

Ahora bien, la reincidencia, en todos los casos ¿es responsabilidad estatal?.

El ser humano, por su condición de tal, ¿conserva todavía, pese a la "prisonización" que sufrió en su momento, cierto margen de autodeterminación para adecuar su conducta al ordenamiento jurídico?

O, por el contrario, el poder punitivo que a su respecto se ejerció ¿resultará decisivo para reducir dicho margen a un punto tal que todos los

nuevos delitos que a partir de allí podrá cometer, sólo podrán serle reprochables en menor medida?.

En tal sentido, ¿sólo debería legitimarse una nueva aplicación de aquel poder a su respecto que tenga en cuenta tal "prisonización" anterior, excluyendo así, de modo definitivo, la posibilidad de considerar la pena anterior cumplida como una agravante?.

Respondo a ello diciendo que luego de varios cientos de años de aplicación del encierro como pena, no puede haber duda a los operadores del sistema penal acerca de los efectos perjudiciales que aquél conlleva para las personas a las que le es impuesto.

Es por ello que, haciéndose cargo de tal evidente dato de la realidad (y en forma más o menos contemporánea con la generalización de la pena privativa de libertad como mayoritaria expresión del poder punitivo estatal), se ha procurado morigerar, a través de múltiples maneras, la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad (a través de los institutos de la libertad condicional, salidas transitorias, prisión domiciliaria, entre otros más); en ese mismo orden de ideas, se han establecido buena cantidad de alternativas a las penas privativas de libertad (la ya mencionada pena de ejecución condicional, las sanciones de multa e inhabilitación, entre otras), e incluso, a la mera posibilidad de que aquéllas fuesen aplicadas (suspensión del juicio a prueba, por ejemplo).

Ahora bien, de la observación del panorama general en la materia no puede derivarse, como regla única e indiscutible, para todo el universo de casos posibles, que la mera privación de libertad en cumplimiento de una pena sea la causa, exclusiva y excluyente, de la reincidencia.

Ello, incluso, no parece ser afirmado con toda seguridad ni siquiera por los autores antes citados, quienes ponen de manifiesto su sorpresa (op.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

cit., pág. 1011), porque “no sean mayores sus índices” [de la reincidencia].

Si esto es así, existe un amplio margen para dudar de si es efectivamente la “prisonización” la exclusiva causa de la recaída en el delito, pues en algunos casos, como lo señalan aquéllos, tal efecto no se ha producido.

Si toda “prisonización” lleva ineludiblemente a la reincidencia, pero en una apreciable cantidad de supuestos ello no ocurre, ¿puede aún seguir sosteniéndose la premisa de la cual se parte”.

Aparece más adecuado, por el contrario, concluir en que la “prisonización” podría, ciertamente, originar muchos supuestos de reincidencia, pero ello, en modo alguno, es posible elevarlo a una regla absoluta y general, a partir de su falta de verificación concreta e irrefutable en todos los casos.

Sobre esa base, las argumentaciones traídas a la discusión por la calificada doctrina de mención no pueden aceptarse.

En efecto, como fundamento sustancial del concepto de culpabilidad (en las diversas formas en que éste es empleado, esto es, como principio que excluye la posibilidad de atribución de responsabilidad penal puramente objetiva, como estrato analítico en el marco de la teoría del delito, y como límite infranqueable en cuanto a la determinación del monto punitivo), se encuentra la idea del ser humano como un ente capaz de autodeterminación, es decir, como dotado de capacidad suficiente, como regla general, de “obrar con libertad” y, en consecuencia, de “decidirse por el derecho y contra el injusto”.

Ello, más allá de las críticas que ha merecido el concepto de culpabilidad expresado en la “posibilidad de obrar de otro modo”, esto es, “con arreglo a la norma” (por todos, Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, págs. 798/806, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997), desde que,

también siguiendo al autor citado, y prescindiendo de la vieja polémica entre los partidarios del "libre albedrío" y del "determinismo", es irrefutable que, cuando se dan ciertas condiciones (y no se verifican otras que llevarían a negarlo) el sujeto, en el ordenamiento normativo, es tratado "como libre" (op. cit., págs. 807/12, en especial parágrafos 34 y 35).

Tal imagen del ser humano es la que mejor se adecua a su dignidad como persona, pues sólo así puede oponerse una valla eficaz contra toda pretensión punitiva estatal que exceda de aquélla que pueda merecer sólo por "su hecho": si aquél no es concebido como alguien con capacidad de autodeterminación, y en consecuencia, responsable (y sólo en la medida de ello), por "lo que hizo" en ejercicio de su libertad, las necesidades de prevención del delito (especiales y generales), podrán llevar a la imposición de sanciones, no sólo desproporcionadas al hecho, sino, incluso, desconectadas por completo de una "acción libre".

En este orden de ideas, no debe perderse de vista que, como ya se dijo con cita de Ziffer, las categorías de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la "teoría del delito", y que su distinción es sólo de perspectiva: en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad, dado por el carácter "graduable" -esto es, que admiten diferentes magnitudes- de ambos conceptos.

Desde ese punto de observación, es claro que el ordenamiento jurídico penal vigente (sin vulnerar con ello garantía constitucional alguna), no ha considerado que todos los casos de "prisonización" anterior reducen la capacidad del sujeto de comportarse con arreglo a la norma, y que en consecuencia, sólo puede efectuársele un reproche de entidad menor o, incluso, ningún reproche.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

Por el contrario, conforme también lo hemos sostenido aquí, el mayor conocimiento de la antijuridicidad de su nueva acción delictiva, cumplida en el ámbito de las posibilidades de autodeterminación de su comportamiento inherentes a su condición de ser humano, dado el carácter comunicativo de la pena que se le impuso anteriormente por la comisión de un delito de análogas características, constituye una fundamentación constitucionalmente válida para la agravación de la pena por reincidencia.

Ello no significa, en modo alguno, desconocer la eventual aplicación a cada caso de otras pautas (vinculadas en buena medida con el cumplimiento anterior de pena privativa de libertad), que el legislador ha tenido en cuenta a los fines de efectuar la respectiva individualización de la pena, y que justifican, en muchos supuestos, la fijación de un monto menor.

Me refiero, así, a lo establecido en el artículo 41, inciso 2°, del Código sustantivo, en cuanto establece tener en cuenta a aquél objeto "la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos".

Si tal dificultad para atender a sus necesidades personales o familiares reconoce su origen (lo cual es harto frecuente), en la imposibilidad de obtener o desarrollar una actividad laboral apta a ese fin derivada de su anterior permanencia en prisión, ello deberá ser valorado en especial al momento de determinar la pena en concreto, como un claro factor atenuante, por reducción de su capacidad de autodeterminación; en definitiva, de sus posibilidades "de obrar de otro modo".

No obstante lo cual, ello no impide la subsistencia de una circunstancia agravante, cual es, como ya se dijo, su mayor grado de conocimiento sobre la antijuridicidad del nuevo hecho que ha cometido,

siempre que éste pueda ser imputado, igualmente y en definitiva, al ejercicio de "su libertad".

6) Al momento de expresar las razones por las cuales he sostenido la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, no he podido dejar de adelantar que, para la concreta aplicación de dicha norma, debe poder verificarse una vinculación entre el hecho (o hechos) por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél (o aquéllos) que constituye el objeto procesal presente, y que tal relación debe consistir en que al menos una de las conductas (tanto de las anteriores como de las actuales), deben haber lesionado el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que a su vez guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud.

En tal sentido, el efecto comunicativo derivado del anterior cumplimiento de pena privativa de libertad, sólo puede tener, a mi modo de ver, la consecuencia constitucionalmente válida de posibilitar un mayor juicio de reproche por la comisión de un nuevo delito (fundado ello en un mayor conocimiento de la antijuridicidad de su acción), si se reúnen tales características de correspondencia entre el anterior delito y el actual.

Ello así, pues tal efecto comunicativo (dado por la circunstancia de haberle hecho saber a una persona el carácter contrario a derecho y merecedor de pena de una concreta conducta por él realizada, y que, con tal fundamento, se le imponía de manera coactiva el cumplimiento posterior de una pena privativa de libertad), sólo puede tener virtualidad para aplicar el instituto aquí tratado si puede concluirse, con absoluta certeza, que, al momento de la comisión del nuevo hecho, el imputado sabía (en un mayor grado que otra persona que nunca hubiese sido obligada a cumplir pena en virtud de un comportamiento de tales características), de la antijuridicidad de aquélla acción que, en el ámbito de su autodeterminación,



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

decidió llevar adelante, pese a que tenía la posibilidad exigible de no hacerlo.

De lo contrario, si los comportamientos involucrados en uno y otro proceso no guardan tal vinculación entre sí, no podrá predicarse que el nuevo hecho fue cometido con un mayor conocimiento de su antijuridicidad (susceptible de un mayor reproche consecuente en base a la norma aquí tratada), sino sólo, en su caso, que se verificó respecto de la conducta atribuida la conciencia de su ilicitud, pero sin que ésta tuviese las características que, en particular, se derivan del supuesto en análisis (como ya se dijo, una mayor magnitud de aquélla conciencia).

Cierto es que el artículo 50 de nuestro ordenamiento sustantivo no efectúa una distinción como la que aquí sostengo, que la acerca a la denominada "reincidencia específica", tal como está regulada, por ejemplo, en el Código Penal Español en su artículo 22, inciso 8° (Luis Rodríguez Ramos -Director-; Amparo Martínez Guerra -Coordinadora-; Código Penal, Comentado y con Jurisprudencia, 3ª. edición, La Ley, diciembre 2009, Madrid, España, págs. 188 y 216/26).

No obstante ello, encuentro que, desde el punto de vista de los fundamentos en los cuales me he basado aquí, y luego de una reflexión sobre el tema motivada por los fundamentos de los distinguidos colegas que me precedieron en el voto, la interpretación aquí propiciada es la única constitucionalmente posible.

Y en esa inteligencia, hago mías las consideraciones que conformaron el criterio seguido en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que "...el análisis de la validez constitucional '...de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere', entendiéndose que '...por la gravedad de tales

[exámenes] debe estimárselos como *ultima ratio* del orden jurídico,... de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera' (doctrina de Fallos: 260:153 entre otros)...", y que ello es así, en la medida en que es deber de los órganos jurisdiccionales "...agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable..." (Fallos: 328: 1491, voto de los Sres. Jueces Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, considerando 27, página 1519).

7) No pueden sino compartirse, en principio, las inquietudes puestas de manifiesto por los distinguidos colegas del Tribunal respecto a las consecuencias que podría traer aparejada la imposición de una pena de prisión perpetua unida a la declaración de reincidencia, y que los llevaron, en definitiva, a cambiar la postura sostenida con anterioridad respecto del instituto en cuestión.

Sin embargo, debo decir que la aplicación de la reincidencia en tales casos, no significa necesariamente enviar a una persona a morir en prisión, con la consecuente renuncia al objetivo constitucional de resocialización.

Diversas son las consideraciones que me persuaden de ello.

Con arreglo a los artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional, integra el orden público argentino el denominado "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", aprobado por la ley 25.390, y cuya implementación en el ámbito interno se concretó a partir de la ley 26.200, de modo que en lo que aquí



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

importa resulta válido acudir a dicho instrumento internacional como fuente de interpretación del derecho interno (Fallos: 315:1492, considerando 18).

Dicho Estatuto estableció en su artículo 77, párrafo 1, inciso b), en relación a los crímenes a los que se hace referencia en su artículo 5, la pena de "reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado".

Para nuestro país, la citada ley 26.200 precisó que tales delitos, si se cometiesen en el ámbito de aplicación que ella establece (artículo 3), tendrán la pena de prisión perpetua "si ocurre la muerte" (artículos 8 a 10).

Ahora bien, interesa ahora mencionar las normas previstas en el citado Estatuto para la "reducción de la pena" (artículo 110), pues a partir de aquéllas podrían derivarse ciertos principios para morigerar, en nuestro derecho interno, los efectos de una pena como la prisión perpetua, con la declaración de reincidencia.

En tal sentido, allí se dispone que "El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que se haya cumplido la pena impuesta por la Corte" (párrafo 1), que "sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso" (párrafo 2) y que, "cuando el recluso haya cumplido... 25 años de prisión en cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse...", no pudiéndose efectuar la revisión antes de cumplidos tales plazos (párrafo 3).

Luego de establecerse los "factores" que debe considerar la Corte a los fines de dicha reducción de pena (párrafo 4), la normativa finaliza señalando que "La Corte, si en su revisión inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y

con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba" (párrafo 5).

De la reseña efectuada hasta aquí puede apreciarse que el Estatuto de Roma también reconoció la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, incluso en el supuesto de la prisión perpetua, pues es claro que la posibilidad de que en un plazo cierto (25 años), la Corte examine si corresponde una reducción de aquélla (conf. artículo 110 ya citado), alentará la readaptación social del condenado en miras a ese objetivo.

En tal orden de ideas, se dispuso que, al momento de considerar la aludida reducción (lo cual deberá hacerse, luego de cumplidos los 25 años en el supuesto de pena perpetua, cada tres años, si el inicial examen de reducción no hubiese modificado el monto de pena), la Corte deberá valorar, entre otras circunstancias, que la conducta del condenado durante el cumplimiento de su pena hubiese revelado una auténtica disociación de su crimen, al igual que sus posibilidades de reinserirse en la sociedad, y de reasentarse exitosamente (Reglas de Procedimiento y Prueba, nros. 223 y 224).

En línea con la posibilidad de periódico control judicial de las penas perpetuas de privación de libertad, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, al concluir que el cumplimiento de una sanción de esas características no afecta la inviolabilidad de la dignidad del hombre que reconoce el artículo 1º, inciso 1º, de la Ley Fundamental, fundó ello en que las disposiciones de la ley de ejecución penal y la práctica vigente en Alemania en materia de indulto, impedían determinar que esa pena conduzca obligatoriamente a daños irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la existencia digna.

Añadió al respecto que al condenado se le debe dar la esperanza de volver a obtener su libertad y que si bien la posibilidad de indulto no es por sí



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

solo suficiente, el principio del estado de derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales se puede suspender la ejecución de una pena de prisión perpetua, así como para reglamentar el proceso aplicable a tal efecto (“Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, compilación de Jürgen Schwabe, traducción de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, sentencia 45.187 de la Sala Primera del 21 de junio de 1977, 1BvL 14/76, págs. 18/19).

Pues bien, es claro a mi modo de ver que el “principio del estado de derecho” al que hizo alusión el citado Tribunal superior alemán tiene vigencia en el derecho público argentino, el cual cuenta con los instrumentos normativos para asegurarla.

Al respecto, no es un dato menor que, si con arreglo a las concordantes disposiciones de las leyes 25.390 y 26.200, pudiese otorgarse una reducción de pena a condenados a prisión perpetua por los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, y crímenes de guerra allí previstos, tal beneficio podría también ser considerado para quienes han sido condenados a igual sanción (a despecho de su declarada condición de reincidentes), por delitos sólo contenidos en el Código sustantivo.

En ese mismo sentido, no puede soslayarse que conforme a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (uno de los cuales es, valga repetirlo, que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” -artículo 5.6) y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

También se dispuso allí que si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro

carácter, los Estados Partes "se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias" para hacerlos efectivos.

Dichas normas fueron precisadas en sus términos por la Opinión Consultiva nro. 11/90 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se estableció que la obligación de garantizar del artículo 1º de la Convención implica "el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (párrafo nro. 23); asimismo se dijo que "garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce" (párrafo 34).

De esta manera, aún cuando pudiese entenderse, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional Alemán, que el instituto del indulto no sería suficiente para asegurar al condenado a prisión perpetua (con la declaración de reincidente) la esperanza de recuperar la vida en libertad en razón del fin resocializador y del carácter humanitario de las penas, lo cierto es que en las actuales condiciones de vigencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no es posible presumir que la citada facultad del Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 5º, de la Constitución Nacional), como uno de los poderes soberanos del Estado al que se hizo expresa referencia en la mencionada Opinión Consultiva nro. 11/90, no fuese a ser ejercida, en el marco de su propia discrecionalidad y prudencia (Fallos: 22:730), con el objeto de cumplir con los



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

compromisos internacionales asumidos y asegurar así el “libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”, removiendo de esta forma “los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.

En tal orden de ideas, debe agregarse que si bien el artículo 4.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo contempla el “derecho a solicitar ... el indulto o la conmutación de pena” para “toda persona condenada a muerte” (disposición que se reitera en el artículo 6.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la inclusión de dicho instituto en tales instrumentos internacionales demuestra que él no resulta ajeno al ámbito de los derechos humanos.

De modo que al hallarse previsto en nuestra Constitución en forma amplia, con la sola limitación de “los casos de acusación por la Cámara de Diputados”, y sin perjuicio de que no exista un “derecho a indulto” (Fallos: 136:244 y 220:730), es posible la consideración del mismo en los términos antedichos.

Al respecto, no puede perderse de vista que el artículo 104 de la ley 24.660 alude de manera expresa a aquél cuando, al establecer junto a las demás normas concordantes, los requisitos para la aplicación de la progresividad del tratamiento penitenciario y el otorgamiento de los distintos beneficios allí establecidos, señala que “la calificación de concepto servirá de base para la... conmutación de pena e indulto”.

Por lo demás, es claro que el diseño constitucional adoptado en el orden nacional, que otorga dicha facultad al titular del Poder Ejecutivo, previo informe del tribunal correspondiente, es el de asignar intervención en la materia también al Poder Judicial, pero dentro de las esferas de sus propias competencias.

De esta forma, y toda vez que si bien es de recibo "...el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces -comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental-, así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil)", ello "no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma. No es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho vigente, ni que se atribuyan... potestades legislativas de las que carecen" (doctrina de, entre otros, Fallos: 308:1848, considerando 5° y sus citas; y 329:3089).

Es por todo ello, que en definitiva, si afirmamos (con el alcance que se precisó), la constitucionalidad del instituto que aquí tratamos (la reincidencia), se impone que sea el Poder Ejecutivo, en el marco de respeto a los compromisos internacionales contraídos por la República en materia de derechos humanos al que ya se hizo referencia, y con la pertinente intervención del órgano jurisdiccional, el que decida sobre la mejor manera, en el supuesto del reincidente condenado a prisión perpetua, de "remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce".

8) Yendo al caso concreto de autos, del certificado obrante a fs. 156 y 209 se desprende que:

a) Lucía Belén Argañaraz registra una condena a la pena de cinco años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, impuesta el 29 de abril de 2009 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial de Mercedes, por considerarla coautora del delito de robo calificado por el uso de arma impropia en concurso real con daño calificado. El 15 de marzo de 2012 el juzgado de Ejecución Penal departamental le concedió



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

la libertad condicional y la pena vencía el 16 de mayo de 2013.

En consecuencia, siendo claro que con los delitos por los que cumplió anteriormente pena privativa de libertad, afectó, en una modalidad sustancialmente análoga, el mismo bien jurídico que lesionó con motivo del hecho por el que aquí resultará condenada, en razón de los fundamentos ya expuestos debe declararse reincidente a la nombrada, habida cuenta que, por otra parte, desde el cumplimiento de su anterior condena, y hasta la comisión del suceso aquí tratado, no han transcurrido los plazos establecidos en el último párrafo del artículo 50 del Código Penal.

b) Por su parte, Débora Noemí Alegre registra una condena a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta el 13 de diciembre de 2011 por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, por considerarla autora del delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. El 12 de marzo de 2012 se le concedió la excarcelación en los términos de la libertad condicional; y el 18 de mayo de 2012 se convirtió la mencionada excarcelación en libertad condicional. La pena venía el 23 de septiembre de 2016.

En consecuencia, siendo claro que con los delitos por los que cumplió anteriormente pena privativa de libertad, afectó, en una modalidad sustancialmente análoga, el mismo bien jurídico que lesionó con motivo del hecho por el que aquí resultará condenada, desde que en el robo con armas se pone en riesgo la vida, igual bien jurídico que afectó en el delito antes cometido, en razón de los fundamentos ya expuestos debe declararse reincidente a la nombrada, habida cuenta que, por otra parte, desde el cumplimiento de su anterior condena, y hasta la comisión del suceso aquí tratado, no han transcurrido

los plazos establecidos en el último párrafo del artículo 50 del Código Penal.

Tal es mi voto.

VII. Accesorias legales:

Toda vez que la pena impuesta a Alegre importa la aplicación de las accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal, y en atención a que el 9 de octubre ppdo. en la causa n° 4316 "Méndez, Matías", este Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 2° del Código Penal, con argumentos que resultan aplicables al presente caso, no se comunicará la condena impuesta a Débora Noemí Alegre a la Secretaría Electoral.

VIII.- Costas y decomiso:

En atención al resultado del presente proceso las imputadas deberán cargar con las costas (art. 29, inc. 31 del C.P.).

Por otra parte, conforme lo dispone el art. 23 del Código Penal, y teniendo en cuenta que el decomiso es una pena accesoria porque tiene lugar siempre que haya condena (conf. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, pág. 734, 1a Ed.- Buenos Aires, EDIAR, 2005) se procederá con arreglo a dicha norma respecto de de la navaja retráctil con inscripción "Stainless" secuestrada a fs. 5 ya que la misma fue utilizada para cometer el hecho

En mérito de lo señalado, el Tribunal

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 50 del Código Penal.

II.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 19 inciso 2° del Código Penal.

III.- CONDENAR a LUCIA BELÉN ARGAÑARAZ ó ARGAÑARAS ó ARGAÑARAZ CAMPUSANO de las demás condiciones personales obrantes en autos, por ser coautora material penalmente responsable del delito de robo con armas en grado de tentativa, a la pena de **TRES AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento**, y costas (arts. 29.3, 42, 45 y 164 del C.P.).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 1 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 18751/2013/TO1

IV.- CONDENAR a DEBORA NOEMI ALEGRE de las demás condiciones personales obrantes en autos, por ser coautora material penalmente responsable del delito de robo con armas en grado de tentativa, a la pena de **TRES AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento**, y costas (arts. 29.3, 42, 45 y 164 del C.P.).

V. CONDENAR a la misma **DEBORA NOEMÍ ALEGRE** a la **PENA ÚNICA de QUINCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento**, accesorias legales y costas, comprensiva de la anterior y de la pena catorce años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires el 13 de diciembre de 2011, en el marco de la causa n° 2434 del Tribunal Oral en lo Criminal n°3 del Departamento Judicial de Mercedes.

VI. REVOCAR la libertad condicional otorgada a Débora Noemí Alegre por el Tribunal Oral en lo Criminal n°3 del Departamento Judicial de Mercedes, el 18 de mayo de 2012 respecto de la condena de catorce años de prisión dictada el 13 de diciembre de 2011 en el marco de la causa n° 2434 (art. 15 del C.P.).

VII. DECOMISAR la navaja retráctil secuestrada en autos (Art. 23 del Código Penal).

Insértese, hágase saber y cúmplase. Practíquese cómputo. Comuníquese a la Policía Federal; al Registro Nacional de Reincidencia; al Juzgado de Ejecución y Civil que correspondan. En su oportunidad ARCHÍVESE LA CAUSA.

ALBERTO HUARTE PETITE

(en disidencia)

MARTÍN E. VÁZQUEZ ACUÑA

(por su voto)

Ante mí:

ERICA SUSANA MANIGOT

Secretaria

NOTA: se deja constancia que el Dr. Luis R. J. Salas participó de la deliberación pero no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia médica.
Secretaría, 14 de febrero de 2014.