

REVISTA DE  
**DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA**

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

AÑO VI • NÚMERO 03 • ABRIL 2016

DIRECTOR

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

---

ÁREA PROCESAL

**MIGUEL Á. ALMEYRA**

## REINCIDENCIA

Determinación. Constitucionalidad. Desprecio por la pena por quien ya la sufrió. Carácter vinculante. Economía procesal.

- 1.— La constitucionalidad de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito.
- 2.— Planteada la inconstitucionalidad de la reincidencia, aun cuando el magistrado llamado a resolver la cuestión pueda tener una opinión distinta, corresponde seguir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por razones de economía procesal y a fin no aumentar los índices de litigiosidad.
- 3.— La prohibición de conceder la libertad condicional a los reincidentes, no viola Convenios Internacionales salvo que el causante sea condenado a prisión perpetua, pues en este último caso el fin de resocialización que guía a la pena resulta inalcanzable, al extinguirse ésta sólo con el fallecimiento del condenado (del voto del Dr. Bruzzone).

CNCas. Crim. y Correc., sala II, 18/09/2015. - G., O. E. s/ inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 CP.

[Cita on line: AR/JUR/39186/2015]

Buenos Aires, septiembre 18 de 2015.

*Resulta:* I. El titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 4, el 17 de enero de 2015, rechazó la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del Cód. Penal, solicitada por la defensa de O. G. (fs. 24 / 27).

Para decidir así, el juez *a quo* refirió que el reincidente merece, por su condición de tal, un reproche mayor y que su persistencia delictiva habilita al poder estatal para brindar una respuesta más eficaz y contundente.

Citó a la CSJN en cuanto ha dicho que la declaración de reincidencia finca en el hecho de que el causante ha demostrado su desprecio por la pena impuesta, al reiterar su accionar, por lo que puede determinarse objetivamente "el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior" (fs. 25).

Además entendió que la imposición de una nueva condena manteniendo la declaración de reincidencia, es una consecuencia del disvalor con que el le-

## La reincidencia frente a la Constitución Nacional

POR JOSÉ LUIS PURICELLI

Sumario: I. Presentación del tema. — II. Delimitando el marco de análisis. Las fronteras de la labor del Poder Judicial. — III. El fallo que anotamos. — IV. Reflexiones finales.

### I. Presentación del tema

Con aspiración de síntesis y en la inteligencia de sumar algunas reflexiones, habremos de abordar en esta página uno de los institutos de derecho penal cuya constitucionalidad viene siendo puesta en crisis con similares argumentos y planteos en las últimas décadas.

El Código Penal prevé un régimen de agravación por reincidencia en el art. 50 que repercute en el art. 14 del mismo texto legal.

De este modo se establece que debe ser tratado con más severidad quien comete un delito punible con pena privativa de la libertad tras haber cumplido ya efectivamente una pena de esa clase por un delito anterior, siempre y cuando no haya transcurrido un plazo legalmente estipulado, que oscila entre cinco y diez años, según cuál haya sido la pena impuesta por el primer delito, entre el cumplimiento de pena por el delito anterior y la comisión del nuevo delito. La agravación punitiva que impone la ley consiste centralmente en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del art. 13, Cód. Penal durante la ejecución de la pena por el nuevo delito.

### II. Delimitando el marco de análisis. Las fronteras de la labor del Poder Judicial

El cerco de luces dentro del cual el juez debe actuar muchas veces cuando se tacha de inconstitucional una norma tiene límites difusos, claroscuros, pero es imprescindible tratar de delinearlos con la mayor precisión para evitar confusión de roles tanto como el avasallamiento de un poder sobre otro.

gisador ha preceptuado a las conductas de quienes recaen en el delito. En ese sentido, entendió que no debía atribuirse al Estado la responsabilidad por haber fallado en su función de preventor y/o resocializador, toda vez que la persona no está obligada a recibir el tratamiento resocializador, y puede decidirse finalmente por recaer en el delito.

A su vez, consideró que reincidente y primario no comparten intramuros similares programas de actividad, y que se posibilita el egreso anticipado bajo las reglas de los arts. 17 y 56 de la Ley n° 24.660, por lo que no hay violación del principio de resocialización de la pena. Asimismo, el legislador ratificó su postura al sancionar la Ley n° 25.893 con la que excluye el beneficio pretendido a quienes cometan determinados delitos, apoyándose en la noción de advertencia. Por último, concluyó que no existe una jurisprudencia notoria que permita descartar la que hace décadas mantiene la CSJN.

II. Contra dicha sentencia, la defensora pública oficial Patricia G., titular de la Unidad de Letrados Móviles n° 1 ante los Juzgados de Ejecución, interpuso re-

Obviamente el responsable último de dicha labor es nuestro más alto tribunal. Vela, entre otras cosas, por la inquebrantable vigencia de las garantías de la carta fundamental.

Es que el *garantismo* —término que muchos utilizan peyorativamente y otros confunden con abolicionismo, como lo vengo diciendo en innumerables textos y exposiciones— no es un invento de fines del siglo XX o principios del XXI. El *garantismo* nace en 1789 con la Revolución Francesa, con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano... todo lo cual es recogido por las constituciones modernas y tantos convenios internacionales. Todos somos garantistas y los hombres de derecho al asumir la defensa de un individuo lo que hacemos justamente, entre otras cosas, es velar porque sean respetadas. Nuestra labor hace vivir el derecho en cada caso y la de los jueces al par de hacerlo latir, realiza la justicia diciéndolo con fuerza de verdad legal.

#### 1. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia

En primer lugar, la función de los magistrados no está dirigida a juzgar circunstancias de oportunidad, mérito o conveniencia de las normas.

curso de casación e inconstitucionalidad (fs. 30/40), concedido por el *a quo* a fs. 42.

III. La recurrente encausó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN.

a. Planteó la inconstitucionalidad del art. 50, CP y la consecuente inaplicabilidad del art. 14 del mismo cuerpo normativo. Para ello sostuvo que el contenido del art. 14, CP, en cuanto dispone como causal impeditiva para acceder a la libertad condicional que el solicitante haya sido declarado reincidente, vulnera el principio de resocialización mínima de los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución.

A raíz de esto, expuso que el art. 14, CP, resulta inaplicable. Indicó que lo castigado es la forma en que el autor lleva su vida y que responde a un autor específico que de antemano se etiqueta genéricamente. Mencionó que la norma restringe de forma general y no permite excepciones, constituyendo una presun-

Hace casi 56 años nuestro más alto tribunal (1), en ocasión de cuestionarse la constitucionalidad de la ley 14.226, sostuvo la validez de la norma y entre sus fundamentos dijo: "la cuestión de saber si debían utilizarse los medios que dispone la ley u otros procedimientos son cuestiones ajenas a la competencia de esta Corte a la que solo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que solo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso asegurar (...) no corresponde examinar el mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos".

El tribunal nunca ha entendido —sigue diciendo— que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse la validez constitucional de las leyes (2).

Este pensamiento de la Corte en idéntico sentido sobre la prohibición del examen de oportunidad o conveniencia de las normas ha seguido sosteniéndose invariablemente en varios decisorios (3).

(1) "Callao", 22/6/1960, Fallos 247:128.

(2) Se cita Fallos 171:348.

(3) Fallos: 308:1631; 3263:2409, entre muchos otros.

ción de peligrosidad basada únicamente en la condición previa del condenado.

b. Asimismo, la recurrente señaló que su defendido no había cometido ninguno de los delitos previstos por la Ley n° 25.892, razón por la cual no resulta aplicable al caso lo expuesto por el juez *a quo* en ese sentido.

c. Por último, consideró que al colisionar la seguridad ciudadana, en sentido genérico, y la reinserción social de un condenado prima el segundo, sin que pueda hacerse recaer sobre el interno la ineficacia del Estado.

IV. El recurso fue declarado admisible por la Sala de Turno el 16 de abril de 2015. V. En el término de oficina (art. 466, CPPN), la Defensora *ad hoc* de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, María Lourdes Marcovecchio, adhirió a lo expuesto en el recurso, y desarrolló argumentos complementarios. Entre ellas mencionó que una interpretación rígida del art. 14 implicaría afirmar que pese a los esfuerzos realizados intramuros por parte de los condenados, el fin resocializador no podría cumplir sus objetivos, vaciando de contenido los preceptos constitucionales. A su vez, entendió que el art. 12 de la Ley n° 24.660 establece

que el régimen penitenciario se caracteriza por su progresividad, que se divide en etapas, siendo la última de ellas el periodo de libertad condicional.

En ese sentido, consideró claro que le correspondía a cualquier interno, cualquiera que fuera la pena impuesta. Por último, expuso que si la ley quisiera realmente prever un tratamiento penitenciario más riguroso para quienes son reincidentes, jamás podría hacerlo de modo general y mucho menos privándolos de un instituto que constituye una herramienta de "reinserción social".

V. El 10 de junio de 2015 se celebró la audiencia prevista en el art. 468, CPPN, a la que asistió el defensor oficial *ad hoc*, Rubén Alderete Lobo, quien argumentó sobre la posición asumida por la parte recurrente. Finalizada la audiencia, el tribunal pasó a deliberar y arribó al siguiente acuerdo (art. 469, CPPN).

*Considerando:*

El doctor *Sarrabayrouse* dijo:

1. Según surge del recurso de casación interpuesto O. G. fue condenado el 12 de mayo del 2009 por el

Es que las leyes son dictadas por un poder independiente, el Legislativo el cual, actúa respondiendo en determinado tiempo a valoraciones culturales y sociopolíticas. Estas valoraciones obviamente cambian con el devenir, no son inmutables. El primero de los poderes al que nos referimos, el Judicial —que integran los magistrados— interpretará en casos concretos aquellas leyes y en todo caso velará por que estas últimas no colisionen con los dictados fundamentales de nuestra carta magna. El último y principal responsable de evitar dichos embates en una república es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la labor interpretativa el magistrado ponderará la letra de la ley —gramática—, la armonía con otras normas, la hermenéutica del texto, la razonabilidad y hasta el espíritu de la norma, llegando a bucear en la exposición de motivos, debate parlamentario, dictámenes, en síntesis, todo aquello que permita desentrañar con la mayor precisión —cuando la ocasión lo amerite— cuál es el norte que inspiró la fría letra de la ley. De ahí que es trascendente cuando el poder legisferante luce fundamentos técnicos de peso y nutridos debates, al menos en el dictado de normas de mediana importancia. Es intolerable y vergonzoso

so el dictado de normas votadas *a libro cerrado*, o cuando se advierten maratónicas sesiones en las que, por supuestas necesidades políticas, se sancionan leyes que tienen decisiva influencia en la vida de la comunidad. Ese egoísmo político, que resiente con elementales principios republicanos, lo pagamos todos, no porque estemos o no de acuerdo con la norma sancionada, sino porque el nacimiento de aquella fue deficiente en su sustancia, aun cuando no lo haya sido en su forma, aunque grosera, obvio. Pasará más o menos el tiempo y las voces acalladas en el recinto, que no son otras que las de representantes de la comunidad, se harán oír a través de los diversos canales institucionales; el tiempo hablará solo y el desgaste es mayor. El oportuno y sabio consenso parlamentario evita este último desgaste.

Entonces, en el marco de la gestación de las leyes, es el Congreso quien estudia las circunstancias de *oportunidad, mérito y conveniencia*. Evalúa la necesidad o la buena política del dictado de determinada norma o la reforma de otra cuando la realidad está enseñando la inutilidad de su texto original, sea por haber caído en desuetudo, porque han desaparecido los motivos de su dictado, porque la Corte insistentemente la ha invalidado constitucionalmente, en fin,

Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 a la pena única de veintisiete años de prisión de efectivo cumplimiento, más la declaración de reincidencia conforme a lo dispuesto por el art. 50, CP.

Tal como se ha propuesto el caso, no se discute la reincidencia de G., pues la sentencia que así lo declaró se encuentra firme. Planteado así el asunto, no resulta aplicable el precedente "Salto" (1); y en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de aquel instituto, nos remitimos a lo dicho en el precedente "Giménez" (2).

2. En este último precedente, señalamos que el planteo introducido por la defensa con respecto a la conformidad constitucional del art. 14, CP, cuestiona uno de los efectos del art. 50, ibíd. Ésta regla define la reincidencia pero no sus consecuencias (3).

(1) Sala II CNCCC, 27/08/2015. Reg. n° 374/2015.

(2) Sala I CNCCC, 10/07/2015. Reg. n° 238/2015.

(3) Cfr. GARCÍA, Luis, Las disposiciones sobre reincidencia en el Cód. Penal. Su escrutinio constitucional y el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en

Entre estas últimas cabe citar: 1) como criterio a tomar en cuenta para la medida de la pena, art. 41, CP; 2) como obstáculo a la libertad condicional, art. 14, CP; 3) los supuestos de multirreincidencia, que pueden determinar la imposición de una pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (caso "Gramajo", Fallos 329: 1680); 4) un supuesto de reincidencia específica y ficta, art. 189 bis, inc. 2°, último párrafo, CP; 5) para algunas leyes especiales, constituye un agravamiento directo de la pena; art. 17, ley 12.331; 6) también, algunos códigos procesales, la prevén como causa de impedimento de la excarcelación o la exención de prisión, art. 319, CPPN (4).

Leonardo G. Pitlevnik (Director), Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 15, Hammurabi, Buenos Aires, p. 37 y sigs.

(4) Cfr. GARCÍA, Luis, Las disposiciones sobre reincidencia en el Cód. Penal, op. cit., ps. 37 - 38; SMOLIANSKI, Ricardo, La reincidencia penal, ¿otra vez en el centro de la discusión?, en BERTOLINO, Pedro J. - ZIFFER, Patricia (directores), Revista Derecho penal y procesal penal, t. 3, marzo 2013, Abeledo - Perrot, ps. 472 - 474.

por su inoperatividad actual. En el estudio legislativo, obviamente, al par de aquellos análisis y otros que le son propios, se tiene en cuenta, o así al menos debe hacerse, la opinión de los autores (doctrina) y por qué no, la jurisprudencia. Esto es así porque resulta fundamental conciliar el marco jurídico con aquellas valoraciones apuntadas.

En este marco, el debate sobre *la utilidad o inutilidad* de un instituto de derecho penal escapa al cometido de la judicatura. Esto es una regla dorada que desde antaño ha sido asegurada por la Corte Suprema. Su actuación se ciñe a interpretar la norma en el caso concreto y velar por que ella no lesione garantías aseguradas en la carta fundamental.

## 2. Cuestiones de política criminal

Tampoco corresponde a los jueces en su labor interpretativa ingresar en cuestiones de política criminal. La política criminal, como la palabra lo indica, es un resorte político. Obviamente el control de razonabilidad late en la Corte en todo caso, porque la vigencia de aquélla en los actos de poder es propia del Estado de derecho y debe ser asegurada.

En ocasiones se advierte por los medios de comunicación peticiones de parte de la comu-

nidad a los magistrados acerca de la aplicación de determinadas severidades punitivas o procesales que en rigor de verdad escapan a la norma; que exceden las atribuciones del intérprete. Obviamente el juez puede tener criterios amplios o restringidos, dado que su labor no es automática, el derecho es opinable, pero en todo caso, jamás podrá su evaluación exceder el marco normativo que le ha establecido el Congreso de la Nación. Por tanto, sanciones y política criminal no son resorte judicial.

Por tanto, dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10) y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680, considerando 19) la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito *es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso* (4).

(4) Fallos 209:342; 314:440, considerando 5°; y dictamen del procurador general D'Alessio en Fallos: 312:309, esp. p. 816.

3. En el precedente "Giménez" señalamos que la constitucionalidad de la reincidencia es una vieja discusión que excede el marco de los tribunales y la academia, y que, al menos en el plano judicial, se encuentra hoy provisoriamente saldada por diversas sentencias de la Corte Suprema que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema. En este sentido, y tal como lo señaló el juez G. en el mismo precedente que citamos, son claras las sentencias dictadas en los casos "Gómez Dávalos" (Fallos 308 : 1938, del 16 de octubre de 1986), "Gelabert" (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987) "Valdez" (Fallos 311: 522, del 21 de abril de 1988), "L'Éveque" (Fallos 311: 1452, del 16 de agosto de 1988), "Gramajo" (Fallos 329: 1680), y fundamentalmente "Arévalo" (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014).

En esta última, la Corte sostuvo con respecto al "...planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia resulta sustancialmente análoga a la resuelta en 'Gómez Dávalos...', 'L'Éveque...' y 'Gramajo...' especialmente, considerando 12 a 18 del voto del juez Petracchi, y a ellos corresponde remitir, en lo pertinente...". En este repaso,

El régimen de libertad condicional que regula el Código Penal entre sus arts. 13 y 17 es, junto con el de suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, regulado en los arts. 26 a 28, Cód. Penal, una manifestación de una misma política del legislador nacional dirigida a graduar el uso del encierro carcelario en respuesta a particularidades de la historia punitiva de la persona condenada. La ley permite así prescindir condicionadamente de la prisión cuando el condenado lo es por primera vez y por un delito no particularmente grave, y reducir sensiblemente (en un el tiempo efectivo de internación carcelaria en los casos en los que el condenado cumple pena de prisión por primera vez, o cuando ya haya cumplido pena con anterioridad, si es que ha pasado un tiempo considerable, un tiempo que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el delito anterior.

Se trata pues de un patrón de empleo gradual del encierro carcelario que la ley prevé como respuesta proporcional a la gravedad del hecho ilícito por el que la persona condenada es responsable, establecido por el Congreso sin exceder los amplios márgenes de discrecionalidad que la Constitución le atribuye en materia de política criminal.

también son relevantes los casos "Alvarez Ordoñez" (causa A.577.XLVI) y "Taboada Ortiz" (T. 294.XLV, ambas del 5 de diciembre de 2013), donde también se discutía la constitucionalidad de la reincidencia. En ellos, la mayoría resolvió que el recurso extraordinario federal no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma o era inadmisibile, respectivamente, mientras que en ambos casos, el juez Zaffaroni votó en disidencia y consideró procedente el remedio intentado.

Al respecto, también resulta atinada la cita efectuada por el juez G. en el punto III de su voto en la causa "Giménez" mencionada (en el mismo sentido, véase el voto del juez Jantus en la causa "Olea" (5) donde también se mencionan más precedentes de la CSJN).

4. En los últimos años, la historia de esta polémica puede resumirse del siguiente modo: ha sido un lento avance cuya meta final parece ser la derogación de la reincidencia (6). Así, se estableció el sistema de rein-

(5) CNCCC, Sala III, registro n° 192/2015.

(6) Ya Julio Maier suponía, en 1996, que con la sanción de la ley 23.057 se preparaba la abolición total de la reincidencia:

### 3. El respeto por la independencia de poderes

En el Estado de derecho, la invalidación de una norma por decisión judicial es una medida extrema porque anula la vigencia de una ley que han dictado los representantes del pueblo. La Constitución Nacional, con la división de poderes ha establecido justamente funciones propias de cada uno evitando el avance de uno sobre el otro. Si el Poder Judicial actuara sin freno sobre los otros poderes ingresando en funciones propias de aquellos, caeríamos en el gobierno de los jueces. Y en rigor, de lo que se trata es de la *vigencia* de las leyes que son las que regulan la vida en sociedad.

Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una medida que tiene que aparecer *como imprescindible* y como *ultima ratio*. Por caso, el juicio político también debe ser una medida extrema. No implica esto establecer estadísticas porque la labor de la Corte es fundamental y no puede hablarse de porcentajes de normas invalidadas en tal o cual tiempo, importa sí, *la calidad republicana que en el examen de las leyes en casos puntuales realiza el más alto tribunal*.

La Corte así lo ha entendido en aras de resguardar la independencia de poderes estableciendo

cidencia real opuesto al de la reincidencia ficta (Ley n° 23.057); se declaró inconstitucional la multirreincidencia del art. 52, CP (caso "Gramajo", citado); muchos autores y tribunales limitan la interpretación del art. 41, CP, con respecto a "...las reincidencias en que hubiera incurrido..." el condenado, para evitar la doble valoración y la introducción de factores ajenos a la culpabilidad por el hecho en la medición judicial de la pena. Sin embargo, conserva algunos efectos cuyos alcances motivan renovados planteos de inconstitucionalidad.

5. La jurisprudencia enumerada en el punto 2 muestra que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 hasta mayo de 2014 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad de la reincidencia, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in idem* y la igualdad ante la ley.

cfr. autor citado, Derecho procesal penal. Parte General, t. 1, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, p. 640. En el mismo sentido pero más cerca en el tiempo, se menciona el optimismo que generaba decisiones judiciales contrarias a la constitucionalidad del instituto; cfr. SMOLIANSKI, Ricardo, La reincidencia penal, ¿otra vez en el centro de la discusión?, op. cit., p. 472.

reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe obedecer a su estricta contradicción con los principios recogidos por la Constitución Nacional.

Así, tiene dicho la Corte, que ha de procederse con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infra constitucional impugnada con el derecho federal invocado (cf. Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

Y esto es así porque no es antojadizo el cuerpo normativo que sirve de marco a una comunidad, dado que es el resultado de su tradición, historia y costumbres aun con todo el vértigo de los tiempos actuales y los golpes de timón político. Por tanto, esa labor interpretativa no debe prescindir de lo que los representantes del pueblo han dictado; debe ser más que prudente y solo dar por tierra con la norma cuando realmente *es repugnante con los principios y garantías superiores que pensaron nuestros constituyentes al gestarla*.

#### 4. Apuntes sobre la obligatoriedad de los fallos de la Corte

Frente a una jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema, como es en el caso que anota-

En esos precedentes también se ha referido al art. 14, CP, en tanto impide la concesión de la libertad condicional (casos "Valdez", "L'Éveque" y "Arévalo").

Frente a esta jurisprudencia uniforme, el interrogante siguiente se refiere a qué carácter reviste, esto es, si ella es obligatoria para los tribunales de las otras instancias. También este tema ha sido vastamente discutido y la misma Corte registra sentencias referidas al punto que no establecen un criterio absoluto (7).

Se trata de establecer el efecto vinculante, horizontal y vertical, de los precedentes de la CSJN, esto es, la regla conocida en el *common law* mediante la expresión latina *stare decisis et quieta non movere o stare decisis* (8).

(7) Cfr. SAGÚÉS, Néstor, Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, El Derecho, t. 93, ps. 891 y sigs.; más recientemente, Compendio de Derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 74 y sigs.; también véase el voto del juez Jantus en la causa "Olea" citada.

(8) Cfr. al respecto, GARAY, Alberto E., La doctrina del precedente en la Corte Suprema, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 16 y sigs.

mos, el interrogante siguiente se refiere a qué carácter reviste, esto es, si ella es obligatoria para los tribunales de las otras instancias, reflexiona el fallo que anotamos.

Este tema ha sido vastamente discutido y la misma Corte registra sentencias referidas al punto que no establecen un criterio absoluto.

Se trata de establecer el efecto vinculante, horizontal y vertical, de los precedentes de la Corte, esto es, la regla conocida en el *common law* mediante la expresión latina *stare decisis et quieta non movere o stare decisis*.

El decisorio que anotamos recuerda que el art. 19, ley 24.463, establecía que las causas por reajustes jubilatorios podían arribar a la Corte por recurso ordinario de apelación y que los fallos de ésta eran "de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas". La Cámara Federal de la Seguridad Social declaró inconstitucional esta regla. Por su parte, la Corte Suprema, en el caso "González v. ANSeS" (Fallos 323:555, 563) revocó esta sentencia pero autorizó a los jueces de otras instancias "a apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones novedo-

En este sentido, el art. 19, ley 24.463, establecía que las causas por reajustes jubilatorios podían arribar a la Corte por recurso ordinario de apelación y que los fallos de ésta eran "...de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas...". La Cámara Federal de la Seguridad Social declaró inconstitucional esta regla. Por su parte, la Corte Suprema en el caso "Herminia del Carmen González v. AnSes" (Fallos: 323: 555, 563) revocó esta sentencia pero autorizó a los jueces de otras instancias "...a apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas... criterio que ha sido aplicado también con posterioridad a la entrada en vigor del mencionado art. 19, segunda parte, de la ley 24.463..." (9).

Más allá del carácter que la misma jurisprudencia y la doctrina le asignen a las sentencias de la Corte Suprema, nos parecen decisivas las razones vinculadas con la economía procesal y la necesidad de no aumentar los índices de litigiosidad, obligando a las partes a

(9) Cfr. GARAY, Alberto F., La doctrina del precedente en la Corte Suprema, op. cit., ps. 226 y sigs.

sas y variadas (...) criterio que ha sido aplicado también con posterioridad a la entrada en vigor del mencionado art. 19, segunda parte, de la ley 24.463".

Se sostiene también que las razones vinculadas con la economía procesal y la necesidad de no aumentar los índices de litigiosidad, obligando a las partes a que planteen nuevamente la cuestión ante el máximo tribunal, deben ser tenidas en cuenta.

Estimamos obviamente que la insistente repetición de planteos aumenta la labor de los tribunales y la litigiosidad, pero también debemos ponderar que la tarea de los jueces no es automática. Si esto así fuera, bastaría con colocar los datos, la información en una computadora y la sentencia *exacta* la daría la máquina, rápida y silenciosamente.

Pero en rigor los casos pueden ser análogos, algunos obviamente iguales, pero otros no; por otra parte, es menester tener en cuenta que el derecho es una materia viva, que el individuo está conformado por una universalidad única e irrepetible y que los fundamentos que abastecen un planteo pueden variar en otro análogo. Obviamente nadie puede desconocer la importancia

que planteen nuevamente la cuestión ante el máximo tribunal. Sin perjuicio de esto, dejamos a salvo nuestra opinión contraria a este instituto, principalmente por el etiquetamiento que genera, sin ser necesario aquí ampliar otros fundamentos de nuestra posición (10).

6. Esto nos lleva a rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 14, CP. Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso interpuesto con costas. Tal es nuestro voto.

El doctor Bruzzone dijo:

En virtud de las consideraciones volcadas al resolver en los autos "Romano" (11), en donde expuse mi

(10) Cfr. MAIER, Julio B. J., op. cit., ps. 640 - 647, en particular, ps. 644 y sigs. Con anterioridad al fallo "Arévalo" de la CSJN, resolvimos esta cuestión en los casos "Sandoval" del 15.11.2004 y "Miranda Díaz" del 27.08.2013 como integrantes del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego. En el último caso mencionado, adherimos a una posición diferente a la sustentada por la Corte Suprema.

(11) Causa n° 75.369/14 de la Sala de FERIA, sentencia del 4 de agosto de 2015, Reg. n° 306/2015.

rectora de las decisiones del más alto tribunal y de la doctrina que de los mismos dimana, que sin duda iluminan la actividad de las partes y los tribunales y más aún en casos en los que la argumentación es idéntica, pero sellar *ab initio* la suerte de un caso colisiona con las garantías del debido proceso, la defensa en juicio, restringe la labor jurisdiccional y la propia evolución del pensamiento, sobre todo en casos cuyas decisiones generan consecuencias sumamente gravosas (5).

Siguiendo a Sagüés, conviene recordar que la Constitución Nacional nada dice sobre los efectos vinculantes de los fallos de la Corte Suprema. Alguna vez, en su inicio, aceptó simplemente que los jueces inferiores debían seguir la doctrina judicial sentada en sus veredictos. Des-

(5) Cfr. SAGÜÉS, Néstor, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 93-891 y ss.; más recientemente, "Compendio de Derecho procesal constitucional", Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 74 y ss.; también véase el voto del juez Jantus en la causa "Olea" cit.8 Cfr. al respecto, GARAY, Alberto F., "La doctrina del precedente en la Corte Suprema", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 16 y ss. —también citado en el fallo que anotamos— e *id.*, ps. 226 y ss.

posición respecto de la adecuación constitucional de la reincidencia (art. 50, CP) y de sus implicancias prácticas sobre el instituto de la libertad condicional (art. 14, CP), adhiero en lo sustancial al voto del colega Sarabayrouse.

El doctor Morin dijo:

a. Como se dijo, la defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 50, CP e inaplicabilidad del 14, CP. Sin embargo, la Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues, en el precedente "Arévalo" ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), "L' Eveque" (Fallos: 311:1451) y "Gramajo" (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

Ello va dicho sin perjuicio de que el agravio relativo a la regla prevista en el art. 50, CP, en el caso concreto, no es actual, toda vez que la declaración de rein-

cidencia de G. se encuentra firme (adviértase que en "Gómez Dávalos" se trataba de un recurso de revisión).

b. Cabe agregar que, aunque la declaración de reincidencia de G. no fue discutida por la defensa, lo relativo al tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también fue expresamente resuelto en "Gómez Dávalos". En lo que aquí interesa, allí se dijo: "5°) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario

pués, calificó tal deber como "moral". Más tarde, como "institucional". Con el tiempo, siguió afianzando el valor vinculante de sus sentencias, tanto en temas de derecho federal como de derecho común, con lo que realiza materialmente una tarea de casación en ambos órdenes, v.gr., por vía de la doctrina de las sentencias arbitrarias. Explica cuál es la única interpretación jurídicamente válida de un precepto, con lo que erradica las demás posibles exégesis, mientras que en otras situaciones indica cuál no es la interpretación pertinente (reputándola arbitraria), con lo que deja al operador un cierto margen para escoger, después, otras posibles variables interpretativas distintas a la anatematizada. Además, en ciertos supuestos el análisis es singularizado para el caso bajo examen (*case by case*), con lo que autolimita las proyecciones de la resolución hacia otros procesos, mientras que en otros, de tipo "definicional", emite una sentencia con vocación de generalidad y, en alguna significativa medida, con efectos *erga omnes*.

En la última alternativa, en efecto, cuando la Corte —por ejemplo— fulmina como inconstitucional una norma, no la deroga (formalmente), como lo hacen los tribunales constitucionales que siguen el modelo kelseniano; pero obliga a

todos los cuadros judiciales del país a inaplicarla, si la regla en desgracia es cuestionada en un proceso. *En definitiva, no es abolida, pero de ahí en más queda con vigencia condicionada (bajo una suerte de condición resolutoria)*. También corresponde tener en cuenta que la tendencia a asignar resultados expansivos a las sentencias de la Corte Suprema tiene su explicación en una serie de circunstancias extranormativas, muchas de ellas explicables por la sociología jurídica.

Resulta seductor a las cortes y tribunales constitucionales adscriptos el modelo *kelseniano*, con decidida pretensión de un control de constitucionalidad concentrado y especializado, obligatorio para todos los tribunales del país (e incluso, con facultades de derogación de la norma declarada inconstitucional).

Históricamente ha sido la propia Corte la que algunas veces ha dicho que sus fallos cuentan con "valor moral", o que los jueces tienen el "deber moral" de aplicar la doctrina judicial por ella fijada. La expresión "valor moral" o "deber moral" es algo engañosa y poco clara. Si se parte del supuesto que derecho y moral son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia conectados, un "deber moral" no implica necesariamente un

es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: "Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta. Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión..." (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, p. 578).

6°) Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia

"deber jurídico", salvo que el derecho lo adoptase. Una significativa muestra de "constitucionalización" de lo moral es el art. 19, CN, que habla de la "moral pública" como factor de regulación de la conducta de los habitantes.

En otras ocasiones la Corte sostuvo el valor y deber "institucional", derivados de la "autoridad institucional" del Tribunal. En este tramo del debate la disputa parece concluirse, ya que lo "institucional" se refiere —obviamente— a instituciones, en el caso a las instituciones judiciales, lo que importa, incuestionablemente, un diseño político y jurídico.

Por su parte, cabe reconocer que en ciertas sentencias ha sido la propia Corte Suprema la que ha confundido a la sociedad. Por ejemplo, cuando ha sostenido —en un mismo pronunciamiento— (i) que sus fallos "no son obligatorios para casos análogos", pero (ii) los jueces inferiores "tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por aquélla (la Corte) y, por tal razón, carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que (...) se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Tribunal".

de nuestro derecho positivo (...). (...) Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial".

La tesis de la Corte, conforme a la cual, el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario fue ratificado, dos años después de "Gómez Dávalos", en "Gelabert" (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere "...el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración".

### 5. La Corte Suprema encontró su voz

Parafraseando a *Borges*, la Corte Suprema de Justicia parece haber encontrado su voz (6) con respecto a la validez de la reincidencia toda vez que desde 1986 hasta el 2014 —*in re* "Arévalo"—, se pronunció invariablemente en favor de la constitucionalidad del régimen de agravación diagramado en los arts. 14 y 50, Cód. Penal.

Según este, debe ser tratado con más severidad quien comete un delito punible con pena privativa de la libertad tras haber cumplido ya efectivamente una pena de esa clase por un delito anterior, siempre y cuando no haya transcurrido

(6) BORGES, Jorge L., en el prólogo de su libro *El informe de Brodie* (donde reúne —entre otros— maravillosos textos los de "El indigno", "Juan Murana", "El encuentro", "La intrusa" - refiriéndose a su estilo literario dice "ahora, habiendo cumplido los setenta, creo haber encontrado mi voz...". Lamentablemente, hay gente que recuerda a estos gigantes (como Borges) por sus opiniones políticas, su humor, su conducta privada o pública, su excentricidad etc. y no por su obra, su don que es lo que los ha hecho trascender. En suma, aquello que nos regalaron. La perfección no es de este mundo y creo que lo más importante de los grandes, los diferentes, en todas las disciplinas es que nos hayan hecho o nos hagan participar de su don. El resto es la anécdota.

c. Por último, una aclaración. En los párrafos precedentes dejé explicado, por remisión a los fallos de la Corte, que no existe controversia entre las normas convencionales y el artículo 14 del Cód. Penal.

Y aunque el caso bajo examen no presenta el problema, resulta pertinente consignar que ello es así en la medida en que el reincidente no haya sido condenado a prisión perpetua. Ello así, pues dado que dichas normas establecen que la pena privativa de libertad debe tener como finalidad esencial la readaptación social del condenado, cabe concluir que "...una pena de prisión que irremisiblemente solo se agota con la muerte del condenado, no cumple ni nunca puede cumplir con este objetivo..." (A. 577. XLV.; "Alvarez Ordoñez", rta. el 5 de febrero de 2013; voto del juez Zaffaroni, cons. 24).

En este mismo sentido, ya en 1969 el gobierno de Chile advertía en sus observaciones al proyecto de la Convención sobre Derechos Humanos acerca de la necesidad de suprimir el párrafo del anteproyecto que establecía que "las penas privativas de libertad perseguirán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", toda vez que adoptaba una posición definida frente a uno de los más controvertidos problemas del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, es decir, el de la finalidad de las penas.

Y en esta línea, señalaba que no sólo no parecía propio de un texto legal, sino, además, que esa disposición podía generar dificultades en su aplicación debido a que todos los países americanos contemplaban en sus Cód. Penales condenas por largo tiempo o incluso de presidio perpetuo, las que, ciertamente,

resultaban incompatibles con la finalidad asignada en el párrafo referido (12).

Además, la Corte Suprema, en un fallo que consideró equiparable a sentencia definitiva "la decisión que de(negaba) la libertad a una persona privada de ella que alega(ba) haber cumplido la totalidad de (su) pena", sostuvo que era acertada la posición de la defensa, en cuanto a que "la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional" (G. 239. XL.; "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional", rta. el 4 de julio de 2006, cons. 4 y 5).

Por todo lo expuesto, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resuelve: rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa pública a fs. 30/40, con costas (arts. 456, 469, 475, 530 y 531, CPPN). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. El juez Bruzzone participó de la audiencia prevista en el art. 454 CPPN, de la deliberación y emitió su voto, pero no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. (cfr. Regla Práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Acordadas 9 y 14 de 2015). — Eugenio C. Sarrabayrouse. — Daniel Morin.

(12) Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1969, p. 39.

un plazo legalmente estipulado, que oscila entre cinco y diez años, según cuál haya sido la pena impuesta por el primer delito entre el cumplimiento de pena por el delito anterior y la comisión del nuevo delito. La agravación punitiva que impone la ley consiste centralmente en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del art. 13, Cód. Penal durante la ejecución de la pena por el nuevo delito.

### III. El fallo que anotamos

Se cuestionó la reincidencia sosteniendo que la agravación punitiva por reincidencia violaría, por un lado, el principio constitucional *non bis in idem*, que prohíbe la aplicación de una nueva pena por un hecho delictivo a quien ya ha sido

sancionado por ese hecho. Por otro lado, se dijo que el agravamiento penal contrariaría también la doctrina constitucional —articulada por la Corte en el precedente de Fallos 329:3680 ("Gramajo")— según la cual "la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es; sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya hecho (consid. 18). La agravación por reincidencia conculcaría esa doctrina —de acuerdo con el argumento de la defensa— en tanto crea la categoría de personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos ocurridos, juzgados y compurgados en el pasado.

Bien se apunta en el decisorio que, respecto de la primera crítica, no se agregan nuevos argumentos a los ya respondidos a su turno por el Tribunal al dictar los precedentes registrados en Fallos 311:552 ("Valdez") y 1451 ("L'Eveque") (7). Entonces la Corte descartó la objeción basada en el principio *non bis in idem* al interpretar el régimen de agravación por reincidencia no como una forma de agregar un nuevo castigo por el delito anterior ya penado, sino más bien, como un ajuste de la pena por el nuevo delito tomando en consideración características penalmente relevantes del caso.

Claramente sostuvo la Corte en dichas decisiones que el principio "prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal— a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. Lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada —como es obvio— en ésta" (8).

Lo mismo sirvió para refutar la objeción fundada en el principio que prohíbe la adopción de un derecho penal de autor. Es que, conforme con la lectura del Tribunal, la mayor gravedad en la sanción que el Código Penal atribuye a quien comete un nuevo delito habiendo cumplido efectivamente pena por un delito anterior puede explicarse como respuesta al mayor grado de culpabilidad que revelaría esa persona en la comisión del nuevo delito, en comparación con la que expresaría quien cometiera un hecho equivalente sin haber cumplido pena con anterioridad. Veamos: "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 posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito" (9). Bajo la luz de esa interpretación, el régimen de agravación por reincidencia no importaría una forma de castigo por el carácter o por lo que la persona es, ni respondería a un juicio sobre el proyecto de vida que ella ha elegido realizar. Antes bien, la agravación reflejaría una evaluación de la responsabilidad personal del autor por la comisión del nuevo delito.

Es interesante traer a colación lo expuesto por el juez Petracchi, en su voto en el caso "Gramajo", cuando sostiene "que la declaración de inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal, decidida por la Corte en ese precedente, no implica una conclusión semejante para el régimen de agravación por reincidencia". Claramente quedó sentado en la doctrina de dicho precedente que es contraria a la Constitución la imposición de una pena desproporcionadamente severa, en relación con la culpabilidad por la infracción penal cometida, y *sólo motivada en la atribución al condenado del carácter de ser un "peligro para la sociedad"*.

Vale decir entonces que una agravación punitiva legalmente impuesta como respuesta a una mayor culpabilidad por el hecho delictivo sobre el que versa la condena y que no supera los márgenes de la pena fijada por la ley en proporción a la gravedad del delito no comparte, por cierto, los vicios constitucionales del régimen del art. 52, Cód. Penal (10).

Autores como Roxin interpretan que la reincidencia, tal como está definida en el art. 50, Cód. Penal, es un indicador razonable de una culpabilidad mayor. La culpabilidad por un hecho delictivo depende, en efecto, de la capacidad de la persona de "comprender la criminalidad" del hecho que comete (cf. art. 34, inc. 1, Cód. Penal) (11).

(7) Allí, con asiento en una antigua doctrina constitucional de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (especialmente "Moore v. Missouri" 159 US 673 [1895]; cf. también "Gryger v. Burke" 334 US 729 [1948], "Williams v. Oklahoma" 358 US 576 [1959] y, más recientemente, "Nichols v. United States" 511 US 738 [1994] y "Wine v. United States" 515 VS 389 [1995]).

(8) Fallos 311:1451, consid. 7°.

(9) Fallos: 311:1451, considerando 7°; cf. también Fallos 308:1938, especialmente considerando 5°, y 311:52.

(10) Cf. Fallos 329:3680, voto del juez Petracchi, consid. 18.

(11) ROXIN, Claus, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", t. I, "Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre", 3 Auf., Beck, München, ps. 740-745). Y, por su parte, el previo

#### IV. Reflexiones finales

En síntesis y como de alguna manera lo expresa el fallo que anotamos, en los últimos años la historia de esta polémica puede resumirse en un lento avance cuya meta final parece ser la derogación de la reincidencia. Así, se estableció el sistema de *reincidencia real* opuesto al de la *reincidencia ficta* (ley 23.057) (12). Se declaró inconstitucional la *multirreincidencia* del art. 52, Cód. Penal —caso “Gramajo”, citado—; muchos autores y tribunales limitan la interpretación del art. 41, Cód. Penal, con respecto a “las reincidencias en que hubiera incurrido” el condenado, para evitar la doble valoración y la introducción de factores ajenos a la culpabilidad por el hecho en la medición judicial de la pena.

Ello no obstante, conserva algunos efectos cuyos alcances motivan renovados planteos de inconstitucionalidad. A estos planteos, la jurisprudencia que hemos reseñado esquemáticamente en este trabajo, exhibe que la Corte Suprema ha permanecido atada, desde hace casi treinta años, a un pensamiento uniforme pronunciándose *por la constitucionalidad de la reincidencia*, desechando los argumentos que se vienen esgrimiendo, esto es, que ofenda el principio de culpabilidad, el *ne bis in idem* y la igualdad ante la ley. En esos precedentes también se ha referido al art. 14, Cód. Penal, en tanto impide la concesión de la libertad condicional (casos “Valdez”, “L’Éveque” y “Arévalo”).

Es de hacer notar que el *instituto de la reincidencia descansa desde la lógica, la experiencia y la ley misma*, en un reproche mayor por haber

cumplimiento efectivo de una pena puede asegurar, intensificar o profundizar esa comprensión. Al menos, esa es una función u objetivo que cabe razonablemente atribuir a la pena (cf., p. ej., EWING, Alfred C., “The Morality of Punishment: with some suggestions for a general theory of ethics”, Kegan, Trench, Trubner & Co., London, 1929; esp. pág. 84; HAMPTON, Jean, “The Moral Education, Theory of punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13 [1984], ps. 208-238; DUFF, R. Antony, “Trials and Punishments”, Cambridge University Press, 1986, esp. cap. 9, ps. 233-266).

(12) Maier suponía, en 1996, que con la sanción de la ley 23.057 se preparaba la abolición total de la reincidencia; cfr. MAIER, Julio, “Derecho procesal penal. Parte General”, t. 1, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, p. 640.

evidenciado el condenado una persistencia delictiva, que es justamente la que habilita al poder estatal a brindar una respuesta más eficaz y contundente. El condenado no ha sido sorprendido como primario, circunstancia para la cual el legislador brinda alternativas y menor rigor sancionador. El condenado en el supuesto que estudiamos *conoció la sanción penal como consecuencia de su conducta delictiva precedente y cuanto menos, mostró indiferencia*. Como viene siendo señalado por la Corte la declaración de reincidencia finca en el hecho de que el causante ha demostrado su desprecio por la pena impuesta, al reiterar su accionar, por lo que puede determinarse objetivamente “el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior” (13).

Por otra parte, la imposición de una nueva condena manteniendo la declaración de reincidencia es una consecuencia del disvalor con que el legislador ha preceptuado a las conductas de quienes recaen en el delito.

La responsabilidad por haber fallado en su función de preventor y/o resocializador no puede colocarse en cabeza del estado, desde que ninguna persona está obligada a recibir el tratamiento resocializador. Insistir en la conducta delictiva depende de una decisión personal, de privilegiar intereses personales que se saben contrarios al interés general, reprobados y sancionados penalmente. Además, es de resaltar que reincidente y primario no comparten intramuros similares programas de actividad. Además, se posibilita el egreso anticipado bajo las reglas de los arts. 17 y 56, ley 24.660, por lo que tampoco puede hablarse válidamente de violación del principio de resocialización de la pena.

Por fin, es importante destacar no solamente que la Corte Suprema ha mantenido su voz invariablemente en la jurisprudencia, tanto como que lo propio que han hecho los Tribunales de Casación Penal, sino que el legislador vino a *ratificar su postura y convicción al sancionar la ley 25.893 con la que excluye el beneficio pretendido a quienes cometan determinados delitos, apoyándose en el concepto de advertencia*. ♦

(13) Fs. 25 citada por el fallo que anotamos.