

“CUMPLIMIENTO PARCIAL” A LOS FINES DE LA REINCIDENCIA

*Anabela Antegiovanni*¹

1) PROPUESTA DE TRABAJO

Más allá de los cuestionamientos que giran en torno a la constitucionalidad o no del instituto de la reincidencia, el presente trabajo se centra exclusivamente en la problemática que trae aparejada la interpretación del requisito “cumplimiento parcial de pena” que exige la letra del artículo 50 del Código Penal. Debido a la disparidad de criterios y fundamentos sobre este punto, es que resulta oportuno el presente estudio jurisprudencial a los fines de facilitarle al litigante un conocimiento general de las distintas posturas que tienen los tribunales de segunda instancia en la circunscripción Rosario en la actualidad. Para ello, es necesario primero abordar brevemente el origen de la Reincidencia y su fundamento para luego focalizar en la jurisprudencia local y concluir con una posible solución alternativa al problema.

2) INTRODUCCION

Llamamos “Reincidente” al sujeto condenado por sentencia firme que vuelve a cometer otro delito dentro de un período determinado por la ley. La existencia de la reincidencia depende de la comprobación objetiva de dos circunstancias: a) el cumplimiento efectivo de al menos una parte de la condena anterior; b) que el nuevo delito –punible también con pena privativa de la libertad- se cometa antes de transcurrido el término indicado en el último párrafo del art. 50 del C.P. Basta para comprobarla que se acrediten la concurrencia de ambos extremos. Sin embargo, como se observa, el Art. 50 del Código Penal, establece que no alcanza con la mera existencia de una condena anterior, sino que exige que la misma se haya cumplido *total o parcialmente*, notando a simple vista la ambigüedad del término “parcialmente”, lo cual deriva en los problemas interpretativos de hoy en día.

¹ *Abogada. Pontificia Universidad Católica Argentina; Adscripta Derecho Penal I – Universidad Nacional de Rosario; Aspirante a adscripta Derecho Procesal Penal – UCA; Asistente de Juicios Orales (Servicio Público Provincial de Defensa Penal Regional Rosario).*

Actualmente ya ha sido superada la cuestión en cuanto a que el encierro cautelar de una persona no puede considerarse como cumplimiento de pena a los fines de la reincidencia a partir del fallo "**MANNINI**"² de la CSJN donde se ha expedido al respecto y al fallo "**BARÓN**"³ de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, entre otros, donde se han expedido al respecto, por lo tanto no hay dudas que se excluyen los supuestos en los que simplemente se cuenta con una sentencia condenatoria anterior pero que de ningún modo ha llegado a ejecutarse, o sea, donde el sujeto no llegó a estar ni un día privado de la libertad en calidad de "condenado". Además basta con hacer una interpretación literal del art. 50 CP (que refiere a "pena" anterior) para arribar a la misma conclusión. Sin embargo, lo que resulta controvertido, debido al silencio de la ley, es determinar cuánto tiempo debe haber estado cumpliendo pena y dónde debe haber transcurrido ese encierro para poder tener por cumplimentado el requisito legal.

Cotidianamente se discute la interpretación del término "parcialmente" en las salas de audiencia. Fiscales y defensores asumen distintas posturas brindando como fundamento la razón de ser de dicho instituto. El problema es que tampoco es pacífica la opinión en este sentido, pudiendo observar, en líneas generales, cuatro grandes grupos:

- a. Quienes afirman que la reincidencia revela un **mayor grado de injusto por mayor alarma social**. Consideran que el manifiesto desprecio por la ley, lo que hace crecer el temor de la sociedad. Por eso, para los partidarios de esta postura, el hecho reincidente resulta más peligroso.
- b. Quienes sostienen que revela una **mayor peligrosidad** del sujeto. La jurisprudencia exhibe cierta inclinación hacia este tipo de argumentos de corte "peligrosista" (pese al precedente "FERMIN RAMIREZ"⁴ de la CIDH). Consideran que la reincidencia tiene que ver con su

² "MANNINI, Andres Sebastian s/Causa N° 12678". 14/02/2007. CSJN. M. 619. XLII. RHE

³ "BARON, Andrés Roberto Y BARON, Cristian –Robo Calif.- s/ Recurso de Inconstitucionalidad". CSJSF; 19-mar-2008; Fuente Propia; 00385; 28128/12

⁴ Caso "Fermín Ramírez Vs. Guatemala". Sentencia 20 de junio del 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego del cual se expidió en la misma línea la CSJN en el fallo "Gramajo" y "Maldonado".

proclividad delictiva, un “hábito hacia el delito” o lo que es igual, con una repetición de decisiones reveladoras de mayor peligrosidad.

- c. Quienes consideran que es indicativa de una **mayor culpabilidad**, y por eso justifican el aumento de la pena. Sostienen que el hecho de que el sujeto ya haya conocido la condena anterior, lo coloca en una mayor obligación de vida.
- d. Y por último, quienes afirman que demuestra la **insuficiencia relativa de la pena ordinaria**. Son los que consideran que la reincidencia, en caso de permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial. Para ello, es necesario demostrar que el Estado haya desplegado tratamiento resocializador sobre ese sujeto para poder afirmar que el mismo fue insuficiente y así poder reajustarlo.

De este modo responder a la pregunta ¿Cuánto tiempo es “parcialmente”? no es sencillo: ¿Haber cumplido un día privado de la libertad es suficiente? ¿Acaso es un problema de “proporcionalidad” o hay que atenerse a un tiempo fijo e invariable aplicable a todos los casos? ¿Incide el progreso del condenado dentro del régimen penitenciario progresivo?.

Para abordar este tema correctamente es necesario remitirnos a la reforma introducida por la ley 23.057 (1984), a partir de la cual se deja de lado el sistema de reincidencia Ficta (o Formal) que estaba instalado hasta ese momento para dar lugar a lo que llamamos Reincidencia Real.

Cuando hablamos de reincidencia formal o ficta nos referimos a la antigua interpretación según la cual se era reincidente por el mero hecho de contar con una condena anterior independientemente de que se haya cumplido o no efectivamente. Para este sistema, si el sujeto ya fue condenado y vuelve a delinquir, por más que no haya ido nunca a la cárcel, será considerado reincidente. No interesa si el condenado recibió o no tratamiento por parte del Estado, si sufrió o no la pena, si tomó consciencia de ello, en dónde cumplió esa pena, etc. En cambio, a partir de la reforma, la cuestión es diametralmente opuesta: ya no alcanza con el mero dato formal de que previamente existió una sentencia condenatoria en cabeza de ese mismo sujeto sino que es necesario demostrar que la **condena** anterior (a pena privativa de la libertad) haya sido cumplida en forma **efectiva**, que

la haya experimentado, sufrido, al menos parcialmente. Con esta reforma se introduce el texto del Art. 50 CP que actualmente está vigente y regula el instituto.

“La reincidencia debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial”, éste fue el mensaje que el presidente de turno remitió al Honorable Congreso de la Nación, el cual constituye el motivo de esta reforma.⁵

En los Anales de Legislación Argentina de 1984 se destacan las posturas del **Diputado Cortese** quien expuso: *“...se evitarán las situaciones injustas de tener que calificar de reincidente a quien jamás ha estado encarcelado.”*

El **Senador De la Rúa** señaló: *“El Código Penal regulaba un sistema de reincidencia ficta apartándose del principio de derecho penal de acto (...) para juzgar al sujeto no sólo por el hecho sino por su peligrosidad”*. Agrega que el sistema de reincidencia real tiene en cuenta la pena efectivamente cumplida considerando que **quien delinque de nuevo, dentro de los plazos previstos, demuestra que la pena sufrida no fue suficiente para reeducarlo**. Que no se haya cumplido el fin de la pena es lo que justifica una condena más gravosa.

El propio De La Rúa reconoce que el artículo 50 CP emplea una fórmula no del todo clara (“parcialmente”) ya que el artículo no impone un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance: *“el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante... (como) una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión”*⁶.

Por otro lado, agrega: *“debe quedar claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los fines de la reincidencia”*.

Es claro que el legislador quiso derogar la “insubordinación contra la sentencia” como fundamento de la reincidencia, exigiendo entonces el efectivo cumplimiento de esa pena. Pero

⁵ “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Editorial Hammurabi, Bs. As., Argentina

⁶ Cita del senador De la Rúa, expuesta en sesión del 15/02/84.-

también es cierto que con las palabras de la ley no alcanza y se deja al Tribunal que analice en cada caso concreto si el tiempo de pena cumplido es suficiente o no para considerar que se ha cumplido parcialmente la misma y así declarar reincidente al sujeto.

Sin embargo, observamos que en muchas situaciones, parecería que algunos actores del sistema penal siguen inmersos en el viejo sistema de la reincidencia ficta, por ejemplo cuando el Fiscal solicita al juez la declaración de reincidencia por la mera circunstancia de haber existido una condena anterior, haber cometido un nuevo hecho dentro del plazo de ley, y haber estado privado de su libertad por unos pocos días luego de adquirir firmeza esa condena.

2) **Problemática de cantidad y calidad.**

Para responder al interrogante “¿Cuándo se entiende satisfecho el requisito del artículo 50 CP.?” , primero hay que preguntarse qué entendemos por “cumplimiento de pena”.

Existen dos posiciones acerca de su significado:

- Una postura sostiene que significa **encierro carcelario efectivo y tratamiento penitenciario**. Entonces, en los casos de condenas condicionales, penas compurgadas, ceses de prisión, etc. donde el condenado no ha recibido absolutamente nada de tratamiento, quedarían fuera a los fines de la reincidencia.
- Otros, afirman que basta simplemente con el **encierro carcelario**, no siendo indispensable el tratamiento. Por ende para esta postura no interesa cuál haya sido el avance del condenado dentro del régimen penitenciario progresivo a estos fines.

Sin embargo, para los partidarios de la primera postura, el problema se presenta cuando el sujeto efectivamente estuvo encerrado y ha recibido tratamiento carcelario pero no ha cumplido la totalidad de la condena en encierro. Como la cuestión no es para nada pacífica en la jurisprudencia de nuestros tribunales, incluso encontramos posturas disímiles dentro de la misma Cámara de Apelaciones de Rosario, a los fines de facilitar la exposición de estos puntos de vista (a nivel jurisprudencial y doctrinario), se desarrollarán los dos problemas, tiempo y lugar de cumplimiento, por separado: primero abordaremos la problemática que gira en torno a la cantidad de tiempo que

debe haber transcurrido el sujeto privado de su libertad para que se entienda satisfecho el requisito del art. 50 del CP y luego se desarrollarán las distintas posturas en torno al lugar donde debe cumplirse esa pena a tales fines.

a) ¿Cuánto tiempo es necesario para que se entienda satisfecho el requisito de “cumplimiento parcial”?

Desde la reforma de 1984, la jurisprudencia ha pasado de adoptar una postura de “apenas unos días es cumplimiento”, hasta exigir cumplir 2/3 de la pena impuesta. Esta última corriente comenzó a partir de los 90’ (que no fue mayoritaria pero fue asumida por Zaffaroni, y Donna) y encontró fundamento en el artículo 13 del Código Penal (donde se exige cumplimiento de los 2/3 de la pena para que pueda otorgarse la libertad condicional). Pero finalmente, con la sanción de la 24.660, a mitad de la década del 90’, se fue corriendo el baremo del cumplimiento parcial hacia la mitad de la condena, momento en el cual el sujeto podría acceder a las salidas transitorias. Sin embargo, lo que sí es unánime en los Tribunales a partir de entonces, es que todos han mantenido incólume la esencia de la reincidencia real.

Por ejemplo, veamos lo que dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso **“SINFORIANO GOMEZ DAVALOS”**⁷ (1986). La defensa del condenado interpuso una revisión para que se deje sin efecto la declaración de reincidencia que le impedía obtener la libertad condicional, argumentando que sólo podría sostenerse que había mediado cumplimiento parcial de la pena cuando haya soportado en tal carácter un tiempo superior a los 2/3 de la pena impuesta (postura de Zaffaroni y Donna). Aquí la Corte consideró que no interesa el tiempo que estuvo cumpliendo la condena ya que la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese haberla sufrido antes, recae en el delito nuevamente. Lo que interesa es que el autor haya experimentado el encierro, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche. Concluye diciendo que **“Es suficiente contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de la libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de prevención**

⁷ “Gómez Davalos, Sinforiano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16 de Octubre de 1986. Fallos:308:1938.-

especial de la pena... (pero no el único)". De esta manera la Corte ha descartado como fundamento de la reincidencia el fin preventivo-especial de la pena, no exigiéndose por ende que haya avanzado hacia alguna fase determinada prevista por la ley de ejecución penal, como ser la de tratamiento o la de prueba al considerar que "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".

Dos años después, la CSJN vuelve a pronunciarse sobre este tema en **"RUBEN GELABERT"**⁸ (1988), siguiendo la misma línea que en Gómez Dávalos al considerar que es suficiente acreditar el antecedente objetivo de que haya cumplido total o parcialmente la pena, independientemente de su duración.

Si bien los fallos "Gómez Dávalos" y "Gelabert" surgen como un avance fundamental dentro de la jurisprudencia ya que al exigir que se haya cumplido la condena anterior, dejan de lado el sistema de reincidencia ficta imperante hasta el momento, a mi criterio no son plenamente respetuosos de los fundamentos que inspiraron la reforma del art. 50 CP en 1984. La crítica que puede hacerse a estos fallos es que minimizan el fin preventivo especial de la pena (finalidad reconocida en la Constitución Nacional y tratados internacionales) quitándole importancia a la resocialización del sujeto y enfatizando el carácter retributivo de aquella. La Corte aclara específicamente que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de la pena, más no el único. Sumado a ello, al decir que lo relevante es que la persona haya cumplido pena privativa de la libertad, sin importar el tiempo de cumplimiento, permite abarcar dentro de la reincidencia aquellos supuestos donde el condenado cumplió un solo día de prisión (efectiva y luego de la sentencia firme), lo cual es una clara ficción que va en contra del sistema de reincidencia real adoptado. No podemos pensar que un sujeto en un día haya podido recibir algo de tratamiento por parte del Estado, así como tampoco podemos exigirle al Estado que despliegue dicho tratamiento en tan breve lapso. En ninguno de los dos fallos se atiende al tratamiento resocializador como fundamental, sino como secundario: no se interesan por el avance

⁸“GELABERT, Rubén Guillermo s/ robo con armas – Causa N° 14641”, CSJN; 7 de julio de 1988. Fallos:311:1209.-

del condenado dentro del régimen penitenciario. Sin embargo, en la provincia de Santa Fe Corte provincial y la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario se expidieron al respecto marcando un precedente interesante en la materia. Veamos los fallos más relevantes en orden cronológico:

“BARON, Andrés Roberto y Ot.”⁹ (2008). CSJSF.

Si bien este caso se basa en analizar si la prisión preventiva debe o no ser tenida en cuenta a los fines de la reincidencia, lo cual soluciona remitiendo en este punto al caso “Mannini”¹⁰ de la CSJN, resulta interesante mencionar el voto del Dr. Erbetta ya que se expide también acerca del cumplimiento parcial de pena en cuanto expresa que **“el cumplimiento parcial debe alcanzar una entidad suficiente para demostrar la ineficacia de la pena y su ejecución**, resultando irrazonable una interpretación que adjudique dicho tiempo a un cumplimiento temporalmente **insuficiente** y mínimo como, por ejemplo, el de **tres días**”.

Continuemos entonces analizando los fallos relevantes de la Cámara de Apelaciones:

Primero, podemos mencionar el caso: **“GAMBA, Bruno”**¹¹. (2014). Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario. Dres. Acosta - Llaudet – Ivaldi Artacho.

Gamba estuvo detenido en prisión preventiva, luego se le impuso una pena de 2 años y 9 meses, de la cual cumplió sólo 1 mes y 18 días en encierro como condenado, obtuvo la libertad condicional y luego la pena se extinguió. Posteriormente comete otro delito y es condenado. Las partes discutieron la reincidencia por la escasez de tiempo de cumplimiento de pena (1 mes y 18 días) y el Juez Suárez lo declara reincidente ya que consideró que basta 1 día de cumplimiento efectivo. El Defensor Público (Dr. Juan Pablo Nardín) apela cuestionando dicha declaración y la alzada revocó expresando que “...en relación al **exiguo tiempo de encierro en condición de condenado**, su escasa entidad torna irrazonable la afirmación relativa a la **existencia de tratamiento penitenciario**

⁹ “BARON, Andrés Roberto Y BARON, Cristian –Robo Calif.- s/ Recurso de Inconstitucionalidad”. CSJSF; 19-mar-2008; Fuente Propia; 00385; 28128/12

¹⁰ “MANNINI, Andres Sebastian s/Causa N° 12678”. 14/02/2007. CSJN. M. 619. XLII. RHE

¹¹ “GAMBA, Bruno” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario. 2014. (Dres. Acosta – Llaudet – Ivaldi Artacho).

relevante a los fines que informa el bloque de constitucionalidad en relación a la finalidad de las cárceles para la reinserción social del condenado. Por esta razón, consideran que la sentencia debe ser, en el presente extremo, revocada en razón del art. 18 de la Constitución Nacional, art. 50 del Código Penal, ley 24.660 y su decreto reglamentario”.

Pese a que en este caso la Cámara no se expide acerca de cuál sería el plazo que debería haber cumplido el condenado para considerarlo reincidente, deja en claro que lo que interesa es que efectivamente haya recibido tratamiento por parte del Estado.

En tal sentido, si por un lado sabemos que la finalidad de la pena (o al menos una de sus finalidades reconocida en el ordenamiento jurídico a través del 75 inc 22 CN), es lograr la resocialización y reeducación del condenado, lo cual se obtendría mediante un régimen penitenciario progresivo, sumado al sistema de reincidencia real que nos rige, cuyo fundamento se basa en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (“Gelabert”), deberíamos concluir que ésta sólo podría declararse si el nuevo delito ha sido cometido por alguien respecto del cual el Estado ha llegado realmente a desplegar su tratamiento por un lapso que presuponga algún avance más o menos serio respecto de la situación del detenido meramente procesado.

Por otro lado, tenemos el fallo “**BORDON, Eduardo**”¹² de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario donde intervinieron los Dres.: Ivaldi Artacho – Lurati – Acosta.

En este caso la Cámara revoca la declaración de reincidencia por haber cumplido 28 días de 3 meses de pena –en prisión domiciliaria- atendiendo a la **PROPORCIONALIDAD** entre el tiempo cumplido y tiempo de pena. En este caso, los jueces entendieron que 28 de 90 días (lo que es igual a decir “**el 31%** de la pena impuesta”), no es cumplimiento parcial por ser insuficiente (Ivaldi-Lurati-Acosta).

Brevemente los hechos: En la audiencia de procedimiento abreviado, el Fiscal pidió la declaración de reincidencia y el Juez hizo lugar. La Defensa (Dr. Tojo) apeló entendiendo que los antecedentes condenatorios no lo justificaban ya que si bien es cierto que Bordón contaba con

¹² “BORDON, Eduardo” Cámara Penalaciones en lo Penal de Rosario. (Votos: Dres. Lurati y Acosta).

condenas anteriores, en ningún caso había tenido cumplimiento como penado: en dos de esos casos la pena se había dado por compurgada con el tiempo cumplido en prisión preventiva, y en el único caso que no fue así, la pena se le impuso con modalidad domiciliaria, por 3 meses, cumpliendo solamente 28 días bajo esta modalidad, no llegándose a cumplir los 2/3 que requiere el sistema de reincidencia real.

La Cámara resolvió por unanimidad revocar la declaración de reincidencia, si bien Ivaldi Artacho tiene sus propios fundamentos por una parte, y Lurati-Acosta los suyos por la otra.

Lurati (y Acosta en adhesión) entiende que la reincidencia real debe ser interpretada tal como la establece el Código Penal, como un cumplimiento parcial, más allá de los 2/3 que cita la defensa (que no es pacífica y tampoco sigue este Tribunal en todos los casos). Lo que no es discutible para ambos camaristas es que debe considerarse una cuestión de **PROPORCION**. En este caso, se cumplieron **28 días, en una pena de 3 meses**, y ello no puede considerarse cumplimiento parcial. No puede declararse la reincidencia por el mero hecho de haber cumplido un tiempo sino que debe interpretarse racionalmente el CP.

Pasemos ahora a analizar el fallo de Cámara que por primera vez estableció específicamente cuánto tiempo debe transcurrir cumpliendo pena para que pueda considerarse reincidente: **“RAMIREZ, Walter A.”**¹³ (Febrero 2017). Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario. Dres.: Lurati - Ivaldi Artacho - Depetris.

Ramírez había sido condenado a 10 años de prisión efectiva y declarado reincidente (por procedimiento abreviado) por un hecho cometido el 2/8/15. Contra dicho pronunciamiento el Defensor Público Dr. Mariano Bufarini interpone recurso de apelación atento considerar que no correspondía la declaración de reincidencia de su asistido ya que el mismo había sido condenado anteriormente a la pena de 1 año y 6 meses (por unificación) cuyo vencimiento operaba en fecha 19/4/15 y el 26/11/14 se le había concedido libertad asistida, por lo que entiende que sólo cumplió 1

¹³ RAMIREZ, Walter Anibal s/ Homicidio Simple. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 08-feb-2017; Fuente Propia; 137/17

mes y 19 días (ya que no debía contarse a los fines del “cumplimiento parcial” de pena el tiempo transcurrido en libertad anticipada). La defensa se agravia por haberse violado el régimen de la reincidencia real destacando que este tiempo transcurrido no es suficiente para tener por cumplido el requisito del art. 50 CP. Sumado a ello, se resalta la cuestión de que durante ese escaso período de tiempo Ramírez incluso estuvo alojado en comisarías sin recibir tratamiento resocializador.

La Dra. LURATI marcó su postura diciendo que en realidad Ramírez había cumplido 5 meses y 9 días en prisión efectiva y no 1 mes y 16 días como deslizó la defensa, ya que según su criterio **debe valorarse también como cumplimiento de pena** el tiempo durante el cual Ramírez estuvo en **libertad asistida**. Pero por otro lado, coincide con la defensa en que cumplir 5 meses y 9 días en forma no es suficiente para considerar que haya habido “cumplimiento parcial” ya que no alcanzó a cumplir en forma efectiva **un tercio de la pena impuesta** (recordemos que había sido condenado a 1 año y 6 meses de prisión, por ende, siguiendo esta línea debería haber cumplido 6 meses de manera efectiva para ser reincidente).

La Dra. Lurati hace una remisión al debate parlamentario sustentado en marco a la sanción de la ley que modifica el art. 50 en 1984 y del cual se desprende que debe ser el Tribunal el que debe determinar si ese tiempo, medido en el marco de la pena que debía cumplir en totalidad, pueda considerarse en los términos del 50 CP “cumplimiento parcial”, a los efectos de ser considerado reincidente. Si bien una hora, media hora, tres minutos, será cumplimiento de pena, ello no significará que ese cumplimiento pueda considerarse suficiente en los términos del artículo citado. Y como toda consideración en una sentencia, impondrá a los Jueces fundar por qué se considera que el cumplimiento fue parcial (“Squillario”¹⁴, CSJN).-

Aclara Lurati que, si bien entiende que no hay una regla establecida en cuanto al tiempo que debe transcurrir para considerarse “cumplimiento parcial”, se sorprende de la cantidad de casos que llegan a consideración del Tribunal en los cuales la Acusación pretende la declaración de reincidencia de sujetos que no llegan **ni siquiera a un tercio de la pena impuesta**. Y claramente este es el caso de

¹⁴ “SQUILLARIO, Adrian Rodolfo – VAZQUEZ, Ernesto Marcelo Y SMOLDI, Nestor Leandro s/Defraudación Especial”. CSJN. 08/08/2006. S. 579. XXXIX. REX

Ramirez quien no llegó a cumplir ni un tercio de la pena en forma efectiva. Por ello, el voto de Lurati es por la revocación de la reincidencia dictada en Primera Instancia.

El Dr. IVALDI ARTACHO (con adhesión de la Dra. DEPETRIS) no coincide con el criterio de “**un tercio**” utilizado por la Dra. Lurati. Pese arribar a la misma conclusión, su voto está sustentado en otros motivos. Comienza diciendo que en tanto el art. 50 CP no establece un término mínimo al respecto, debemos remitirnos al precedente jurisprudencial “GOMEZ DAVALOS”¹⁵ (1986) y “AREVALO”¹⁶ (2014) según el cual se exige que el inculpado haya cumplido anteriormente (total o parcialmente) *pena privativa de la libertad efectiva en carácter de condenado*, siendo por ende **insuficiente** el exclusivo cumplimiento de pena bajo alguna modalidad de libertad anticipada (como la **Libertad Condicional** del art. 13 CP, o la **Libertad Asistida** del art. 54 de la Ley de Ejecución Penal 24.660): “*lo que interesa en este extremo es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide....*”. Por ende, **Ivaldi no considera la libertad asistida (ni la libertad condicional) como cumplimiento de pena.**

Coincide en que al no establecer el art. 50 CP un plazo mínimo de cumplimiento, da lugar a que el intérprete establezca su alcance. De esta forma, utilizando como guía el discurso del Senador De la Rúa en el debate parlamentario de 1984 más los fallos mencionados precedentemente, considera que el “cumplimiento parcial” de la condena requerido por el art. 50 CP demanda haber cumplido pena efectiva por una extensión mínima que permita razonablemente considerar que el condenado percibió con claridad o ha tomado conciencia que cumplió como tal (como pena) el encarcelamiento padecido, consecuencia que luego desprecia al perpetrar otro delito conminado con igual sanción cuyo alcance ya conoce. Así las cosas, estima que el plazo mínimo exigible de cumplimiento parcial de la pena de prisión efectiva anterior **no puede ser menor a 3 meses, uniforme para todos los casos.** Considera que este término mínimo de 3 meses de prisión efectiva permite suponer, **salvo prueba en contrario**, que el condenado ya fue puesto bajo la órbita del juez de Ejecución y que se efectuó el cómputo respectivo, lo cual “conforman **indicadores del contiguo inicio del tratamiento**

¹⁵ “GOMEZ DAVALOS, Sinfiorano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16 de Octubre de 1986. Fallos:308:1938.-

¹⁶ “AREVALO, Martin S. s/Causa N° 11835”. A. 558. XLVI. RHE. CSJN. 27/05/2014. Fallos: 337:637.-

carcelario a partir del período de observación, sin lo cual no podría entenderse que ha comenzado a ejecutarse la pena”.

En razón de ello, entiende que sería insuficiente que el sujeto sólo transite la pena por medio de las formas de soltura anticipada, ya que sería injusto calificar de reincidente a quien jamás ha estado encarcelado, confrontando además con el sistema de reincidencia real adoptado por la ley.

El Dr. Ivaldi Artacho aclara que descarta como criterio dirimente el avance del condenado sobre las etapas previstas por la ley de Ejecución tomando como fundamento la doctrina de la CSJN en “Gómez Dávalos”¹⁷ donde la misma ha descartado para fundar la Reincidencia la aplicación de este criterio preventivo-especial de la pena. Tampoco considera admisible requerir un plazo superior a los 2/3 del monto impuesto, ya que el mismo coincide con el término en el que por regla se concede la libertad condicional, con lo que computando el plazo de prisión preventiva, el sujeto generalmente recupera la libertad antes de llegar a los 2/3 de cumplimiento en calidad de condenado, con lo cual resultaría casi imposible que se aplicara efectivamente un período de tratamiento penitenciario superior a los 2/3.

Si bien es partidario de aplicar un período fijo, considera que no es apropiado basarse en el mínimo legal del delito o en porcentajes preestablecidos de pena cumplida como sería la pauta del tercio de ejecución de la sanción, dado que crea injustas asimetrías y desigualdades entre los que cometen un primer delito grave y luego otro más leve, con relación a aquellos que cometen iguales delitos pero en distinto orden.

En el caso concreto, considera que Ramirez transitó 1 mes y 19 días de prisión, tal como sostiene la defensa, ya que no toma en cuenta el tiempo que el sujeto estuvo en libertad anticipada.

Lo importante de este fallo, es que por primera vez los Dres. Ivaldi Artacho y Lurati expresaron sus propios criterios de proporcionalidad a tener en cuenta a los fines de la reincidencia, cada uno por su cuenta y dando sus propios fundamentos, lo cual demuestra un gran avance en la materia.

¹⁷ “GOMEZ DAVALOS, Sinforiano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16 de Octubre de 1986. Fallos:308:1938.-

A los pocos días de este pronunciamiento, el mismo tribunal tuvo que expedirse nuevamente en otro caso apelado por la defensa: “RAMOS, Nicolás R.”¹⁸ presentado por el Defensor Público Dr. Ivan Russo. En este caso, la cuestión a delimitar era si debía considerarse o no el tiempo transcurrido en libertad condicional.

Lo que sucedió fue que al Sr. Ramos se lo había condenado a 3 años de prisión efectiva por medio de procedimiento abreviado, pena que se unificó con otra anterior, quedando una pena única de 6 años de prisión y declarándolo reincidente. La defensa apela este último punto por entender que no hay “cumplimiento parcial” ya que la anterior condena (de 6 años) había sido cumplido solo bajo el régimen de prisión preventiva, ya que al momento de condenarlo (24/11/15) se dispuso el cese de la misma y su conversión a Libertad Condicional, única forma en la que Ramos cumplió pena de prisión como condenado hasta el día del nuevo hecho (14/1/16) que motivó el presente abreviado. De este modo, la defensa se remite a los precedentes “MANNINI”¹⁹ de la CSJN y “BARON”²⁰ de la CSJSF, y agrega (aunque entiendo sobreabundante) que el tiempo que estuvo en prisión preventiva lo hizo siempre en comisarías, careciendo por lo tanto del tratamiento penitenciario exigido. Claramente la cuestión a resolver era determinar si para el “cumplimiento parcial” de la condena anterior es suficiente y admisible el plazo que transitó el condenado exclusivamente bajo el régimen de libertad condicional.

El Dr. Ivaldi Artacho, comienza remitiéndose a sus argumentos brindados en el caso “RAMIREZ” y se expide por la negativa: considera insuficiente el cumplimiento de pena bajo alguna modalidad de libertad anticipada (como la Libertad Condicional del art. 13 CP y la Libertad Asistida del art. 54 de la LEP 24.660) ya que “lo que interesa en este aspecto es que el autor haya experimentado el **encierro** que importa la condena, no obstante lo cual reincide...”, generando una

¹⁸ “RAMOS, Nicolas Rehuél s/ Robo Agravado”. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 16-feb-2017; Fuente Propia; 140/17. Tribunal: Depetris – Ivaldi Artacho – Lurati.

¹⁹ “MANNINI, Andres Sebastian s/Causa N° 12678”. 14/02/2007. CSJN. M. 619. XLII. RHE

²⁰ “BARON, Andrés Roberto Y BARON, CRISTIAN -ROBO CALIFICADO- s/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE; 19-mar-2008; Fuente Propia; 00385; 28128/12

situación injusta el hecho de “calificar de reincidente a quien jamás ha estado encarcelado”. Incluso si se computara ese tiempo, en este caso puntual no se habría llegado a cumplir el mínimo exigible de cumplimiento parcial de pena de prisión efectiva anterior (que según su criterio en “RAMIREZ” son 3 meses uniforme para todos los casos).

La Dra. Depetris comparte la conclusión del Dr. Ivaldi Artacho, en concordancia también con lo dispuesto en el fallo “RAMIREZ”.

En cambio, la Dra. Lurati, si bien arriba a la misma conclusión, el argumento por el cual considera que debe rechazarse la declaración de reincidencia del a quo es distinta: ella considera que el tiempo transcurrido bajo la modalidad de libertad condicional sí debe computarse como tiempo de cumplimiento parcial a los fines de la reincidencia, remitiéndose al fundamento brindado en el caso “RAMIREZ”, pero considera que en este caso puntual, el Sr. Ramos no ha cumplido el tiempo mínimo exigido, que según su postura es un tercio de la condena impuesta, ya que sólo cumplió como condenado 1 mes y 14 días (desde el momento de la conversión de la prisión preventiva en libertad condicional hasta el día del nuevo hecho) de una pena de 6 años de prisión que se le había impuesto.

De este modo, los tres camaristas deciden rechazar la declaración de reincidencia, sin embargo podemos apreciar la diferencia de criterios reinante: en cuanto al tiempo y en cuanto a qué abarca ese tiempo: si hay que contar o no el tiempo cumplido en libertad anticipada (Ej.: libertad condicional o libertad asistida).

Pasemos ahora al siguiente caso: “**MORENO, Fernando A.**”²¹ de Junio del 2017, donde intervinieron los Dres. Acosta – Hernandez – Lurati.

La defensa a cargo del Defensor Público Dr. Gonzalo Armas interpone apelación contra la sentencia del 10/5/17 que condena al Sr. Moreno a la pena de 3 años de prisión efectiva, unificando la pena con la de 7 años de prisión (dictada el 11/6/15), imponiendo la pena única de 10 años y

²¹ “MORENO, Fernando Ariel s/ Robo Calificado por uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 22-jun-2017; Fuente Propia; 267/17. Dres. Acosta – Hernandez – Lurati.

declarándolo reincidente. Sobre este punto se agravia la defensa considerando que su asistido no llegó a cumplir en prisión efectiva como condenado los 2/3 de la pena, postura de Zaffaroni y Dona.

Moreno había sido condenado el 11/6/15 a 7 años, cumplió en prisión efectiva hasta el otorgamiento de las salidas transitorias (el 24/12/15), de las cuales no retornó y fue recapturado cuando cometió el nuevo hecho el día 9/4/16. Concretamente estuvo 6 meses y 13 días cumpliendo pena efectiva en calidad de condenado.

Comienza votando la Dra. LURATI, remitiéndose a su opinión en la causa “RAMIREZ”. Considera que como no se ha acreditado que el Sr. Moreno haya cumplido más que 6 meses y 13 días desde la fecha de la sentencia (no se incorporó al debate la fecha de la firmeza) hasta el quebrantamiento de su pena, es insuficiente para considerarlo cumplimiento parcial de una condena de 7 años de prisión, por lo que vota, en disidencia, por la revocación de la reincidencia dictada en primera instancia.

Por su parte, el Dr. ACOSTA, vota por mantener la declaración de reincidencia compartiendo la posición de su colega Dr. Ivaldi Artacho en “RAMIREZ”, al que adhiriera la Dra. Depetris, Considera que el plazo mínimo exigible no puede ser menor a 3 meses para todos los casos. Que no interesa si la pena fue ejecutada en dependencia policial o del servicio penitenciario, o en la modalidad domiciliaria, dado que la ley prescinde para la declaración de reincidencia, según la CSJN, de la suficiencia o insuficiencia del tratamiento anterior; y el plazo de 3 meses permite suponer, salvo prueba en contrario, que el condenado fue puesto bajo la órbita de un juez de Ejecución, que se realizó el cómputo respectivo, etc. indicadores del inicio del tratamiento carcelario (contiguo al primer período de observación), sin lo cual no podría entenderse que ha comenzado a ejecutarse la pena. En cambio sí considera insuficiente el tránsito punitivo sólo por formas de soltura anticipada. Por ende, en el caso concreto, al haber cumplido más de 6 meses de pena, existió tratamiento penitenciario.

A la misma cuestión, la Dra. HERNANDEZ adhirió también al voto del Dr. Acosta, compartiendo las consideraciones hechas en el caso “RAMIREZ” por el Dr. Ivaldi Artacho y agregando que claramente existió tratamiento y hubo un avance en la ejecución de la pena ya que

obtuvo salidas transitorias, en el marco de las cuales luego se profugó. De esta manera, el tribunal confirmó por mayoría la declaración de reincidencia oportunamente dispuesta.

Veamos ahora el próximo pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de Diciembre del 2017, donde intervienen los Dres Mascali, Ivaldi Artacho y Salvador: **“FERRO, Jonatan Maximiliano”** ²².

En este caso, la defensora pública Dra. Eugenia Carbone apela la declaración de reincidencia del Sr. Ferro atento considerar que la sentencia de primera instancia no tiene la fundamentación debida. Ferro había sido condenado (con sentencia firme) en fecha 26/4/16 a 6 años y 8 meses de prisión cometiendo un nuevo hecho en fecha 12/2/17. El tiempo de cumplimiento como condenado había sido sólo de 9 meses y 17 días (desde la fecha de sentencia firme hasta el nuevo hecho).

Se agravia la defensa expresando que el juez no explicó por qué considera que 9 meses y 17 días en el caso concreto es suficiente para tener por cumplimentado el requisito del 50 CP. La Dra. Carbone considera que es insuficiente y remite al fallo “RAMIREZ” donde la Dra. Luratti sostiene que es necesario cumplir 1/3 de la pena en calidad de condenado, o sea un 33% de la pena. En este caso, esos 9 meses y 17 días representa sólo el 10% de la condena, por ende no recibió tratamiento suficiente.

Lo importante de este fallo es que los Dres. Mascali y Salvador sientan por primera vez sus posturas en cuanto al cumplimiento parcial de pena, y el Dr. Ivaldi Artacho aclara algunas cuestiones en cuanto a su postura expresada en “RAMIREZ”. Veamos sus consideraciones:

El Dr. MASCALI consideró que el plazo es apropiado a los fines de considerarlo reincidente ya que según su criterio el cumplimiento parcial “es sin plazo”. Este magistrado considera debe analizarse en función de una interpretación literal, es decir, **cualquier plazo de cumplimiento es cumplimiento parcial**. Agrega que la Reincidencia “no solamente tiene que ver con la

²²“FERRO, Jonatan Maximiliano s/procedimiento abreviado”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 20/12/17. Tribunal: Dres. Mascali - Ivaldi Artacho – Salvador.

resocialización sino, como dicen los fallos de la Corte (“Arévalo” y los antecesores), tiene que ver con el desprecio de la persona condenada hacia la pena anterior”.

El Dr. SALVADOR, quien no se había pronunciado nunca anteriormente en cuanto al plazo de cumplimiento de una pena para la declaración de reincidencia (pese haberlo hecho en lo que hace a la posibilidad de su declaración cuando el sujeto cumple prisión domiciliaria o en otras dependencias distintas del servicio penitenciario) sienta su postura en este caso remitiéndose a “Gómez Dávalos” y “Arévalo” en cuanto a que lo relevante es el DESPRECIO que manifiesta el sujeto por la condena anterior y **NO la posibilidad o no de contar con un efectivo tratamiento de resocialización**. Aclara que por eso mismo él concibe la posibilidad de declarar reincidente a quien cumplió pena de prisión domiciliaria o **en una comisaría, donde obviamente nunca va a tener un tratamiento resocializador**. Por lo tanto, se desprende que su postura es claramente la misma de Gómez Dávalos: cualquier tiempo de cumplimiento es considerado cumplimiento parcial de pena.

El Dr. IVALDI ARTACHO coincide en que 9 meses y 17 días son suficientes porque vuelve a remitirse a “Ramírez” donde él mismo se pronunció al respecto considerando prudente el plazo de 3 meses, uniforme en todos los casos, a lo fines de tener por cumplimentado el requisito de tiempo parcial. Sin embargo aprovecha esta oportunidad para hacer algunas aclaraciones:

Aclara que los 3 meses surgen a partir de que, desde la firmeza del fallo, “hay una **PRESUNCION IURIS TANTUM** de que **3 meses** son suficientes para estimar que el penado: **SABE que fue condenado, SABE que fue puesto a disposición del tribunal, SABE que hubo un cómputo de pena, y SABE que está cumpliendo pena (no a título de cautelar)** y el nuevo delito lo comete DESPRECIANDO la condena anterior”. De esta manera, deja en claro que para él la reincidencia no se funda en el avance del sujeto dentro del tratamiento penitenciario sino en el DESPRECIO que realiza la persona que SE SABE condenada por un delito, retomando lo que dijo la CSJN en “Gómez Dávalos” y “Arévalo”. Y agrega que en este caso no se ha demostrado ninguna circunstancia que desvirtúe esta presunción iuris tantum de 3 meses.

Como puede observarse, el Dr. Ivaldi agrega a lo que ya había dicho en el fallo “Ramírez” que esos **3 meses NO es un plazo inmutable** sino que por el contrario podría desvirtuarse demostrando lo contrario. Me pregunto qué sucede si en el caso concreto se demuestra que el

condenado, por ejemplo, no ha sido notificado o no internalizó que estaba cumpliendo pena por una cuestión puntual.

Continuando con el análisis jurisprudencial de la Cámara de Apelaciones de Rosario, encontramos que en febrero del 2018 la Dra. Alonso establece su posición al respecto en el caso **“ROLDAN, Diego”**²³. El Sr. Roldán había sido condenado a 3 años de prisión efectiva, pero sólo cumplió en encierro como condenado 3 meses y 7 días ya que luego se le otorgó la libertad condicional por haber estado en prisión preventiva anteriormente. La jueza de primera instancia entendió que no correspondía la declaración de reincidencia por el escaso tiempo transcurrido. La Fiscalía apela la sentencia de abreviado en este punto y la Cámara resuelve la sentencia apelada y declararlo reincidente. Pero previamente a resolver, la Dra. Alonso consideró que, como el hito principal es la discusión acerca de cuánto tiempo de cumplimiento de pena es suficiente a los fines del art. 50 CP, era necesario dejar a salvo y aclarar las distintas posturas de los miembros del tribunal, procediendo a mencionarlas una por una:

“- El Dr. IVALDI considera que hay cumplimiento parcial de pena cuando ésta supera los tres meses.

- El Dr. MASCALI entiende que cualquier plazo importa la calidad de cumplimiento parcial, sin tener en cuenta ningún monto.

- y la Dra. ALONSO entiende que el plazo debe ser tenido en cuenta de acuerdo a cada caso concreto, porque lo que hay que saber es si hubo o no tratamiento penitenciario en los pormenores del caso a analizar”.

Luego de hacer esta aclaración, procede a resolver el caso declarando al Sr. Roldán reincidente con el fundamento de que efectivamente hubo tratamiento penitenciario porque para otorgársele la libertad condicional se tuvo que evaluar previamente su conducta y concepto (ya que aquella no fue concedida por conversión total de la pena con el tiempo de encierro sufrido en prisión

²³ “ROLDAN, Diego Ignacio s/procedimiento abreviado”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 19/02/18. Tribunal: Dres. Alonso – Ivaldi - Mascali

preventiva), lo cual implica que estuvo sometido al régimen penitenciario y que hubo un avance en la progresividad del régimen que le permitió luego acceder a la libertad condicional.

Observamos una postura más, de la mano de la Dra. Alonso, que hasta entonces no había sido mencionada: tener en cuenta en cada caso concreto si hubo o no tratamiento resocializador.

Meses después, específicamente en Mayo del mismo año, se presentó el caso “**RODRIGUEZ, Elias Joel**”²⁴ ante la Cámara de Apelaciones de Rosario por apelación de la defensora Dra. Carbone. En este caso el tribunal estaba compuesto por los Dres.: Lurati – Alonso – Beltramone. Este caso merece una mención especial ya que Rodriguez estaba condenado a 3 años de prisión efectiva, habiendo cumplido (a partir de la sentencia firme) 8 meses y 21 días de encierro, de los cuales estuvo un mes en comisaría, un mes en prisión domiciliaria y el resto en unidad penitenciaria. Claramente Rodriguez no llegó a cumplir 1/3 de la pena impuesta, porque no llega al año de encierro, por este motivo la Dra. Lurati (en disidencia) vota que se revoque la declaración de reincidencia manteniendo su postura de “Ramirez”. Esta vocal, aclara que al no haber un establecimiento claro de lo que significa cumplimiento parcial, éste debería ser inferior al otorgamiento de los beneficios liberatorios (que comienzan a mitad de la pena) ya que no considera que estos beneficios sean un baremo a tener en cuenta, por eso ratifica su criterio de 1/3 de la pena fijada. Reafirma además que la domiciliaria es cumplimiento de pena, incluso dice que es más resocializador que el cumplimiento de la pena en cárcel.

Por su parte, la Dra. ALONSO menciona que hay que tener en cuenta el caso concreto, y en este caso el sujeto accedería a la libertad condicional a los 8 meses (por el monto de la pena impuesta: 3 años), por ende, al ser esos 8 meses serían el tiempo máximo de encierro, no hace falta ni siquiera acudir al criterio de 1/3 de la Dra. Lurati.

El Dr. BELTRAMONE comparte con Alonso en ratificar la declaración de reincidencia atento considerar que el condenado percibió con claridad que ha estado cumpliendo pena, ya que cumplió prisión domiciliaria después de haber sido condenado e incluso se le otorgó la libertad condicional,

²⁴“RODRIGUEZ, Elias Joel”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 9/5/18. Tribunal: Dres. Lurati – Alonso – Beltramone.

agregando que no interesa si la pena se cumplió en una dependencia policial o del servicio penitenciario.

Luego de analizar todos estos pronunciamientos, podemos concluir que fue a partir del fallo “Ramírez”, de Febrero del 2017 (primera vez en que los Dres. Ivaldi Artacho, Lurati y Depetris se pronunciaron concretamente acerca de cuánto tiempo debe considerarse suficiente a los fines de tener por cumplido el requisito del art. 50 CP) que los distintos vocales comenzaron a fijar sus posturas y fundamentos en relación a este tema. Ya vimos sus enfoques en cuanto al plazo y en cuanto a la libertad anticipada, pasemos entonces a desarrollar los distintos análisis que realizaron en torno al lugar donde debe cumplirse la pena para que sea tenida en cuenta a los fines de la reincidencia:

b) ¿Dónde debe cumplirse ese encierro?

Otro punto a analizar es qué sucede en los casos en que esa pena privativa de la libertad se cumple en otros establecimientos distintos a las unidades penitenciarias, donde el sujeto, en principio, parecería que no recibe ningún tipo de tratamiento resocializador (Ej: en prisión domiciliaria, comisarías, establecimiento hospitalario, etc.). En este punto, es clave analizar si el hecho de que el sujeto reciba tratamiento carcelario es indispensable o no para la declaración de reincidencia y en dónde se entiende que el sujeto recibe este tratamiento. Veamos las distintas posturas al respecto:

□ Prisión Domiciliaria

Analizando la jurisprudencia dentro de la provincia de Santa Fe sobre la materia, se encuentra el fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario “**SERRANI, Pedro Matías**”²⁵ de Mayo del 2016. En este caso, la Fiscalía y la Defensa Pública (Dra. Evangelina Bonacalza) firmaron un acuerdo por procedimiento abreviado donde acordaron unificar la pena anterior de 5 años con la pena a imponer por el nuevo hecho de 2 años y 3 meses, quedando una pena unificada de 7 años y 3 meses. No acordaron si debía ser declarado reincidente pues la pena anterior fue cumplida en prisión domiciliaria

²⁵ “SERRANI, Pedro Matías”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 12/05/16. Tribunal: Dres. Lurati – Carbone - Llaudat

a razón de una enfermedad que sufría Serrani. Aclaración: Serrani cometió el nuevo delito violando la domiciliaria; por lo tanto decidieron debatir el punto ante el Juez.

El Juez de Primera Instancia (Dr. Pareto) rechazó la declaración de reincidencia (con cita en D'alesio) diciendo que “aunque cierta jurisprudencia ha interpretado que quedan incluidas las penas cumplidas en detención domiciliaria, tal criterio no resulta acertado, ya que las características que – en la actualidad- reviste esa modalidad de privación de la libertad la aproximan más a una condena de ejecución condicional que al encierro efectivo en un establecimiento penitenciario, en tales condiciones, aceptarla como un presupuesto para una declaración de reincidencia implicaría un claro apartamiento del sistema vigente de reincidencia real”. La Fiscalía apela. El Tribunal de Alzada, integrado por la Dra. LURATI (primer voto), Dr. CARBONE (comparte con Lurati) y Dr. LLAUDET (no vota), decide revocar basado en tres motivos:

- Según la Ley 24.660 la domiciliaria no es una alternativa sino que es una modalidad de ejecución de la prisión por razones de humanidad;
- **El condenado cumple prisión aunque no haya tratamiento penitenciario.** Lo que el condenado cumple es la pena de prisión en el modo más favorable para su reinserción social, atendiendo a sus circunstancias especiales, como en el caso, el tránsito por una enfermedad grave;
- No puede asimilarse prisión domiciliaria con condena de ejecución condicional porque en la condena condicional se suspende la ejecución de la pena, se deja en suspenso, por tanto la pena no se cumple; en cambio **en prisión domiciliaria la pena sí se cumple**;

La Defensa Pública interpone Recurso de Inconstitucionalidad y el Tribunal lo abre, por lo que todavía no se encuentra firme. La Corte provincial aún no se ha pronunciado al respecto.

Otro caso similar a ese es “GASPARRI, Ricardo Victorio”²⁶ de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, resuelto por los Dres. Salvador, Alonso y Llaudet (en disidencia)

²⁶ “GASPARRI, Ricardo Victorio”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 5/6/17. Tribunal: Dres. Salvador – Alonso – Llaudet.

en Junio del 2017. Gasparri había sido condenado a la pena de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo, en el marco de un procedimiento abreviado, y declarado reincidente. La Defensa Pública (Dr. César Baroni) interpone recurso de apelación entendiendo que no procedería en el caso concreto la declaración de Reincidencia, habida cuenta que el cumplimiento de la pena se desarrolló bajo la modalidad de prisión domiciliaria hasta la obtención de la libertad condicional. Al no haber cumplido la pena en unidad penitenciaria, no recibió tratamiento penitenciario, y no tuvo posibilidades de resocializarse. Agrega la Defensa que la prisión domiciliaria no es un instituto ligado al régimen progresivo de ejecución. Aclaración: la modalidad de ejecución oportunamente dispuesta en aquella sentencia (domiciliaria) fue determinada no sólo en base a la edad de Gasparri sino también a sus padecimientos de salud debidamente acreditados.

El Dr. SALVADOR (con adhesión de la Dra. ALONSO) confirma la declaración de reincidencia dictada en baja instancia ya que consideran que **la prisión domiciliaria es cumplimiento de pena**. Fundamentos:

- Alude al comentario de D'alessio al Código Penal en el que sostiene: *“No se trata de penas alternativas, sino de modalidades alternativas para la ejecución de la pena privativa de libertad, cuyo fundamento radica en evitar el encierro carcelario por razones de humanidad”*.
- La Ley 24.660 regula la ejecución de la pena privativa de la libertad y postula en su art. 1° que la misma tiene por finalidad *“lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social..”*. Asimismo, el mencionado artículo establece que **dicho fin se persigue en todas las modalidades de ejecución** de la pena, regulándose a partir del art. 32 de la misma ley la modalidad de ejecución domiciliaria (en el caso que nos ocupa, debido a los padecimientos de salud de Gasparri).
- Con la reforma de la ley 23.057 el Código Penal recepta el sistema de “reincidencia real” que según lo señala parte de la doctrina y la jurisprudencia, **se funda en el fracaso del fin preventivo especial de la anterior pena** padecida por el sujeto. Y en la prosecución de tal

fin, **el tratamiento carcelario es sólo un aspecto**. No puede afirmarse que la falta de encierro en una cárcel impida la declaración de reincidencia.

- En este caso, **el condenado cumple la pena de prisión, sólo que del modo más favorable para su reinserción social**, atendiendo a sus circunstancias especiales, como en el caso, el tránsito por una enfermedad grave. (*Remite a “SERRANI”, voto de Lurati y Carbone*).
- Agrega incluso que Gasparri obtuvo la libertad condicional, siendo ésta la última etapa del régimen progresivo de ejecución previsto en la Ley 24.660.

Por su parte, el Dr. LLAUDET disiente con dichas conclusiones argumentando lo siguiente:

- El dictado de la Ley 23.057 (1984) obligó a un cambio de paradigma acerca de la naturaleza de la Reincidencia, por lo que su estructura dejó de nutrirse de cualquier tipo de respuesta penal, y pasó a conformarse exclusivamente cuando se evidencia el fracaso del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.
- Hace referencia a las discusiones parlamentarias en torno a la sanción de dicha ley, específicamente al discurso del diputado Cortese quien expuso que con la reforma *“se evitarán las situaciones injustas de tener que calificar de reincidente a quien jamás ha estado encarcelado, de manera tal que se excluyera a aquellas personas que no hubieran soportado encierro bajo el régimen de ejecución penal”*.
- Remite al caso “L'EVEQUE” y “GOMEZ DAVALOS” donde el procurador expresa: *“la razón de ser de la declaración de reincidencia es la mayor insensibilidad a la pena demostrada por quien la soportó efectivamente y hubo **tomado conciencia** de haberla sufrido”*. Y agrega lo que expresa el tribunal en su fallo: *“Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena..”*.

Basado en ello, considera el Dr. Llaudet que el pretense reincidente debe previamente padecer concretamente la privación de libertad como pena, para a la postre haber internalizado ese padecimiento; y ello excede el análisis de las meras exigencias objetivas (ej: vinculadas a que se trate efectivamente de una pena, a que sea una modalidad de cumplimiento o no, etc.) sino que involucra un **componente subjetivo** trascendental que entiende, en este caso, no se ve satisfecho (sobre todo

teniendo en cuenta la particular motivación que llevó al sistema a mantener al imputado en su domicilio: la situación mental de Gasparri). Agrega que la situación del imputado nunca dejó de estar guiada por sus necesidades de salud mental para resultar asumida por el interesado como una eventual respuesta penal. Es por ello que en este caso no se satisfacen los requisitos previstos en el art. 50 CP, por ende debe revocarse la declaración de reincidencia.

Lo interesante de este voto radica en que se estima fundamental la presencia de este componente subjetivo, al igual que lo considera Ivaldi Artacho al fundamentar su voto en “RAMIREZ”. Es necesario que el sujeto haya podido internalizar que se encontraba encerrado padeciendo una pena. Sin esta toma de conciencia, no puede considerarse cumplido el requisito de cumplimiento parcial del art. 50 del CP, y es lógico que así sea ya que no puede demostrarse un desprecio por algo que no se internalizó y por ende no se conoce.

□ **Dependencia Policial**

En los casos en que el condenado no cumplió la pena en una unidad penitenciaria sino que lo hizo en comisarías, surge el mismo problema, o al menos similar, que se da en los casos en que es condenado a cumplir prisión bajo la modalidad domiciliaria: el sujeto no es sometido al tratamiento resocializador. Vuelve a darse la disyuntiva acerca de si puede considerarse “cumplimiento parcial” o no.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, trató esta cuestión en los siguientes casos:

- **“ESCOBAR, Diego”**²⁷ de Noviembre del 2014 con intervención de los Dres.: Carbone – Lurati – Prunotto.

Diego Escobar estuvo 2 años en prisión preventiva, 2 años cumpliendo pena en Comisarías y 2 años en libertad condicional. Luego comete otro delito por el cual es condenado y declarado reincidente. Apeló la Defensa Pública (Dra. Corvalán y Dr. Franceschetti) la declaración de reincidencia por su afectación al Principio de Culpabilidad, Non Bis In Idem y Resocialización porque el defendido nunca

²⁷ “ESCOBAR, Diego”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 12/11/14. Tribunal: Dres. Carbone – Lurati – Prunotto.

había tenido tratamiento penitenciario (solamente había cumplido encierro en dependencias policiales).

El primer voto del Dr. CARBONE afirma que la **libertad condicional es una forma de cumplir condena**, ya que quedó sometido a la vigilancia de la Dirección Provincial de Control y Asistencia Pos Penitenciaria (DPCAPP), por ende hubo cumplimiento parcial y suficiente de la pena anterior ya que **recibió tratamiento penitenciario**. Entiende que el hecho de que no haya podido trabajar en Comisarías (y por lo tanto no se cumplen uno de los fines de la pena) debe rechazarse porque este extremo no es requisito esencial; más aún teniendo que en cuenta que la mayoría de los internos no pueden trabajar en las unidades penitenciarias tampoco y además el estar alojado en una comisaría no le impide capacitarse a través del estudio. Dice que sostener que la reincidencia es exclusivamente una manifestación del fracaso de la tarea de resocialización a cargo del Estado en la condena anterior, es negarle al ser humano la capacidad de valorar por sí mismo sus actos y enmendarlos si fuesen disvaliosos, otorgándole al Estado –como si fuera un ser superior - el poder de modificar a su antojo la personalidad y conducta de los súbditos. La obligación de los agentes del Estado es una obligación de medios y no de resultados. El deber primero y fundamental es el del penado. Si a pesar del reproche, de la advertencia de la pena, y del tratamiento de apoyo recibido durante su cumplimiento, ese ser humano libremente elige volver a delinquir, el fracaso será suyo en su obligación de someterse a las reglas que es perfectamente capaz de comprender y elige libremente no respetar.

Por otro lado, también podemos mencionar algunos fallos a los cuales ya hemos hecho referencia cuando se analizó el tiempo de cumplimiento, pero resultan pertinentes también en este punto:

- En “**RAMIREZ, Walter**”²⁸ y “**RAMOS, Nicolás**”²⁹ (Dres. Ivaldi Artacho – Lurati – Depetris) se estableció que “no interesa a estos fines si la pena fue ejecutada en una

²⁸ “RAMIREZ, Walter Anibal s/ Homicidio Simple”. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 08-feb-2017; Fuente Propia; 137/17

²⁹ “RAMOS, Nicolás Rehuel s/ Robo Agravado”. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 16-feb-2017; Fuente Propia; 140/17

dependencia del servicio penitenciario, en una seccional policial o en la modalidad domiciliaria... dado que la ley prescinde para la declaración de reincidencia (conforme lo sostuvo la Corte Nacional en “GOMEZ DAVALOS”) de la suficiencia o insuficiencia del tratamiento en la ejecución de la pena anterior, alcanzando con un período de tiempo conforme al cual pueda considerarse que el sujeto haya vivenciado que sufrió una pena.

- Por otro lado, en el caso **“MORENO, Fernando A.”**, el Dr. Acosta y la Dra. Hernandez dejaron en claro que para ellos no interesa si la pena fue ejecutada en una dependencia del servicio penitenciario, en una seccional policial, o en la modalidad domiciliaria, dado que la ley “prescinde para la declaración de reincidencia de la suficiencia o insuficiencia del tratamiento”.
- También podemos mencionar el caso **“FERRO, Jonatan M.”**, donde el Dr. Salvador concibe la posibilidad de declarar reincidente a quien cumplió pena de prisión domiciliaria o en una comisaría, donde obviamente nunca va a tener tratamiento resocializador.
- Por último, podemos observar la postura del Dr. Beltramone en el caso **“RODRIGUEZ, Elías J.”**³⁰, donde expresa que no interesa si la pena se cumplió en dependencia policial o del servicio penitenciario.

En este punto me parece interesante analizar la postura del Dr. Ivaldi Artacho y sus fundamentos. Como vimos, en el fallo RAMIREZ, el doctor considera que no interesa dónde fue ejecutada la pena ya que la propia Corte Nacional prescinde de tener en cuenta el avance del condenado dentro del régimen penitenciario progresivo atento a que la finalidad de obtener tratamiento resocializador es sólo uno de los fines de la pena, más no el único. Sin embargo, también en “RAMIREZ” menciona que uno de los fundamentos para considerar esos 3 meses como tiempo mínimo es el hecho de que se supone que el condenado a esa altura ya ha superado el primer período de observación y se encuentra recibiendo tratamiento carcelario. Lo cual demuestra que en definitiva sí está teniendo en cuenta el avance del condenado en la ejecución de la pena. O sea, analiza la pena

³⁰ “RODRIGUEZ, Elías Joel”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 9/5/18. Tribunal: Dres. Lurati – Alonso – Beltramone.

de la mano del tratamiento penitenciario, lo cual me parece acertado (además también este magistrado hizo referencia al tratamiento resocializador en el fallo “GAMBA”). Sin embargo, en el caso “FERRO” el Dr. Ivaldi expresa que lo determinante es que el condenado haya tomado consciencia, internalizado, que padeció el encierro en el carácter de pena, y no el avance del mismo dentro del régimen penitenciario. De esta manera, termina por dejar de lado el tratamiento resocializador pero introduce un elemento subjetivo a considerar, dando herramientas a la defensa para poder demostrar en algún caso concreto que el sujeto no llegó a internalizar, a entender, que estaba cumpliendo un encierro en calidad de pena (así lo entendió también el doctor Llaudet en su disidencia en el fallo “GASPARRI”).

3) RESUMEN DE POSTURAS EN CUANTO AL TIEMPO Y LUGAR DE CUMPLIMIENTO.

A modo de resumen podríamos agrupar las distintas posturas de los camaristas de Rosario del siguiente modo:

- a) *Quienes consideran que debe cumplirse al menos 1/3 de la pena desde la sentencia firme:*
Dra. Lurati

- b) *Quienes consideran que debe cumplirse al menos 3 meses, uniforme en todos los casos:*
Dr. Ivaldi Artacho; Dr. Acosta; Dra. Depetris; Dra. Hernandez.

- c) *Quienes consideran que depende del caso concreto si internalizo o no que estaba cumpliendo pena:*
Dr. Llaudet.

- d) *Quienes consideran que depende del caso concreto si hubo o no tratamiento resocializador:*
Dra. Alonso.

e) *Quienes consideran que **cualquier tiempo** es suficiente:*

Dr. Mascali; Dr. Salvador.

f) *Quienes **cuentan** el tiempo cumplido bajo alguna forma de **libertad anticipada** (Ej: Libertad Condicional):*

Dra. Lurati; Dr. Carbone.

g) *Quienes **no cuentan** el tiempo cumplido en libertad anticipada:*

Dr. Ivaldi Artacho; Dra. Depetris; Dr. Acosta; Dra. Hernandez.

h) *Quienes consideran que no interesa si la prisión se cumple en **domiciliaria o en dependencia policial**:*

Dr. Acosta; Dr. Ivaldi Artacho; Dra. Depetris; Dra. Hernandez; Dr. Salvador; Dra. Lurati;
Dr. Beltramone; Dr. Carbone; Dra. Alonso.

4) CONCLUSION Y PROPUESTA.

Como se evidencia, el tema no es para nada pacífico y aún dentro de un mismo tribunal pluripersonal encontramos posturas disímiles en torno a la misma cuestión. Entonces, para dar respuesta al interrogante que disparó el inicio de este trabajo “¿Cuándo se considera satisfecho el requisito de “cumplimiento parcial” de pena que exige el Art. 50 del CP?”, y luego de haber analizado las distintas posturas jurisprudenciales y argumentos que giran en torno a ello, me lleva a considerar lo siguiente:

Teniendo en cuenta que el fin de la reforma al art. 50 CP fue dejar de lado el sistema de reincidencia ficta que venía siguiéndose hasta entonces, para dar lugar a la reincidencia real, la cual exige un plus: además de contar con un antecedente condenatorio se debe demostrar que el sujeto cumplió efectivamente la pena impuesta y que pese a ello volvió a delinquir, demostrando así la

insuficiencia de la pena aplicada anteriormente para cumplir su fin de prevención especial, notamos claramente que el objetivo de la reforma fue justamente evitar situaciones injustas donde se declarara reincidente a quien jamás estuvo encarcelado.

Sumado a ello, si bien es cierto que la CN no dice específicamente que el fin de la pena es la resocialización del condenado, ésta se infiere de hacer un análisis conglobado de nuestra Carta Magna. El fin preventivo especial de la pena surge del art. 18 CN, donde reza que la pena tiene por finalidad la seguridad y no el castigo; además el fin resocializador fue incorporado en 1994 por medio de los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 CN) y sumado a ello tenemos la Ley 24.660 en su art. 1 mencionando que la finalidad de la ejecución de la pena es lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, agregando que el régimen penitenciario debe utilizar todos los medios de tratamiento interdisciplinario para lograr esa finalidad. Por ende, si bien hay quienes consideran que el tratamiento resocializador no es el único fin preventivo especial de la pena, no podemos desconocer que el tratamiento resocializador es uno de ellos.

Partiendo de esta base, observamos que según la ley 24.660 el tratamiento comienza a desplegarse a partir de que el sujeto ingresa en el establecimiento penitenciario en calidad de condenado. Sin embargo, según el Decreto Reglamentario de la ley 24.660 de la Provincia de Santa Fe, el régimen penitenciario está dividido en 4 períodos. El primero es un período de mera “observación” del sujeto, donde se va a ir diseñando el tratamiento a aplicar según sus condiciones personales. Recién en el segundo período, justamente llamado “Período de Tratamiento”, al cual ingresa luego de los 60 días que dura el período anterior (observación)³¹, se comienza desplegar el mismo: se efectiviza su alojamiento, comienza a participar de las actividades programadas, desarrolla ocupaciones, etc. Luego, a la mitad de la condena el sujeto, ingresaría al tercer período llamado

³¹ Cabe aclarar que nuestro decreto reglamentario coincidía en este sentido con la 24.660, hasta julio del 2017 que fue modificada esta última acortándose el período de observación de 60 a 30 días. Sin embargo, entiendo que esta ley no es directamente operativa en este punto ya que el propio Art. 229 de la 24.660 reza: “*Esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida*” y lo complementa el Art. 228 de la misma ley: “*La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes dentro de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, a efectos de concordarlas con sus disposiciones*”, por ende debería seguir respetándose nuestra propia reglamentación hasta tanto se hagan las modificaciones respectivas.

“Período de Prueba”, donde se producen cambios en las condiciones de cumplimiento de la pena que se traducen en una disminución de la coerción para ir interrelacionando al interno con el medio libre, por ejemplo, a través de salidas transitorias.

Ello nos permite arribar a una primera conclusión: teniendo en cuenta que recién a los 60 días de su ingreso comienza a desplegarse efectivamente el tratamiento diseñado para el condenado, y que a recién a la mitad de la condena podría comenzar a relacionarse con el medio libre, entonces podemos descartar dos situaciones que, sin duda, quedan fuera del instituto de la reincidencia:

- 1) Los sujetos que cumplen pena privativa de la libertad FUERA del establecimiento penitenciario; porque no reciben ningún tipo de tratamiento;
- 2) Y los condenados que si bien cumplen la pena dentro de un establecimiento penitenciario, egresaron antes de haber transitado el segundo período (tratamiento) por ejemplo porque se le otorgó una libertad anticipada. O sea, si recupera la libertad antes de los 60 días (observación).

Otra cuestión a tener en cuenta es que, siguiendo los fundamentos de la CSJN a partir de “Gómez Dávalos”, lo que se cuestiona al sujeto es el “desprecio” a la pena impuesta, desprecio o insensibilidad a lo ya conocido por él, lo cual exigiría un elemento subjetivo por parte del mismo: haber internalizado que estuvo cumpliendo encierro en calidad de pena. En este sentido comparto la postura de los camaristas Ivaldi Artacho y Llaudet quienes mencionan que este elemento subjetivo tiene que estar presente en el condenado a estos fines.

Ahora bien ¿qué sucede luego que el interno supera los 60 días de la observación e ingresa al segundo período? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir en este segundo período para que entendamos que recibió parcialmente tratamiento? Si pensamos que con un solo día que transite en este período es suficiente, estaríamos retrocediendo al viejo sistema de reincidencia ficta porque suponer eso sería una verdadera ficción. Para ser coherente con el sistema de reincidencia real, no hay duda que para poder afirmar que hay “cumplimiento parcial de pena” debe haber transcurrido un tiempo suficiente para dar la posibilidad de que ese tratamiento surta algún efecto: tanto sea para que el Estado haga lo suyo, como para que el condenado experimente el encierro y pese a ello manifieste su *“desprecio por la pena”*.

En este punto, coincido con el Dr. Ivaldi Artacho en que fijar un porcentaje del total de la pena impuesta para que se entienda satisfecho el requisito de cumplimiento parcial (ej: 1/3 o 2/3) resulta poco acertado atento a lo azaroso de esta solución. Se vería beneficiado el sujeto que primero comete el delito más grave y luego uno leve, frente a otro sujeto que comete los mismos delitos pero en inverso orden. Por ejemplo: “A” comete primero un delito por el que lo condenan a 18 años de prisión y a los dos años de estar cumpliendo pena (en calidad de condenado a partir de la sentencia firme) comete otro delito (menor) por el que lo condenan sólo a 3 años. Por otro lado, “B” comete los mismo delitos pero en el orden inverso: primero comete el delito menor por el que lo condenan a 3 años de prisión y a los dos años de estar cumpliendo pena (en calidad de condenado y desde la sentencia firme) comete el delito más grave por el que lo condenan a 18 años de prisión. En ambos casos, los delitos cometidos son los mismos y en las mismas fechas: ambos cometen el segundo delito a los dos años de estar cumpliendo como condenado la pena anterior, sin embargo si tomamos el criterio de que debe haber cumplido 1/3 de la pena impuesta a los fines de considerarlo reincidente, llegaríamos a soluciones distintas: a “B” se lo declararía reincidente (porque había cumplido 2 de 3 años cuando comete el segundo hecho) pero a “A” no se lo declararía así (porque cumplió 2 de 18 años, por ende no llevaba cumplido 1/3 de la pena impuesta al momento de cometer el segundo hecho). Claramente conllevaría soluciones injustas, afectaría la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley.

Si con 60 días de encierro el sujeto recién comienza a recibir tratamiento, el plazo exigible para que haya cumplimiento parcial debería comenzar a contarse a partir del ingreso a este segundo período del régimen penitenciario progresivo, y no antes. Entonces, la solución que entiendo más ajustada a derecho, sería combinar ambos extremos:

- i) tomar un tiempo fijo equivalente al plazo que dure el período de observación (en Santa Fe: 60 días)
- j) más un tiempo relativo (variable según el caso concreto): haber transcurrido la mitad del segundo período de tratamiento.

Resumiendo, para que haya cumplimiento parcial de pena el condenado debe haber **recibido al menos la mitad de ese tratamiento**. Entonces este tiempo será relativo en cada caso porque para

calcularlo tendremos que tener en cuenta cuatro cuestiones: 1) tiempo que estuvo en prisión preventiva, 2) monto de pena impuesta en la condena, 3) fecha en la que accedería al 3er período (Prueba) y 4) tiempo que dura el período de observación.

No considero acertado exigir que se cumpla la totalidad del período de tratamiento (o sea, que se llegue a la mitad de la condena) porque de ser así estaríamos siendo tan extremistas como aquellos que consideran que basta un día para que haya cumplimiento parcial, ya que sostener aquello implicaría que hay cumplimiento parcial de pena sólo si el Estado desplegó la totalidad del tratamiento sobre el interno, lo cual no veo razonable siguiendo las propias palabras de la ley: “parcialmente”.

Los fundamentos en los que me baso para arribar a esta conclusión son los siguientes:

- Antes de los 60 días de su ingreso a la unidad penitenciaria en calidad de condenado (por sentencia firme), el sujeto no recibe ningún tipo de tratamiento.
- Una vez que ingresa al periodo de tratamiento, si o si permanecerá en él hasta que se entienda cumplida la mitad de la condena, momento en el cual el sujeto podría comenzar a relacionarse con el medio libre porque se entiende que el sujeto ya ha recibido suficiente tratamiento para ello.
- Teniendo en cuenta que el art. 50 del CP exige que se haya cumplido “parcialmente” pena, podría considerarse satisfecho este requisito con la mitad del tiempo que debería permanecer en este período recibiendo el tratamiento diseñado para él.

Entonces, para considerar reincidente a un sujeto debe hacerse el siguiente cálculo:

- 1) MONTO DE PENA IMPUESTA % 2 = “X” (tiempo que debe transcurrir para que concluya el período de tratamiento y pueda acceder al período de prueba)
- 2) “X” – TIEMPO EN PP = “Y” (tiempo que resta por cumplir en calidad de condenado para acceder al período de prueba)
- 3) “Y” – 60 días (tiempo que dura el período de observación en Santa Fe) = “N” (tiempo que estará recibiendo “tratamiento” propiamente dicho)

- 4) “N” % 2 = “Z” (cantidad de tiempo necesario que debe transcurrir desde que ingresa al período de tratamiento para que se entienda que lo ha recibido “parcialmente”)

“Z” + 60 días = cantidad de tiempo que deberá cumplir en calidad de condenado desde su ingreso al establecimiento penitenciario.

De esta manera, se estaría siendo coherente con la Constitución Nacional, con los Tratados Internacionales (al resguardar la finalidad de la pena), con el Principio de Igualdad ante la ley, con el fundamento de la reincidencia plasmado por la CSJN en “Gómez Dávalos” y “Gelabert” (la insuficiencia del tratamiento anterior y el desprecio del sujeto hacia la pena) y fundamentalmente con el sistema de reincidencia real y no ficta al cual adherimos actualmente.

Atendiendo a las razones expuestas precedentemente, no habría dudas que en caso de que el sujeto haya cumplido menos de ese tiempo en calidad de condenado, o lo haya cumplido en un establecimiento distinto al penitenciario (Ej: bajo la modalidad domiciliaria), donde mal podríamos decir que recibió tratamiento estatal resocializador ya que no está sometido a ningún régimen progresivo, no sería procedente la declaración de Reincidencia. Porque mas allá de que se entienda que el insuficiente tratamiento es un fundamento más de su procedencia pero no el único, lo cierto es que la razón del ser de la reincidencia no es estigmatizar aún más al condenado sino brindarle un “apropiado tratamiento” acorde a sus necesidades: si fracasó el anterior, ahora hay que “reajustarlo”. Por ende, si nunca hubo tratamiento anterior, no hay nada que “reajustar”.

En conclusión, para que pueda ser declarado reincidente, el condenado (por sentencia firme) debe haber transcurrido un tiempo mínimo **dentro del establecimiento penitenciario: 60 días (período de observación) + mitad del período de tratamiento** previsto para acceder luego al período de prueba; sólo con este requisito podría decirse que el sujeto cumplió parcialmente pena privativa de la libertad e internalizó esa pena, demostrando un “desprecio” a la misma al volver a incurrir en delito dentro del plazo de ley.-

4.) BIBLIOGRAFIA

- “Código Penal Argentino. Parte General”, Jorge De la Rúa, Editorial Depalma, Bs. As., Argentina, 1997.-

- “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Editorial Hammurabi, Bs. As., Argentina.
- “*Código Penal: Comentado y Anotado*”, Tomo III, Andrés J. D'alessio, Editorial La Ley, Bs. As., 2004.-
- “*Código Penal: Comentado y Anotado*”, Parte General, Andrés J. D'alessio, Editorial La Ley, Bs. As., 2004.-
- “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Editorial Ediar, Bs. As., 2005.-
- “GOMEZ DAVALOS, Sinfiorano s/ Recurso de Revisión”, CSJN; 16 de Octubre de 1986. Fallos:308:1938.-
- “GELABERT, Rubén Guillermo s/ robo con armas – Causa N° 14641”, CSJN; 7 de julio de 1988. Fallos:311:1209.-
- “BORDON, Eduardo” Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario. Votos: Dres. Lurati y Acosta.-
- “BARON, Andrés Roberto Y BARON, Cristian –Robo Calificado- s/ Recurso de Inconstitucionalidad”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE; 19-mar-2008; Fuente Propia; 00385; 28128/12.-
- RAMIREZ, Walter Anibal s/ Homicidio Simple. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 08-feb-2017; Fuente Propia; 137/17.-
- “GAMBA, Bruno” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario. 2014. Dres. Acosta – Llaudet – Ivaldi Artacho.-

- “FERRO, Jonatan Maximiliano s/procedimiento abreviado”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 20/12/17. Tribunal: Dres. Mascali - Ivaldi Artacho – Salvador.-
- “ROLDAN, Diego Ignacio s/procedimiento abreviado”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 19/02/18. Tribunal: Dres. Alonso – Ivaldi –Mascali.-
- “RODRIGUEZ, Elias Joel”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 9/5/18. Tribunal: Dres. Lurati – Alonso – Beltramone.-
- “SERRANI, Pedro Matías”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 12/05/16. Tribunal: Dres. Lurati – Carbone – Llaudet.-
- “GASPARRI, Ricardo Victorio”. Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. Santa Fe; 105/06/17. Tribunal: Dres. Salvador – Alonso – Llaudet.-
- “RAMOS, Nicolás Rehuel s/ Robo Agravado”. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 16-feb-2017; Fuente Propia; 140/17.-
- “MORENO, Fernando Ariel s/ Robo Calificado por uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. Colegio de Cámaras de Apelación en lo Penal, Rosario, Santa Fe; 22-jun-2017; Fuente Propia; 267/17. Dres. Acosta – Hernandez – Lurati.-