

# **Análisis del fallo de la Corte tucumana que declara la inconstitucionalidad de la reincidencia**

**Por Maria Marta Contreras Cuenca**

## **Introducción**

A continuación, examinaremos el fallo dictado recientemente por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, en la causa “Alderete, Enrique Omar y Villafañe, Sergio Humberto s/ robo agravado”

El precedente reviste importancia capital para la comunidad jurídica, por ser la primera Corte en nuestro país en pronunciarse por la inconstitucionalidad del Art. 50 del Código Penal; poniendo fin a la aplicación de una norma reñida con el bloque constitucional.

La llamada “reincidencia” es un supuesto de reiteración delictiva que, sin embargo, suele no contentarse con la mera repetición de ilícitos penales, sino que, exige, además, la concurrencia de otras condiciones.

En el Código Penal argentino, esas condiciones consisten en: 1) el dictado de una condena a pena privativa de libertad; 2) la existencia de una condena anterior por un delito, sin que haya transcurrido el plazo del art. 51 del Código Penal; 3) que esa condena anterior haya impuesto pena privativa de libertad; 4) que la pena impuesta en esa condena anterior haya sido efectivamente cumplida como tal, aunque sea en una parte que pueda ser considerada, legalmente, suficiente para contramotivar al condenado y cumplir los proclamados fines de “reintegración social” [cf. arts. 50 y 13 del Código Penal ]; 5) que dicha pena anterior no haya sido cumplida por “delitos políticos”, por delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, por delitos amnistiados o cuando ellos fueron cometidos cuando el autor era menor de dieciocho años; 6) que entre el cumplimiento de la pena anterior y el momento en el que se considera la posible “reincidencia” no se hubiera cumplido el plazo de “prescripción de la reincidencia” (previsto en el art. 50 último párrafo del Código Penal).

El Código Penal argentino atribuye a la “reincidencia” el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado. Ello se produce de tres formas: a) contemplándola expresamente como pauta para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y 41, C.P.); b) asignándole el poder de impedir la libertad condicional del condenado (art. 14, C.P.); y c) posibilitando la imposición de la llamada “reclusión por tiempo indeterminado”, como accesoria de la última condena (art. 52, C.P.).

El fallo en análisis sigue la línea marcada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, al declarar la inconstitucionalidad del Art. 52 del Código Penal, dejó la puerta abierta para futuros pronunciamientos que fulminaran los resabios del derecho penal de autor, enquistados en la institución de la reincidencia

## **Hechos**

El 22 de julio del año 2007, los imputados Enrique Omar Alderete, Sergio Humberto Villafañe y José Luis Rodríguez, portando armas de fuego, ingresaron al domicilio de la víctima José Angel Campero, apoderándose de dinero, prendas de vestir, un arma de fuego y celulares pertenecientes a la familia de Campero y a un obrero del mismo. Luego de encerrarlos en el baño, se dieron a la fuga.

Realizado el debate oral y público, la Excma. Cámara Penal, Sala V, condenó a Enrique Omar Alderete a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas (Art. 166 inc. 2º, primer supuesto y último párrafo del Código Penal); en tanto que Sergio Humberto Villafañe fue condenado a cinco años y seis meses de prisión, declarándolo reincidente por segunda vez, y unificando dicha pena con la de trece años y dos meses de prisión que le fuera impuesta por la Excma. Cámara Criminal Nº 11, Secretaría nº 22 de la provincia de Córdoba (sentencia de fecha 09/11/99) en la pena única de dieciocho años y seis meses de prisión. Cabe aclarar que el imputado José Luis Rodríguez había fallecido.

Contra el referido pronunciamiento, la defensa técnica de Alderete, y la Sra. Defensora Oficial en lo Penal de la VIIIª Nominación, en representación de Villafañe, interpusieron sendos recursos de casación.

El Sr. Ministro Fiscal se pronunció por la denegatoria de ambos recursos.

La Corte, rechaza al recurso incoado por la defensa técnica de Alderete (sustentado en argumentos fácticos); y a contrario sensu, acoge favorablemente el planteo de la defensa de Villafañe, declarando la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal. En este punto, deja sin efecto la declaración de reincidencia del imputado Sergio Humberto Villafañe y la pena impuesta al mismo (dado que incide en ella la calidad de reincidente). Establece una nueva pena consistente en cinco años de prisión, unificando dicha pena con la que le fuera impuesta por la Excma. Cámara Criminal Nº 11, Secretaría nº 22 de la provincia de Córdoba, en la pena única de dieciocho años y dos meses de prisión.

### **Del recurso interpuesto**

La Sra. Defensora Oficial requirió al Excmo. Tribunal se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. y en subsidio se case la sentencia por falta de fundamentación en la declaración de reincidencia.

En cuanto a los fundamentos esgrimidos para solicitar la inconstitucionalidad de dicho instituto, mencionó que la declaración de reincidencia contradice los principios de culpabilidad, legalidad, igualdad y prohibición de la persecución penal múltiple, consagrados en los arts. 16,18, 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, implica una doble valoración de un mismo hecho (ya que, además de la reincidencia en sí misma, por aplicación del artículo 41 del Código Penal sirve para graduar la pena aplicable), y crea un delito autónomo (ser reincidente), accesorio al tipo penal infringido. Asimismo, argumentó que dicha institución desconoce el principio constitucional “nulla poena sine culpa” consagrado en el art. 18 de la CN, al sustentarse en los antecedentes personales del autor, y no en el hecho cometido, es decir, justifica la imposición de una sanción en la peligrosidad del delincuente, sin tener en cuenta que la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto

## Consideraciones jurídicas de la Corte

Luego de analizar los antecedentes fácticos y jurídicos del caso, la Corte se pronuncia por la admisibilidad del recurso, sustentado en el precedente "Casa" de la C.S.J.N. Comienza criticando el hecho de que la condición de reincidente haya sido utilizada por el A quo para agravar la pena de Villafañe

Efectúa un relato histórico de la institución de la reincidencia, haciendo notar que, desde antiguo, los reincidentes son tratados como "sordos a los llamados de la ley". Recalca su clara e íntima vinculación al derecho penal de autor, enraizados con los parámetros de la peligrosidad criminal y teniendo como última ratio la venganza.

Citó el fallo "Gramajo" de la CSJN, en el cual el Máximo Tribunal dejó sentado que: "la pena del Art. 52 del CP es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad (...) Que resulta claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrado 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 cometido (...)", aseverando que los conceptos vertidos por la CSJN en el citado precedente pueden ser extendidos al presente caso, donde el agravamiento de la pena obedece a la consideración negativa de la personalidad del imputado, referido a su peligrosidad criminal, lo cual es incompatible con un derecho penal de acto.

La Corte señala, con razón, que "con la reincidencia, como con la peligrosidad, se castiga algo diferente del hecho criminoso realizado por el autor; se está castigando algo que, en verdad, tiene que ver con lo que ese autor está demostrando ser. Como sostiene Zaffaroni, el agravamiento nada tiene que ver con el injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es igual al del primario"

El propio Tribunal advierte que el imputado Villafañe recibió una pena adicional por su condición de reincidente (seis meses más que Alderete), considerando que ello resulta violatorio del principio de culpabilidad, en virtud de imponer una pena superior a la que le habría correspondido por el hecho típico, sin tener en cuenta la declaración de reincidencia, incorporando en la valoración de la pena cuestiones que son ajenas al hecho analizado. Refiere que tal circunstancia implica una contradicción con los principios generales del derecho, de la teoría del delito, y de las garantías consagradas en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Luego, enfatiza que "la pena adicional" impuesta al imputado Villafañe como consecuencia de la reincidencia "vulnera principios cardinales del derecho penal, principalmente el ne bis in idem, en cuanto nadie puede desconocer que al fijar la condena por un delito anterior, el juzgamiento se ha cumplido, por lo que no puede tener ninguna incidencia esa condena anterior- parcialmente cumplida, o aún íntegramente cumplida- para agravar la pena que pudiera corresponder por el delito que se juzga con posterioridad. Es que, si en una segunda condena ya no sólo se computara la magnitud del nuevo injusto y la culpabilidad por el nuevo hecho, sino que además se sumará al reproche- al momento de graduarle la pena (art. 41.2 del Código Penal)- la pena que ha cumplido, ello implica una grave transgresión al principio del ne bis in idem; y supone una doble valoración de un mismo hecho, se crea un delito autónomo (ser reincidente),

accesorio al tipo penal infringido; y se violenta el principio de culpabilidad al superar la pena que habría correspondido por el hecho típico, incorporando al mismo cuestiones que le son ajenas. La transgresión al principio de culpabilidad, que emerge de disposiciones constitucionales se concreta al valorar los antecedentes penales del imputado a los fines de agravar el monto de la pena a sufrir, lo que resulta extraño al tipo penal infringido-principio de legalidad y tipicidad-“

Otra razón que la Corte brinda como soporte al nuevo paradigma es que, en nuestro país se advierte un proceso acelerado de reducción de este instituto, sobre todo a partir del fallo “Gramajo”. Ello también es conteste con la maduración internacional en este sentido y los avances del derecho comparado, citando los antecedentes de España, Alemania, Colombia y Perú.

En el razonamiento seguido por nuestra Corte, se advierte claramente la impronta del ministro Zaffaroni, como así también de Luigi Ferrajoli.

Por otra parte, se efectúa en el fallo una fuerte crítica al sistema penitenciario, el cual no cumple con la función que le fuera asignada por nuestra Constitución, esto es, la resocialización de las personas privadas de la libertad. Destaca que el fracaso del tratamiento penitenciario a cargo del Estado, no debe traducirse en un agravamiento de la situación de la persona que comete un nuevo delito, “convirtiéndose en una forma de venganza o castigo que padece el sujeto por no haberse resocializado, finalidad expresamente prohibida en el art. 18 de la CN, art. 5 inc. 6 de la CADH, y el art.10.3 del PIDCP”

Finalmente la Corte declara la inconstitucionalidad del Art. 50 del Código Penal, sentando la siguiente doctrina:”El instituto de la reincidencia, consagrado en el art. 50 del Código Penal, resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, y el principio de prohibición de persecución penal múltiple ( ne bis in ídem), los que aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas- de manera expresa o por derivación- en los artículos 18 y 19 de la CN y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos”

## **Conclusiones**

En primer lugar, es dable recalcar el compromiso de nuestra Corte provincial con el respeto irrestricto de los derechos humanos, avanzando en su señero fallo, en la dirección de la política criminal marcada por la CSJN, sin dejarse avasallar por las presiones sociales que demandan mayor represión e incremento punitivo como solución mágica a la problemática de la inseguridad.

El mensaje es claro: se debe penar al individuo por lo que hace, no por lo que es. El reincidente demuestra con los hechos ser más vulnerable que otras personas a recaer en el delito y, en función de esa debilidad, su situación debería ser considerada con mayor benevolencia que la de aquel individuo que delinque por primera vez. Quien pueda entender, que entienda.

