
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, *20 de octubre de 2015.*

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Fernández, Carlos y otros s/ causa n° 9510", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6, condenó a Carlos Alberto Fernández por considerarlo co-autor del delito de robo doblemente agravado por ser cometido con armas y en lugar poblado y banda, a Claudio Andrés Vázquez por su autoría en la portación de arma de guerra sin la debida autorización agravada por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas y a Héctor Matías Quinteros por portación de arma de guerra sin la debida autorización agravada por encontrarse gozando de una excarcelación. Asimismo declaró al nombrado Vázquez reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal.

Que por apelación de la defensa, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal revisó el fallo en cuestión e hizo lugar parcialmente a las impugnaciones. Así, casó la sentencia recurrida, declaró la inconstitucionalidad del artículo 189 bis, inciso 2°, párrafo 8 del Código Penal y en definitiva condenó a Carlos Alberto Fernández como coautor de robo agravado por el uso de arma en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización; condenó a Claudio Andrés Vázquez como autor del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización y dejó sin efecto la reincidencia dispuesta a su respecto; y finalmente condenó a Héctor Matías Quin-

teros como autor del delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización. Luego de ello, apartó al tribunal y mandó fijar nueva pena como también dictar un pronunciamiento sobre la prescripción respecto de otros delitos por los que fueron imputados.

Que el Fiscal General de la instancia se agravió por la exclusión de: la calificación legal que aludía al concepto de "banda" en la figura del artículo 167, inciso 2° del Código Penal, del instituto de la reincidencia -artículo 50 del Código Penal- y de la agravante relacionada con el goce de excarcelaciones o exenciones anteriores y el registro de antecedentes penales -por delitos de carácter doloso contra las personas o con el uso de armas- en la portación ilegítima de armas prescripta en el artículo 189 bis, inciso 2° párrafo 8 del Código Penal.

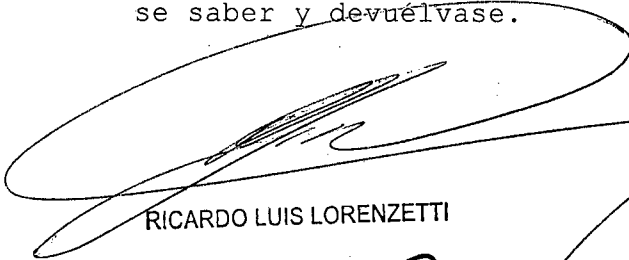
Que en orden a la agravación por el número de participantes del robo ("banda"), la impugnación extraordinaria cuya denegación motivó la queja, es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Que, por el contrario, en relación con los restantes agravios corresponde remitir a lo resuelto por el Tribunal en CSJ 558/2010 (46-A)/CS1 "Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835" del 27 de mayo de 2014 y, en lo pertinente, a los fundamentos y consideraciones precedentes brindadas por el señor Procurador Fiscal en el Capítulo V.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y con los alcances indicados se declara procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sen-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

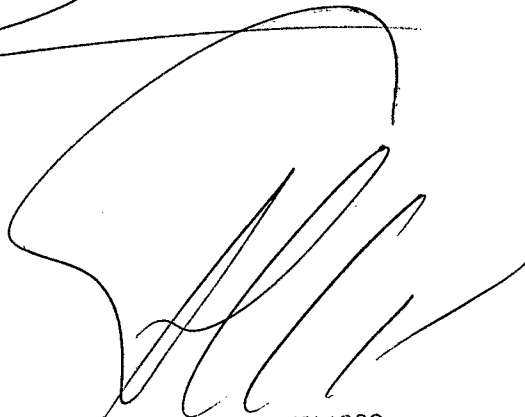
tencia apelada en relación a los señalados agravios. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y devuélvase.



RICARDO LUIS LORENZETTI



CARLOS S. FAYT



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA

Recurso de queja interpuesto por el Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de Capital Federal.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=725885&interno=1>

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=725885&interno=2>

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=725885&interno=3>

.

Suprema Corte:

—I—

La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar en parte a los recursos de casación interpuestos por la defensa de Carlos Alberto F. ; Claudio Andrés V. ; y Héctor Matías Q. y casó parcialmente la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 que los había condenado.

En particular, y en lo que aquí interesa, la cámara desechó la aplicación al caso de la agravante “en banda” del artículo 167, inciso 2, del Código Penal que había sido incluida en la condena de F. ; declaró la inconstitucionalidad del artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, de ese mismo código, con el que el tribunal oral había calificado las condenas por portación de armas de guerra de V. y Q. ; y dejó sin efecto la declaración de reincidencia dispuesta en la sentencia respecto de V. ; pues entendió que sólo el cumplimiento como condenado de una fracción no menor a las dos terceras partes de la pena anterior puede contar como cumplimiento parcial en los términos del artículo 50 del Código Penal (cf. copia de la sentencia de casación, fs. 2/18).

El Fiscal General ante esa instancia interpuso entonces recurso extraordinario federal y su rechazo motivó esta queja (cf. fs. 19/37 vta., 38 y 39/42 vta.).

—II—

En su apelación, el representante del Ministerio Público Fiscal atribuye arbitrariedad a la sentencia de casación, en especial, en lo que respecta a la interpretación que realizó de los artículos 50 y 167, inciso 2, del Código Penal.

A su vez, objeta la inteligencia que el *a quo* ha asignado a los artículos 18 de la Constitución Nacional; 5, 6 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con base en la cual declaró la inconstitucionalidad de la agravación prevista en el artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo del Código Penal.

–III–

Los agravios planteados por el recurrente suscitan, en parte, el examen de cuestiones análogas a las que he tratado en dictámenes anteriores. En especial, en relación con la interpretación del requisito de la comisión del robo “en banda” en los términos del artículo 167, inciso 2, del Código Penal, son de aplicación las consideraciones que he desarrollado al intervenir en el caso H.139.XLVIII, “Higa, Miguel y Rodríguez, Javier Nicolás s/ incidente de recurso extraordinario”, dictamen del 17 de diciembre de 2012.

En lo que respecta a la lectura que el *a quo* ha realizado del requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior para la aplicación del régimen de agravación por reincidencia, corresponde que refiera a lo expuesto en la sección VII de mi dictamen *in re* A.558.XLVI, “Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11835”, del día 21 de febrero de 2014.

En virtud de los argumentos que he desarrollado en esas oportunidades —y que doy aquí por reproducidos en honor a la brevedad— habré de mantener con ese alcance la queja interpuesta.

–IV–

Por otra parte, en la medida en que impugna la declaración de inconstitucionalidad de la regla del artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, del Código Penal, el recurrente plantea una cuestión federal en el sentido regulado por el artículo 14, inciso 3, de la ley 48; pues cuestiona la inteligencia que el tribunal superior de la causa ha dado a cláusulas de la Constitución Nacional y tratados internacionales de igual jerarquía, y la decisión fundada en esa interpretación ha sido contraria a la pretensión del Ministerio Público.

Opino, por ello, que la apelación es, en esa medida, también admisible.

—V—

En cuanto al fondo de la cuestión federal planteada, el apelante critica la decisión del *a quo* que declaró inaplicable, por contraria al derecho federal de jerarquía constitucional, la regla del Código Penal que agrava las penas previstas para la portación ilícita de armas de fuego cuando ella es cometida por quien “registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas” —con la que el tribunal oral había calificado el comportamiento del condenado V —, y cuando la persona “se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior” —cláusula que ese tribunal había aplicado al caso del condenado Q —.

En primer término, en lo atinente a la agravación basada en los antecedentes penales de quien porta el arma de fuego se aplican *mutatis mutandis* los argumentos que he desarrollado al emitir dictamen en el caso, ya citado, A.558.XLVI, “Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11835” (cf., en especial, sección V).

En efecto, tal como lo sostuve allí —con argumentos que doy por reproducidos para evitar transcripciones innecesarias— el hecho de que la legislación ajuste la respuesta penal por un hecho delictivo a la historia punitiva del condenado no implica una violación de los derechos fundamentales amparados por las garantías constitucionales contra la persecución penal múltiple (*non bis in idem*) y la adopción de un derecho penal de autor. En esa medida, la interpretación del *a quo*, en mi parecer, es errónea y la sentencia, por ello, debe ser revocada en ese aspecto.

En segundo lugar, la decisión de la cámara también ha de ser revocada —entendiendo— en cuanto declaró inconstitucional la agravación dispuesta por el artículo 189 *bis*, inciso 2, párrafo octavo, para quien “se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior”. Como fundamento, la sala sólo adujo que esta regla era aún menos aceptable que la anterior desde el punto de vista constitucional, “debido a que [el acusado que se encuentra excarcelado] goza hasta la sentencia firme del estado de inocencia (arts. 18 CN, 8.2 CADH y 14.2 PIDCyP)” (cf. fs. 10).

Efectivamente, al resolver como lo hizo, desechando sin más argumentación que la transcripta, una disposición de una ley del Congreso de la Nación, el *a quo* desconoció la muy arraigada doctrina de V.E. según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones que cabe encomendar a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (cf. Fallos: 328:4542, 327:831, 321:441, entre tantos otros). En esa tarea, los tribunales han de proceder con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infra-constitucional impugnada con el derecho federal invocado (cf. Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

Al haber ignorado esta doctrina, el pronunciamiento impugnado, en el aspecto en cuestión, no constituye, en mi criterio, un acto jurisdiccional válido.

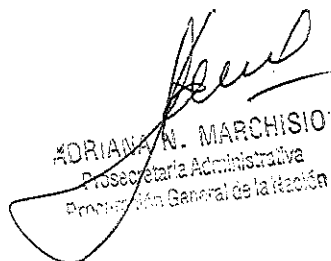
-VI-

Por todo lo expuesto, y por los demás argumentos esgrimidos por el Fiscal General en su apelación, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 30 de abril de 2014.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIÁN N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuraduría General de la Nación



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

H , Miguel y R , Javier Nicolás s/incidente de recurso extraordinario.

S.C. H. 139, L.XLVIII.

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en lo que aquí interesa, resolvió modificar la calificación legal de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de esta ciudad, y condenar a Miguel H y Javier Nicolás R. como autores penalmente responsables del delito de robo simple a la pena de un año de prisión, y mantuvo sus declaraciones de reincidencia (fs. 2/7).

Para así decidir, los magistrados que conformaron la mayoría estimaron que, para una absoluta seguridad jurídica y respeto del principio de legalidad, "...sólo al reunirse las circunstancias que tipifican la asociación ilícita..." se podría configurar la agravante de banda. Asimismo, agregaron que la postura contraria vulneraría esa garantía (vid. fs. 4/4vta.).

Contra esa decisión, el fiscal interpuso recurso extraordinario que, al ser rechazado a fojas 25, motivó la presente queja.

II

En su presentación de fojas 9/21, el recurrente tachó de arbitrario el fallo, al afirmar que aquella forma de resolver, excedió una exégesis razonable de la norma aplicada que la desvirtuó y provocó un apartamiento

inequívoco de la finalidad perseguida mediante su sanción. Agregó que esa interpretación pone en pugna las disposiciones de un mismo cuerpo normativo, y que debió efectuarse un análisis que tomara en cuenta el contexto general y los fines que informan el precepto.

Finalmente afirmó que, al resolver en forma diversa a la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal, se ha vulnerado el interés que éste representa.

III

A mi modo de ver, asiste razón al apelante pues, más allá de la excepcionalidad de la doctrina que invoca, no debe olvidarse que ella también procura asegurar respecto de este Ministerio Público la plena vigencia de las garantías que se dicen conculcadas (conf. doctrina de Fallos: 199:617; 299:17; 307:2483 y 308:1557) exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909), lo que no se aprecia en el *sub exámine*.

Pienso que ello es así, en tanto que el *a quo*, decidió dejar de lado la calificación de la condena en cuanto a la referida circunstancia agravante propuesta por la fiscalía y admitida por el tribunal de juicio, con base en que



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

H. , Miguel y R. , Javier Nicolás s/incidente de recurso extraordinario.

S.C. H. 139, L.XLVIII.

esa inteligencia resultaba violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, para ello sólo se limitó a invocar aquellos mismos fundamentos que han sido motivo de numerosos plenarios de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad (“Mouzo” del 28 de julio de 1944, “Coronel” del 7 de junio de 1963 y “Quiroz” del 4 de septiembre de 1989) y debates doctrinarios, sin explicar por qué los seleccionados en la instancia anterior resultarían vulneradores de esa premisa constitucional, lo que resultaba más necesario si se repara que la Corte ha sostenido en Fallos: 315:1863 que esos argumentos que ahora se cuestionan, no introducían “...elementos extraños al tipo penal descrito por la ley...”, sino que sólo se trata de una interpretación del alcance del concepto de “banda”, al que se refiere el artículo 167, inciso 2º, del Código Penal.

En definitiva, no se cuestiona la postura que respecto de una norma de derecho común puedan asumir los magistrados, sino que la elección interpretativa, no puede realizarse sobre la base de sostener que la otra sería inconstitucional y sin dar fundamentos para ello, sobre todo a partir de la doctrina de V.E. mencionada en el párrafo anterior.

Esa manera de resolver, a su vez, vulnera el adecuado ejercicio del derecho de defensa que, como ya dije, también ampara a este Ministerio, al impedirle

desarrollar un razonamiento que permita controvertir la sentencia en ese punto.

Precisamente, cada una de las ya conocidas posiciones tendrá su sustento y podrá resultar opinable, pero de ninguna manera, la validez de una podría estar dada por la invocación dogmática de que la otra resulta inconstitucional porque ello torna arbitraria a la sentencia al carecer así de fundamentos suficientes.

IV

Ahora bien, descartado el aparente argumento de la legalidad la cuestión queda limitada al análisis de los argumentos de derecho común que avalarían una u otra posición doctrinaria.

En relación con la sustentada por el *a quo*, habré de decir que, a mi modo de ver, ella tampoco resulta adecuada para una hermenéutica armónica y sistémica del Código Penal, pues a partir únicamente de una interpretación histórica de la presunta voluntad del legislador pretende la asimilación de términos que aparecen claramente distinguibles.

No creo adecuado reiterar aquí cada uno de los argumentos que ya fueron ampliamente desarrollados tanto en los fallos plenarios citados como por la doctrina, y que han sido objeto de adecuada síntesis en el recurso.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

H...i, Miguel y R..., Javier Nicolás s/incidente de recurso extraordinario.

S.C. H. 139, L.XLVIII.

Sin embargo, considero oportuno señalar que, según lo aprecio, ese debate reconoce su origen en la supresión de la definición de "banda" que preveía el artículo 78 del Proyecto de 1917 resuelta por la Comisión de Códigos del Senado a fin de evitar reiteraciones, en tanto entendió que ese concepto se hallaba perfectamente definido en el artículo 210 (vid. Rodolfo Moreno (h) "El Código Penal y sus antecedentes", Tomo V, Buenos Aires, H.A. Tommasi, editor; 1922, página 143).

Considero que allí surgió la tesis de la equiparación, a partir de la cual se empezó a afirmar que banda y asociación ilícita configuraban un mismo y único concepto. Este es el criterio seguido por el voto mayoritario del *a quo*.

Sin embargo, nunca se reparó en que la asimilación debía hacerse con el concepto de asociación y no con el de asociación ilícita ya que, la propia comisión que suprimió el artículo 78 de aquel proyecto, dijo que el término estaba definido con toda precisión en el artículo 210, pero en ningún momento expresó que ese artículo, en su totalidad, constituyera la definición, lo cual es lógico desde que nunca una definición puede tener en su contenido al término definido.

Es claro que si para conformar una asociación ilícita es necesario formar parte de una banda o asociación, estos conceptos son autónomos, distintos, independientes y hasta pueden ser preexistentes al de la

asociación ilícita. Así, podrá existir una banda o asociación que no constituyan una asociación ilícita.

Asimismo, si se analizaran las consecuencias desde la óptica de los delitos contra la propiedad, la asimilación de ambos conceptos, llevaría a concluir que la asociación ilícita debería ser preexistente, pues sólo una vez configurada podría darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 166, 167 o 184 del Código Penal, lo que no parece guardar coherencia con nuestra sistemática penal.

En tren de hipótesis, también podría decirse que si lo que se buscaba era la asimilación plena del concepto de banda con el de asociación ilícita, el legislador debería haber quitado ese término de las agravantes de los artículos 166, 167 y 184 del Código Penal, pues hubiera bastado -como es propio de la metodología de nuestro código- referirse a la presencia de las circunstancias o los supuestos previstos en el artículo 210.

Sin embargo, no lo hizo porque, precisamente, nunca tuvo intención de asimilar totalmente ambos términos en tanto, según puedo concluir, quería darle una mayor tutela, en determinados casos, a los delitos contra la propiedad sin que, fuera necesario que, al mismo tiempo, tuvieran la trascendencia de alterar el orden o la tranquilidad pública.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

H. Miguel y R. Javier Nicolás s/incidente de recurso extraordinario.

S.C. H. 139, L.XLVIII.

V

Tal criterio es el que, según mi parecer, respeta la doctrina del Tribunal según la cual, la primera regla de hermenéutica legal consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador de quien no se presupone inconsecuencia o imprevisión, razón por la cual su propósito no debe ser obviado por los jueces so pretexto de posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal, evitando realizar interpretaciones que pongan en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el valor que las concilie y deje a todos con valor y efecto (Fallos: 307:3153; 308: 1745; 310:149, 195; 312:1283; 320:1962; entre otros).

Entiendo que ello es así, porque de otra manera se tornarían inoperantes las agravantes previstas en los artículos 166, inciso 2º; 167 inciso 2º; y 184, inciso 4º, del Código Penal ya que, de avalarse la postura casacionista, la presencia de ellas implicaría de por sí su desplazamiento por la aplicación del artículo 210, desfigurándose la razón ontológica de su creación y la economía punitiva y concursal de nuestro sistema penal.

VI


En conclusión, por lo expuesto y los demás argumentos invocados por el señor Fiscal recurrente, estimo que la sentencia apelada ha desvirtuado las normas aplicables en la especie, a partir de una interpretación arbitraria (Fallos: 314:1784; 315:1767; 319:840; 320:1942 y

321:394, entre otros) por lo que, en tales condiciones, estimo que corresponde hacer lugar a esta queja y dejar sin efecto la sentencia apelada a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, /7 de diciembre de 2012.

ES COPIA.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL.



ADRIANA M. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Oral de Menores n° 3 de la ciudad de Buenos Aires condenó a Martín Salomón A como autor del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, en grado de tentativa, en concurso real con la portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, y le impuso la pena de siete años de prisión. A su vez, unificó esa pena con la de nueve años y nueve meses de prisión que había sido fijada, en definitiva, por el Juzgado de Ejecución Penal n° 2, por el delito de robo calificado por el uso de armas, reiterado en seis oportunidades, en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra y encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, reiterado en dos ocasiones, de modo que A fue finalmente sentenciado a cumplir la pena única de dieciséis años de prisión.

En atención a que los hechos por los que el tribunal de menores condenó a A fueron cometidos cuando él había cumplido parte de la pena de nueve años y nueve meses de prisión por los seis hechos anteriores, y continuaba aún bajo el régimen de salidas transitorias, se lo declaró reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal, y se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de las normas de agravación por reincidencia que había articulado oportunamente la defensa.

Esa parte interpuso entonces recursos de casación e inconstitucionalidad. En el primero, postuló que la fundamentación de la sentencia era sólo aparente, tachó de arbitraria la aplicación al caso de la agravante genérica prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal y la graduación de la pena impuesta (fs. 19-24 vta.).

En el segundo recurso insistió en su planteo de que el régimen de agravación penal por reincidencia de los artículos 14 y 50 del Código Penal es contrario a los principios de culpabilidad por el hecho y *non bis in idem* recogidos en la Constitución Nacional. Tras más de dos décadas de vigencia, los precedentes de la

Corte en los que el tribunal de menores sustentó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad merecían —sostuvo la defensa— una nueva evaluación (fs. 25-31).

La sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar, por mayoría, a esas impugnaciones (fs. 45-55 vta.). En primer término, rechazó el agravio referido a la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal, pues entendió que se hallaba debidamente acreditada la intervención en el hecho de un menor de dieciocho años de edad, sin que sea necesario acreditar la finalidad de aprovechamiento por parte del mayor. No obstante, el tribunal destacó además que, en ocasión de darse a la fuga, A le había entregado al menor el arma que utilizó en el robo, con lo cual también se encontraba demostrada su intención de descargar en él la mayor responsabilidad por el hecho.

En segundo término, el *a quo* repasó detalladamente las circunstancias que el tribunal de grado ponderó como agravantes y atenuantes para fijar la pena finalmente impuesta a A y concluyó que los argumentos utilizados para graduar la sanción se encontraban ajustados a derecho y en adecuada relación con las circunstancias comprobadas de la causa.

Asimismo, desestimó el agravio vinculado a la alegada inconstitucionalidad del régimen de agravación por reincidencia sobre la base de jurisprudencia de la propia sala y de la Corte Suprema.

Contra ese pronunciamiento, la defensa de A interpuso recurso extraordinario federal cuya denegatoria dio lugar a la articulación de esta queja (cf. fs. 56-75 vta., 78 y vta., y 81-85 vta.).

–II–

En el escrito que contiene el recurso extraordinario, el apelante esgrime en esencia tres objeciones.

La primera está vinculada con la aplicación de la agravante genérica prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal. La segunda, con la graduación de la pena impuesta. Y la tercera, con la decisión de los tribunales inferiores de respaldar la validez del régimen de agravación por reincidencia sin dar adecuada respuesta a los cuestionamientos constitucionales que enfrenta especialmente a la luz de los principios de culpabilidad por el hecho y *non bis in idem*.

A este último respecto, el recurrente expone, por un lado, que la decisión del *a quo* es incompatible con la doctrina del precedente de la Corte registrado en Fallos: 329:3680 (“Gramajo”), que articula el principio constitucional según el cual el legislador no puede válidamente imponer pena a las personas por lo que ellas son, sino únicamente por aquello que han efectivamente cometido.

Por otro lado, la defensa postula que, aun si el régimen de agravación por reincidencia del Código Penal fuera en principio constitucionalmente tolerable, los derechos federales en juego deberían llevar de todos modos a la conclusión de que la declaración de reincidencia decidida en el caso debe ser revocada. El *a quo* debería haber tomado en cuenta, sostiene, que el plazo por el cual A había estado en prisión cumpliendo pena por los delitos anteriores no era suficiente para justificar la agravación de la sanción por la comisión del último delito y, por lo tanto, no pudo válidamente ser tenido por cumplimiento parcial en los términos del artículo 50 del Código Penal. En todo caso, si la reincidencia fuera válidamente tomada en cuenta para su declaración formal, ella no podría considerada también como factor para la determinación de la pena en los términos del artículo 41, inciso 2, del Código Penal.

–III–

En primer lugar, entiendo que el agravio vinculado a la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal no puede ser objeto de consideración en esta instancia extraordinaria, pues remite al examen de cuestiones

relativas a la interpretación y aplicación del derecho común y a la valoración de los hechos y de las pruebas que han sido resueltas con fundamentos bastantes (cf., en igual sentido, dictamen del Procurador General de la Nación *in re* N.524.XLI, “Nina, Rubén Eduardo s/ robo agravado por comisión con arma –causa n° 6453–”, del 13 de diciembre de 2006).

Por lo demás, como he tenido oportunidad de sostener al dictaminar en los casos R.30.XLIX, “Rivero, Hernán Luis s/ causa n° 15495”, del 27 de mayo de 2013, y V.19.XLVIII, “Verón, Pablo Mariano s/causa n° 13766”, del 8 de mayo de 2013 (apartado V), la interpretación propuesta por la recurrente no respeta el sentido de la ley que introdujo la norma en cuestión.

Igualmente inidóneo resulta, en mi entender, el planteo dirigido contra la graduación de la pena impuesta a A , en la medida en que éste se distingue del tercero de los agravios mencionados. En efecto, la mera discrepancia con el monto de la sanción no suscita una cuestión que quepa decidir a V.E cuando, como en el caso, su determinación por los jueces de la causa ha sido realizada razonablemente dentro de los límites establecidos por las categorías que en ese sentido fijan las leyes (Fallos: 310:2844; 311:2619; 312:551).

–IV–

Por otro lado, considero que el agravio reseñado en tercer término plantea una cuestión federal, pues objeta el régimen de agravación por reincidencia que regula el Código Penal bajo la pretensión de que es inconciliable con principios de la Constitución Nacional, y la decisión apelada —la sentencia del superior tribunal de la causa que puso fin al pleito— ha sido contraria a los derechos que, a criterio del recurrente, tales principios aseguran (artículo 14, inciso 2, ley 48).

En cuanto a la actualidad de este aspecto, corresponde apuntar que, de conformidad con el cómputo de pena que figura en la certificación de fojas 319 del expe-

diente principal, A ya habría cumplido más de dos tercios de los dieciséis años de prisión a los que ha sido condenado. Por lo tanto, si prosperara su petición de declaración de inconstitucionalidad de la restricción fijada en el artículo 14 del Código Penal, podría aspirar inmediatamente al régimen de libertad condicional que las normas cuestionadas vedan a quienes han sido declarados reincidentes.

—V—

La cuestión planteada a la consideración del Tribunal exige, entonces, la evaluación constitucional del régimen de agravación por reincidencia dispuesto en los artículos 14 y 50 del Código Penal. Según éste, ha de ser tratado con más severidad quien comete un delito punible con pena privativa de la libertad tras haber cumplido ya efectivamente una pena de esa clase por un delito anterior, siempre que no haya transcurrido un plazo legal —que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el primer delito— entre el cumplimiento de pena por el delito anterior y la comisión del nuevo delito. La agravación punitiva que impone la ley consiste centralmente en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del artículo 13 del Código Penal durante la ejecución de la pena por el nuevo delito.

El recurrente sostiene que la agravación punitiva por reincidencia violaría, por un lado, el principio constitucional *non bis in idem*, que prohíbe la aplicación de una nueva pena por un hecho delictivo a quien ya ha sido sancionado por ese hecho. Por otro, el agravamiento penal contrariaría también la doctrina constitucional —articulada por la Corte en el precedente de Fallos: 329:3680 (“Gramajo”)— según la cual “la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a

cabo” (considerando 18). La agravación por reincidencia conculcaría esa doctrina —de acuerdo con el argumento de la defensa— “en tanto crea la categoría de personas reincidentes, a quienes impone un derecho penal más riguroso en virtud de otros hechos ocurridos, juzgados y compurgados en el pasado” (fs. 72 vta.).

En mi opinión —y sin perjuicio de que V.E. ofrezca una mejor interpretación de sus propios precedentes— no existe la contradicción que se postula en el recurso.

En lo que respecta a la primera proposición, el recurrente no agrega argumentos a los ya respondidos por el Tribunal al dictar los precedentes registrados en Fallos: 311:552 (“Valdez”) y 1451 (“L’Eveque”). Allí, con asiento en una antigua doctrina constitucional de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (especialmente “Moore v. Missouri” 159 U.S. 673 [1895]; cf. también “Gryger v. Burke” 334 U.S. 729 [1948], “Williams v. Oklahoma” 358 U.S. 576 [1959] y, más recientemente, “Nichols v. United States” 511 U.S. 738 [1994] y “Witte v. United States” 515 U.S. 389 [1995]), V.E. descartó la objeción basada en el principio *non bis in idem* al interpretar el régimen de agravación por reincidencia no como una forma de agregar un nuevo castigo por el delito anterior ya penado, sino, antes bien, como un ajuste de la pena por el nuevo delito tomando en consideración características penalmente relevantes del caso. El principio en cuestión, sostuvo la Corte, “prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal— a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal. . . [L]o que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada —como es obvio— en ésta” (Fallos: 311:1451, considerando 7°).

Las consideraciones de V.E. en los precedentes citados sugieren también una respuesta a la objeción fundada en el principio que prohíbe la adopción de un derecho penal de autor. De acuerdo con la lectura del Tribunal, la mayor gravedad en la sanción que el Código Penal atribuye a quien comete un nuevo delito habiendo cumplido efectivamente pena por un delito anterior puede explicarse como respuesta al mayor grado de culpabilidad que revelaría esa persona en la comisión del nuevo delito, en comparación con la que expresaría quien cometiera un hecho equivalente sin haber cumplido pena con anterioridad: “[L]a mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito” (Fallos: 311:1451, considerando 7°; cf. también Fallos: 308:1938, especialmente considerando 5°, y 311:552).

Bajo la luz de esa interpretación, el régimen de agravación por reincidencia no importaría una forma de castigo por el carácter o por lo que la persona es, ni respondería a un juicio sobre el proyecto de vida que ella ha elegido realizar. Antes bien, la agravación reflejaría una evaluación de la responsabilidad personal del autor por la comisión del nuevo delito.

En ese sentido, encuentro acertada la observación del juez Petracchi quien, en su voto en el caso “Gramajo”, indicó que la declaración de inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal, decidida por la Corte en ese precedente, no implica una conclusión semejante para el régimen de agravación por reincidencia en disputa en el caso ahora en examen. De acuerdo con la doctrina de ese precedente, es contraria a la Constitución la imposición de una pena desproporcionadamente severa, en relación con la culpabilidad por la infracción penal cometida, y sólo motivada en la atribución al condenado del carácter de ser un “peligro para la

sociedad”. En cambio, una agravación punitiva legalmente impuesta como respuesta a una mayor culpabilidad por el hecho delictivo sobre el que versa la condena, y que no supera los márgenes de la pena fijada por la ley en proporción a la gravedad del delito, no comparte, por cierto, los vicios constitucionales del régimen del artículo 52 del Código Penal (cf. Fallos: 329:3680, voto del juez Petracchi, considerando 18).

En mi opinión, no es posible descartar la interpretación según la cual la reincidencia, tal como está definida en el artículo 50 del Código Penal, es un indicador razonable de una culpabilidad mayor. La culpabilidad por un hecho delictivo depende, en efecto, de la capacidad de la persona de “comprender la criminalidad” del hecho que comete (cf. artículo 34, inciso 1, del Código Penal; y, en general, Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ra. ed., Munich: C. H. Beck Verlag, págs. 740-745). Y, por su parte, el previo cumplimiento efectivo de una pena puede asegurar, intensificar o profundizar esa comprensión. Al menos, esa es una función u objetivo que cabe razonablemente atribuir a la pena (cf., por ejemplo, Alfred Cyril Ewing, *The Morality of Punishment: with some suggestions for a general theory of ethics*, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1929, esp. pág. 84; Jean Hampton, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13 [1984], págs. 208-238; R. Antony Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986, esp. cap. 9, págs. 233-266).

La posibilidad de esta lectura del régimen de agravación por reincidencia del Código Penal —bajo la cual es consistente con el principio que veda la adopción de un derecho penal de autor, articulado por V.E. en el considerando 18 del ya citado caso “Gramajo”— impide, en mi entender, que se lo tenga por inconstitucional. Pues ha de recordarse que no está aquí en juego la evaluación del mérito, conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del régimen de agravación por reincidencia, que no es propia del Poder Judicial (cf. Fallos: 308:1631; 3263:2409, entre muchos otros) sino su estricta contradicción con los principios recogidos por la Constitución Nacional. Y en esta la-

bor, tal como el Tribunal lo ha manifestado en reiteradas ocasiones, ha de procederse con prudencia, extremando los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice la norma infra-constitucional impugnada con el derecho federal invocado (cf. Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

–VI–

Tampoco encuentro inconstitucionalidad en el hecho de que la agravación punitiva que dispone el Código Penal en virtud de la reincidencia consista en la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional regulado en su artículo 13.

A este respecto, debe notarse, en primer término, que —dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10) y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680, considerando 19)— la determinación de las escalas punitivas, de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso (cf. Fallos: 209:342; 314:440, considerando 5°; y dictamen del Procurador General D’Alessio en Fallos: 312:309, esp. pág. 816).

El régimen de libertad condicional que regula el Código Penal entre sus artículos 13 y 17 es, junto con el de suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, regulado en los artículos 26 a 28 del Código Penal, una manifestación de una misma política del legislador nacional dirigida a graduar el uso del encierro carcelario en respuesta a particularidades de la historia punitiva de la persona condenada. La ley permite así prescindir condicionadamente de la prisión cuando el condenado lo es por primera vez y por un delito no particularmente grave, y reducir sensiblemente (en un tercio) el tiempo efectivo de internación carcelaria en los casos en los que el condenado cumple pena de prisión por primera vez, o cuando ya haya cumplido pena con anteriori-

dad, si es que ha pasado un tiempo considerable, un tiempo que oscila entre cinco y diez años según cuál haya sido la pena impuesta por el delito anterior.

No advierto, en la adopción legal de este patrón de empleo gradual del encierro carcelario que la ley prevé como respuesta proporcional a la gravedad del hecho ilícito por el que la persona condenada es responsable, que el Congreso haya excedido los amplios márgenes de discrecionalidad que la Constitución le atribuye en materia de política criminal.

Asimismo debe destacarse, en segundo término, que la pérdida del derecho a aspirar al régimen de libertad condicional del artículo 13 del Código Penal no importa privar al interno del acceso a otros mecanismos de atenuación paulatina de las restricciones propias de las penas de encierro carcelario —incluyendo alguna modalidad de egreso anticipado de la prisión— a los que tiene derecho, en línea con el fin de reforma y readaptación social que el artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asigna a las penas privativas de la libertad.

En efecto, el marco mínimo que fija la ley 24.660 (cf. Fallos: 328:1146, considerando 9°) asegura a las personas sometidas a penas privativas de la libertad el acceso progresivo a regímenes de liberación como las salidas transitorias (artículos 16 y siguientes) y la semilibertad (artículos 23 y siguientes) una vez cumplida la mitad de la condena (o quince años en el caso de penas perpetuas) y finalmente la libertad asistida (artículos 54 y siguientes) en el tramo final antes del agotamiento de la pena.

La agravación por reincidencia no pone en riesgo la disponibilidad para las personas condenadas de ninguno de estos regímenes.

–VII–

Por último, no advierto razón en la interpretación propuesta por la recurrente, según la cual sólo el cumplimiento efectivo de encierro carcelario por un lapso equivalente, al menos, a las dos terceras partes del total de la pena impuesta por el delito

anterior podría justificar la agravación por reincidencia de la pena impuesta por el delito posterior (cf. fs. 71 vta.).

En relación con este punto, entiendo que rigen aún las consideraciones de la Corte al refutar, en el precedente registrado en Fallos: 308:1938 (“Gómez Dávalos”), la misma interpretación que propone la defensa en el *sub examine*.

En efecto, la lectura propuesta debe ser rechazada en razón de que ella “conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo” (Fallos: 308:1938, considerando 6°); pues es regla que no corresponde dar a las leyes un alcance que, sin un asiento textual, las desvirtúe o vuelva inoperantes.

Igualmente infundada resulta, en mi entender, la lectura postulada por la defensa, de acuerdo con la que la reincidencia no podría dar fundamento a la declaración formal que resultaría en la aplicación de la restricción prevista en el artículo 14 del Código Penal y, a la vez, a una consideración agravatoria para la medición de la pena en los términos del artículo 41, inciso 2, de ese mismo cuerpo legal, sino sólo a una de ellas (cf. fs. 68 vta.-70 vta.).

No hay ningún asiento ni en la lógica ni en el texto de las leyes penales que aquí se cuestionan que permita inferir la restricción que pretende la defensa. No encuentro razón alguna que obligue a limitar la agravación por reincidencia —que, como lo he expuesto en las secciones anteriores, es compatible con un derecho penal de acto y, por lo tanto, no es inconstitucional en el sentido planteado en el recurso extraordinario— a sólo una de las dos dimensiones destacadas en el argumento en examen, a saber, la medición de la pena y la pérdida del derecho a aspirar a la libertad condicional del artículo 13 del Código Penal. El régimen de agravación por el que ha optado el Congreso dentro de sus facultades constitucionales asegura que la declaración de reincidencia se manifestará por imperio de la ley en la segunda de ellas (cf. artículo 14 del Código Penal), mientras que deja en manos de la apreciación judicial su reflejo en la primera (cf. artículo 41, inciso 2, del Código Penal).


-VIII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente procedente la queja sólo con el alcance indicado en la sección IV, y confirmar la sentencia impugnada en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 21 de febrero de 2014.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación