

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

Reg. nro. 535/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 08 días del mes de octubre del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo Bruzzone, Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 299/306 vta. por la defensa técnica de C. F. S.; en la presente causa n° 49.723/2013, caratulada “**S., C. F. s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral de Menores n° 1, resolvió –en lo que aquí interesa– declarar reincidente a C. F. S. (cfr. fs. 280/286 vta.) y rechazar la unificación de sentencias solicitada por su defensa (cfr. fs. 288/289 vta.).

II) Contra dicha resolución, interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el defensor oficial del nombrado, Damián R. Muñoz (cfr. fs. 299/306 vta.), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 307/307 vta.) y mantenido ante esta instancia (cfr. fs. 312).

El recurrente fundó sus agravios en los arts. 474, y primer inciso del 456, CPPN.

De este modo, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia y sus consecuencias jurídicas, específicamente, en función de lo establecido en el art. 14, CP, señalando que más allá de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arévalo”¹, brindaría argumentos y razones jurídicas no contempladas en aquél.

Así, expuso que la reincidencia importaba un serio agravamiento de la respuesta punitiva estatal por tres vías: a) contemplándola para la determinación de la pena (arts. 40 y 41, CP), b) asignándole el poder de impedir la libertad condicional (art. 14, CP), y c) posibilitando la reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena (art. 52, CP).

¹ CSJN: A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014.

Alegó que aquél instituto afectaba los principios de culpabilidad, inocencia, socialización, prohibición de doble desvaloración y punición.

Además, se agravó porque a su entender el tribunal se limitó a declarar reincidente a su asistido porque había cumplido parcialmente pena como condenado y cometido el nuevo hecho dentro del plazo previsto en el art. 50, CP, sin especificar el modo en que ese antecedente debía incidir en el caso concreto.

Agregó que aunque se considerara constitucional el instituto, la privación de libertad sufrida no satisfacía el presupuesto para la reincidencia si aquella había tenido lugar en calidad de: a) procesado, ó, b) condenado, sin acreditarse el tránsito del interno por algunas de las diversas fases penitenciarias, con sus respectivas intervenciones resocializadoras. Al respecto, afirmó que su declaración reclamaba la certeza absoluta de que el Estado había brindado reales y concretas posibilidades de intervenir sobre el penado, y que sólo en esos casos la comisión de un nuevo delito evidenciaba el fracaso de aquella intervención y justificaba una reacción más severa como respuesta punitiva.

En otro orden de ideas, sostuvo que en materia de unificación de penas *“corresponde a pedido de parte dictar sentencia única cuando se hubiesen pronunciado dos o más sentencias firmes, sin observar lo dispuesto en los arts. 55, 56, 57, 58 (párrafo 1º, 1º regla) ó 27 (párrafo 1º y 2º) aunque una, varias o excepcionalmente todas las penas de que se trata se encuentren agotadas o extinguidas, siempre que exista interés legítimo en la unificación o ésta sea necesaria”*, de conformidad con el precedente “P.”², especialmente el voto de Frías Caballero, y “M.”³. Y manifestó que procedía incluso para los reincidentes, siendo indispensable el pedido de parte.

En función de ello, consideró que en el caso se encontraban satisfechos ambos requisitos: 1) mediaba un expreso pedido de parte (en el acta juicio abreviado), y, 2) existía un interés legítimo del imputado en que sus condenas fuesen unificadas, ya que en el marco de la condena

² Cámara del Crimen, del 29/12/70.

³ Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, del 25/4/13, reg. nro. 350/13.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

impuesta en Jujuy había cumplido un total de tres años, y su unificación con la dictada por el tribunal de menores permitiría computar el tiempo de privación en aquél proceso para la presente causa.

Por último, estimó que el dictado de una pena de tres meses de prisión merecía críticas adicionales, ya que por su corta duración impedía la consecución de los fines preventivos generales o especiales de la pena, imposibilitando su fin resocializador, por lo que convenía –en términos prácticos– la unificación, ya que incluso con el método aritmético su defendido podría acceder a la libertad asistida.

Por todo lo expuesto, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP, y la unificación de las penas impuestas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de Jujuy con la del Tribunal Oral de Menores n° 1.

III) En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el doctor Mariano Patricio Maciel, Defensor Público Oficial de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien alegó que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación eran vinculantes en la causa en la que se habían dictado y obligaban a las partes y a los tribunales inferiores intervinientes, pero no a los demás tribunales en otros casos, aunque fuesen análogos, porque no existía ninguna norma que así lo estableciera.

Sobre esa base, sostuvo que la propia Corte Suprema reconoció la facultad de los jueces de instancias inferiores de realizar un control de constitucionalidad en el caso concreto, estableciendo que su doctrina no era inmutable, y que los jueces no estaban obligados a seguirla, siempre que alegaran nuevos argumentos o razones no examinadas o no resueltas por ella. Aclarado ello, afirmó que el precedente “Arévalo” no contemplaba ciertos argumentos a los que haría referencia.

En ese sentido, consideró que la reincidencia afectaba el principio resocializador de la pena al impedir a los reincidentes el acceso a la libertad condicional y la consecuente verificación del resultado del tratamiento penitenciario. Asimismo, alegó que contrariaba el principio de igualdad ante la ley porque el multireincidente y el extranjero se

encontraban en mejores condiciones que el reincidente simple, pues ambos tenían derecho a obtener la libertad condicional.

Finalmente, entendió que en la resolución impugnada se omitió tratar el interés legítimo de su asistido en la unificación de las condenas impuestas. En favor de la interpretación que propuso, citó distinta jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal y el Plenario “P.”.

IV) El 27 de mayo de 2015, se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN (en función del 465, CPPN), a la que compareció el doctor Mariano Patricio Maciel, quien, tras reiterar los agravios expuestos tanto en el recurso de casación como en el término de oficina, y citar distinta jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal que avalaba su postura, solicitó que se hiciera lugar al recurso interpuesto, se casara la resolución impugnada y considerara la unificación requerida.

Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, de conformidad con lo establecido en el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 333.

Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- La defensa se agravia ante esta instancia por dos motivos: a) porque considera que los arts. 14 y 50, CP, son inconstitucionales, y b) porque entiende que el Tribunal Oral de Menores n° 1 efectuó una errónea aplicación del art. 58, CP, al rechazar la unificación de condenas solicitada.

2.- En cuanto al primer motivo planteado ante esta instancia, el *a quo* sostuvo que “S. registró ante el Tribunal en lo Criminal Nro. 3 de la Provincia de Jujuy las causas 53/09, 54/09 y 189/09 en la(s) que, con fecha 22 de diciembre de 2009, se le aplicó la pena (a) tres años de prisión efectiva con costas (...y que estuvo) detenido desde el 25 de enero de 2009, siendo excarcelado el día 6 de febrero de 2009 y resultando nuevamente privado de su libertad el 3 de marzo de 2009,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

hasta el 22 de febrero de 2012, fecha en la que cumplió la pena (impuesta) por el Tribunal”.

Así, concluyeron que en virtud de que el interno “cumplió parcialmente como condenado pena privativa de la libertad y cometió el delito por el que (era) condenado en autos el 13 de septiembre de 2013, dentro del término de diez años que fija el art. 50 –última parte– del Código Penal, correspond(ía) declararlo reincidente”.

2.1.- Como se dijo, la defensa plantea la inconstitucionalidad del artículo 14, CP, alegando que, más allá de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Arévalo”, existen nuevos argumentos que deben ser atendidos, en razón de que aquéllos no habían sido tratados por el máximo tribunal del país en sus precedentes.

Sin embargo, la cuestión jurídica a resolver en “Arévalo” era idéntica a la que aquí se intenta reeditar, y la adecuación constitucional del artículo cuestionado fue ratificada por remisión a la doctrina permanente de la Corte explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

2.2.- Asimismo, el recurrente manifestó que el *a quo* no analizó cómo el cumplimiento parcial de pena como condenado y la comisión del nuevo hecho durante el plazo previsto en el art. 50, CP, debía incidir en el caso concreto. En este punto, interesa señalar que la cuestión vinculada al tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también se encuentra expresamente resuelta en “Gómez Dávalos”. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5º) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se

manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

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

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

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

La tesis de la Corte, conforme a la cual, el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario fue ratificado, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere “...el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración”.

Sobre esta base, y toda vez que como se afirma en la sentencia recurrida S. “cumplió parcialmente como condenado pena privativa de la libertad y cometió el delito por el que (era) condenado en autos el 13 de septiembre de 2013, dentro del término de diez años que fija el art. 50 – última parte– del Código Penal”, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo* conforme a la cual ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es igualmente correcta la declaración de reincidencia.

3.- En cuanto al segundo agravio sometido a consideración de este tribunal, los jueces del *a quo* afirmaron que la unificación de la condena impuesta por el Tribunal Oral de Menores n° 1, dictada el 17 de noviembre de 2014, no podía unificarse con la del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de Jujuy, del 22 de diciembre de 2009, en virtud de que esta última se encontraba vencida (desde el 22 de febrero de 2012) al momento en que el acusado cometió el hecho juzgado por el primer tribunal (del 13 de septiembre de 2013). En su favor, citaron distinta doctrina y jurisprudencia que interpreta que el art. 58, CP, no permite la unificación de penas vencidas.

Es claro que la unificación solicitada con base en lo previsto en el art. 58, CP, no puede prosperar.

El artículo en cuestión trata sobre la unificación de penas, y ella tiene lugar tanto si se hubieren dictado dos o más sentencias firmes violando las reglas de los artículos 55 a 57, CP (segunda regla) como cuando, habiéndose dictado una sentencia condenatoria firme respecto de una persona, se la deba juzgar, mientras esté aun cumpliendo pena, por otro delito (primera regla); y, en algunos casos, en la medida en que

subsista algún interés en la unificación, lo que sucede siempre que el hecho juzgado luego sea anterior a la primera condena.

Su finalidad es la unificación de las penas impuestas en distintas sentencias a una misma persona, aunque hayan sido dictadas en diversas jurisdicciones⁴. Se busca así mantener el principio de la unidad de la pena a ejecutarse, a pesar de que exista una sentencia firme respecto de una o de varias de las penas concurrentes.

Sin embargo, la unificación no será procedente cuando habiendo sido condenado antes por una sentencia firme y habiéndola cumplido íntegramente, cometiera con posterioridad un nuevo delito objeto de una nueva condena. En estos supuestos, se impondrá una pena distinta por cada delito en tiempos diferentes, sin que aquéllas coexistan temporalmente en ningún momento.

Y éste, claro está, debe situarse en esta última hipótesis, ya que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de Jujuy impuso a S. una pena a tres años de prisión el 22 de diciembre de 2009, que venció el 22 de febrero de 2012. Luego, el 13 de septiembre de 2013, cometió otro hecho, por el que fue condenado el 17 de noviembre de 2014 por el *a quo* a tres meses de cumplimiento efectivo.

De esto, se advierte que la primer condena impuesta al nombrado por el tribunal de Jujuy, cuya unificación pretende la defensa, ya se encontraba vencida al momento en que S. cometió el hecho por el que fue condenado en estas actuaciones, por lo que no existió ningún punto de contacto entre ambas condenas, ni siquiera entre la primera condena y el hecho por el que fue condenado por el *a quo*.

4.- Por esta razón, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 299/306 por la defensa técnica de C. F. S., sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 491, 530 y 531 CPPN).

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. El 17 de noviembre de 2014, el Tribunal Oral de Menores N° 1 condenó a C. F. S. como coautor penalmente responsable del delito de

⁴Cfr. Núñez, Tratado de Derecho Penal. Parte General, T. II, p. 513.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

robo en grado de tentativa, a la pena de tres meses de prisión, con costas. Además, lo declaró reincidente (cfr. fs. 280 / 286 vta., puntos 3 y 4).

En la misma sentencia, en el punto 5, se resolvió correr vista al fiscal del pedido efectuado por la defensa de S. “...en los términos del art. 58 del Código penal de la Nación...” (fs. 286 vta.).

Contestado este traslado, el mismo Tribunal, por resolución del 5 de diciembre de 2014, rechazó el pedido de unificación de sentencias (fs. 288 / 289).

2. Contra esta decisión S. recurrió *in pauperis forma* (acta de fs. 292), a lo que el tribunal *a quo* dispuso dar intervención a la defensa pública, una vez finalizada la feria judicial (decreto de fs. 294).

De esta forma, el defensor público oficial Damián R. Muñoz interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad. Tal como se ha resumido en las resultas (punto II), el remedio se dirigió contra los arts. 14 y 50 del CP por inconstitucionales, y el rechazo del pedido de unificación realizado por la defensa.

3. El art. 50, CP, define la reincidencia pero no sus consecuencias.⁵

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

⁵ Cfr. GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código Penal. Su escrutinio constitucional y el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en Leonardo G. Pitlevnik (Director), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 15, Hammurabi, Buenos Aires, p. 37 y sigs.

⁶ Cfr. GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código Penal*, op. cit., ps. 37

4. Tal como señalamos en la causa **“G.”**⁷, la constitucionalidad de la reincidencia es una vieja discusión que excede el marco de los tribunales y la academia, y que, al menos en el plano judicial, se encuentra hoy provisoriamente saldada por diversas sentencias de la Corte Suprema que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema. En este sentido, y tal como lo señala el voto del juez García en el caso mencionado, son claras las sentencias dictadas en los casos **“Gómez Dávalos”** (Fallos 308 : 1938, del 16 de octubre de 1986), **“Gelabert”** (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987) **“Valdez”** (Fallos 311: 522, del 21 de abril de 1988), **“L’Éveque”** (Fallos 311: 1452, del 16 de agosto de 1988), **“Gramajo”** (Fallos 329: 1680), y fundamentalmente **“Arévalo”** (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). En ésta última, la Corte sostuvo con respecto al *“...planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia resulta sustancialmente análoga a la resuelta en ‘Gómez Dávalos’..., ‘L’Eveque’...y ‘Gramajo’...especialmente, considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi, y a ellos corresponde remitir, en lo pertinente...”*.

En este repaso, también son relevantes los casos **“Álvarez Ordoñez”** (causa A.577.XLVI) y **“Taboada Ortiz”** (T. 294.XLV, ambas del 5 de diciembre de 2013), donde también se discutía la constitucionalidad de la reincidencia. En ellos, la mayoría resolvió que el recurso extraordinario federal no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma o era inadmisibles, respectivamente, mientras que en ambos casos, el juez Zaffaroni votó en disidencia y consideró procedente el remedio intentado. Al respecto, también resulta atinada la cita efectuada por el juez García en el punto III de su voto en el caso **“G.”** mencionado (en el mismo sentido, véase el voto del juez Jantus en

– 38; SMOLIANSKI, Ricardo, *La reincidencia penal, zotra vez en el centro de la discusión?*, en Pedro J. Bertolino / Patricia Ziffer (directores), *Revista Derecho penal y procesal penal*, t. 3, marzo 2013, Abeledo – Perrot, ps. 472 – 474.

⁷ Sentencia del 10.07.2015, Sala I, jueces García, Dias y Sarrabayrouse, registro 238/2015.

la causa “Olea”⁸ donde también se mencionan más precedentes de la CSJN).

5. En los últimos años, la historia de esta polémica puede resumirse del siguiente modo: ha sido un lento avance cuya meta final parece ser la derogación de la reincidencia⁹. Así, se estableció el sistema de *reincidencia real* opuesto al de la *reincidencia ficta* (Ley n° 23.057); se declaró inconstitucional la *multirreincidencia* del art. 52, CP (caso “Gramajo”, citado); muchos autores y tribunales limitan la interpretación del art. 41, CP, con respecto a “...las reincidencias en que hubiera incurrido...” el condenado, para evitar la doble valoración y la introducción de factores ajenos a la culpabilidad por el hecho en la medición judicial de la pena. Sin embargo, conserva algunos efectos cuyos alcances motivan renovados planteos de inconstitucionalidad.

6. La jurisprudencia enumerada en el punto 4 muestra que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 hasta mayo de 2014 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad de la reincidencia, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in ídem* y la igualdad ante la ley. En esos precedentes también se ha referido al art. 14, CP, en tanto impide la concesión de la libertad condicional (casos “Valdez”, “L’Éveque” y “Arévalo”).

7. Frente a esta jurisprudencia uniforme, el interrogante siguiente se refiere a qué carácter reviste, esto es, si ella es obligatoria para los tribunales de las otras instancias.

También este tema ha sido vastamente discutido y la misma Corte registra sentencias referidas al punto que no establecen un criterio absoluto¹⁰. Se trata de establecer el efecto vinculante, horizontal y

⁸ Punto c), 1), sentencia del 24.06.2015, Sala III, registro n° 192/2015.

⁹ Ya Julio Maier suponía, en 1996, que con la sanción de la ley 23.057 se preparaba la abolición total de la reincidencia; cfr. autor citado, *Derecho procesal penal. Parte General*, t. 1, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, p. 640. En el mismo sentido pero más cerca en el tiempo, se menciona el optimismo que generaba decisiones judiciales contrarias a la constitucionalidad del instituto; cfr. SMOLIANSKI, Ricardo, *La reincidencia penal, zotra vez en el centro de la discusión?*, op. cit., p. 472.

¹⁰ Cfr. SAGÜES, Néstor, *Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *El Derecho*, t. 93, ps. 891 y sigs.; más recientemente,

vertical, de los precedentes de la CSJN, esto es, la regla conocida en el *common law* mediante la expresión latina *stare decisis et quieta non movere* o *stare decisis*¹¹. En este sentido, el art. 19, Ley n° 24.463, establecía que las causas por reajustes jubilatorios podían arribar a la Corte por recurso ordinario de apelación y que los fallos de ésta eran “...de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas...”. La Cámara Federal de la Seguridad Social declaró inconstitucional esta regla. Por su parte, la Corte Suprema en el caso **“Herminia del Carmen González v. AnSes”** (Fallos: 323: 555, 563) revocó esa decisión, pero autorizó a los jueces de otras instancias “...a apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas...criterio que ha sido aplicado también con posterioridad a la entrada en vigor del mencionado art. 19, segunda parte, de la Ley n° 24.463...”¹².

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

Sin perjuicio de esto, dejamos a salvo nuestra opinión contraria a este instituto, principalmente por el etiquetamiento que genera, sin ser necesario aquí ampliar otros fundamentos de nuestra posición¹³.

8. En nuestra opinión, establecida la constitucionalidad de la reincidencia por la Corte Suprema, sólo resta como ámbito de discusión, hasta que esa jurisprudencia no se modifique, establecer cuándo existe

Compendio de Derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 74 y sigs.; también véase el voto del juez Jantus en la causa “Olea” citada.

¹¹ Cfr. al respecto, GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 16 y sigs.

¹² Cfr. GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, op. cit., ps. 226 y sigs.

¹³ Cfr. MAIER, Julio B. J., op. cit., ps. 640 – 647, en particular, ps. 644 y sigs. Con anterioridad al fallo “Arévalo” de la CSJN, resolvimos esta cuestión en los casos “Sandoval” del 15.11.2004 y “Miranda Díaz” del 27.08.2013 como integrantes del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego. En el último caso mencionado, adherimos a una posición diferente a la sustentada por la Corte Suprema.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

reincidencia, cuestión no tratada en el caso **“G.”** mencionado (véase el punto e de nuestro voto) atento las particularidades de aquella causa.

En este sentido, entendemos que la Corte si bien se pronunció por la constitucionalidad del instituto, no definió con la misma claridad qué tiempo de encierro es necesario para que su declaración sea procedente.

Así, en el caso **“Gómez Dávalos”**, la Corte, en lo que aquí importa, y con respecto a si debía contemplarse el plazo de dos tercios de la condena, señaló: “...6°) *Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo. En efecto, si la libertad condicional se concede –como regla– al cumplir el condenado los 2/3 de la pena, pero en ese periodo se computa el tiempo de la detención y de la prisión preventiva (art. 24 del Código penal), resultaría en general casi imposible que se aplicara efectivamente un tratamiento penitenciario superior a los 2/3, por éste sólo podría comenzar a practicarse a partir de la condena firme, de modo que antes de que se agotara tal periodo el interno ya habría recuperado su libertad en función del art. 13 del referido código. Es lógico suponer que esta consecuencia no ha sido querida por el legislador ya que de lo contrario bastaba con suprimir la reincidencia...*”. Luego en el considerando 7°, la Corte entendió que era suficiente el encierro de 8 años y 11 meses para considerar que había existido cumplimiento parcial de la condena anterior.

En **“Gelabert”**, la Corte reiteró lo dicho en **“Gómez Dávalos”** en cuanto a que bastaba el dato objetivo de la reincidencia con independencia de su duración (considerando 5°); por su parte, en **“Valdez”** y **“L’Eveque”** rechazó que la reincidencia afectara los principios del *ne bis in ídem* y de la igualdad ante la ley. Por su parte, en el caso **“Arévalo”** reiteró estos criterios, en particular los referidos por el juez Petracchi en el caso **“Gramajo”** en lo que resultaba pertinente. De esta manera, entendemos que la Corte no ha establecido con la suficiente claridad qué debe entenderse por “...cumplimiento parcial de la condena...”.

Este aspecto no fue materia de discusión en el caso **“Arévalo”** pues allí se cuestionaba la constitucionalidad de la reincidencia en tanto se la atacó por violar los principios de culpabilidad, *ne bis in ídem* e igualdad. En este sentido, resulta claro que ni **“Gómez Dávalos”** ni **“Gelabert”** resolvieron la cuestión, pues poco tiempo después, el plenario **“Guzmán”** (8 de agosto de 1989¹⁴) de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal se refirió al tema. Ello demuestra que la cuestión no había quedado saldada.

9. Para resolver el punto debemos considerar el régimen establecido por la Ley n° 24.660, sancionada bastante tiempo después que los precedentes **“Gómez Dávalos”** y **“Gelabert”**. Tal como señalamos en el precedente **“Altamirano”**¹⁵, la sanción de esta norma consagró, entre otros principios básicos, el fin de la resocialización en la ejecución de la penal (art. 1)¹⁶. De esta manera, se estableció un régimen progresivo, donde el interno, de acuerdo a la calificación de su conducta durante el encierro, avanza en diferentes etapas hasta recuperar su libertad. Como aspecto positivo, la ley optó por un sistema flexible del contenido de la pena durante el encierro, de acuerdo con las características y necesidades de cada condenado.

De acuerdo con el art. 12 y sigs., de la Ley n° 24.660, el régimen penitenciario se divide en cuatro periodos: de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional. Por su parte, el Decreto n° 396/99 “Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución. Progresividad del Régimen Penitenciario y Programa de Prelibertad” también pauta estas diferentes fases y establece plazos mínimos para pasar de una a otra. Así, el periodo de observación no puede exceder los treinta días (art. 7, Decreto n° 396/99); a su vez, el de tratamiento, se fracciona en

¹⁴ Cfr. La Ley 1989 – E, p. 165 y sigs.

¹⁵ Voto del juez Sarabayrouse, sentencia del 26.05.2015, Sala I, registro 100/2015.

¹⁶ En sintonía con lo establecido por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Resoluciones 663 del 31.07.1957; 2076 del 13.05.1977 y 1984/47 del 25 de mayo de 1984; cfr. SALT, Marcos,, en Iñaki Rivera Beiras / Marcos Gabriel Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 170, nota 35. A ello deben agregarse los arts. 5.6, CADH; 10.3, PIDCyP.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

tres fases sucesivas (socialización, consolidación, confianza; art. 14, Decreto n° 396/99). Para avanzar en esta etapa, se requiere básicamente, reunir determinada calificación de conducta, no registrar sanciones disciplinarias y cumplir con ciertas actividades: trabajar con regularidad, cumplir con las actividades educativas diseñadas en su programa de tratamiento y contar con dictamen favorable del Consejo Correccional, entre otros (ver arts, 22, 23 y concs. Decreto n° 396/99). Luego, el periodo de prueba, exige temporalmente contar con un tercio de la condena; y dentro de éste, para gozar de salidas transitorias o del régimen de semilibertad, la mitad de la condena (arts. 27, decreto n° 396/99 y 17, ley 24.660).

En este marco, quien alcanza esta etapa significa que, al menos de lo que surge de la letra de la ley, avanzó en el tratamiento y que por lo tanto, estaba en condiciones de “comenzar a autogobernarse”. No olvidemos que esto implica superar y cumplir una serie de requisitos y exigencias.

10. La interpretación propuesta atiende también al papel que le corresponde al Estado en la ejecución de la pena, en el sentido que la reincidencia no puede aplicarse automáticamente y que es necesario que el imputado haya recibido el tratamiento declamado por las leyes.

En este aspecto, conviene recordar lo que la CSJN y la CIDH han dicho acerca de la posición de garante que el Estado ostenta con respecto a las personas privadas de su libertad, que debe extenderse también el logro del fin de resocialización. Así, se ha señalado: “*La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18 (de la CN), los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario...*” (cfr. CSJN, causa B.142.XXIII, “B., R. y o. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 19.10.1995, voto de la mayoría, considerando 3; este criterio fue reiterado en la causa G.178.XXXIV, “G., C. M. c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 10.04.2003).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del 02.09.2004, en el considerando 152 estableció: *“Frente a las personas privadas de la libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna...”*

Consideramos que esta posición reconocida al Estado debe tener también una correlación con la interpretación de las reglas que rigen la reincidencia. Así, una comprensión de éstas sin vinculación alguna con el programa de progresividad establecido como fin de la pena, resulta contraria a los fines propuestos.

11. Por lo tanto, el art. 50, CP no debe leerse de forma automática sino que dependerá, en cada caso concreto, del análisis de la evolución en el sistema de progresividad del interno, qué etapa alcanzó en él y de que regímenes gozó.

12. En cuanto a la solución del presente caso, consideramos que la afirmación del *a quo*, relativa a que S. *“registró una condena que se encontraba agotada al momento de la comisión del presente hecho (...) corresponde declarar reincidente al nombrado”* no es suficiente para concluir que el nombrado merece tal condición, de conformidad con las pautas expuestas en los párrafos precedentes.

Por lo tanto, y tal como resolvimos en el caso **“S.”**¹⁷, entendemos que corresponde revocar la resolución en este punto y remitir la causa al tribunal de la instancia anterior, para que dicte un nuevo pronunciamiento al respecto, valorando si efectivamente recibió

¹⁷ Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, reg. nro. 374/2015.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 49723/2013/TO1/CNC1

el tratamiento indicado y si, en consecuencia, conforme los lineamientos trazados, debe declararse su reincidencia (art. 471, CPPN).

13. En relación al segundo agravio planteado por la defensa, coincidimos con el voto del colega Morin. La unificación prevista en el art. 58, CP, no resulta procedente, porque el hecho por el cual S. ha sido condenado en este caso fue cometido el 13 de septiembre de 2013, cuando la primera condena había sido cumplida íntegramente y la pena se encontraba agotada (22 de febrero de 2012). Por lo demás, la defensa tampoco alega ninguna razón plausible que permita apartarse de la interpretación indicada.

Por lo tanto, corresponde rechazar el recurso de casación en este punto.

El juez Bruzzone dijo:

1. Comparto los fundamentos brindados por el juez Sarrabayrouse en torno a las consideraciones que deben efectuarse al declarar reincidente a un condenado, sobre lo que también me pronuncié en el precedente “Salto” citado por mi colega.

2. En lo relativo al planteo de unificación realizado por la defensa, adhiero a la conclusión del Juez Morin, con la que también coincidió el juez Sarrabayrouse.

Como mérito del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

I. Por mayoría, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto a fs. 299/306 por la defensa técnica de **C. F. S.**, **REVOCAR** el punto dispositivo 4 de la resolución impugnada, y **REMITIR** al tribunal de la instancia anterior, a fin de que evalúe si corresponde su declaración de reincidencia, de conformidad con los lineamientos aquí trazados, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 474 *a contrario sensu*, 530 y 531 CPPN).

II. Por unanimidad, **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto, en lo referido al planteo de unificación solicitado por la defensa (arts. 456, 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Eugenio C. Sarrabayrouse

Daniel Morin

Gustavo A. Bruzzone

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara