



Ministerio Público
Procuración General de la Nación



"B O R s/ causa n° 6634"
S.C. B. 975, L. XLII

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de casación deducido contra el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal n° 19, por el que se condenó a O R B a la pena de nueve años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual calificado por acceso carnal (artículo 119, párrafos primero y tercero, del Código Penal), y se lo declaró reincidente.

Contra ese pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja (fs. 332/341 del principal y fs. 9/22 de este legajo, respectivamente).

II

En la apelación extraordinaria, la defensa planteó la inconstitucionalidad de la reincidencia.

En ese sentido, dijo que vulnera el principio de culpabilidad pues, contrariamente al criterio en que se apoya dicho instituto, la prisión estigmatiza al individuo y empobrece el ejercicio de sus roles sociales y familiares, aumentando el grado de vulnerabilidad y disminuyendo su capacidad de motivarse por la norma.

Agregó que también afecta el principio *non bis in idem*, pues implica la proyección al presente de una condena anterior y genera consecuencias más severas en la segunda condena -por ejemplo, al rechazar la posibilidad de que se egrese de manera anticipada a través de la libertad condicional-

Expresó que la reincidencia, asimismo, lesiona el principio de inocencia, desde que establece una presunción de peligro

iuris et de iure, por el hecho de haber cumplido una pena privativa de la libertad.

Refirió que además resultan afectados los principios *pro homine*, *pro libertatis* y el de mínima irracionalidad, que obligan al Estado a dar preponderancia a las normas que menos restrinjan los derechos humanos.

Agregó que la recepción de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional luego del pronunciamiento de la Corte en el caso "Gómez Dávalos" (Fallos: 308:1938), la posterior sanción de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (ley n° 24.660), y la diferente integración del Tribunal, imponen que el asunto sea sometido a un nuevo examen.

Por otra parte, sostuvo que el artículo 14 del código sustantivo, en cuanto veda la posibilidad de que el reincidente obtenga la libertad condicional, resulta contrario a los fines constitucionales y legales de la pena privativa de la libertad, cuyo sistema progresivo de ejecución se caracteriza principalmente por reconocer la posibilidad de egresar del sitio de encierro antes de la completa ejecución de la condena.

Finalmente, cuestionó la interpretación que el *a quo* hizo del artículo 50 del Código Penal, según la cual a los efectos de la declaración de reincidencia no se exige que se haya cumplido una determinada cantidad de prisión en carácter de condenado. Al respecto, expresó que para considerar que ha existido cumplimiento de pena es preciso que el individuo "haya recibido los influjos positivos del llamado tratamiento penitenciario", lo que puede insumir varias semanas e incluso meses, pues no es factible que ocurra hasta el período de tratamiento, posterior al período de observación.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación



“B , O R s/ causa n° 6634”
S.C. B. 975, L. XLII

III

A mi modo de ver, la impugnación extraordinaria carece del requisito de debida fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48.

Así lo pienso por cuanto, por un lado, la recurrente no se ha ocupado en demostrar que en el *sub lite* se encuentren satisfechas las condiciones necesarias para la libertad condicional y que, por consiguiente, la declaración de reincidente le genere un gravamen actual a su asistido.

Además, aprecio que en el escrito de la apelación se reiteran dogmáticamente asertos ya vertidos en las instancias anteriores (Fallos: 304:162; 312:389), y no se brindan razones novedosas que hagan ineludible la modificación del criterio en que se apoyó la decisión del *a quo*, que se corresponde con el expuesto por la Corte acerca de la materia en Fallos: 308:1938, 311:1209 y 311:1451.

Ello adquiere especial significación en el *sub lite*, desde que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, como pretende el impugnante, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última *ratio* (Fallos 288:325; 290:83; 312:122, 435, 496 y 1437; 314:407; 316:2624; 317:44; 322:1349), ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424 y sus citas; 319:178, entre otros).

Una declaración de tal gravedad impone a quien la pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la

Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899; 328:1416), condición que no se encuentra cumplida en el *sub lite*.

IV

Por otra parte, estimo que el planteo relativo a las condiciones que debe reunir un condenado para ser declarado reincidente remite al examen de cuestiones de hecho y derecho común, y la decisión apelada muestra argumentos suficientes para descartar su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

En efecto, para rechazar el recurso de casación el *a quo* citó diversos precedentes de esa sala, en los que se sostuvo el criterio expuesto por el Tribunal en el pronunciamiento publicado en Fallos: 308:1938, en el que se expresó que "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...".

Asimismo, recordó la jurisprudencia de esa y otra sala del tribunal, por la que se sostiene que el cumplimiento parcial de la pena comprende cualquier lapso que la persona haya transcurrido en prisión en calidad de condenado, a partir de que el fallo hubiese quedado firme.

Tales fundamentos bastan para constatar que el planteo de arbitrariedad exhibe, en rigor, una discrepancia con el criterio que aplicaron los jueces para la valoración del derecho común, sustentado con argumentos suficientes que permiten descartar la existencia de esa



Ministerio Público
Procuración General de la Nación



"B O R s/ causa n° 6634"
S.C. B. 975, L. XLII

tacha en la decisión apelada (Fallos: 316:1717; 317:226; 320:613; entre otros).

En ese sentido, advierto que el recurrente, además de no demostrar que la interpretación que en el fallo se hizo acerca del artículo 50 del Código Penal sea irrazonable o fruto de una exégesis extensiva de la punibilidad que niegue un derecho que la propia ley reconoce, tampoco expone una interpretación aceptable de dicho precepto legal.

Así lo pienso desde que la interpretación propuesta por la defensa, conforme la cual sólo es posible tener por cumplida pena privativa de la libertad cuando la persona haya recibido los "influjos positivos" del tratamiento penitenciario, implica establecer una condición no prevista en el texto de la ley, que generaría incertidumbre al momento de determinar la existencia de dicha influencia en cada caso, y podría conducir prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo, consecuencia no querida por el legislador, ya que de lo contrario habría bastado con suprimirla.

V

Es por todo lo expuesto, que opino que corresponde desestimar la presente queja.

Buenos Aires, 30 de junio de 2008.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa Int.
Procuración General de la Nación

24/04/07