



RAWSON, 18 de Junio de 2009.-

VISTO:

La necesidad de uniformar criterios de persecución penal en materia de reincidencia, y

CONSIDERANDO:

Que el instituto de la reincidencia guarda una relación de género-especie con la habitualidad o profesionalidad delictiva **-que motivara la Instrucción 001/09 PG-**, agregándose a esta última, el hecho de que el autor ya ha sido condenado anteriormente a pena privativa de libertad **-que ha cumplido total o parcialmente-** y vuelve a cometer un hecho delictivo también castigado con dicha pena.

Que la mentada relación, motiva la conveniencia de uniformar los criterios de actuación del MPF en todas las circunscripciones, a fin de que la definición de política criminal efectuada por el Legislador al regular dicho instituto **-arts.50 y 14 CP-** se vea materializada en una política de persecución única en todas las Unidades Fiscales de la Provincia del Chubut.

Que dicha unidad de actuación **-art.2 inc. "c" Ley V N° 94 (antes 5057)**, reconoce como presupuesto la unidad de dirección, a partir de la facultad y el deber de emitir instrucciones generales de política criminal que la ley pone en cabeza de esta Procuración General **-art.16 incs. "a" y "c" Ley V N° 94 (antes 5057)**.

En tal inteligencia deviene apropiado en primer lugar, efectuar sucintamente algunas consideraciones referidas a las exigencias y alcances del instituto, en aspectos que han motivado cuestionamientos de las Defensas, referidos en lo fundamental a la incompatibilidad constitucional de su regulación legal y las respuestas que las mismas han tenido en la doctrina judicial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut **-Sala Penal-** y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como marco general, es dable mencionar primeramente, que el instituto de la reincidencia y su consecuente respuesta diferenciada, respecto del autor primario, si bien con distintos alcances **-ficta, real, genérica o específica-** se encuentra actualmente legislado en la mayoría de los países, lo que refleja el hecho de que todas las sociedades reaccionan con mayor intensidad cuando

mayor sea la negativa a aceptar las normas de convivencia pacífica que la misma se ha dado.

La modificación que oportunamente introdujera la ley N° 23.057 en el art. 50 del CP - reemplazando el sistema de la reincidencia "ficta" por la "real"- al agregar la exigencia del efectivo cumplimiento total o parcial de la condena anterior, evidencia el predominante fundamento de prevención especial tenido en cuenta por el Legislador, toda vez que el autor al cometer un nuevo delito demuestra la insuficiencia del tratamiento penitenciario anterior para conseguir su resocialización. Lo expresado se colige de la labor parlamentaria de reforma, que en el mensaje n° 164 expresa "si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial".

En lo referido a la **declaración de reincidencia**, siendo la condición de reincidente un estado que se adquiere al haber cumplido efectivamente una parte de la condena anterior a pena privativa de libertad y ser condenado por un nuevo delito castigado también con dicha pena, la nueva sentencia no es constitutiva de la reincidencia, sino meramente declarativa. No obstante por razones de certeza jurídica, es conveniente que se declare expresamente dicho estado en la sentencia.

Otro interrogante que se presenta en este punto es el referido a si resulta imprescindible para su declaración el **pedido expreso de la Fiscalía** al momento de ponderar la pena.

La **Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en autos "CABRERA Héctor Eduardo y otro p.s.a. Homicidio Calificado-Puerto Madryn (Exppte.20950-Folio 5 T II-C-2007"** ha dicho "que la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia solo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente".

Del fallo mencionado pueden extraerse las siguientes conclusiones: siendo que el mismo fue dictado en el marco del procedimiento penal anterior -ley 3155- en el **actual proceso el antecedente condenatorio deberá consignarse en la acusación, acompañarse la prueba documental e incorporarse oralmente en la audiencia preliminar -291,295 3er.párrafo-**.

Por otra parte, si bien el fallo considera que siendo la reincidencia un estado, los Jueces sólo la



declaran si existen las constancias antes señaladas -que han sido conocidas por la Defensa-, lo cierto es que en el actual sistema acusatorio -art.18 CPP- no puede descartarse un entendimiento jurisprudencial distinto, por lo que a fin de evitar riesgos procesales innecesarios, es conveniente que en **la etapa del juicio oral**, la Fiscalía requiera expresamente la declaración de reincidencia al momento de ponderar y solicitar la pena, para que sea objeto de contradictorio y decisión judicial -art.304 3er.párrafo CPP-.

En lo referido al **cumplimiento parcial de pena** exigido por el art. 50 del CP y su relación con la prisión preventiva, algunos precedentes jurisprudenciales han entendido que el condenado tiene que haber cumplido pena privativa de libertad después de sentencia firme.

Otros, han interpretado que la condena que se da por compurgada por el anterior tiempo de prisión preventiva, también llena el requisito del art. 50 del CP conforme a la conversión prevista en el art. 24 del CP.

En ese sentido se ha pronunciado la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba al sostener que "La reincidencia requiere que el condenado haya cumplido total o parcialmente la pena privativa de libertad impuesta anteriormente, lo que no impide considerar como cumplida la condena precedente si toda o parte de la privación de libertad se padeció a título de prisión preventiva aún cuando ésta no se haya ejecutado bajo un sistema penitenciario, ya que en virtud del art.24 del Cód. Penal la sentencia firme convierte en pena asignándole ex post facto los efectos correctivos del régimen carcelario.(TS Córdoba, Sala Penal, 8/3/99, "Acosta, Héctor I. y otro",LLC,2000-880).

También se ha pronunciado así la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que entendió que "A los fines de la declaración de reincidencia debe computarse el tiempo cumplido por el condenado en prisión preventiva" (SCBA,18/8/07,"C.,D.A.", "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal",1/2008 (enero),ps.103 a 105).

No obstante, **la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo "Mannini"** dictado el 17 de octubre del año 2007(Fallos,330:4476) ha considerado, acogiendo el dictamen del Procurador General de la Nación que **la prisión preventiva no debía computarse como pena efectivamente cumplida en los términos del art. 50 del Cod. Penal**, atento a que la primera es una medida cautelar que se aplica a una persona inocente, por lo que asimilarla a la exigencia de cumplimiento parcial de "pena" privativa de libertad viola el principio de legalidad, implicando la realización de una analogía prohibida.

Los planteos efectuados por las Defensas, postulando **la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del**

Cod. Penal parten de considerar que la consecuencia -obturar la libertad condicional- derivada de la declaración de reincidencia, viola los principios constitucionales de "non bis in idem", culpabilidad de acto e igualdad ante la ley.

Dicho planteo de inconstitucionalidad de la regulación legal de la reincidencia **ha sido rechazado por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut -Sala Penal- en el precedente "BONINA, Víctor A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expte. n° 20387-B-2006)**, doctrina legal que el Alto Tribunal ha continuado aplicando en fallos posteriores, hasta la actualidad, decidiéndose que "En cuanto a la inconstitucionalidad pedida, tema que importa la última ratio del orden jurídico, considero que debe también ser desestimada. El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias, pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena, entendida ésta como lo que es: un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia" (CABRERA, Héctor Eduardo y otro p.s.a. Homicidio Calificado -Puerto Madryn -TSJ Sala Penal Expte.20.950-F.5 T5 II-C-2007).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha **pronunciado por la constitucionalidad** del instituto de la reincidencia -art.50 CP- tanto en anteriores, como en la actual integración del cuerpo.

Así, en el precedente "**Gelabert**" del 7 de julio de 1988 dijo la Corte en el considerando n°5 "Que esta Corte ha tenido oportunidad de señalar, al decidir en los autos G.198.XX "Gómez Dávalos, Sinforiano s/recurso de revisión", del 16 de octubre de 1986 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", siendo suficiente a fin de acreditar el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior privativa de libertad, el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración".

Y agrega en el considerando n° 6 "Que también se afirmó en el precedente citado que la interpretación propiciada por la defensa, similar a la que en el sub caso realizó la Alzada, conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo, consecuencia no querida por el legislador, ya que de lo contrario habría bastado con suprimirla" (**CSJN-Fallos,311:1209**) **y el precedente "Gómez Dávalos" (CSJN Fallos,308:1938.)**

Este fallo de la Corte revocó un pronunciamiento, que había dejado sin efecto la declaración de reincidencia porque el condenado había cumplido sólo dos



años de prisión, de los ocho que le habían sido impuesto, entendiéndose que el "cumplimiento parcial" que exige el art.50 del CP debía entenderse como el cumplimiento de los dos tercios de la condena -art.13 del CP-.

En el precedente "**L'Eveque**" la **CSJN** también se pronunció respecto a la constitucionalidad del art.14 del CP que había sido declarado inconstitucional por un Tribunal inferior, al considerar que su aplicación violaba el principio "non bis in idem" y la garantía de igualdad prevista en el art.16 de la Constitución Nacional.

Respecto de la afectación del principio "**non bis in idem**" la **Corte** dijo con citas de la Suprema Corte de Estados Unidos, en el considerando n°7: "Que el principio non bis in idem, en lo que al caso interesa, 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 (ver en sentido concordante "Pacev.Alabama", 106 U.S.583, "Beeper v.Texas", 139 U.S. 462 y "Moore v.Missouri, 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos)..". Que "ello es así...pues lo 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..... Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta"

En lo atinente a la **garantía de igualdad** en el considerando n° 8 del citado fallo se dijo " Que la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria, ni configure una ilegítima persecución, o indebido privilegio a personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable".

Agregando en el considerando n° 9 "Que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, comenten un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta....". (**CSJN-Fallos, 311:1451**).

Por último, la Corte Federal en su actual integración, también ratificó la constitucionalidad del instituto de la reincidencia en el precitado caso "**Mannini**"

del 17-10-2007 (**CSJN-Fallos,330:4476**) y mas recientemente en el caso "**Gago, Fabián Andrés**", LL ejemplar del 14/7/08.

De la reseña efectuada se deriva de manera prístina que: la regulación legal del instituto de la reincidencia, guarda plena **compatibilidad constitucional** conforme a la interpretación que de ella han efectuado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut - Sala Penal- y la Corte Suprema de Justicia de la Nación; que el **cumplimiento parcial** de la condena es cumplimiento de pena privativa de libertad impuesta por condena firme -cualquiera sea el tiempo de cumplimiento; que **la reincidencia** si bien es un estado, **debe ser declarado en la sentencia**; que en un proceso acusatorio es menester que sea objeto de contradictorio y petición de las partes; que debe **consignarse en la acusación, acompañarse la prueba documental en la que se funde y oralizarse en la audiencia preliminar; que debe solicitarse su declaración al momento de requerir la pena en el juicio.**

Por todo lo expuesto y conforme a las atribuciones conferidas por el art. 16 incs. "a" y "c" de la Ley V N° 94 (antes 5057),

EL PROCURADOR GENERAL
I N S T R U Y E

Artículo 1°: INSTRUIR a los Sres. Fiscales Jefes y Fiscales Generales a fin de que, en los casos de imputados que hayan cumplido efectivamente, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por sentencia condenatoria firme -art.50 CP- se consigne dicho antecedente en la acusación, adjuntándose la prueba documental de la condena y de su cumplimiento, se oralice en la audiencia preliminar y se solicite la declaración de reincidencia en el juicio -luego del veredicto de culpabilidad- al momento de requerirse la imposición de pena -arts.291 inc.6°, 295 y 304 3° párrafo del CPP.

Artículo 2°: Regístrese, comuníquese a todas las OUMPF y archívese.

INSTRUCCION N° 003/09 P.G.