

## **Agravamiento de la pena por reincidencia.**

### **Crítica a una teoría jurídica arrogante.<sup>12</sup>**

#### Introducción

El 5 de febrero de 2013, la Corte Suprema de Justicia dictó dos fallos sobre un tema que, en el ámbito del Derecho Penal y Constitucional, han generado bastante debate. El tema es la constitucionalidad del agravamiento de la pena cuando el condenado registra antecedentes penales previos.

Estos dos fallos, “*Maciel, Marcelo Fabián*” (M. 1395. XLII) y “*Taboada Ortiz, Víctor*” (T. 294. XLV) además de ser útiles para entender qué se discute y cuáles son los argumentos concretos sobre la constitucionalidad o no del artículo del Código Penal que establece el agravamiento de pena a quienes son declarados reincidentes, son particularmente ilustrativos para explicar las diferencias entre lo que considero un juez que resuelve una causa aplicando la ley, y un juez que resuelve aplicando sus preferencias.

Es generalmente difícil poder explicarle a un amigo que no es abogado<sup>3</sup>, si determinada sentencia está bien dictada o si los jueces se equivocaron en determinado caso. Estos dos fallos de la Corte, me permiten explicarle qué es lo que considero un buen o un mal juez dentro de nuestro sistema político de gobierno.

La primera aclaración que hay que hacer es que, en realidad el resultado de ambos fallos es el mismo: la Corte, con los votos de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco,

---

<sup>1</sup> Por J. Francisco Carrió. Abogado (UBA). LL.M. (L.S.U).

<sup>2</sup> This paper is dedicated to my friend and Law Professor Paul Baier, who taught me the Jurisprudence of Justice Oliver Wendell Holmes Jr., during my studies at Louisiana State University.

<sup>3</sup> Con mis amigos del colegio, entre los cuales hay médicos, abogados, economistas, administradores, ingenieros y, hasta, pilotos comerciales de aerolínea, tratamos de mantener discusiones informadas sobre temas de actualidad.

Petracchi y Maqueda, resolvió que la queja por la denegación del recurso extraordinario resultaba inadmisibile.

En *Maciel*, la queja fue rechazada con invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>4</sup>. En *Taboada Ortiz*, en cambio, la queja fue rechazada por no cumplir con uno de los requisitos formales que se exige para su interposición: que el recurso cuente con fundamentación autónoma<sup>5</sup>.

Más allá del resultado común de ambos casos, éstos son interesantes porque de la lectura de los votos individuales firmados por los Ministros Carmen Argibay y Eugenio Raúl Zaffaroni, ambos se pronunciaron sobre el fondo del asunto, pueden comprenderse las razones por las que considero a la primera como un prototipo de un buen juez; y al segundo, un prototipo de juez que quiere imponer sus convicciones personales, con prescindencia de la ley.

### El pistolero Maciel

Marcelo Fabián Maciel fue condenado por un tribunal oral a la pena de nueve años de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de robo con arma de fuego y portación de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada porque Maciel registraba condenas anteriores por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas (art. 166 inciso 2º, segundo párrafo y 189 bis, inciso 2º, párrafos 3º y 8º, primera opción del Código Penal). A su vez, el tribunal unificó la pena con otras condenas anteriores registradas por robo, robo con armas reiterado y resistencia a la autoridad, imponiéndole, en definitiva, la pena única de catorce años y seis meses de prisión.

---

<sup>4</sup> Este artículo establece: “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales o carentes de trascendencia.”

<sup>5</sup> Art. 15 de la ley 48.

Maciel argumentó que la agravante contenida en el art. 189 bis del Código Penal inciso 2, párrafos 3° y 8°, primera opción, era inconstitucional. Este artículo del Código Penal agrava la pena de quien es condenado por portación de armas de fuego de uso civil cuando registra condenas previas por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas. Según sostuvo, ésta constituye *“una clara violación al principio de culpabilidad, es decir, se impone pena al autor por lo que es, por lo que representa, no por lo que hizo”*<sup>6</sup>. Asimismo, calificó a la norma comentada como *“una norma de sospecha, propia de un derecho penal inquisitivo, completamente contrario al Estado de Derecho”*<sup>7</sup>. Finalmente consideró que la escala penal establecida resultaba *“desproporcionada”*<sup>8</sup>.

Supuestos en los cuales, según el artículo 189 bis, se agravan las penas.

El caso que fue traído a conocimiento de la Corte no es hipotético. La Corte (y los tribunales del Poder Judicial de la Nación), de acuerdo a su tradicional jurisprudencia, sólo pueden expedirse en casos concretos<sup>9</sup>. Maciel es una persona real que registra condenas anteriores por robo simple y robo con armas.

El artículo 189 bis analizado agrava la pena del que porta un arma de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, cuando éste registrare condenas anteriores por delitos dolosos contra las personas y/o delitos con el uso de armas.

En este caso (recordemos que la Corte y los tribunales sólo resuelven casos concretos y no hipotéticos) Maciel no registraba condenas anteriores por delitos dolosos

---

<sup>6</sup> Voto Dra. Argibay, consid. 4°.

<sup>7</sup> Ib. ídem.

<sup>8</sup> Ib. ídem.

<sup>9</sup> CSJN Fallos, 245:552, entre muchos otros.

contra las personas<sup>10</sup>, pero sí registraba condenas por delitos dolosos cometidos con el uso de armas<sup>11</sup>.

En definitiva, la Corte (o los Ministros que decidieron aceptar el caso) debían comprobar si la norma del Código Penal que agrava la pena de aquel que porta un arma de fuego, sin licencia, y que ya fue condenado por haber cometido al menos un delito doloso con el uso de armas; contraviene alguna de las garantías contenidas en la Constitución Nacional.

Veamos los argumentos de los Dres. Argibay y Zaffaroni.

El voto de la Dra. Argibay. Un ejemplo de aplicación de la ley, en el marco de un caso concreto.

El voto de la Dra. Argibay está bien construido, es sintético, analiza las razones que ofrece el condenado y se encarga de rebatirlas una por una. A continuación se enumeran las razones del voto que ofrece la juez Argibay.

*a) El principio de culpabilidad y la imposibilidad de llevar los principios a su extremo lógico.*

El primer agravio de Maciel era que consideraba que la norma atacada vulneraba “el principio de culpabilidad”. Es aquí donde Argibay comienza su análisis y ofrece el primer argumento constitucionalmente sólido.

Con cita de viejos precedentes de la Corte Suprema sobre qué es el “principio de culpabilidad”, aclara:

---

<sup>10</sup> Estos delitos incluyen el homicidio, las lesiones, las lesiones en riña, el duelo, el abuso de armas, y el abandono de personas. Ver Libro Segundo, Título I del Código Penal.

<sup>11</sup> Maciel registra condenas anteriores por robo, robo con armas, reiterado y resistencia a la autoridad. Voto Dra. Argibay, consid. 1º.

“...el principio de culpabilidad exige que para sancionar a una persona por un hecho determinado, éste tiene que poder serle imputable tanto como objetiva como subjetivamente, extremo que ha sido explicado como la posibilidad real de ajustar su conducta a los mandatos de la ley. Esta exigencia forma parte del principio esencial propio de un Estado de Derecho según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento individual, orientado a quebrantar una norma de tal carácter.”<sup>12</sup> (citas internas omitidas).

Maciel, al registrar una condena previa con el uso de armas, fue advertido de antemano por la ley (lo que los anglosajones denominan *fair warning*) que si en el futuro llegase a portar armas sin la debida autorización; o como sucedió en este caso, si comete un nuevo robo con un arma del que carece autorización para su porte, entonces la pena resultaría más severa. Insisto que la advertencia previa se da cuando la ley penal resulta anterior al hecho del proceso (requisito establecido por el artículo 18 CN), y que las leyes son obligatorias a partir de su entrada en vigencia (art. 1, 2 y 3, Código Civil, y artículo 34, inciso 1º, párrafo primero, del Código Penal). En este caso, Maciel tuvo la posibilidad real de “ajustar su conducta”, pero decidió seguir cometiendo delitos con el uso de armas de fuego. En el caso concreto de Maciel, resulta ridículo argumentar que éste de ninguna manera pudo evitar portar un arma de fuego sin contar con la debida autorización.

El principio de culpabilidad que Maciel invoca prohíbe al Estado “*penar a las personas por conductas que no pueden serle imputadas tanto objetiva como subjetivamente*”<sup>13</sup>. Esto quiere decir que una persona, en principio, no puede ser penada por sus características personales, como por ejemplo considerar su raza, sexo, etnia, religión, o

---

<sup>12</sup> Argibay, consid. 5º.

<sup>13</sup> Fallos, 271:297, citado por Argibay en el consid. 5º.

pensamiento político para condenarlo más severamente. Ejemplo: si una ley establece diferencias en el monto de la pena únicamente basadas en consideraciones de sexo, raza, etnia, religión, o consideraciones políticas. Esa norma, además de violar otras garantías constitucionales como la igualdad –art. 16 CN-, constituiría una violación al llamado *principio de culpabilidad*, que surge implícitamente de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Un ejemplo claro de la violación al principio constitucional comentado ocurriría si una ley ordenase que la pena que corresponde a una persona blanca que comete un robo sea de 3 años de prisión; mientras que la pena por el mismo hecho, si éste es cometido por un no blanco, debe ser de 4 años de prisión.

Una norma así violaría (entre otros derechos) el principio constitucional de culpabilidad porque la persona a la que se pena más severamente no podría ajustar su conducta a las exigencias de las normas. Una persona no puede evitar, aunque quisiera, ser de determinada raza, religión, etnia, etc.

Lo interesante del voto de la Dra. Argibay es que reconoce que la aplicación de ciertos principios jurídicos no puede llevarse al extremo, de manera tal que termine produciendo resultados absurdos.

Sostiene Argibay: “*dicho principio [de culpabilidad] no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o de culpabilidad, según el caso.*”<sup>14</sup>

Tal es el caso de pretender excluir ciertas circunstancias que siempre han sido tomadas como relevantes para fundar un mayor grado de culpabilidad en la comisión de delitos. Y que, más allá de haber sido tomadas en consideración a través de los años,

---

<sup>14</sup> Argibay, consid. 5º, segundo párrafo.

tampoco implican la imposibilidad que la persona pueda efectivamente ajustar su conducta en el futuro.

En el párrafo antes transcrito, se observa que la Dra. Argibay comparte las opiniones que sostenía el respetado juez Oliver Wendell Holmes Jr. El juez norteamericano, en el famoso caso *Hudson County Water Co. v. McCarter*, 209 U.S. 349 (1908) expresó:

*“Todos los derechos tienden a declararse absolutos hasta alcanzar su extremo lógico. Sin embargo, todos se encuentran limitados por el universo de otros principios y acciones que dan fundamento a la existencia de otros derechos. Estos principios y acciones, llegado un determinado momento, adquieren una fuerza tal que limitan el ejercicio del primer derecho invocado.”*<sup>15</sup>

Argibay reconoce que en el Derecho Penal ciertas conductas se penan con más severidad si el condenado es pariente de la víctima. La condición de parentesco, menciona la juez, es relevante para agravar la pena de ciertos delitos contra la vida (homicidio), la integridad sexual (violación) y contra la libertad.

De este modo, si el planteo de Maciel es llevado hasta sus límites lógicos. Esto es, en ningún caso pueden tomarse como relevantes las condiciones personales del condenado; entonces sería inválido penar más severamente a aquéllos que poseen relación de parentesco con sus víctimas. Esto significa que sería inconstitucional penar más severamente a quien mata a su hijo, como establece el artículo 80, inciso 1º, del Código Penal.

---

<sup>15</sup> 209 U.S. 349. La frase original del Justice Holmes es: “*All rights tend to declare themselves absolute to their logical extreme. Yet all in fact are limited by the neighborhood of principles of policy, which are other than those which the particular right is founded, and which become strong enough to hold their own when certain point is reached.*”

Sin embargo, señala, está fuera de discusión que el Congreso puede dictar leyes que penen más severamente circunstancias que no constituyan estrictamente comportamiento en sí (como la relación de parentesco entre víctima y victimario, o, para este caso, la condición de tener antecedentes penales previos con el uso de armas). Esa opción, si supera el umbral de la razonabilidad, queda reservada a la discreción del Congreso.

*b) El “derecho penal de autor” es exactamente lo mismo, con otro nombre, que el principio de culpabilidad antes señalado.*

El segundo agravio del recurrente: que la norma cuestionada es propia del “derecho penal de autor”, es exactamente el mismo planteo efectuado sobre la supuesta violación al principio de culpabilidad.

El voto de la Dra. Argibay resulta contundente cuando descarta que resulte inconstitucional tomar en consideración las condenas anteriores como aspectos relevantes para la determinación de la pena por un nuevo delito.

Al respecto, señala: *“no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que castigar más severamente a una persona por registrar condenas anteriores por cierta clase de delitos pueda ser equiparado valorativamente con hipótesis sancionatorias que tuviesen en cuenta [...] el modo en el que el individuo ha conducido en general su vida o las características esenciales de su personalidad, tales como raza, sexo, religión, nacionalidad, preferencias políticas, condición social, etcétera.”*<sup>16</sup>

En otras palabras, lo que quiere decir Argibay es que no es lo mismo penar más severamente a alguien porque tiene antecedentes penales previos, que penarlo más severamente porque es mujer, católico, extranjero, pobre, u otra característica esencial de su

---

<sup>16</sup> Argibay, consid. 6°.



personalidad. En el primer caso, la agravante se encuentra constitucionalmente permitida y corresponde al Congreso decidir si agrava la pena de los que poseen antecedentes penales. En el resto de los ejemplos, tomar en consideración características personales inherentes de la persona, está constitucionalmente prohibido.

Así, señala la juez Argibay, *“la circunstancia agravante en estudio no se funda en un dato antojadizo e inconexo o en una característica inherente de la personalidad, sino que, por el contrario, reposa sobre un extremo fáctico que está directamente vinculado con el comportamiento ilícito de portar un arma sin autorización.”*<sup>17</sup>.

*“En otras palabras, es razonable entender que el comportamiento de portar un arma tiene un significado social más disvalioso en aquellos casos en los que el autor ya ha sido sancionado judicialmente por haber exteriorizado un impulso delictivo contra otro y/o mediante el uso de armas.”*<sup>18</sup>

Los representantes del pueblo adoptaron como regla penal una regla de la vida común, que puede parafrasearse del siguiente modo: ya te advertí la primera vez. Si lo haces de nuevo, las consecuencias van a ser más graves.

*c) La constitucionalidad del instituto de la reincidencia ya fue resuelto anteriormente por la Corte.*

El tercer argumento que ofrece la juez Argibay es un argumento que apela a la coherencia y al buen funcionamiento interno de la Corte (y del Poder Judicial). Conocido como la doctrina del *stare decisis*, significa que la Corte al decidir un caso debe respetar sus propios precedentes.

---

<sup>17</sup> Argibay, consid. 8°.

<sup>18</sup> Ib. ídem.

La juez Argibay recuerda que el instituto de la reincidencia (artículos 14 y 50 del Código Penal) fue declarado constitucional por la Corte hace más de 20 años, y que esa doctrina ha sido mantenida incólume a lo largo de los años.

La Corte en los precedentes *Valdez, Enrique Carmelo* (Fallos, 311:552) y *L'Eveque, Ramón Rafael* (Fallos, 311:1451), ambos resueltos en 1988 por unanimidad, estableció que el artículo 14 del Código Penal, que dispone que la libertad condicional no podrá ser concedida a los reincidentes, no resultaba contrario a la Constitución pues no vulneraba la garantía del *non bis in ídem* (que nadie puede ser penado dos veces por un mismo hecho) ni conculcaba la autoridad de la cosa juzgada de la anterior sentencia condenatoria.

Lo interesante de estos fallos es que explican utilizando lenguaje claro por qué los artículos 14 y 50 del Código Penal (el primero impide conceder la libertad condicional a los que fueron previamente declarados reincidentes; y el segundo establece en qué casos una persona será declarada reincidente) no violan la garantía del *non bis in ídem* ni atentan contra la cosa juzgada de la anterior sentencia condenatoria.

Los argumentos que en esa oportunidad dio la Corte fue que la garantía del *non bis in ídem* prohíbe que la misma persona sea sometida nuevamente a proceso o a cumplir otra vez pena por el mismo delito. Si alguna de esas dos condiciones está ausente, no se tratará de un caso que importe una violación de aquel principio.

En esos casos, la Corte compartió los argumentos del Procurador General que dijo: *“cuando se toma en consideración una condena previa para establecer la modalidad de cumplimiento de la pena por un nuevo delito (si éste va a ser de cumplimiento efectivo o condicional) no se vuelve a juzgar el hecho anterior. El delito precedente, en virtud del cual el condenado fue declarado reincidente, ya fue materia de juzgamiento y el condenado cumplió una pena. En este nuevo proceso, distinto al anterior porque se juzga otro hecho,*

*sólo se trata de resolver acerca de la modalidad del cumplimiento de la pena por el nuevo delito. Por eso, la circunstancia de que la reincidencia se encuentre prevista como un obstáculo para la obtención del beneficio de la condena condicional no puede ser entendida como violatoria de la garantía contra el doble juzgamiento, porque aun cuando la condena anterior sea tenida en consideración, ello no importa someter a la persona a otro proceso por el hecho ya juzgado. Por el contrario, la condena anterior es tomada con valor de la cosa juzgada y no resulta susceptible de modificación alguna.”<sup>19</sup>*

La reincidencia tampoco significa castigar nuevamente el delito ya cometido y juzgado, pues la condena anterior sólo es tomada en cuenta como un aspecto más de la conducta precedente del condenado, la que se considera relevante a la hora de conceder o denegar el beneficio de la libertad condicional. De nuevo, ello no significa llevar a cabo un nuevo juicio acerca del hecho ya juzgado, ni aplicar otra vez sanción por aquél, puesto que la nueva condena se impone con motivo del último delito y de acuerdo a la escala penal establecida para aquél.

A su vez, se explicó, que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que insisten en la comisión de delitos, respecto a aquellas que delinquen por primera vez, se justifica, precisamente, por el desprecio que las primeras manifiestan hacia el castigo que oportunamente les fuera impuesto. De este modo, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, y el Congreso se encuentra facultado para establecerla, dentro del amplio margen que tiene para establecer la política criminal.

Finalmente, ambos precedentes son importantes pues ellos expresamente revocaron el criterio que sostenía en aquel momento la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a la que pertenecía el juez Zaffaroni.

---

<sup>19</sup> Dictamen del Procurador General Casás, Fallos 311:552. La Corte dijo que éste resultaba concordante con la sentencia del Tribunal que declaró mal concedido el recurso extraordinario.

Éste sostenía que la aplicación del art. 14 del Código Penal importaba la agravación de la pena impuesta en virtud de un delito cometido anteriormente, ya juzgado y cuya sanción fuera cumplida. A su criterio, ello equivalía a penar dos veces el mismo delito, lo que importaba una violación a la garantía del *non bis in idem*.

Sin embargo, como se mencionó, la postura sostenida por el juez Zaffaroni (en ese momento Juez de Cámara) fue expresamente revocada por la Corte en forma unánime.

*d) Refutación de la alegada desproporción de la pena.*

El último argumento de Maciel fue que la pena impuesta resultaba desproporcional con relación al hecho cometido.

La jueza Argibay acertadamente respondió que “*las invocaciones genéricas de desproporción punitiva no pueden [ni deben] ser atendidas por la Corte, pues escapan al ámbito de control difuso de constitucionalidad que le está impuesto normativamente (artículo 116 de la Constitución Nacional).*”<sup>20</sup> Dentro del esquema republicano de gobierno, donde se exige la separación de poderes, “*la corrección de los desajustes que pueda contener la ley integra el ámbito de competencias del Poder Legislativo*”<sup>21</sup>. Corresponde pues a éste corregir los desajustes y modificar las escalas penales de los delitos.

Aquí encuentro otra similitud entre el voto de la Dra. Argibay y la opinión del juez Holmes, pues éste último, en el caso *Weems v. United States* 217 U.S. 349 (1910), al sumarse a la disidencia del presidente de la Corte, *Chief Justice* Eduard Douglass White, opinaba que era competencia exclusiva de la rama legislativa establecer qué escala penal correspondía a los delitos sancionados por ésta.

---

<sup>20</sup> Argibay, consid. 10°

<sup>21</sup> *Ib. idem.*

El voto del Dr. Zaffaroni. Remisión a su voto en la causa “Taboada Ortiz”.

El juez Zaffaroni no analizó el caso concreto de Maciel, sino que se remitió a lo que escribió ese mismo día en la causa “*Taboada Ortiz, Víctor*” (causa T. 294. XLV, resuelta el 5 de febrero de 2013), a cuyas conclusiones, dijo, debía remitirse.

a) *Víctor Taboada Ortiz:*

Ortiz fue condenado a la pena de cuatro años de prisión por portar un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, agravado por registrar antecedentes penales por delito contra las personas (art. 189 bis, inciso 2°, párrafo 8° del Código Penal), condena que fue unificada con una anterior, por lo que se le impuso la pena única de siete años de prisión.

Debe tenerse en cuenta que Ortiz recibió la pena mínima que prescribe el delito, pues éste fija una escala penal que va de 4 a 10 años de prisión.

Ortiz planteó la inconstitucionalidad del agravante previsto en el art. 189 bis, inciso segundo, párrafo 8, del Código Penal que, como se explicó, pena más severamente a quien fuera condenado por portación de arma de fuego, sin la debida autorización, cuando éste registra condena anterior por otro delito doloso contra las personas.

Sus agravios consistieron en argumentar que la agravante “*viola de manera clara el principio de culpabilidad, puesto que no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho cometido, sino exclusivamente en función de los antecedentes condenatorios que registra.*”<sup>22</sup> Sostuvo así que “*se trata de la aplicación de derecho penal de autor ya que se quiere castigar en función de la persona y no del hecho.*”<sup>23</sup>

Los agravios de Taboada Ortiz son, como mencioné, los mismos que los de Maciel.

---

<sup>22</sup> Zaffaroni, consid. 2°.

<sup>23</sup> Ib. ídem.

b) *Los argumentos del Dr. Zaffaroni para hacer lugar al recurso y declarar la inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis del Código Penal.*

El juez Zaffaroni ofrece cuatro argumentos para declarar la inconstitucionalidad de la agravante del art. 189 bis. Vale aclarar de entrada que esos argumentos, en realidad, son afirmaciones dogmáticas que no refutan de manera alguna los argumentos que la Corte viene desarrollando tradicionalmente, ni contesta ninguno de los argumentos brindados por la juez Argibay en el caso *Maciel*.

El primer argumento que ofrece el juez Zaffaroni consiste en afirmar “*Que el motivo por el cual se aplica una pena más gravosa se relaciona con una situación personal del imputado (la existencia de antecedentes condenatorios, o de causas en trámite) que excede la culpabilidad por el acto por el que está siendo juzgado y se manifiesta como la aplicación de una forma particular de la reincidencia.*”<sup>24</sup>

Zaffaroni nunca explica por qué afirma que la existencia de condenas previas *excede la culpabilidad por el acto por el que está siendo juzgado*. ¿Por qué excede? ¿De dónde surge ese “exceso”? ¿Cómo se determina? ¿En qué parte de la Constitución Nacional dice que no se puede tomar en cuenta las condenas previas que registra una persona para la imposición de una pena por la comisión de un nuevo delito? Al omitir explicar los motivos de su afirmación, ni citar fuentes de donde puedan extraerse, el primer argumento que da el juez Zaffaroni es un ejemplo claro de una afirmación dogmática.

A los cuestionamientos que realiza Zaffaroni, aunque no los desarrolla, puede contestarse que el motivo por el que se aplica la pena más gravosa es que Ortiz ya fue condenado con anterioridad por otro delito doloso contra las personas. Al ser condenado en

---

<sup>24</sup> Zaffaroni, consid. 5º, párrafo segundo.

aquella primera oportunidad la ley penal ya establecía (*fair warning*) que si en el futuro era sorprendido portando un arma de fuego sin la debida autorización, se le impondría una pena más severa por su insistencia en querer cometer delitos que ponen en peligro la vida e integridad física del resto de las personas.

No puede argumentarse seriamente que la agravante se le impuso por ser de determinada clase social, de determinada religión, o tener ciertas características físicas, situaciones que Ortiz no pudiera de manera alguna controlar. Resulta extraño sostener que Taboada Ortiz no tuvo la posibilidad de elegir si quería cometer un nuevo delito con el uso de armas, de la que no tenía autorización para portar. También resulta extraño argumentar que una persona que decide cometer un delito por segunda vez no pueda considerársela más reprochable de quien delinque por primera vez. La agravante se le impuso porque Ortiz insiste en la comisión de delitos que ponen en peligro la vida e integridad física del resto de las personas. Esta situación, que Ortiz claramente puede controlar (pues no se trata de una característica inherente a su persona que no pueda dominar), según el criterio del Congreso, merece la imposición de una pena más grave que si éste nunca hubiese cometido delitos dolosos graves.

El Dr. Zaffaroni, como segundo argumento, insiste en declarar que *“la pena aplicada no guarda relación con la culpabilidad por el hecho, sino que se le reprocha además, su calidad de reiterante, premisa que denota la aplicación de pautas vinculadas al derecho penal de autor y peligrosidad.”*<sup>25</sup>

Se comprueba aquí que el Dr. Zaffaroni insiste en sostener una interpretación de la Constitución Nacional que fue expresamente revocada por unanimidad por la Corte

---

<sup>25</sup> Zaffaroni, consid. 5º, último párrafo.

Suprema en los casos *Valdez, Enrique Carmelo* (Fallos, 311: 552) y *L'Eveque, Ramón Rafael* (Fallos, 311:1451).

Allí, recordemos, se dijo que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que insisten en la comisión de delitos, respecto a aquellas que delinquen por primera vez, se justifica, precisamente, por el desprecio que las primeras manifiestan hacia el castigo que oportunamente les fuera impuesto<sup>26</sup>. De este modo, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, y el Congreso se encuentra facultado para establecerla, dentro del amplio margen que tiene para establecer la política criminal.

Por otro lado, la Constitución no dispone, según se explicó, que en ningún caso pueda tomarse en consideración la conducta personal del condenado a la hora de establecer qué pena le corresponderá por la comisión de un nuevo delito. Recuérdese las explicaciones de por qué la norma del art. 14 del Código Penal, que impide otorgarle la libertad condicional a los reincidentes, no violaba el principio constitucional del *non bis in idem*.

También debe recordarse la frase del juez Holmes, tomada en la práctica por la Dra. Argibay, respecto del cual los principios jurídicos no deben llevarse hasta sus extremos lógicos, de manera que estos carezcan de sentido.

El Dr. Zaffaroni defiende una posición absolutista. Sostiene que el legislador sólo puede tomar en consideración, a la hora de establecer penas, aquello que pueda ser definido como conducta. En un Estado de Derecho, sostiene, sólo puede pensarse la realización de acciones. Nunca pueden tomarse en cuenta hechos anteriores ni características personales de los acusados. Afirma que está absolutamente prohibido considerar circunstancias que resulten ajenas a las acciones pasadas de los hombres, tales como antecedentes condenatorios previos o características personales de los acusados (entre los cuales entra el

---

<sup>26</sup> Ver. *L'Eveque*, consid. 7º, último párrafo y su cita.



grado de parentesco). Esto es así porque tales características no configuran conducta propiamente dicha.

La construcción que hace Zaffaroni es engañosa porque asimila situaciones inasimilables: existe una diferencia entre acciones anteriores (homicidios, robos con armas de fuego, portación ilegal de éstas) y características personales (rubios, morochos, petisos, altos, flacos, ricos, pobres, conservadores, comunistas, etc.), categorías a las cuales parece acordarle el mismo trato. Evidentemente no es lo mismo tomar en consideración una acción anterior (o conducta anterior), a la hora de establecer qué pena le corresponde a un condenado por la nueva comisión de un delito, que tomar en cuenta una característica personal (física, religiosa, ideológica, étnica) de un acusado. No es lo mismo penar a alguien más severamente porque en el pasado cometió hechos violentos, que penarlo más severamente por determinada característica personal que voluntariamente no puede evitar (como raza, religión, características físicas, nacionalidad, etc.).

Tampoco, cabe agregar, está absolutamente prohibido tomar en cuenta determinadas características personales del imputado (como su relación de parentesco con la víctima) a la hora de imponerle una pena.

Si Zaffaroni toma en serio su razonamiento, éste lo obligaría también a declarar inconstitucional el agravante del artículo 80, inciso 1º, del Código Penal. Si se encuentra absolutamente prohibido tomar en cuenta aquellas situaciones que no son conducta (como las características personales del imputado y su conducta anterior al delito que actualmente está siendo juzgado), de ello se sigue que necesariamente la agravante establecida en el artículo 80 del Código Penal sería inconstitucional pues toma en cuenta una relación de parentesco que es ajena a la mera conducta del imputado. Evidentemente, la postura absolutista (del juez) es absolutamente absurda.

El tercer argumento de Zaffaroni consiste en afirmar, con cita en el caso *Fermín Ramírez c/ Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la invocación de la peligrosidad del acusado sobre la base de sus características personales es contraria al principio de legalidad criminal.

Este argumento también es incorrecto pues el agravamiento de la pena cuando una persona posee antecedentes condenatorios previos no se impone por la “peligrosidad futura del agente” sino, por el contrario, por la mayor responsabilidad (o, si se quiere, acción más objetable moral y legalmente) del delincuente cuando insiste en la comisión de delitos, pese a ya haber sido condenado con anterioridad. El Congreso, al diseñar la política criminal, consideró que es más grave cuando una persona vuelve a cometer un delito que si es el primer delito que comete. Esta decisión legislativa, que Zaffaroni critica de forma encubierta, podrá ser discutible dentro del ámbito del Congreso, pero de ninguna manera es inconstitucional pues no hay ningún artículo de la Constitución Nacional que prohíba al Poder Legislativo tomar esta decisión. Es más, la Constitución Nacional reserva este tipo de decisiones al criterio discrecional que adopte el Congreso (art. 75, inc. 12 CN).

El cuarto argumento que brinda el Dr. Zaffaroni para defender la inconstitucionalidad de la norma es un argumento autorreferente difícil de calificar.

El considerando 7° del voto del juez Zaffaroni dice:

*“Que esta Corte tiene dicho: “que cualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 ... deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula ni con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de las personas que exceden el hecho y se enmarcan dentro del derecho penal de autor” (A. 577. XLVII. Gómez,*

*Humberto Rodolfo s/causa nro. 13.074” disidencia del juez Zaffaroni, sentencia de la fecha).”*

En realidad, el Dr. Zaffaroni debería haber dicho que él, y no la Corte, respalda la postura que citó, pues la Corte tiene dicho todo lo contrario. En efecto, como sostuve anteriormente, en los precedentes *Enrique Carmelo Valdez (Fallos, 311:522)* y *Ramón Rafael L’Eveque (Fallos, 311:1451)*, la Corte de forma unánime declaró la constitucionalidad del artículo 14 del Código Penal que dispone que la libertad penal no podrá ser concedida a los reincidentes. A través de dichos fallos, la Corte expresamente revocó las sentencias que el juez Zaffaroni había dictado en esas causas cuando integraba la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Así, es engañoso sostener que “*esta Corte tiene dicho...*”, cuando el Dr. Zaffaroni conoce personalmente (pues la Corte revocó un fallo en el que él intervino como juez de Cámara) que la jurisprudencia de la Corte tiene dicho exactamente lo opuesto a lo que él sostiene.

#### Crítica a la filosofía judicial que pregonan ciertos académicos y miembros del Poder Judicial de la Nación.

Debe reconocérsele al Dr. Zaffaroni que su voto en el caso *Taboada Ortiz* es coherente con lo que él entiende debe ser el rol del Poder Judicial dentro del sistema democrático de gobierno. La postura defendida por el juez de la Corte no es novedosa entre académicos del Derecho y miembros del Poder Judicial. Quienes defienden esta postura sostienen que la función del derecho penal (y de los jueces que lo aplican) consiste en “acotar, contener y reducir el poder punitivo”. Según se dice, “*si no existieran jueces,*

*tribunales, fiscales, defensores y una doctrina orientadora, las restantes agencias del sistema penal no sólo cometerían los crímenes que hoy cometen, sino que volverían a cometer todos los que practicaron desde que en el siglo XII el poder punitivo se instaló en forma definitiva. La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario.”* (Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal: Parte General. 1ª ed. Buenos Aires, 2005, pág. 5).

Conforme al rol que se pregona de un buen juez, éste cumple con su trabajo cuando logra contener al “poder punitivo”, impidiendo que el “sistema penal” aplique una sanción que, dogmáticamente, consideran moralmente injustificada.

Sin embargo, el rol que la Constitución Nacional establece para el Poder Judicial es radicalmente distinto al que pregonan quienes comparten la visión del juez Zaffaroni. La Constitución establece que *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)”* (Art. 116 CN). El rol que la Constitución asigna a los jueces es aplicar la Constitución y las leyes que sanciona el Congreso y promueve el Presidente, no contener el “poder punitivo”, aún ante el expreso mandato de la ley penal sancionada por el Congreso.

Los jueces, de acuerdo al esquema constitucional, deben interpretar la Constitución y las leyes dictadas por el pueblo en el primer caso, y por los representantes del pueblo en el segundo, y acordarles su justo significado. Función muy distinta a imponer el criterio propio sobre lo que resulta adecuado mediante *fiat* judicial.

Quienes dicen que la misión constitucional de un juez es “contener el poder punitivo”, están equivocados. Las normas penales son sancionadas por los representantes

del pueblo y de las provincias (Cámara de Diputados y Senadores, respectivamente) y promulgadas por el Presidente (cfr. art. 75, inc. 12). El “poder punitivo” al que esta corriente “combate” son las decisiones de política criminal tomadas democráticamente por los representantes del pueblo, dentro del ámbito del Congreso.

Si bien es correcto que una ley que abiertamente (o, en determinados casos, indirectamente) viola derechos y garantías consagrados en la Constitución debe ser invalidada por los jueces, de ello no se sigue que los jueces puedan imponer sus valores personales y caracterizarlos como la recta interpretación de la ley. Quienes sustituyen su voluntad por la voluntad de la ley hacen precisamente eso.

Una norma sancionada de acuerdo a los métodos que establece la Constitución, y que no contraría ninguna de las garantías ni derechos por ella protegidas, aunque ésta resulte a criterio del juez una ley tonta o con resultados indeseables, es de cumplimiento obligatorio. Y los jueces tienen el deber de interpretarla fielmente y de hacerla cumplir. Por más que no contenga al “poder punitivo” y promueva una política más dura frente al delito.

Al sustituir la voluntad de los representantes del pueblo, por la voluntad propia, se propone un gobierno ejercido por personas (los jueces) que no se someten a elecciones, tienen cargo vitalicio y no se les puede reducir su remuneración. Al considerarse que determinadas personas que ocupan cargos judiciales (que no fueron elegidas directamente por el pueblo) son “expertos en materia de política criminal” y que, por lo tanto, son ellos los que deben trazar las decisiones de política criminal desde sus despachos en el Palacio de Justicia, se está pervirtiendo el diseño constitucional adoptado en 1853. La Constitución establece que las decisiones sobre política criminal deben tomarse en el Congreso, no en los Tribunales.

Un juez que aplica la ley, aunque no esté de acuerdo con ella, es un buen juez respetuoso del sistema republicano de gobierno. Un juez que aplica sus preferencias personales y sustituye lo que establece la ley por el criterio propio, es un juez que no respeta la Constitución.