



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Causa N° 77.660

“Miranda Lobos, Manuel Alejandro  
s/ Recurso de Casación” –  
Pedido de Acuerdo Plenario

**ACUERDO**

En la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, a los 27 días del mes de Septiembre de 2017, reunidos en Tribunal Pleno los señores jueces del Tribunal de Casación Penal, Dres. Mario Eduardo Kohan, Carlos Angel Natiello, Jorge Hugo Celesia, Fernando Luis María Mancini, Víctor Horacio Violini, Ricardo Borinsky, Daniel Carral, Martín Manuel Ordoqui y Ricardo Ramón Maidana, para resolver en la causa N° 77.660 caratulada “Miranda Lobos, Manuel Alejandro s/ Recurso de Casación”.

Practicado el sorteo de ley resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **ORDOQUI (primer término por la posición que resultara mayoritaria surgida del debate) - CARRAL (primer término por la posición que resultara minoritaria surgida del debate) - NATIELLO - KOHAN - CELESIA - BORINSKY - MANCINI - VIOLINI - MAIDANA.**

Cumplidos los trámites de rigor, y de acuerdo al Acta de fecha 27 de Agosto de 2013 por mayoría absoluta, corresponde plantear y votar la siguiente:

**CUESTION**

**¿Puede el juez declarar la reincidencia aun cuando no fue incluida en el acuerdo de juicio abreviado?**

## VOTACIÓN

### **A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Ordoqui, dijo:**

A la cuestión planteada a raíz del pedido de Acuerdo Plenario articulado por el Sr. Fiscal ante esta Sede, habré de ceñirme a mis anteriores pronunciamientos dictados en causa Nro. 63.360 caratulada “QUEVEDO, Alejandro Javier s/ Recurso de Casación” entre otras en igual sentido.

En dicha inteligencia, entiendo que el carácter de reincidente es aquel en virtud del que, luego de darse ciertas circunstancias fácticas previstas por el artículo 50 del C.P. en lo concerniente a la reiteración infraccionaria, adquiere el sujeto por el mero imperio de la ley penal.

Valiéndome de un reduccionismo lingüístico, pero conocido y aceptado por la doctrina dominante, se puede afirmar que la reincidencia es un “estado que se adquiere”. Como tal, precede a su declaración formal por parte del órgano jurisdiccional; que, en este punto del decisorio, dicta una resolución meramente declarativa en la que se reconoce dicho estado.

Así las cosas y en la idea que el objeto de la presentación Fiscal se limita a determinar si es viable la declaración de reincidencia en un juicio abreviado aun no habiendo sido pactado por las partes, ni estado presente en los preparativos del acuerdo entre aquellas, propondré la siguiente solución.

Sentada mi opinión párrafos atrás sobre la naturaleza del estado de reincidencia, completo afirmando que aquel es una creación del legislador nacional y que por imperio del artículo 75 inciso 12 de la Constitución se lo ha integrado al Código Penal de la Nación Argentina; en razón de ello, no creo posible que el mismo pueda ser “reglamentado” o “disuelto” por regímenes procesales locales ni mucho menos.

En mi opinión, la facultad no delegada a la Nación que permite el dictado de normas adjetivas locales -en este caso el CPP-, no posee un alcance tal que habilite a



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

disolver dentro de la esfera adjetiva aquello que es sustantivo para la ley de fondo, doctrina del artículo 121 de la Constitución Nacional.

En otras palabras y a modo de cierre de esta única cuestión, propondré al cuerpo se resuelva tener por válida la declaración de reincidencia en los procesos de “juicio abreviado” aún en aquellos casos en que las partes no lo hubiesen acordado, por resultar una consecuencia directa de una norma de fondo que, por lo demás, atento a los argumentos vertidos su declaración no podría ser obviada en la recta interpretación de los artículos 396, 399 y concordantes del C.P.P.-

Así lo voto.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Carral, dijo:**

La cuestión a decidir, en cuanto puede resumirse en determinar si existe la posibilidad de que se dicte sentencia -en el marco del procedimiento de “juicio” abreviado- declarando reincidente a la persona respecto de quien ha recaído veredicto condenatorio, sin que previamente esta consecuencia haya integrado requerimiento alguno de la acusación, no es una problemática que se ciña con exclusividad a esa modalidad procedimental y a la interpretación de la regla del art. 399 del rito, aun cuando en estos casos puede reconocer ribetes especiales; sino que, mucho más que eso, la potestad jurisdiccional para ingresar en aspectos que no han sido materia de requerimiento desde la acusación y, en consecuencia, sustraídas al contradictorio, es un dilema que atañe al sistema de enjuiciamiento y a la vigencia del debido proceso desde que se encuentran en juego la imparcialidad y la defensa en juicio.

Lo que está en ciernes son los pilares centrales de un sistema adversarial, acusatorio formal entre nosotros, y así lo sostuve desde mi posición minoritaria allá por el 2009, en tiempos que integraba la Sala III, para luego, esa misma línea de razonamiento transformarse, juntamente con mi colega, doctor Ricardo Maidana, en doctrina de la actual Sala I, (cfr. causas 56.708, 75.249, entre otras).

Ya no caben dudas que el *modelo acusatorio* es el que ha sido impuesto desde nuestra Carta Fundacional de derechos. Con antelación a que la Corte Federal se expresara en tales términos y ratificara la importancia de la metadiferenciación de las funciones requirentes en relación con las decisorias (C.S.J.N. en "Quiroga, Edgardo Oscar", Causa N° 4302, sentencia del 23/12/2004), en el ámbito de nuestra provincia, el mensaje por el que el Poder Ejecutivo remitiera el anteproyecto de ley de reforma de nuestro sistema de enjuiciamiento, luego sancionado y promulgado bajo el Nro.11.922, señalaba, en torno a las características que inspiraron el novel procedimiento penal, algunas referencias expresas en punto al modelo acusatorio, en los siguientes términos:

*“El sistema acusatorio por su parte, con la adecuación al mismo de las reglas del debate y la investigación a cargo del agente fiscal, coloca a la acusación y a la defensa en paridad de situaciones en el proceso. Este método, tanto en su proyección histórica como en el derecho comparado actual, es el que sin duda más se consustancia con las instituciones democráticas y es el que con mayor eficacia permite obtener la decisión justa del caso penal, privilegiando la función estrictamente jurisdiccional del juzgador y preservando su imparcialidad.*

*Como plataforma jurídico-cultural del proyecto se ha tomado en cuenta:*

*a) La adopción franca del sistema acusatorio, en sintonía con la línea político-institucional democrática que marcan las recientes reformas procesales penales de países de notoria influencia en nuestra cultura jurídica, tales como Italia, España, Portugal y Francia; haciéndose notar que estas reformas de una manera u otra se han acercado a los sistemas anglosajones, con claros perfiles de procesos de partes.*

*b) La línea de códigos que instauraron la oralidad en la Argentina, a partir de 1939, teniendo a la vista muy especialmente reformulaciones actuales de algunos de ellos, como las experimentadas en los códigos de las provincias de Tucumán, Córdoba y Entre Ríos.*



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

*c) Las tendencias o directivas que en materia procesal han sido institucionalizadas a través de las recientes reformas constitucionales de 1994 que receptan normas y principios contenidos en tratados internacionales y rescatan el protagonismo del Ministerio Público Fiscal.” (Fundamentos del Poder Ejecutivo provincial dirigidos a la Legislatura, con motivo de la remisión del proyecto de reforma del código procesal penal, La Plata, 30 de mayo de 1996).*

Desde este enfoque, cobra vital importancia asumir cuál es el verdadero rol jurisdiccional y la medida de su potestad. Cuando los jueces ingresamos en cuestiones sobre las que no hemos sido llamados a decidir, en especial cuando ello importe el ejercicio del poder punitivo del estado, aun sin quererlo estamos arrojándonos un rol de parte, afectando con ello la imparcialidad, eje del debido proceso.

En este sentido, si la acusación al administrar su actividad requirente nada argumentó respecto de la declaración de reincidencia, la labor jurisdiccional no puede asumir una decisión supliendo tal omisión, dado que ha privado a la contraparte -el imputado y su defensa- de argumentar sobre la prueba de sus presupuesto legales, afectándose así los principios de igualdad de armas e iniciativa probatoria y, a partir de ello, la garantía de defensa en juicio.

La propia Procuración General de la Nación ha sido celosa custodia de estos principios al afirmar *"permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, que exclusivamente se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación"* (dictamen en causa B.320.XXXVII).

En este sentido, no resulta admisible el argumento según el cual se predica que “Tampoco podría refutarse violado el debido proceso y la defensa en juicio por el sólo hecho de que no haya mediado petición expresa del fiscal, especialmente porque

es sabido que los jueces tienen el deber de observar la ley de fondo y esto hace que las partes puedan siempre prever la posible aplicación del artículo 50 del CP, y -así- argumentar todo cuanto crean conveniente a sus intereses” (cfr. fs. 66 del legajo recursivo), por cuanto importaría llegar al extremo de que el imputado tenga que defenderse no sólo de quién lo acusa sino también de quién decide, cuanto más, en este último caso obligándolo a actuar bajo una estrategia meramente conjetural.

Si la obligación de observar la ley de fondo por parte de los jueces, según así se cita en la argumentación reproducida en el párrafo precedente, no estuviera supeditada a determinadas exigencias sustanciales del proceso, carecería de sentido la regla del art. 368 *in fine* de nuestro sistema de enjuiciamiento provincial, en tanto resulta imperativo la absolución del acusado frente al desistimiento de la acusación.

Aun cuando, a mi modo de ver, es necesario en alguna oportunidad elucidar la conceptualización de “estado” con la que se ha caracterizado a la reincidencia, discusión que excede esta convocatoria, lo cierto es que -en cualquier caso- se trataría de un “nuevo estado” y ello requiere -de mínima- que el pronunciamiento jurisdiccional que lo constituya esté precedido de una sustanciación que asegure el contradictorio.

No obstante ello, he sostenido, y en este punto también acordamos con mi colega de Sala, que cualquiera fuera el procedimiento, el límite a la individualización punitiva del juzgador viene dada por la actividad requirente de la acusación. En ese contexto, esto adquiere mayor fuerza en el marco del “juicio” abreviado a partir de las reglas que limitan la decisión jurisdiccional conforme lo postulado por el art. 399 del digesto de forma.

Es que aquellos “ribetes especiales” a los que hice mención párrafos arriba, están vinculados a que si una propuesta conjunta de juicio abreviado nada dice sobre la declaración de reincidencia, una sentencia condenatoria que -fuera de esos parámetros- así lo declare, resulta un cambio brusco en la situación, por lo que, dada la entidad de sus consecuencias debió haber sido objeto de valoración e información,



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

previo a prestar la conformidad requerida para esta modalidad de procedimiento según prevé la regla del art. 395 y ss. del código procesal penal.

El exceso en la decisión jurisdiccional con relación a la pretensión punitiva del acusador, ha sido materia de censura por parte de la doctrina judicial mayoritaria de nuestros colegas de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

En el sentido indicado se ha señalado: *“Creo que esa es la mejor forma de garantizar el derecho fundamental a la defensa en juicio, ya que al fallar el tribunal como lo hizo, declarando reincidente a O. sin que la fiscalía recabara la aplicación del instituto, privó a aquella parte de presentar sus argumentos, colocando al imputado en una situación más desfavorable; en definitiva, la asistencia técnica resultó sorprendida con la solución adoptada, que excedió la pretensión punitiva del órgano acusador (cf. ver Observación General n° 32 del Comité del Derechos Humanos de Naciones Unidas, n° 21).*

*Es que si bien es cierto que el órgano jurisdiccional tiene obligación de velar por el cumplimiento, por parte del acusador, del principio de legalidad -verificando que sus postulaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a la ley, ya que en caso contrario su requerimiento será nulo-, no puede ir más allá de su demanda, supliendo su actividad por un criterio diferente o por no estar de acuerdo con sus alcances. Y observo que en este caso, en el fallo no se ha efectuado ninguna crítica al alegato de esa parte, en el sentido indicado”.*

Finaliza concluyendo en que: *“Por otra parte, al no haber sido materia de debate, se privó al defensor de la posibilidad de hacer valer los argumentos que la doctrina y muchos precedentes han elaborado cuestionando el instituto mencionado.*

*Es claro, a mi modo de ver, por las razones expuestas, que la declaración de reincidencia en esas condiciones generó un supuesto de extra petita que vulneró claramente el derecho de defensa del imputado”* (Voto del doctor Pablo Jantus, al que

adhieren los doctores Luis Niño y Mario Magariños, Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en causa Reg. n° 812/2015, de fecha 23-12-2015)

En consideración a los argumentos expuestos, a esta primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Natiello, dijo:**

Tengo dicho en numerosos precedentes, tanto de la Primigenia Sala I como de la Sala IV que: *“Ni el Tribunal ni las partes pueden soslayar el orden público que dimana de institutos que, como la reincidencia, amén de proteger a la sociedad respecto de la mayor peligrosidad evidenciada por quienes reiteran el desconocimiento de sus reglas, se hallan ligados a pronunciamientos solemnes que públicamente declaran la certeza oficial respecto de las acriminaciones de orden penal y que, además, no pueden dictarse ni en rebeldía ni con desconocimiento del reo y sus defensores”* (cf. precedente n° 8885 “Guilledo” Primigenia Sala I; 77.065 “Barros” Sala IV).

Es por ello que la reincidencia no resulta una de las circunstancias que pueden ser acordadas en el marco de un juicio abreviado. Lo contrario significaría *“hacer prevalecer por sobre el bloque de legalidad federal (art. 31 del Código Penal), del cual forma parte el Código Penal (art. 75, inc. 1ª Constitución Nacional), la voluntad de los particulares...”* (cf. recurso n° 13.848 Primigenia Sala I, “Greco”).

A su vez en el citado precedente se ha sostenido que *“... si se entendiera que el artículo 399 del C. P. P., impondría un límite a considerar la reincidencia - instituto éste privativo de beneficios en función de la iteración en el camino del delito legislado exclusiva y excluyentemente por la ley penal nacional-, la norma sería flagrantemente inconstitucional en ese aspecto; invalidez que esta sede estaría en condiciones de declarar de oficio por imperio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia “in re” B. 1160. XXXVI, “Banco Comercial Finanzas S.A. (en*



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

*liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", sent. del 19/08/2004. Empero, debemos siempre presumir la constitucionalidad de la actividad legislativa y entender que el legislador no ha querido poner tal límite a la aplicación de una ley que anida en un escalón superior de la pirámide jurídica...".*

A la luz de lo reseñado, considero que, dado que la reincidencia no es una materia que pueda ser motivo de pacto entre las partes en el instituto del juicio abreviado, la misma no constituye una de las denominadas "cuestiones penales" pasibles de ser convenidas entre Fiscal, imputado y Defensor. Por tanto, tal declaración no violenta las disposiciones relativas al procedimiento abreviado, toda vez que es una materia reservada al Juzgador.

Asimismo, estimo que tanto las sentencias como las resoluciones que se les asimilan por sus efectos, deben atender a las circunstancias reinantes al momento de decidir, aunque sean sobrevivientes a la interposición del pedido en tratamiento (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos 310:670; 311:1810; 318:625; 321:1393; 310:2246; 313:584; 314:568; 315:1553; 316:479; 318:625; 319:79; 323:600; 324:448; 325:1345, entre otros).

En fin, la declaración de reincidencia resulta ajustada a la inteligencia sentada en el Plenario n° 10.347 de esta Sede s/visión del 5/10/06.

Así lo voto.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Kohan, dijo:**

Adhiero al voto del Dr. Ordoqui por sus fundamentos. En adición agrego que es mi opinión que existen ciertas cuestiones que son susceptibles de ser acordadas por las partes en el marco del procedimiento abreviado, las cuales dan nuevo marco a la cuestión a resolver por parte de los Jueces, fijando un estrecho marco cognoscitivo al que debe sujetarse el órgano jurisdiccional (v.g. el "quantum" de la pena, el modo de cumplimiento de la misma). Mientras tanto, existen otras circunstancias que, debido a

su naturaleza, son ajenas a los acuerdos de las partes. Y precisamente la reincidencia es uno de esos tópicos.

Conviene recordar que la calidad de reincidente constituye un componente negativo del elemento caracterológico de la culpabilidad, cuyo contenido está dado por la experiencia anterior del reproche ético-social recaído sobre un comportamiento disvalioso y, no obstante ello, volver a alzarse contra las normas tuteladoras de valores jurídicos; situación que al darse por segunda vez amerita un ajuste en su tratamiento carcelario (conf. CNCRIM. Sala I (Def.) - Tozzini, Donna, Rivarola-Sent. “D”, Sec. 7.c 35.693, “SULEIMA, Alfredo”, Rta: 23/8/89).

En consecuencia, verificados los extremos del art. 50 del Código Penal, la reincidencia resulta un aditamento que acompaña a la persona que la ha merecido. Así constituye el mero reconocimiento de un estado que se da en la realidad fenoménica, por lo que un sujeto no deja de ser reincidente porque el Juez no lo diga así en la sentencia, bastando que se den los parámetros requeridos por el art. 50 del C.P., por lo que puede ser declarado como tal aún sin expresa petición de parte.

A la luz de todo lo expuesto, considero que, dado que la reincidencia no es una materia que pueda ser motivo de pacto entre las partes en el instituto del juicio abreviado, la misma no constituye una de las denominadas “cuestiones penales” pasibles de ser convenidas entre Fiscal, imputado y Defensor. Por tanto, la declaración de reincidencia no violenta las disposiciones al juicio abreviado, toda vez que es una materia reservada al Juzgador.

Considero que una vez verificada la misma por el órgano jurisdiccional, ésta deber ser declarada. Así lo ha entendido la Excelentísima Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en su fallo Plenario N° 113, “TALARAN, Raúl” del 5/3/90 –Recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por el Fiscal de Cámara Dr. Chichizola, en la causa N° 24.564, de la Sala III. Si bien dicho fallo no posee carácter vinculante para esta jurisdicción, resulta sumamente ilustrativo a la hora de elucidar la cuestión en tratamiento.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Concluyo que si bien es cierto que la circunstancia de que un sujeto no deja de ser reincidente porque no se haya insertado la declaración respectiva en la sentencia, no es menos cierto que la inclusión de tal extremo en el resolutorio redundante en un orden más completo y funciona como una advertencia que hace a la mayor certeza jurídica.

La jurisprudencia de nuestro país acompaña la postura aquí esgrimida. En ese sentido, se ha resuelto que *“La reincidencia es una situación de hecho que no requiere para su existencia de un pronunciamiento que así lo disponga, sino que basta la comprobación de que concurren los requisitos exigidos por el artículo 50 del código penal, y no corresponde hacer lugar a la libertad anticipada de un reincidente, aún cuando su condición de tal no haya sido objeto de tratamiento ni de declaración en la sentencia. Asimismo, si bien a la reincidencia del ya condenado la genera la comisión de un nuevo delito ese extremo queda comprobado con la condena y por consiguiente, con el instrumento, asiento o certificación pertinente. No obstante ello, es conveniente que detectado tal extremo por el tribunal de la condena lo consigne en la sentencia para mayor certeza, seguridad y garantía de los justiciables.”* (CNCP – SALA III – Causa 618 – “Espinoza, Orlando s/ rec de casación” – rta. 20/3/1996; en igual sentido SALA I c. “OROZCO, GUSTAVO ADRIAN S/ RECURSO DE CASACION”, rta. 19/07/1996; SALA III CAUSA NRO. 242 “AJIRAS, F. A. S/ RECURSO DE CASACION”, RTA. 15/11/1994, REG. 169)

En el marco de nuestra provincia, la Suprema Corte de Justicia ha dicho, en materia de reincidencia que *“... una declaración de esa naturaleza sólo constituye una medida procesal de advertencia a los magistrados sin otro efecto jurídico que poner de manifiesto una verdad técnico jurídica”*. (S.C.J.B.A. c. “M. K., J. M. y o. s/ Resistencia a la autoridad, lesiones” – SCBA – P 45423, rta. 9-3-1993).

De otro lado, el sentenciante ha fundado expresamente y con corrección el temperamento adoptado sobre el punto, dando por corroborados los extremos del art.

50 del Código Penal, siendo que se ha comprobado el cumplimiento de los mismos (ver cuestión segunda de la sentencia).

Así lo voto.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Celesia, dijo:**

La propia naturaleza procesal de la disposición que establece la prohibición de incluir en la sentencia consecuencias penales no convenidas, confrontada con la del juicio abreviado, entendido como un acuerdo de partes donde éstas a cambio de cierta simplificación del procedimiento pueden sustituir o restringir la decisión del juez, revela que el acuerdo sólo puede versar sobre ciertos aspectos tasados en la ley de fondo y que no son obligatorios para el magistrado sino disponibles dentro de ciertos límites legalmente establecidos.

Si bien el juez debe aplicar una pena dentro de la escala penal establecida en la ley de fondo, posee un margen para juzgar cuál es la sanción adecuada al caso que juzga y su forma de cumplimiento.

Las facultades que la ley procesal confiere a las partes si media consentimiento fiscal están referidas a algún aspecto de la decisión jurisdiccional que resulte disponible por encontrarse dentro del marco de apreciación del magistrado cuando aplica una ley general a un caso concreto y la ley permite distinguir las consecuencias según el caso.

En el juicio abreviado las partes pueden acordar una pena que no podrá ser excedida por el sentenciante, la calificación legal del hecho y la forma de cumplimiento de la pena, pero ninguna de estas cuestiones puede acordarse cuando 1) excedan el marco de selección de la respuesta justa que la ley faculta al magistrado a adoptar dentro del ámbito de su competencia 2) contraríen una disposición expresa de derecho penal que los jueces deben acatar y es inmodificable por una ley procesal.

Es decir, no podrá acordarse una pena inferior al mínimo de la escala penal, ni una forma de cumplimiento que no esté permitida por las normas sustantivas, ni una



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

calificación legal cuando medie una diferencia insalvable con la sostenida por el magistrado, porque el acuerdo excedería los propios límites que como facultad de selección la ley otorga a los jueces para juzgar.

Si esto es así las “consecuencias penales no convenidas” en un acuerdo de naturaleza procesal o las que se prevean expresamente no podrían referirse a cuestiones impuestas por la ley penal que resulten de aplicación inexcusable para los jueces y que estos no pueden modificar ni graduar porque las consecuencias no se individualizan en el fallo sino que vienen ya fijadas en una disposición legal con carácter imperativo.

La condición de reincidente prevista en el art. 50 del C. Penal, no puede considerarse como una de las “consecuencias penales no convenidas” en el acuerdo de juicio abreviado sujetas a la prohibición de incluirlas en el fallo porque configura un estado previsto en la ley sustantiva de manera objetiva cuya operatividad es de aplicación obligatoria para los jueces, indisponible para las partes e inmodificable mediante la legislación procesal.

La declaración de reincidencia aún cuando no haya sido incluida en el acuerdo de juicio abreviado, no conlleva ningún agravio atendible, desde que dicho instituto constituye un “estado” que se configura de pleno derecho a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el art. 50 del código de fondo. Su declaración, una vez verificados los presupuestos legales, constituye un deber para los jueces, no resultando materia susceptible de ser pactada en el marco de un juicio abreviado, toda vez que no puede subordinarse la operatividad de la ley sustantiva a la mera voluntad de las partes.

De lo dicho en cuanto a la naturaleza del instituto como un “estado” se deriva que su declaración en el fallo no produce ningún efecto modificatorio de la pretensión punitiva expresada en la acusación, por lo que no es correcto vincular la cuestión con el principio acusatorio consagrado en la ley procesal.

Esto último es así a punto tal que ninguna regla impone que la reincidencia se declare en la sentencia de condena ni precluye la posibilidad de hacerlo en un estadio ulterior del proceso cuando la cuestión adquiriera virtualidad (conf. Criterio adoptado por la CSJN en el caso “Mayo, Miguel Angel” sentencia del 21/04/2015), lo cual no sería posible si se tratara de una circunstancia que deba formar parte de la acusación.

En definitiva, tratándose la reincidencia de un estado que se configura de pleno derecho a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el art. 50 del código de fondo, y siendo que su declaración en el fallo es sólo paralela y no integrativa de la condena -desde que sólo incide en el modo de ejecución de la pena pero no la integra-, no puede considerársela incluida en el concepto de pena a que se refieren los arts. 396 y 399 del C.P.P. y por tanto el Tribunal se encuentra habilitado para declararla aún cuando no haya sido incluida en el acuerdo de juicio abreviado.

Tampoco puede justificarse que si el Fiscal no se expidió sobre la reincidencia no podría el juez declararla con el argumento de que asumiría funciones propias de la parte requirente y perdería imparcialidad, violándose el sistema acusatorio vigente.

El acusatorio es un sistema de enjuiciamiento que importa la sujeción de los jueces al objeto del juicio, es decir a los hechos y las personas señaladas en la acusación, mientras que los aspectos vinculados con la aplicación de la ley de fondo deben analizarse dentro del ámbito de la contradicción.

El principio acusatorio es una concepción dogmática, como tal atendida a reglas y principios, que puede motivar una decisión legislativa que adopte ese tipo de proceso, o bien utilizarse en la interpretación sistemática que hacen los jueces de las normas cuando se procura determinar sus alcances, pero lo que no se puede mediante la invocación de ese principio es sustituir al legislador creando un recaudo que la ley no prevé.

No hay ninguna disposición en la ley de procedimiento que establezca la obligación de dar traslado a las partes antes de decidir sobre la reincidencia en un juicio abreviado. Rige por el contrario una prohibición expresa prevista en el art. 134



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

del C.P.P. en cuanto establece que las vistas sólo se ordenaran cuando el código lo disponga.

Por otra parte la cuestión debe valorarse en el ámbito donde aparece planteada, que es el procedimiento abreviado acordado por las partes, por lo que devendría contradictorio exigir al sentenciante la vista a las partes y declarar la nulidad del fallo ante su inobservancia, cuando estas nada dijeron en el acuerdo celebrado y aceptaron un juicio especial por el cual el inculpado renuncia al debate y con ello a ser oído y discutir incluso su propia responsabilidad, no ya la calidad de reincidente.

Si el Tribunal en un juicio abreviado puede dictar sentencia sin oír a las partes que renunciaron al debate y resolver el fondo de la controversia, no parece razonable exigirle, vista la naturaleza del proceso, un traslado previo bajo sanción de nulidad antes de expedirse sobre la reincidencia.

Voto en consecuencia por la afirmativa.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Borinsky, dijo:**

Considero que el mismo resulta admisible, y respecto al fondo, mantengo la postura ya expresada en los precedentes de Sala que se mencionan como antecedentes, respecto a que, tratándose la reincidencia de un estado que no requiere declaración, su verificación en el caso resulta obligatoria para el tribunal, por lo que no resulta materia disponible para las partes en el acuerdo de juicio abreviado.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Mancini, dijo:**

Voy a desordenar la respuesta postergando hacia renglones posteriores lo que acaso debió ser un prelude de importante esclarecimiento. Ello porque en estos temas los autores suelen desconsiderar un dato cuya obviedad no le quita trascendencia, a saber: en el escenario en que la cuestión se plantea es prioritario recordar que un juez,

en principio, no tiene obligación de referirse a la reincidencia (distinto sería si el asunto fuera planteado).

Si nada dijeran las partes en el acuerdo de juicio abreviado y nada dijera el juez en su fallo, igualmente, en tanto el condenado reuniese las condiciones del art. 50 del C.P., su eventual pedido de libertad condicional ante el juez de ejecución debería rechazarse, justamente, por su carácter de reincidente (art. 14 del Cód. Penal). Dicha reincidencia ya era tal aunque ningún fiscal ni ningún juez la hubiere mentado antes.

El nuevo estado adquirido no se constituyó a partir de ningún pronunciamiento jurisdiccional al respecto.

Si el magistrado agrega la reincidencia “indiscutida”, no pedida ni pactada, esa decisión podrá recurrirse sin desmedro del derecho de defensa, y a todo evento, ante una decisión adversa del revisor, podrá nuevamente impugnarse, y es sabido que el mecanismo que ambas cortes (CSN y SCJBA), han obligado a seguir para esos casos, garantiza el recurso amplio convencionalmente acordado y constitucionalmente incorporado, sin que quede espacio alguno para resquemores en orden a lo que ha dado en llamarse doble conforme.

En cambio, si hubiere habido disputa sobre el punto, una resolución sobre el entuerto emerge indispensable para la adquisición de ese estado. Pero esta alternativa se presenta como difícilmente compatible con el juicio abreviado.

En ese caso, por supuesto, aparecen correctísimas las apreciaciones formuladas en el voto de la minoría en relación, especialmente, con el ejercicio pleno del derecho de defensa y el debido proceso.

Debe observarse como evidencia de las dos situaciones explicadas el hecho de que, si estuvieran presentes las previsiones del art. 50 del C.P. y las partes acordaran una pena y la no mención de la reincidencia, ello no le impediría al posterior juez de ejecución negar un pedido de libertad condicional con fundamento en el art. 14 del C.P., tal como antes expuse.

Por último, y yendo al artículo de la ley ritual que atiende más cercanamente al



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

tema, corresponde recordar que la prohibición de incluir consecuencias penales no convenidas, alude nítidamente a aquellas cuya fuente es una declaración potestativa del “a quo”, lo cual no acontece con la condición de reincidente para lo cual basta atenerse al verbo con que comienza el art. 50 del C.P. que a estos fines resulta sumamente ilustrativo.

En atención a lo expuesto me sumo al voto de la mayoría.

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Violini, dijo:**

Entiendo que el pedido de acuerdo plenario resulta admisible, al verificarse soluciones discordantes entre las Salas II, III, IV y V, por un lado, y la Sala I, por el otro, todas de este Tribunal.

Luego, es doctrina de la Sala que integro que la declaración de reincidencia no es un instituto disponible por las partes o sujeto a la negociación del juicio abreviado, pues constituye un estado del imputado, y por ello, no existe óbice alguno para que el tribunal la declare de oficio cuando así corresponda.

Agrego a lo expuesto que de todos modos, no puede pasarse por alto que por una simple razón de seguridad jurídica y de equidad, esa potestad para declararla sólo puede ser ejercida por el Tribunal que resulte competente para dictar la condena que origina o fundamenta la declaración de reincidencia, y mientras se encuentre en ejercicio de esa competencia (artículo 18 de la Constitución Nacional).

**A la cuestión planteada, el Señor Juez, Dr. Maidana, dijo:**

El interrogante formulado para convocar el plenario, al tener por objeto si puede el juez declarar la reincidencia aun cuando no fue incluida en el acuerdo de juicio abreviado, impone examinar la posibilidad que tienen las partes de disponer de la aplicación del instituto en la oportunidad prevista en el artículo 396 del C.P.P..

Habiéndome pronunciado reiteradamente por la constitucionalidad de la

reincidencia (ver C. 55.239 “Bravo”, 63038 “Moreno”, 61.344 “Martínez”, entre otras), de acuerdo a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa N° 2175, “G., D. A. s/ recurso de hecho”, rta. 06/05/2008, G.704.XLIII, con la remisión al dictamen del Procurador Fiscal y en el caso “Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835”, entre otras) y la Suprema Corte de esta provincia (P. 70.498, Ac. 29-XII-2004, P. 100.629, Ac. 6-V-2009, P100.924, Ac. 3-11-2010, P. 57.387, Ac. 1-XII-1999; P. 58.385, Ac. 22-XII- 1999; P. 65.719, Ac. 10-IX-2003; P. 94.467, Ac. 7-V-2008, entre otras), teniendo en cuenta su naturaleza y el carácter sustantivo del instituto, no encuentro posible que las partes puedan decidir acordar su aplicación o no, como ocurre con el monto de la pena dentro de la escala legal y la calificación.

En efecto, la problemática existente alrededor de la pena y el delito es de carácter público (c. 71912 “López”), por lo que, las consecuencias que genera la recaída en el delito (dentro de un período relativo de tiempo) tras una sentencia condenatoria, hallándose regulado en el Código Penal, no sólo que pueden sino que deben ser declaradas por el Juez.

Ahora bien, ello no puede significar el desconocimiento de la validez de las reglas de enjuiciamiento penal, las que deben respetar el marco político de la ley fundamental.

Con la creación del Estado de Derecho, se declaran derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado, constituyen la base política de orientación para la regulación del Derecho Penal de un Estado.

Es el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal.

Los principios constitucionales cumplen la función legitimante de la concentración del poder político, son valores que alcanzan la cúspide del orden jurídico nacional, cuyo centro es el individuo que se coloca bajo la vigencia del orden jurídico nacional, y aparecen superiores a la misma potestad penal del Estado.



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La exigencia constitucional del proceso legal previo (*nulla poena sine processu*) supone –valga la redundancia– “...un procedimiento previo a la sentencia tal que, precisamente, le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto de la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitirán construir, sobre todo, la premisa fáctica en la que se apoyará su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación. Este es otro de los sentidos que en la Constitución asume la cláusula del ‘juicio previo’, no sólo porque la misma palabra ‘proceso’ aparece al final de la regla (CN, 18, párr. I), sino, especialmente, porque los preceptos de garantía judicial que el mismo artículo contiene se ocupan, precisamente, de las formas fundamentales que debe observar ese proceso previo” (MAIER, *DPP*, t. I, p. 488). Por esa razón, “...se ha sostenido que la reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino mediata a ella, a través y después de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena; ello ha sido traducido afirmando la *mediatez de la conminación penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita, en nuestro sistema, la *coacción directa*, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada que autoriza al Estado a aplicar la pena. Ésta es la razón por la que, en nuestro sistema, el Derecho procesal penal se torna necesario para el Derecho penal, porque la realización práctica de éste no se concibe sino a través de aquél” (MAIER, *DPP*, t. I, p. 488, destacados en el original)

En términos sencillos: en un Estado de Derecho, el poder penal se realiza siempre en el marco de un debido proceso.

Una Constitución fija una determinada forma de organización política de una Nación, definiendo de alguna u otra forma la ordenación del poder y la relación del Estado con los ciudadanos, con lo cual, consagra ciertas garantías básicas en pos de

evitar abusos autoritarios. Bajo este prisma, una Constitución *constituye*, de alguna manera, un catálogo de restricciones, es decir, límites protectorios del ciudadano frente al abuso estatal de poder.

La intervención estatal más significativa en el ámbito de libertad del individuo se da en el ejercicio del *ius puniendi*: la pena representa la medida más grave de todas las posibles intervenciones en un Estado de Derecho (cfr. ROXIN, *DPP*, 25° ed. alemana trad. por G. E. Córdoba y D. R. Pastor, p. 10).

Como el derecho de penar está hoy reservado al Estado (cfr. ROXIN, *DPP* cit., p. 2), hay normas que instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para ejercer dicho monopolio (v. sobre ello, MAIER, *DPP*, t. I, 2004, p. 75).

Queda claro entonces que el derecho procesal penal crea las condiciones necesarias para que el derecho penal material pueda realizarse. Dicho en otras palabras, el ejercicio del *ius puniendi* estatal está supeditado al desarrollo de un proceso previo: nadie puede ser penado sin juicio previo, dice el art. 18 de la Constitución.

De este modo, puede afirmarse que el Derecho procesal penal es el único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iudicio*, reza el aforismo), puesto que todos los conflictos que atañen al Derecho penal encuentran una única vía de solución a través de las reglas del Derecho procesal penal (cfr. MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 85).

Pero, a la vez, no puede soslayarse que la reglamentación de toda esta actividad estatal se encuentra enmarcada dentro del cuadro regulatorio establecido por las garantías constitucionales (arts. 5 y 28, CN). En un Estado de Derecho, el poder de la pena se materializa en un ámbito reglado cuyo diseño estructural se encuentra en la Ley Fundamental.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En tal sentido, es dable afirmar que existe una dependencia entre el sistema de enjuiciamiento penal y la ideología que funda la organización política de un país (cfr. MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 163 y véase el capítulo histórico que ilustra al respecto; v. tamb. ROXIN, *DPP* cit., p. 10), de ahí que metafóricamente se ha dicho que “el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (ROXIN, *DPP* cit., p. 10), o con más precisión: Derecho constitucional reglamentado, en el sentido del art. 28 de nuestra Constitución Nacional (cfr. MAIER, *DPP*, t. I, p. 163).

Desde siempre, en el Derecho procesal penal, se han antepuesto dos modelos de enjuiciamiento divergentes: el acusatorio, por un lado, y el inquisitivo, por el otro. Cada uno de ellos, tiene un diseño propio que lo identifica y lo diferencia notoriamente del otro (v., a modo de resumen, MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 443 y ss.), sin embargo, al decir de Cafferata Nores, ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar a alguno de aquellos dos paradigmas procesales en estado “químicamente puro”, pues todos son algo “mixtos” (*El proceso penal según el sistema constitucional*, en CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 1998, p. 3; sobre las características del inquisitivo reformado o “sistema mixto”, v. MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 449 y ss.).

Nuestra Constitución Nacional establece un programa liberal que reconoce la autonomía de las personas (art. 19, CN), consagrando un sistema de garantías protectorio de las injerencias estatales arbitrarias (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19 y 24, CN; sobre la noción del jurado como garantía del imputado, v. TCPBA, SALA VI, c. 71.912, “López, Mauro Gabriel s/ Recurso de queja (art. 433 CPP) interpuesto por Agente Fiscal”, reg. 37 del 04/02/2016). Esta idea es nuestro punto de partida.

El modelo acusatorio de enjuiciamiento es el que mejor se compagina con ese ideario constitucional ya que el acusado no representa, como sucede en el procedimiento de corte inquisitivo, un objeto de persecución, sino un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador (cfr. MAIER, *DPP*, t.

I cit., ps. 447 y 445). En efecto, la Constitución Nacional optó por un proceso penal abiertamente acusatorio (CSJN, *in re* “Casal”, considerando 15°) porque ella establece una tajante separación entre las funciones estatales de acusar y juzgar en los juicios de contenido político (cfr. entre sí los arts. 53 y 59, por un lado, y 114 inc. 5° y 115, por el otro), y porque prevé el juicio por jurados para causas criminales (24, 75, inc. 12, y 118), institución –dicho sea de paso- incompatible con un modelo inquisitorial ya que implica un juicio necesariamente oral y público (para su comprensión de acuerdo a la ideología histórico-política de la constitución, cfr. MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 777). Pero, además, tal forma de entender el diseño constitucional del procedimiento penal, se ve fortalecida con la reforma operada en el año 1994, a partir de la cual se otorgó jerarquía constitucional a ciertos Instrumentos sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN), y con ello, la receptación constitucional de ciertos principios de neto corte acusatorio -por lo menos en la etapa de debate; en este sentido, CSJN, *in re* “Amodio”, considerando 11° del voto concurrente de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni- como la oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio (arts. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

A mi modo de ver, resulta evidente que la Constitución supedita la realización del poder penal del Estado al desarrollo de un juicio previo en el cual las funciones de acusar y juzgar se hallan asignadas a distintos órganos estatales: ya dijimos que el diseño de los juicios de contenido político es una muestra cabal de ello, como también que resulta consustancial al juicio por jurados en el cual los ciudadanos, mediante su veredicto, deciden acoger o rechazar una acusación específica. De hecho, la propia Constitución ha instaurado un órgano extra-poder con el cometido de promover la actuación de la justicia (art. 120, CN), persiguiendo y requiriendo la aplicación de la ley penal, y en aras de lograr que el proceso albergue un genuino



## PROVINCIA DE BUENOS AIRES

### TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

diálogo, en el que las partes tengan amplia posibilidad de justificar sus pretensiones, percibiéndose a la decisión final como la conclusión que refleja el balance de las razones ofrecidas, de suerte que el juez deba mantener una posición equidistante entre aquellos intereses controvertidos (cfr. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2002, p. 450).

Por lo demás, la Corte Federal –intérprete final de la CN-, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (CSJN, *Fallos*: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557; entre otros), dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (CSJN, *Fallos*: 234:270).

La ley procesal provincial, en consonancia con el mandato del constituyente (arts. 5 y 28, CN), recepta el núcleo duro de dicho paradigma procesal, aun cuando la acción penal sea esencialmente pública pues la persecución se encuentra en manos de un órgano del estado y pese a que cuenta con una etapa de investigación en mayor medida escrituraria aunque no absoluta pues la oralidad se encuentra actualmente en un proceso de expansión en las etapas previas al juicio (v. a modo de ejemplo los arts. 105, último párrafo, 168 bis, y 330 del CPP; vale mencionar a los mecanismos alternativos de solución pues también se desarrollan en mayor o menor medida oralmente: suspensión del juicio a prueba, art. 404, primer párrafo, CPP; hábeas corpus, art. 412, CPP; v. tamb. procedimiento de flagrancia, ley 13.811). Ello así, en la medida que el código de procedimientos recepta el principio de bilateralidad al separar tajantemente las funciones de acusar y juzgar en todas las etapas del proceso, instituye al Fiscal como encargado de la investigación penal preparatoria (art. 267, CPP), teniendo que formular sus requerimientos con el cometido de promover y

ejercer la acción penal (vgr. arts. 56, 334 y 368 último párrafo, CPP; tamb. las medidas cautelares más gravosas se dictan a instancia de la solicitud fiscal, v. a modo de ejemplo los arts. 151, 152 y 158, CPP), al punto tal que la jurisdicción del Tribunal se encuentra habilitada a condición de que exista acusación, independientemente del carácter público o privado, y siempre dentro de sus límites (arts. 334, 334 bis, 359, 368 último párrafo, 371 antepenúltimo párrafo in fine, 374 párrafos 3° a 6°, CPP; cfr. CSJN, *in re* “Tarifeño”, “Mostaccio”, “Santillán”, “Quiroga”, e/o).

Sin perjuicio de lo expuesto, existen otros institutos previstos en el CPP provincial que derivan del paradigma acusatorio (informa al respecto, MAIER, *DPP*, t. I cit., p. 444 y ss.), a saber: el reconocimiento de un querellante autónomo (el ofendido como partícipe activo del procedimiento, arts. 79, 334 bis, 368 último párrafo y 374, CPP), el sistema de las libres convicciones como mecanismo de valoración probatoria (arts. 210 y 373), un procedimiento cuya etapa central es pública, oral, continua y contradictoria (arts. 342 y ccs., CPP), y, por si fuera poco, la instauración del juicio por jurados con la reforma operada por la ley 14.543 (v. arts. 22 bis y ccs., CPP).

Entonces, si se afirma un modelo acusatorio formal en el sentido que la función investigativa y persecutoria representa una función pública aunque no atribuida al juzgador (v. ARMENTA DEU, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, 1995, p. 22), que –por lo menos- la etapa de debate es oral y contradictoria, y si resulta una exigencia constitucional el reconocimiento del principio de bilateralidad, es elemental que “el juez no procede de oficio” (*ne procedat iudex ex officio*) y que, por tanto, “allí donde no existe actor no existe juez” (*nemo iudex sine actore*). Es cierto que Tribunal y Fiscalía son escasamente distinguibles porque ambos representan al Estado en su función de control social, no obstante se diferencian formalmente: al uno se le encomienda la función de decidir, al otro en cambio la requirente (cfr. MAIER, *DPP*, t. II, 2003, p. 58), de tal forma se busca impedir que un mismo órgano absorba ambas funciones y ello implica que quien ejerce la acción



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

mediante pretensiones concretas habilita la jurisdicción y al mismo tiempo la limita en cuanto no puede fallar *ultra* o *extra petita*, con lo cual queda claro que los jueces no pueden oficiosamente ir más allá de lo requerido por el acusador.

Tal forma de proceder asegura, por un lado, la imparcialidad del Tribunal al estar limitado a decidir en los términos del contradictorio (CSJN, *in re* “Amodio”, considerando 12 del voto concurrente de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni), de modo que –conforme la máxima fundamental del principio acusatorio, expresada en los aforismos latinos citados- la imputación no debe comprometer al tribunal que juzga, es decir, no debe partir de él, para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento (cfr. MAIER, *DPP*, t. I, 2004, p. 554).

Resguarda, por el otro, el derecho de defensa del justiciable que impone que la facultad de juzgar debe ejercerse con el alcance que fija la acusación, siendo que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella (CJSN, *in re* “Amodio”, considerando 16° del voto concurrente de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni), y cuya base esencial reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, lo que aclama la observancia del principio de contradicción (cfr. MAIER, *DPP*, t. I, 2004, p. 552), pues nadie puede ejercer una defensa eficaz si es sorprendido con una sentencia *ultra* o *extra petita*.

Por último, se muestra fiel al sistema Republicano al magnificar el equilibrio de poderes (art. 1, CN), evitando que un mismo órgano del Estado concentre ambas funciones.

A partir de todo lo expuesto, es claro que el diagrama constitucional explicitado no puede romperse con la sola invocación de que la reincidencia constituye un “estado” o que dicho instituto es de “orden público”.

La Corte Federal ha explicitado que el sentido agravatorio de la reincidencia no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al

hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito (CSJN, *in re* “L’Eveque”, ratificado en “Arévalo”; el subrayado es propio).

Vista así la cuestión, resultan claras las palabras de Donna: “No se trata de que sea o no un estado, sino que debe valorarse a los efectos de la culpabilidad, motivo por el cual se le debe hacer saber al procesado, para que se defienda y para que pueda argumentar sobre esta mayor rebelión a la normal que por supuesto agrava su situación. Nada se dice, con decir que es o no un estado. La única forma de solucionar el problema es respetar la teoría del delito, y respetar que se prueben cada una de las etapas...” (CNCrim. y Correc., en pleno, “Talam, Raúl”, rto. el 05/03/1990, voto de Donna, L.L. 1990-B 390).

Ciertamente, todo el problema que gira en torno al delito y a la pena es de carácter público (cfr. TCPBA, Sala VI, c. 71.912, “López” y las remisiones allí dispuestas). Sin embargo, como dijimos al principio, ello de ningún modo autoriza a que el Órgano jurisdiccional, llamado a resolver las pretensiones controvertidas de las partes, abandone su posición equidistante frente al conflicto y de oficio resuelva sin mediar requerimiento acusador.

Déjese a un lado lo terminológico y véase que el artículo 50 del Código Penal exige una serie de requisitos que condicionan la aludida declaración. De tal forma, si el Juez sorprende a la parte y lo hace oficiosamente le veda la posibilidad de poder discutir, argumentar u oponer todas las defensas que, al respecto, estime corresponder: a modo de ejemplo, podría sostener que la detención sufrida fue cautelar o que transcurrió el límite temporal fijado por el último párrafo de la citada disposición legal. No se subsana la incorrección apuntada por vía del recurso que se erige como garantía, desde que, en esos términos, se suprimiría una instancia de discusión, lo que no compatibiliza con el esquema procedimental vigente; con ese



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

criterio, no haría falta que el Fiscal promueva la acusación en sus alegatos finales, puesto que el Tribunal podría condenar de todos modos y, al fin de cuentas, si la condena es errada quedaría la posibilidad de discutirla en el ámbito recursivo.

Que la sentencia sea declarativa y no constitutiva de la reincidencia, no implica sustraerla de las exigencias constitucionales ya delineadas. Insisto: hay un espacio para que la Defensa pueda controvertir la declaración de reincidencia pregonada, de manera que, si la jurisdicción asume el rol acusador, verificando de oficio todas y cada una de las exigencias normativas para que proceda aquélla, ya no queda lugar para la imparcialidad y el juez deja de ser juez para convertirse en parte.

Con ello, en casos como el presente, resultaría más respetuoso del debido proceso que el Juez sustancie la cuestión para escuchar las pretensiones de las partes y, recién ahí, realizar el cometido que la Ley Fundamental le impone: terciar y resolver.

Por todo lo expuesto, habré de responder afirmativamente al interrogante que convoca al plenario sobre si puede el juez declarar la reincidencia aun cuando no fue incluida en el acuerdo de juicio abreviado, aunque no deviene innecesario agregar, por los fundamentos expuestos, que se deberán resguardar las garantías constitucionales del imputado en el proceso penal.

Así lo voto.

Con lo que se terminó el Acuerdo Plenario y vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión planteada, el Tribunal de Casación Penal, **RESUELVE:**

Que el Juez puede declarar la reincidencia aun cuando no fue incluida en el acuerdo de juicio abreviado.

Artículos 75 inciso 12 y 18 Constitución Nacional; 50 Código Penal; 368 in fine, 396 y 399 del Código Procesal Penal.

Regístrese en el Libro de Acuerdos Plenarios, notifíquese y, oportunamente, archívese.

**FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - MARTIN MANUEL ORDOQUI - DANIEL ALFREDO CARRAL - CARLOS ANGEL NATIELLO - FERNANDO LUIS MARIA MANCINI - RICARDO BORINSKY - JORGE HUGO CELESIA - VICTOR HORACIO VIOLINI - RICARDO R. MAIDANA**

**ANTE MI: María Julieta Battistotti**