

SUMARIO: Libertad Condicional. Inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. Procedencia.

CAUSA 3138/3 “SCARNICHIA S/ LIBERTAD CONDICIONAL” JEP N° 2.

En la ciudad de Mar del Plata a los 8 de junio de 2012, siendo las 11:15 hs., comparecen ante el Sr. Juez de Ejecución Penal n° 2, Juan Sebastián Galarreta, a los efectos de la audiencia fijada para el día de la fecha, la Dra. Verónica Valentini en representación del Ministerio Público Fiscal y la Dra. Fabiana Danti, quien asiste legalmente a SCARNICHIA EDUARDO ARTEMIO, hijo de Eduardo Antonio y Norma Elisa Contreras, nacido el 25 de abril de 1974, en Mar del Plata, con DNI 24076129, condenado en el marco de la causa 3138/1, anteriormente de trámite ante el Juzgado de Garantías n° 4 bajo el número de causa 11081, IPP 12062-11 y por el cual se requiriera su inclusión en el régimen de Libertad Condicional.(...) Dada la palabra a la defensa, la Dra. Danti relata que, en primer lugar, hará referencia a los requisitos de procedencia que se encuentran cumplidos, y en segundo lugar, al requisito enunciado en el art. 14 del C.P. que puede traer algún tipo de dificultad en el presente caso. Respecto de lo primero, manifiesta que se encuentran claramente cumplidos los requisitos de procedencia enunciados en el art. 13 del C.P. En relación a las condiciones temporales, el encausado ya ha superado los ocho meses de cumplimiento de pena, y en relación a la calificación conductual, es merecedor de la máxima posible en relación al tiempo que estuvo detenido, no registrando sanciones disciplinarias. Explica que, respecto del dictamen inconveniente emanado del Servicio Penitenciario Provincial, el mismo, sin perjuicio de que no es vinculante para el Sr. Juez, está fundado en el problema de adicción que sufre el encausado, lo que anteriormente se consideró como un atenuante en la sentencia condenatoria, y en "reservas legales". Considera que esto no puede ser un impedimento para obtener la libertad condicional. Expresa que su asistido trabaja en talleres, cuenta con una familia contenedora, y tiene propuestas laborales potenciales. Con respecto a la declaración de reincidencia, en este punto la defensa aclara que lo que se plantea es la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. En primer lugar considera que con esta norma se afecta la culpabilidad por el acto. Considera que si se valora para agravar la pena, las condenas anteriores o el carácter de reincidente que el sujeto reviste, se lo está tratando como un sujeto especial, peligroso, reiterante, con inclinaciones, moralidad, etc. que por supuesto esta prohibido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, así lo expresan numerosas disposiciones del C.P. y de la C.A.D.H.: La condena se impone por un hecho que se comete, y no por lo que una persona es. Así lo expresan también la CSJN en casos como "Gramajo", o la Corte Interamericana en "Fermín Ramírez". La otra norma constitucional que viola el art. 14 es el "Ne bis in idem". Considera que no cabe ninguna duda que traemos a este caso la valoración, por tercera vez, del hecho en virtud del cual se lo declaró reincidente, ahora constituyendo un obstáculo para que el encausado obtenga su libertad condicional. Considera que se viola también el principio de legalidad. A continuación expresa que no es válido el argumento de mayor culpabilidad ni el de la necesidad de mayor prevención especial. Con respecto a la culpabilidad, destaca que, en el caso particular, en la sentencia condenatoria la problemática adictiva fue valorada como atenuante. Respecto de la prevención especial explica que no se hace nada diferente en relación al tratamiento de un reincidente que de un primario. Sólo se hace algo diferente en esta instancia, en la cuál se lo privaría al reincidente a poder gozar de la libertad condicional, lo que carece totalmente de lógica. Destaca que S.S. en

abril del año 2010 emitió un voto en el Tribunal Criminal n° 1 expidiéndose sobre la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia. A continuación, concedida la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal, la Dra. Valentini se opone a lo solicitado por la defensa, manifestando que no existen tales afectaciones a los principios constitucionales mencionados, ya que considera que con la declaración de reincidencia lo que se valora es una mayor culpabilidad del sujeto por demostrar desprecio por la sanción penal que ya tuvo oportunidad de cumplir. Por ello es que considera que no existen motivos para declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P., por lo que no procede la libertad condicional solicitada. Anunciando el Dr. Juan Sebastián Galarreta que pasar a resolver, el encartado SCARNICHIA, EDUARDO ARTEMIO le solicita la palabra con el objeto de solicitarle se haga lugar a la libertad condicional, dado que no quiere estar más en el lugar donde está, que tiene la contención de su familia y que quiere cambiar. A continuación el Dr. Galarreta anuncia que pasará a resolver, sin solución de continuidad, siempre en el marco del programa de ejecución penal que emerge del art. 18 de la constitución nacional, el art. 5 de la CADH, arts. 7 y 10 PIDCP, art. 30 de la Constitución Provincial y lo que refiere al instituto específico art. 13 del C.P. Refiere: “En primer término, he de referirme al planteo realizado por la defensa respecto de uno de los requisitos exigidos en orden a la obtención de la libertad condicional, cual es la ausencia de la declaración de reincidencia. Que respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia he de remitirme a lo ya manifestado respecto al punto, en oportunidad de pronunciarme en relación a la declaración de reincidencia prevista normativamente en el art. 50 del C.P., lo que sin duda no cabe sino hacer extensivo por ser una de sus consecuencias (agravamiento de la pena por la existencia de una condena anterior parcial o totalmente cumplida), a la restricción prevista para acceder a la Libertad Condicional que establece el art. 14 del C.P. Ello fue en oportunidad de pronunciarme en fecha 20 de abril de 2010, en relación a la causa “Rios Velazquez Antonio Argentino S/ Robo agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de uso civil” cuando integrara a modo de subrogación el Tribunal Oral Criminal n° 1 Dtal, junto a los Dres. Gustavo Fissore y Jorgelina Camadro. Esto es así, aunque la declaración de reincidencia (art. 50 del C.P.) no se haya traducido a la par en la individualización de la pena en mayor monto (art. 41 inc. 2° del C.P.), lo que no es del caso tener en cuenta en la oportunidad, en razón de su tratamiento y resolución por parte del organismo jurisdiccional de origen, pero sí en esta etapa, en virtud de que constituye uno de los requisitos (negativo), exigidos para acceder a la libertad anticipada en la etapa de ejecución, y que sin duda se traduce en la consecuente agravación de la sanción punitiva. Esto es, si bien está referida la declaración de reincidencia a la ejecución (art. 14 del C.P.), nadie puede decir seriamente que cumplir una pena preso sea menos grave que cumplirla en libertad. En aquella oportunidad sostuve que la declaración de reincidencia y sus consecuencias receptadas normativamente, no superan el baremo constitucional en orden al incremento punitivo que ello representa, traducido en mayor tiempo de encierro, sea a través del incremento de pena (art. 41 inc. 2° del C.P.) o su distinta ejecución (art. 14 del C.P.). Claro está que para tal extensión, reitero, entiendo que se trata de idénticos fundamentos (incremento de poder punitivo mediante mayor encierro carcelario), a partir de un argumento que controvierte los principios que dimanen de nuestra constitución y las convenciones a ella incorporadas. No puedo dejar de señalar a su vez, no sólo ya como consecuencia de la vigencia de nuestra Constitución Nacional (art. 28 y 31 de la C.N.), de cúneo liberal, sino más aún, de la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que la refuerzan y complementan en tal sentido (art. 75 inc. 22 de la C.N.), la necesidad de que la interpretación de las normas deba realizarse conforme el

sistema constitucional, es decir con “sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la enuncia de su inconstitucionalidad, en base al principio pro hómine” (CAFFERATA NORES, José I. “Proceso penal y derechos humanos- la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”, Ed. CELS, Bs. As., 19/06/2007, pag. 19). Esto significa que “debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” y se agrega que el principio de interpretación teleológica exige como prioritario en el caso de los derechos humanos, la consideración del objeto y el fin de las normas en esta materia (Pinto, Mónica “Temas de Derechos Humanos”, Editores del Puerto, Bs. As., 2009, pag. 83/84). En tal sentido es claro el Profesor Luigi Ferragiolí cuando en relación a la validez de las normas jurídicas establece un doble estándar, el primero en relación a su vigencia o existencia, lo que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad con las normas formales sobre su formación, y el segundo sobre la validez propiamente dicha que tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido. A partir de allí, todo sistema jurídico en mayor o menor medida adolece de dos tipos de vicio, las antinomias y las lagunas. El primero se da cuando se crean normas siguiendo los procedimientos formales cuyo contenido contradice o violenta preceptos contenidos en los niveles más altos de los ordenamientos. Esta reconceptualización de la relación entre forma y sustancia, entre procedimiento y contenido, se traduce en una nueva dimensión sustancial de la democracia. La vigencia responde a quién y cómo de las decisiones, democracia política. La validez en relación a lo que se denomina democracia sustancial se refiere a lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría. La democracia política se vincula con la esfera de lo decidible, pero vinculada y delimitada por los Derechos Fundamentales. Ello impacta directamente en el papel de la jurisdicción. La sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la Constitución. Ello sin duda me ha llevado, al igual que en la anterior ocasión, análisis mediante del dispositivo invocado, a la imposibilidad de poder sortear exitosamente el examen constitucional y convencional de las normas referidas al instituto (art. 50 y 14 del C.P.). Téngase en cuenta que la declaración de la reincidencia prevista en el art. 50 del Código de fondo y sus consecuencias en la ejecución (art. 14 del C.P.), controvierte en primer lugar el principio que dimana de nuestro bloque de constitucionalidad federal, e informa nuestro dispositivo penal, esto es la “culpabilidad por el acto” y no por lo que es la persona (arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, 9 de la CADH, 15 del PIDCP). En efecto, el fundamento de dicho instituto es la “peligrosidad del sujeto”, en virtud de la posibilidad de incurrir en nuevos delitos como consecuencia de su condición de reiterante, pero a modo de cábala probabilística, sin que argumento científico alguno lo avale. Y lo que es peor aún, establecido como presunción del legislador, cual si fuera una verdad irrefutable. Sin duda ello tuvo acogimiento en la oportunidad de su incorporación al Código Penal, lo que surge evidente cuando el codificador al iniciar sus comentarios respecto del originario art. 50, cita a Garófalo y a Ferri y, partiendo de pensamientos del primero, deduce la **“necesidad de tomar medidas especiales contra los delincuentes habituales”**. (Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Bs. As., 23-4-2007, pag. 347). Más aún el proyectista Moreno la justificaba al sostener: **“la libertad condicional supone la corrección del penado y la**

conducta de los reincidentes supone lo contrario. La sociedad tiene interés en estos casos, de defenderse, y no en colocar a los sujetos peligrosos en condiciones de dañarla” (T.O. Federal de Formosa, voto del Dr. Rubén D.O. Quiñones, causa n° 2088 “Fernandez”, 27/10/2006, publicada en www.pensamientopenal.com.ar). Es dable señalar en respaldo de su rechazo lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque si bien en referencia a la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del C.P., un instituto con igual fundamento, en relación a la referida peligrosidad: **“Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón al principio de reserva y de la garantía de la autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo. En un estado que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad - sobrehumana – de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecta de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si prefiere, mediante la pena o través de una medida de seguridad”** (CSJN, “Gramajo”, causa 1573 del 5 de septiembre de 2006). Y más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referente obligado sobre la interpretación de normas (CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 7/7/92, “Giroldi, Horacio y otro”, 7/4/95, “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 3/5/05, entre otros), sostuvo al respecto que **“En concepto de esta Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no solo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en que se haya en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”** (CIDH, “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, 20 de junio de 2005). Si como se advierte desde su origen mismo el fundamento de la reincidencia, es la mayor peligrosidad exteriorizada en la repetición de delitos, al igual que el instituto del art. 52 del C.P. (no por casualidad ambos fueron legislados en el mismo Título VIII del Libro Primero del Código Penal), no cabe duda sobre la necesaria fulminación de inconstitucionalidad de la reincidencia, como así también sus consecuencias, entre ellas la del art. 14 del C.P. tal como lo hiciera el Superior Tribunal Federal respecto de aquel instituto, y que propicio mediante el presente voto. En segundo lugar y como refuerzo del presente, he de cuestionar también su legitimidad, en virtud que a la par entiendo que es una clara violación al principio de doble persecución y consecuente sanción por el mismo hecho o ne bis in idem (art. 75 inc. 22, 14.7 del PIDCP y 8.4 de la CADH), y esto, tal como se ha sostenido con meridiana claridad, cualquiera sea su justificación, como consecuencia de que **“el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del condenado por el segundo delito”**, esto es, cobra nueva vida la condena anterior, con lo que es a causa de la primera conducta que fuera juzgada en ella que se agrava la situación actual (ob. Cit., “Código...”, pag. 352/355). Por último, la fijación de una condición de la persona (reincidente), ajena al acto, con entidad a los fines del agravamiento de la sanción, constituye además de la violación de la legalidad penal, una discriminación contraria al

principio de igualdad, el que entiendo también infraccionado (art. 16 de la Const. Nacional). Es que sólo podemos admitir como punibles conductas (no pensamientos, ni condiciones o situaciones personales), actual o potencialmente dañinas (nunca aquellas que de ningún modo ofendan el orden o la moral pública ni perjudique a un tercero, art. 19 de la C.N.) y culpables, es decir, cometidos u omitidos con conciencia y voluntad. Debo agregar por último, respecto de lo planteado por el representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto a que esto pueda significar un mayor grado de culpabilidad de acto, fundado en que implicaría un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente, entiendo que ello, tal como lo sostiene el Dr. Zaffaroni **“se trata de una afirmación gratuita, pues la conciencia de la antijuricidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, especialmente cuando la reincidencia no es específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para su comprensión: nadie puede afirmar que quien haya sido condenado por un delito no puede incurrir en un error de prohibición invencible en otro injusto. Tampoco tienen validez general los antiguos planteos que explicaban la mayor gravedad del segundo delito por una pretendida mayor perversidad del autor, lo que aparte de no ser cierto en todos los casos, implica un concepto casi indefinible; por otra parte, a mediados del siglo XIX advertía Tissot que más que mayor grado de perversidad, demostraba un menor grado de libertad”** (ZAFFARONI, Eugenio R. “Derecho Penal Parte General”, Editorial EDIAR, Bs. As. Noviembre de 2000, pág. 1010). Debo rechazar, además, que la reincidencia pueda significar un mayor injusto, si bien no lo introdujo la Fiscalía. Significaría admitir que junto a la violación del deber jurídico que prevé específicamente la norma prohibitiva, existiría una norma de prohibición en relación a la obediencia que deberíamos tener para con el Estado. Esta duplicidad del bien jurídico también debe ser rechazada, ya que el mayor grado de injusto se refiere a la mayor lesividad y no a la existencia de violación de un supuesto bien jurídico no admitido en nuestro ordenamiento. Por lo expuesto, en orden a que la norma invocada (art. 14 del C.P.) viola los principios de legalidad penal, culpabilidad, ne bis in idem e igualdad considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. y rechazar, en consecuencia el obstáculo invocado para acceder al instituto de libertad condicional (arts. 16, 18, 19, 28 y 31 de la C.N., 1 y 8 de la DUDH 14.7 15 y 26 del PIDCP 1, 8.4 y 9 de la CADH). A continuación S.S. pasa a tratar el resto de los requisitos necesarios para acceder a la libertad condicional. Los cuales, considera, se encuentran cumplidos. Estos son el requisito temporal y la calificación conductual. Destaca que debe apartarse del dictamen de inconveniencia emanado del Servicio Penitenciario Bonaerense. Considera que el hecho de que haya una problemática adictiva no puede impedir la incorporación a la libertad condicional. Agrega que cabe destacar la contención familiar que surge del informe socio-ambiental obrante en autos. En virtud de ello es que, **Resuelve: I) Declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. II) Hacer lugar a la Libertad Condicional solicitada respecto de SCARNICHIA, EDUARDO ARTEMIO**, de las demás circunstancias personales que hiciera referencia al comienzo de la audiencia, bajo las siguientes condiciones: 1.- Residir en el domicilio familiar de calle SAN MARTIN 5359 de MAR DEL PLATA y en caso de modificarlo, denunciarlo, bajo apercibimiento de ley, en el término de 24 horas ante este Juzgado de Ejecución y/o Patronato de Liberados. 2.- Someterse al cuidado del Patronato de Liberados que corresponda al domicilio fijado, con la obligación de presentarse ante el mismo dentro del término de cinco días de obtenida su libertad, y concurrir posteriormente con la periodicidad que dicha Institución imponga. 3.- Procurar la adopción de un trabajo, oficio, arte, industria o profesión, o

conocimiento necesario para ello, debiendo aportar la información sobre la actividad desarrollada en tal sentido dentro de los primeros 10 días al Patronato de Liberados. actividad laboral, arte y/o oficio. 4.- Abstenerse de la ingestión habitual de bebidas alcohólicas y del consumo de sustancias psico-activas. 5.- No cometer nuevos delitos. 7.- Realizar un tratamiento por la problemática adictiva, previo informe que avale su necesidad y eficacia, a cuyos efectos el encartado deber concurrir en el plazo de diez días de obtenida su libertad al CPA de esta ciudad, a fin de ser evaluado por los profesionales de dicha institución, debiendo acreditar dicha comparecencia ante este organismo dentro de las 24 horas de efectuada la misma, ello bajo expreso apercibimiento de disponer la revocatoria del instituto.- La libertad dispuesta se hará efectiva desde la UP 44, previo extraerse dos (2) juegos de fichas dactiloscópicas del encartado, labrarse el acta de estilo (art. 198 ley 12.256) y verificar que el nombrado no se encuentre detenido a disposición de otro magistrado o circulen a su respecto pedidos de captura, en cuyo caso deber quedar anotado a exclusiva disposición de los Magistrados requirentes. Regístrese, notifíquese, líbrese oficio al Patronato de Liberados (art. 199 y cctes. ley 12.256) y firme el presente, comuníquese lo actuado al Registro Nacional de Reincidencia y Registro Único de Antecedentes Penales del Ministerio de Seguridad Provincial. (...) Siendo las 12:00 hs. se dio por finalizada la audiencia, la que quedó íntegramente grabada en el sistema de audio.

FDO.: Juan Sebastian Galarreta – Juez del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 de los Dtos. Judiciales Mar del Plata y Necochea.