

Libertad condicional y reincidencia. A propósito de recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe

Por Pablo G. Tojo

Abreviaturas empleadas

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CN Constitución Nacional

CP Código Penal

CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación

DADDH Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

I.- Introducción

En cuatro fallos dictados durante el mes de diciembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe se pronunció mayoritariamente por la validez constitucional del art. 14 del Código Penal en cuanto prohíbe la concesión de la libertad condicional a los sujetos reincidentes.

II.- El fallo H., G. G.¹

Es en éste decisorio en el que los miembros del Tribunal exponen con mayor amplitud sus perspectivas al respecto, lo que se ve corroborado por las diversas remisiones al mismo que se efectúan en las restantes causas.

Es por ello que, en lo esencial, daremos cuenta aquí de la posición mayoritaria, expuesta en el voto del ministro Mario Netri, y las ópticas minoritarias manifestadas, con diverso fundamento, por los ministros María Angélica Gastaldi y Daniel Erbetta.

II.1- El caso

G. G. H. solicita su libertad condicional por haber cumplido las dos terceras partes de la pena y haber observado los reglamentos carcelarios con regularidad. Por su condición de reincidente, solicita la inaplicabilidad del art. 14 CP y subsidiariamente su declaración de inconstitucionalidad.

El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Ejecución de Rosario deniega la petición, por la prohibición contenida en el art. 14 CP.

¹ Dictado el 07/12/2011. Acuerdos y Sentencias, Tomo 242, págs. 301 y ss.

La Defensa apela, y la Sala 2da. de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario confirma la resolución inferior, sosteniendo:

- Que dicha prohibición no vulnera derecho constitucional alguno.
- Que la misma no se aplica cuando resulta con evidencia una solución irrazonable, lo que ocurre cuando el servicio penitenciario encargado de la ejecución evaluó positivamente la reinserción social del interno y le concedió salidas transitorias bajo promesa jurada que aquél cumplió sin infracción. Pero, a su vez, sostiene que no se da esta situación cuando hubo errónea concesión de salidas transitorias por existir pronóstico negativo de reinserción social o concepto deficiente del interno o por tratarse de un delincuente sexual compulsivo que no hubiere sido sometido a tratamiento específico con resultado favorable. En este último supuesto enmarca la situación de H., por cuanto fue condenado por abuso sexual con acceso carnal, sin que constara el tratamiento realizado ni los resultados de la terapia, agregándose que tras diversas salidas transitorias retornó al penal con lesiones “que pueden derivarse de situaciones comprometidas”.

La Defensa interpone recurso de inconstitucionalidad, afirmando que el art. 14 CP viola:

- El principio de “non bis in idem” (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 8.4 CADH y 14.7 PIDCP).
- El principio de Derecho Penal de acto (arts. 18, 19, 75 inc. 22 CN, 9 CADH, 14 y 15 PICDP, 11.2 DUDH).
- El principio de culpabilidad por el hecho.
- El principio de lesividad.

La Cámara concede el recurso, que llega así a la Corte para su tratamiento.

II.2- Voto mayoritario del Dr. Netri

La Corte, por mayoría, resuelve la cuestión declarando improcedente el recurso. Los cuatro votos que concurren a conformar esa mayoría (Gutiérrez, Spuler, Netri y el camarista Jukic) se fundamentan en el desarrollo argumental que realiza Netri, cuyos puntos fundamentales son los siguientes:

a) La constitucionalidad de la prohibición del art. 14 CP ha sido afirmada por la CSJN (menciona los precedentes “Gómez Dávalos”², “Valdez”³, “L’Eveque”⁴ y “Gago”⁵) y

² Fallos: 308:1938

³ Fallos: 311:552

⁴ Fallos: 311:1451

⁵ Fallos: 331:1099

por tribunales inferiores que han seguido su línea (cita a las cuatro Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal).

b) “El desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho” (considerando 1º, in fine)⁶.

c) No se viola el principio “non bis in idem”, pues lo que se toma en cuenta es la condena anterior (y no el hecho anterior), entendida como un dato objetivo y formal, para ajustar el tratamiento penitenciario en la nueva condena (como lo afirma la CSJN en “Valdez”). Ponderar un dato objetivo y formal no es ajeno a la sistemática del Código Penal, que lo hace por ejemplo para acceder a la condena condicional o a la suspensión del juicio a prueba, institutos ambos elaborados para los primarios o presuntos primarios, y aceptables constitucionalmente según la CSJN.

d) La libertad condicional tiene raigambre legal y no constitucional, por lo que así como el legislador puede establecerla o no, puede fijar requisitos para acceder a ella, no siendo irrazonable distinguir entre el reincidente y quien no lo es.

e) Conforme a la CSJN, se permite la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad en el marco del art. 41 CP, y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuada, siempre que ese análisis se dé en el marco del cumplimiento de una pena cuyo fundamento sea la culpabilidad del sujeto, dentro de la escala legal respectiva.

f) Sostener que la reincidencia debería computarse a favor del penado conduciría a la paradoja, en materia de libertad condicional, de un tratamiento más perjudicial para los primarios por su condición de tales.

g) Respecto a la posible violación de los arts. 18 CN, 15 PIDCP y 9 CADH, en cuyo respaldo se acude a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Fermín Ramírez c/Guatemala” (que descalificó a la peligrosidad) y al fallo de la CSJN en “Gramajo”⁷ (que invalidó la multirreincidencia y la pena prevista en consecuencia por el art. 52 CP), tales precedentes no pueden trasladarse acríticamente a la prohibición de la libertad condicional para los reincidentes. Esto se ve reforzado por el fallo de la CSJN en “Gago”, posterior a “Gramajo”, que afirmó la constitucionalidad de la reincidencia.

h) Cita a Alejandro Carrió en cuanto éste apunta que la pena tiene un mensaje disuasorio para que los habitantes no delincan, y que la explicación para el tratamiento más

⁶ Esta es precisamente la síntesis de la visión que la CSJN comenzó a desarrollar en “Gómez Dávalos” y terminó de formular en “L’Eveque”.

⁷ Fallos: 329:3680

grave que recibe el reincidente hay que buscarla en su propia conducta. El ministro Netri enfatiza que no se reprime a la persona por lo que es, sino por lo que hizo.

i) Por último, descarta que en el caso se configure una pena cruel, inhumana o desproporcionada, tanto por el monto de la pena unificada que recibió H., como por haber sido incorporado al régimen de salidas transitorias en la modalidad prevista por el art. 16 de la ley 24.660, y que eventualmente podría llegar a obtener la libertad asistida que permite la libertad anticipada aún para reincidentes conforme al art. 54 de dicha ley.

II.3- Voto minoritario de la Dra. Gastaldi

Sostiene que negar la libertad condicional por la sola declaración de reincidencia, sin considerar las disposiciones convencionales (arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH) que establecen como imperativo que las penas privativas de libertad conlleven el menor efecto desocializador y deteriorante posible, favoreciendo la reinserción social, podría configurar un trato desigual e infundado vedado por el bloque constitucional.

Pero entiende que, en este caso, la denegación de la Cámara no se basó en la reincidencia, sino más bien en la índole del delito sin que conste el tratamiento específico realizado y los resultados a que arribara la terapia impartida. Y ello, a su criterio, vicia la resolución, al incurrir en autocontradicción, falta de fundamentación y apartamiento de las constancias de la causa. Pues, a la par que H cuenta con cantidad de elementos positivos para acceder al beneficio (informes favorables y progresivos, conducta y concepto ejemplares, cumplimiento de salidas transitorias, etc.), la Cámara lo encuadra como delincuente sexual compulsivo, sin fundamentar que fuera tal, y le exige una constancia especial relativa a un tratamiento específico que no funda normativamente.

Agrega que si dicha exigencia fuese condicionante, pese a los informes favorables, para obtener su libertad, ello significaría partir de su consideración como un “enfermo, pasible de curar”, para lo cual y en todo caso, otras son las disposiciones legales aplicables.

En función de todo ello, se expide por la procedencia del recurso.

II.4- Voto minoritario del Dr. Erbetta

Comienza señalando que la reincidencia es un hecho que, previo a su declaración, debe ser incorporado oportunamente al proceso, discutido, probado y decidido, a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. Que dicha declaración contiene un agravio eventual, ya que puede agravar la respuesta punitiva en cuanto impida la libertad condicional y se use, en muchos códigos procesales, para obstaculizar la libertad durante el proceso.

En lo esencial, se pronuncia por la inconstitucionalidad de la prohibición que contiene el art. 14 CP, y la procedencia del recurso planteado.

Luego apunta que la discusión en torno a la agravación de la pena como consecuencia de la previa declaración de reincidencia no es novedosa, pues ella ha sido objetada por el pensamiento penal liberal desde hace más de doscientos años, para demostrar lo cual hace un breve pero claro señalamiento de antecedentes históricos en tal sentido.

Plantea que, básicamente, quienes legitiman dicha agravación no logran evitar ubicarse en una de dos hipótesis: o la pena más severa se aplica por el hecho actual, con lo que se viola el principio de culpabilidad por el acto y de proporcionalidad, o se aplica por el hecho anterior, con lo que se viola el principio de “non bis in idem” y de culpabilidad. Cualquiera de ambas, es inconstitucional.

Respecto al principio de “non bis in idem”, entiende que la prohibición del art. 14 CP lo viola, configurando un “bis in idem” (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 8.4 CADH y 14.7 PIDCP). Pues se aplica un plus punitivo que deriva de un hecho anterior y de la pena cumplida por él, y no del hecho actual. Citando el voto de Zaffaroni en el pleno “Guzmán” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, apunta que es una sutileza ilógica argüir que los efectos no se derivan del primer delito sino de la condena o del cumplimiento de la pena, pues estos se apoyan en ese hecho anterior; así como que la denegación de un beneficio es una agravación de la pena, y que en estos supuestos ello resulta no del segundo hecho sino del primero, el cual “es castigado más de una vez, dado el efecto generador de penalidad que la anterior condena cancelada sigue produciendo”.

Señala que esa afectación del “non bis in idem” se acentúa cuando, al cuantificar la pena en función de los arts. 40 y 41 CP, el juez valora a la reincidencia como circunstancia agravante, con lo que además de doble punición existe doble desvaloración, lo que afecta la coherencia interna de la sentencia y la proporcionalidad de la pena.

En cuanto al principio de culpabilidad por el acto, también considera que es lesionado por la prohibición del art. 14 CP (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 CN, 9 CADH y 15 PIDCP). Menciona numerosa doctrina en este sentido, y apunta que el plus punitivo que acarrea la reincidencia se basa en lo que el sujeto es y no en lo que hizo, pues aquella nunca se ha soltado de la idea de peligrosidad, sobre todo del concepto de peligrosidad social moderno introducido por el positivismo, y ése ha sido su origen histórico en nuestro Código Penal. Remarca que “el derecho penal del Estado de Derecho se apoya, entre otros y básicamente, en el principio del acto y la culpabilidad del autor por el acto cometido; conforme a sus postulados constitucionales, la peligrosidad no es complemento ni alternativa

a la culpabilidad, sino una condición personal que, más allá de su incierta y casi imposible determinación, constituye la negación misma de aquéllos y, precisamente por ello, es violatoria de esos postulados, tal como ha expresado la jurisprudencia internacional (“Fermín Ramírez”, CIDH, del 20.06.2005) y la del más alto Tribunal del país (“Gramajo”, Fallos: 329:3680”).

A continuación fundamenta su discrepancia con el argumento central de los precedentes “Gómez Dávalos”, “L’Eveque” y “Gago”, relativo al desprecio por la pena anterior que se refleja en una mayor culpabilidad que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho. Para ello, en un minucioso desarrollo expone diversas razones que cuestionan aquella tesis:

1) Se pregunta si puede integrarse “la consciencia de la antijuridicidad del segundo delito con el encierro cumplido por el primero o si, por el contrario, la consciencia de la antijuridicidad de uno y otro hecho son por completo independientes”.

2) La culpabilidad supone reprochar en forma personalizada el injusto a su autor y no una supuesta o imaginada actitud de insensibilidad basada en el desprecio por la pena anterior, “porque esa actitud –además de carente de toda comprobación concreta- no configura un injusto como base y objeto del juicio de reproche”. Considerar una circunstancia personal ajena al nuevo hecho implica introducir una categoría propia de un Derecho Penal de autor.

3) No es válido afirmar la mayor culpabilidad del reincidente, pues por lo general puede ser incluso una fuente de menor culpabilidad, en tanto la pena anterior cumplida puede haber provocado un deterioro y una estigmatización reductores del ámbito de autodeterminación.

4) La realidad de la cárcel y del sistema penitenciario muestran que se trata de un argumento artificial que “no pasa de especulación idealista carente de todo sustento en la realidad operativa”.

5) En todo caso, el aludido “desprecio” debería estar invocado, controvertido y probado en la causa, pues siendo una imputación gravosa relacionada con la culpabilidad, no puede presumirse “iure et de iure” ni quedar como mera afirmación dogmática, lo que sería incompatible con un Derecho Penal respetuoso de los principios constitucionales. Por otra parte, suponer una mayor culpabilidad por la comisión de un segundo delito, que autoriza el agravamiento de pena, conduce a un círculo vicioso en el que sucesivas comisiones de delitos evidenciarían un desprecio por las anteriores penas cumplidas cada vez mayor, para desembocar en un encierro por tiempo indeterminado, lo que se desbarata con la

jurisprudencia constitucional expuesta por la CSJN en “Gramajo” al descalificar el art. 52 CP.

6) Se trata de un argumento inconsistente con distintos fundamentos sostenidos tanto por la Corte santafesina como por la nacional, en el sentido del respeto que merecen la dignidad y la autonomía ética del individuo, que el Derecho Penal debe ser “de acto”, que el fundamento de la pena no es la personalidad del sujeto sino la conducta lesiva realizada, y que dicha pena debe ser proporcional a la magnitud de la lesión al bien jurídico afectado por el hecho.

Luego prosigue añadiendo razones en respaldo de su posición, las que pueden sintetizarse de este modo:

a) El sistema de reincidencia real implementado por la ley 23.057 se inspira en la doctrina de la insuficiencia de la pena cumplida, desarrollada por Carrara. Ello conduce a que el fracaso del tratamiento penitenciario, generador de la agravación de la nueva pena, se cargue exclusivamente sobre el sujeto. En vez de cambiar un “remedio” que no funcionó, se aumenta su “dosis”.

b) Respecto al argumento de que la libertad condicional es de raigambre legal y no constitucional, por lo que su otorgamiento puede ser condicionado, es un fundamento aparente e inconsistente. Si un beneficio legal es condicionado, y luego neutralizado no por ausencia de esas condiciones, sino por la calidad de reincidente, este nuevo condicionamiento se sustenta en una lesión constitucional.

c) Es aplicable el razonamiento hecho por la CSJN respecto a la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena para los casos de multirreincidencia que regula el art. 52 CP, por razones de coherencia y consistencia, ya que de lo contrario se variaría, sin razón atendible, una lógica de motivación sobre institutos cuya naturaleza histórica y función no admiten demasiadas diferencias.

Por añadidura, en una interpretación sistemática y de acuerdo al principio “pro homine” (que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal), sería irracional negar la libertad condicional al reincidente y otorgársela al multirreincidente, como lo hace el art. 53 CP. Realizando una interpretación razonable que armonice ambas disposiciones, una hermenéutica sistemática conduciría a considerar cancelado el requerimiento negativo previsto en el art. 14 CP.

III.- Aspectos relevantes de los restantes fallos

En los tres casos, los Jueces de Ejecución Penal denegaron los pedidos de libertad condicional, por la aplicación del art. 14 CP.

Las Salas de las Cámaras de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario intervinientes revocaron dichas decisiones, entendiendo que no es aplicable a los casos el art. 14 CP, por violentar derechos constitucionales en la situación concreta. La finalidad de la pena es la resocialización, y son prioritarias otras normas de superior jerarquía, según los principios de progresividad, reinserción social y mínima resocialización.

La Corte Suprema revoca los fallos de las Cámaras, en todos los casos con cuatro votos a favor de la constitucionalidad del art. 14 CP.

III.1- El caso S., H. A.⁸

III.1.1- Voto de la Dra. Gastaldi (minoritario)

A diferencia de lo que plantea en la causa H., G. G., aquí sí entra de lleno a la cuestión de la reincidencia, y en lo esencial señala dos cuestiones:

a) Su posición se inscribe en la línea de las Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Penal que entienden que la previsión del art. 14 CP no es de por sí inconstitucional, sino que lo sería en caso de pretender su aplicación mecánica sin atender a las características del caso concreto. Dicha regulación debe ser contrapesada con las proyecciones del PIDCP y la CADH, según las cuales la pena debe favorecer la reinserción social del penado. Negar automáticamente la libertad condicional por el solo hecho de ser reincidente, podría configurar un trato desigual e infundado. Por el contrario, si en el caso concreto se excepciona dicha prohibición en base a los antecedentes fácticos del mismo (informes favorables y progresivos, buena calificación de conducta y concepto, cumplimiento del régimen de salidas transitorias, etc.) y al marco normativo de superior jerarquía (CN y tratados de derechos humanos), ello constituye una fundamentada derivación del Derecho vigente.

b) Agrega consideraciones sobre la propia declaración de reincidencia en función del carácter “real” de ésta en nuestro sistema, y señala que si de la condena anterior a cuatro años, el sujeto cumplió menos de un año como penado sometido a tratamiento penitenciario, sería hartamente opinable la declaración de reincidencia fundada en la insuficiencia preventiva especial de ese tratamiento anterior, pues el individuo fue escasamente sometido a él.

III.1.2- Los otros votos

⁸ Dictado el 07/12/2011. Acuerdos y Sentencias, Tomo 242, págs. 327 y ss.

El Dr. Erbetta vota en el mismo sentido en que lo hace en “H., G. G.”, mientras los Dres. Spuler, Gutiérrez, Jukic (camarista) y Netri se remiten al voto de este último en dicho fallo.

III.2- El caso Vega⁹

III.2.1- Voto del Dr. Falistocco (mayoritario)

Sostiene que el art. 14 CP establece una causa negativa de operatividad del beneficio de la libertad condicional.

Menciona el criterio expuesto por la CSJN en los casos “Valdez”, “L’Eveque” y “Gago”.

Señala que las razones que da la Cámara, apoyándose en la favorable evolución del condenado al tratamiento carcelario, como así también en su adaptación al régimen penitenciario, al cumplimiento del régimen de salidas transitorias y a su buen concepto y conducta ejemplar, son insuficientes para soslayar dicha prohibición.

Ello es así porque, para determinar la validez de una interpretación, la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no debe dársele un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una armonización integral de sus preceptos.

Al excepcionar la aplicación del art. 14 CP por la finalidad de reinserción social como finalidad esencial de la ejecución penal, se deja de lado que ésta se halla garantizada a través del régimen que la propia ley 24.660 contempla en su art. 54 para los reincidentes. El sujeto podrá obtener la libertad asistida al cumplir el plazo previsto por la ley, lo que lleva a concluir que el Estado no resigna su obligación de reinserción social respecto al reincidente, sino que lo reglamenta con un régimen propio. Mantener la vigencia del art. 14 CP no es un olvido del legislador, sino una decisión de éste. El “Poder Legislativo ponderó esta situación a la luz de las normas constitucionales consagradas el año 1994 (especialmente 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP en función del art. 75, inc. 22 CN)”.

Por ello, ha mediado “un inequívoco apartamiento del texto expreso de la ley y sin brindar una motivación suficiente (art. 95, Constitución Provincial), que hace pasible de descalificación constitucional a la sentencia impugnada como acto jurisdiccional”.

III.2.2- Restantes votos

El Dr. Erbetta vota del mismo modo que lo hace en “H., G. G.” y en “S., H. A.”; la Dra. Gastaldi lo hace igual que en S., H. A.; y los Dres. Spuler, Gutiérrez y Netri se remiten al voto de este último en “H., G. G.”.

⁹ Dictado el 07/12/2011. Acuerdos y Sentencias, Tomo 242, págs. 337 y ss.

III.3- El caso R., M. A.¹⁰

No agrega nada diferente a los anteriores, pues el Dr. Erbetta se expide igual que en “H., G. G.”, “S., H. A.” y “Vega”; la Dra. Gastaldi lo hace igual que en S., H.A. y Vega; el Dr. Falistocco se remite a su voto en Vega, y los Dres. Spuler, Gutiérrez y Netri se remiten al voto de este último en “H., G. G.”.

IV.- Algunos antecedentes provinciales

En los fallos comentados, se hacen diversas alusiones a tres fallos anteriores de la misma Corte, por lo que estimamos oportuno incluir una breve referencia a ellos.

IV.1- Noguera, C. R. y M., D. J. –Lesiones leves dolosas y violación de domicilio- s/Recurso de inconstitucionalidad¹¹

M., D. J. es condenado en 1ra. Instancia a un año de prisión por violación de domicilio, y se lo declara reincidente por cuarta vez, imponiéndosele como accesoria la pena de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP).

La Sala 4ta. de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario confirma el fallo.

En lo que aquí interesa, la Corte se remite al criterio expresado poco tiempo antes por la CSJN en “Gramajo”¹² para declarar la inconstitucionalidad de la accesoria del art. 52 CP, por violación de los principios de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, reserva, legalidad, derecho penal de acto, prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes.

IV.2- Lezama, Carlos David –Robo con homicidio-Resistencia a la autoridad- s/Recurso de inconstitucionalidad¹³

Lezama y otro sujeto (Ramírez) intentan robar a un repartidor, produciéndose un enfrentamiento con el custodio de éste, a consecuencia del cual muere Ramírez.

En 1ra. Instancia, Lezama es condenado a cuatro años y medio de prisión, por tentativa de robo calificado por uso de armas y resistencia a la autoridad en concurso real.

La Sala 4ta. de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario revoca dicho fallo, condenándolo a doce años de prisión por robo con homicidio.

La Corte, en fallo de los Dres. Vigo, Spuler, Falistocco y Gastaldi, revoca el decisorio de la Cámara por arbitrario, pues soslaya el marco delimitador propio de un Estado de Derecho, que veda criminalizar acciones que no importen un obrar voluntario. Conforme

¹⁰ Dictado el 20/12/2011. Acuerdos y Sentencias, Tomo 242, págs. 411 y ss.

¹¹ Dictado el 20/12/2006. Acuerdos y Sentencias, Tomo 217, págs. 299 y ss.

¹² Fallo del 05/09/2006

¹³ Dictado el 21/03/2006. Acuerdos y Sentencias, Tomo 212, págs. 334 y ss.

doctrina de la CSJN, en cuestiones de índole sancionatoria rige el criterio de la personalidad de la pena, que en su esencia responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. Adjudicar responsabilidad penal a un sujeto por un resultado que no haya causado ni con dolo ni con culpa, viola el principio de culpabilidad.

El Derecho Penal de un Estado de Derecho sólo puede ser “de acto”. La violación más grosera al principio de culpabilidad es el “versari in re illicita”.

IV.3.- Gamboa, M. A. –Portación ilegal de arma de fuego de uso civil agravada s/Queja¹⁴

En 1ra. Instancia Gamboa es absuelto de la imputación de portación ilegal de arma de fuego de uso civil agravada por registrar antecedentes penales.

La Sala 4ta. de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe revoca dicha absolución, lo condena a dos años de prisión de cumplimiento efectivo, y lo declara reincidente.

La Defensa interpone recurso de inconstitucionalidad agraviándose de la declaración de reincidencia, que denegado por la Cámara, motiva la queja ante la Corte.

El máximo Tribunal rechaza la queja, con la única disidencia del Dr. Erbetta, porque la cuestión, a criterio de la mayoría, se reduce a un mero disenso con la interpretación dada al art. 50 CP, precepto de derecho común, lo cual es ajeno a la órbita de los recursos extraordinarios, salvo que se demuestre arbitrariedad normativa, lo que no es el caso.

Resulta oportuno referir dos de los votos pronunciados.

a) Voto del Dr. Erbetta

Señala aquello que luego reitera en “H., G. G.”, en cuanto a que la reincidencia es un hecho que debe probarse e incorporarse oportunamente al juicio para asegurar el derecho de defensa, pues encierra un agravio eventual, roza el “non bis in idem” y la culpabilidad, aspectos que hacen a una cuestión constitucional que merece pronunciamiento a su respecto.

b) Voto del Dr. Falistocco

Sostiene que la interpretación que la Cámara hace del art. 50 CP no es irrazonable ni ilógica, y luce acorde con los criterios emanados de la CSJN en “Gómez Dávalos”, “Gago”, etc.

Entiende que ello tampoco se contrapone con lo resuelto por la Corte santafesina en “Noguera”, en que se descalificó la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la

¹⁴ Dictado el 19/11/2008. Acuerdos y Sentencias, Tomo 229, págs. 23 y ss.

última condena (art. 52 CP) por violar el principio de culpabilidad, que es básico y fue resaltado en “Lezama”.

Pero, citando el voto del Dr. Petracchi en “Gramajo”, “que destaca que la responsabilidad penal sólo puede ser por ‘actos’ y no por un ‘estado’”, apunta que dicho magistrado también distingue la situación del multirreincidente del reincidente simple, pues las consecuencias jurídicas que aquél debe soportar no se apoyan en una mayor culpabilidad, sino sólo en la presunción legal de que quienes entran en dicha categoría constituyen un “peligro para la sociedad”.

V.- La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como hemos tenido oportunidad de ver, las dos perspectivas enfrentadas respecto a la constitucionalidad o no de la prohibición contenida en el art. 14 CP se refieren de manera reiterada a la postura de la CSJN, que en diversos fallos se expidió a favor de la constitucionalidad de aquélla.

Realizaremos un breve recorrido por tales decisorios.

V.1- Gómez Dávalos, Sinforiano (16/10/1986)

El thema decidendum del caso es si el tiempo de encierro que el sujeto cumplió como condenado antes de cometer el segundo delito debía o no considerarse como cumplimiento parcial de la primera condena a los fines de la declaración de reincidencia.

Declarado reincidente antes de la sanción de la ley 23.057, tras ésta la Defensa interpone recurso de revisión, planteando que se dejara sin efecto dicha declaración, posibilitando su ulterior libertad condicional, arguyendo que sólo podía considerarse que hubo cumplimiento parcial de la pena anterior, cuando soportó tratamiento penitenciario un plazo superior a los dos tercios del monto impuesto, pues si ese era el plazo relevante para la libertad condicional, por analogía ese porcentaje podía ser un indicador general de la magnitud temporal significativa de prevención especial que justificase la declaración de reincidencia ante un nuevo delito. Invoca en apoyo de su posición lo resuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el 19/06/1984, en la causa “Juárez”.

El Procurador General dictamina en contrario, señalando que en “Juárez” la Cámara partió de que el fundamento de la reincidencia es “la insuficiencia preventiva especial del anterior tratamiento penitenciario”, lo que para él es erróneo, pues “la razón de ser de la declaración de reincidencia es la mayor insensibilidad a la pena demostrada por quien la soportó efectivamente y hubo tomado conciencia de haberla sufrido. En esa sensación

impresa en el ánimo del condenado, y no en la presunta eficacia disuasiva del antecedente tratamiento carcelario, debe buscarse el por qué de que el desprecio por la solemne advertencia contenida en la condenación y su efectivo cumplimiento, total o parcial, sea erigido en circunstancias agravantes para la individualización de la pena en el caso posterior (art. 41 del Código Penal) o en causa impediende de la libertad condicional (art. 14 del mismo texto)”.

Entiende que para que una persona asuma la sensación de haber soportado una pena privativa de libertad, basta el *mínimum* legal de dicha clase de penas.

La Corte, compuesta por José S. Caballero, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué, rechaza el planteo de Gómez Dávalos, y señala dos puntos fundamentales:

a) La reincidencia se basa en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, Con ello demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida. Basta con tener el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena (considerando 5°).

b) “Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (considerando 6°, 2do. párrafo).

V.2- Valdez, Enrique Carlos (21/04/1988)

La causa llega a la Corte tras el rechazo, tanto en 1ra. Instancia como por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del planteo de inconstitucionalidad del art. 14 CP por imponer una agravación de la pena en virtud de un delito anterior ya juzgado, y cuya sanción fuera cumplida, lo que viola el principio de “non bis in idem”.

El Procurador dictamina que no hay tal afectación, pues la condena anterior es considerada con valor de cosa juzgada, sin someter al sujeto a un nuevo proceso ni castigarlo por el delito anterior. Éste es tomado en cuenta por el legislador como un aspecto más de la

conducta precedente del sujeto, que junto a las demás condiciones previas por el art. 13 CP estima relevantes a los fines de la concesión del beneficio. Menciona que ya Carrara rebatió exitosamente el cuestionamiento a la reincidencia como circunstancia agravante.

La Corte se expide en igual sentido, señalando que el “non bis in idem” “prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”.

V.3- Gelabert, Rubén Guillermo¹⁵ (07/07/1988)

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revoca parcialmente la condena impuesta a Gelabert en 1ra. Instancia, dejando sin efecto la declaración de reincidencia entonces efectuada. Para ello se fundó en que Gelabert sólo había cumplido, como condenado, dos años de prisión de los ocho años que anteriormente le había impuesto la justicia provincial, plazo inferior a los dos tercios que a su criterio debía tomarse como base para el cumplimiento parcial de pena privativa de libertad a que se refiere el art. 50 CP.

El Fiscal de Cámara interpone recurso extraordinario, que denegado da lugar a que la cuestión llegue en queja a la Corte.

El Procurador General entiende que la interpretación que hace la Cámara importa agregar un requisito que la ley no prevé, por lo que el fallo incurre en arbitrariedad.

La Corte reitera lo dicho en “Gómez Dávalos” respecto al desprecio por la pena que evidencia quien recae en el delito, bastando el antecedente objetivo del cumplimiento total o parcial de la condena, “independientemente de su duración”. En función de ello, deja sin efecto la sentencia recurrida.

V.4- L’Eveque, Ramón Rafael (16/08/1988)

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional declara la inconstitucionalidad del art. 14 CP por violatorio de los principios de “non bis in idem” y de igualdad, y otorga a L’Eveque la libertad condicional.

Llegado el caso a la Corte, esta revoca la decisión.

Tras repetir lo dicho en “Valdez” en cuanto al “ajuste” del tratamiento penitenciario, señala que aunque la pérdida de la libertad condicional fuese considerada una mayor pena, “lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada –como es obvio- en esta. A lo

¹⁵ Fallos: 311:1209

que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción 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 (...), Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta”.

En cuanto a la igualdad, sostiene que el distinto tratamiento entre reincidentes y no reincidentes se justifica “por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta” a los primeros, y al haber un fundamento razonable para distinguir, “el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso”.

V.5- Mannini, Andrés¹⁶ (17/10/2007)

El aspecto central de este caso se halla en que Mannini sólo había estado encarcelado en forma provisional, pues había sido excarcelado antes de que la condena quedase firme.

La Sala I de la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires rechaza el recurso, sosteniendo que la prisión preventiva es equiparable al cumplimiento de pena que alude el art. 50 CP. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires rechaza el recurso de inaplicabilidad de ley, porque se dirige contra una condena inferior al monto mínimo que fija la ley procesal como condición de admisibilidad.

Arribada la causa a la CSJN, el Procurador General dictamina que al extender el concepto de “pena” a encierros de diversa ratio, los Tribunales han prescindido sin razón valedera de la letra de la ley, por lo que entiende que cabe revocar el pronunciamiento, y dictar uno nuevo conforme a derecho.

Esta es la cuestión central de la causa, y en este sentido suele citarse a este fallo, en lo referente a que no cualquier encierro en prisión es admisible como “cumplimiento de pena” a los fines de la declaración de reincidencia.

Sin embargo, es importante advertir que luego de expedirse sobre lo sustancial, el dictamen del Procurador contiene un último párrafo en su Punto III, que dice:

“Por lo demás, así lo ha entendido V.E. al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos:

¹⁶ Fallos: 330:4476

308:1938¹⁷, en el sentido que ‘el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida’. En el caso citado, cabe recordar que la Corte avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena ‘cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva’ (conf. considerando 7º)”. Es decir, se trata de lo que la Corte ha dicho en Gómez Dávalos, Gelabert y L’Eveque.

La Corte hace suyo el dictamen del Procurador, haciendo lugar a la queja y dejando sin efecto la sentencia recurrida, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Pero la Corte se pronuncia de un modo que merece especial atención, pues expresa:

“Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, y con la salvedad de lo afirmado en el último párrafo del punto III, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite en razón de brevedad”.

De este modo, la Corte no hace suya la reflexión que el Procurador hace, precisamente, a esas cuestiones del desprecio por la pena, la insensibilidad ante ella, que son las que la Corte había sostenido en los precedentes citados. Pues no es de otra manera que debe entenderse la expresión “con la salvedad”. La primera acepción de la voz “salvedad”, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “razonamiento o advertencia que se emplea como excusa, descargo, limitación o cortapisa de lo que se va a decir o hacer”¹⁸. En sentido concordante, Olga Julián Mariscal señala “mecanismos lingüísticos que los hablantes de español pueden utilizar para expresar que un hecho se presenta como excepción de otro... Así, hoy en día es frecuente recurrir a los originarios participios *salvo* y *excepto* y a las expresiones que se han construido tomando como base estas formas, como por ejemplo, *exceptuando*, *hecha excepción de*, *con la salvedad de que*, etc”¹⁹.

V.6- Gago, Damián Andrés (06/05/2008)

¹⁷ Se refiere a “Gómez Dávalos”

¹⁸ Ver <http://buscon.rae.es/draeI/> (04/04/2012)

¹⁹ *Condición y excepción en textos decimonónicos no literarios*, en *Tendencias actuales en la investigación diacrónica de la lengua: actas del VIII Congreso Nacional de la Asociación de Jóvenes Investigadores de Historiografía e Historia de la Lengua Española*, Laura ROMERO AGUILERA y Carolina JULIÁ LUNA (Coordinadoras.), Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2009, p. 351. Cursivas en el original.

La cuestión central en este caso es el quantum de la pena única de diecinueve años, que se le impusiera como comprensiva de una anterior de nueve años y la actual de diez años.

La Defensa se agravia de que se viola el principio de culpabilidad.

El dictamen del Procurador se expide por la confirmación del fallo cuestionado, afirmando que la pena única impuesta mantiene incólume la medida de la culpabilidad de Gago por los hechos ilícitos reprochados, sin superarlos; se mantiene inalterada la anterior sanción y se le suma la nueva pena por el último hecho cometido. Y en un sentido similar a lo dictaminado en Mannini, el último párrafo del Punto III señala:

“Finalmente, no está de más recordar que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos: 308:1938)²⁰. Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos: 311:1451)²¹”.

La Corte desestima el recurso, para lo cual comparte los fundamentos del Procurador, que se dan por reproducidos, en esta oportunidad sin mencionar “salvedad” alguna. Aunque la Dra. Argibay vota por la inadmisibilidad del recurso en función del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni votan en disidencia cuestionando que aunque el condenado ya había cumplido parte de la sanción, se le aplicó un criterio aritmético al fijar la pena única, cuando sólo se podría disponer de lo que restaba por cumplir de pena, pues de lo contrario se estaría ejecutando dos veces la parte ya cumplida, por lo que se pronuncian por hacer lugar al recurso.

De manera que, en este caso, se aprecia que la cuestión de la reincidencia no reviste relevancia para lo que se debe resolver, y así lo corrobora el hecho de que la propia disidencia no realiza la menor alusión a ella, y el dictamen del Procurador lo hace de un modo tangencial.

VI.- Algunas reflexiones

Mucho es lo que se ha escrito y dicho sobre el instituto de la reincidencia y el efecto que ella produce en virtud de la disposición del art. 14 CP. Tan es así, que cada reanudación del debate a su respecto no arroja casi nada novedoso, salvo el mayor o menor énfasis puesto en cuestionar o defender uno u otro aspecto particular en lo atinente a su constitucionalidad o

²⁰ Se refiere a “Gómez Dávalos”

²¹ Se refiere a “L’Eveque”

no, y casi siempre en función de los principios de “non bis in idem”, culpabilidad y proporcionalidad.

En lo personal, adherimos a la inmensa mayoría doctrinaria y creciente minoría jurisprudencial que se pronuncia por su descalificación, y estimamos que los argumentos vertidos desde esa perspectiva son abundantes, coherentes y contundentes²².

En ese sentido, estimamos que el voto del Dr. Erbetta en “H., G. G.” tiene un gran mérito al brindar una visión completa y concisa de dichas razones. Y encierra, a nuestro criterio, un segundo motivo de elogio cuando, sin quedarse en la reafirmación de esas razones, avanza para enfrentarse con lo que, desde hace un cuarto de siglo, se reitera en las posturas legitimantes: la doctrina iniciada por la CSJN en “Gómez Dávalos”, reafirmada en “Gelabert” y “Valdez”, y completada en “L’Eveque”. El Dr. Erbetta desmenuza los dichos relativos a la insensibilidad y al desprecio por la pena cumplida y expone numerosos y sólidos argumentos que, para nuestra óptica, evidencian los serios problemas de fundamentación que aquellos presentan.

A continuación compartimos algunas reflexiones que nos generan los decisivos reseñados, más allá de lo que habitualmente se suele discutir que, como ya se dijo, es abundante y de gran calidad.

VI.1- Una cuestión hermenéutica

²² Ver, entre muchos otros, ARNEDO, Miguel, *La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, revista jurídica El Derecho (ED), tomo 115, págs. 929 y ss.; AUED, Norberto – JULIANO, Mario, *La probation y otros institutos del Derecho Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001; BERGALLI, Roberto, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980; CASTEX, Francisco, *La reincidencia en Casación*, Revista Nueva Doctrina Penal, 1998-B, págs. 543 y ss.; CLEMENTE, Pablo Martín, *Invalidez constitucional de la reincidencia*, en Revista de doctrina y jurisprudencia, Derecho Penal, 1, Editorial Juris, Rosario, 1992, págs. 29 y ss.; D’ALESSIO, Andrés (Director) - DIVITO, Mauro (Coordinador), *Código penal comentado y anotado*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 85 y 568-569; DONNA, Edgardo A. - IUVARO, María José, *Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, esp. págs. 500 y 507 y ss.; HAFFKE, Bernhard, *Reincidencia y medición de la pena en El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, compilación de Bernard Schünemann, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991, págs. 186 y ss.; HERRERA, Julio, *La reforma penal*, Librería e Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911; MAGARIÑOS, Héctor M., *Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un ‘modelo peligroso’ de Derecho Penal)*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 7, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 97 y ss.; MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo 1, vol. b, esp. págs. 368 y 415 y ss.; RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, reimp.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros, Tomo I, esp. p. 186; SANSONE, Juan Manuel, *La extremaunción de la reincidencia*, en Revista del Ministerio Público Fiscal, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2004, Volumen 12, págs. 107 y ss.; VITALE, Gustavo L., *La reincidencia contamina el derecho penal constitucional*, en Nueva Doctrina Penal, 2005-A-173; ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2da. ed., esp. págs. 1057 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio – SAL LLARGUÉS, Benjamín, comentario a los arts. 50 a 53 CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David BAIGÚN – Eugenio ZAFFARONI (Dirección), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2da. ed., 2007, págs. 327 y ss.

No compartimos las posiciones de las Cámaras de Apelaciones que intentan realizar una interpretación que compatibilice el texto del art. 14 CP con el bloque de constitucionalidad. Creemos que tal procedimiento puede ser admisible cuando la interpretación literal, histórica y sistemática, puede dar lugar al menos a dos posibles sentidos divergentes, en cuyo caso el intérprete no fuerza nada cuando opta por aquélla que se ajusta a principios de superior jerarquía. Entendemos que no es éste el caso, en que tanto la letra de la norma, como su examen “genético” y su contexto sistemático, no dejan dudas en cuanto a que el instituto de la reincidencia apunta a generar una habilitación de mayor poder punitivo sobre el sujeto declarado reincidente.

No luce admisible el intento de erigir un sistema diferente al que establece la ley, creando excepciones donde aquélla no las prevé, a fin de morigerar la regulación. Sobre todo, cuando se advierte que en lo que se concluye es en algo que es pura creación del intérprete, pues en esta perspectiva, cabe hacer excepción de la prohibición del art. 14 CP cuando ella aparezca como irrazonable en función de la historia penitenciaria del sujeto y de su pronóstico de reinserción, etc., cuestiones todas que, en definitiva, no pasan por la calidad o no de reincidente. Y, en sentido contrario, no procede la excepción cuando esos elementos no son favorables, es decir... por motivos que siguen sin rozar la calidad o no de reincidente.

Como bien señala el Dr. Erbetta en “H., G. G.”, la cuestión es mucho más sencilla: si dicha prohibición es inconstitucional, así debe ser declarado en el caso concreto, y caída la misma, lo único que debe analizarse es la reunión de las restantes condiciones que hacen procedente la libertad condicional.

Que proceder de otro modo deviene en una construcción artificiosa, se aprecia con claridad en “H., G. G.”, donde la Cámara no invalida la prohibición, sino que decide no aplicarla en función de ciertas excepciones pero, a su vez, existen excepciones de las excepciones que hacen recuperar fuerza a la prohibición original. Con el agregado de que dichas excepciones a las excepciones, lucen carentes de sustento legal en regla o principio alguno.

VI.2- La declaración de reincidencia

Se evidencia como imprescindible la exigencia que apunta el Dr. Erbetta, en cuanto a que la declaración de reincidencia, en todo caso, debe ser precedida de su oportuna introducción en el proceso, argüida, controvertida y probada por las partes, y resuelta por un juez imparcial. En primer lugar, por su eventual efecto gravoso para el sujeto. En segundo lugar, porque al ser el vigente un sistema de reincidencia “real”, la cuestión del cumplimiento o no de la pena es por demás relevante. En tercer lugar, porque en el marco de

un sistema acusatorio, nada de lo que termine siendo considerado y decidido en la sentencia debería ser ajeno a la plena contradicción, en igualdad de armas, entre las partes y ante un órgano judicial auténticamente imparcial.

A nivel normativo, creemos que esta exigencia se halla abarcada por los conceptos de “juicio previo” y de “inviolabilidad de la defensa” que establece el art. 18 CN, a lo cual debe añadirse:

- Art. XXVI DADDH: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

- Art. 10 DUDH: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

- Art. 11 inc. 1º DUDH: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

- Art. 8 incs. 1º y 2º b CADH: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada ; c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;...”

Los restantes apartados del inc. 2º hacen referencia a otros aspectos de la defensa que refuerzan el carácter fundamental de su inviolabilidad.

- Art. 14 incs. 1º, 2º y 3º a y b PIDCP: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la

ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;...”

Al igual que como señalamos respecto al art. 8 inc. 2 de la CADH, los demás apartados del inc. 3º del art. 14 PIDCP también apuntan a reforzar el ejercicio del derecho de defensa.

Cuando estos instrumentos se refieren a “acusación” y a “delito”, entendemos que, por respeto a la realidad y por aplicación de los principios de “buena fe” (art. 31 inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³) y “pro homine”²⁴ (vg. arts. 29 CADH, 5 PIDCP y PIDESC; etc.), debe considerarse incluido todo extremo imputativo del cual pueda eventualmente derivarse un efecto gravoso para el sujeto. Efectuamos esta aclaración porque la introducción de la cuestión de la condena anterior parcial o totalmente cumplida a los fines de la declaración de reincidencia no es, de acuerdo al lenguaje que habitualmente utilizamos con sentido técnico, la imputación de un delito. Pero sí es una cuestión susceptible de discusión y prueba, y de cuyo resultado al respecto puede surgir un efecto gravoso para el individuo.

VI.3- Una perspectiva amplia

²³ “Todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

²⁴ En el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5/85 del 13/11/1985 (solicitada por el gobierno de Costa Rica respecto a la colegiación obligatoria de periodistas), se ha dicho que es un “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones” (considerando 12 de la opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 35/2007 (Caso 12.553, “José, Jorge y Dante Peirano Basso / República Oriental del Uruguay”, 01/05/2007), señaló que conforme este principio, “en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos” (considerando 75. Ver también en sentido similar considerandos 84 y 137 del mismo Informe. Este principio, y con ese sentido, ha sido afirmado por la CSJN en diversos fallos (vg. “Germano”, 14/02/2012, G.763.XLVI; “Alvarez”, 07/12/2010, A.1023.XLIII, considerando 6º, último párrafo; voto concordante de Highton de Nolasco y Maqueda en “Arriola”, 25/08/2009, A.891.XLIV, consid. 23º; “Acosta”, Fallos: 331:858, 23/04/2008, consid, 6 in fine; “Cardozo”, Fallos: 329:2265, 20/06/2006, convide.; “Madorrán”, 03/05/2007, Fallos: 330:1989, considerando 8º; etc.)

Entendemos que existe una cuestión básica, que no se dice ni se “puede” decir, y que está presente, sin embargo, en toda sentencia penal condenatoria.

Más allá de las fórmulas más o menos solemnes, casi nunca parece quedar demasiado claro para qué se pena y cómo se lo hace, lo cual es particularmente trascendente en materia de privación de libertad. Apenas es obvio que se condena a alguien a prisión, y por cierto tiempo. En los hechos, hace más de dos décadas que resulta evidente que no es racionalmente previsible que alguien egrese de prisión en mejores condiciones personales de las que poseía al ingresar en ella. Ni siquiera es necesario acudir al extremo de quienes cumplen sus penas, por ejemplo, en comisarías. Aún el establecimiento carcelario mejor concebido, en nuestro sistema, es un mero depósito de personas. Por añadidura, uno de características embrutecedoras.

Hablar de régimen progresivo, de resocialización, de tratamiento, además de adoptar la lógica del modelo penitenciario “correccional”, plagada de conceptos y términos propios de la criminología positivista totalmente desmentidos en los hechos, implica una ficción.

Nada distinto puede decirse respecto al “tiempo” a transcurrir en dichos depósitos, y no hay confesión más contundente al respecto que la escasa o nula fundamentación que en la materia exhibe la inmensa mayoría de los fallos condenatorios²⁵. ¿Por qué se impone cierto tiempo de condena? En función de los arts. 40 y 41 CP. Lo cual es tanto como decir: “impongo esta pena porque *puedo* hacerlo”. Ello no satisface la mínima racionalidad republicana que cabría esperar de un decisorio judicial. Como tampoco lo hace el sostener un sistema basado en la pena privativa de libertad, sencillamente porque no se nos ocurre otra alternativa, porque es lo que siempre se ha empleado y ya todos estamos habituados a que así funcionen las cosas (o, más bien, a que no funcionen pero al menos nos da ciertas certezas con las cuales nos sentimos tranquilos)²⁶.

Todo este panorama constituye una ficción. Y es una ficción a la que suelen recurrir aún quienes deslegitiman este sistema, a fin de paliar, siquiera mínimamente, su carácter inhumano.

Entendemos que ello ocurre debido a, por lo menos, dos razones.

Por un lado, el modelo correccional representa, con todo, y teóricamente, una alternativa menos inhumana que el modelo penitenciario “incapacitante” o “neutralizador”, que apunta a neutralizar al sujeto que comete un delito, manteniéndolo encerrado durante cierto tiempo, plazo en el cual, obviamente, no podrá volver a delinquir; al menos fuera del

²⁵ Ver al respecto ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, 1ra. ed., esp. págs. 26 y ss.

²⁶ Sobre este tema puede verse MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

establecimiento carcelario, y no es un detalle menor que lo que ocurra dentro de aquél no revista mayor trascendencia, pues da una clara pauta de que se trata de un espacio bastante al margen de la “ley”, un no-lugar jurídico, donde las lesiones de derechos que puedan producirse unos a otros no interesan mayormente²⁷.

Por otro lado, el modelo correccional aún conserva fuerza en diversos planos, cuanto menos como discurso justificativo²⁸. Así ocurre en la esfera judicial, política, institucional y normativa. Los instrumentos internacionales de derechos humanos como la CADH y el PIDCP hablan este lenguaje, lo que no es casual pues fueron diseñados en pleno auge de las llamadas teorías “re”²⁹, y así lo hace también nuestra ley de ejecución penitenciaria 24.660. Es el mismo lenguaje que utilizan los operadores judiciales cuando aluden al fin de prevención especial positiva que orienta la aplicación de una pena. Es el mismo lenguaje que se utiliza a nivel político cuando se plasman reformas como la que importó la ley 23.057 al consagrar el sistema de reincidencia real, apoyado en la insuficiencia de la pena cumplida. Es el mismo lenguaje que se habla en la dimensión institucional, con sus gabinetes criminológicos, sus juntas calificadoras, sus legajos individuales.

Cuando resulta evidente que todo esto no supera el ámbito del discurso, que la realidad discurre por un carril no sólo distinto sino opuesto, y se observan claros signos de un desplazamiento de la ejecución penal desde el ámbito del modelo correccional hacia el modelo incapacitante (abrumadora mayoría de presos sin condena, empleo indiscriminado de la prisión “preventiva”, aumento en la cuantía de las escalas penales, superpoblación carcelaria, deterioro de las condiciones de vida en los establecimientos penitenciarios, escasez de programas tendientes a la supuesta “resocialización”, desentendimiento de las condiciones de vida a las que retorna quien egresa de prisión, etc.), cunde el pesimismo. Y si, como ocurre, la concepción jurídica dominante continúa siendo una que sólo entiende al Derecho como construcción normativa, se vuelve casi imposible superar el abismo que separa al deber ser ideal que prescribe la norma de lo que sucede en la realidad. Como, desde esa perspectiva, no se le puede dar cabida ni siquiera discursiva a esa realidad, pues no se

²⁷ Se trata de una suerte de “estado de naturaleza” concebido al más puro estilo hobbesiano.

²⁸ En el plano de las “razones alegadas” que de modo tan certero señala la teoría trialista del mundo jurídico, o de la “funcionalidad manifiesta” de la que habla Zaffaroni. Ver por ejemplo: GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, 6ª. ed., 5ª. reimp., esp. p. 57; CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Editorial Zeus, 2000, esp. págs. 24 y s.; ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., esp. págs. 38 y 96.

²⁹ Aquellas que asignan a la pena funciones tales como rehabilitar, readaptar, resocializar, reeducar, reinsertar, al individuo sujeto a ella. Ver al respecto, por ej., ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., esp. págs. 56 y 62 y s.

entiende a esta como parte de lo jurídico³⁰, y sin embargo ella existe³¹ y mueve a una reflexión valorativa negativa³², no queda más alternativa que acudir a la revalorización de ese modelo correccional que establecen las normas, como instrumento discursivamente limitante de la brutalidad aún mayor que propone el modelo incapacitante. Como “no se puede” abrir la puerta de la “ciencia” jurídica a lo que ocurre en la realidad, y a las valoraciones que ella nos suscita, nos vemos obligados a continuar empleando el lenguaje de lo que sí “se puede” decir, aunque sepamos que ello es ficticio³³.

En este último sentido, debe señalarse que, de manera decidida en la doctrina, y en forma mucho más aislada a nivel de pronunciamientos judiciales, existe una tendencia a reinterpretar el lenguaje de los instrumentos internacionales y de la ley 24.660, en cuanto se refieren a la “reforma”, “readaptación social” o “reinserción social” de los penados como finalidad de la pena privativa de libertad³⁴, de un modo más acorde a lo que muestra la realidad. Por una parte, que se trata de un programa con un contenido “mínimo”, que se conforma con que el sujeto cumpla la ley³⁵. Por otra parte, que se trata de evitar, en la mayor medida posible, la desocialización y demás consecuencias negativas que acarrea la pena privativa de libertad, esto es, “a pesar de” la realidad que conlleva la propia prisión. Es en esta dirección, ya alejada de cualquier contenido positivo anteriormente atribuido a la prevención especial, y entendiéndola como simple limitación de mayores daños, que se recurre a las previsiones normativas del bloque de constitucionalidad al respecto³⁶.

Como afirma Zaffaroni, se trata de un supuesto de “necesaria interpretación progresiva” de los términos normativos³⁷.

³⁰ Se la destierra, en todo caso, a otros ámbitos como la Sociología, la Psicología, la Antropología, etc.

³¹ “Eppur si muove” podría decirse, parafraseando la conocida expresión atribuida a Galileo Galilei.

³² Se acuerda en que la prisión es deteriorante y criminógena, se señala que las condiciones efectivas de vida en la cárcel como mínimo rozan lo cruel, inhumano y degradante, etc.

³³ Como destaca Zaffaroni: “*El respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste*”, en ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., p. 95. Cursiva en el original.

³⁴ Arts. 5.6 CADH, 10.3 PIDCP, 1 ley 24.660.

³⁵ Al respecto, señala Marino BARBERO SANTOS: “socializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”, en *Marginación social y derecho represivo*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1980, p. 23.

³⁶ Ver en este sentido, GIMENEZ PERCIÁS, Antonio, *Victimación terciaria y necesidad de reforma*, en Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, España, Nº 7, 1993, págs. 63 y ss.; HADDAD, Jorge, *Derecho penitenciario*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, págs. 81 y ss.; KENT, Jorge, *La resocialización de los penados. Un desafío en el nuevo milenio*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, esp. págs. 63 y ss. y 75 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y control social*, Editorial Temis, Colombia, 2004; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penales españoles*, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Marino BARBERO SANTOS y otros, Editorial Instituto Alemán, Madrid, España, 1982, págs. 103 y ss.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., p. 55.

Sostenemos que este estado de cosas es evidente en el tema que nos ocupa, y la mejor prueba de ello es la combinación de argumentos abiertamente contradictorios que se exhiben desde las posturas legitimantes de la reincidencia en general, y de la prohibición del art. 14 CP en particular:

1.- Al sancionarse la ley 23.057 que estableció el sistema de reincidencia “real”, quedó más que claro que se siguió la doctrina carrariana de la insuficiencia de la pena cumplida. Así como, en el debate parlamentario, se anticipó que la fórmula del cumplimiento “parcial” podría dar lugar a dudas en cuanto a qué tanto tratamiento debería haberse recibido.

Pero ya en el dictamen del Procurador General en “Gómez Dávalos”, se afirmó que era erróneo argüir a partir de “la insuficiencia preventiva especial del anterior tratamiento penitenciario”, pues de lo que se trataba era de a mayor insensibilidad a la pena, para lo cual sería suficiente el mínimo legal de la pena privativa de libertad (en ese tiempo, de quince días).

2.- Pero, en la misma causa “Gómez Dávalos”, la Corte señala que al cometer un nuevo delito se demuestra esa insensibilidad... la cual manifiesta el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior. Con lo cual, lo que para el Procurador era un enfoque equivocado y le permitía hablar de un fundamento diferente, para la Corte se vuelve una fórmula sintética en la cual un aspecto es manifestación del otro.

3.- La argumentación, en el mismo caso, se vuelve más difícil de seguir lógicamente cuando la Corte agrega:

. Que basta el antecedente de la condena independientemente de su duración, porque el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Lamentablemente, no se mencionan cuáles son los otros aspectos que, según su criterio, coadyuvarían a tal fin. Hacerlo explícito resultaría conveniente para efectuar una adecuada ponderación, en términos de proporcionalidad, de cuánto es el aporte de cada uno de esos aspectos.

. Que si fuese necesaria la existencia de suficiente tratamiento anterior, sería discutible tanto la efectiva aplicación del mismo en el caso, como su idoneidad a los fines de la resocialización del sujeto en particular. Parece evidente que, si se pena “para” algo, sea verificable qué fue lo que se hizo en tal dirección. Como tampoco resulta descabellado que, si aquello destinado a tal supuesto fin, fue insuficiente, se pretenda saber “qué” y “cuánto” se hizo al respecto.

. Que ese no es el régimen de la ley, para el cual se consideró suficiente el “dato objetivo” de la condena anterior, bastando el requisito del cumplimiento siquiera parcial. Esto genera diversas reflexiones. La primera, que no es un simple dato objetivo aquél cuya consideración tiene la virtualidad de volver más gravosa la ejecución de una pena. La segunda, que un simple dato objetivo puede ser, por ejemplo, tomar en cuenta el sexo o la edad de un sujeto, para determinar en qué tipo de establecimiento carcelario cumplirá su condena, pero no uno del cual dependerá cuánto tiempo estará de manera efectiva privado de su libertad. La tercera, que en ninguna cuestión penal existe un hecho relevante que sea exclusivamente objetivo, pues si tiene importancia, de modo ineludible la tendrá en función de la vinculación subjetiva con el individuo. La cuarta, que todo vestigio de responsabilidad objetiva debería ser erradicado de manera terminante del ámbito penal. La quinta, que esa sola declaración es suficiente para demostrar el carácter ficcional de cualquier argumento que alegue basarse ya sea en la insuficiencia de la pena cumplida o en la insensibilidad ante ella del sujeto, porque si se tratase de ello, de manera obvia serían cuestiones a evaluar caso por caso.

De manera que lo que sentó la CSJN en “Gómez Dávalos” fue una interpretación que resulta en una presunción “iure et de iure” de responsabilidad objetiva. Lo cual bastaría para desbaratar toda construcción que pretendiera erigirse sobre dicho fundamento, por ser absolutamente contraria al sistema que consagra el bloque de constitucionalidad.

4.- De todos mods, en “Valdez” la Corte avanza en su razonamiento, y descarta la violación del “non bis in idem”, señalando que no se vuelve a considerar el hecho anterior sino la condena anterior, y ello al único fin de ajustar “con mayor precisión” el tratamiento penitenciario. Numerosos autores han remarcado la obviedad de que dicha condena previa no tiene apoyo sino en el hecho previo. Pero el argumento exhibe una inconsistencia mayor cuando, la misma Corte que un año y medio antes enfatizara que el tratamiento penitenciario no era sino uno de los aspectos del fin de prevención especial de la pena, y que no debía analizarse ni su duración, ni su efectiva aplicación, sostenga aquí que la condena anterior se considera para ajustar, precisamente, ese tratamiento.

5.- En “L’Eveque”, la Corte refuerza su línea argumentativa, de un modo que a nuestro criterio incrementa la falta de coherencia interna de la misma. Pues introduce la cuestión de que lo que se sanciona más severamente es la conducta manifestada “tras” la anterior condena, que evidencia la mayor culpabilidad en el segundo hecho. Con lo cual parece crearse un “tiempo intermedio” no ya solo violatorio del principio de culpabilidad, sino groseramente lesivo del requisito de legalidad, y por completo atípico. Ya que si no se

vuelve a juzgar lo ya sentenciado, y tampoco se trata sólo del hecho actual, pues este último evidenciaría algo que proviene de ese tiempo posterior a la anterior condena, su naturaleza no sólo es cuestionable, sino absolutamente sui géneris.

6.- En “Mannini”, de modo expreso se excluye la alusión, en el dictamen del Procurador General, a las cuestiones de la insensibilidad y del desprecio por la pena cumplida sentadas anteriormente por la propia Corte. Dictamen en el que, dicho sea de paso, se vuelve a hablar del fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior que, para el Procurador en funciones en la época de “Gómez Dávalos”, era una cuestión que constituía un punto de partida erróneo en la materia.

7.- En “Gago”, la Corte da por reproducidos los argumentos del procurador, que sólo al final de su dictamen alude a la insensibilidad y al desprecio que se reflejan en una mayor culpabilidad, y centra lo esencial de la causa en el quantum de la pena, que es a lo único a que se refiere la disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

A la luz de este breve recorrido, entendemos que, cuando desde una postura legitimante se reproduce un párrafo de “Gómez Dávalos”, y se sostiene que lo allí expresado se ve corroborado por los sucesivos pronunciamientos en “Valdez”, “Gelabert”, “L’Eveque” y “Gago” (y apenas se menciona a “Mannini” en el sentido de la necesidad del cumplimiento de la pena en calidad de condenado), se está diciendo bastante menos de lo que se pretende (y bastante más de lo que no se pretende, no se quiere, ni se puede decir).

En este orden de ideas, consideramos esclarecedor traer a colación lo que expresa José PUIG BRUTAU: “Podría afirmarse que existen tres grados en el conocimiento de las sentencias del Tribunal Supremo. El primero y más elemental es el que predomina en el ejercicio profesional y aun en muchos trabajos doctrinales. Consiste en aislar del contexto una afirmación general contenida en un considerando y utilizarla o invocarla en todos los casos en que resulte posible. Como hemos sostenido, semejante uso trae escaso valor y en ocasiones incluso puede resultar engañoso... El segundo grado en el conocimiento de la jurisprudencia se obtiene examinando íntegramente la resolución judicial y poniendo en estrecha relación la doctrinada proclamada con carácter general con las circunstancias concurrentes en la situación particular, sin olvidar que el recurso de casación contribuye a que aparezcan excesivamente distanciados ambos extremos. El tercer grado en dicho conocimiento se alcanzaría procediendo de la manera que acabamos de señalar, pero no con referencia a casos aislados, sino con grupos de casos, equiparándolos tanto en atención a los

hechos que provocaron el conflicto entre actor y demandado, como en consideración a la doctrina proclamada en los considerandos con carácter general”³⁸.

VI.4- El fundamento antropológico del sistema

Cuando se afirma que el sujeto que cumplió una condena parcial o totalmente, al cometer un nuevo delito exhibe una insensibilidad y un desprecio ante la pena que se manifiesta en una mayor culpabilidad, se desplaza el centro de la atención del conflicto existente en la realidad, y de los sujetos que son sus protagonistas, en función de idealizaciones construidas en términos de cómo “debería” comportarse un individuo, de las necesidades de estabilidad del sistema, y de los roles que éste espera que aquél satisfaga. Con lo cual o bien nos desplazamos hacia una perspectiva casi organicista, u otra que cataloga a ciertas personas como “enemigos”. En uno u otro caso, el Derecho Penal sirve como instrumento de deshumanización y no como garante de la dignidad humana.

VI.5- Presunción y realidad del caso. La concreta culpabilidad.

La consagración de presunciones que no sólo no requieren demostración, sino que tampoco admiten invalidación, constituye una ficción abstracta y deshumanizante, que se niega a la necesaria apertura que cada caso concreto exige para la cabal comprensión de todos los elementos que hacen a su complejidad real.

Las presunciones, sobre todo cuando son “iure et de iure”, simplifican Edmundo, pero dicha simplificación puede traducirse en una visión empobrecedora de ese mundo y de lo humano.

Creemos que así ocurre cuando la CSJN alude al carácter de dato objetivo y formal de la condena anterior, para el cual basta cualquier tiempo de cumplimiento, y a ello se refiere de modo expreso dicho Tribunal cuando menciona que lo contrario sería abrir la puerta a la discusión de la aplicación efectiva de un tratamiento, de su idoneidad para los fines declarados, etc.

Este carácter ficticio, que se desentiende de las particularidades del caso concreto y consagra un modelo generalizante que produce resultados desjerarquizados de lo humano, es sabiamente señalado en el “Amicus curiae” que la Asociación Pensamiento Penal presentó en 2008 ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza planteando la inconstitucionalidad del art. 14 CP³⁹, pudiendo mencionarse algunas cuestiones que allí se resaltan:

³⁸ En BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, traducción y anotaciones de Derecho español por José PUIG BRUTAU, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1959, p. 625.

³⁹ En la causa N° 93.267 s/Acción declarativa de certeza, promovida por los internos de la Penitenciaría de Mendoza, de trámite ante la Sala II del Tribunal. Puede verse su texto completo en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01072008/amicus.pdf> (04/04/2012)

a) ¿“Tienen el mismo desvalor la reincidencia homogénea y la heterogénea”? En este sentido, nos preguntamos si puede establecerse un hilo común que conduzca, por ejemplo, desde una primera condena por libramiento de cheques sin provisión de fondos a un hecho posterior de lesiones gravísimas. ¿Es posible y legítimo realizar una interpretación común de ambos hechos?

b) ¿“Devenga diferencias la mayor o menor proximidad del segundo delito respecto a la extinción de la condena por el primer delito, habida cuenta del plazo de diez años previsto por el artículo 51, inciso 2 del Código Penal”? Como se plantea, nos preguntamos si es posible y legítimo afirmar la existencia de ese pretendido hilo conductor, tanto si el segundo hecho se produjo meses después de la primera condena, como si se cometió cinco o nueve años después.

c) ¿Existe una mayor culpabilidad, susceptible de ser afirmada de manera automática, que se evidencia por la comisión de un segundo delito luego de haber cumplido parcial o totalmente condena por un hecho anterior? Un sujeto que cumplió condena por lesiones, y luego hurta mercadería de un almacén, ¿es automáticamente más culpable que otro individuo que “sólo” comete un homicidio calificado? Aspecto que ya señalara Julio Herrera, al criticar el Proyecto de 1906, en estos términos: “... es contradictorio e injusto conceder el beneficio al autor de un crimen brutal, que revela honda perversidad en el que lo comete, y no al que ha reincidido en un delito de mucho menor importancia...”⁴⁰.

d) Si dos personas son coautoras de un hecho, pero una de ellas ha sido declarada reincidente, ¿es ello suficiente para determinar, a priori, una diferente modalidad de ejecución penitenciaria? En este sentido, podemos traer a colación lo que la propia CSJN ha dicho recientemente en “Germano, Karina Dana s/causa N° 12.792”⁴¹: “... una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”.

Si toda presunción “iure et de iure” implica un desentendimiento respecto a la realidad del caso que la vuelve una ficción arbitraria, esto es particularmente grave cuando ella opera en relación al principio de culpabilidad, que por referirse al vínculo subjetivo entre el individuo y el hecho, debe ser apreciado en lo concreto de cada situación. Y aquí podemos volver a mencionar a la propia CSJN, que en otros ámbitos de la misma materia penal, ha descalificado de modo enfático ese tipo de presunciones:

⁴⁰ *La reforma...* cit., p. 211 y s.

⁴¹ Fallo del 14/02/2012, causa G.763.XLVI.

. “Que en cuestiones de índole sancionatoria, esta Corte tiene consagrado el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida objetiva como subjetivamente (Fallos: 271:297)”⁴².

. “... la existencia de presunciones legales de culpabilidad que no admiten prueba en contrario implica desconocer la preciosa garantía fundamental según la cual la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal (Fallos: 271:297; 274:487; 282:193; 289:336; 293:101; 301:618; 302:1123 y 303:267 entre muchos)... una aplicación automática de la pena en tales supuestos resultaría frustratoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio, ya que haría ilusoria toda posibilidad de defensa o descargo (confr. *mutatis mutandi*, Fallos: 284:355)”⁴³.

. “... esta Corte ha admitido la validez de las presunciones legales sobre la existencia de un delito en tanto las circunstancias fácticas contempladas por la ley la sustenten razonablemente (Fallos: 254:301; 255:112 y 305:1299 y causa C.687.XXI, “Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada c/Provincia de Buenos Aires”, resuelta el 14 de febrero de 1989) y en tanto se acuerde a los procesados oportunidad de defensa y prueba de descargo (Fallos: 251:219; 209:317; 254:301; 255:112; 257:28; 272:30; 276:102 y 301:618), y ha señalado que no basta con la introducción de cualquier incertidumbre sobre la culpabilidad o buena fe del imputado, sino que en esos casos la prueba debe ser eficiente y no debe arrojar ninguna duda de que con ella ha procedido aquél (Fallos: 254:301; 266:44; 274:487; 292:17; 296:608; 300:680 y 303:1579)”⁴⁴.

. Que, en tales condiciones, resulta insostenible el agravio del recurrente en cuanto califica de “objetiva” a la responsabilidad del director técnico en la infracción constatada, y pasible, por ende, de sanción... Ello es así, pues tal criterio comporta una interpretación de la presunción legal que es incompatible con la del principio según el cual sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”⁴⁵.

Como señala Guillermo Yacobucci al tratar el tema y exponer la doctrina de la CSJN al respecto: “Queda claro en esos razonamientos que no es posible suponer la culpabilidad de las personas –cuestión asumida por el principio de inocencia- y que la sola comprobación objetiva de ciertos presupuestos legales no resulta suficiente para el reproche sancionador.

⁴² Buombicci, Neli Adela, del 08/06/1993, considerando 4º, Fallos: 316:1190.

⁴³ Sandys Confezioni, S. P. A. s/querella c/Faerman, Marcos, del 13/03/1990, considerando 6º, Fallos: 313:235.

⁴⁴ Sandys Confezioni ... cit., considerando 7º.

⁴⁵ Abbott Laboratories Argentina Sociedad Anónima s/Infracción ley 16.463, del 20/11/2001, considerando 7º, causa A.489.XXXIV.

La real comprobación jurisdiccional de la culpabilidad posee, pues, una referencia clara a la acusación y la defensa, y solo tras ello la determinación de que el hecho es atribuible al sujeto”⁴⁶.

Aquí también es aplicable lo que afirmamos al hablar de la necesidad de que la declaración de reincidencia sea precedida de su oportuna introducción, contradicción y decisión, y son aplicables las referencias normativas a las que allí aludimos.

Por añadidura, debe señalarse que la alusión a argumentos tales como la “insensibilidad” y el “desprecio” que se pondrían de manifiesto por la comisión del nuevo delito, y que evidenciarían una mayor culpabilidad, constituye una inferencia que viola el ámbito interno del sujeto garantizado por el principio de reserva⁴⁷. Alguien que no cometa delito alguno puede exhibir la mayor insensibilidad y el más absoluto desprecio por la pena, y sin embargo ello no basta para formularle reproche penal alguno. De manera que lo relevante es el obrar humano que se traduce en una modificación del mundo, y sólo entonces es que deberá invocarse y acreditarse la particular configuración del vínculo subjetivo entre el individuo y su actuar, sin que pueda presumirse ni su existencia ni su graduación en función de meras disposiciones internas del ánimo.

Con esto se encuentra directamente relacionado el interrogante que se formula el Dr. Erbeta en “H., G. G.”, en cuanto a si es posible integrar la consciencia de la antijuridicidad del segundo delito con el encierro cumplido por el primero.

Aún más, desde una perspectiva más amplia que la únicamente referida a una inadmisibile presunción de culpabilidad, debe enfatizarse que en ninguna manifestación de lo jurídico tiene cabida una aplicación automática de cualquier regulación que se desentienda de las características del caso concreto. Este principio ha sido claramente expuesto por la propia CSJN en “Itzcovich, Mabel c/Anses s/reajustes varios”⁴⁸:

. “Que el Tribunal ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales lo que lo lleva a ponderar cuidadosamente las circunstancias evitando que por aplicación mecánica e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los

⁴⁶ *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 318 y s.

⁴⁷ Normativamente captado por el art. 19 in fine CN.

⁴⁸ Pronunciamiento dictado el 29/03/2005, Fallos: 328:566.

conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 249:37; 302:1284)⁴⁹.

VI.6- El agravamiento en la ejecución de la pena

La denegación de la libertad condicional al declarado reincidente, desde que acarrea un mayor tiempo de encierro efectivo, importa una modalidad de ejecución más gravosa que si no se produjese aquella.

Recordamos lo dicho por la propia CSJN en “Germano”, a lo que aludiéramos en el Punto VI.5.

Pero, además, no es cierto el argumento que efectúan las posturas legitimantes en cuanto a que negada la libertad condicional al reincidente, no se produce un agravamiento en el cumplimiento de la pena porque al sujeto le queda la posibilidad de acceder, oportunamente, a la libertad asistida que prevé el art. 54 de la ley 24.660.

La libertad condicional procede cumplidas dos terceras partes de la condena (lo cual representa un 66% de la misma), mientras que la libertad asistida permite el egreso del penado seis meses antes del agotamiento de la pena.

Ello constituye una diferencia notoria en los hechos, aspecto que no ha recibido mayor consideración al tratar el tema, pudiendo destacar en este sentido el ya citado “Amicus curiae” de la Asociación Pensamiento Penal, o algunos fallos del Juez de Ejecución Penal de General Roca, provincia de Río Negro.

Algunos ejemplos darán una cabal medida de las diferencias existentes, en la realidad, entre uno y otro instituto:

. Un condenado a 4 años de prisión puede obtener la libertad condicional a los 2 años y 8 meses, mientras accederá a la libertad asistida a los 3 años y 6 meses (87,50% de la condena). Una diferencia de 10 meses, que representa un 31,25% más de tiempo de encierro.

. Un condenado a 6 años de prisión puede obtener la libertad condicional a los 4 años, mientras accederá a la libertad asistida a los 5 años y 6 meses (91,65% de la condena). Una diferencia de 18 meses, que representa un 37,50% más de tiempo en prisión.

. Un condenado a 12 años de prisión puede obtener la libertad condicional a los 8 años, mientras accederá a la libertad asistida a los 11 años y 6 meses (95,83% de la

⁴⁹ Considerando 8°.

condena), con una diferencia de 3 años y 6 meses, que representa un 43,75% más de tiempo de encierro.

. Un condenado a 25 años de prisión puede obtener la libertad condicional a los 16 años y 8 meses, mientras accederá a la libertad asistida a los 24 años y 6 meses (98% de la pena total). Media una diferencia de 7 años y 10 meses, que representa un 47% más de tiempo de encierro.

Como se ve, las diferencias entre una y otra modalidad de ejecución son notorias, lo cual desmiente que sea indistinto acceder a una de ellas o tener que aguardar a la otra.

Y si se pretende que esa mayor rigurosidad sólo deriva de la propia conducta del sujeto, se vuelve aplicable todo lo que ya señalamos al respecto en los Puntos precedentes (vg. necesidad de contradicción previa a la declaración de reincidencia, la realidad de la pena de prisión, la imagen del ser humano que fundamenta el sistema, la arbitrariedad de construir una ficticia presunción “iure et de iure”, etc.).

VI.7- El triunfo del pasado sobre el presente para diseñar el futuro

Los seres humanos tenemos la característica de ser en el marco de una temporalidad.

La certidumbre de que hemos de morir, sumada a la incertidumbre respecto a en qué momento ello habrá de ocurrir, conlleva la particularidad de que, en gran medida, continuamente tengamos la posibilidad de asignar distintos sentidos a nuestras vidas⁵⁰. De modo obvio, esa posibilidad será de mayor o menor amplitud no sólo en función de decisiones personales, sino también del hecho de formar parte de grupos sociales que generan una inevitable interdependencia. De allí que uno de los desafíos de la coexistencia radique en asegurar unas condiciones mínimas de existencia que vuelvan efectiva, para todos, aquella posibilidad. La exclusión, que condena a importantes sectores de la población a la marginalidad, conspira contra ello, y es un factor que no debe ser desatendido cuando de establecer el real grado de autodeterminación que posee un sujeto se trata.

Pero más allá de ello, esa posibilidad de realizar cambios en nuestras vidas, implica que somos seres no inmovilizados en el tiempo, sino que estamos siendo. Nuestro pasado nos condiciona, pero no nos determina de manera automática ni invariable. No somos ya quienes fuimos, ni quienes seremos en el futuro. Se trata de una característica de nuestra realidad.

Cuando el legislador, cuya función esencial se manifiesta a través del dictado de normas de carácter general dirigidas a lo futuro, establece una prohibición como la del art.

⁵⁰ Puede verse al respecto FRANKL, Víctor, *El hombre en busca de sentido*, Editorial Herder, Barcelona, España, 1991, 12ª. Ed., trad. Diorki.

14 CP, además de cerrarse a las características que pueda presentar cada caso concreto, como ya señalamos, altera la línea de la temporalidad.

La fórmula del art. 14 CP puede ser individualizada del siguiente modo: “Porque usted ha sido declarado reincidente, la condena que recibe ahora deberá ser cumplida en prisión en su totalidad, o como mínimo hasta que se le otorgue la libertad asistida”.

Supongamos que ello no implique ninguna de las violaciones constitucionales que tradicionalmente se le imputan, ni las que señalamos ya aquí. No obstante ello, constituye una negación de la realidad de la temporalidad humana que no sólo se cierra a la consideración de esa realidad, sino que por ello mismo afecta la dignidad humana por desentenderse de una de las cualidades esenciales de su existencia. Pues establece una suerte de “cláusula pétrea” anclada en el pasado (la declaración de reincidencia), que no puede ser revertida por el presente (los efectivos progresos que, pese al encierro, el sujeto puede estar realizando durante el cumplimiento de su pena actual), y que sella su futuro (consagrada su no liberación hasta el total o casi total agotamiento de la condena). Esto no tiene que ver con el “non bis in idem”, sino con el devenir de la vida humana.

Si siempre es difícil efectuar una prognosis, una prospectiva, porque desconocemos de cuánto futuro disponemos, y porque somos seres que producimos y experimentamos cambios, no es razonable pretender realizar un ejercicio de ese tipo escogiendo el peor sentido posible para el individuo. Por otra parte, hacerlo en buena medida puede ser equiparable a la “profecía autorrealizada” de la que hablara Robert Merton⁵¹: si a alguien se le dice que su futuro va a ser la prisión durante cierto tiempo, y que nada de lo que haga durante ese tiempo podrá modificar que así sea, se le está negando todo aliciente a darle algún sentido positivo a su encierro. Y es evidente que, de este modo, mal puede pretenderse que en modo alguno se cumpla con la finalidad pretendida para la pena privativa de libertad por la ley 24.660 y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Lo que sostenemos encuentra respaldo normativo en nuestro sistema, pues tanto la DADDH en su Preámbulo, como la DUDH en su art. 1º (ambos parte de nuestro bloque de constitucionalidad, art. 75 inc. 22 CN) se expresan en similares términos al reconocer esta realidad⁵²:

- DADDH: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros” (1er. párrafo)

⁵¹ *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

⁵² Puede verse, en una línea similar a la que exponemos, ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., esp. págs. 139 y ss. y 672 y ss.

- DUDH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

VI.8- Una mirada exclusivamente normativa

Supongamos ahora que no hemos dicho nada de lo hasta aquí afirmado, y pretendemos abordar la cuestión desde un aspecto exclusivamente normativo.

Entendemos que, también desde esta perspectiva, se configuran serias tensiones entre la previsión del art. 14 CP y la disposiciones de la ley 24.660 y el bloque de constitucionalidad.

VI.8.a- El régimen de la ley 24.660

En un primer sentido, la ley 24.660 es una ley posterior al Código Penal, y que se ocupa de manera específica de la ejecución penitenciaria, por lo que a nivel infraconstitucional, puede plantearse el interrogante acerca de si no desplaza a aquél en la regulación de la materia.

En este orden de ideas, veamos qué tanta compatibilidad existe entre uno y otro instrumento, para lo cual podemos comenzar observando diversas disposiciones de la ley 24.660:

. Art. 1: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

. Art. 5: “El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo.

Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario.

En ambos casos deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria”.

. Art. 3: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales

ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

. Art. 6: “El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”.

. Art. 7: “El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante la resolución fundada de la autoridad competente”.

. Art. 8: “Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”.

. Art. 12: “El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de:

- a) Período de observación;
- b) Período de tratamiento;
- c) Período de prueba;
- d) Período de libertad condicional”.

Del conjunto de estas disposiciones surge que la ley de ejecución penitenciaria establece a la reinserción social del sujeto como finalidad de la pena privativa de libertad. Reinserción con carácter mínimo, pues como sostiene José D. Cesano, “persigue conseguir, del sujeto, el respeto de la legalidad... postula el logro de su cometido a través de un proceso que sólo exige entender el mensaje contenido en la ley (esto es: la expectativa de conducta legalmente determinada) y comportarse en consecuencia, sin requerir en modo alguno, la internalización de los mandatos legales, lo que, inevitablemente, hubiera importado incidir sobre las actitudes internas y escala de valores del condenado”⁵³.

Para dicho cometido, establece un sistema que:

- Es programado e individualizado (art. 5), a tal grado que esa atención a la individualidad del sujeto es la única que puede justificar diferencias en la ejecución (art. 8) e incluso dar lugar a un avance excepcional a cualquier fase ejecutiva (art. 7).

⁵³ *Panorama normativo del Derecho Penitenciario Argentino*, en el sitio web L'altro diritto – Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/cesano.htm> (04/04/2012)

- Rige para todos los condenados, cualquiera sea la pena impuesta (arts. 1, 3, 8 y 12, y sin otro distinguo que los que justifique el tratamiento individualizado.

- Es progresivo, dividido en etapas sucesivas por las que se va transitando no en función del mero transcurso del tiempo, sino de los progresos alcanzados por el penado, y apunta ir reduciendo el nivel de encierro (arts. 5, 6 y 12).

- Está sujeto a control jurisdiccional permanente⁵⁴ (art. 3). El mismo garantiza el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales y los derechos de los penados no afectados por la condena o por la ley.

Estas características son difícilmente conciliables con la prohibición fija y general que estipula el art. 14 CP, que no considera ni las particularidades del caso concreto, ni los avances logrados por el penado. Esta incompatibilidad no es sorprendente, si tomamos en consideración que la ley 24.660 diseña un sistema de ejecución de la pena privativa de libertad inspirado en principios diferentes a los que se sostenían en la materia para la época de la sanción del Código Penal (o del Proyecto de 1906, que también excluía a los reincidentes de la posibilidad de acceder a la libertad condicional). Lo sorprendente, en todo caso, es la pretensión de seguir manteniendo vigente una institución que va a contramano de la arquitectura del sistema.

Por otra parte, todos los penados⁵⁵, de acuerdo a la fase ejecutiva en que se encuentren, y previa resolución del juez de ejecución o juez competente, pueden tener acceso a:

- . Salidas transitorias (arts. 15 inc. 2 y concs.)
- . Incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y concs.)
- . Prisión discontinua (arts. 36 y concs.)
- . Semidetención (arts. 39 y concs.)
- . Prisión diurna (art. 41)
- . Prisión nocturna (arts. 42 y concs.)
- . En el caso de revocación de la condenación condicional del art. 26 CP por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis CP, puede llegar a

⁵⁴ Lo cual representa un cambio significativo con relación al régimen penitenciario anterior, pues el art. 121 del decreto-ley 412/1958 disponía: “La autoridad judicial que corresponda verificará directamente, a períodos regulares, si el tratamiento de los internos se ajusta a las normas contenidas en la presente ley y en los reglamentos que en su consecuencia se dicten. Sin perjuicio de ello, inspectores penitenciarios calificados, designados por la autoridad administrativa, realizarán verificaciones periódicas del mismo carácter”.

⁵⁵ Excepto aquellos condenados por ciertos delitos que enumera el art. 56 bis (homicidio *crimino causa*, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad agravada por muerte intencional de la víctima, homicidio cometido con motivo o en ocasión de robo y secuestro extorsivo agravado por muerte intencional de la víctima), introducido por la ley 25.948, expresamente excluidos por dicho precepto de estas posibilidades.

sustituirse la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad (arts. 35 inc. c, 50 y conchs.)

. Libertad asistida (art. 54). Debe señalarse que ésta es para todos los penados, no sólo para los reincidentes⁵⁶. Como también que, de acuerdo al texto de la ley, sólo se hallan excluidos de ella los condenados con la accesoria del art. 52 CP; en virtud de la descalificación constitucional de esta accesoria por la CSJN en la causa “Gramajo”, es obvio que esta disposición ha perdido vigencia.

Que todos los penados⁵⁷ puedan acceder a esta amplia gama de posibilidades, a la que debe agregarse la libertad condicional, y que los reincidentes se encuentren privados de esta última, resulta de difícil explicación. Sobre todo si se tiene en cuenta que la libertad condicional es una modalidad de cumplimiento de la pena, y no una modificación o suspensión de la misma, como surge claramente de las condiciones que el art. 13 CP establece que debe cumplir el sujeto “hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional”.

Con directa referencia a la libertad condicional, el art. 28 de la ley dispone: “El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena”.

Con lo cual la ley se remite, en cuanto a requisitos, a los que fije el Código Penal. Recordemos brevemente estos requisitos:

- Que se trate de pena privativa de libertad impuesta de modo efectivo por condena firme y principal (art. 13 CP)⁵⁸
- Un cierto tiempo mínimo de cumplimiento de la condena (art. 13 CP)⁵⁹
- Observancia regular de los reglamentos carcelarios (art. 13 CP)⁶⁰
- Informe previo de la dirección del establecimiento carcelario (art. 13 CP)⁶¹
- Que no medie declaración de reincidencia (art. 14 CP)⁶²

⁵⁶ Como algunos fallos sostienen.

⁵⁷ Con la excepción señalada de los supuestos mencionados por el art. 56 bis.

⁵⁸ CHIARA DÍAZ, Carlos A., comentario a los arts. 13 a 17 CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David BAIGÚN – Eugenio ZAFFARONI (Dirección), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 174 y s.

⁵⁹ CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit. en nota anterior, págs. 175 y ss.

⁶⁰ CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit., págs. 177 y ss.

⁶¹ CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit., p. 187.

- Que no le haya sido revocada la libertad condicional (art. 17 CP)⁶³
- Que no se trate de condenados por los delitos mencionados en el art. 14, 2do. Párrafo CP (que son los mismos del art. 56 bis de la ley 24.660, pues ambos textos fueron introducidos por la misma ley de reforma)

Dicho esto más allá de las discusiones existentes respecto a la validez constitucional de los tres últimos requisitos.

De este modo, pareciera que la cuestión se zanja a favor del establecimiento de un sistema progresivo e individualizado, orientado al futuro, encaminado hacia el egreso de prisión, atento a las circunstancias individuales, con la extraña excepción del instituto de la libertad condicional que estaría vedado para los sujetos declarados reincidentes. Una interpretación sistemática vuelve más que dudosa la razonabilidad de este supuesto tan excepcional y discordante con el resto del régimen⁶⁴.

Al respecto, señala Rubén Alderete Lobo: “si la ley realmente quisiera ‘ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario’ de aquellas personas declaradas reincidentes, jamás podría hacerlo de modo general; mucho menos privando a aquellos de un instituto que constituye una herramienta de ‘reinserción social’... es decir, la afirmación sería cierta si la ley mandara expresamente considerar la condición de reincidente del penado a los efectos del cumplimiento del principio de individualización del tratamiento penitenciario (art. 5 de la ley 24.660)...”⁶⁵.

Existe un elemento más a considerar, y se trata de que el Decreto 396/99⁶⁶, que establece el “Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución”, en su art. 47⁶⁷ dispone:

“Cuando de acuerdo a la documentación existente en el establecimiento, el interno no se encontrare en condiciones de obtener la libertad condicional por estar comprendido en los artículos 14 ó 17 del Código Penal o no hubiese cumplido el tiempo mínimo de los artículos 13 ó 53 del Código Penal, el Director del establecimiento remitirá la solicitud a consideración del Juez de Ejecución y se procederá conforme a las instrucciones que éste imparta.

⁶² CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit., págs. 180 y ss.

⁶³ CHIARA DÍAZ, Carlos A., op. cit., págs. 186 y s..

⁶⁴ Sin mencionar los supuestos de los arts. 14 2do. Párrafo CP y 56 bis ley 24.660, que introducidos en el año 2004, forman parte de una reforma que ella misma reviste esas características de “excepcional” y “discordante”, pues violenta la sistemática del Código Penal, de la ley 24.660 y del bloque de constitucionalidad. Al respecto, puede verse con provecho DONNA, Edgardo (Director) y otros, *Reformas penales actualizadas (Hasta la ley 26.087)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

⁶⁵ *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 180.

⁶⁶ Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 05/05/1999, págs. 1 y ss.

⁶⁷ Boletín Oficial... cit., p. 3.

Si el juez considerase atendible lo peticionado y dispusiere el envío de los informes previstos, se procederá de acuerdo con los artículos 41 a 43”⁶⁸.

Esta disposición establece así que tanto cuando medie declaración de reincidencia, como cuando haya habido revocación de la libertad condicional o incluso no se haya cumplido el tiempo mínimo señalado por el Código Penal, la solicitud debe remitirse al juez correspondiente, quien tiene la última palabra al respecto. Esto corrobora que el espíritu que fundamenta al sistema es la consideración de la realidad del caso concreto, pues de no ser así esta disposición resultaría ociosa o, de existir, debería ordenar la desestimación inmediata u otra solución equivalente para la solicitud. Y, sin embargo, no sólo se envía la misma al juez, sino que éste puede considerarla atendible.

Esto se ve corroborado por los considerandos del Decreto, cuyo párrafo 4º señala:

“Que el proyecto contiene la flexibilidad necesaria para que la progresividad del régimen penitenciario se adecue a la evolución, en concreto, de cada condenado respondiendo a una auténtica individualización que excluya toda posibilidad de otros condicionamientos predeterminados que no sean los legal y reglamentariamente establecidos”⁶⁹.

Es cierto que un decreto reglamentario no puede modificar al Código Penal. Si esta misma disposición estuviese inserta en el texto de la ley 24.660, ninguna duda tendríamos respecto a la supresión lisa y llana de la condición negativa impuesta por el art. 14 CP, por tratarse de una ley posterior especial que vence a la previsión anterior de tipo general⁷⁰. Como no ocurre así, subsiste la tensión entre ambas normas. Sin embargo, el decreto reglamentario aporta claridad en cuanto confirma los fundamentos en que se asienta el sistema de ejecución, y ello permite afirmar que no obstante la terminante prohibición del art. 14 CP, el juez podría acudir a tales fundamentos para resolver la concesión o no de la libertad condicional con prescindencia de aquélla.

Adoptar este temperamento, no obstante, a nuestro criterio presenta dos serios inconvenientes:

a) El precepto del art. 14 CP no da lugar a dos interpretaciones posibles, permitiendo optar por la que se concilie con el bloque de constitucionalidad.

⁶⁸ Los arts. 41 a 43 se refieren a la conformación de un expediente con diversa información sobre el sujeto: conducta y concepto, si registra sanciones disciplinarias, propuesta fundada del Servicio Criminológico sobre la evolución del tratamiento, dictamen del Consejo Correccional acerca de la conveniencia social de su otorgamiento, etc.

⁶⁹ Boletín Oficial... cit., p. 1.

⁷⁰ Con la aclaración de que entendemos que esta sería la solución en éste caso, por la compatibilidad constitucional que luce la regulación específica. Otra sería nuestra opinión si la regulación de una ley específica desnaturalizara una garantía consagrada por el bloque constitucional.

b) Dicho precepto establece una regulación absolutamente incompatible con la que contiene la ley 24.660, por lo que si bien el juez podría resolver el otorgamiento o no de la libertad condicional en función del sistema erigido por esta última, lo estaría haciendo independientemente de la disposición del art. 14 CP. Para decidir con prescindencia de una norma expresa que no admite interpretación compatible, entendemos que el camino apropiado no es simplemente dejar de lado su aplicación, sino evaluar su constitucionalidad para, en caso de que no supere dicho test, así declararlo.

Creemos que este análisis nos demuestra que a nivel legal existen disposiciones claramente inconciliables, y cuando ello ocurre, la vía para resolver el conflicto es acudir a las normas y principios de mayor jerarquía del ordenamiento, a la luz de las cuales se resolverá cuáles de las disposiciones en pugna satisfacen el examen de su validez.

VI.8.b- El bloque de constitucionalidad

En este nivel, encontramos dos disposiciones de claridad meridiana, contenidas en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN):

. Art. 5 inc. 6 CADH: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

. Art. 10 inc. 3 párrafo 1º PIDCP: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Con lo cual se vuelve evidente que en la pugna de preceptos de nivel legal, la prohibición del art. 14 CP es contraria a la finalidad que de la pena privativa de libertad se consagra a nivel constitucional, y que en cambio recoge el sistema de la ley 24.660.

En nuestro sistema, la finalidad de la pena es la que señalan los mencionados instrumentos internacionales y, en consonancia con ellos, la ley 24.660. A ella debe ajustarse la ejecución penitenciaria, con el límite máximo del tiempo fijado en la sentencia condenatoria⁷¹.

De lo cual también se desprende que, si bien el instituto de la libertad condicional es de carácter legal y no constitucional, y que el bloque de constitucionalidad al establecer una finalidad para la pena privativa de libertad no impone un determinado programa de ejecución de la misma, una vez establecidos éste programa y aquél instituto, ellos no pueden ser sometidos a condiciones que violenten dicha finalidad. Esta es la diferencia que, respecto a la regulación de la libertad condicional, a nuestro criterio el Dr. Erbetta logra señalar con

⁷¹ Con lo cual estamos diciendo que, aún cuando no se logre dicha finalidad para entonces, ése es el plazo máximo de ejecución de la pena, con independencia de la modalidad con que ella se lleve a cabo.

profundo acierto⁷². Puede, tal vez, prescindirse de la libertad condicional, pero no es admisible que, una vez instalada, se la condicione de modo inconstitucional.

Por añadidura a cuanto hemos señalado, debemos recordar la tarea jurisdiccional de controlar la ejecución de la pena privativa de libertad, garantizando el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley (art. 3 de la ley 24.660), lo que comprende la función de proseguir el proceso de individualización de la sanción penal iniciado de manera abstracta por las escalas penales establecidas por el legislador, y continuado ya de manera concreta al momento de la sentencia condenatoria. Esta tarea se halla directamente enfocada a las circunstancias particulares del caso concreto de cada individuo. Pretender que una disposición normativa de carácter general como la que contiene el art. 14 CP impida dicha labor, implicaría un avasallamiento del Poder Judicial por parte del Poder Legislativo, y resultaría inconstitucional por violatorio de la separación de poderes consagrada por nuestra Constitución Nacional.

Por otra parte, la CADH impone:

“Art. 1º - Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“Art. 2º - Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Lo cual, según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del art. 1.1 impone a los Estados una primera obligación que es “respetar los derechos y libertades”, y una segunda consistente en “garantizar su libre y pleno ejercicio”, ambas mucho más inmediatas que la señalada por el art. 2 (la cual también impone deberes a dos niveles: a) suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación

⁷² En sus votos ya mencionados supra en “H., G. G.”, “S., H. A.”, “R., M. A.” y “Vega”.

a las garantías previstas en la convención; b) expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de tales garantías)⁷³⁷⁴.

En términos coincidentes, el art. 2º PIDCP dispone:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

En esta línea se ha expedido claramente la CSJN, manifestando:

“... es doctrina de esta Corte que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber “de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar” de aquéllos (“Girolodi y otro”, Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables *in concreto* y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la

⁷³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29/07/88, Serie C No. 4, párrafos 165 y ss.; Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20/01/89, Serie C No. 5, párrafos 175 y ss.; Opinión Consultiva 11/90 del 10/08/1990 (solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativa a las excepciones al agotamiento de los recursos internos), esp. párrafos 23 y 34. En el mismo sentido, ver el voto conjunto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni en la causa “Itzcovich” mencionada supra, considerando 17, 2do. párrafo.

⁷⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, expresa sin dejar lugar a dudas: “La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana” (párrafo 123).

Constitución Nacional (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”⁷⁵.

. “Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’⁷⁶. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CID Serie C N° 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)”⁷⁷.

En conclusión, con independencia a cuanto hemos dicho respecto a la realidad de la imposición y de la ejecución de la pena privativa de libertad, a nivel normativo la disposición del art. 14 CP, de inferior jerarquía, contradice lo afirmado en el bloque de constitucionalidad, y desde la consideración de ese solo nivel, ello es suficiente para descalificarla.

VI.9- El replanteo de la cuestión

En virtud de cuanto hemos expuesto, creemos que no sólo es razonable, sino también imprescindible, continuar planteando la inconstitucionalidad de la prohibición contenida en el art. 14 CP.

Al respecto, entendemos que no basta con dar por cerrada la discusión en función de los precedentes mencionados de la CSJN, por diversas razones:

a) Como manifestamos en el Punto VI.3 al referirnos a dichos precedentes, su consideración detallada nos suscita la convicción de hallarnos ante la combinación de argumentos contradictorios aún al propio interior de la postura legitimante que se pretende

⁷⁵ García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537, del 02/12/2008, considerando 7°, 3er. párrafo, causa G.147.XLIV.

⁷⁶ Si bien en el caso se alude a una disposición legislativa que establece una amnistía general a responsables de delitos que revisten el carácter de ser de lesa humanidad, y por ello se habla de que carece de efectos jurídicos “desde un inicio”, ello no influye en cuanto al control de convencionalidad que se menciona, que debe practicarse en todos los casos.

⁷⁷ Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad, del 13/07/2007, Fallos: 330:3248, considerando 21.

sostener con ellos. Creemos necesario remarcar este aspecto, pues socava la coherencia de un único hilo conductor que enlazaría una variedad de temas a decidir por el Tribunal, cuando en realidad en ocasiones el holding de la sentencia es la proporción del tiempo de cumplimiento de la pena (“Gómez Dávalos”, “Gelabert”), en otras se encara la cuestión del “non bis in idem” (“Valdez”, “L’Eveque”), en otra el thema decidendum pasa por el tiempo de encierro en prisión preventiva (“Mannini”), y en otra lo central es el quantum de una pena única (“Gago”). Que en todos los casos se encuentre involucrado un sujeto reincidente no es razón suficiente para extraer de ellos una pauta única que, a su vez, sea aplicable al supuesto de la prohibición que contiene el art. 14 CP de acceder a la libertad condicional. Es difícil sostener que, por más que en casi todas las oportunidades se cite una fórmula que ya casi ha devenido en cliché, en todas ellas ese cliché constituya la centralidad de la cuestión. Más aún, cuando la lectura de cada decisorio en forma íntegra arroja que ello no es así. Al respecto, coincidimos con lo que hace nueve décadas manifestaran Tomás Jofré y Leónidas Anastasi: “Hay que desterrar la costumbre de que las citas se hagan exclusivamente por los sumarios, sin la compulsión del texto del fallo o de la nota crítica que se encuentra al pie del mismo, porque muchos de los resúmenes que figuran en los repertorios de uso corriente, dicen más de lo que pretende la sentencia, o son una mala repetición de esta. Por otra parte, jamás el sumario puede expresar la totalidad del pensamiento contenido en la sentencia, y los que sólo a él se atienen, se exponen a frecuentes tropiezos”⁷⁸.

Entendemos que el mismo efecto se produce cuando, aunque se lea en su totalidad el texto de un fallo (o incluso varios de ellos), se pretende sintetizarlo en una sola frase, y se procede a su reiteración sin cuestionamientos.

b) Si bien la CSJN tiende a referirse a alguna especie de “deber” de conformarse a sus decisiones, tanto por parte de los tribunales inferiores como de ella misma, ante todo es preciso señalar que no existe obligación constitucional ni infraconstitucional en tal sentido.

Por otra parte, se trata de una tendencia y no de un criterio uniforme y sostenido, pues como bien destaca Alberto F. Garay: “El criterio que ha privado hasta la fecha ha sido uno laxo y errático. A veces la Corte ha admitido explícitamente la obligatoriedad; en otras oportunidades ha dicho que sus fallos deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él; otras veces y refiriéndose al acatamiento de su

⁷⁸ Revista jurídica Jurisprudencia Argentina, 5-10.

jurisprudencia por parte de los demás tribunales, ha sostenido que los jueces tienen la obligación moral de conformar sus decisiones a la jurisprudencia del alto tribunal”⁷⁹.

Así, como fundamento de aquél deber se ha aludido a su “carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”⁸⁰; al “reconocimiento de la autoridad que la inviste”⁸¹; al fortalecimiento de “la seguridad jurídica” evitando “situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”⁸²; etc.

A la vez, la CSJN también ha sentado dos pautas que tienen directa incidencia en el aspecto que consideramos ahora:

a) De acuerdo a una de ellas, “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales que se apartan de los precedentes de la Corte *sin proporcionar nuevos argumentos* que justifiquen modificar la posición adoptada por el tribunal (Fallos: 307:1094, voto de la mayoría, considerando 2º y sus citas; 311:1644, entre otros)”⁸³.

Con lo cual, aún si se concibe al seguimiento del precedente como un deber, es innegable que sí tiene fundamento apartarse de él cuando se brindan nuevos argumentos. Esto ha sido afirmado de manera reiterada por la CSJN, pudiendo mencionarse a título de ejemplo: “...esta Corte ha reconocido que los jueces pueden apartarse de sus pronunciamientos cuando introducen nuevos argumentos no considerados en la decisión de este Tribunal (doctrina de Fallos: 307:1094; 311:1644 y S.476.XXII “Suárez Pravaz, Alejandra; Maldonado, Aldo Darío p.ss.aa. Infracción a la ley 20.771”, del 15 de agosto de 1989”⁸⁴.

Lo cual, a su vez, tiene estrecha relación con la siguiente pauta.

b) Según esta segunda pauta, “un criterio jurisprudencial sólo puede reiterarse en la medida en que se presenten circunstancias fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico”⁸⁵.

⁷⁹ *El precedente judicial en la Corte Suprema*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, año 2, Nº 1-2, abril de 1997, p. 51.

⁸⁰ Autolatina Argentina S.A. –incidente- c/Dirección General Impositiva, 13/03/2007, causa A.754.XXXV, consid. 7º, 2do. párrafo; Carranza Latrubesse, Gustavo s/acción de amparo, 23/05/2006; Plan Rombo s/denuncia de Silveira, Elisa, 12/08/97, Fallos: 320:1660, considerando 5º; Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo, 04/07/1985, Fallos: 307:1094; Rolón Zappa, Víctor Francisco s/Queja, 25/08/88, Fallos: 311:1644; Balbuena, César Aníbal s/extorsión, 17/11/81, Fallos: 303:1769; etc.

⁸¹ Pulcini, Luis Benjamín y Oscar Alberto Dobla p.ss.aa. infractores ley 20.771, 26/10/89, Fallos: 312:2008; García Rams, Horacio y Herrera, Carlos, 03/11/48, Fallos: 212:251; etc.

⁸² Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo, 17/02/2004, causa M.528.XXXV.

⁸³ Lloyds Bank (BLSA) Limited c/Okecki, Juan José, 19/10/95, Fallos 318:2060). El destacado es nuestro.

⁸⁴ Cáseres, Martín H. s/tenencia de arma de guerra, 25/09/97, considerando 6º, último párrafo. En idéntico sentido, Fiscal c/Fernández, Pedro Ricardo s/homicidio culposo, 27/02/2001, considerando 6º, último párrafo).

⁸⁵ Durante, Eugenio s/sucesión testamentaria, 21/06/2000, Fallos: 323:1669, considerando 5º.

En este sentido, entendemos que se han producido modificaciones tan profundas en el panorama jurídico, que los fallos de la CSJN que suelen mencionarse como “precedentes”, no revisten ni pueden revestir la calidad de tales. El sistema jurídico ha cambiado a tal grado que es innegable que el mundo del que se da cuenta en aquellos decisorios es uno que ya no existe, por lo que mal puede subsistir el fundamento, sino de “identidad”, al menos de “similitud” que, en todo caso, puede respaldar a un precedente.

Señalemos algunos aspectos que corroboran esta afirmación:

b.1) La constitucionalización del orden jurídico

De modo particularmente intenso a partir de la finalización de la segunda guerra mundial⁸⁶, se asiste a lo que se ha dado en llamar la constitucionalización del orden jurídico, que Paolo COMANDUCCI describe en estos términos: “Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”⁸⁷. Luego, con cita de Riccardo GUASTINI, menciona las condiciones de constitucionalización, a saber: existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; garantía jurisdiccional de la Constitución; fuerza vinculante de la Constitución (conjunto de normas “preceptivas” y no “programáticas”); “sobreinterpretación” de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); aplicación directa de las normas constitucionales; interpretación adecuada de las leyes⁸⁸.

Relacionado con este desarrollo, se habla de “neoconstitucionalismo”⁸⁹, término que es multívoco y puede ser enfocado desde distintas perspectivas⁹⁰. Sin entrar en esas distinciones, digamos que aquí lo emplearemos en el particular sentido de aludir a la

⁸⁶ Y en el marco de la crisis que para las concepciones positivistas del Derecho ella representó.

⁸⁷ *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 16, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 2002, p. 89.

⁸⁸ *Formas ... cit.*, p. 96.

⁸⁹ La literatura sobre el mismo es vastísima. Con carácter orientativo, sugerimos la lectura de CHAUMET, Mario E. – MEROI, Andrea A., *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, en revista La Ley, edición del 18/06/2008, págs. 1 y ss., y bibliografía allí mencionada.

⁹⁰ Ver una interesante síntesis al respecto en BAZÁN, Víctor, *Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión*, en La Ley, 2005-F, págs. 775 y ss., esp. págs. 775/776. Por otra parte, no se trata de un cuerpo homogéneo de doctrina, sino que engloba a numerosos autores con variados enfoques.

transformación del paradigma de Estado constitucional clásico o legislativo⁹¹, que en esta visión pasa a ser concebido como un Estado constitucional y democrático de Derecho⁹².

Como sostiene Gustavo VITALE, “resulta francamente problemático hablar de un Derecho Penal propio de un Estado Constitucional de Derecho desde un sector del planeta en el cual, en los hechos, no rige tal modelo de Estado, sobre todo en lo concerniente a los derechos de índole económico-social”⁹³. Por tanto, en absoluto se trata de un paradigma ya consolidado, sino de una tarea a realizar.

b.2) La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional argentina de 1994, al reconocer jerarquía constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, fijar las condiciones en las cuales otros tratados y convenciones sobre derechos humanos pueden acceder a tal jerarquía, y establecer que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22), enmarcó sin lugar a dudas a nuestro sistema en el contexto del fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico que señaláramos precedentemente.

De manera reciente, la CSJN, en el caso “Arriola”, se refirió al impacto que esto produjo en los siguientes términos:

“Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en ‘Bazterrica’ y ‘Montalvo’, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, ‘Bazterrica’ es un pronunciamiento del año 1986, y ‘Montalvo’ de 1990.

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos

⁹¹ Caracterizado por la idea de Constitución como “límite negativo” al poder (estableciendo lo que no se puede hacer, ordenar, prohibir, castigar); el principio de legalidad como justificación exclusiva y suficiente; la legitimidad de los contenidos pasa por verificar si se respetan los límites que imponen las normas constitucionales; entre otros. V. CHAUMET, Mario E. – MEROI, Andrea A., *¿Es el Derecho...* cit., p. 2.

⁹² Cuyas notas salientes son que a la dimensión formal del principio de legalidad se suma la legitimidad sustancial del contenido (v. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Ed. Trotta, 2004, 4ta. ed., esp. p. 21); la concepción del orden jurídico como desarrollo positivo de los derechos fundamentales; desplazamiento del “centro de gravedad” que de las reglas pasa a los principios; rol protagónico del juez como control de la supremacía constitucional; empleo de la técnica de ponderación para determinar el peso relativo de un principio ante la concurrencia de otro principio en el caso concreto; etc. V. CHAUMET, Mario E. – MEROI, Andrea A., *¿Es el Derecho...* cit., p-2.

⁹³ VITALE, Gustavo L., *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal – 75° aniversario del Código Penal*, OUVIÑA, Guillermo y otros, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 71.

humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re ‘Mazzeo’, Fallos: 330:3248).

Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional⁹⁴.

Estamos en presencia de un sistema con una nueva arquitectura, y al respecto es ilustrativo lo expresado por la CSJN en “Mazzeo”:

“Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, fue una de las pautas básicas sobre la que se constituyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer “es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía...” (Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30.Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861)”⁹⁵.

Como hemos visto, los argumentos centrales de la posición de la CSJN que se suele invocar en apoyo de la constitucionalidad de la prohibición del art. 14 CP, se configuraron en el período 1986-1988⁹⁶. En “Mannini”⁹⁷ hemos señalado la salvedad que se hace respecto a la fundamentación que brinda el Procurador General, y en “Gago”⁹⁸ la cuestión ni siquiera puede sostenerse que constituya un “obiter dictum”.

De este modo, no contamos con ningún auténtico precedente en el cual la CSJN haya abordado la materia a la luz de los cambios sustanciales producidos tras la reforma constitucional de 1994.

⁹⁴ Arriola, Sebastián y otros s/causa N° 9080, 25/08/2009, causa A.891.XLIV, considerando 16.

⁹⁵ Mazzeo... cit., considerando 18.

⁹⁶ Desde “Gómez Dávalos” hasta “L’Eveque”.

⁹⁷ De 2007.

⁹⁸ De 2008.

En este orden de ideas, en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, creemos que los argumentos expuestos desde las posiciones mayoritarias de los fallos que analizamos, si bien se apoyan de manera decisiva en aquellas razones brindadas por la CSJN antes de la reforma constitucional, intentan abordar el impacto de ésta, por ejemplo al sostener que ella fue tenida en cuenta por el legislador al dictar la ley 24.660, y que éste, en ese nuevo marco, decidió establecer un régimen de ejecución propio para los reincidentes, manteniendo la vigencia de la prohibición del art. 14 CP.

Es evidente que no compartimos tal perspectiva, y en el Punto VI.8 ya expusimos nuestro criterio al respecto. A esta altura de nuestro análisis, creemos oportuno añadir otro elemento a lo que ya dijéramos entonces.

La reforma constitucional de 1994 conlleva un impacto más que significativo en nuestro sistema, como dijimos. El mismo es de tal magnitud, que sus efectos no se producen *eo ipso* a partir de la reforma. Al respecto, coincidimos con Zaffaroni cuando señala que “*los principios limitadores del poder punitivo no son estáticos sino de realización progresiva*”⁹⁹, y que dicha realización “*requiere pasos sucesivos, en cada uno de los cuales el discurso habilite el tránsito de menor poder punitivo y de menor intensidad irracional, o sea, de mayor respeto a los principios constitucionales e internacionales limitadores. Esta progresión reductora no puede quedar librada a las coyunturas del poder, porque en un estado totalitario el discurso penal sería correcto si se limitase a impedir la tortura y habilitase el resto del poder punitivo. Por el contrario, la progresión reductora debe ser racional e impulsar la propia conciencia jurídica universal, basándose en lo más reductor del derecho penal comparado para extenderlo*”¹⁰⁰. Esta consideración dinámica es “*condición de eficacia del derecho penal, entendido como instrumento para el perfeccionamiento del estado de derecho, que alcanza su mayor fuerza como estado constitucional de derecho (cuando supera al precario estado legal de derecho, que no preserva de las mayorías políticas coyunturales) y que, por ende, requiere una fuerte justicia constitucional: un sistema de comprensión del derecho penal que cumpla esos requisitos configura un apéndice indispensable del derecho constitucional*”¹⁰¹. Los principios limitativos sentados por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos son “*reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished)*. El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho; el progreso de sus *standards* de realización

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...* cit., p. 93. Cursiva en el original.

¹⁰⁰ Op. y loc. cit. en nota anterior. Cursiva en el original.

¹⁰¹ Op. cit., p. 94. Cursiva en el original.

será paralelo al poder jurídico y a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo... (dichos principios) no sólo son inacabados en su realización, sino también abiertos en su enunciación... pues nuevos conflictos, tecnologías, pretextos, violaciones, discursos y aportes de otras disciplinas, como también por efecto de su propio avance realizador, demandan su permanente actualización, como lo revela la admisión de *nuevos derechos humanos* y lo prevé la CN al admitir los *derechos implícitos* (art. 33)... *toda realización de estos principios es transitoria y perfectible, y toda enunciación de los mismos es provisional*; marcan un momento a partir del cual es necesario avanzar en la realización y consiguiente contención y reducción”¹⁰².

A modo de ejemplo de que la ampliación de los límites al poder punitivo es un proceso dinámico, en estrecha relación con la materia que estamos tratando, reiteremos lo ya apuntado en cuanto a que la ley 24.660¹⁰³ excluía del régimen de la libertad asistida a los condenados con la reclusión accesoria del art. 52 CP, y esta fue invalidada en 2006 por la CSJN en “Gramajo”¹⁰⁴. De manera que, aún cuando el legislador, al momento de dictar la ley de ejecución penitenciaria, entendiera que esa exclusión era acorde con el bloque constitucional, la dinámica posterior de la realización progresiva condujo a determinar que no era así.

Esto se aprecia de modo claro en el ya citado fallo “Arriola” de la CSJN, pues inmediatamente a continuación de señalar el impacto de la reforma constitucional de 1994, menciona una serie de casos y materias que ejemplifican la amplitud y la progresividad del mismo:

“Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (‘Verbitsky’ Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (‘Casal’ Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (‘Maldonado’ Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (‘Tufano’ Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (‘Quiroga’ Fallos: 327:5863, ‘Llerena’ y ‘Dieser’ Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (‘Benítez’ y ‘Noriega’ Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (‘Barra’ Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (‘Gramajo’ Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (‘Santillán’ Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo

¹⁰² Op. cit., p. 111. Cursiva en el original.

¹⁰³ En su art. 54.

¹⁰⁴ Y por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en “Noguera”, en el mismo año.

vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos ('Arancibia Clavel' Fallos: 327:3312; 'Simón' Fallos: 328:2056 y 'Mazzeo' Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones"¹⁰⁵.

Este criterio de tomar nota de los cambios producidos en la realidad, a su vez, no es novedoso para la Corte, y así ya en "Samuel Kot S.R.L. s/recurso de hábeas corpus" manifestó:

. "Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción..."¹⁰⁶.

Pauta que es reiterada y afirmada en "Itzcovich" en estos términos:

"También admitió esta Corte que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas"¹⁰⁷.

Debe notarse, como señalamos en el Punto VI.8, que esta dinámica también se ha dado en el tema que nos ocupa en el ámbito del legislador, pues aún cuando se sostenga que al momento de dictarse la ley 24.660 se optó por la supervivencia intacta de la prohibición del art. 14 CP, es evidente que cuando se dicta el decreto reglamentario 396/1999 el criterio fue que, aún en los casos comprendidos por dicho precepto, se sometiera la cuestión al juez competente, y éste decidiera. Mal puede sostenerse, más de una década después, y en vista del proceso de expansión de derechos del individuo¹⁰⁸ que la CSJN viene consagrando en el ámbito penal, que en esta específica materia debemos aferrarnos a un criterio de comienzos del siglo XX.

VII.- Recapitulación

De acuerdo a los argumentos tradicionalmente vertidos por la mayoría de la doctrina y una creciente jurisprudencia, a lo que se suma lo que hemos pretendido aportar desde nuestro enfoque, la prohibición de otorgar la libertad condicional al sujeto declarado reincidente incurre en numerosas infracciones al bloque de constitucionalidad.

¹⁰⁵ Arriola... cit., considerando 16, último párrafo.

¹⁰⁶ 05/09/58, Fallos: 241:291.

¹⁰⁷ Itzcovich... cit., considerando 7º, último párrafo.

¹⁰⁸ Y correlativa limitación del poder punitivo estatal.

A modo de recapitulación, mencionamos las de mayor entidad, que se concretan en la violación de los siguientes principios:

- “Non bis in idem”: al tomar en cuenta el delito anterior y la pena cumplida por él.
- Culpabilidad: al aplicar una pena más severa por la culpabilidad del hecho actual más un plus de culpabilidad presumido por la comisión del nuevo delito; al crear una culpabilidad que excede el vínculo subjetivo entre el individuo y su acto; al presumir una responsabilidad objetiva.
- Proporcionalidad: al imponer una pena más grave a la que correspondería por la magnitud del injusto y por la culpabilidad del sujeto en el delito actual; al establecer, por la prohibición automática de la libertad condicional, un aumento desproporcionado en el tiempo efectivo de encierro a cumplir, sin atender a si ello responde o no a las circunstancias del caso en examen.
- Legalidad: al presumir una consciencia de la antijuridicidad de un tipo autónomo no escrito y accesorio al tipo penal que realmente se infringe con el delito actual.
- Igualdad: al acarrear una presunción de culpabilidad mayor en el supuesto en que dos sujetos, uno reincidente y otro que no lo sea, cometan el mismo delito; al presumir el fracaso del fin de prevención especial de la pena ya cumplida en quien es reincidente, proyectándola además hacia el futuro, lo que no ocurre en el supuesto de quien no es reincidente.
- Inocencia: al basarse en una declaración de reincidencia que no es oportunamente introducida, contradicha y resuelta en el marco del proceso penal; al establecer la presunción de mayor culpabilidad en el hecho actual con carácter de “iure et de iure”, sin requerir su prueba y sin admitir la demostración en contrario.
- Prohibición de doble desvaloración: incurriendo a menudo en una triple, pues el hecho anterior ya fue desvalorado en el momento de la correspondiente condena, si se considera a la declaración de reincidencia como un agravante al momento de determinar la pena actual se procede a la segunda desvaloración, y al prohibirse la libertad condicional se desvalora por tercera vez. A lo que eventualmente puede agregarse el supuesto de las leyes procesales que deniegan el estado de libertad durante el proceso en función de la existencia de antecedentes y, antes del fallo “Gramajo”, también la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en caso de multirreincidencia.
- Lesividad: al privilegiar cierta condición personal (haber sido declarado reincidente) para agravar el ejercicio del poder punitivo más allá de la lesión efectivamente producida.

- Reserva: al establecer un agravamiento en la ejecución penitenciaria que hace renacer una pena ya cumplida, y que va más allá de los actos para dar por supuestos tendencias puramente internas y absolutamente atípicas.

- Derecho penal de acto: al agravar la pena no por el acto cometido, sino por la condición de haber sido declarado reincidente; al desentenderse de lo que el sujeto haga durante la ejecución de su pena, privilegiando aquella misma condición.

- Debido proceso: tanto en la medida en que la declaración de reincidencia se decida sin previa contradicción, como por la prohibición de la libertad condicional de manera automática, sin atender a los planteamientos que puedan hacerse en relación a las características individuales del caso concreto.

- Realidad: al construir el agravamiento punitivo en función de un confuso deber ser ideal puro (respeto a la norma, estabilización del sistema, finalidad positiva de la pena, o cualquier otra denominación que se escoja), desconociendo tanto la realidad de lo efectivamente actuado por el individuo, como del sistema penitenciario.

- Humanidad: En la modalidad de prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, al acarrear un agravamiento en la ejecución de la pena que va más allá de lo que permiten los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad.

- Dignidad humana: el conjunto de principios lesionados hace que el sujeto no sea respetado como tal, sino reducido al rol de objeto (casi irreparable) del poder punitivo, desconociendo a la vez su condición de sujeto capaz de autodeterminarse y de experimentar cambios en su vida.

- Pro homine: al establecer presunciones incontrastables, al brindar de modo automático respuestas de mayor contenido punitivo y al proyectar hacia lo futuro pronósticos desfavorables, no se privilegia la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, sino todo lo contrario.

- Supremacía constitucional: al lesionar derechos y garantías reconocidos a nivel del bloque de constitucionalidad.

- Racionalidad republicana: el complejo de principios violentados, así como la combinación contradictoria de argumentos legitimantes de la agravación de la respuesta punitiva, conduce a que esta no exhiba los mínimos requisitos de fundamentación que hacen a dicha racionalidad. También aquí puede ubicarse a la incoherencia que produce en el ordenamiento normativo, al hallarse en pugna con el sistema establecido por la ley 24.660, el cual luce más ajustado a los requerimientos del bloque constitucional. Del mismo modo, en este marco puede inscribirse la ruptura de la sistemática de la teoría del delito, al quebrantar

de modo arbitrario la definición de aquél como acción típica, antijurídica y culpable, en todos sus niveles.

- Finalidad de reforma y readaptación social del condenado como fin esencial de la pena privativa de libertad: al dar por supuesto que ella no se ha operado en la condena anterior por la comisión del nuevo delito, tampoco durante la ejecución de la pena actual, y proyectarla hasta el momento del cumplimiento total o casi total de dicha pena (al menos hasta el momento en que sea posible acceder a la libertad asistida).

- Contradicción con las obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos en el bloque constitucional y de garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna.

- Tutela judicial efectiva, amplio ejercicio del control jurisdiccional y división de poderes: al sujetar al juez a la aplicación automática de una previsión legislativa que, de carácter general y abstracto, niega a aquél la consideración completa de las características individuales del caso concreto.

- Principio de realización progresiva de los derechos y garantías reconocidos a nivel del bloque de constitucionalidad: al hacer caso omiso de las modificaciones producidas con la reforma constitucional de 1994 y derivadas de ella con posterioridad, pretendiendo mantener inalterada una disposición formulada hace casi un siglo.

VIII.- A modo de horizonte

Entendemos importante y oportuno mencionar algunas circunstancias que contribuyen a enriquecer el panorama que nos propusimos brindar:

a) En la ex República Federal de Alemania, la 23ª Ley de Reforma Penal, del 13/04/1986, derogó la agravante de reincidencia que contemplaba el art. 48 del Código Penal. País en el cual, por sentencia del 16/01/79, el Tribunal Constitucional había declarado que dicha agravante era constitucional, “siempre que se evitara una presunción de mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas”¹⁰⁹. Es interesante la reflexión que efectúa el autor español José Miguel Prats Canut, en el sentido de que la evolución histórica reciente del instituto de la reincidencia es la historia de su limitación¹¹⁰. También en este sentido se expresa Esperanza Vaello Esquerdo, quien refiriéndose al régimen español apunta

¹⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio – CALDERÓN CERREZO, Ángel, Derecho Penal. Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1ª. Ed., 1999, Tomo I, p. 268.

¹¹⁰ En *Comentarios al nuevo Código Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) - VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996, 1ª ed., 1996, esp. págs. 255 y s.

que el instituto “se caracteriza en los últimos tiempos por tener cada vez más restringido su ámbito de aplicación. En efecto, la reciente evolución legislativa de la reincidencia se inserta en un proceso de lenta, pero imparable suavización de su radio de acción y de los efectos que genera sobre la pena...”¹¹¹

b) El Anteproyecto de Código Penal redactado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal”¹¹²¹¹³, suprimió el instituto de la reincidencia y, de modo obvio, todos los efectos agravantes derivados de ella.

También eliminó los institutos de la condenación y de la libertad condicionales, previendo en su lugar un amplio abanico de alternativas de reemplazo a la ejecución de la pena de prisión y en función del principio de que todas las penas deben cumplirse efectivamente.

c) En fecha 24/11/2011 la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, con dictamen favorable del Procurador General, declaró la inconstitucionalidad de la prohibición establecida por el art. 14 CP en la causa “Falconi, Carlos Roberto –Legajo de Ejecución de Penas- s/Apelación”¹¹⁴. El voto de la Vocal Mizawak se basó, en lo fundamental, en los arts. 5.6 de la CADH, 10.3 del PIDCP y 66 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, en cuanto establecen a la reinserción social como finalidad esencial de la ejecución de la pena. Ello es recogido por el régimen progresivo de ejecución penitenciaria. Sólo la disposición del art. 14 CP obsta a que el sujeto acceda a la última etapa de dicho régimen, lo cual además lesiona el principio de igualdad pues es injustificado que “distintas personas institucionalizadas, sometidas todas al mismo régimen ejecutivo de la pena, con iguales exigencias en cuanto a su cumplimiento, puedan acceder o no a distintas etapas en función de una circunstancia que ya fue valorada al momento de fijarse la pena”. Todo ello conduce a que la disposición mencionada no supere el test de racionalidad. Por su parte, el voto del Vocal Chiara Díaz señaló que elevar la declaración de reincidente a condición objetiva determinante para denegar la libertad condicional, prescindiendo de su trayectoria institucional, “importa desconocer los principios

¹¹¹ En *Aspectos problemáticos de la reincidencia*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In Memoriam*, ARROYO ZAPATERO, Luis A. – BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Directores), NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, España, 2001, Vol. I, p. 1360.

¹¹² Creada por la Resolución Nro. 303/04 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y sus anexas 136/05, 497/05 y 736/06. Constituida por David Baigún, Carlos Chiara Díaz, Joaquín Pedro da Rocha, Javier Augusto De Luca, Daniel Erbetta, Raúl Gustavo Ferreyra, Edmundo Samuel Hendler, Raúl Ochoa, Alejandro Tizón, y coordinada por Alejandro W. Slokar.

¹¹³ El texto del Anteproyecto fue elevado por la Comisión al Ministro de Justicia y Derechos Humanos el 31/08/2006.

¹¹⁴ Puede verse su texto completo en http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/fallos31_0.pdf (04/04/2012).

cardinales del Derecho Penal liberal y del debido proceso según Constitución, en especial el de la culpabilidad, del ‘non bis in idem’ y de motivación suficiente, incurriéndose en arbitrariedad”, y que pretender que aquella declaración “se proyecte como sanción adicional hacia el futuro e impida que a su respecto se aplique el régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad consagrado por la ley 24660 en sintonía con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, con base en la literalidad de lo establecido en el art. 14 del C. Penal, es sin duda una interpretación sesgada propia de un derecho penal de autor y de responsabilidad objetiva que por su contradicción con el esquema institucional resulta inadmisibles”.

d) En sentido concordante con lo recién indicado, en fecha 29/11/2011 el Procurador General de Entre Ríos dictó una Instrucción General para los integrantes del Ministerio Público Fiscal, ordenándoles “que en los dictámenes correspondientes a las peticiones de libertad condicional no se argumente como motivo de rechazo la condición de reincidente del penado atento a su inconstitucionalidad”, respondiendo al criterio de la Procuración de que la reincidencia, si implica una agravante fija a la pena, como ocurre vg. si se hace jugar al texto del art. 14 CP como obstáculo impeditivo, “vulnera los principios constitucionales de legalidad -ne bis in idem-, y culpabilidad de acto”¹¹⁵.

IX.- Conclusión

Por todo lo expuesto, entendemos que planteada la solicitud de libertad condicional por una persona a cuyo respecto se haya procedido a la declaración de reincidencia, el tribunal interviniente debería declarar la inconstitucionalidad de la prohibición contenida en el art. 14 CP, y analizar entonces si se hallan o no reunidos los restantes requisitos establecidos por la ley (arts. 13 y concordantes CP), decidiendo exclusivamente en función de dicha circunstancia el otorgamiento o no de la libertad.

¹¹⁵ Puede consultarse su texto completo en http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/fallos29_0.pdf (04/04/2012).

Bibliografía

Se indica únicamente la consultada y citada a lo largo del trabajo.

- Acuerdos y Sentencias – Diversos tomos
- ALDERETE LOBO, Rubén, *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007
- ARNEDO, Miguel, *La reforma penal y el nuevo régimen de la reincidencia*, revista jurídica El Derecho (ED), tomo 115, págs. 929 y ss.
- AUED, Norberto – JULIANO, Mario, *La probation y otros institutos del Derecho Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001
- BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y derecho represivo*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1980
- BAZÁN, Víctor, *Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión*, en La Ley, 2005-F, págs. 775 y ss.
- BERGALLI, Roberto, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980
- BOEHMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia: su aplicación y creación*, traducción y anotaciones de Derecho español por José PUIG BRUTAU, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1959
- BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, edición del 05/05/1999
- CASTEX, Francisco, *La reincidencia en Casación*, Revista Nueva Doctrina Penal, 1998-B, págs. 543 y ss.
- CESANO, José D., *Panorama normativo del Derecho Penitenciario Argentino*, en el sitio web L'altro diritto – Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/cesano.htm> (04/04/2012)
- CHAUMET, Mario E. – MEROI, Andrea A., *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, en revista La Ley, edición del 18/06/2008, págs. 1 y ss.

- CHIARA DÍAZ, Carlos A., comentario a los arts. 13 a 17 CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David BAIGÚN – Eugenio ZAFFARONI (Dirección), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 174 y s.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio – CALDERÓN CERREZO, Ángel, Derecho Penal. Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1ª. Ed., 1999, Tomo I
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Editorial Zeus, 2000
- CLEMENTE, Pablo Martín, *Invalidez constitucional de la reincidencia*, en Revista de doctrina y jurisprudencia, Derecho Penal, 1, Editorial Juris, Rosario, 1992, págs. 29 y ss.
- COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 16, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 2002, págs. 89 y ss.
- D'ALESSIO, Andrés (Director) - DIVITO, Mauro (Coordinador), *Código penal comentado y anotado*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005
- DONNA, Edgardo (Director) y otros, *Reformas penales actualizadas (Hasta la ley 26.087)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006
- DONNA, Edgardo A. - IUVARO, María José, *Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – Diversos tomos
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Ed. Trotta, 2004, 4ta. ed.
- FRANKL, Víctor, *El hombre en busca de sentido*, Editorial Herder, Barcelona, España, 1991, 12ª. Ed., trad. Diorki

- GARAY, Alberto F., *El precedente judicial en la Corte Suprema*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, año 2, N° 1-2, abril de 1997, págs. 51 y ss.
- GIMENEZ PERCIÁS, Antonio, *Victimación terciaria y necesidad de reforma*, en Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, España, N° 7, 1993, págs. 63 y ss.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, 6ª. ed., 5ª. reimp.
- HAFFKE, Bernhard, *Reincidencia y medición de la pena en El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, compilación de Bernard Schünemann, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1991, págs. 186 y ss.
- HERRERA, Julio, *La reforma penal*, Librería e Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911
- HADDAD, Jorge, *Derecho penitenciario*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999
- JOFRÉ, Tomás – ANASTASI, Leónidas, Revista jurídica Jurisprudencia Argentina, 5-10
- JULIÁN MARISCAL, Olga, *Condición y excepción en textos decimonónicos no literarios*, en *Tendencias actuales en la investigación diacrónica de la lengua: actas del VIII Congreso Nacional de la Asociación de Jóvenes Investigadores de Historiografía e Historia de la Lengua Española*, Laura ROMERO AGUILERA y Carolina JULIÁ LUNA (Coordinadoras.), Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2009, p. 351.
- KENT, Jorge, *La resocialización de los penados. Un desafío en el nuevo milenio*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998
- MAGARIÑOS, Héctor M., *Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un 'modelo peligroso' de Derecho Penal)*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, N° 7, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 97 y ss
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo 1, vol. b

- MERTON, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980
- MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y control social*, Editorial Temis, Colombia, 2004
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penales españoles*, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Marino BARBERO SANTOS y otros, Editorial Instituto Alemán, Madrid, España, 1982, págs. 103 y ss.
- PRATS CANUT, José Miguel, *Comentarios al nuevo Código Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) - VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996, 1ª ed., 1996
- RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, reimp.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros, Tomo I
- SANSONE, Juan Manuel, *La extremaunción de la reincidencia*, en Revista del Ministerio Público Fiscal, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2004, Volumen 12, págs. 107 y ss.
- VAELLO ESQUERDO, Esperanza, *Aspectos problemáticos de la reincidencia*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In Memoriam*, ARROYO ZAPATERO, Luis A.– BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Directores), NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, España, 2001, Vol. I, págs.. 1359 y ss.

- VITALE, Gustavo L., *Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal – 75° aniversario del Código Penal*, OUVIÑA, Guillermo y otros, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 71
- VITALE, Gustavo L., *La reincidencia contamina el derecho penal constitucional*”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2005-A-173
- YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002
- ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2da. ed.
- ZAFFARONI, Eugenio – SAL LLARGUÉS, Benjamín, comentario a los arts. 50 a 53 CP, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, David BAIGÚN – Eugenio ZAFFARONI (Dirección), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2da. ed., 2007, págs. 327 y ss.
- ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, 1ra. ed.

Índice

	Pág.
I.- Introducción	1
II.- El fallo H., G. G.	1
II.1- El caso	1
II.2- Voto mayoritario del Dr. Netri	2
II.3- Voto minoritario de la Dra. Gastaldi	4
II.4- Voto minoritario del Dr. Erbetta	4
III.- Aspectos relevantes de los restantes fallos	7
III.1- El caso S., H. A.	8
III.1.1- Voto de la Dra. Gastaldi (minoritario)	8
III.1.2- Los otros votos	8
III.2- El caso Vega	9
III.2.1- Voto del Dr. Falistocco (mayoritario)	9
III.2.2- Restantes votos	9
III.3- El caso R., M. A.	10
IV.- Algunos antecedentes provinciales	10
IV.1- Noguera, C. R. y M., D. J. –Lesiones leves dolosas y violación de domicilio- s/Recurso de inconstitucionalidad	10
IV.2- Lezama, Carlos David –Robo con homicidio- Resistencia a la autoridad- s/Recurso de inconstitucionalidad	10
IV.3.- Gamboa, M. A. –Portación ilegal de arma de fuego de uso civil agravada s/Queja	11
V.- La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	12
V.1- Gómez Dávalos, Sinforiano (16/10/1986)	12
V.2- Valdez, Enrique Carlos (21/04/1988)	13
V.3- Gelabert, Rubén Guillermo (07/07/1988)	14
V.4- L’Eveque, Ramón Rafael (16/08/1988)	14
V.5- Mannini, Andrés (17/10/2007)	15
V.6- Gago, Damián Andrés (06/05/2008)	16
VI.- Algunas reflexiones	17
VI.1- Una cuestión hermenéutica	18
VI.2- La declaración de reincidencia	19
VI.3- Una perspectiva amplia	21

VI.4- El fundamento antropológico del sistema	28
VI.5- Presunción y realidad del caso. La concreta culpabilidad.	28
VI.6- El agravamiento en la ejecución de la pena	32
VI.7- El triunfo del pasado sobre el presente para diseñar el futuro	33
VI.8- Una mirada exclusivamente normativa	35
VI.8.a- El régimen de la ley 24.660	35
VI.8.b- El bloque de constitucionalidad	41
VI.9- El replanteo de la cuestión	44
VII.- Recapitulación	52
VIII.- A modo de horizonte	55
IX.- Conclusión	57
Bibliografía	58