



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

Voto del Juez Quiñones en la causa n° 3230: **Moreira, Alberto Antonio – Prieto, Ricardo Javier s/Infracción a la Ley 23.737** (Acuerdo de Juicio Abreviado)

El Juez Quiñones dijo:

Se sometió a consideración de este Tribunal Oral el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre el Sr. Fiscal General –Dr. Luis Roberto Benítez- y los procesados Prieto y Moreira, con la asistencia de sus respectivos defensores Dres. Abadie y Bogado. Según sus términos, se convino omitir el plenario y condenar a los nombrados como coautores del delito de transporte de estupefacientes –en grado de tentativa- a sendas penas de prisión y de multa.

Resulta meridiano que este Tribunal no puede limitar el examen del acuerdo citado al mero control de sus formalidades extrínsecas y a recabar la conformidad de los acusados, pues ello implicaría abdicar de la función de *conocer y decidir las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de la Nación*, que le atribuye el artículo 116 de la Constitución Nacional. En nuestro sistema constitucional, existen valores más importantes que la eficiencia y eficacia estatales ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

¹. USSC, 3 de abril de 1972: **Stanley v. Illinois**, 405.US.645: “La Carta de Derechos, en general, y la cláusula del debido proceso, en particular, fueron diseñadas para proteger a los frágiles valores de una ciudadanía vulnerable de la preocupación dominante por la eficiencia y la eficacia que pueden caracterizar a los oficiales del Gobierno” (*Indeed, one might fairly say of the Bill of Rights in general, and the Due Process Clause in particular, that they were designed to protect the fragile values of a vulnerable citizenry from the overbearing concern for efficiency and efficacy*

Procede, en consecuencia, realizar un escrutinio detenido de los términos del convenio en cuanto –de suyo– importa una renuncia al contradictorio pleno que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional ⁽³⁾.

No escapa a mi consideración que el ordena-

that may characterize praiseworthy government officials). Debo la cita a **Klein**: *Judicial coercion in the plea bargaining process*, Hofstra Law Review, volumen 32, pp. 1349/1423. Ver también **McCoy**: *Plea Bargaining as coercion*, Criminal Law Quarterly, volumen 50, pp. 1/41. Dejo constancia que todas las traducciones no son literales, sino contextuales y que sus seguros errores me son enteramente adjudicables.

². La Corte Constitucional Italiana, en virtud de la Sentencia 313/90, del 2 de julio de 1990, declaró la inconstitucionalidad del artículo 444, inciso 2°, del Código Procesal Penal en cuanto no preveía la posibilidad de que el Juez se pronunciara sobre la adecuación de la pena pactada en un *patteggiamento* (acuerdo de juicio abreviado), rechazándolo si detectaba ese déficit: “Aunque fuese cierto que el artículo 444 atribuyera al juez un mero control de legalidad, se trataría siempre de una función jurisdiccional: y por lo tanto de una función esencial, sin la cual las partes no tienen posibilidad alguna de definir el juicio, que es el momento principal de la función jurisdiccional” (*Anche se fosse vero che l'art. 444 attribuisca al giudice un mero controllo di legittimità, si tratterebbe pur sempre di una funzione giurisdizionale: e per di più di una funzione determinante, dato che senza di essa le parti non avrebbero alcuna possibilità di definire il giudizio, mentre è proprio questo il momento qualificante della funzione giurisdizionale*).

³. Sobre los rasgos inquisitivos del sistema de juicio abreviado y el necesario control judicial, cfr. **Bazzani Montoya**: *Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos*, Derecho Penal y Criminología (Universidad Externado de Colombia), volumen 30, número 89, año 2009, pp. 147/162. Sobre la exigencia de respeto a las garantías constitucionales del acusado, cfr. **Huber**: *Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán*, Revista Penal, N° 22, julio de 2008, pp. 43/49.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

miento procesal (artículo 431 *bis*, apartado 3), pareciera regular como *numerus clausus* los motivos de rechazo de un acuerdo de juicio abreviado, a los que –en principio- debiera ceñirse este examen. Sin embargo, no es posible soslayar que los acusados, que prestaron su “conformidad”, cumplen prisión preventiva, la que importa una situación de ínsita coerción. Ya en el Digesto se sostenía: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habero* (“No tendré por válido lo que se ha hecho por causa de miedo”) –Libro IV, Título II, Ley 1, citado en la nota al artículo 938 del Código Civil Argentino-.

No debe perderse de vista que, en nuestro sistema jurídico, el ámbito negocial de este acuerdo jurídico se encuentra limitado al aspecto procesal (abreviación del trámite), no a los aspectos sustantivos de la *litis* que son indisponibles para las partes.

1) Situación jurídica de Prieto

1) Aunque en el requerimiento fiscal de elevación a juicio se imputó al procesado Prieto como coautor del delito de transporte de estupefacientes, en el acuerdo de juicio abreviado que examinamos su conducta fue encuadrada en la misma figura, pero en la etapa de comienzo de ejecución (artículo 42 del Código Penal), mocionando –en cuanto aquí interesa- que se le impusiera la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

2) Habrá, pues, que comenzar este análisis por el aspecto más gravoso de la pretensión punitiva: la modalidad de cumplimiento de la pena. En la práctica, importaría que el condenado –probablemente- permanezca privado de su libertad duran-

te ocho meses, en función a lo previsto por el artículo 13 del Código Penal, parte de los cuales los habría cumplido en prisión preventiva y –por lo tanto- no puede ni siquiera imaginarse que, en este caso, la pena tenga alguna eficacia preventiva especial, cual es el paradigma constitucional: artículos 18 de la Constitución Nacional, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En verdad, ello me persuadió de adherir a la postura del Sr. Presidente –Dr. Alfredo Francisco García Wenk- en el sentido de ordenar el cese de la prisión preventiva que cumplía el procesado ante la posibilidad cierta de desestimar –en este aspecto- la pretensión de la parte acusadora.

2.a) Desde antaño, la Penología ha puesto en cuestión a las penas cortas privativas de libertad. Durante el Primer Congreso Penitenciario Internacional (Londres, 1872), lo expresó con claridad **Foresta**: *En la medida en que no hay tiempo para instruir o reformar (a las personas condenadas a una pena corta) desafortunadamente encuentran tiempo para corromperse. De otro lado, el número de estos presos crece, son costosos para el Estado. Además, durante su detención sus familias sufren, y a menudo son conducidos al crimen por necesidad* ⁽⁴⁾.

⁴. *While there is not time to instruct or reform (the persons sentenced to short imprisonment), they unhappily find time to get corrupted. On the other hand, the number of these prisoners being very large, they are very costly to the State. Moreover, during their detention their families suffer, and are often themselves driven to crime by want.* Debo la cita a **Sonia Snacken**: *Les courtes peines de prison*, publicado en **Déviance et société**, 1986 - Vol. 10 - N°4., pp. 363-387.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

2.b) El problema fue tratado en similares términos en los sucesivos Congresos: Roma (1885), San Petersburgo (1886), Budapest (1905), Washington (1910), Londres (1925) y La Haya (1950). La mayor parte de las consideraciones formuladas en esos foros, fueron sintetizadas en el informe A/Conf.17/5 (*Short Term Imprisonment*) presentado al 2do. Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (Londres, 1960).

Las objeciones expuestas en el mencionado *workpaper* (§§ 139 a 143) son: I) *La imposibilidad de conocer suficientemente, durante una pena corta, la personalidad del delincuente y sus necesidades con el objeto de aplicarle el tratamiento adecuado;* II) *Aún admitiendo que se conozca esa personalidad, sigue resultando que el tratamiento en prisión requiere un mínimo de duración que no se da en las penas cortas;* III) *Privada por tanto de toda posibilidad educativa, la pena corta sigue presentando además la mayoría de los inconvenientes inherentes en toda pena de privación de libertad: peligro de contaminación, debilitamiento o quebrantamiento de los lazos familiares y sociales, dificultad de reintegración del ex recluso a la comunidad!* ⁽⁵⁾.

⁵. I) *It is imposible during a short term sentence to get to know the offender and his needs sufficiently well to adapt the treatment to his requirements;* II) *Even with a knowledge of the offender's personality the re-education requires a minimum length of time with the short sentences does not afford;* III) *While it thus offers no prospect of re-education, the short sentences has nevertheless most of the inherent disadvantages involving deprivation of liberty: risk of contamination, weakening of social*

Estos reparos teóricos, dieron lugar al diseño y aprobación de las “Reglas de Tokio” -sobre las medidas no privativas de la libertad- aprobadas por la Resolución 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (14 de agosto de 1990), sobre las que volveremos más adelante.

2.c) La imposición de penas cortas privativas de libertad ha sido cuestionada por la doctrina nacional ⁽⁶⁾ y extranjera ⁽⁷⁾. Finalmente, es el estándar establecido en la jurisprudencia de la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁽⁸⁾.

and families ties, difficulty of insertion of the prisoner in the community after release.

⁶. **Zaffaroni – Alagia – Slokar**: Derecho Penal – Parte General, pp. 930/931; **Pampliega**: *El derecho a la condena de ejecución condicional*, La Ley 2006-F:497.

⁷. **Fernández Muñoz**: La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla, p. 111, donde describe la práctica en Alemania. Sobre la sustitución de las penas cortas de prisión por el sistema de días-multa en España, cfr. **Jaén Vallejos**: Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas, pp. 29/31; **González Tascón** –citando a Mapelli Caffarena- afirma: la resocialización *debe procurar la no desocialización del delincuente o –en todo caso- no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras* (Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana, p. 53); **Roxin**: *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, p. 17.

⁸. CSJN, 3 de mayo de 2005: **Verbitsky, Horacio** (Fallos 328:1146, considerando 62° del voto mayoritario); CSJN, 21 de septiembre de 2004: **Gassol, Silvia Irene y otro** (Fallos 327:3816, dictamen del Procurador Fiscal al que adhirió el tribunal); CSJN, 8 de agosto de 2006: **Squilaro, Adrián Rodolfo y otros** (Fallos 329:3006, considerando 7° del voto de la mayoría); CSJN, 1° de abril de 2008: **Delfino, Martín Fernando y otros** (Fallos 331:477, dictamen del Procurador Fiscal al que adhirió la Corte).



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

2.d) Considero –en consecuencia- que no debe acogerse el punto del acuerdo de juicio abreviado en el que se convino la modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad, en cuanto no invoca un fundamento superador que justifique apartarse de las consideraciones penológicas expuestas precedentemente ⁽⁹⁾.

3) Descartada la posibilidad del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, surge como alternativa la imposición de una pena de ejecución condicional, pues la concreta pretensión punitiva no excede el límite cuantitativo establecido por el artículo 26 del Código Penal (tres años de prisión) y –sin que se haya alegado lo contrario- concurren las circunstancias cualitativas que demuestran la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad del encausado.

La dañosidad del delito ya ha sido considerada por el legislador al establecer la escala penal con que se encuentra conminado. Sin embargo, ejerciendo el derecho constitucional a expresar libremente mis ideas, considero que la política de criminalización primaria en la materia ha desatendido la consideración menos gravosa de las conductas de quienes ocupan roles menores en las operaciones de narcotráfico (llamados, eufemísticamente, “mulas”). Como puede advertirse, incluso empíricamente, ésta y otras

⁹. Algunos valiosos fundamentos adicionales pueden consultarse en el Acuerdo de Juicio Abreviado celebrado, el 11 de noviembre de 2009, en la causa ***Dadone, Aldo y otros s/Defraudación a la Administración Pública (Banco de la Nación Argentina)***, publicado en el *website* del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

aporías normativas y la *selectividad inversa* de las agencias policiales han provocado el efecto paradójal del crecimiento de este fenómeno delictivo ⁽¹⁰⁾.

3.a) Ahora bien, si –como consideramos- resultaría procedente que la pena que corresponde imponer a Prieto sea susceptible de ejecución condicional, luego: también lo es suspender –a su favor- la ejecución del juicio a prueba de conformidad a lo previsto por los artículos 76 *bis* –párrafo 4°- del Código Penal y 5° del Código Procesal Penal.

Ambas soluciones depararían el mismo tratamiento de resocialización: la no comisión de nuevos delitos y la imposición de algunas de las reglas de conducta previstas por el artículo 27 *bis* del Código Penal (artículos 27 *bis* y 76 *ter* del Código Penal), con la única diferencia –en este aspecto- de la extensión temporal –prevista en abstracto- de aquellas obligaciones, que tampoco son enormemente diferentes: de uno a tres años, en un caso, de dos a cuatro años, en el otro.

3.b) No obstante, las consecuencias para el imputado serían absolutamente más graves en el caso de la imposición de una condena que si se suspendiera el juicio a prueba. Las diferencias son tan obvias que sólo cabe mencionar al *marcaje*: un

¹⁰. CSJN, 25 de agosto de 2009: **Arriola, Sebastián y otros**, (Fallos 332:1963, considerando 15° del voto pionero). En su voto, el Ministro Lorenzetti lo expuso con franqueza: *Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos.*



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

antecedente condenatorio –por un delito de narcotráfico- dificultará, casi hasta lo imposible, su reinserción social o laboral en grado superior a la suspensión del juicio a prueba. Se trata de un factor criminogénico expresamente contemplado por el artículo 41.2 del Código Penal: *la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*.

Por lo tanto, es preciso examinar –con mayor rigor- la cuestión.

3.c) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la vigencia del *derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena* ⁽¹¹⁾. En materia penal, los derechos del procesado se ejercen contra el Estado que es el obligado a cumplirlos ⁽¹²⁾.

Esta obligación estatal deriva –en primer lugar- de lo dispuesto por las Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, Cuba, 1990), consideradas por la Procuración General de la

¹¹. CSJN, 25 de septiembre de 1997: **Menna, Luis** (Fallos 320:1919); CSJN, 11 de noviembre de 1997: **Padula, Osvaldo R. y otros** (Fallos 320:2451); Dictamen del Procurador General del 9 de septiembre de 2002 en autos **Zunino, Eddi**, reiterado en el Dictamen del 9 de marzo de 2004, finalmente aceptado por la Corte (Fallos 327:423); CSJN, 11 de noviembre de 2005: **Fiscal c/Zingaretti, Trubiano y otros** (Fallos 328:3869). Cfr. en el mismo sentido **La Rosa: El derecho a la resolución alternativa del conflicto penal**, La Ley 2009-C:88.

¹². CSJN, 12 de septiembre de 2002: **Ministerio de Relaciones Exteriores (Juez Magariños)**, disidencia del Dr. Petracchi, párrafo 4°.

Nación como integrantes del *corpus iuris de derecho internacional de derechos humanos* ⁽¹³⁾.

La Directriz 18ª, en su segunda parte, establece: *los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.*

Parte de ese deber es puesto bajo la responsabilidad de los fiscales: *De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima* (Directriz 18ª, primera parte).

Estos principios internacionales han tenido su correlato en diversas resoluciones emitidas por la Procuración General de la Nación, en ejercicio de la facultad que le depara a su titular el artículo 33.d) de la Ley 24.946 (*Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal*).

En tal sentido, deben citarse las Resoluciones 100/96 por la que se instruyó a los fiscales a aceptar la suspensión

¹³. **Marchisio:** *El Gobierno y la política de persecución penal del Ministerio Público Fiscal a través de las resoluciones del Procurador General de la Nación*, p. 114. Publicación de la Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales del Ministerio Público Fiscal.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

del juicio a prueba en los supuestos del artículo 14, 2da. parte, de la Ley 23.737, prescindiendo de la interpretación meramente literal de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 24.316 ⁽¹⁴⁾; 39/97 sobre la pena a considerar para el otorgamiento del beneficio; 45/99 instando a propender al logro de acuerdos entre víctimas e imputados; 24/00 por la que se rechazó el criterio sentado en **Kosuta** sobre la pena a considerar y sobre la inviabilidad de la suspensión del juicio a prueba cuando el delito estuviera conminado con pena de inhabilitación conjunta o alternativa; 86/04 por la que se restableció la vigencia de su similar 24/00; 130/04, asignando carácter obligatorio a la Resolución PGN 24/00 (contra la postura adversa de algunos Fiscales: Romero Victorica *et alters*), mencionando en sus considerandos *la necesidad de adoptar soluciones alternativas para conflictos leves, logrando mayor eficacia en la persecución de los hechos punibles de mayor gravedad o cometidos bajo modalidades de crimen organizado.*

La Resolución 97/09 establece solo dos restricciones de política criminal: a) cuando involucre hechos de corrupción de funcionarios públicos; b) cuando el otorgamiento del beneficio a uno de los imputados perjudicara el ejercicio de la acusación contra otros procesados. Ninguna de estas situaciones ha sido invocada en la especie.

No obstante los reparos que nos merece la

¹⁴. Cfr. Auto Interlocutorio de este Tribunal en autos **Quevedo, Ana Soledad**.

segunda parte de esta última resolución ⁽¹⁵⁾, el eje central de la Política Criminal del Ministerio Público Fiscal es clarísimo: la forzosa *selectividad*, que es estructural a la criminalización secundaria (ante la imposibilidad de cumplir el programa criminalizante faraónico), debe orientarse en dirección a los delitos más graves y a la criminalidad organizada y no hacia los más que –ocasional y primariamente- incurren en delitos de menor ofensividad.

4) La segunda fuente de la obligación estatal de explorar alternativas a la resolución del conflicto penal sin acudir a las penas, integra –igualmente- el *soft law*, y son las Reglas de Tokio a las que hiciéramos referencia en párrafos anteriores.

La Regla 2.3 prescribe: *A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delinciente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determi-*

¹⁵. Considero que privar a alguien de un derecho (a la suspensión del juicio a prueba) como *medio asegurativo* de la persecución penal a otro procesado infringe el Principio de Inviolabilidad de la persona que proscribe *imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio* (Nino: *Ética y Derechos Humanos*, p. 239); en similar sentido, sostiene **Badeni**: *la confusión ideológica entre el bien común y el bien del Estado, ha conducido a una paulatina sustitución de los fines personalistas de la Constitución por objetivos transpersonalistas que no se compadecen con la esencia de aquélla* (La vigencia de la Constitución Nacional, La Ley 1987-A:835).



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

nados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

La Regla 2.4 indica que la utilización de medidas alternativas constituye una obligación proactiva del Estado: *Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.*

La Regla 2.6 precisa un paradigma que ha sido enunciado –con mayor claridad– por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado* ⁽¹⁶⁾.

Cabe añadir que, el 12° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (San Salvador, Brasil, abril de 2010) emitió la Declaración de San Salvador cuyo punto resolutivo 51° expresa: *Destacamos la necesidad de reforzar las medidas sustitutivas del encarcelamiento, entre ellas el servicio comunitario, la justicia restaurativa y la vigilancia electrónica, así como la de apoyar los programas de rehabilitación y reinserción, incluso los destinados a corregir las conductas delictivas, y los programas de educación y formación profesional para los reclusos.*

¹⁶. CIDH, Sentencia C-177, del 2 de mayo de 2008: *Kimel v. Argentina* (considerando 76°).

5) La tercera fuente de la obligación estatal integra el bloque de constitucionalidad federal. El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe: *Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.* Uno de los derechos que reconoce la Convención es a la libertad personal (artículo 7.1 de la CADH).

Aún extremando el análisis, no encontramos ninguna *razón de interés general* que demuestre la superioridad valorativa o –siquiera- eficientista de la imposición de una condena (aunque fuere de ejecución condicional) respecto a la suspensión del juicio a prueba, ni ésta puede inferirse de los términos del acuerdo de juicio abreviado.

Pero, además, el instituto de la suspensión del juicio a prueba fue instituido por el legislador con algún propósito no banal: la resocialización de quien –presuntamente- ha incurrido en una infracción a la ley penal por primera vez y cuyos requerimientos de prevención especial positiva no excedan los tres años de prisión. No es posible, en consecuencia, despojar de contenido a esta solución alternativa prevista por el legislador, extendiendo –voluntaristamente- las restricciones previstas en los párrafos 6° y 7° del artículo 76 *bis* del Código Penal, pues ello iría en desmedro del principio de máxima taxatividad legal en materia penal.

La lesividad de la acción delictiva (compre-



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

siva del bien jurídico afectado por su puesta en peligro) y el grado de culpabilidad exteriorizado con ella, han sido objetivamente valorados por el Ministerio Público Fiscal al formular su requerimiento de pena ⁽¹⁷⁾, que constituye un límite a las facultades de este Tribunal (artículo 431 *bis*, inciso 5°, del Código Procesal Penal) y que vincula al órgano requirente en términos de *actos propios* (adeudo este argumento a mi colega Dr. Belforte) ⁽¹⁸⁾.

6) El corolario de las reflexiones que –hasta aquí– hemos venido formulando, lo constituye la serie de fallos de la Corte Suprema en los que se vinculó la suspensión del juicio a prueba *con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal* ⁽¹⁹⁾.

¹⁷. Artículo 120 de la Constitución Nacional; Directriz 13.b) de las Directrices sobre la Función de los Fiscales.

¹⁸. La doctrina sostiene que la garantía de no agravación punitiva tiene dos dimensiones: procesal y sustantiva: *“la acusación notificada tendría una doble función, de una parte, de los elementos de que tratará el juicio dirigido en su contra (para hacer posible su defensa procesal) y, de otra, una función de garantía de conocimiento de lo que se arriesga como máximo en él (no agravación punitiva)”* (Del Río Ferreti: *El principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen 34-1, año 2010, pp. 349/383.

¹⁹.CSJN, 23 de abril de 2008: causas **Acosta, Alejandro Esteban; Norverto, Jorge Braulio y Lorenzo, Amalia**; CSJN, 7 de octubre de 2008: **Nanut, Daniel**. Ver también el voto en disidencia del Ministro Zaffaroni en CSJN, 3 de agosto de 2010: **Delillo, Karina Claudia**, en especial su considerando 9°.

Por lo tanto, concurriendo los requisitos previstos por el artículo 76 *bis* del Código Penal, este Tribunal carece de facultades para pronunciar una sentencia condenatoria, incluso de ejecución condicional.

7) Además de estas consideraciones generales, y centrando nuestro análisis en el específico delito que se atribuye al procesado –transporte de estupefacientes, en grado de tentativa-, nuestro país ha aprobado (Ley 24.072) la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (Viena, diciembre de 1988), cuyo cumplimiento es obligatorio en virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, aprobada por la ley de facto 19.865.

Como lo sostuvo (desde 1995), nuestro colega Dr. García Wenk, de los artículos 27, 31 y 75 –incisos 22 y 24- de la Constitución Nacional se infiere la prelación normativa de los tratados internacionales sobre las leyes ordinarias ⁽²⁰⁾.

Así las cosas, en virtud de la primera Convención mencionada, nuestro país está obligado a tipificar como delito al *transporte de estupefacientes o sustancias psicotrópicas* (artículo 3.1.a.I), y a su *tentativa* (artículo 3.1.c.IV).

Sin embargo, el propio instrumento internacional prevé: *No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes*

²⁰. **García Wenk**: *Los tratados de integración y la reforma de la Constitución Nacional*, en la obra colectiva *La reforma constitucional interpretada*, p. 347.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento (artículo 3.4.c).

Ahora bien, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que clasifican a las infracciones penales según la gravedad de las penas con que se encuentran conminadas ⁽²¹⁾, el nuestro no especifica taxativamente cuáles deben considerarse *infracciones de carácter leve* en el sentido de la Convención. Ello, nos impone la tarea de reconstruir dogmáticamente el concepto enunciado ⁽²²⁾, partiendo del dato obvio que todo delito es una creación cultural, convencional y contingente ⁽²³⁾, calidades que se proyectan a su taxonomía.

En esa dirección, los elementos constitutivos de la *infracción leve*, pueden inferirse de los antecedentes parlamentarios de la Ley 24.316 que incorporó al Código Penal a la suspensión del juicio a prueba.

La iniciativa, concretada mediante la remisión

²¹. Código Penal Alemán, § 12; Código Penal Francés, artículo 111-1; Código Penal Español, artículo 13.

²². **Zaffaroni**: “La reconstrucción del discurso jurídico-penal como planificación del ejercicio de poder decisorio de los juristas es, en nuestro margen, una necesidad vinculada a nuestra supervivencia comunitaria” (En busca de las penas perdidas, p. 208); **Zambrano**: *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, en especial Capítulo II: *La interpretación creativa y la tesis dworkiniana del derecho como integridad*.

²³. **Malinowsky**: *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, pp. 50/51 (sobre el el quebrantamiento de la exogamia del clan totémico); **Ferrajoli**: *Derecho y Razón*, p. 375.

al Congreso por parte del Poder Ejecutivo (Mensaje 1440 del 12 de agosto de 1992), exponía: *Precisamente en el caso de delitos de menor gravedad el Estado puede verificar la certeza de este pronóstico de no recaída en el delito, mediante la sujeción de aquellos autores a la observancia de ciertas reglas que les sirvan de ayuda para evitar la renovada delincuencia, luego de arribar a una convicción de culpabilidad o, incluso, en una instancia anterior del proceso. Con relación, en principio, a las penas menos graves, cada vez se halla más extendida en la legislación contemporánea la utilización de mecanismos que, a la par de no eximir al hecho punible de una reacción perceptible, supeditan la liberación de la aplicación de una pena a que el autor cumpla voluntariamente las instrucciones que se le imparten para que observe una conducta ordenada.*

La Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados (Dictamen del 4 de mayo de 1993), sostuvo: *Es necesario entonces, dotar al sistema de instrumentos que permitan, con racionalidad, obviar el juzgamiento de los casos de menor trascendencia penal, para permitir que se puedan juzgar los hechos de delincuencia de mayor envergadura.*

Entonces, las pautas que delimitan dogmáticamente a las infracciones leves son la pena que –en abstracto- correspondería imponer al procesado, que no debe exceder los tres años de prisión (artículo 76 *bis* -1er. párrafo- del Código Penal), o la que –en concreto- fuese susceptible de ejecución condicional (artículo 76 *bis* -4to. párrafo- del Código Penal) en función a lo previsto por el artículo 26 del Código Penal (artículos 1° de la Resolución PGN 39/97 y 2° de la Resolución PGN 24/00).



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

Incorporado, con estos alcances, el instituto de la suspensión del juicio a prueba, el desaplicarlo demandaría la tacha de inconstitucionalidad del 4to. párrafo del artículo del Código Penal citado, la que no se ha articulado en este proceso.

Por lo tanto, la selección de una solución alternativa –legalmente establecida- al conflicto que consideramos no constituye una facultad discrecional del Estado, sino su obligación frente a la comunidad jurídica internacional ⁽²⁴⁾.

8) Contra la solución que propicio (rechazar el acuerdo de juicio abreviado) podría levantarse una objeción dogmática: el artículo 26 del Código Penal establece: *No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación*. Ello así, porque el delito que se atribuye al procesado se encuentra conminado con pena conjunta de multa.

Sin embargo, la remisión que se efectúa en el párrafo 4° del artículo 76 *bis* del Código Penal a los supuestos en que procede la suspensión de la ejecución de la condena, se en-

²⁴. Cfr. en el mismo sentido Supremo Tribunal Federal de Brasil, en pleno, 1° de septiembre de 2010: **Habeas Corpus 97.256 – Rio Grande do Sul – Alexandro Mariano da Silva**, en cuya virtud se declaró la inconstitucionalidad *incidenter tantum* de los artículos 33, § 4, y 44 de la Ley 11.343/06 –Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- que vedaban la aplicación de medidas alternativas respecto a los delitos de tráfico de estupefacientes, que fueron considerados violatorios del artículo 5°-XLVI de la Constitución Federal Brasileira: “*No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo*” (Relator Ministro Ayres Britto).

cuenta limitada por la garantía de la *presunción de inocencia* y por la proscripción de imponer cualquier pena (la de multa lo es) sin juicio previo (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Por lo tanto, la suspensión del juicio a prueba impide presumir prematuramente que –en la hipótesis de que se hubiese realizado el juicio- la sentencia sería condenatoria e incluiría a la pena de multa, situación que –en cambio- se presenta en el caso del artículo 26 del Código Penal que –por definición- supone que se ha realizado el juicio y que el veredicto ha sido condenatorio.

9) En el acuerdo de juicio abreviado que analizamos, se menciona a *la trascendencia del hecho* como causal obstativa de la suspensión del juicio a prueba. Se trata de un fundamento que conviene analizar y que nos atañe directamente porque formamos parte de la sociedad donde *presuntamente* se produce.

En primer lugar, desde el punto de vista normativo, las únicas limitaciones a la procedencia del instituto basadas en el injusto son las que –taxativamente- prescribe el artículo 76 *bis* del Código Penal en sus párrafos 6° y 7°. Su extensión analógica resulta improcedente.

Sin embargo, sociológicamente es posible constatar la carga negativa adicional con que se ponderan los delitos referidos a estupefacientes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación –en su anterior composición- llegó a sostener que ponían en riesgo *la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad*



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

toda ⁽²⁵⁾.

Se trata de una inexplicable desmesura que no encuentra su correlato en ninguna investigación de campo. Los índices de morbi-mortalidad de nuestro país, en cualquier serie histórica, revelan la mayor incidencia causal del consumo de otras drogas de abuso como la nicotina, presente en el tabaco de los cigarrillos. A su vez, los escasos datos criminológicos disponibles revelan la mayor potencialidad criminogénica (particularmente de crímenes violentos) del consumo excesivo de alcohol y de la accesibilidad de las armas de fuego.

Por lo tanto, la asignación totémica de mayor grado de lesividad a estos delitos contra la salud pública, no puede desbordar los límites legislativos de su punibilidad que –previsiblemente- son bastante elevados.

La lectura mediatizada o directa de nuestra realidad cotidiana demuestra que el agravamiento de la respuesta punitiva carece de efectos disuasivos y sólo cumple una función simbólica en términos de prevención general, aunque habilitan el ejercicio estatal de mayor control social ⁽²⁶⁾.

La ley 23.737, sancionada en 1989, agravó la escala penal para los delitos de tráfico de estupefacientes establecida por su antecesora la Ley 20.771, que pasó de los tres a doce

²⁵. CSJN, 11 de diciembre de 1990: **Montalvo, Ernesto A.**, Fallos 313: 1333.

²⁶. **Bergalli**: *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en la obra colectiva *Sistema Penal y Problemas Sociales*, pp. 25/77.

años de prisión, a los cuatro a quince años actuales. Desde entonces, esta manifestación criminal se ha incrementado continuamente. La Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas (UNODC) aporta este registro de secuestros de *cannabis* en su forma herbácea: 1989: 1.244 kg; 1990: 658 kg; 1991: 1.351 kg; 1992: 3.769 kg; 1993: 2.547 kg; 1994: 2.596 kg; 1995: 5.149 kg; 1996: 8.893 kg; 1997: 13.709 kg; 1998: 10.920 kg; 1999: 18.301 kg; 2000: 25.538 kg; 2001: 33.052 kg; 2002: 44.823 kg; 2003: 58.340 kg; 2004: 54.785 kg; 2005: 36.482 kg y 2006: 66.788 kg. (No hay más datos disponibles, pero la serie estadística considerada arroja un incremento del 5.000%).

10) En síntesis: me adhiero a la decisión del Tribunal de rechazar el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre el acusado Prieto y el Ministerio Público Fiscal.

II) Situación jurídica de Moreira

1) En el acuerdo de juicio abreviado sometido a nuestra consideración, se propició que –además de imponerle las penas de prisión y de multa- el acusado Moreira sea declarado reincidente, conforme a lo dispuesto por el artículo 50 del Código Penal. La inexorable consecuencia de tal declaración consiste en que no podrá acceder a la libertad condicional (artículo 14 del Código Penal), prolongándose –en consecuencia- el tiempo efectivo de encierro. En el caso concreto, de acogerse la pretensión punitiva en la extensión requerida por el Ministerio Público Fiscal (tres años de prisión), se verá privado de su libertad, al menos durante dos años y seis meses, más de triple del tiempo que debería cumplir en encierro efectivo si no mediara aquella limitación legal.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

2) Resulta incontrovertible aquella premisa (*locus classicus* en la materia) que expresa que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de *suma gravedad institucional*. En efecto, la Legislatura al sancionar las leyes expresa la voluntad general, tal como surge diáfananamente de lo previsto por el artículo 22 de la Constitución Nacional y, en el caso de las normas penales, del artículo 75, inciso 12, de la Carta Fundamental.

Sin embargo, de aquella premisa válida suele derivarse una conclusión inatingente (*ignoratio elenchi*): que dada una norma debe ser aplicada mecánicamente, asumiendo frente a ésta una actitud acriticamente contemplativa ⁽²⁷⁾, lo que implica resignar el ejercicio de la función preeminente del órgano judicial: asegurar la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados de Derechos Humanos (artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), mediante el control de constitucionalidad de la legislación derivada que debe practicarse incluso de oficio ⁽²⁸⁾.

3) Existe, además, una razón de orden epistemológico que legitima aquel control: si el derecho pretende ser una ciencia y no una mera disciplina técnica, debe concederse que

²⁷. **Ferrajoli**: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, capítulo 7.30: *Los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas*, ps. 399/402; en sentido similar: **Moreso**: *Derechos y Justicia Procesal imperfecta*, Discusiones, N° 1, año 2000, ps. 15/51; **González de la Vega**: *Una preocupación emergente en las culturas jurídicas: el acto creativo de leyes penales*, en la obra colectiva *Panorama internacional en Justicia Penal – Política Criminal, derecho penal y criminología*, ps. 97/155.

²⁸. CSJN, fallo del 27 de septiembre de 2001: **Mill de Pereyra, Rita A. y otros** (Fallos 324:3219); CSJN, fallo del 19 de agosto de 2004: **Banco Comercial Finanzas –en liquidación–** (Fallos 327:3117).

se encuentra implícita en la primera concepción la posibilidad de progreso, de avance superador que evite *la glorificación del presente* ⁽²⁹⁾. Si la consecuencia del escrutinio de un saber dado, fuese su reemplazo por otro más racional y humanista, bien pagado estaría el esfuerzo intelectual de la revisión ⁽³⁰⁾.

La extendida vigencia del artículo 14 del Código Penal (noventa años), sugiere –incluso intuitivamente– la necesidad de repensar su compatibilidad con la Constitución Nacional reformada –en materia de garantías– en 1994. El tiempo pasa ... las cosas cambian ⁽³¹⁾.

4) En ese camino, no puede perderse de vista

²⁹. **Kuhn**: *¿Qué son las revoluciones científicas?*, pp. 137 y siguientes.

³⁰. Señala **Souza de Almeida**: Cuando el asunto es la reincidencia, el aludido raciocinio parece no encontrar amparo en la práctica, pues lo que se ve es un conjunto de decisiones judiciales extremadamente basadas en el legalismo infraconstitucional, cristalizando una aberración a los valores contenidos en el texto fundamental. Schier comenta que ése es uno de los grandes problemas del Poder Judicial que insiste en “aplicar leyes del siglo pasado con la cabeza del siglo pasado” negando la fuerza normativa de la Constitución (*Porém, quando o assunto é reincidência, o aludido raciocínio parece não encontrar guarida na prática, pois o que se vê é um amontoado de decisões judiciais extremamente calcadas no legalismo infraconstitucional, de modo a cristalizar uma verdadeira aberração aos valores contidos no texto fundamental. Com efeito, Schier comenta que esse é um dos grandes problemas do Judiciário atual que insiste em “aplicar leis do século passado com a cabeça do século passado” negando a força normativa da Constituição*). Entre vigencia y validez: el instituto de la reincidencia en un análisis hermenéutico-constitucional y axiológico-garantista, *Panóptica*, Año 4, N° 20, Noviembre de 2010.

³¹. **Busato**: *Antecedentes, reincidência e reabilitação à luz do Princípio da Culpabilidade*, Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas n° 6, año 2009, Ministerio Público de Maranhão.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

que el original concepto de reincidencia (su parte nuclear) era de naturaleza ficta: bastaba para su declaración la mera existencia de una sentencia condenatoria firme a una pena privativa de libertad. La consecuencia inmediata era la agravación severa de las escalas penales dispuesta en el artículo 51 del Código Penal por la ley *de facto* 17.567 y –reiterada– por su homóloga la ley *de facto* 21.338⁽³²⁾. Quizás sea obvio señalarlo, pero fueron sancionadas por sendas dictaduras que se alzaron contra el orden constitucional, sólo por achacarles la menos grave de sus múltiples culpas.

5) Restaurado el Estado Constitucional de Derecho (10 de diciembre de 1983), se introdujo el sistema de reincidencia real (cumplimiento, total o parcial, de una pena privativa de libertad) y se suprimió (aparentemente) la bárbara agravación de las escalas penales ya comentada. Sin embargo, este giro no fue copernicano, porque dejó subsistente la agravante genérica que resulta de la aplicación de la limitación dispuesta por el artículo 14 del Código Penal: *La libertad condicional no se concederá a los reincidentes*, lo que –en la práctica– implica mantener el rigor que se pretendía suprimir, porque –de esta manera– el tiempo efectivo de encierro es mucho más extenso. La pena privativa de libertad, construida como la confiscación de la libertad individual del condenado es más extensa y, en consecuencia, más grave. En el caso que hoy nos ocupa, no es axiológica ni existencialmente neutral la dife-

³². *El mismo cuerpo normativo que incluyó en el catálogo punitivo (artículo 5 y 5 bis del Código Penal), a la **pena de muerte por fusilamiento** que debía cumplirse dentro de las 48 horas de quedar firme la sentencia condenatoria.*

rencia entre ocho y treinta meses de encierro que sufriría Moreira, según cual fuese nuestra decisión.

Conviene destacar, en este punto, que aunque la pena –indefectiblemente- se fija en tiempo lineal (una cantidad t de años o meses), se cumple en tiempo existencial ⁽³³⁾, y –por lo tanto- *puede argumentarse lo que se quiera, pero que una persona quede encerrada años o camine por la calle es una diferencia notable, y afirmar que lo primero no es una agravación es una fractura con un dato elemental de la realidad sumamente peligrosa. No hay lógica que pueda negar esto* ⁽³⁴⁾.

6) Convocada la Corte Suprema a pronunciarse sobre algunos planteos de inconstitucionalidad levantados contra los artículos 50 y 14 del Código Penal, confirmó su validez constitucional ⁽³⁵⁾, incluyendo entre sus fundamentos la cita del ominoso precedente de la Suprema Corte de los EEUU en la causa ***Pace v.***

³³. **Zaffaroni**: *Cronos y la aporía de la pena institucional*, en obra colectiva Liber Ad Honorem de Sergio Gacía Ramírez, tomo II, pp. 1523/1533. En su voto razonado en la Sentencia C-160 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (***Caso del Penal de Castro Castro***) el Juez Cançado Trindade expuso: *El tiempo desempeña un rol esencial en la situación existencial del ser humano (enteramente distinto de la visión que se pretende intemporal de la física clásica). El tiempo precede a la existencia de cada ser humano, y sobrevive a ella* (considerando 12°).

³⁴. Voto del **Dr. Zaffaroni** en el Plenario ***Guzmán*** de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional del 8 de agosto de 1989.

³⁵. CSJN, 16 de octubre de 1986: ***Gómez Dávalos, Sinforiano***, Fallos 308: 1938; CSJN, 21 de abril de 1988: ***Valdéz, Enrique Carmelo y otra***, Fallos 311:522; CSJN, 7 de julio de 1988: ***Gelabert, Rubén Guillermo***, Fallos 311: 1209; CSJN, 16 de agosto de 1988: ***L'Eveque, Ramón Rafael***, Fallos 311: 1451.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

Alabama (29 de enero de 1883, 106.US.583) que confirmó las condenas impuestas a Tony Pace y a Mary J. Cox por infracción a la Sección 4184 del Código de Alabama que –efectivamente- castigaba más severamente la reiteración de los delitos de fornicar o vivir en concubinato ⁽³⁶⁾, en los que –probada y reiteradamente- se encontraban incurso los condenados. Como el propio tribunal lo aclara, Pace era “*a negro man*” y Cox “*a white woman*”, siendo ése el fundamento del delito y de su agravante por reincidencia, según lo previsto por el *Antimiscegenation Statute* de Alabama. La valía moral del precedente es deleznable ⁽³⁷⁾.

El segundo fallo norteamericano invocado (*Leeper v. Texas*, del 30 de marzo de 1891, 139.US.462), carece de relevancia como precedente, pues el tribunal estadounidense consideró que no existía una cuestión federal que habilitara la revisión de la ley texana impugnada, que tampoco convalidó constitucionalmente.

El tercero (*Moore v. Missouri*, del 25 de no-

³⁶. 1ra. Infracción: multa de cien dólares y trabajos forzados hasta seis meses; 2da. Infracción: multa de trescientos dólares y trabajos forzados hasta doce meses; 3ra. Infracción y subsiguientes: prisión o trabajos forzados hasta dos años.

³⁷. “*Section 4189 applies the same punishment to both offenders, the white and the black*”. Por lo tanto, no era discriminatoria, según la Corte estadounidense de 1883. Pasaron muchos años hasta que la Suprema Corte declaró inconstitucional la prohibición de convivencia entre personas de diferentes razas (USSC, 7 de diciembre de 1964: *Mclaughlin v. Florida*, 379. US. 184) y algo más para que formulara similar declaración con respecto a los matrimonios interraciales (USSC, 12 de junio de 1976: *Loving v. Virginia*, 388.US.1).

viembre de 1895, 159.US.673), parece redactado por Garófalo pues se legitimó la agravante entre otras razones porque *el castigo para el segundo delito se incrementa, ya que, por su persistencia en la perpetración, se evidencia una depravación, que merece un castigo mayor* ⁽³⁸⁾. Eso sí, por lo menos admite que se trata de un castigo mayor y no de un “ajuste del tratamiento penitenciario”.

Más allá de esa desafortunada miscelánea, el argumento central de la Corte fue: “*Que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas, que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta*”.

Es inexcusable para este Tribunal, a quien se ha requerido la aplicación de aquella norma, analizar si el razonamiento transcrito es consistente con las garantías que limitan el ejercicio del poder punitivo. Su aceptación acrítica importaría declinar la parte más importante de nuestra función de aplicar la Constitución y las leyes dictadas *en su consecuencia*. En lo personal, respetuosamente discrepo con el criterio del Alto Tribunal.

7) Puesto que el antónimo de *despreciar* es *apreciar* (*Reconocer y estimar el mérito de alguien o de algo*) y que

³⁸. *The punishment for the second is increased, because, by his persistence in the perpetration of crime, he has evidenced a depravity, which merits a greater punishment. Ideas similares pueden consultarse en José Ingenieros: Criminología, sección *Plan de organización del sistema carcelario*, pp. 257 y siguientes.*



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

la misma Corte admitió que la pena anterior se “*sufre*” ⁽³⁹⁾, sería cruel, inhumano y degradante reprochar a alguien que no aprecie algo que ha sufrido. Se trataría de una exigencia reñida con la intrínseca dignidad del ser humano.

En verdad, la expresión mencionada podría tratarse de una mala redacción, o de la deficitaria expresión de un concepto más profundo, excepto que implica una petición de principios: pontificar que todos los que reinciden manifiestan con la recaída un desprecio por la pena ya sufrida es una temeraria e indemostrada conjetura que –con su excluyente formulación- se erige en una presunción *juris et de jure*, reñida con el derecho penal de base constitucional ⁽⁴⁰⁾.

Pero nuestra objeción va más lejos. Supongamos, a guisa de ejercicio teórico, que –en un caso concreto- la

³⁹. CSJN: **Gómez Dávalos** (considerandos 4° y 5°); **Gelabert** (considerando 5°); **L’Eveque** (considerandos 4° y 7°).

⁴⁰. CSJN, 25 de agosto de 2009: **Arriola, Sebastián y otros**, Fallos 332:1963, voto del Ministro Lorenzetti, considerando 14°: *En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso (...)*. En un fallo reciente, la Corte –en línea con este argumento- ha precisado: “**el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia — conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico** (CSJN, 9 de noviembre de 2010: **Dahlgren, Jorge Eric c. Editorial Chaco S.A. y otro**, voto del Ministro Lorenzetti, considerando 5°). El “*desprecio por la pena ya sufrida*” es –en todo caso- un factor subjetivo que tampoco puede ser presumido, sino probado en juicio.

acusación lograra acreditar la efectiva existencia del *desprecio por la pena ya sufrida*. Se trataría, incluso en ese hipotético caso, de una valoración subjetiva del acusado que reside en su conciencia y que, por lo tanto, estaría exenta de la autoridad de los magistrados (*cogitationis pœnam nemo patitur*) ⁽⁴¹⁾.

Los artículos 18 de la Constitución Nacional, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen como garantía que sólo pueden ser penados *actos u omisiones*.

Esa presunción legal, despoja a la rama judicial del gobierno de parte una parte significativa de la facultad de *conocer y decidir* las causas que está llamada a juzgar, subrogando su ejercicio –acorde a los principios valorativos de la sana crítica racional- con una apodíctica, generalizada y antojadiza afirmación de que todo condenado que reincide desprecia la pena que ha sufrido, dato natural que –pese a esa onticidad- sólo requiere ser probado con la mera agregación al legajo penal del certificado emitido por el Registro Nacional de Reincidencia ⁽⁴²⁾, debiendo –en tal

⁴¹. Sobre la indeterminación del concepto “desprecio” y su vinculación al Derecho Penal de Autor cfr. **Paredes Castañón**: *El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho*, Revista Penal (Universidad de Huelva) Año 2003, N° 11, pp. 94/117.

⁴². Señala **Roxin**: *muchas veces la pena privativa de libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida* (Iniciación al Derecho Penal de hoy, p. 23). Cabría preguntarse sobre la legitimidad del mantenimiento del antecedente condenatorio, una vez que el interno ha cumplido la pena que se le impusiera (artículo 51.2 del Código Penal), que implica la subsistencia simbólica –pero igualmente estigmática- de la *marca con hierro candente* vigente en el *Ancién Regime*.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

caso- el juez limitarse al pobre rol de *rubber stamp* ⁽⁴³⁾. Aceptar que un documento (de fecha anterior) tiene idoneidad para acreditar la actitud subjetiva de quien –en fecha posterior- comete un nuevo delito implica una claudicación epistemológica.

La sola incorporación al proceso del certificado condenatorio releva al Juez de la tarea de indagar sobre cuestiones notoriamente esenciales: a) la homogeneidad o heterogeneidad de la reincidencia; b) las características y extensión del tratamiento penitenciario cumplido anteriormente y la etapa hasta la que avanzó; c) el tiempo que ha transcurrido entre el cumplimiento de la primer sentencia condenatoria y la comisión del nuevo delito; d) las calificaciones penitenciarias durante la ejecución de la anterior pena de prisión. Negar la relevancia que pudieren tener estos factores y sus obvias diferencias ⁽⁴⁴⁾, implica una huída de la realidad y aceptar –como verdad de fe, válida para todos los casos- la tesis del *desprecio por la pena ya sufrida*, que no necesita ser ar-

U S O O F I C I A L

⁴³. High of South Africa, 3 de marzo de 2009: **Bouwer et alters**: La Corte no es un sello de goma. La Corte tiene todavía un margen de discreción que debe ejercerse prudentemente (*The court is not a rubber stamp. The court still has a discretion which must be exercised judiciously*). Opinión del Juez Makgoka.

⁴⁴. A los fines previstos por los artículos 14 y 50 del Código Penal, ninguna importancia tiene si la primer condena cumplida lo fue por un hurto o por un homicidio calificado; si el tratamiento penitenciario duró dos meses o diez años; si desde el cumplimiento de la sentencia condenatoria hasta la comisión del nuevo hecho transcurrieron dos meses o nueve años, once meses y veintinueve días. En cualquiera de los casos, la solución es la misma: la extensión draconiana del tiempo efectivo de encierro.

gumentado y probado ⁽⁴⁵⁾. Aclaremos que incluso las verdades de fe han merecido argumentaciones tendientes a demostrarlas (Santo Tomás, al distinguir entre acto y potencia; Descartes, al percibirse como ser que piensa).

Durante la vigencia del § 48 del Código Penal Alemán (derogado por la 23ª Ley de Reformas al CP del 13 de abril de 1986), el Tribunal Constitucional germano había señalado que la agravante era compatible con la Constitución sólo cuando en el caso concreto se le pudiera reprochar al reincidente que no hubiera considerado como advertencia las condenas anteriores ⁽⁴⁶⁾. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Perú (Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008).

8) De todas maneras, en el argumento que venimos analizando se encuentra implícita la objeción que lo deslegitima: a) si el fundamento de la agravante genérica de reincidencia es el desprecio por la pena ya sufrida y b) la cual pena le fue necesariamente impuesta como respuesta jurídica a un delito anterior; luego: la agravación de la pena por el nuevo delito es una consecuencia residual del primer delito que –en tales condiciones– resulta nuevamente desvalorado, infringiendo la prohibición *non bis in idem*. Aquello a lo que se llama ajuste del tratamiento penitenciario es –sin eufemismos– incremento de la respuesta punitiva como consecuencia remota e ineludible del primer delito ya juzgado,

⁴⁵. Diría el Indio **Solari**: “*mejor no hablar de ciertas cosas*”.

⁴⁶. BverfG 50, 125 (16 de enero de 1979), citado por **Agudo Fernández**: *Culpabilidad y Reincidencia en el Derecho español* (tesis), p. 84 y nota 222.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

condenado y cuya pena se ha cumplido total o parcialmente. Para constatarlo, bastaría con suprimir hipotéticamente la premisa b) de nuestro razonamiento.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que imponga –diferencialmente-, a quien ya ha sufrido una pena, mayores exigencias de acatamiento al derecho, lo que circunscribe solo al nuevo delito el juicio normativo de culpabilidad, que se encuentra en función a la capacidad de determinarse en la norma *en el momento del hecho* y no en antecedentes remotos. Pensemos: ¿porqué sería más culpable quien ya ha cumplido (sufrido) un encierro carcelario?

Sería necio negar que quienes han cumplido una pena, en un porcentaje significativo suelen tener serias dificultades para acceder a un trabajo digno; que –durante su estancia en prisión- se resienten o debilitan sus vínculos familiares y afectivos; que su consideración social se devalúa y que son objeto de una activa vigilancia post-penitenciaria por parte de las fuerzas de seguridad. La expresión *“los sospechosos de siempre”* no es una mera metáfora ⁽⁴⁷⁾.

Un ex funcionario que gustaba de vacacionar en aeronaves y yates propios, adquiridos con fondos ajenos; senadores *“banelquizados”* y sus *“banelquizadores”*; sacerdotes que han observado en mal grado sus votos de castidad y continencia; directivos de entidades públicas (BNA) que pagaron con demasías un

⁴⁷. En la exquisita prosa de Cortázar: *Uno de todos nosotros tiene que escribir, si es que esto va a ser contado* (“Las babas del Diablo”, 1959).

software que jamás funcionó (ver nota n° 8); empresarios cuya prosperidad está cimentada en el trabajo esclavo, merecen –en el sistema punitivo que hay- una consideración menos malevolente que la que se pretende para el procesado cuyas condiciones personales hemos constatado *de visu* (quien dudó al responder sobre su edad, vivía en la casa de su papá y subsistía con el cultivo de verduras que –como todo el mundo sabe- es una próspera y lucrativa empresa).

La reseña precedente (que de ningún modo es exhaustiva), nos revela a quienes –como nosotros- somos operadores de ese sistema penal que tenían razón José Hernández ⁽⁴⁸⁾, Anatole France ⁽⁴⁹⁾ y el ex Fiscal de Estado de Salta: Gustavo *Cuchi* Lequizamón ⁽⁵⁰⁾.

En realidad, cualquier estudio criminológico revelaría que el “*desprecio por la pena sufrida*” es una entelequia que no alcanza a ocultar que son otros los factores que determinan la recaída en el delito. Factores que -yo diría- son más apremiantes.

9) Como fundamento legitimante de la agravante de reincidencia, suele invocarse, también, el *fracaso del tra-*

⁴⁸. *La ley se hace pa' todos / pero sólo al pobre rige. / La ley es tela de araña / en mi ignorancia lo explico / pues la ruempe el bicho grande / y solo enrieda a los chicos* (Martín Fierro).

⁴⁹. *La ley en su majestuosa igualdad, prohíbe a los ricos, tanto como a los pobres, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan*, citado por el Ministro Petracchi en CSJN, fallo del 22 de noviembre de 1991: **Comunidad Homosexual Argentina**, Fallos 314:1531, considerando 20°.

⁵⁰. *El pobre que nunca tiene / ni un peso p'andar contento, / no bien se halla una gallina / que ya me lo meten preso* (Chacarera del expediente).



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

tamiento penitenciario ⁽⁵¹⁾. Aunque la virtualidad re-socializadora del tratamiento penitenciario peca de un optimismo voluntarista (la propia reincidencia demuestra –paradójicamente– que la prisionización de-socializa) ⁽⁵²⁾, lo cierto es que constituye el estándar que al que debe aspirar la pena privativa de libertad (artículos 18 de la Constitución Nacional, artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad).

Naturalmente, los resultados (buenos, regulares o malos) de ese tratamiento le son imputables al Estado que es ejecutor y garante de su cumplimiento ⁽⁵³⁾. El penado, sólo es sujeto pasivo e involuntario de aquél ⁽⁵⁴⁾.

⁵¹. CSJN: **Gómez Dávalos**, considerando 5°; **Gelabert**, considerando 5°.

⁵². **Muñoz Conde**: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, Cuadernos de Política Criminal, n° 7, año 1979, p. 93; un análisis completo del tema en **García Bores**: *El impacto carcelario*, en obra colectiva Sistema Penal y Problemas Sociales, pp. 396/422. Cualquier artículo en la materia remite a **Goffman**: *Asylum*.

⁵³. Votos razonados del Juez García Ramírez en CIDH, sentencia C-94, 21 de junio de 2002: **Hilaire Constantine y otros v. Trinidad y Tobago** (considerando 18°); CIDH, sentencia C-100, 18 de septiembre de 2003: **Bulacio v. Argentina** (considerando 24°). La función de garante implica (...) proveer todo lo que resulte pertinente -conforme a la ley aplicable- para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social.

⁵⁴. **Camacho Brindis**: *Si se reconoce el fracaso de la prisión, entonces debe reconocerse también el fracaso de la creación jurídica de la reincidencia, como también tendrá que reconocerse que es antidemocrático, que es perjudicial reaccionar ante una persona en la cual el tratamiento fracasó. El sujeto no debe cargar con una responsabilidad que le ha impues-*

Para el cumplimiento de aquellas metas resocializadoras el ordenamiento jurídico argentino depara a la administración penitenciaria facultades tan extensas que las hubiese detallado con fruición Foucault ⁽⁵⁵⁾, quien caracterizaba a este tipo de disciplinamientos como *micropenalidades*: del tiempo, de la actividad, de la manera de ser, de la palabra, de la sexualidad.

Por lo pronto, es coactivo: *El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo* (artículo 5° de la LEP) y –mayormente- *administrativizado*: *La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial* (artículo 10 de la LEP).

Sin perjuicio de las faltas graves en que pueden incurrir los penados por *no acatar las normas de conducta*, que –al menos- están tasadas por la ley (artículo 85 de la LEP), la propia autoridad de aplicación –el Poder Ejecutivo Nacional-, en virtud de una inconstitucional delegación ⁽⁵⁶⁾, ha reglamentado –en grado de

to previamente el Estado (Criterios de Criminalización y Descriminalización, p. 219).

⁵⁵. Ver *Vigilar y castigar*, capítulo *Los medios del buen encauzamiento*.

⁵⁶. CSJN, 10 de mayo de 1957: **Mouviel, Raúl O. y otros**, Fallos 237:636: *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe* (artículo 19, Constitución). *De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por*



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

detalle- un catálogo de deberes que deben cumplir los internos, y sus correlativas faltas y sanciones (Reglamento aprobado por el Decreto 18/97). Para que nada escape al *ojo del poder*, también ha regimentado (de manera sospechosamente obsesiva) hasta la vida sexual de los reclusos –cómo, cuándo, con quién, con qué requisitos y por cuánto tiempo- (artículos 52.d), 56, 57, 59, 60, 61 y 62 del Reglamento aprobado por el Decreto 1136/97, que poco deja librado a las pulsiones o preferencias de la pareja). Las faltas son juzgadas y sancionadas por la propia autoridad penitenciaria y admiten un lábil control jurisdiccional que es estructural ⁽⁵⁷⁾.

Las desmesuradas facultades que se atribuyen a la autoridad penitenciaria son tales que –en el artículo 110 de la LEP- se prevé que no se coaccionará al interno a trabajar, pero ... *su negativa injustificada será considerada falta media e incidirá desfavorablemente en el concepto*, con las graves consecuencias previstas por el artículo 104 de la LEP. Si esto fuese poco, la autoridad penitenciaria puede *ilotizar* a los internos abonándoles por su trabajo un salario inferior al garantizado por el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional.

Esta reseña –de trazos gruesos- no puede llevarnos a la cándida suposición que esta inmensa reducción de la autonomía individual prepara al interno para la vida en libertad;

tal hecho (artículo 18). En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva O-6/86: **La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**.

⁵⁷. CSJN, 9 de marzo de 2004: **Romero Cacharane, Hugo Alberto**, Fallos 327:388, en especial considerandos 2° y 15° del voto mayoritario.

que - al recuperarla- mágicamente recobrará en toda su plenitud la capacidad de autodeterminación y que, por lo tanto, si reincide es justo que pague –con mayores dosis- el fracaso del “*tratamiento resocializador*”. El interno debe pagar con tiempo existencial – según lo previsto por el artículo 14 del Código Penal- el costo de un nuevo y más extendido tratamiento que ... quizás también fracase.

10) Por otra parte, como es la misma autoridad penitenciaria la que emite los informes que sirven de base a los egresos transitorios o anticipados de los internos respecto a las posibilidades de reinserción social de aquéllos (artículos 13 del Código Penal, 28, 101 y 104 de la LEP), es aquella agencia a quien deben atribuírsele las consecuencias jurídicas del pronóstico errado, no al interno.

O, por el contrario, con mayor realismo, admitir que el tratamiento penitenciario cumple sólo simbólicamente una función resocializadora ⁽⁵⁸⁾. Básicamente, para el condenado representa una “pena” (un dolor) y pretende –sin mucho éxito, a juzgar por lo que se ve- satisfacer objetivos de *prevención general negativa*, para decirlo a la manera de Jakobs: restaurar la confianza ciudadana en la vigencia de la norma.

11) He leído –tantas veces- el argumento que legitima cualquier respuesta al conflicto penal como una necesaria

⁵⁸. Sostiene **Rao**: *La ley de ejecución penal resulta tan ambiciosa para la estructura penitenciaria que excede la implementación de políticas adecuadas a fin de construir un efectivo programa de reinserción social*, “Desafíos de la cooperación pública frente al hábito de la reincidencia”, ponencia presentada al X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba, Noviembre de 2009.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

U
S
O
O
F
I
C
I
A
L

derivación de la **política criminal** diseñada por el legislador. Por ello, sin otra consideración, creo conveniente recordar que *Hitler, Mussolini y Stalin tenían sus "políticas criminales", las cuales, si de control se trata, fueron de las más "efectivas" en la historia* ⁽⁵⁹⁾.

12) Hasta este momento hemos expuesto sumariamente la endeblez de los argumentos que suelen emplearse para legitimar la agravante genérica de reincidencia (artículos 14 y 50 del Código Penal). A esta altura, resulta honesto señalar que han sido rechazados por la Corte Suprema en su actual integración ⁽⁶⁰⁾, a propósito de la incorporación del bloque de constitucionalidad federal (1994).

Sin embargo, el análisis conglobado del ordenamiento jurídico argentino nos depara una sorprendente solución que hace tabla rasa con la recurrente perorata del *desprecio por la pena sufrida* y el *fracaso del tratamiento resocializador*. Tal parece que, como el "*mal de los rastrojos*", aquéllas son patologías argentinas (bien nuestras) que no afectan a ningún extranjero. A ellos, aunque sean reincidentes, les basta con servir la mitad de las penas divisibles para que se les dé *por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente* (artículos 62.b y 64.a de la Ley 25.871 y 17.l.a de la Ley 24.660). Ni siquiera se les exige el *previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que*

⁵⁹. **Salas**: *Mitomanías de la Política Criminal Moderna*, Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica N° 8, año 2004, pp. 42 y ss.

⁶⁰. CSJN, 5 de septiembre de 2006: **Gramajo, Marcelo E.**, Fallos 329:3680; CSJN, 17 de octubre de 2007: **Mannini, Andrés Sebastián**, Fallos 330:4476 (*obiter dicta*).

pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, ni que hayan observado con regularidad los reglamentos carcelarios (artículo 13 del Código Penal). Tampoco se les imponen reglas que deban cumplir, bajo apercibimiento de revocárseles el beneficio (artículo 15 del Código Penal). No constituyen situaciones excepcionales, sino frecuentes en la casuística de este Tribunal.

Los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional y 8° de la Ley 24.660, nos obligan a poner algún coto a un trato incontestablemente desigual e inequitativo. En los términos en que está formulado el acuerdo de juicio abreviado, Moreira deberá permanecer en prisión por lo menos dos años y seis meses; si fuese extranjero ese tiempo se reduciría a un año y seis meses. El plus que deriva de su condición de argentino equivale a un incremento del 66% de tiempo efectivo de prisionización. Esta indeseable pero inexorable consecuencia nos consta y, por lo tanto, no podemos simular que no se producirá. La impericia legislativa no nos libera de nuestra responsabilidad moral frente al justiciable.

Sus condiciones de reincidente y de argentino, no incrementan la gravedad del injusto, ni son –fatalmente– indicativas de un mayor grado de culpabilidad y –por lo tanto– que cumpla una pena de mayor extensión carece de razonabilidad, principio que limita cualquier intervención estatal (artículos 1°, 28 y 33 de la Constitución Nacional) ⁽⁶¹⁾.

13) Aunque el último argumento derrota los

⁶¹. Cfr. **Arocena**: *La racionalidad de la actividad legislativa como mecanismo de contención del poder punitivo estatal*, Política Criminal, volumen 3, número 6, diciembre de 2008, pp. 1/15.



PODER JUDICIAL DE LA NACION
Tribunal Oral Criminal Federal de Formosa

fundamentos legitimantes de la reincidencia como agravante genérica, remite –en realidad- a una discusión ética más profunda: si el Juez –a quien como órgano del Gobierno Federal le corresponde *afianzar la justicia*- está obligado a aplicar el derecho injusto, aunque haya sido válidamente sancionado ⁽⁶²⁾.

El debate es bastante antiguo: ¿debemos castigar a Antígona por violar una ley válidamente promulgada pero injusta?

Tengo para mí, que no ⁽⁶³⁾.

14) Por los fundamentos expresados, voto por el rechazo del acuerdo de juicio abreviado referido en el exordio.-

Rubén D.O. Quiñones
Juez

⁶². Un análisis exhaustivo del tema puede consultarse en **Radbruch**: *Introducción a la Filosofía del Derecho*; **Alexy**: *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, Doxa n° 23, año 2000, pp. 197/230.

⁶³. **Zenere – Belforte**: *El Poder y el derecho a la Verdad Biológica*, Ponencia presentada al II Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, Buenos Aires, abril de 2001. **Zaffaroni**: *La regla es que cuantas más veces un derecho penal condene a Antígona, menos antropológicamente fundado estará, y viceversa* (Tratado de Derecho Penal, tomo II, p. 442).