

PROYECTO DE LEY

**EL SENADO Y CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA
REUNIDOS EN CONGRESO SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:**

ARTICULO 1º: Derogase el artículo 52 del Código Penal de la Nación.

ARTICULO 2º: Derogase el artículo 53 del Código Penal de la Nación.

ARTICULO 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS:

Que tal como surge del Expediente N° 1714/11, presentado por ante la Mesa de Entradas del Honorable Senado de la Nación el día 27 de julio de 2011 fue introducido el presente proyecto de ley habiendo a la fecha caducado su estado parlamentario. Atento lo dicho lo reedito.

Previo a toda consideración particular, es necesario insistir que toda persona que comete un hecho delictuoso debe ser sometido a un proceso que le asegure su defensa mientras se busca determinar la verdad de los hechos bajo investigación y en caso que se demuestre su responsabilidad, el Estado debe hacer cumplir las penas que la ley especifica para el caso.

Dicho esto, una de las cuestiones basales a abordar en nuestro derecho penal de fondo resulta ser la naturaleza y el objeto de las penas a aplicar a quienes incurrieren en alguna de las figuras típicas acuñadas en dicho ordenamiento sustantivo, situación que obliga, como formadores de leyes, a interrogarnos acerca del verdadero sentido de aquellas sanciones y si efectivamente, su aplicación logra en la práctica, la consecuencia querida.

Tal cuestión que desde antaño ha interesado enormemente a la doctrina y respecto de la cual se han escrito innumerables obras, con el avance del pensamiento liberal y democrático-constitucional de derecho, sumado a las tendencias actuales en cuanto a la manera de replantear el derecho penal, vuelve a poner en tela de juicio los institutos sobre los que basaremos este proyecto.

Las consideraciones sobre las cuales argumentaré, versarán sobre los institutos de la pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena y de la reincidencia, ambos en íntima relación entre si y estrechamente

vinculados con conceptos antaño afirmados por una de las escuelas penales históricas –escuela positivista-, respecto de la cual se puede decir de algún modo,

fundó toda su construcción de pensamiento relativa al derecho represivo en consideraciones hoy totalmente dejadas de lado, pero que sin embargo han sabido perdurar en su existencia a lo largo de los años, aunque más no sea en simples atisbos todavía hoy presentes en nuestro ordenamiento. Aquellos mentados atisbos, y que ahora pretendo modificar conforme las consideraciones que esgrimiré a lo largo del presente, no resultan un tema menor a evaluar, pues las consecuencias jurídicas que acarrea su aplicación se encuentran en franca colisión con los derechos fundamentales del hombre y con la concepción del derecho como un todo que debe ajustarse necesariamente a las mandas de la Constitución Nacional.

Otro punto sobre el cual haré especial incapié, será el concepto de “peligrosidad” y su vinculación con los institutos mencionados al comienzo del presente proyecto, toda vez que no se puede obviar su tratamiento atento la interrelación existente entre ellos, lo cual ha provocado negativamente, una presencia quizás “solapada” de un concepto arraigado a la historia pasada del derecho pero que sin embargo siguió encontrando aplicación en gran parte del ámbito judicial donde deben resolverse cuestiones de esa índole.

Es así que comenzaré por recordar el concepto de reincidencia, -el cual desde ya adelanto trasunta en una influencia negativa en cuanto al tratamiento procesal y la aplicación de la pena-, partiendo para ello de nuestra propia legislación, la cual en las previsiones del artículo 50 del Código Penal determinó que “habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”.

Este instituto que como sostuve, impone un tratamiento penal más severo, implica a su vez la adopción de un sistema de reincidencia real o verdadera para que opere, esto es que el condenado real y efectivamente haya cumplido pena de

encierro, dejando de lado de esta manera el viejo sistema de reincidencia ficta mediante el cual bastaba solamente que el sujeto hubiera sido penado aunque no cumpliera efectivamente el encierro. La segunda de las hipótesis, por supuesto menos benigna aún que la primera, fue derogada mediante la sanción de la ley 23057 que tornó más beneficiosa la aplicación del instituto a los casos particulares que se presentaron a la vez que zanjó definitivamente la cuestión adoptando el sistema de la reincidencia real todavía vigente en nuestro derecho de fondo.

No obstante ello, corresponde una nueva evaluación del instituto, acorde a los criterios hoy imperantes, sobre todo en cuanto a la medida extrema prevista por el artículo 52 del Código Penal, pues su aplicación lisa y llana por parte de los Tribunales ha determinado innumerables fallos que se han pronunciado por la inconstitucionalidad del artículo.

Tampoco resulta aventurado sostener que el instituto atacado representa una línea de pensamiento fundada en lo que la doctrina dio en llamar “derecho penal del enemigo” o “derecho penal de autor”, aseveraciones que ya de por sí determinan un alejamiento de nuestra tradición legislativa a la vez que conculcan los principios de culpabilidad, proporcionalidad de la pena y prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, hoy enteramente operativos y consagrados en el bloque de constitucionalidad.

Nótese que este cuadro de situación, parece no dejar duda alguna al respecto, y que de mantener aquel “statu quo” aún vigente debido a la existencia del artículo 52 del Código Penal, no se estaría más que convalidando principios y mandatos legales contrarios a nuestra Carta Magna y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por nuestra Nación.

Adunamos a todas estas consideraciones que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, modificando de modo sustancial lo resuelto en el precedente “Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario” de fecha 9 de agosto de 2001, entendió

que “...la regla del artículo 52 del Código Penal, en cuanto se apoya en un concepto genérico de “peligrosidad”, que impide toda consideración individualista de la existencia real del supuesto peligro así como un control judicial suficientemente amplio de la adecuación de la medida a las condiciones específicas del condenado, no satisface el estándar internacional mínimo bajo el cual se han tolerado, como última ratio, medidas extremas como la aquí examinada. Que, por las razones expuestas precedentemente, el sistema de reclusión por tiempo indeterminado previsto por el art. 52 del Código Penal lesiona la dignidad del hombre y resulta violatorio del principio de culpabilidad y de prohibición de tratos inhumanos o degradantes (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, y art. 5º inc. 2, CADH), por lo que se declara su inconstitucionalidad” (ver CSJN, fallo “Gramajo, Marcelo E. s/ robo en grado de tentativa”, 05/09/2006, considerandos 45 y 46 del voto del Dr. Petracchi).

Advierto además, que la imposición de la pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena resulta a todas luces conculcatoria del principio de prohibición de la doble persecución penal –non bis in idem-, toda vez que su aplicación, en el entendimiento que aquél instituto sería consecuencia de las condenas impuestas con anterioridad, sería penar a un individuo por actos por los cuales ya pagó durante su encarcelamiento.

Aún de considerarse al mencionado instituto represivo, como una consecuencia directa de su peligrosidad entendida en abstracto o hipotética, igualmente se vulnerarían los principios “supra” mencionados, habida cuenta que se debe aplicar pena a los individuos por las acciones delictivas que desplegaron y no por las conductas futuras que eventualmente pudieran llegar a realizar. En tal sentido, cabe aplicar sanción penal al individuo por lo que ha realizado y no por lo que la

persona es; ello conforme surge del principio de culpabilidad mediante el cual cada uno responde por lo que ha hecho y no por sus condiciones personales, todo lo cual viene a reforzar aún más la tesis que nuestro derecho penal actual se trata

de un derecho penal de acto y no de autor. En éste orden de inteligencia, encerrar a un sujeto, quedando sometido al régimen carcelario cumplido en un establecimiento penal, y por un lapso temporal mucho mayor del que le correspondería como pena por el delito cometido, no hace más que considerarlo un sujeto “peligroso” asimilando nuestra idiosincrasia jurídica a la vieja ley de deportación francesa y a tanto otros ordenamientos represivos –como los sufridos inclusive durante parte de nuestra historia nacional- que se valieron de las condiciones personales de los reos como fuente generadora de penas.

Otro punto que consideramos insoslayable a los fines del examen de la cuestión, resulta ser que el concepto de peligrosidad deja totalmente librado a la subjetividad del juzgador la evaluación de tal carácter, de modo que será el propio juez quien valiéndose de su propia percepción y dejando de lado criterios estrictamente objetivos, resuelva sobre el encierro indeterminado del penado, situación que significa, ni más ni menos, que anticipar una pena de reclusión de tiempo indeterminado con el objeto evitar un futuro delito, todo lo cual resulta a todas luces inconducente en un Estado constitucional de derecho.

Esta falta de rigor científico, librada al azar y a la subjetividad de quien debe imponer aquella medida extrema, además de tornarse enteramente irracional e injusta, máxime cuando proviene de un concepto totalmente equívoco y ambiguo, termina estigmatizando al sujeto sometido al proceso y convalidando un juicio arbitrario carente de una investigación empírica suficiente que permita arribar a tal solución gravosa.

En tal sentido la sola acumulación de varias penas privativas de la libertad, por sí mismas, no puede resultar fundamento suficiente para evaluar la culpabilidad

futura de un condenado y por ende su condenación por tiempo indeterminado, cuenta habida que en cada una de aquellas condenas anteriores ya se ha considerado en concreto el grado de culpabilidad del sujeto al imponerle la

respectiva pena, por lo que habiendo cumplido el condenado con ésta, ya no puede utilizarse como fundamento para fundar la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la condena sin conculcar el principio de prohibición de doble persecución penal.

Cabe agregar a lo aquí sostenido, lo expresado en el precedente jurisprudencial más arriba mencionado, en tanto que se argumentó en tal sentido que: “A diferencia de lo que ocurre con otros institutos, la norma aquí cuestionada prevé una consecuencia punitiva indeterminada y funciona obvio es decirlo por fuera de toda escala. No se vincula con el injusto cometido ni con la culpabilidad en éste de su autor; comienza a computarse desde el agotamiento de la pena por el último hecho; se impone respecto de hechos que no se han sido cometido aún y que no se sabe si se cometerán; y en ningún caso su duración resulta menor a los cinco años de reclusión que establece el art. 53 del CP. Finalmente la norma contiene la doble valoración prohibida comprendida en el ne bis in idem en la medida que la pena impuesta en la última condena y en cada una de las condenas anteriores ya habría cuantificado la culpabilidad del autor por el hecho cometido y todo posible incremento sin perjuicio de lo que quepa decirse al respecto del carácter obligatorio de esta agravación, pero que opera en el ámbito de la escala legal respectiva por “las reincidencias en que hubiera incurrido” (del voto del Dr. Fayt).

Solo resta agregar como conclusión final, además de las consideraciones vertidas, que aplicar el instituto de la reincidencia así entendida, implicaría aceptar que el fin del Estado en cuanto a la reinserción de reo a la sociedad, ha fallado, esto es que ha vuelto a delinquir y que su encierro no ha surtido el efecto querido, es decir su resocialización. Es el mismo Estado que sanciona al reo por su propio déficit

imponiéndole una consecuencia mayor, consistente en la condena de reclusión por tiempo indeterminado, sin atender a los motivos por los cuales el reo volvió a cometer actos ilícitos; en tal sentido, lo carga con la falta de eficacia del propio Estado de no poder brindarle los medios necesarios para su reinserción en la

sociedad. Todo ello nos convence acerca de que el instituto de la pena de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena resulta totalmente inconstitucional, motivo más que suficiente y acabado para postular la derogación de los artículos 52 y 53 del Código de fondo como pretendemos materializar a través del presente proyecto de ley.

Por las consideraciones de hecho y de derecho precedentemente expuestas solicito la aprobación del presente proyecto de ley.

SENADOR SERGIO MANSILLA.-