

Poder Judicial de la Nación
Tribunal Oral en lo Criminal
Federal de Formosa

///mosa, 27 de octubre de 2006.-

Y VISTOS:

En el presente incidente caratulado «**Fernández, Carlos s/ejecución penal**» (causa n° 2.088, varios n° 776), corresponde resolver el pedido de libertad condicional formulado por el interno Carlos Fernández a **fs. 136**; y

CONSIDERANDO:

Según lo informado por el Sr. Secretario a **fs. 138**, la petición debería ser desestimada pues el interesado ha sido declarado reincidente por segunda vez en virtud de la sentencia n° 283 dictada por este Tribunal. En ese sentido se pronunció el Sr. Fiscal General en el Dictamen N° 91/2006 producido a **fs. 140**.

El **artículo 14** del **Código Penal** prescribe «*La libertad condicional no se concederá a los reincidentes*». Ahora bien, en la sola literalidad de la norma se advierte un dato que incomoda: la aparente referencia a una categoría de personas: *los reincidentes*, lo que insinúa un quiebre hacia el autoritario derecho penal de autor.

Se ha sostenido «*Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas*»¹.

Por ello creo necesario practicar un escrutinio de constitucionalidad de la señalada disposición.

1. Voto del juez Petracchi en fallo de diciembre 11 de 1990 en autos "Montalvo, Ernesto A." -LL 1991-C:80.

La existencia de esta facultad jurisdiccional ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el fallo dictado en setiembre 22 de 1887 en la causa «*Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación*»² y la posibilidad de su ejercicio de oficio desde el fallo dictado en la causa «*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes*»³ y mantenida -con la actual composición del tribunal- en el fallo de agosto 19 de 2004 en la causa «*Banco Comercial Finanzas s/ quiebra*»⁴.

1-Origen histórico de la reincidencia: Este instituto registra antiguos precedentes, en el derecho romano se aplicaba para casos específicos, pero no constituía una causa general de agravación de las penas⁵. Lo mismo sucedía en las sanciones aplicadas por el *Bet Din*⁶ y en el derecho español temprano⁷.

En el mismo orden de ideas, señala **Foucault** que la reincidencia estaba considerada en las leyes del *Ancien Régime* y a título de ejemplo menciona la Ordenanza de 1589 según la cual "el malhechor que repite es un ser execrable, infame, eminentemente pernicioso para la cosa pública"⁸. Pero con el Iluminismo, adquiere el rigor de verdad científica.

2. Fallos 32:120

3. LL 2001-F: 891

4. LL 2005-F:443

5. **Belestá Segura** "La reincidencia en la doctrina española actual", pub. en noticiasjuridicas.com

6. **Amparo Alba:** "El derecho judío", pub. en *Revista de Ciencias de las Religiones Anejos* -vol. XI, p. 20-

7. **Zambrana Moral:** "Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales", pub. en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 27 ps. 197/229

8. "Vigilar y Castigar", p. 65

De la taxonomía de los delitos -simétrica de la de Linneo para las ciencias biológicas- se pasó a construir una individualización antropológica apuntando no al autor de un acto definido por la ley, sino al propio sujeto delincente, a una voluntad determinada que manifiesta su índole intrínsecamente criminal. Según la ley de Floreal del año X a los reincidentes se les duplicaba la pena y debían ser marcados con la letra "R". Era la expresión de una burguesía en ascenso que, a su modo, consideraba tempranamente que la historia había llegado a su fin. Como lo recuerda **Carpentier**, en el mismo mes y año se restableció la esclavitud en las colonias francesas en América⁹. Añadido que, en la misma fecha, se secularizó la enseñanza primaria y secundaria¹⁰.

La misma pretensión puede advertirse en el "**Plan de legislación criminal**" (1777) de **Marat**. Luego de dedicar la Primera Parte a los principios fundamentales, en la segunda clasifica a los delitos en ocho clases. Pero respecto a cada tipo asigna consecuencias draconianas al "reincidente". Sólo a título de ejemplo, propone reprimir la falsificación de moneda con una pena pecuniaria a favor del Estado, pero prevé que el reincidente sea condenado de por vida a trabajos públicos forzosos¹¹. Para el desacato¹² propone pena temporal de prisión, pero para el reincidente exilio perpetuo¹³.

Posteriormente, la máxima expresión iluminista es el Código Penal de 1810, que dedica el capítulo IV

9. "**El siglo de las luces**", p. 328

10. Ley de 11 de Floreal del año X.

11. «soit condamné pour la vie aux travaux publics».

12. «mépris des ordres du prince et des magistrats».

13. «soit exilé pour toujours».

del libro primero a las «peines de la recidive», en cuyo artículo 56 se establece un detallado sistema de incremento de la segunda pena, en función a la primer condena, que incluye la marca, tal como es detallada en el artículo 20: con un hierro ardiente sobre el hombro derecho¹⁴. En el artículo 57 se prevé que quien comete un crimen, luego de haber sido condenado por un delito, debe recibir el máximo de la pena previsto por la ley, el que puede ser elevado al doble.

En España, en la misma época, la pena de marca había sido limitada a los gitanos delincuentes, dato que denuncia un resabio racista, "Se les imponía en la espalda como medio de identificación, para que sirviese de prueba del primer delito en caso de reincidencia"¹⁵.

Estas disposiciones revelan, según **Foucault** (op. cit.), que la criminalidad y no el crimen se torna en objeto de la intervención estatal, "el delincuente cae fuera del pacto, se descalifica como ciudadano, y surge llevando en sí como un fragmento salvaje de naturaleza; aparece como el malvado, el monstruo, el loco quizá, el enfermo y pronto el 'anormal'".

Y, en verdad, esto sucedió -a fines del siguiente siglo- con la irrupción de la Escuela Positiva del Derecho. Uno de los fundadores de esa corriente, **Enrico Ferrri** desarrollaba estas ideas: "La antropología muestra, con los hechos, que el delincuente no es un hombre normal ; que al contrario, por las anormalidades orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas, constituye una clase especial,

14. "avec un fer brûlant sur l'épaule droite".

15. **Zambrana Moral**, op. cit.

una variedad de la especie humana"¹⁶.

Sobre el tema en examen, expresaba: "Así, como para la libertad provisional, encuentro aceptable el sistema actualmente empleado cuando se trata de delincuentes ocasionales o pasionales (...) al contrario me parece inaceptable en presencia de criminales natos o reincidentes, es decir de la delincuencia atávica"¹⁷.

César Lombroso, por su parte, compara a los reincidentes con los dementes y con los salvajes, señalando que son refractarios a toda pauta moral¹⁸. Luego de reseñar datos de estadística criminal, arriba a una conclusión sorprendentemente coincidente con la que acá se pretende exponer "No es, en efecto, el sistema penitenciario lo que previene las reincidencias; las prisiones son, al contrario, la causa principal"¹⁹, bien que basada en razones diferentes: "Los reincidentes vuelven con alegría a la prisión como si fuera a su propia residencia"²⁰.

Por su parte, **Gabriel Tarde** afirmaba: "Los delincuentes habituales, bien que a menudo poco peligrosos, reclaman una represión severa. La pena debe crecer en proporción geométrica de acuerdo al número de reincidencias. Todo el mundo está de acuerdo en censurar la inutilidad de

16. «L'anthropologie montre, par les faits, que le délinquant n'est pas un homme normal; qu'au contraire, par des anormalités organiques et psychiques, héréditaires et acquises, il constitue une classe spéciale, une variété de l'espèce humaine» -"La Sociologie Criminelle", (1893) p. 42.

17. «Ici, comme pour la liberté provisoire, je trouverais acceptable le système actuellement employé quand il s'agit de délinquants occasionnels ou passionnels (...) au contraire il me paraît inadmissible en présence de criminels nés ou récidivistes, c'est-à-dire de la délinquance atavique» -obra citada p. 148-

18. "L'Homme Criminel", (1887) ps. 300/301.

19. "Et ce n'est point, certes, le système pénitentiaire qui prévient les récidives ; les prisons en sont, au contraire, la cause principale» -p. 281-

20. «Les récidivistes (...) rentrent avec bonheur dans la prison comme si elle était leur propre demeure»

las penas cortas aplicadas a los reincidentes”²¹.

Aunque no pertenecía a esta escuela, **Von Liszt** consideraba lo mismo: “Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez más crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social. Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados físicos y psíquicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su estado mayor”²².

A esta concepción, no ha sido ajena nuestra legislación. El proyecto de 1906 introdujo la regla de que la libertad condicional no se otorgaría a los reincidentes, mantenida en el proyecto de 1917, de donde pasó al Código Penal de 1921. Moreno, el proyectista, la justificaba así: «la libertad condicional supone la corrección del penado y la conducta de los reincidentes supone lo contrario. La sociedad tiene interés en estos casos, en defenderse, y no en colocar a los sujetos peligrosos en condiciones de dañarla” (el subrayado me pertenece).

2-La peligrosidad y el derecho penal de

acto: De diversos artículos de la Constitución Nacional puede inferirse que consagra un derecho penal de acto: **18**

21. «Les délinquants d'habitude, quoique souvent peu dangereux, réclament une répression sévère. La peine doit croître suivant une progression géométrique d'après le nombre des récidives. Tout le monde s'accorde à blâmer l'inutilité des courtes peines appliquées aux récidivistes». La philosophie pénale, 1890, p. 65.

22. “La idea del fin en el derecho penal”, p. 116

("Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso..."), **19** ("Las acciones privadas de los hombres..."), **29** ("Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria"), **36** ("Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso..."), **53** ("delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes"), **99 -inciso 5°-** ("Puede indultar o conmutar las penas por delitos..."), **118** ("La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito") **119** ("La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro").

Al mismo tiempo, el **artículo 9°** de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** establece "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". El **artículo 11, apartado 2**, de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** prescribe "Nadie será condenado por actos u omisiones (...)". Estos instrumentos tienen jerarquía constitucional según lo previsto por el **artículo 75, inciso 22**, de la **Constitución Nacional**.

Como hemos visto, el fundamento explícito de la reincidencia es la presunción de peligrosidad de quien, habiendo cumplido una condena, incurre en un nuevo delito. Por tanto, la agravante prevista en el **artículo 41, inciso 2°**, la limitación establecida por el **artículo 14** y la "medida de seguridad" (sic) del **artículo 52**, todos del **Código Penal**, implican intensificaciones de la respuesta puniti-

va no a acciones u omisiones, sino a un modo de ser disidente.

Así lo señala **Ferrajoli**: "(...) han de recordarse las diversas medidas de defensa social presentes en nuestro ordenamiento -de las medidas de prevención a las de seguridad, hasta las medidas cautelares de policía- todas irrogables no ya como consecuencia de hechos legalmente denotados y judicialmente probados como delitos, sino derivados de presupuestos variadamente subjetivos: como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o de status como los de «vago», «vagabundo», «proclive a delinquir», «reincidente., «delincuente habitual o profesional», «de tendencias delictivas»o similares"²³.

Como lo recuerda este autor, el ominoso «*Tätertyp*» (tipo de autor) estuvo precedido de formulaciones teóricas: "No hay delito, sino delincuente" (Ferri), "La finalidad del castigo no está constituida por el delito sino por el delincuente; no el concepto sino el individuo" (Liszt)²⁴.

En un sistema garantista lo único que tiene relevancia penal autónoma es la conducta de las personas, esto define un límite infranqueable al ejercicio del *jus puniendi*. "Sin embargo, la interioridad de la persona -su carácter, su moralidad, sus antecedentes penales o sus inclinaciones psicofísicas- no debe interesar al derecho penal más que para deducir el grado de culpabilidad de sus acciones criminales. Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosi-

23. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal" p. 42.

24. Obra citada, p. 312.

dad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad”²⁵.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia C-126 de junio 20 de 2005 dictada en la causa “*Fermín Ramírez vs. Guatemala*” - denuncia n° 12.403- ha sostenido: “(...) el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (considerando 95).

En su voto razonado el **juez García Ramírez**, pone en evidencia la filiación positivista del concepto, su recepción acrítica en los códigos penales iberoamericanos y concluye: “Con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor -actual o futuro- no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos. Esto genera, en fin de cuentas, un

25. Op. cit. P. 500.

Derecho penal de autor -en el que se reacciona en función de la persona-, que se contrapone al Derecho penal de acto, hecho o conducta en el que se reacciona en función del comportamiento efectivamente desplegado por el agente, el daño o el riesgo realmente producidos, la culpabilidad acreditada" (considerando n° 36).

Al comentar el Código Penal de Colombia reseña **Tocora**: "En todos los institutos de libertad (suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional), la individualización de la pena, y la nueva modalidad punitiva de la prisión domiciliaria, se tuvo buen cuidado de omitir cualquier alusión a la personalidad; todos los criterios para valorar la aplicación de esas figuras, se refieren a conductas y sus componentes subjetivos, o efectos materiales de ellas (desempeño personal, laboral, familiar o social; mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención y la culpa; la buena conducta en el establecimiento carcelario), y en cualquier caso, que se ofreciera a dudas, el interprete debe dirigir la represión a los actos y no al autor"²⁶.

A partir de la obra de **Searle**²⁷, en el campo de las ciencias normativas se distinguen las normas regulativas de las constitutivas. Las primeras son aquellas que tratan con intereses o conflictos que son -en sentido lógico- completamente independientes de la existencia de la regla. Las segundas, no ordenan a alguien hacer algo, tales normas crean o definen nuevas formas de comportamiento so-

26. "La personalidad y el derecho penal de autor", pub. en Capítulo Criminológico, vol. 33 n° 2

27. "Speech Acts: an essay in the philosophy of language".

cial²⁸. **Ferrajoli** sostiene que el principio de legalidad no admite normas constitutivas, cuyos arquetipos son la reincidencia, el vagabundeo y la mendicidad²⁹.

Sostiene este autor que debe formularse un *principio de regulatividad* según el cual las leyes penales sólo pueden prohibir acciones contingentes (ni imposibles, ni necesarias) quedando proscriptas a) las leyes constitutivas, que no admiten alternativa entre observancia e inobservancia, sino que constituyen directamente los presupuestos de la pena; y b) las sentencias constitutivas, que no comprueban los presupuestos fácticos legalmente determinados, sino que se constituyen en calificaciones penales, predeterminadas en abstracto por leyes penales `cuasi constitutivas´³⁰.

Resta señalar que, en nuestro país, todos los proyectos "peligrosistas" tuvieron como principales objetivos a los reincidentes y habituales. El Proyecto de 1924 proponía modificar el **artículo 34, inciso 1º**, del **Código Penal** e incluir como sujetos pasibles de sanciones a los reincidentes y reiterantes; a los alienados, aunque no hubieran sido sometidos a proceso; a los vagos y mendigos habituales; a los ebrios o toxicómanos consuetudinarios; a los que viven o se benefician del comercio carnal y a los que observan una conducta desarreglada o viciosa, reflejada a través de la comisión de contravenciones policiales, del trato asiduo con personas de mal vivir o delincuentes conocidos o de la frecuentación de lugares donde los mismos se reúnen o, en fin, por la concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos.

28. La exposición corresponde a **Mitaqq**: "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", pub. en German Law Journal -vol. 7, n° 8, agosto de 2006-.

29. op. cit., ps. 35 y 507. En el mismo sentido **Vásques**: "La extinción de los efectos de la declaración de reincidencia", pub. en LL 2002-C:432.

30. op. cit., ps. 503/504

El proyecto de 1926 sólo comprendía la peligrosidad pos-delictual. El Proyecto de 1928, aparte del catálogo del de 1924 incluía a los que explotaran habitualmente juegos prohibidos. El concepto también está incluido en el Proyecto Coll-Gómez (1937) y de Peco (1941)³¹.

Cobra, entonces, su real sentido lo dispuesto por el **artículo 14 del Código Penal**, el fundamento de la intensificación de la reacción penal, restringiendo la posibilidad de una ejecución menos rigurosa del remanente de pena, es el ser de aquellos que la norma denomina "los reincidentes".

Bajo estas consideraciones, la norma resulta inconstitucional.

3-Argumento de la doble desvaloración: El **artículo 41, inciso 1º**, del **Código Penal** establece los criterios para determinar el grado de culpabilidad del autor exteriorizado con la comisión del injusto penal. Una de aquellas pautas es "las reincidencias en que hubiera incurrido", dato que fue expresamente considerado en la graduación del reproche penal que se formulara al acusado, según surge de la sentencia dictada en la causa.

Vale decir el delito que cometiera y sus condenas anteriores ya han sido reprochados a Fernández al incrementarse la pena que le era aplicable.

Resultaría contrario al postulado de «afianzar la justicia» (prámbulo de la Constitución Nacional) que pretendiera intensificar ese reproche negándole la posibilidad de acceder a la libertad condicional, con el agravante de que esta nueva ejecución de la pena y las ante-

31. Toda la reseña corresponde a **Fontán Balestra**: "Tratado de Derecho Penal", T. III - Parte 3ª

riores servirían para incrementar la reacción punitiva ante una futura acción criminal. (Hasta Zeus remitió el castigo que le había impuesto a Prometeo!!).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: "Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles"³².

El principio que prohíbe la doble valoración de la reincidencia tiene extensa vigencia, así lo demuestran los fallos de la Corte Suprema de Filipinas en los casos «**People v. Tolentino**»³³ y «**People v. Basilio de Jesús**»³⁴ en los que se señaló que infringía el principio «*non bis in idem*» el tomar en cuenta las condenas anteriores para fijar la pena y luego para imponer una pena accesoria por delincuencia habitual³⁵.

Vale decir, aún cuando se legitimara una reacción penal de mayor entidad en razón de que el condenado ha cumplido una condena anterior, este *plus* quedaría agotado al momento de imponérsele la pena que -por mandato legal- debe computar como agravante "las reincidencias en que hubiera incurrido". El mismo dato no puede utilizarse luego

32. Caso "Jorge A. Giménez v. Argentina" -denuncia n° 11.245, informe 12/96 de marzo 1° de 1996, considerando 97-.

33. Agosto 5 de 1942.

34. Octubre 31 de 1936

35. "This interpretation of the law takes into account the same offense twice at the same time, namely, first as an aggravating circumstance in imposing the principal penalty, and then as one of the required previous convictions in fixing the additional penalty for habitual delinquency. *Non bis in idem*".

para imponerle una forma más gravosa de la ejecución de la pena sin infracción al principio «*ne bis in idem*». Sobre el particular resulta importante consultar el comentario crítico de **Folgueiro**³⁶ al fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III.

Y puesto que este principio tiene jerarquía constitucional, el **artículo 14** del **Código Penal** en cuanto importa desvalorar por segunda vez la misma circunstancia fáctica, deriva en inconstitucional.

4-Violación de la garantía ne bis in idem:

De otro modo también resulta violada la garantía mencionada. Cualquiera que sea el argumento con que pretenda fundamentarse a la declaración de reincidencia, no podrá negarse que el antecedente necesario es la condena previa impuesta en razón de la comisión de un delito. Fenomenológicamente se presenta, en consecuencia, como un incremento de la reacción penal frente a aquel delito anterior.

Zaffaroni ha explicado: "No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación anterior o del cumplimiento de la pena porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito sin el cual no pueden concebirse (...). Cualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado"³⁷.

Ziffer señala que aunque no hay violación de la garantía en sentido procesal, porque no se está juzgando de nuevo el hecho anterior. "Sin embargo, en el siste-

36. "La inadmisibilidad de la "persecución" y de la "valoración" penal múltiple". LL 2000-E:780

37. Su voto en el plenario "Guzmán" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, agosto 8 de 1989.

ma argentino tal como está configurado actualmente, es indudable que subsiste una violación del *ne bis in idem* no es su aspecto procesal, sino del derecho material, a través de lo que se conoce como la prohibición de doble valoración”³⁸.

Sal Llargués, sobre el tema, destaca lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Penal del Perú de 1991: “Castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem* (...) todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrósista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”³⁹.

Camacho Brindis, por su parte, ha afirmado: “El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito se viola cuando se aumenta al reincidente la punición por un delito en virtud del cual ya se le impuso pena (...). El hecho concreto no tiene más gravedad que la propia y ésta no se debería ver incrementada por la de otros hechos ya sancionados con anterioridad”⁴⁰.

La claridad de estas exposiciones me releva de abundar en el tratamiento de la cuestión, pudiendo concluir en que -también por esta vía- se afecta la garantía constitucional señalada.

5-Infracción al principio de culpabilidad:

38. “Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de doble valoración”, citada por **Kent**: “Reincidencia, *non bis in idem* e igualdad”, pub. en LL 1998-C:843.

39. “Acerca de la reincidencia”, pub. en Revista “Garantías” año 2000, n° 12 en website defensapublica.org.

40. **Camacho Brindis**: “Criterios de criminalización y descriminalización” -tesis doctoral UCM, 1992- Capítulo II, Parte 1°-.

En el **artículo 41** del Código Penal se encuentran previstas las pautas que permiten graduar la pena a aplicar, en el **inciso 1°** las que se refieren a la gravedad del injusto penal, en el **inciso 2°** las que permiten ponderar el grado de culpabilidad exteriorizado por el hecho reputado delictivo. Frente a la comisión de un hecho ilícito y en función al principio de igualdad ante la ley -**artículo 16** de la **Constitución Nacional**- a cualquier infractor se le aplicará una pena graduada con base en aquellas pautas.

Sin embargo, las consecuencias penales resultan más graves en el caso de los reincidentes, pues se les impone un modo de ejecución que excluye la posibilidad de acceder a la libertad condicional. El sustento dogmático de este *plus* punitivo era «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»⁴¹.

Bien examinado este fundamento se advierte en él una petición de principios, la recaída en el delito no necesariamente implica tal desprecio por la pena, por lo que no cabe presumirlo. Quizás el reincidente padezca un déficit de comprensión, puede que le cueste adaptarse a las pautas sociales, que la sociedad no le posibilite reinsertarse y desarrollar su proyecto existencial, quizás padezca tendencias psicopáticas (irredimibles con mayor encierro) o de una personalidad débil e influenciabile, situaciones que en tanto determinan una reducción del ámbito de autodeterminación disminuyen simétricamente la reprochabilidad por el acto ilícito cometido.

41. CSJN, agosto 16 de 1988, en causa "L'Eveque, Ramón R." -LL 1989-B:183-, también octubre 16 de 1986 en causa "Gómez Dávalos, Sinforiano" -Fallos 308:1938-.

Resulta acertada, en este sentido, la crítica de **Camacho Brindis**: "La idea de culpabilidad (...) debe ser siempre la libre realización de un nuevo hecho delictivo que se comete y no la libertad que le da el recuerdo de un delito que, aunque pasado, sólo es un recuerdo"⁴².

Desde otro ángulo, el concepto es también refutado por **Vitale**: "Si alguien tuviera una `voluntad más firme' para delinquir, ella pondría en evidencia una mayor predisposición al delito y, como lógica consecuencia, un menor reproche de culpabilidad, es decir, la mayor "culpabilidad psicológica" es indicativa de una menor culpabilidad normativa"⁴³.

En consecuencia, este "mayor grado de culpabilidad" debiera resultar de un concreto juicio donde se ponderen los motivos y calidades personales del autor y no de una presunción legal que resulta, entonces, violatoria del principio de culpabilidad y de la presunción de inocencia porque no le es permitido al acusado el confrontarla y ofrecer prueba refutatoria.

6-Sobre el fin de las penas privativas de libertad: Desde época temprana, los documentos constitucionales argentinos esbozaron la finalidad del sistema de penas privativas de libertad. El Decreto de Seguridad Individual dictado en noviembre 23 de 1811 por el Primer Triunvirato, en su **artículo 6°** precisaba: "Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente". En términos y contenido similares, el principio fue incluido en las Constituciones de 1819 (**artí-**

42. Op. cit., p. 209.

43. "Inconstitucionalidad de la reincidencia", en website pensamientopenal.

culo 117), de 1826 (**artículo 170**) y de 1853-1860 (**artículo 18**).

Esta pauta rectora se ha visto enriquecida con la incorporación de la normativa internacional sobre Derechos Humanos (**artículo 75, inciso 22** de la **Constitución Nacional**).

El **artículo 5º, apartado 6º** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

El **artículo 10, apartado 3º** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

En este marco, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, complementaria del **Código Penal (artículo 229)**, cuyo **artículo 1º** declara "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".

La primer cuestión a precisar es sobre quién recae del deber jurídico de `resocializar`. La sola consideración del título de la Parte Primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Deberes de los Estados y Derechos Protegidos") y el análisis del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite afirmar -más allá de toda duda- que es obligación del Esta-

do, por lo que deben cargarse en su cuenta los fracasos en los tratamientos individuales. "La reincidencia encierra el fracaso del Estado en el tratamiento implementado cuando éste se ha cumplido, no un fracaso del individuo"⁴⁴.

Si se pretendiese gravar la situación de quienes habiendo sido sometidos a tratamiento resocializador reincidieron en el delito, el incremento del castigo resultaría el sólo ejercicio del *perfeccionismo* violatorio del principio de autonomía de la persona⁴⁵.

Pero también implicaría una suerte de voluntarismo irrazonable -**artículo 28** de la **Constitución Nacional**- el ir incrementando las dosis de aquel tratamiento cuyo fracaso ya se ha constatado.

Y, finalmente, importaría una contradicción. En efecto, si honestamente se confía en que el tratamiento penitenciario permitirá que "el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley" (**artículo 1º** de la **ley 24.660**) y si dicho régimen progresivo comprende cuatro etapas, la última de las cuales es la de libertad condicional (**artículo 12**), no se advierte cuál es la razón para suponer que no será igualmente eficaz para los reincidentes. Sólo el prejuicio de suponer que son diferentes.

Excepto, claro está, que el reincidente sea extranjero en cuyo caso, al cumplir la mitad de la pena temporal que le hubiese sido impuesta, o quince años si la pena fuese perpetua, ya no será tan culpable, ni tan peligroso y se le remitirá el saldo de pena pendiente de cumplimiento (**artículo 64** de la **ley 25.871**, CN de Casación Penal, sala 1ª, febrero 28 de 2005: "*Chukura O'Kasilli, Nicolás*").

44. **Camacho Brindis**, op. cit. p. 217.

45 **Nino**: "Ética y Derechos Humanos", p. 205

7-Infracción al principio de reserva:

Cuando una persona comete un delito, el Estado se encuentra facultado a ejercer una de sus potestades soberanas: el *jus puniendi* que -en su aspecto más intenso- supone la atribución de privar a aquélla de su libertad durante un tiempo que, en principio, es proporcional a la falta cometida. Durante ese lapso, el infractor ve severamente restringida su libertad ambulatoria y se ve inhabilitado para ejercer algunos de sus derechos civiles (**artículos 12 y 19 del Código Penal**); se ve privado no sólo del producto del delito, sino también de las cosas que le hayan servido para cometerlo (**artículo 23 del Código Penal**; responde con su patrimonio por la indemnización del daño causado y por las costas del proceso (**artículo 29, incisos 2° y 3°**). Por otra parte, empíricamente es verificable que sufrirá otras consecuencias gravosas: perderá su trabajo, se resentirán sus lazos familiares y sociales, no podrá ejercer sus derechos políticos, etc..

Pero, por larga que sea su condena, habrá un mediodía (**artículo 77 del Código Penal**) en que recuperará su libertad entendida en el sentido más extenso posible. La pena cumplida pasará a ser parte de su acervo personal y, a ese amparo, sólo quien la ha sufrido podrá disponer de ella conforme a sus elecciones. Como cualquier otro dato de la historia personal de todo ser humano (aunque no se trate del cumplimiento de una pena) no existe obligación de revelarlo. Queda resguardado por lo previsto por el **artículo 19 de la Constitución Nacional** (cfr. **Zavala**: "La reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad"⁴⁶).

Sin embargo, a la carga estigmatizante que

46. En *site* pensamientopenal.com.ar

de por sí tiene la pena se añade (con un poco más de sutileza que la "marca" decimonónica, pero con similares efectos) el mantenimiento de registros por parte del Estado (**artículos 50 y 51 del Código Penal**) que permitirán enrostrarle una y otra vez el delito cuyas consecuencias ya ha sufrido.

Como lo recuerda **Ferrajoli**⁴⁷, se trata de un catálogo de efectos post-penales estigmatizantes que contrastan con el principio que el utopista **Morelly** incluyó en su "*Le Code de la Nature*": «Una vez cumplida la pena, estará prohibido a todo ciudadano hacer el mínimo reproche a la persona que la ha sufrido o a sus parientes, informar de ello a quienes lo ignoren, y mostrar el menor desprecio por los culpables, tanto en su presencia como en su ausencia, bajo pena de sufrir el mismo castigo».

Caparelli, en este mismo sentido, recuerda la ley toscana de Pedro Leopoldo de 1786 (artículo 57, 2º párrafo) en virtud de la cual se establecía la exclusión de toda consecuencia infamante o negativa en cualquier otro sentido del "delito pasado" para el reo que haya expiado la pena⁴⁸. Consumada la pena, «no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido»⁴⁹.

Pese a que "existe un auténtico derecho del condenado a presentarse sin mácula, una vez que ha cumplido la condena" (**Creifelds**), "muchas veces la pena privativa de libertad se prolonga como una sombra para el condenado para el resto de su vida" (**Roxin**). Porque "la importan-

47. Op. cit., p.730

48. "Determinación de la pena y derecho penal mínimo: invalidez de la reincidencia", pub. en LL 1998-F:118.

49. Zaffaroni: "Reincidencia" en website neopanopticum.

cia de la supervivencia de la marca penal, una vez cumplida la condena (es) un factor que facilita el control" (**Grosso Galván**)⁵⁰.

Dice **Foucault**: "¿Quizá habrá que buscar lo que se oculta bajo el aparente cinismo de la institución penal que, después de haber hecho purgar su pena a los condenados, continúa siguiéndolos por toda una serie de mareajes (vigilancia que era de derecho en otro tiempo y que hoy es de hecho; pasaportes de los presidiarios antaño, y ahora el registro de penados y rebeldes) y que persigue así como "delincuente" a quien ha cumplido su castigo como infractor?"⁵¹.

Expresamente, la **ley 24.660** se refiere a la cuestión, en su **artículo 172** expresa: "Los egresados y liberados gozarán de protección y asistencia social, moral y material pospenitenciaria (...), procurando que no sufra menoscabo su dignidad, ni se ponga de manifiesto su condición".

Hay que decirlo con franqueza, aparte de aquellos registros formales, otras agencias estatales mantienen archivos de condenados -sin muchas limitaciones, ni posibilidades de control de los datos incluidos- que intensifican la carga estigmatizante. Así lo demuestran los hechos que dieron lugar a fallos como el del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, de febrero 7 de 2000 en autos "*Hansen, Fabián Gustavo s/Robo*"; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, de junio 20 de 2005 en autos «*Miranda, Martín s/habeas corpus*»⁵²; de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, de julio

50. Todas las citas corresponden a **Camacho Brindis**: "Criterios de criminalización y descriminalización" -tesis doctoral UCM, 1992- Capítulo II, Parte 1°-.

51. Op. cit., p. 171

52. LL 2005-E:141

Poder Judicial de la Nación
Tribunal Oral en lo Criminal
Federal de Formosa

31 de 2006, en autos "*Ríos, Gustavo Manuel c. Provincia de Mendoza*" (que algo indica sobre la irregularidad de su manejo).

Otro registro informal resulta del mantenimiento de la categoría "conocido delincuente" (que, por cierto, carece de toda base legal). Pueden compulsarse en este sentido los datos fácticos reseñados en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de mayo 19 de 1992 en autos "*Torres, Oscar Claudio*"⁵³; Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mercedes, sala I, julio 5 de 1994 en autos "*Mejías, Horacio R.*"⁵⁴; Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, mayo 19 de 1999 en autos "*Bataglia, Carlos J.*"⁵⁵.

Antes que señalar con esta indeleble marca, mejor el Estado debiera cumplir con esta obligación: "Los servicios y organismos, oficiales o no, que ayudan a los reclusos puestos en libertad a reintegrarse en la sociedad, proporcionarán a los liberados, en la medida de lo posible, los documentos y papeles de identidad necesarios, alojamiento, trabajo, vestidos convenientes y apropiados para el clima y la estación, así como los medios necesarios para que lleguen a su destino y puedan subsistir durante el período que siga inmediatamente a su liberación"⁵⁶.

Por lo tanto, el cómputo de la condena ya cumplida al solo efecto de agravar la situación de quien ha cometido un nuevo delito resulta violatoria del principio de reserva, garantizado por el **artículo 19** de la **Constitución**

53. Fallos 315:1043 -voto del Juez Petracchi, considerando 7°-.

54. LL Buenos Aires 1994:599

55. LL 200-C:283

56. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ONU Ginebra 1955, regla 81.1

Nacional. Distinta sería mi opinión si la condena ya cumplida fuera tomada en cuenta para crear condiciones educativas, laborales y de contención social que impidieran la recaída en el delito. La Nación Argentina se organizó como tal, entre otras cosas, para "promover el bienestar general.

8-La cuestión del error judicial: En cuanto actividad humana, la labor judicial es falible. Así lo demuestra la vigencia de la **ley 24.233** cuyo **artículo 1°** expresa: "Desagráviese el nombre y la memoria de Santiago Mainini, Reclus de Diago y Pascual Vuotto, por la injusta sentencia que recayera sobre ellos condenándolos a reclusión perpetua por el homicidio de María Enriqueta Blanch y de Paula Arruabarena" (el subrayado me pertenece).

Más aún, los primeros cuatro incisos del **artículo 479** del **CPPN** aluden a diversos supuestos que hubieran podido provocar el dictado de una sentencia injusta.

Pues bien, si este fuera el caso, si el error no hubiese podido ser puesto en evidencia o no lo hubiera sido a tiempo, respecto a la primer sentencia condenatoria efectivamente cumplida, la posterior sentencia que declarara la reincidencia, con aquellos efectos ya mencionados, vendría a acentuar y renovar -insoportablemente- los efectos de la primer injusticia padecida.

9-Conclusión: En razón de los argumentos expuestos considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del **artículo 14** del **Código Penal**, en cuanto excluye de la posibilidad de acceder al beneficio de la libertad condicional a quienes la norma llama "los reincidentes", por resultar violatorio del sistema penal de acto, de la garantía "*ne bis in idem*", del principio de culpabilidad como

fundamento y como límite del ejercicio del "jus puniendi", de los fines de la pena constitucionalmente definidos, del principio de reserva y por incrementar los efectos perniciosos en supuesto de error judicial (sobre alguno de estos argumentos cfr. CN Crim. Y Correc., sala VI, diciembre 27 de 1985: "Varela, Luis R."⁵⁷; Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, junio 4 de 2002: "Giménez, Miguel A."⁵⁸; ídem agosto 14 de 2000: "Ambrosio, Ramón"⁵⁹; ídem, agosto 4 de 2004: "Navarro, Zacarías A."⁶⁰).

10-La situación de Fernández: Como integrante del Tribunal Oral, he juzgado al peticionante en tres ocasiones. En virtud de la sentencia n° 4 (febrero 14 de 1995) se lo condenó a cinco años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes; por sentencia n° 156 (marzo 6 de 2001) se lo condenó a dos años y diez meses de prisión por el delito de transporte de estupefacientes, declarándolo reincidente por primera vez; por sentencia n° 283 (julio 1° de 2005) se lo condenó a tres años y seis meses de prisión por el delito de transporte de estupefacientes, declarándolo reincidente por segunda vez.

Aunque no soy criminólogo advierto que lo determina a cometer aquellos delitos su adicción o, al menos, su propensión al consumo de estupefacientes. Así lo demuestran también el historial disciplinario reflejado en este incidente de ejecución penal y los términos en que formulara su petición.

Creo que ha llegado la hora en que desde el Estado se le dé una respuesta que no tenga puro contenido

57. LL 1986-B:424

58. LL BA 2002:988

59. LL BA 2000:1272, voto en disidencia del Dr. Juliano

60. LL BA 2005-febrero:96.

penal. Vale decir dejar de replicar sobre las consecuencias e intentar operar sobre las causas. En tal sentido, a las tradicionales reglas de conducta a satisfacer incluidas en el **artículo 13** del **Código Penal**, añadiré como parte del compromiso del interno la regla prevista por el **artículo 27 bis, inciso 2°** del mismo cuerpo normativo, en el entendimiento que -de superar su patología- el beneficiado no incurrirá en nuevos delitos.

Comprendo que el interno no ha observado los reglamentos carcelarios, pero como puede advertirse en el sumario de las infracciones, éstas se relacionan a similar problemática por lo que no pueden erigirse en obstáculos a la concesión del beneficio comentado.

Corresponde, en razón de lo expuesto, conceder a Fernández el beneficio de libertad condicional (**artículo 13** del **Código Penal**).

Por ello y estimado que fue el dictamen del Sr. Fiscal General;

RESUELVO:

1-Declarar la inconstitucionalidad del **artículo 14** del **Código Penal**.

2-Conceder al interno **Carlos Fernández** (DNI N° 14.715.600) el beneficio de su libertad condicional bajo el régimen del **artículo 13** del **Código Penal** sujeto a las siguientes reglas de conducta: 1ª) Fijar domicilio y establecerse en el lugar donde lo constituya; 2ª) Abstenerse de concurrir a lugares o vincularse con personas relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes; 3ª) Someterse a un tratamiento de rehabilitación que le permita superar su adicción al consumo de estupefacientes, debiendo

Poder Judicial de la Nación
Tribunal Oral en lo Criminal
Federal de Formosa

informar a este magistrado, dentro del primer mes, su inicio y cada dos meses, su evolución; 4^a) No cometer nuevos delitos.

3-Por Secretaría se labrará un acta en la que conste que fue debidamente informado de las reglas de conducta anteriormente enunciadas y que el beneficiado se compromete a observarlas.

4-Cumplido lo anterior, ordénase la inmediata libertad del interno Carlos Fernández librándose oficio al establecimiento de detención.

Regístrese y notifíquese.

Dr. Rubén D.O. Quiñones
Juez de Ejecución Penal

---En la ciudad de Formosa, a los _____ días del mes de octubre de 2006, comparece ante el Juez de Ejecución Penal Dr. Rubén D.O. Quiñones y ante el suscripto -Actuario- el interno **Carlos Fernández** (DNI N° 14.715.600) a quien se le informa que se le ha concedido la libertad condicional sujeta a las siguientes reglas de conducta: 1ª) Fijar domicilio y establecerse en el lugar donde lo constituya; 2ª) Abstenerse de concurrir a lugares o vincularse con personas relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes; 3ª) Someterse a un tratamiento de rehabilitación que le permita superar su adicción al consumo de estupefacientes, debiendo informar a este magistrado, dentro del primer mes, su inicio y cada dos meses, su evolución; 4ª) No cometer nuevos delitos. Seguidamente, S.S. le explica detenidamente el contenido de cada una de estas normas, declarando Fernández haberlas comprendido y asumiendo el compromiso de acatarlas. A tales efectos fija domicilio y residencia en _____.

Cumplida la finalidad del acto, se da concluida la audiencia, firmando para constancia los intervinientes.-----