

SOLICITA LIBERTAD CONDICIONAL

Señor Juez:

OSCAR MARTIN RIVEROL, por derecho propio, manteniendo el patrocinio jurídico de la Defensa Pública Oficial, en el legajo de ejecución de mi sentencia, ante V.S. me presento y respetuosamente digo:

Vengo por el presente a solicitar se me conceda la libertad condicional por los fundamentos que a continuación expondré:

Que se desprende de las constancias obrantes en el presente legajo que me encuentro en condiciones temporales de acceder al régimen de la libertad condicional, con relación a la pena única que se me impuso en autos.

Quiero dejar en claro que mi petición no es la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia sino un pronunciamiento judicial que pretenda armonizar los presupuestos de prohibición del Art. 14 y 17 del C.P. y acceder al régimen de libertad condicional con las directrices que emanan del bloque constitucional, haciendo primar los principios internacionales de "pro homine" y "pro libertate".-

Por ello quiero destacar el principio de que las leyes temporales posteriores derogan las leyes anteriores y que en este caso debe prevalecer lo atinente a los principios de progresividad y de judicialización para el otorgamiento de la libertad condicional.

La imposibilidad de acceder al régimen de libertad condicional por disposición de los arts. 14 y 17 del CP implica una alteración al Principio de Progresividad de la pena por cuanto no se tiene en miras que en pos de la reintegración social, el art. 12 de la ley 24.660, expresamente prevé: la obligatoriedad de la progresividad del régimen penitenciario para todos los condenados, sin distinción y en base a un tratamiento individualizado.

En tal sentido, con la sanción de la ley 24.660, los arts. 14 y 17 del C.P., habían quedaron tácitamente derogados o, al menos, expresamente morigerados. Es que, mediante la observancia de las leyes que fijan la vigencia de las leyes penales en el tiempo, y en principio de aplicación de la ley penal más benigna (Art 2 del C.P.), la obligatoriedad de la progresividad de la pena que fija el art. 12 ha dejado en desuso de manera tácita o implícita la prohibición destinada a quienes tengan revocada su libertad condicional o fueran declarados reincidentes.

Por ello, desde una interpretación adecuada y armónica de las normas aplicables al caso, y siempre respetando el "principio de reintegración social" y "principio liberatorio o pro libertatis" que se encuentran fijados desde las directrices internacionales que integran el bloque constitucional, es el juez de ejecución -quien en el marco de las potestades y obligaciones que le asigna la ley (Arts. 3 y 4 incs. a y b de la ley 24.660 y sentado por nuestro Máximo Tribunal en el precedente Romero Cacharane)- es quien debe concretar esta interpretación.-

En defensa de mi liberación condicional, quiero remarcar que la idea de obligatoriedad de la progresividad en el tratamiento alude también en las pautas del art. 5 de la ley de ejecución a un tratamiento individualizado, que debe atender a las condiciones personales del condenado, y que iría cumpliendo desde su ingreso al régimen de condenados, ello en miras de las posibilidades y necesidades que debían tenerse en cuenta al momento del egreso y que, remitirse únicamente a la letra de la norma, implicaba desconocer como "condictio sine qua non" un periodo de reintegración social mediante la posibilidad de acceder al régimen de libertad condicional, soslayando la idea de progresividad bajo la directriz del Principio de Igualdad que desde el inicio del programa de tratamiento coloca a todos los condenados en igual situación (haber transitado las fases de tratamiento penitenciario) para acceder a igual régimen.

Esto está implícitamente relacionado con el efecto criminógeno de las cárceles, y que no ha podido este ser humano primitivo deshacerse de ellas. Entonces, y gracias a las enseñanzas de la criminología, se parte de la premisa de que la garantía de la reintegración social cae en la paradoja de tener que resocializar a pesar de la cárcel y del encierro. Es decir, el principio de reintegración social obliga al Estado a resocializar mediante la mayor evitación posible de la desocialización; nada más ni nada menos.

En ese sentido, entiendo que el único modo constitucional de interpretar los arts. 14 y 17, de una forma armónica y constitucional, es comprender dichas circunstancias (reincidencia y libertad anterior revocada) a modo de presunción iuris tantum de necesidad de mayor tratamiento penitenciario o de forma indicativa pero no determinante (claro está que el legislador no podría privar de forma legitimada al juzgador de Ejecución de su función más prístina: evaluar y controlar la evolución

de reintegración social).

Por ello, sostener una premisa semejante (presunción iure et de iure impuesta por el legislador) -especialmente por el contenido de los Arts. 5 y 12 y ccdantes. de la Ley de Ejecución Penal- no puede soslayarse el avallasamiento del Poder Legislativo por sobre el Poder Judicial.

Es dable resaltar que, el buen criterio de interpretación de leyes resulta integradora de las directrices constitucionales e internacionales que permitiría al Juzgador evaluar más allá de la rigidez de la norma y siempre a favor del justiciable, por debida interpretación judicial.

En esa línea argumentativa, quiero traer a colación que este es el criterio receptado por la Cámara Nacional de Casación en pleno en el precedente "Díaz Bessone" (el que tiene el mérito de recoger el buen camino subsanado por la mayoría de los operadores de forma aislada pero coincidente).¹

En ese caso, el Tribunal de Alzada había expuesto en la línea que debía primarse una interpretación que guardara una relación armoniosa con las directrices internacionales y es la que esta defensa pretendió arribar en cuanto a que "el derecho nacional se ve enriquecido con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual 'jerarquía constitucional' según la reforma de 1994. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo)- ha consagrado dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (confr.: caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77)"

En esta misma dirección, y en la idea de una interpretación teleológica de las normas, que prime la actual voluntad del legislador, quiero resaltar que el Tribunal de Alzada en el fallo de mención había entendido que: "la convicción de que un ordenamiento jurídico, dado que no es un catálogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que expresan valores, debe armonizarse con la situación fáctica de cada tiempo histórico" y que "no hay lagunas del derecho porque hay jueces que interpretan las leyes" (confr.: Sala II, causa n° 7, "Ávila, Blanca Noemí, s/recurso de casación e inconstitucionalidad", reg. N° 18, rta.: el 2/7/1993, reg. N° 18). Además, y siguiendo la jurisprudencia que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se mencionó que "la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que la concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 300:1080; 315:727; 310:195 y 320:1090 y 1962, entre muchos otros). Así como también que "es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos: 310:937). En definitiva, "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan", y "ello comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico" (Fallos: 287:79)."

De ese modo, se entendió, se habían morigerado la rigidez de las normas que impedían la excarcelación, por ejemplo, en supuestos en los que se imputaban delitos con escalas penales altas; y se estableció que solo podría existir una presunción iuris tantum en relación con el peligro de fuga. Todo ello a pesar de la claridad de la normas del Código Procesal de la Nación. Lo mismo se pretende en relación con la

¹ En esa oportunidad, el Tribunal de Alzada en pleno resolvió que "No basta en materia de excarcelación o exención de prisión para su derogación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento penal a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal". (Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13, 30/10/2008)

privación de la libertad implicada por los arts. 14 y 17 del CP en materia de interpretación

En tal sentido, quiero enfatizar la idea de que así como se pudo interpretar la rigidez de la fórmula de los Arts. 316 y 317 del C.P.P.N. como una presunción iuris tantum, lo mismo podía efectuarse en esta instancia en relación con los arts. 14 y 17 del C.P. y los Tratados internacionales con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional (los que de ningún modo podían seguir comportándose como presunciones "iuris et de iure" impuesta por el legislador).

Por todo ello, cabe mencionar que es precisamente en esta etapa donde, en caso de no accederse a lo incoado, se produciría un perjuicio grave e irreparable, toda vez que la solución intentada afectaría temporalmente las posibilidades de egreso anticipado, o de cumplir el último tercio de su pena en libertad. Todo ello, adunado al desprecio por la dignidad del penado y la transgresión a las penas sin sentido (específicamente se advierte también, en el punto, la transgresión a los artículos 10.3 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En consecuencia con ello, insisto en que se debe efectuar una interpretación desde la voluntad del legislador y desde métodos teleológicos y no literales, en donde debe primar el ideal de reintegración social y liberatorio (ello desde un derecho penal de mínima intervención, que intenta imponer un freno al poder punitivo) y el que no puede desconocerse en virtud de la imposición de una normativa -como lo son los Arts. 14 y 17 del C.P.- de antaño como parte de un sistema penal diferente o no evolucionado. "Respecto de la dinámica legislativa anterior a la ley que se aplica al caso y también la posterior a ésta sale a luz una peligrosa omisión de cumplimiento de mandatos constitucionales por parte del Poder Legislativo y se ponen de manifiesto en toda su magnitud las consecuencias que acarrearán para la certeza del derecho, cuya gravedad no sólo habilita la competencia de esta Corte sino que le impone un esfuerzo de interpretación conjunta de disposiciones legales vigentes que, respetando al máximo el principio de ultima ratio en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad, sirva de marco en el futuro para reparar en lo posible el déficit generado por la aplicación aislada y contradictoria de esas disposiciones." (Considerando 8º del voto del Dr. Zaffaroni en el fallo "Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas". R 519. XLI. de fecha 8 de junio de 2010).

Así en ese magnánimo voto del profesor mencionado, se impone -más allá del tema específico- el deber de interpretación constitucional de las normas, como función judicial más prístina.

La interpretación conforme a constitución es un deber de los jueces como principio derivado del carácter de orden normativo que ostenta nuestro sistema, que tiene a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (con esa jerarquía) como rango supremo del ordenamiento. En ese orden, cuando sea posible una interpretación de la norma impugnada que se compagine con las normas con jerarquía constitucional, el juez debe seguir ese camino. Por su parte, si tal no fuera posible, se debe declarar, como todos sabemos, la inconstitucionalidad de la norma de rango inferior. La técnica interpretativa constitucional, si bien no declara la inconstitucionalidad, establece cómo debe interpretarse la norma para no incurrir en contradicción con el bloque de constitucionalidad. A tales efectos, resultan esenciales la interpretación y estima de las normas constitucionales y la aplicación conforme al Derecho Internacional vigente en la República, a partir de 1994 -con jerarquía constitucional- Así se ha afirmado: "... la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de todo un nuevo corpus normativo, presenta una serie de desafíos diversos que hacen a su aplicación por los tribunales... El desafío de la compatibilización de la totalidad de las normas que hoy forman parte del ordenamiento jurídico argentino, entonces, obliga a agudizar los mecanismos de interpretación, con el fin de asegurar la vigencia armónica de toda la normativa" (Abregú, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, ps. 18 y siguiente); "... no significa únicamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también significa la incorporación de aquellos principios que, vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el DIDH... [El principio pro homine] exige estar siempre a la interpretación que más favorece a la vigencia de los derechos... [y se debe señalar que] no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía

para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación a cada hecho particular" (Abregú, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, p. 19).

En un ordenamiento jurídico como el hoy vigente en la Argentina se plantea la coexistencia de múltiples normas referidas a derechos humanos, que presentan, las más de las veces, contenidos contradictorios, según antiguos paradigmas. Entonces, la pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos obliga a una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado.

En esta tarea de reconstrucción se impone revisar antiguos precedentes (los relativos al instituto de la reincidencia y similares son muy antiguos, tanto que son anteriores a la incorporación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos), recurriendo a una serie de principios generales del derecho internacional y de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos que permitan brindar pautas claras de interpretación.

En el caso en particular, amén del "pro homine", no puedo dejar de mencionar el principio "pro libertatis" que impone que los derechos fundamentales, en este caso la libertad ambulatoria -aún el derecho de cumplir el último tercio de la pena de prisión impuesta en libertad-, deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite.

Así, en la concepción tradicional de interpretación, el declarado reincidente y a quien se le revocara la libertad condicional, se ubica en una categoría tan diferente como prohibida o deslegitimada respecto del resto de las personas condenadas, puesto que más allá de cualquier circunstancia reveladora de readaptación social, su supuesta "peligrosidad" -presumida *juris et de jure*- determina -sin prueba en contrario de éxito en el proceso de ejecución penal- la pérdida del derecho a obtener su libertad del Art. 13 del C.P, según morigeración del rigor de la pena impuesta en los distintos estados previstos, de forma igual para todos los justiciables, en el sistema progresivo. Este conflicto marcado entre el régimen de progresividad regulado por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad -y de todos los principios tradicionalmente enumerados, más en el caso la satisfacción de todos los objetivos de prevención especial y general frente al reconocido efecto deteriorante de la personalidad del mayor encierro- y los institutos del art. 14 y 17 del C.P., debe necesariamente resolverse a favor de la urgente libertad; así lo imponen las normas internacionales ya destacadas y los principios "pro homine" y "pro libertate". Es que lo contrario es un desprecio absoluto a la evolución obtenida dentro del régimen de la progresividad, a la individualización del tratamiento y al Derecho Penal de acto. Así, las circunstancias relativas a las condiciones personales como ser la necesidad de mayor tratamiento penitenciario que implica la reiterancia en el delito, sólo puede ser tomado legítimamente al inicio, para conformación de la Historia criminológica del causante o para la primera calificación o al momento de la fijación de los objetivos del Programa de Tratamiento Individual, pero tenerlo en cuenta con posterioridad y cuando el tratamiento fue exitoso (a pesar de ello) resulta un desprecio absoluto por el proceso de ejecución penal contrario a toda garantía esencial al derecho penal de acto.

Así las cosas, el presente planteo de inconstitucionalidad merece un profundo análisis a fin de superar la establecida doctrina que indica que:

la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (P. 199 XXIII, "Pupelis, María C. y otros s/robo con armas", causa 6491, 14/5/1991). El avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone revisar esta doctrina al amparo de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México". En dicho fallo se dijo que: 19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder

Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la CIDH envía en la Sentencia relativa al Caso Cabrera García y Montiel Flores, materia del presente voto razonado... c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes 42. Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, dos meses después del Caso Almonacid Arellano vs. Chile, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la CIDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, con independencia de que las partes lo invoquen. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de

dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la CIDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia

los jueces deben realizar dicho control, ya que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto". La doctrina es clara, los jueces tienen el deber de velar activamente por la adecuación de la legislación interna con el bloque de convencionalidad de los Tratados de Derechos Humanos.

Esto ciertamente no implica que se caiga irremediamente en el gobierno de los jueces, pero en el presente caso se pone en consideración una norma que a la fecha cuenta con 90 años de vigencia y que debe ser interpretada a la luz de los tratados internacionales que forman el bloque de constitucionalidad.

Asimismo creo importante destacar que el marco a decidir en la presente causa es la prohibición de otorgar la libertad condicional a una persona declarada reincidente, no la inconstitucionalidad de la reincidencia en sí.

La reincidencia tiene tres manifestaciones en el Código Penal: Prohíbe la libertad condicional (art. 14); es un factor para mensurar la pena (art. 41) y la múltiple reincidencia puede dar lugar a una pena de prisión perpetua (art. 52).

La cuestión del Art. 52 está zanjada con el fallo "Gramajo" de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, en base a dos argumentos claros. La Corte sostuvo que la norma es inconstitucional por ser una manifestación del derecho penal de autor y por tanto ajeno a nuestro sistema (considerando 17). Asimismo afecta el principio de proporcionalidad (considerando 20). La segunda manifestación está dada por la posibilidad de agravar las penas por ser reincidente (art. 41 inc. 2).

Creo que este punto, discutido por cierto es el único que se puede rescatar de la reincidencia y la forma de resignificar las citas jurisprudenciales que abundan en la materia.

En "L'Eveque" (publicado en LL 198 B, 185) de la CSJN, donde se dijo que: "... la cuestión a resolver es la de saber si la restricción contenida en el art. 14 del Cód. Penal se encuentra en pugna con la prohibición de la doble persecución penal, que tiene rasgo constitucional (Confr. causa C. 259. XXI. 'Cesar y Antonio Karam, S.C.I.C.A. s/conencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c. dec. 2423/83 del P.E.', del 24/12/87) y con la garantía de igualdad establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional "Que el principio 'non bis in idem', en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida esta como un dato objetivo y formal a los efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante 'Pace v. Alabama', 106 U.S. 583, 'Leeper v. Texas', 139 U.S. 462 y 'Moore v. Missouri', 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V. 172.XXI, 'Valdez, Enrique C. y otra s/robo con armas y encubrimiento', del 21/4/88 Rev. La Ley, t. 199 E, p. 20).

Entiendo que la técnica de trasladar los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos sin ver el contexto en que los mismos fueron dictados, implica una falacia de autoridad, puesto que solo se busca una "cita de conveniencia" cuando un rápido

estudio de dichos precedentes muestra que no son aplicables hoy en día en el país en el que fueron dictados y no son transferibles a nuestro país.

Esta cita en su país de origen está dirigida a los llamados "recidivism enhancements" (aumentos de pena por reincidencia), nuestro artículo 41, no a la posibilidad de otorgar una libertad condicional.

En general se ha tratado de atacar estas afirmaciones a través de la regla del "non bis in idem", pero en el contexto de norteamérica el riesgo al "Double Jeopardy" como se la conoce, protege (en la interpretación de la corte de los EEUU), la posibilidad de ser enjuiciado dos veces por un mismo hecho, pero no la doble punición por el mismo.

En el año 1895 fecha del fallo Moore, los jueces contaban con amplio régimen de discrecionalidad para aplicar penas.

Posteriormente el proceso de fijación de la pena (sentencing) fue virtualmente separado del proceso de determinación de la responsabilidad penal. La Corte de los EEUU ha dicho que la cláusula solo protege al individuo frente a múltiples penas por una misma ofensa, pero que el aumento de pena por reincidencia es solo un agravante y/o, que se pena por el modo en que el cometió el nuevo hecho luego de sufrir una pena (Monge, 524 U.S. at 728; United States v. Watts, 519 U.S. 148, 153 (1997); Witte v. United States, 515 U.S. 389, 403 (1995).

Los ataques constitucionales en Norteamérica a la llamada "recidivism enhancements" (aumentos de pena por reincidencia) han fallado en la totalidad de los casos cuando se sustentaron en la cláusula del Doble Jeopardy por las razones apuntadas precedentemente.

La garantía funciona en toda su plenitud frente al sujeto, declarado inocente, que se lo quiere llevar nuevamente a juicio por esos hechos, pero no se admite en el supuesto del sujeto condenado que es "nuevamente condenado" por una ofensa anterior, de allí la preeminencia de la interpretación en Norteamérica respecto que la cláusula solo protege frente a persecuciones múltiples (Green v. United States, 355 U.S. 184, 187-88 (1957).

Esta postura es sostenida enfáticamente por los Jueces Scalia y Thomas quienes han dicho que el texto de la enmienda constitucional no prohíbe múltiples penas porque solo prohíbe un nuevo "jeopardy", es decir ser nuevamente puesto en peligro de ser condenado y que la cláusula cumple con su finalidad al impedir múltiples juicios en lugar de impedir múltiples penas directamente (Witte v. United States, 515 U.S. 389, 406-07 (1995).

Esta concepción no puede ser sostenida en la Argentina de acuerdo al marco constitucional que poseemos.

Con anterioridad a 1994 seguir en este punto a la Corte de los Estados Unidos podría haber sido válido, pero con la incorporación de los tratados de derechos humanos, en la argentina no solo está prohibida la persecución múltiple, sino también la imposición de más de una pena por un mismo hecho.

En efecto el Pacto Garantías Civiles y Políticas. Establece en su art. 7 que: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. No está ya prohibido el doble juzgamiento, sino la imposición de penas por dichos hechos, este punto muestra nuevamente como los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos no son aplicables en la argentina pues nuestro juego de normas es más preciso que la Quinta Enmienda de los Estados Unidos.

El actual sistema de determinación de penas en los EEUU se lleva a cabo durante una audiencia separada del proceso de determinación de la culpa, donde en base al hecho y las características de la persona se aplica una pena (que no tiene el fundamento resocializador de nuestra legislación, sino retributivo, disuasivo e incapacitante) y en este contexto la reincidencia funciona del modo en que funciona nuestro actual art. 41 inc. 2, como un factor para determinar la pena.

Asimismo en dicho contexto legal, si bien en los últimos 30 años los jueces estaban seriamente limitados por las tablas de determinación de pena, en la actualidad y a partir de Booker, se puede imponer penas apartándose de dichas guías.

Es durante estas audiencias de determinación de pena donde se discute la duración real de la pena del interno pues no existen en la actualidad las "parole boards" (en el sistema federal) o juntas de libertad condicional que permiten reducir la pena una vez impuesta.

Creo asimismo que la reincidencia en el contexto del Art. 41 no se la puede diferenciar de otras cualidades del sujeto como la edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, las condiciones personales, así como los vínculos personales entre otras de las referencias del mencionado artículo como un factor para mensurar la pena.

Es indiscutible que en plano existencial la persona que sufrió una prisonización es marcada por esta experiencia y pasa a formar parte de su acervo vivencial, del mismo modo que estará marcado por la experiencia un menor que asistió a un colegio internado o la persona que está casada. Son experiencias que hacen a su persona y que serán valoradas en su favor o no por los jueces encargados de la sentencia para fijar la misma, pero, en la interpretación que propongo, lo hacen como característica de la persona.

No valorar este hecho y si otros importa tronchar la vida de un sujeto en estancos y lo que se predica de la reincidencia se puede predicar del resto de las circunstancias personales a las que se hace referencia en dicho artículo.

En este contexto la reincidencia puede ser un agravante como predica la mayoría o un atenuante como predicen los doctores Vitale, Juliano y Bovino entre otros.

Resta considerar la reincidencia como impedimento para acceder a la libertad condicional. Dice la Corte en "Gómez Dávalos, Sinfiorano s/recurso de revisión", del 16/10/86, que: "Ello así, aún cuando se pudiese considerar que la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada como es obvia en ésta. A lo que cabe añadir que la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito."

Creo que frente a estas afirmaciones se debe merituar si la reincidencia fue tomada como un agravante de la pena en función del Art. 41.

Si se utilizó tal recurso, es claro que se está ante una doble desvaloración de la conducta del sujeto, pues se agrava la pena por la reincidencia y se la vuelve a agravar por la imposibilidad de acceder a la libertad condicional.

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

Como nos enseñara el Dr. Quiñones en su voto del 27 de octubre de 2006 en causa «Fernández, Carlos s/ejecución penal», 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» y «People v. Basilio de Jesús» 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 habitual. 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 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 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.

Resta verificar si esta prohibición de acceder a la libertad condicional resulta contraria a lo dispuesto por el fin resocializador de la pena. Nuestra historia pre constitucional

muestra que el Decreto de Seguridad Individual dictado por el Primer Triunvirato (23 de 1811), en su artículo 6º 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 similares términos todas las constituciones mantuvieron disposiciones similares, el Art. 117 en la Constitución de 1819, el Art. 170 en la de 1826 y el Art. 18 en la de 1853-1860.

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), en particular el Art. 5º, apartado 6º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 10, apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Ley 24.660 en su 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 libertad condicional, en este contexto, es una forma más, una herramienta, que está a disposición de los jueces para lograr este fin, pues indudablemente el deber jurídico de resocializar está en cabeza del estado y particularmente en los jueces controlar que esta obligación se cumpla, pues de lo contrario mal se podría cargar las culpas sobre el interno.

En este sentido y conociendo la realidad carcelaria la reincidencia encierra el fracaso del Estado en el tratamiento implementado cuando éste se ha cumplido, no un fracaso del individuo.

Esto indudablemente sin dejar de desconocer la parte que le toca al imputado, pero es cuanto menos complejo dilucidar cuanto ha puesto de sí un imputado que recibió un tratamiento nulo durante su paso por las unidades de encierro.

No observo diferencias "ab initio" que permitan diferenciar el tratamiento penitenciario de un delincuente primario y un reincidente.

Ambos deben acatar las fases propuestas por la Ley 24.660 que culminan en la Libertad Condicional como parte del tratamiento progresivo. Si este tratamiento se supone válido para uno, no se observa porque no lo será para los reincidentes. Sólo el prejuicio de suponer que son diferentes.

Llegados a este punto entiendo que con lo dicho basta para declarar la inconstitucionalidad del Art. 14 del CP en cuanto impide la concesión de la libertad condicional a reincidentes.

Sin perjuicio de lo anterior, necesario para la presente causa y para futuros reclamos de similar tenor que se presentarán indudablemente en el tribunal, creo necesario asimismo que tomar en cuenta las particularidades del presente caso puesto que a todo lo dicho, se suman particulares cuestiones que hacen todavía más injusta la imposibilidad de otorgarme la libertad condicional.

Ahora bien, demostrativa de la falta de tratamiento penitenciario fueron mis siguientes delitos que derivaron en la declaración de reincidencia.

Pero asimismo, existe una seria contradicción en pretender que una persona se motive en el encierro y se le intensifique la pena por haber sufrido una prisonización previa.

Si la cárcel no cumple con dotar a los internos con herramientas que le permitan evitar la comisión de nuevos delitos dolosos, lo cierto es que los años y la familia si lo hacen, y ahora cuento con ambos.

Llegados a este punto es indudable que he cometido un número significativo de infracciones penales, pero también es cierto que si en abstracto la reincidencia es inconstitucional, en concreto en la presente causa, ya que me encuentro privado de la libertad desde temprana edad sin que haya podido el Estado brindarme el debido tratamiento para mi reinserción oportuna.

Esta sentencia sin embargo, no importa que se me conceda en este momento la libertad condicional, pues no obran en autos los informes necesarios, pues solo luego de analizar estos y de escuchar a las partes, es que se podrá conceder o denegar este beneficio. Lo único que solicito es la posibilidad de darle el debido trámite al pedido en pie de igualdad, a fin de poder articular correctamente mis derechos.

Al fundamento normativo, debo agregar que tengo familia constituida e hijos, lo que me brinda un panorama distinto al que tuve anteriormente, brindándome contención afectiva y un proyecto de vida.

En consecuencia, valoradas las circunstancias en su conjunto; las que surjan del legajo de ejecución de la pena y los informes criminológicos en lo que hace al contexto social, familiar y laboral, resulta válido presumir fundadamente que las consecuencias de la reincidencia ya no tienen sentido en mi caso concreto a efectos de negarme el acceso a la libertad condicional.

Por ello y tal como lo expuse, encontrándose reunidos en el caso de autos la totalidad de los requisitos contenidos en la legislación de fondo para que pueda acceder al beneficio impetrado, solicito a V.S. que requiera a la administración penitenciaria los informes con arreglo a la libertad condicional, y una vez recibidos se le dé traslado a Defensa Oficial a sus efectos.

Proveer de conformidad, será justicia.-

OSCAR MARTÍN RIVERÖL

