

¿Qué nos queda de la reincidencia luego de los principios “Pro Libertatis” y “Pro Homine”? Una mirada diferente sobre, conocidos pero superables, obstáculos para acceder a la libertad condicional.

Por Flavia Vega, con la colaboración de Lourdes Marcovecchio y la corrección de Eugenia García Sigilli¹

Paradójicamente, mientras el positivismo se encuentra revigorizado en nuestras prácticas - al menos en el ámbito de la ejecución de la pena-, el resabio de sus instituciones se encuentra en “jaque” frente a la incorporación de las directrices internacionales impuestas, pero consentidas, por nuestro orden interno.

Me gustaría aquí realizar unas reflexiones sobre el segundo punto mencionado, sin perjuicio de que la advertencia en orden al primero, quedó esbozada.

Estas líneas fueron generadas en derredor a algunos supuestos en los que mediante resoluciones judiciales se impidió a justiciables ejercer su derecho a la libertad condicional. Sí, fueron los jueces y no, en el caso, los legisladores. Es que, según mi humilde pero constitucional ver, **las previsiones de los artículos 14 y 17 de nuestro Código Penal, si bien dificultan el acceso a la libertad condicional, no lo excluyen “de plano”, toda vez que admiten lo que se conoce como una “interpretación constitucional”.**

Tanto se debatió sobre la declaración de inconstitucionalidad de normas de ese tenor, que la impronta de ese proceder de “ultima ratio” -por motivos de preservación institucional- opacó la elaboración de una interpretación posible y debida, tan asequible como adeudada por nuestros jueces. Ello se infiere desde una elemental noción del Estado de derecho, en tanto, si las normas pueden ser interpretadas de una forma constitucional, debe estarse a ello.

En primer lugar, no soslayo la relación intrínseca que une al instituto de la libertad condicional con el principio constitucional de reintegración social. Y en esta dirección, **no puedo dejar de mencionar que sostener la imposibilidad de acceder al régimen de libertad condicional por disposición de los artículos 14 y 17 del Código Penal implica una alteración al principio de progresividad de la pena** (inferido

¹ En la actualidad, me desempeño como Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal. En la elaboración y redacción de estas ideas he contado con la colaboración de la Defensora Ad- Hoc, Lourdes Marcovecchio, quien se desempeña como Secretaria en la dependencia a mi cargo. Por su parte, la avanzada estudiante de derecho y actual agente de la dependencia a mi cargo, Eugenia García Sigilli, ha realizado el invaluable aporte de la corrección.

directamente del imperativo de reintegración social –del que encuentra nutrida su jerarquía constitucional-). Es que, en perspectiva de reintegración social o sirviéndola, el art. 12 de la ley 24660 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, me satisface pensar que con la sanción de la ley 24660, los arts. 14 y 17 del C.P., **quedaron tácitamente derogados** o, al menos, expresamente morigerados. Es que, mediante la observancia de las normas que fijan la vigencia de las leyes penales en el tiempo y en el marco del 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.**

Así se menciona que, desde una interpretación adecuada y armónica de las normas aplicables al caso, y siempre respetando el principio de “reintegración social” y el principio “liberatorio o pro libertatis” que se encuentran fijados desde las directrices internacionales que integran el bloque constitucional, es el juez de ejecución -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 la directriz sentada por nuestro Máximo Tribunal en el precedente Romero Cacharane)- quien debe concretar esta interpretación.

En defensa de la progresividad y del derecho a la liberación condicional, se propugna que la idea de obligatoriedad de la progresividad en el tratamiento obliga también, en las pautas del art. 5 de la ley 24660, a un tratamiento individualizado. Es decir que deben atenderse las condiciones personales del condenado y que debería el referido tratamiento desarrollarse gradualmente desde el ingreso al régimen de condenados. Ello siempre en miras de las posibilidades y necesidades que deben contemplarse al momento del egreso. En semejante contexto, remitirse únicamente a la letra de la normas de los artículos 14 y 17 del Código Penal Argentino para denegar la libertad condicional, implica desconocer como “conditio 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.

Por su parte, no puedo dejar de poner de resalto en el punto el reconocido efecto criminógeno de las cárceles del cual no ha podido este ser humano primitivo

deshacerse todavía. Entonces y gracias a las enseñanzas de la Criminología, el Abolicionismo y el Agnosticismo sobre la prisión, se toma como premisa –al menos- 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, y a esta altura –ya como verdad de Perogrullo-, el principio de reintegración social obliga al Estado a resocializar mediante la mayor evitación posible de la desocialización: nada más ni nada menos. En oportunidades, tal circunstancia es reconocida en aquellos fallos que entienden el paso anterior por la cárcel como una causal de atenuación de la pena en cuanto agudiza la vulnerabilidad.

En ese sentido, puede concluirse que el único modo legítimo de interpretar los arts. 14 y 17, de una forma armónica y constitucional, es comprender sus supuestos (reincidencia y libertad anterior revocada) **a modo de presunción “iuris tantum”** de necesidad de mayor tratamiento penitenciario, de forma indicativa pero no determinante (**claro está que el legislador no podría privar de forma legitimada al Juzgador de Ejecución de su función mas prístina: evaluar y controlar la evolución dentro de la progresividad, según el estadio alcanzado de acuerdo a las posibilidades de reintegración social**).

Así se menciona que, de continuar sosteniendo una premisa contraria en nuestro sistema (presunción “iure et de iure” supuestamente impuesta por el legislador que, en suma es el significado de prohibir “ab initio” la libertad condicional) -especialmente por el contenido de los Arts. 5 y 12 y concordantes de la Ley de Ejecución Penal, **no podría soslayarse el avasallamiento del Poder Legislativo por sobre el Poder Judicial**.

En ese sentido se resalta que el buen criterio de interpretación de leyes muestra como adecuadas soluciones integradoras de las directrices constitucionales e internacionales que obligan al juzgador a sobrevolar la interpretación aislada y fría letra normativa. En esa línea argumentativa, se trae a este análisis 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).²

² En esa oportunidad el Tribunal de Alzada en pleno resolvió que “No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiese 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 ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.(Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13, 30/10/2008)

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 respetuosa de la voluntad constitucional, se resalta 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 y como se sabe, se entendió morigerada y superada 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 sólo podría existir una presunción “iuris tantum” en relación con el peligro de fuga. Todo ello a pesar de la claridad de las normas del Código Procesal de la Nación. Lo mismo se pretende en relación con la privación de la libertad implicada por los arts. 14 y 17 del Código Penal Argentino en materia de interpretación.

En igual dirección, se cita otro ejemplo señero, por cuanto hasta se había llegado a considerar por preservación del principio de culpabilidad, que los mínimos de las escalas penales de nuestro sistema debían considerarse como indicativos o declararse su inconstitucionalidad, en virtud de que nuestro sistema no preveía la culpabilidad disminuida. En este sentido, resultaron claras las palabras del Sr. Juez Mario Alberto Juliano –presidente de la Asociación “Pensamiento Penal”- quien analiza claramente la cuestión: “(...) *también se ha sostenido que la asignación de un mínimo (en la escala punitiva) hasta puede representar un indebido avance del resto de los poderes de la República (Legislativo y Ejecutivo) sobre facultades que son propias del Poder Judicial, como lo es la facultad exclusiva de determinar el nivel de culpabilidad del sujeto por el hecho delictivo que se le atribuye e imponerle una sanción, lo cual, como se viene sosteniendo, no puede ser establecido en forma anticipada, sino solamente luego de un debido proceso legal (...)*” (“La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas”, extraído de www.pensamientopenal.com.ar)

En el mismo sentido, el Profesor Luigi FERRAJOLI, expuso: “...a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo” (Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 400).

Con igual sentido de interpretación se actuó en el precedente en el que se plasmó la inconstitucionalidad de la ley 23521 “Simón” (causa 686/2000 - “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años”, CSJN 15/06/2005) “(cons. 26) que el suscripto comparte y hace suyas las enjundiosas consideraciones del Juez Baque en la causa “Camps”, que lo llevaron a declarar la **inconstitucionalidad de la ley de la obediencia debida, con sustento en que las presunciones iuris et de iure para ella establecidas implicaron la invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del poder Judicial (Art. 116 de la Constitución Nacional) (...) cons. 18) (...) además es claro que el Poder Legislativo no puede ejercer la jurisdicción, más que en los casos y condiciones que la Constitución establezca y con los alcances y efectos previstos en esta..”**

En tal sentido, resulta de claridad meridiana que la interpretación superadora propuesta es la aplicación de tales procederes al contenido limitador y transgresor de los artículos 14 y 17 de nuestro Código Penal. Es que así como se pudo interpretar la rigidez de la fórmula de los Art. 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina como una presunción “iures tantum”, lo mismo podría efectuarse en esta instancia en relación con los arts. 14 y 17 del Código Penal Argentino y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional (los que de ningún modo podían seguir comportándose como presunciones “iures et de iure” impuesta por el legislador).

Así también desde la criminología se cambiaría a igual conclusión ante el fracaso de las teorías “re” y la necesidad de la existencia de sus postulados como límite asequible del poder punitivo, pero transformado en el imperativo de entender la reintegración social como la mayor evitación posible de la desocialización, a pesar del encierro y de la institución carcelaria.

Con esto no se quiso sino que el reconocimiento criminógeno de la cárcel resultaba aceptado por todos, en términos, al menos, de la teorías agnósticas. Amén de la Criminología, más allá de la teoría de la pena reseñada y de la reintegración social entendida en términos constitucionales, en los que el paso anterior por la cárcel o la reincidencia se consideran generadores de mayor vulnerabilidad y en ese sentido atenuantes en el proceso de individualización de la pena.

En estas palabras, se referencia lo que el propio Maier señaló –con respecto al instituto de la reincidencia- que no se castigaría al autor porque había perpetrado una infracción de mayor gravedad o porque había tenido un mayor conocimiento sobre la antijuridicidad del hecho, sino porque respondía a una categoría de autor específico, a alguien que de antemano se “etiqueta” genéricamente estableciendo para él, si se quiere, un código penal especial, con penas mayores que las normales según la valoración del hecho. Por supuesto que el sistema así estructurado discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado según la ley penal y lo trata de manera diferente al resto de las personas al “colgarle la etiqueta de delincuente”, por lo que ha considerado el autor que la postura descripta fundaría un derecho penal de autor del cual los efectos de la reincidencia resultan un ejemplo claro (extraído de DERECHO PROCESAL PENAL –I. Fundamentos; Editores del Puerto, 2002; págs. 640 y ss.).

Frente a todo ello, resulta corresponderse con el plexo normativo actual, sostener que los artículos 14 y 17 del Código de fondo no pueden más que constituir una

presunción “*iuris tantum*” de necesidad de mayor tratamiento penitenciario y que esto solo debe ser tenido en cuenta al comienzo de ejecución de la pena, con mayor rigorismo en la fijación de los objetivos del Programa de tratamiento Individual.

Así, resulta que en los supuestos en los que en ocasión de concretar sus derechos liberatorios, los penados alcanzan la evolución esperada en el régimen progresivo, **debe ser preservado su derecho a cumplir en libertad el último período de la pena;** o, desde otra perspectiva, su derecho a la menor cárcel posible desde nuestro Derecho Penal Mínimo. Ello porque, claro está, en estos casos los justiciables pudieron con esfuerzo sobreponerse a la especial vulnerabilidad inicial y presentar un apego impecable a las normas de convivencia del establecimiento, trabajando y estudiando, siendo incluso la propia Administración la que así lo propone en sus informes penitenciarios.

En sentido coincidente, la presunción prevista en los arts. 14 y 17 del CÓDIGO PENAL ARGENTINO, entonces, para ser legítima debe ser susceptible de prueba en contrario; y ello dependerá de las vicisitudes de los casos concretos.

Entre todo ello, se resalta el precedente “*Fermin Ramirez*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -junio de 2005- que obliga a revisar todos los antecedentes jurisprudenciales anteriores, por cuanto éste constituye un nuevo prisma que resulta de obligatoria aplicación. Es que mediante este precedente se obligó a los Estados a extirpar todo vestigio de peligrosidad de sus legislaciones.

Por su parte, la interpretación propuesta de los artículos 14 y 17 del Código Penal se corresponden con pautas tan elementales como debidas de interpretación de normas, como la obligación de no concretar ese proceder de modo aislado, sino de forma armoniosa y coherente dentro del plexo normativo existente en la materia, el que por supuesto es integrado por el bloque constitucional imperante.

Todo lo anterior se esboza a modo de aporte o como una herramienta más frente a estas limitaciones legislativas, que se entienden como resabios del positivismo, más allá de los argumentos constitucionales que desde siempre propiciaron su inconstitucionalidad. Ello en tanto los artículos 14 y 17 del Código Penal Argentino se muestran indudablemente enfrentados con garantías básicas previstas en la Constitución Nacional y emanadas desde las directrices internacionales.

En el fuero, y en mi carácter de Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, he intentado conmovir los criterios imperantes, sin lograrlo. Se ha expuesto como contrario al punto que las presunciones legales se refieren a

cuestiones netamente procesales, más específicamente a la manera de legislar la prueba.³ Llegado el momento de resolver el planteo, el juzgador entendió que los artículos 14 y 17 del Código Penal no contravienen los principios de progresividad y de reintegro social puesto que *“...la ley 24.660, ni su reglamento aplicable –decreto 396/99-, no limitan en nada la facultad que tiene el interno para poder ser incorporado al más alto estadio del Régimen Penitenciario Progresivo, esto es, el Período de Prueba. Asimismo, el legislador instituyó nuevos instrumentos para que el causante pueda acceder a su reintegro anticipado al medio libre; así, un condenado al que le son aplicadas las mencionadas previsiones impeditivas de la Libertad Condicional, puede ser, no obstante, incluido en los regímenes de las Salidas Transitorias, de la Semilibertad y de la Libertad Asistida.”* A partir de ello se sostuvo que el ideal resocializador podía ser verificado; *“...respecto de la inaplicabilidad de la presunción “iures tantum” de necesidad de mayor tratamiento...”* (se había propiciado, obviamente, su aplicabilidad). El magistrado rechazó los argumentos de la defensa puesto que, a su entender, la jurisprudencia presentada a modo de ejemplo no guardaba estricta relación con lo que se discutía. Claro que la pretensión del juzgador no resultaba fácil, por no decir de imposible proceder- citar jurisprudencia específica relacionada con la admisión de prueba en contrario en relación con los artículos. 14 y 17, toda vez que lo que se intentó en este planteo novedoso es justamente transpolar, a esta materia, la buena doctrina sentada en relación con otros institutos.

Continuó el juzgador, en ese caso, por mencionar que la persona reincidente o a la que se le revocó una soltura condicionada anterior, ya ha recibido tratamiento de reinserción social y, sin embargo, nuevamente transgredió el orden jurídico. En ese sentido argumentó que *“(..). La presunción a la que alude la defensa oficial se adopta de modo igualitario para todos los que se encuentran en la situación descrita y, quiérase o no, su situación es merecedora de un tratamiento distinto en la ley (...).”*

Finalmente y respecto del planteo subsidiario de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 17 del Código Penal Argentino, el Juzgador, más allá de destacar que no resultaba novedosa la postura, optó por traer a conocimiento precedentes de la Excelentísima CSJN del año 1988, donde se había desechado las críticas de inconstitucionalidad de la reincidencia (Fallos “Gelabert”, “L’Eveque” y “Valdez”), señalando que la reincidencia se sustentaba en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, siendo ello suficiente para acreditar el fracaso del fin de la prevención especial de la condena anterior privativa de la libertad, el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente (**pero ello en relación con el éxito o fracaso del**

³ Legajo 115.392, causa “Otamendi, Nicanor Rodolfo”, con trámite ante el Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nro. 3.

tratamiento penitenciario anterior -nada se aportó con respecto a la evolución en el régimen progresivo del justiciable en relación con la pena que se encontraba cumpliendo; es decir, de forma manifiesta se ignoraron y despreciaron los logros intramuros en el nuevo proceso de ejecución de pena) .

Todo ello entre otros argumentos por los que se convalidara la constitucionalidad de estas limitaciones, que no se traerán al presente, por exorbitar su objeto.

A modo de síntesis, lo que se trató de demostrar es ese caso en concreto, es el que el justiciable presentaba excelentes guarismos calificadorios (que le permitían acceder al instituto de salidas transitorias) y que correspondía su incorporación al régimen de la libertad condicional, mediante una interpretación constitucional por la que se entendiera que los supuestos de los artículos 14 y 17 del Código Penal Argentino sólo imponen una presunción “iuris tantum” sobre una mayor necesidad de tratamiento penitenciario y, en subsidio -sólo para el caso de que no se compartieran esos argumentos-, se solicitó que se procediera a la revisión de la legitimidad constitucional de la normativa que impedía el otorgamiento de la libertad condicional a mi defendido.

Ello también en la consideración del contenido de la Resolución DGN 1610 (del 26 de noviembre de 2010), mediante la cual se enfatizó que las consecuencias asignadas a la aplicación del instituto de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal.) no hacen más que aumentar la reacción punitiva del Estado. Así dispuso: *“II.-Recomendar a los Dres. Defensores Públicos frente al rechazo jurisdiccional de la libertad anticipada solicitada en favor de sus defendidos, arbitren los medios necesarios a efectos de lograr la declaración de inconstitucionalidad de la disposición contenida en el Art. 14 del Código Penal”*

En la convicción de la interpretación constitucional que hubiera correspondido en el caso, se interpuso recurso de casación, el que actualmente se encuentra en trámite. Este remedio procesal fue incoado en la consideración de la transgresión de los derechos a la progresividad, a la reintegración social, igualdad del justiciable; y fundamentalmente a los principios “pro homine” y “pro libertatis”. También y –en esencia- el derecho a cumplir una porción de la pena en libertad en el término previsto en el artículo 13 del Código Penal Argentino. Frente a ello, la consideración del Sr Juez actuante de que no encontraba afectado el derecho a la progresividad y a la libertad del penado, toda vez que éste podía gozar de otros institutos liberatorios, se entendió como la mayor revelación y reconocimiento del perjuicio causado -impedimento para gozar de libertad ambulatoria en la oportunidad prevista para todo el universo de quienes se

encuentran sometidos al “ius puniendi” del Estado- y esto por el sólo motivo de haber sido declarados o estigmatizados alguna vez, allá y en el tiempo, como reincidentes. Esto es, en resumidas palabras, la descalificación del hombre actual y su éxito en el tratamiento, implicando una desprecio absoluto por el proceso de ejecución. La circunstancia de que exista un instituto de libertad asistida pensado para los reincidentes - a modo de instituto con exigencias menores (solo se requiere -a modo de excepcionalidad- que el justiciable no sea peligroso para sí o para terceros) no implica, sin más, que los reincidentes no tengan derecho a gozar de institutos previos, si fuera el caso de correspondencia por haber sido satisfechos, por parte del justiciable, los objetivos de prevención especial en la oportunidad de haber cumplido los 2/3 de la pena de prisión impuesta. En otras palabras que los reincidentes puedan gozar de la libertad asistida, no implica la exclusión más absoluta de que estos, también y bajo ciertas condiciones de mayor rigorismo, no puedan legítimamente acceder a un régimen de libertad condicional, como aquí se propugna según una interpretación constitucional de los artículos objetados de inconstitucionales hasta el hartazgo.

Claus Roxin, en su tratado de Derecho Penal, específicamente en su Teoría de la Unión (“teoría unificadora dialéctica”) explica qué es lo que debe hacerse en casos de contradicción entre los objetivos de prevención general y especial, concluyendo que debe jerarquizarse la satisfacción de estos últimos, siempre que mínimamente estén cubiertos los de prevención general. También este autor enfatiza que en la etapa de ejecución de la pena impuesta, el fin de la pena que resulta específico es de la prevención especial. En esa dirección, el autor alemán ha expresado “(...) *en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores. Concretamente, es inadmisibles causar mal al sujeto sólo por el mero fin de retribución...*” (pag- 83); “*La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial (...). Pues si una pena más leve logra de la misma manera o mejor sus fines preventivos que una más grave el sí misma merecida, entonces le faltará a la pena que agota la medida de la culpabilidad la legitimación por la necesidad social (pag97) (...). El descrédito de la prevención especial se basa fundamentalmente en que la idea de configurar a la pena privativa de libertad como ejecución penal de la resocialización no ha tenido hasta ahora resultados contundentes (...). Desechar la prevención especial no es, por lo tanto, el camino político-criminalmente correcto. Antes bien debe recomendarse precisamente en virtud de razones preventivo-especiales, evitar la pena privativa de libertad tanto como sea compatible con las necesidades de prevención general (pág 99)*”

(...)” (Fundamentos político-criminales del Derecho penal, por Claus Roxin, Ed hammurabi, Buenos Aires, 2008)

Por otra parte, y siguiendo el razonamiento del distinguido Profesor Luigi Ferrajoli, las motivaciones de prevención general se encontrarían satisfechas al término de los requisitos temporales para acceder a egresos anticipados; así se opone -el autor- contra esta incertidumbre ínsita en los sistemas progresivos y propone que todas las penas de prisión sean reducidas en esa proporción (“Derecho y Razón”, Ed. Trotta). Ello también resulta aplicable a nuestra sociedad, en torno a que la posibilidad legal de modificar, en intensidad, la pena originalmente impuesta en función del éxito del “tratamiento” penitenciario del justiciable (aceptado esto y querido por el legislador, quien representa la voz del pueblo) permite inferir con certeza el entendimiento de que con ello y pasado el tiempo mínimo de cumplimiento en prisión requerido según el egreso anticipado en cuestión, se sosiegan los niveles mínimos de prevención general.

Con todo ello se quiere demostrar que el debate en cuestión no deviene abstracto porque el “interno” pueda acceder a otros institutos con requisitos temporales mayores y/o posteriores, más cercanos al vencimiento de la pena, **sino que el proceder denegatorio del derecho a la libertad ambulatoria de los justiciables en estas condiciones (derecho a la libertad condicional) representa perjuicios actuales e irreparables**, no sólo en referencia a un derecho penal de acto, sino también según la dignidad inherente a la condición de humano, pero muy especialmente según el plexo normativo vigente, que ha incorporado los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y los principios rectores de interpretación que en la actualidad resultan obligatorios para nuestro orden interno: “pro homine” y “pro libertatis”. Todo lo que resulta exacerbado si – además- se considera, como se mencionó que debe reintegrarse a pesar de la cárcel, evitando la mayor despersonalización posible, pero también evitando la cárcel con el mayor ahínco que pueda permitirse nuestra primitiva sociedad.

Es que la pregunta que se impone y que surge en estos casos es –al menos- la siguiente: **¿Cuál es el sentido/motivo de denegar el derecho a cumplir el último tercio de la pena en libertad, cuando a pesar del rigorismo del tratamiento penitenciario (en virtud de su declaración de reincidencia y libertad condicional anterior revocada), hubo alcanzado a tiempo (2/3) todos los objetivos impuestos para ser reintegrado a la sociedad (según el reflejo de sus calificaciones penitenciarias)?**

Existe sólo un camino de racionalidad posible: la libertad. Fuera de ello, todo resulta un sinsentido porque se continuaría con la privación de libertad en un supuesto donde se hubieron alcanzado los objetivos de prevención especial y general, según el razonamiento anterior basado en las teorías que desde antaño sirvieron para legitimar la pena de prisión. Entonces, el plus punitivo basado en la reincidencia o en la revocatoria anterior de libertad condicional, desconoce al hombre en su libre albedrío y en su dinámica dialéctica, y funciona dentro de un determinismo prohibido (culpando al hombre que fue más allá de la culpabilidad actual), siendo la reincidencia, como todos sabemos, un resabio de tiempos de positivismo. Hoy, el Derecho constitucional penal ha evolucionado, también la Criminología. Y, en consecuencia, la prevención especial encuentra límites en nuestro Estado de derecho, todos ellos relacionados con un Derecho Penal de Acto. Entonces: **¿Qué sentido mantener al hombre preso, fuera de todo sentido social –preventivo general o especial?** La respuesta es clara, sólo retribucionismo aislado y por lo tanto deslegitimado, desde la racionalidad que debe guardar todo sistema republicano y todo Estado de derecho que se precie de tal, desde el reparo a la dignidad humana. 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, se insiste en una solución consistente en la interpretación desde la voluntad constitucional y desde métodos teleológicos y no literales, en donde se jerarquice el ideal de reintegración social –la menor cárcel posible- y liberatorio (ello desde un derecho penal de mínima intervención, que intenta imponer un freno al poder punitivo), lo que no puede desconocerse en virtud de la imposición normativa interna interpretada aisladamente -como lo son los Arts. 14 y 17 del C.P. y que desde antaño fueran señaladas como parte de un sistema penal diferente o no evolucionado.

En el punto, no puedo dejar de integrar el valioso voto transcrito a continuación: *“(..).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 acarrear 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 los posible el déficit generado por la aplicación aislada y contradictoria de esas disposiciones(...)”*

(Considerando 8° 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).

Es que en ese señero voto, se enfatiza —más allá de la divergencia en el 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 inconstitucional 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 límite.

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 iuris 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 artículo 13 del Código Penal, 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 libertatis". **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 reiteración 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, como fue adelantado.

En este contexto, viene al caso citar la postura del Sr. juez de ejecución penal N° 3, en el legajo N° 107.116 seguido a Marcos Aguilera, en tanto mencionó que *“(..). Los elementos negativos de la personalidad del condenado obran en su historia criminológica y son motivadores para la elaboración del Programa de Tratamiento Individual (art. 13 de la ley 24.660) y, si se quiere, para fundar la primera calificación conceptual obtenida en su ingreso al régimen de condenados. Continuar utilizando y, sobre todo, priorizando cuestiones de orden subjetivo en desmedro de los logros alcanzados por el interno en el mantenimiento de las actividades –laborales, educativas, sociales, de carácter médico, etc.- vinculadas al cumplimiento de los objetivos propuestos en el programa de tratamiento, implica necesariamente un desprecio por el proceso de ejecución penal, una perversión de su finalidad y, por supuesto, la afectación de las normas de orden constitucional que rigen la materia (...)”*

En los casos en los que el justiciable, como ya se desarrolló, cumpla con éxito todos los objetivos impuestos en su Programa de Tratamiento Individual, a pesar de que se presumía que iba a necesitar mayor tratamiento por ser reincidente, entonces no sería legítimamente posible denegar la libertad condicional con fundamento en antecedentes personales o judiciales que sólo podrían tener lugar en la historia criminológica (como la condición de reincidente).

En fin, es mi más íntima convicción que no cabe otra alternativa que comprender que la interpretación propuesta resulta ser la única respetuosa de un derecho penal liberal y de mínima intervención, puesto que toda circunstancia que implique la “mínima posibilidad” de aplicación de la maquinaria estatal sobre una persona debe ser realizada en forma sumamente restrictiva (artículo 18 y concordantes Pactos sobre Derechos Humanos, y 2° del Código Procesal Penal de la Nación)

Así, desde la interpretación de un derecho penal de Acto y desde el principio resocializador como finalidad de la pena privativa de libertad es que la reincidencia deviene un instituto que mantiene serias contradicciones con el bloque normativo constitucional que viene dado desde los Pactos Internacionales, especialmente

cuando es el único fundamento –o conjugado con la revocación de una libertad condicional anterior- para la soltura.

En ese orden de ideas, la cuestión debatida fue tratada por el Dr. Mario Alberto Juliano, quien, haciendo referencia al artículo 14 del CÓDIGO PENAL ARGENTINO mencionó que “(...) la Convención en su art. 8.2 y la Declaración en su artículo 10 establecen como garantía de toda persona inculpada de un delito a la “plena igualdad” procesal, groseramente vulnerada por la aplicación mecánica y sin posibilidad alguna de contradicción de la declaración de reincidencia. La mayor peligrosidad, la insensibilidad o el desprecio señalados como fundamentos de la agravación de la reacción penal son extremos fácticos, aunque se ubiquen en la interioridad del sujeto, que necesariamente deben ser sometidos a discusión durante el proceso, con amplias posibilidades de argumentación y prueba para ambas partes en condiciones de “plena igualdad” y con la necesidad de ser establecido más allá de toda duda razonable y nunca por preponderancia de evidencia. La disposición de derecho interno que impugnamos despoja al proceso penal de su matriz democrática y lo reemplaza por un coup d’ autorité que permite presumir juris et de jure que todos aquellos males residen en ‘el reincidente’, a quien –oblicuamente, por cierto- se le impide probar lo contrario, durante el juicio y durante la etapa de ejecución penal (...)” (Del amicus curiae presentado por el Dr. Mario Alberto Juliano en los autos N° 93.267 que por acción declarativa de certeza tramitaron ante la Sala II del Tribunal de la Provincia de Mendoza)

En ese sentido, en la resolución del Juzgado Nacional de Ejecución N° 3, puesta en crisis y traída al presente desarrollo, el juzgador intentó denostar los argumentos expuestos por esta defensa en base a precedentes de la Excelentísima CSJN del año 1988. Es decir, posturas asumidas hace más de veinte años. Así entiendo que la antigua posición de la Corte Suprema no se ajusta a la forma en que la reincidencia y sus consecuencias están reguladas, actualmente, en nuestro ordenamiento y, menos aún, a los principios constitucionales enunciados (todo debería conformar un todo coherente, según la noción de sistema normativo o plexo que ostenta). Lo cierto es que el voto de la mayoría en el fallo “Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa”, rta. 5/9/2006, obliga a desplazar la tradicional posición legitimante del Alto Tribunal. Es que a partir de las consideraciones allí efectuadas la tradicional posición de la Corte Suprema respecto de la reincidencia está seriamente en crisis. De este modo- y en concordancia con lo ya expuesto- los tribunales inferiores poseen autonomía para expedirse sobre el particular soslayando

aquellas consideraciones que no se corresponden con la regulación del instituto ni con la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales, considerando el notorio cambio de paradigma en materia de Derechos Humanos.

Así no podrá considerarse válido un pronunciamiento actual que remita sin más a los argumentos de antiguos fallos de la Corte cuyo criterio ha sido sustancialmente relativizado por pronunciamientos posteriores, exigiéndose en todos los casos una fundamentación diferente y adecuado al marco contemporáneo de discusión y a la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional.

Es de suyo que la postura asumida por el Juzgador, lejos de lograr una nueva interpretación armoniosa de la normativa interna con los principios internacionales de derecho penal, **se mantiene en una postura de rigidez normativa de antaño**, apartándose de los nuevos criterios enfatizados por nuestro Máximo Tribunal en su actual composición. Así, y de forma clara, en los conocidos precedentes “Arriola” y “Acosta” se ha consignado expresamente la obligación relativa a que toda interpretación de la letra de la ley debe armonizarse con el criterio rector impuesto desde las directrices internacionales. En tal sentido la cita de los pronunciamientos del Alto Tribunal del año 1988, que en la generalidad sustenta criterios restrictivos de la libertad, no puede considerarse suficiente para constituir argumentación válida.

A modo de ejemplo y con relación al mencionado precedente “Gramajo”, por todos conocido, se advierte el cambio de postura de los actuales miembros de la Excma CSJN respecto del instituto de la reincidencia. Sin embargo, el magistrado actuante en el caso planteado, sólo expresó escuetamente que no coincidía con que dicho decisorio implique un cambio en el criterio de la Corte, ya que se refiere a la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y su incompatibilidad constitucional por desproporción en los casos de penas de escaso monto. El razonamiento soslaya la importancia de los rechazos de la Corte a considerar válidas las afirmaciones que surgen de ese fallo y que se opone a los anteriores que se invocan para justificar la posición aquí adoptada.

Puntualmente me refiero al rechazo de reacciones que se apoyen en una manifestación de derecho penal de autor que pretendan penar por lo que la persona es y no por lo que ha hecho; a la imposición de sanciones o agravantes en función de hechos anteriores que han sido juzgados y por los que la pena está agotada; y al fundamento de reacciones penales en la peligrosidad. En este punto, considero que el decisorio no posee una argumentación autónoma acorde al planteo efectuado y no alcanza para sostener y

desechar las importantes objeciones constitucionales que merece la limitación cuestionada. Y son muchos los casos (por no decir la mayoría) que los cambios jurisprudenciales son producto de los esfuerzos esgrimidos por los operadores de primeras instancias mediante la introducción de nuevos parámetros interpretativos de los institutos del derecho penal, y los consecuentes pronunciamientos judiciales aislados, que luego llevan al mantenimiento de una jurisprudencia uniforme y plenaria.

El caso más resonante fue el criterio interpretativo de las pautas del Art. 316 y 319 del Código Penal Argentino en el plenario Díaz Bessone, cuyo mérito- tal como fuera expuesto en la presentación anterior- tiene el merito de recoger el buen camino andado por los operadores judiciales.

Este argumento no fue comprendido en esta línea por el juzgador, quien se limitó a rechazarlo en el caso traído a modo de ejemplo, en base a que el plenario de mención trataba la cuestión relativa a las excarcelaciones, perdiendo de vista que resultaba ser un ejemplo ilustrativo en el que las partes del proceso introducían los conflictos que generaban la interpretación de las normas, y el Juzgador, en su rol de imparcial e independiente, debía, a través de sus sentencias coadyudar (siempre que así sea su criterio) a la formación de los cambios jurisprudenciales.

Es que el actuar del magistrado debe ser parte de la derivación de la garantía del “juicio justo”, lo que se sustenta “(...) en los conceptos fundamentales de independencia e imparcialidad, que son ampliamente reconocidos como principios generales del derecho internacional indispensable para una buena administración de justicia y la protección de los derechos fundamentales(...)” (del informe del Relator Especial sobre la Independencia e Imparcialidad de la justicia, presentado de acuerdo a la resolución 1994/41, E/CN.4/1195/39, extraído del informe sobre Derechos Humanos y Terrorismo- Comisión Interamericana de Derechos Humanos 22/10/2002).-

Es por ello, que en aquella contienda judicial sustanciada, se pretendió dar un “primer paso” para poner en marcha los cambios en la visión de los juzgadores, a fin de lograr una interpretación uniforme que siempre guarde relación con la intención originaria del legislador y su armonización dada por las directrices internacionales imperantes, en orden a una interpretación evolutiva.

En definitiva, en ese caso particular, la defensa pretendió poner de resalto que no hay argumento doctrinario que revierta que los principios que impone la ley 24.660 (sancionada en el año 1996) implican, al menos, una morigeración tácita de las vetustas

normas que acotan el otorgamiento de la libertad condicional (Art. 14 y 17 del C.P.). Ello en el marco de la obligatoriedad de la progresividad en el tratamiento y al que alude también a que las pautas del art. 5 de la ley de ejecución que aluden a un tratamiento individualizado, atendiendo a las condiciones personales del condenado y que va cumpliendo desde su ingreso y que debe tenerse en cuenta al momento del egreso.

Además, en estos casos, también se impone la prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas y/o degradantes, en cuanto estos supuestos implican más pena sin sentido de prevención ni general ni especial.

Así, tal como se ha postulado, no hacer eco a las transgresiones señaladas, y remitirse únicamente a la “stricta” letra de la norma, **implica desconocer como “conditio sine qua non” un periodo de reintegración social mediante la posibilidad de acceder al régimen de libertad condicional, pudiendo cumplir el último tercio de la pena en libertad. No hay mejor resocialización que un proceder menos criminógeno, es decir menos desocializador -como la evitación del encierro en la medida de lo posible-**. Así mediante una aplicación aislada y errada de los artículos 14 y 17 (según mi humilde ver) se opacado 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.**

En este punto, en el derecho penal la interpretación más restrictiva debe ser favorable al justiciable y es una relación indisoluble entre la prueba y la subsunción de la norma de fondo. Ello fue también receptado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “ZAVALA Antonio y ADELCO Roberto, c/nº 4921, reg. 443/04, de fecha 23/8/2004) que respecto del tratamiento de una cuestiones que exceden el campo procesal como lo es la determinación de firmeza de una sentencia con cita del Profesor Daniel Pastor se entendió que: “(...) *el Tribunal debe adoptar el criterio mas favorable al imputado; ello en atención al principio Pro Homine que establece que “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos(...)*”.

Es que el buen criterio de interpretación en consonancia con los Principios Constitucionales de Legalidad y Culpabilidad (como rectores de las garantías que resguardan el debido proceso y el derecho de defensa) lleva a lograr una interpretación

integradora de las directrices constitucionales e internacionales con la normativa local, y no solo atenerse a la “estricta rigidez de la letra de la norma de derecho interno”.

Y este fue el criterio sentado por nuestro Máximo Tribunal en el ya conocido y mencionado precedente “Acosta Alejandro Esteban” en su actual composición (c/nº 28/05, rta el 23/4/2008) en cuanto entendió: “(...) *Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.* (...)” (considerando 6)

Esta propuesta intenta lograr una solución armoniosa, un punto de encuentro, una salida elegante a la discusión “eterna” relativa a la objetiva constitucionalidad de la reincidencia. **En esa dirección podría indicar el camino que debería andarse: la interpretación más ajustada a nuestros imperativos constitucionales es la de considerar que los Arts. 14 y 17 del Código Penal Argentino constituyen únicamente una presunción “iuris tantum” de necesidad de mayor tratamiento penitenciario y que ello debe ser tenido en consideración al comienzo de la ejecución de la pena (en la fijación de mayor rigorismo en la confección del Programa de Tratamiento Individual o PTI); presunción que es derribada por la prueba en contrario, es decir, en aquellos casos en los que los justiciables, en estas condiciones (reincidentes o con libertad condicional anterior revocada), logren superar toda la adversidad de su Programa de Tratamiento Individual (PTI), con todos los recaudos incorporados por la ley 24.660, y, en consecuencia, hayan sido calificados con buenos guarismos.**

Con ello se habría logrado, sin llegar al extremo de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 14 y 17 del Código Penal -“ultima ratio”-, una solución intermedia que no es más que la aplicación de los principios constitucionales, propiciadora

de acceso al instituto de la libertad condicional de aquellos señalados como “imposibilitados” a esos efectos.

No quiero dejar de mencionar el hito que debe significar para todos los que bregamos por la denostación de institutos como los criticados, el reciente pedido de inconstitucionalidad del artículo 14 del C.P., por parte del Dr. Javier de Lucca, en su función de Fiscal ante la Cámara Nacional de Casación Penal, precisamente por orientarse en similar sentido al seguido en el presente desarrollo (Causa 14366, Sala III, “Grova, Daniel Omar s/ rec. de casación”)⁴

⁴ ...considero que el verdadero agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (de reincidencia real, arts. 14 y 50 CP) radica en que esa norma es contraria al principio constitucional de readaptación social de las penas, consagrado en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde se establece que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, y en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”... Dichos preceptos, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) y por tal razón no pueden ser soslayados y sustituidos por teorías particulares sobre el sentido y fin de las penas...En nuestro derecho infraconstitucional, además, son ley. La ley de ejecución de la pena privativa de la libertad consagra el sistema llamado de progresividad del sistema...Y así lo advierte el art. 1 de la Ley 24.660 que estipula que la finalidad de la ejecución de la pena es “...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”...Se trata de la adopción de las llamadas teorías “RE” (al menos en lo que concierne a la etapa de ejecución de las penas, con lo cual dejamos de lado la discusión sobre el fundamento del castigo o merecimiento de pena) y significa sencillamente que el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de generar cierta evolución en el condenado que le permita contar en el futuro con mejores elementos para desarrollar su vida en libertad, sin lesionar bienes jurídicos de terceros y mediante la disminución de sus niveles de vulnerabilidad al sistema punitivo...Bajo este postulado, resulta claro que ningún tratamiento puede ser concebido sin esperanza, sin que la persona vislumbre la posibilidad de obtener un bien si sigue las pautas que la sociedad le sugiere y, para ello, claro está, debe existir al final del túnel una luz que le permita ilusionar una salida anticipada, que dependerá de su propio comportamiento en prisión...Con una disposición como la del art. 14 Cod. Penal, todo ese postulado de las normas de jerarquía constitucional y legal, queda en la nada, porque cualquiera que sea el comportamiento del sujeto en prisión, nada cambiará su fecha de egreso, inamovible desde el dictado de la sentencia. ..La concepción contraria, se desentiende de los motivos por los cuales el interno se mejorará a sí mismo en prisión, y se sustenta exclusivamente en un concepto de orden y disciplina dentro de la cárcel basado en el rigor, quizás por creerse que el castigo educa. Para esta idea de ejecución de la pena de prisión, en realidad poco importa lo que pase en la persona prisionizada, porque dará lo mismo que el sujeto se porte bien o mal, ya que en cualquier caso recuperará la libertad el mismo día. En todo caso, si cumple con los reglamentos carcelarios, lo será para no sufrir un castigo en la cárcel y no comenzar a aceptar voluntariamente algunas bondades del debido tratamiento penitenciario... 4) Todo esto dicho con las debidas reservas sobre lo que efectivamente ocurre en la realidad. Sin embargo, no es eso lo que está en discusión en este caso, porque de lo que aquí se trata es de la contraposición entre normas de distinta jerarquía y del análisis de sus fundamentos jurídicos (mundo preceptivo o del deber ser). Todos sabemos que las teorías “RE” adolecen de serios problemas en la realidad y que, por ello, su postulado debe ser readaptado, pero ello no enerva su capacidad para vencer a una norma de inferior jerarquía que las contradice. El art. 14 del CP, va en contra de lo que dicen los Pactos Internacionales citados, y eso basta... 5) La visualización de este conflicto, permite evitar la equiparación de toda esta situación con otros institutos, como el de la condena de ejecución

Para culminar este breve estudio -que se ha realizado a modo de humilde aporte a la evolución de ideas contra institutos que no son más que resabios del Positivismo- se consignarán, a continuación, palabras del Presidente de la Asociación Pensamiento Penal, Dr. Juliano, en cuanto lo revigorizan y le asisten razón (extraído del amicus curiae presentado en los autos N° 93.267 que por acción declarativa de certeza tramitaron ante la Sala II del Tribunal de la Provincia de Mendoza), relativas a su convicción de que el art. 14 del CÓDIGO PENAL ARGENTINO trasgrede también “el timo de la resocialización” (artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos): “(...) *El régimen de ejecución de la pena establecido por ley 24.660 (complementaria del Código Penal) reproduce aquel loable propósito... Este interesante programa, que constituye una garantía para la persona privada de su libertad, no se cumple respecto a “los reincidentes”. No importa –en nuestro derecho interno- que el penado se haya reformado, que haya alcanzado niveles importantes de readaptación social, ni que haya adquirido la capacidad de comprender y respetar la ley, eso es irrelevante porque el legislador lo ha considerado a priori y con reduccionismo determinista como “irrecuperable”. Ni siquiera se tendrán en cuenta actos heroicos o altruistas que realice, ni las calificaciones que el propio Estado –a través del servicio penitenciario- le asigne, ni las recompensas que merezca (artículo 105 de la ley 24.660). Para el reincidente sólo valdrá el paraisistema de inocuización establecido por el artículo 14 del Código Penal que afecta –por ende- la garantía convencional del fin resocializador de la pena (...)*”

condicional o la suspensión del juicio a prueba, donde la reiteración (que es el género, y la reincidencia una de sus especies) impide la concesión de una nueva condena de ejecución condicional o la suspensión del juicio a prueba. La diferencia no radica en los efectos de la reiteración, sino en la naturaleza de los institutos, porque la ejecución condicional y la suspensión del juicio a prueba, son formas de evitar la pena de prisión en casos de delitos de menor gravedad, mientras que la libertad condicional es una forma de suspensión parcial de la privación de la libertad pero no una suspensión de la ejecución de la pena. Se trata de una forma de suspensión parcial de la privación de la libertad que se otorga después de cierto tiempo de privación total de la libertad y no es una suspensión total de esa privación de la libertad, al quedar sometido a una serie de limitaciones (Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1977, págs. 601/3)...6) Por todo ello, y con las aclaraciones realizadas, adhiero al planteo de la defensa y sostengo que la interpretación que considera que la prohibición de concesión de la libertad condicional a los reincidentes es automática y en todos los casos, es inconstitucional. La única forma de salvar la norma del artículo 14 CP, es evaluar esa circunstancia en cada caso en concreto y conjuntamente con todas las demás pautas que mencionan los artículos 13 a 17 del CP y la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena de prisión...Por lo expuesto, entiendo que V.E. deberá hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa (Dictamen Nro. 6330)