

**La inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando (arts. 14 del CP y 872 del Código Aduanero): apostillas a dos acertados- y por ahora solitarios- fallos casatorios que restan vigor a la solapada presencia del derecho penal de autor en la ley penal.**

Por Juan Fernando Gouvert<sup>1</sup>

*“Por lo pronto, no podrían considerarse para determinar el grado de culpabilidad factores tales como la insensibilidad, el desprecio por las normas, ni cualquier otro que fuera reductor de la autodeterminación. Existe, como la literatura especializada lo demuestra, un factor criminogénico de primer orden que es el efecto deteriorante provocado por el encerramiento carcelario y en general, por las instituciones totales o de secuestro. Este efecto y los demás que resulte del fracaso del tratamiento penitenciario previo, ¿es justo cargarlo a cuenta de quien ha sufrido los efectos deteriorantes y e fracaso del programa resocializador? No es para nada tranquilizador saber que el Estado se desentiende de estos "daños colaterales" con el sencillo expediente de incrementar las consecuencias sancionatorias a los emblemas vivos de aquellas fallas. Y, por lo demás, la estolidez estatal es antirrepublicana (Preámbulo, artículos 1º y 28 de la Constitución Nacional) y se hace palmaria en la tonta idea de incrementar las dosis punitivas de cuyo fracaso la reincidencia es la mayor prueba.”*

Mario Alberto Juliano. Juez<sup>2</sup>.

### **I-Exordio, motivación y encuadre:**

La longitud del título del presente opúsculo pretende enunciar, o en puridad sintetizar, los vectores lógicos-jurídicos y motivos que impulsan al suscripto a cavilarlo y escribirlo: la reciente la reciente declaración de inconstitucionalidad de los arts. 14 CP y el 877 del Código Aduanero que trasluce la valiente lucha de la Judicatura por ir restando paulatinamente a ciertos institutos impropios del cartabón dogmático mínimo de un derecho penal liberal. Pero también otros sucesos políticos, judiciales, académicos y hasta personales los que precipitaron estos párrafos.

En efecto, fue la perniciosa e inaplicable creación legislativa del agravante genérico del art. 41 quinquies<sup>3</sup> del Código Penal y su consecuente comentario doctrinario<sup>4</sup>; el debate

---

<sup>1</sup> Abogado y mediador. Especialización en Derecho Penal de la UBA (Tesina pendiente de rendición). Autor de más de ochenta artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformativas del ritual punitivo bonaerense.”, Editorial Scotti., noviembre 2010. Comentarios a jfgouvert@hotmail.com.

<sup>2</sup> Fragmento de la sentencia recaída por el Juzgado Correccional n° 1 de Necochea, Causa N° 4926 caratulada "Ucio Alejandro Omar S/ Robo (Dmf.: Carlos Matias Heim)" y su acumulada 5657, caratulada: "Ucio Alejandro Omar S/ Daño Agravado" 22/9/2008, Juez Subrogante Mario A. Juliano. La negrita me pertenece.

<sup>3</sup> Se trata de la ley 26.734 sancionada el 22/12/2011, Promulgada 27/12/ 2011, publicación en B.O.: 28/12/2011.

suscitado en un curso sobre ejecución penal<sup>5</sup>; el tema escogido para mi tesina final titulada “El derecho penal del enemigo en el orden jurídico argentino actual”<sup>6</sup> -de próxima defensa- en la Especialización en derecho penal de la UBA y sobre todo las inquietudes anteriores y posteriores que generó su elaboración; la flamante conformación de una comisión para que elabore una reforma integral del Código Penal<sup>7</sup> y los avances en materia penológica<sup>8</sup> que se plasmaron en el anterior anteproyecto elaborado en 2006<sup>9</sup> -también merecedores de glosa doctrinaria-<sup>10</sup>; el remanido debate sobre la ficticia constitucionalidad de los arts.14 del CP y 872 del Código Aduanero -invalidados por sendos fallos casatorios- **y su vinculación con ciertos caracteres del derecho penal de autor, los perjuicios que apareja las continuas reformas al catalogo punitivo**<sup>11</sup>, las diferencias entre el discurso académico y la acción

---

<sup>4</sup> Gouvert, Juan Fernando, “La ley 26.734 y la inclusión del Art. 41 quinquies: Glosas a un innecesario, inaplicable e ilegal desvarío punitivo”, El derecho Legislación Argentina (EDLA), 23 de marzo de 2012, boletín nº 5, sección doctrina, pags. 7 a 26.

<sup>5</sup> Se trata de “La cuestión carcelaria y la ejecución penal”, organizado por el Colegio de Magistrados y funcionario de Mercedes y el Instituto de Estudios Judiciales (SCJBA), celebrado en Mercedes (Prov. de Bs. As.), en especial las cortas pero jugosas charlas con los Dres. Alejandro Slokar y Sergio Delgado.

<sup>6</sup> Una versión extractada pueden consultarse en: Gouvert, Juan Fernando “Algunos ejemplos de “enemigo” en el orden punitivo actual, “El Derecho” diario de doctrina y jurisprudencia”, AÑO L, nro. 12948, ED. 246, viernes 2 de marzo de 2012, pag. 1 a 6.-

<sup>7</sup> La formalización de la iniciativa quedó plasmada en el decreto 678/2012, cuyo segundo artículo establece que la misma “tendrá a su cargo el estudio de la reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación que considere necesaria, a fin de producir un único cuerpo normativo que concentre toda la normativa penal”. Luego, el 3º artículo establece que “deberá elevar al Poder Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación en el plazo de 180 días corridos, a partir de la fecha de su constitución”, aunque aclara que “dicho plazo podrá ser ampliado a pedido de la Comisión”.

<sup>8</sup> Sobre el punto habíamos dicho: “Para sintetizar, la intención de los participantes de la comisión de dotar mayor amplitud al juez penal en la selección, determinación, individualización y seguimiento de la pena, tratando siempre que la pena sea efectiva y tienda a la real resocialización del reo, para ellos, amén de lo ya enunciado, propusieron entre otras medidas: -Penas alternativas a la prisión,-Reducción el monto de la penas en la mayoría de los tipos penales -Posibilidad de aplicar una pena menor del mínimo legal o incluso eximir de pena según el caso, se eliminó la reclusión como tipo de pena y la prisión perpetua, se eliminó el llamado a indagatoria como causal de interrupción de la prescripción, lo que obligaría a los juzgados a una investigación rápida y sin dilaciones en vistas al debate oral, establece una pena máxima, inclusive por unificación de penas o condenas, de 25 años, que será de 30 en los casos de genocidio, desaparición forzada de personas o de homicidio calificado, se derogó el instituto de la libertad condicional y de la condena de ejecución condicional, se estipularon causales concretas de disminución de pena, haciendo una diferencia con los eximientes, establece criterios para no promover o desistir el ejercicio de la acción pública, como por ejemplo la insignificancia de afectación al bien jurídico o conciliación entre las partes, en ciertos casos, se prevee la suspensión del proceso a prueba, y no del juicio mismo como esta previsto en el actual art. 76 bis.- (conf, Gouvert, Juan Fernando, “Eventuales implicancias penitenciarias del anteproyecto de Código Penal” Revista de “EL DERECHO PENAL” doctrina y jurisprudencia, mayo de 2007, Revista nº 5, Sección “Doctrina”, Pags. 25).

<sup>9</sup> Se llamaba “Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal”, y fue dado a conocer mediante las resoluciones M.J. y D.H. Nº 303/04 y Nº 136/05. A mayor abundancia, tiene 341 artículos, entre parte general y especial, constituyendo nuevo Código Penal, con mayor coherencia y razonabilidad en tipificación de conductas y en monto de penas.

<sup>10</sup> Gouvert, Juan Fernando, “Eventuales implicancias penitenciarias del anteproyecto de Código Penal” Revista de “EL DERECHO PENAL” doctrina y jurisprudencia, mayo de 2007, Revista nº 5, Sección “Doctrina”, Pags. 21 a 30.

<sup>11</sup> En este sentido: “...cabe señalar que la asistematicidad de las últimas reformas han puesto en crisis principios constitucionales que condicionan la actividad legislativa y la judicial, alterando el sistema de penas y su proporcionalidad, y distorsionando el orden y jerarquía de los bienes jurídicos, con todos los efectos negativos

político-legislativo en materia penal, y en definitiva, la tensión jurisdiccional entre la convalidación irreflexiva del ius puniendi y la renovada acotación e deslegitimación garantista plasmada en los precedentes a comentar, lo que me llevó al discurrir intelectual aquí expuesto.

Nos mueve destacar la distancia -a veces abismal- entre los postulados de la dogmática penal y la vigencia práctica de tales principios en la normativa concreta sumado a pareceres acomodaticios o racionalizaciones esforzadas -y a la postre forzadas- por convalidar y aplicar maquinalmente institutos penales harto discutidos y, más allá de sus insalvables máculas constitucionales y convencionales, **portadores insidiosos con aspectos propios de un derecho penal del enemigo incompatible en un Estado de Derecho.**

La innegable pulsión existente entre la aplicación inercial y invalidación reflexiva de normas con insalvables falencias a las garantías del ciudadano expresada en el sistema judicial libran los Magistrados tiene en la declaración de inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando declarada por la Casación Nacional **dos puntos altos que merecen destacarse y contextualizarlos en la lucha por librar a la ley penal por enquistados ello institutos con características propias de un derecho penal de acto.**

Teniendo en cuenta que avances de la anterior comisión reformadora del Código Represivo en materia penológica -seguramente retomados por la actual- fueron receptados por varios precedentes<sup>12</sup>, mencionaremos y resaltaremos los fundamentos que los dos fallos Casatorios enarbolaron para deslegitimar ciertas normas penales y con ello **restar enjundia a la subrepticia y nociva presencia del derecho penal de autor en la actual ley penal argentina.**

## **II-La presencia de ciertos aspectos del derecho penal del enemigo en la ley penal argentina en general y con los arts. 14 del CP y 872 del Código Aduanero en particular.**

No es la intención aquí describir el origen<sup>13</sup>, utilización<sup>14</sup> y aplicación del derecho penal del enemigo<sup>15</sup> y/o de autor en este trabajo, pero si comentar como lentamente las

---

que ello proyecta en el proceso de interpretación y aplicación de la ley y en la seguridad jurídica. Lamentablemente, las consecuencias de estas reformas no pueden ser más negativas. Se ha desarticulado un sistema legal y, en su lugar, se ha postulado la institucionalización de la arbitrariedad.” (conf. fundamentos del anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal elaborado en 2006, resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05.)

<sup>12</sup> Vgr. la invalidación del art. 52 (accesoria por tiempo indeterminado) en el caso “Gramajo”, el art. 14 2° párrafo de la ley 23767 en el precedente “Arriola”, etc.

<sup>13</sup> La teoría de Jakobs sienta sus bases en un pensamiento iusfilosófico (citando a varios ilustrados del “contractualismo social”, tales como Rousseau, Fichte y Hobbes). De ella se desprende que existiría un derecho penal del ciudadano (personas que no delinquen persistentemente) y un derecho penal del enemigo, dirigido

principales ideas fuerza de esta “doctrina” fueron utilizadas por varios Países para sustentar la construcción y posterior relegamiento del “peligroso”.

Así, la equiparación ilegal de la punición y el abandono de la proporción entre delito y pena, plasmada en el art. **872 del Código Aduanero**, y la pulsión neutralizadora del individuo que lleva insita las penas de prisión o las exclusiones a ciertos beneficios que de facto niegan o dificultan resocialización del penado, expuesta en el art. 14 del CP, parecen ser –desgraciadamente- los principales directrices en las políticas criminales y el orden jurídico vigente en la República Argentina. Lo expuesto se aduna a la necesaria aplicación de criterios jurisdiccionales que, ya sea validando inercialmente normas que afectan principios constitucionales o interpretando *in malam partem* derechos y prerrogativas del imputado, patentizan el pausada pero continuo anido del derecho penal del enemigo a ley positiva, **el impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes y de la equiparación de penas en el contrabando son tristes exponentes de la tendencia.**

La introducción de los principios del derecho penal de autor en el discurso político-criminológico Argentino no fue un cambio repentino sino un proceso paulatino y gradual que llevó décadas, pero su existencia y consecuencias jurídico-penales actuales resultan son innegables, y lo que es más grave, se avizoran permanentes. La migración, adaptación y utilización de conceptos puntales del derecho del enemigo, o que por lo menos afectan principios constitucionales basales, en la administración y aplicación del ius punitivo local fue lenta y nunca –tampoco ahora- el sistema jurídico argentino se sinceró abierta y desembozadamente acerca su usufructo, lo que significaría cuanto menos un desatino político<sup>16</sup> y, ciertamente, significaría una letal achaque a nuestro sistema republicano y un quebrando de los Pactos Constitucionales receptados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna<sup>17</sup>.

---

contra quienes lo hacen por principio. Entonces, el Estado debe garantizar la tranquilidad ciudadana frente a esta clase de individuos que constantemente se encuentran involucrados en actividades delictivas, combatiendo ese peligro en pro de la seguridad.

<sup>14</sup> Ahora bien, lo que en sus inicios fue instrumento jurídico para justificar la respuesta gubernamental para contrarrestar el “terrorismo” por los países centrales – Vgr. EE.UU., Inglaterra, etc.-, poco a poco, en el devenir político-sociológico fue usado, sopadamente o no tanto, por otros Estados para combatir hechos propios de delincuencia urbana y generar, por medio del progresivo socavamiento de garantías constitucionales, “seguridad” en la ciudadanía.

<sup>15</sup> El derecho penal del enemigo tiene como mentor a Jakobs, cuyo pensamiento podría resumirse en la búsqueda de la eliminación de un peligro, a través de este derecho penal especial. Su estructura apunta a las amenazas que son generadas por las personas que se desvían por principio: terrorista, narcotraficante, etc.; pudiendo incluir en este catálogo -hoy ciertamente abierto- a cualquier otro individuo o grupo que afectando el legítimo derecho de los ciudadanos a la seguridad, sea “razón y motivo” para ser catalogados como enemigos y excluidos de seno social (conf. JAKOBS, Günther, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (Cuadernos Civitas, Madrid, 2003 –versión española-), ps. 63/64.

<sup>16</sup> Ciertamente, cuesta imaginarse a cualquier político, legislador o funcionario admitir o argumentar que so pretexto para “combatir”- tal es el lenguaje comúnmente utilizado en el discurso político- con chance del éxito la

Por ello, como fue progresiva la receptación y uso en nuestro orden jurídico penal del concepto de “enemigo”, y su consecuente negación de los derechos del individuo – y en el fondo del individuo mismo-, no surge con claridad si se aprecia a las distintas leyes y/o discursos en forma aislada y sin penetrar en su velo de aparente “legalidad” -que es sólo formal. Pero si se analizan en perspectiva y en conjunto las distintas leyes – incluidos criterios judiciales- que, so pretexto de punir conductas disvaliosas específicas en un contexto de emergencia, se sancionan y aplican hace un par de décadas – en especial la última- , se vislumbra entre el supuesto caos, contradicción y hasta “anomia” normativa un hilo conductor tristemente perenne: **la aplicación solapada y encubierta de las principales ideas fuerza del “enemigo” como política criminal y legislativa – o de Estado misma- para inocular al considerado peligroso y segregarlo –o diferir lo más posible su reintegro al conjunto social.**

Sintetizando, la presencia del derecho penal del enemigo en nuestro orden legal tiene la siguiente particularidad: a diferencia de lo que propone Jakobs como un cuerpo orgánico, sistemático y deliberadamente orientado a cierto un grupo de personas o actividades, el “enemigo” en el derecho penal argentino se presenta de manera difusa y por tanto más insidiosa penetrando en nuestras instituciones<sup>18</sup>.

Recordemos que los elementos principales del derecho penal del enemigo son:1) anticipo de la punibilidad a estadios previos a la lesión al bien jurídico<sup>19</sup>; 2) intensificación de

---

“delincuencia” utilizará como elemento de política criminal e ingerirá jurídica conceptos propios del derecho penal del enemigo para neutralizar al “peligroso” – Vgr. autor de un robo con armas- y excluirlo – si es posible permanentemente- del conjunto social. La intención, sustento y finalidad de utilizar el derecho penal del enemigo como forma de control social esta netamente presente en la actualidad Argentina, por más que nunca sea explicitada ni sincerada por ningún actor político.

Es usual entonces que diferentes actores se valgan de construcciones dogmáticas para, demagógica e irreflexivamente, acotar progresivamente libertades de una ciudadanía que clama por una acuciante realidad delictiva.

<sup>17</sup> Va de suyo que Esta tendencia expansiva y abrogatoria del estado de derecho para ciertos autores y determinados delitos que supone el derecho penal del enemigo no es compatible con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos (cfr. José Sáez Capel en: "Incompatibilidad del Derecho del Enemigo como Derecho Propio de un Estado Constitucional", en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley Nº 2, octubre 2011, págs. 261 a 270).-

<sup>18</sup> Lo expuesto aquí no pretende ser alarmista ni tampoco tratarlo como un hecho consumado e irreversible. Se trata sólo de describir, fundar y señalar aspectos de la realidad actual de las leyes penales argentinas sin claudicar un ápice del patrón Republicado y libertario que marca nuestra Constitución.

Además, frente a esta tensión que provoca el poder que tiene a ser absoluto existen ineludibles valladares que custodian las vigencia nuestro sistema garantista: 1) La Corte Suprema de Justicia de la Nación como última custodia del sentido de la Constitución junto con los Tribunales inferiores que acompañan e incluso van a la vanguardia en pro de la libertad 2) un fortísimo sistema internacional de los derechos humanos, con la Corte Interamericana a la cabeza como garante del plexo legal de *derecho humanos al que nuestro país forma parte desde el año 1994 ( art. Art. 75 inc. 22 CN)*

<sup>19</sup> Se construyen tipo penales con el objeto de sancionar al individuo, antes de que el riesgo concreto exista en la realidad. Se pretende así aplicar penas asentadas sólo en posibles hechos futuros, incurriendo en flagrante violación a derechos humanos y garantías procesales protegidas constitucionalmente.

la reacción punitiva, tanto en la cuantía de la pena como por el modo de su cumplimiento<sup>20</sup>; 3) y funcionalmente de los dos anteriores, una flexibilización de las garantías procesales.

**En el caso específico de la restricción impuesta al art. 14 del CP plasma el recrudecimiento del sistema de ejecución penal por el solo hecho ser “reincidente” cristalizando la pulsión segregadora y potencialmente inocuidadora del individuo<sup>21</sup>. En el supuesto del art. 872 del Código Aduanero se verifica una equiparación punitiva injustificada que lesiona los principios de lesividad y de proporcionalidad entre delito y pena, siendo un endurecimiento y desproporcionalidad punitiva impropia de un derecho penal de acto.**

### **III- Los precedentes “Ortuño Savedra” y “Argararaz” de la Casación Nacional y la certera invalidación de algunos resabios del derecho penal de autor aún vigente.**

Seguidamente espigaremos los principales argumentos de los precedentes referenciados haciendo notar su coincidencia con la detección e invalidación en los institutos invalidados de ciertas características de un derecho penal del enemigo.

Adelantamos que ya sea para justificar la lesión al principio culpabilidad y la consideración de la peligrosidad como fundamento de la agravación de las consecuencias jurídicas del delito que entraña el art. 14 del CP o para destacar que el fundamento de la pena en ningún caso será la personalidad del justiciable sino la conducta lesiva llevada a cabo para invalidar el art. 872 del Código Aduanero, ambos precedentes<sup>22</sup> ostentan como bisectriz argumental común ciertos razonamientos del señero caso “Gramajo”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> El abandono de la proporcionalidad de la pena con respecto al delito quebranta así el principio de equidad que reguló y controló el sistema penal desde tiempos inmemoriales (vgr. el primer límite tribal a la magnitud de la venganza fue el “ojo por ojo, diente por diente”).

Actualmente se intenta dar un peligroso giro copernicano sin importar el riesgo de condenar al inocente siempre que ello sea un dispositivo útil para evitar posibles conflictos sociales, lo que resulta funcional al régimen político imperante.

<sup>21</sup> *Conf.*, Gracia, L (2005) “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2005. Dirección electrónica en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>., Pág. 10.

<sup>22</sup> En el caso Ortuño Saavedra al Dra. Ledesma lo cita en forma indirecta 2En esta dirección, no se puede perder de vista que el artículo 19 de la Constitución Nacional es, en esta materia, el punto de partida de análisis. La Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados esa norma, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido, de modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo (cfr. Fallos 329:3680).” (CNCP, Sala II, Causa N° 14.288, “Ortuño Savedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación”, Registro n° 19.956, 18/5/2012, voto de la Dra. Ledesma)

En el caso “Argañaraz” el Dr. Slokar se remitió a su voto en el caso “Rearte” donde sí había expresado – antes de transcribir largo párrafo del caso “Gramajo” que “Al respecto es dable recordar que el cimero tribunal nacional consideró inconstitucional el artículo 52 del Código Penal en función de su lesión al principio culpabilidad y, en consideración de la peligrosidad como fundamento de la agravación de las consecuencias

Lo expuesto **denota que los institutos invalidados contienen, ostensible o implícitamente, una característica propia del derecho penal de autor consistente en el ilegítimo agravamiento o equiparación punitiva –en ultima instancia- por la mera “peligrosidad” ajena a la culpabilidad del autor por el ilícito concreto, ya sea basada en su sola condición de reincidente o sólo por haber tentado determinado tipo –Vgr.- contrabando-. Además lo expuesto configura también, y tal como lo señalaba Gramajo alerta, se configura un supuesto de crueldad punitiva, ya sea en la mismo monto de la pena (art. 872 del Cod. Aduanero) o mediante cualquier agravamiento de la consecuencias jurídicas del delito (art. 14 CP) <sup>24</sup>**

*III.a- La inconstitucional equiparación de la respuesta punitiva de los tipos tentados a los consumados en los delitos de contrabando ( arts. art. 872 del digesto Aduanero)*

Por su trascendencia y peso argumentativo en la decisión en glosa, resulta ineludible destacar el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en el reciente caso “Branchessi”<sup>25</sup>: “ ...la acción de contrabando que sólo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero, y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico.” Y **“...los argumentos dados a efectos de conferir fundamento al criterio que iguala la respuesta punitiva en supuestos de delitos tentados y consumados, no resultan respetuosos de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión.”**<sup>26</sup>

---

jurídicas del delito, ...” (CNCP, Sala II, : “Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación”, causa n° 14.423, rta.21/12/12)

<sup>23</sup> SCJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa”, rto el 5/9/2006 ,Fallos 329:3680

<sup>24</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales (“Gramajo”, considerando 19).

<sup>25</sup>B. 984. XLIII.,RECURSO DE HECHO, “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n ° 6979, 23/3/2010. Cabe destacar que la mayoría no convalidó el art. 872 sino sólo entendió que el recurso era inadmisibles por falta de fundamentación suficiente. En cambio la Dra. Highton vía remisión al caso "Senseve Aguilera Freddy - Peinado Hinojosa Freddy s/ contrabando" (Fallos: 310:495) entendió que eran constitucionales los 871 y 872 del Código Aduanero

<sup>26</sup> Considerando 19 y 20, es mía la negrita, y sigue: “En cuanto al primero, ello es así porque al no tomarse en cuenta el desvalor de resultado, "riesgo" y "lesión" se hallarían equiparados desde la perspectiva del ilícito, soslayándose por completo el carácter progresivo que reconoce toda afectación de un bien jurídico y, por ende, que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de

Citando y compartiendo las razones dadas en ya explicitado del Dr. Zaffaroni en “Branchessi”, con voto de la Dra. Ledesma -al que adhirió el Dr. Slokar- la Sala II de la Casación Penal Nacional declaró por mayoría en el caso “Ortuño Savedra”<sup>27</sup> la inconstitucionalidad del artículo 872<sup>28</sup> del Código Aduanero (ley 22.415) por resultar ilegítimo dar una respuesta punitiva similar ante injustos que alcanzan una disímil entidad lesiva. En su preclaro voto argumentó que se debe “...establecer una diferencia entre la acción de contrabando consumada de la que queda en grado de conato. En este último caso, claramente la acción no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que aquél que logró la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero. Es que, no se puede desconocer que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación y esto no puede generar la misma respuesta punitiva.”<sup>29</sup> y “En definitiva, la norma prevista en el artículo 872 del Código Aduanero, al igualar situaciones desiguales, no logra traspasar el tamiz constitucional y pone en jaque los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad (artículos 18, 19 y 75 inciso 22 CN)”

En lo que aquí importa, igualar la punición de los delitos tentados a los consumados importa una **desproporcionalidad de la pena incompatible con el derecho penal de acto ya que las acciones que no llegan a consumir el lícito – y con ello un grado menor de afectación del bien jurídico- no va** acompañada de ninguna reducción punitiva, valorándose como idénticamente disvalioso el ilícito frustrado que el acabado.

Va que suyo que esta identificación punitiva de situaciones disímiles también afecta el principio de culpabilidad ya que se somete a idéntico rango punitivo a conductas que, por su inacabado grado de desarrollo criminal y menor afectación al bien jurídico<sup>30</sup>, son merecedoras

---

consumación (así, mientras que en un homicidio tentado la vida humana se conserva, en uno consumado ella resulta directamente suprimida).”Que el desconocimiento de dicha realidad vulnera asimismo el principio de proporcionalidad de las penas, al no adecuar la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considerados, lo cual también materializa una violación al principio de culpabilidad.” Y finalmente: “Que, por lo tanto, la aplicación a la tentativa de contrabando de la escala penal prevista para el delito consumado configura una decisión legislativa que no resulta respetuosa de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, los cuales no sólo derivan del principio republicano de gobierno a que aluden los artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional, sino que también se hallan reconocidos en sus artículos 18, 19, y 75, inciso 22. (considerandos 21 y 22).

<sup>27</sup> CNCP, Sala II, Causa N° 14.288, “Ortuño Savedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación”, Registro n° 19.956, 18/5/2012.

<sup>28</sup> Recordemos que la norma en cuestión edicta: “La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado”,

<sup>29</sup> Conf. fallo “Ortuño Saavedra”, voto de la Sra. Ledesma.

<sup>30</sup> Entonces, la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida en que la creación de un riesgo de lesión resulta menos grave que la causación de la lesión misma, configurando el disvalor de resultado un principio garantizador puesto que sin él, no se logra una debida graduación de lo injusto. De lo expuesto se deriva, que una acción ilícita tentada es menos grave que una consumada, pues mientras una pone peligro otra directamente

de un reproche sensiblemente menor al que cumple acabadamente su plan delictual. **Es justamente esta ilegítima agravación punitiva desapegada de toda noción de culpabilidad y de grado de lesividad al bien tutelado la que entronca con una idea base del un derecho penal de autor: equilibrar la punición sólo por la supuesta comisión de un determinada conducta ilícita – vgr. contrabando- desatendiendo el reproche concreto y menor grado de lesión al bien jurídico.**

Aquí, en razón que usualmente el delito de contrabando no permitiría diferenciar a la tentativa de la consumación como sí ocurre en los delitos comunes, y que serían más numerosos los casos tentados, el legislador igualó situaciones desiguales – afectación al art. 16 CN incluida-y priorizando razones de mero orden práctico vgr. dificultar de prevención y/o represión del ilícito, **creó una excepción normativa al apartarse de las reglas generales que rigen tentativa.** La creación de normas penales excepcionales – que recuerdan a cierto discurso “represivo” de emergencia- intensifican la respuesta punitiva negando o lesionando elementales garantías constitucionales alegando meras razones – casi siempre injustificadas e inerciales- de “política criminal”- vgr. “combate a ciertos delitos” - casi siempre, y aquí no es la excepción, terminan creando o la punición no importando lo que el sujeto hizo sino sólo por el tipo de delito que cometió.

**En la especie, el art. 872 del Código aduanero significa que se le aplicará la misma respuesta punitiva a quien tentó o consumó el ilícito de contrabando, de manera que la ley penal se desatiende del reproche concreto del agente –principio de culpabilidad –, grado de lesión específico al bien jurídico – principio de lesividad- y de la necesaria vinculación que debe tener la dosificación del con el contenido del injusto del hecho – proporcionalidad de la pena-, configurándose una excepcional agravación punitiva propia de un derecho penal del enemigo, o por lo menos, vinculando la punición a ciertos tipos penales y no a la entidad del hecho cometido.**

En suma, por vía de la descodificación<sup>31</sup> mediante una ilegítima excepcionalidad las normas penales generales y anteponiendo meras razones efectistas de política criminal, la

---

lesiona el bien jurídico tutelado; lo que se trasluce en la respuesta punitiva menos intensa según las reglas de la tentativa consagradas en los arts. 42 a 44 del Código Penal.

<sup>31</sup> Bien apunta el Dr. Quiñones al respecto “Por lo tanto, asignar a casos análogos integrantes del universo de casos soluciones diversas importaría una explícita renuncia al principio de coherencia que caracteriza a los sistemas normativos y, en grado mediato, la desnaturalización del postulado codificador con que el constituyente limitó al legislador. La vigencia de más de un sistema es contraria a lo previsto por los artículos 75, inciso 12, 28 y 31 de la Constitución Nacional Ahora, la presencia del vicio denunciado tiene su raíz en la previsión del artículo 871 del Código Aduanero en cuanto reproduce normativamente, y es casi igual en lo literal, la disposición del artículo 42 del Código Penal. La enunciación reiterativa tuvo por finalidad el diseñar un par-sistema que fuese funcional al trata-miento diferenciado.” (*Rubén D.O. Quiñones, Inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del Código Aduanero*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/48aduanero.pdf>)

equiparación legal de la respuesta punitiva en el art. 872 del Digesto Aduanero significa una insidiosa homologación de la punibilidad más propio de un derecho penal del enemigo que justifica dicha igualación punitiva para los autores de ciertos delitos considerados “peligrosos” **que de un orden legal que siempre respeta para el juzgamiento de cualquier ilícito los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, o sea, un derecho penal de acto propio de un Estado de Derecho.**

III.a- La inconstitucionalidad del impedimento para obtener la libertad condicional a reincidentes (art. 14 del Código Penal).

Con remisión a su anterior voto minoritario en el caso “Rearte”<sup>32</sup>, el Dr. Slokar – con adhesión de la Dra. Ledesma- invalidó en el caso “Argañaraz”<sup>33</sup> el art. 14 del Digesto Punitivo por cuando cuanto: “...cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).” . En su adhesión la Dra. Ledesma agregó: “...la reincidencia produce un agravamiento de la condena en violación al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 de la C.N.) y al ne bis in idem (arts. 14.7 del P.I.D.C. y P.).”

Destacamos que el art. 14 en cuanto niega la libertad a los reincidentes ya había sido tachado de inconstitucional por varios fallos de tribunales inferiores por –entre otras razones- vulnerar la finalidad resocializadora de la pena<sup>34</sup> y afectar el régimen progresivo de la ejecución penal. Así : “Resulta claro que la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (art. 14 del C.P.), implica una contradicción con el régimen de progresividad de la ejecución

---

<sup>32</sup> CNCP, Sala II, : “Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación”, causa n° 14.423, rta.21/12/12.

<sup>33</sup> CNCP, Sala II, causa n° 13.401, “Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación”, registro n° 19911, 8/5/12

<sup>34</sup> En uno de ellos, el TOC n° 1 de Necochea en 2004 había resuelto: “ “analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo ‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.). En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de “igualdad ante la ley” (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario”. Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, "Navarro, Zacarías Andrés s. robo calificado" (Expte. N° 3603-0296), 4/8/2004, voto de la Dra. Bernard.

de las penas privativas de la libertad, en tanto se obtura la posibilidad de flexibilizar el tratamiento resocializador. Por ello considero que se impone una interpretación favorable a una perspectiva penológica más justa, que si bien no asegura que el agente no vuelva a recaer en el delito, cuando menos no aumenta los efectos deletéreos de una segregación más gravosa respecto de un individuo que, pese a haber mostrado una mayor vulnerabilidad frente al sistema penal, puede hacerse merecedor de un ajuste reductor de la respuesta punitiva basado en razones de prevención especial.”<sup>35</sup>

En lo que aquí importa, los valientes fallos -y aún votos minoritarios- que precedieron al caso “Argañaraz del caso **también habían expuesto la íntima filiación del art. 14 del CP con un derecho penal de autor, ya que** agravación de las consecuencias jurídicas del delito **se fundamenta** en la inasible y presumida legalmente – sin posibilidad de prueba en contraria- mayor “peligrosidad” del autor por razones ajenas al reproche concreto merecido por el ilícito cometido –culpabilidad-, o lo que es lo mismo, intensificando la punición en por las condiciones personales del sujeto<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, “Provincia Del Chubut c/ SOA”, de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 1347 Legajo de Investigación Fiscal N° 12615,29/12/10, considerando 13 del voto de la Dra. Mónica Rodríguez..Sigue el lucido voto: “n ese sentido la CSJN ha señalado que el principio *non bis in idem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida esta como dato objetivo y formal- a efectos de *ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario* que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal” (CSJN 21/4/88). Sin embargo, sabemos, el ideal de la ‘reinserción social’, más allá de las agudas críticas que ha recibido, es hoy un derecho constitucional. Además, los estudios de la moderna ciencia penitenciaria informan que el contenido y alcance de ese derecho sólo es factible de ser alcanzado mediante un régimen progresivo y paulatino de recuperación de los vínculos familiares, sociales y laborales del interno. Es evidente que resulta mucho más dificultoso, cuando no imposible, alcanzar aquel objetivo, así como neutralizar los efectos deteriorantes del encierro, por su mera prolongación, pues es probable que se incrementen en lugar de disminuir los factores criminógenos que, muy posiblemente, contribuyeron a la reiteración delictiva.”

<sup>36</sup>En el voto minoritario del caso “Rearte”, el Dr. Slokar señaló: “En efecto, la afectación por esta vía del principio de la culpabilidad por el acto resulta de que: “no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien que de antemano se `etiqueta´ genéricamente, estableciendo para él, si se quiere, un Código Penal especial, con penas más graves que las normales según la valoración del hecho” (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Bs. As. 2004, 2° edición, 3° reimpresión, Tomo I: Fundamentos, pág. 644). En el mismo sentido, se sostiene que al agravarse la pena por la declaración de reincidencia “aparece la idea de que no se castiga el acto del hombre, sino la vida del hombre” (Donna, Edgardo Alberto- Iuvaro, María José, "Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal", Bs. As., 1984, págs. 72/73).” Y “Asimismo repárese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la invocación a la peligrosidad "constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención" (CIDH, Serie C. N° 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sent. del 20 de junio de 2005). (CNCP, Sala II, : “Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación”, causa n° 14.423, rta.21/12/12, voto del Dr. Slokar en minoría)

De lo expuesto se deduce que la gravedad de la pena sólo puede determinarse en función al delito cometido y, de ningún modo, intensificarse a una pena privativa de libertad ya cumplida, **por ende la restricción impuesta por el artículo 14 del Código Penal constituye una clara expresión de derecho penal de autor dado que no tiene por base el "delito cometido", cuya pena fue convenientemente individualizada en la segunda sentencia, sino la pena privativa de la libertad previamente cumplida.** Además, la negación de toda posibilidad de reinserción social transgrede los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria que preceptúan tales normas penado recepetadas en los arts. 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Se niega la libertad condicional al reincidente no por la gravedad del ilícito posterior sino por la mayor peligrosidad que apareja la etiquetación de “reincidente” por el lícito anterior, siendo **recrudecidas las consecuencias del delito por lo que el sujeto “es”, o mejor, por lo que la suposición legal estipula –sin prueba en contrario -que “es” (“reincidente”) con la genérica “peligrosidad” que el sistema penal endilga al agente por ello, vulnerando el principio basal de un derecho penal de acto: sancionar al ciudadano por lo que hizo (culpabilidad por el acto).**

Sobre el punto se expresó: “... en primer término, tal juicio y prognosis implica el reconocimiento de que la reinserción no podrá cumplir con sus objetivos y finalidades, -no obstante los esfuerzos en contrario que pueda poner de manifiesto el penado, los equipos técnico-criminológicos que acompañen al mismo y el control que pueda ejercer el juez de ejecución en este proceso de individualización ejecutiva de la pena. En efecto, la prohibición y juicio implícito en la misma, conlleva la afirmación de que no podrá cumplirse con la finalidad constitucional garantizada por los pactos internacionales y nuestro plexo constitucional para la etapa de ejecución de pena, esto es, la reinserción social. Podríamos decir que la ley 24.660 y su objetivo resocializador en su intento de propuesta individualizadora y voluntaria carecen de sentido y eficacia en el caso, pues se presume sin admitir prueba en contrario que este sujeto, por la sola condición de reincidente, esto es, por “ser” reincidente, no puede enervar esta presunción por medio de acción o proceso alguno, es decir, por medio de un “hacer”. Se trata en consecuencia de un juicio de peligrosidad con fundamento en el Derecho Penal de Autor, por tanto, contrario al Estado de Derecho, que se “cristaliza” en un pre-juicio al momento de individualización de la pena y acompaña al penado bajo la forma de juicio desfavorable, no obstante su elección de actividades, acciones, tratamientos y todas las modificaciones que éste pueda libre y voluntariamente efectuar con

miras a procurar su reintegración social. En este orden de ideas se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, in re: “Varela, Luis R.”, del 27/12/85, (Voto del Dr. Zaffaroni) “...la peligrosidad, es obviamente, un juicio de probabilidad y como tal, no puede ser presunto, y menos aún presumido “*juris et de jure*”. Por otra parte, la misma idea de peligrosidad entendida en el sentido positivista de la misma, es violatoria de la dignidad humana, dado que se reduce a una persona a la condición de una cosa regida por la mera causalidad...”. Por tanto, la privación contenida en el art. 14 C.P. incorpora cuestiones y valoraciones relativas a la peligrosidad del sujeto, con asiento en una condición previa del mismo y ajenas a los hechos y conducta de que pueda dar cuenta durante la ejecución de pena, lo cual es inconstitucional, en tanto lesiona el **principio de culpabilidad y de derecho penal de acto**, que se derivan en forma directa del Estado de Derecho y hallan su fundamento expreso en el art. 19 de la C.N.”<sup>37</sup>.

Con notable bizarría y erudición el Dr. Juliano espiga ante el doctrina tradicional - expresión a mi gusto de un rancio y vetusto positivismo- que sostuvo la validez de la reincidencia (art. 50 CP) y con ella sus nocivas consecuencias tratada aquí (art. 14 CP), **sobre el desprecio a la pena anterior impuesta sostenida por los casos “Gómez Dávalos”<sup>38</sup> y “Leveque”<sup>39</sup>**: “La idea central reflejada en las citas precedentes remite claramente a un **derecho penal de autor. El fundamento del incremento de la reacción punitiva radica en rasgos de carácter que trazan una etnocéntrica frontera entre nosotros y los peligrosos,**

---

<sup>37</sup>Tribunal Oral Federal n° 1 de “Cordoba, “auto interlocutorio N° 104/102”, GOMEZ, Roque S/Legajo ejecución” (Expte. N° 06/08),27/7/2010, resuelta por el Dr. Jaime Díaz Gavier . Y sigue “... la prohibición a obtener libertad condicional del art. 14, constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva y al amplio ejercicio de control jurisdiccional, al establecer la norma cuestionada, una presunción iuris et de iure, ab initio, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de gobierno, por todo lo cual resulta claramente inconstitucional.” Y “... la taxatividad en la redacción de la norma cuestionada, en tanto constituye una presunción que no admite prueba en contrario, impide a todas luces, una interpretación de la misma dentro de parámetros constitucionales, por todo lo cual considero que corresponde declarar su inconstitucionalidad por lesionar los principios de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto, autonomía moral, derecho de defensa, readaptación social mínima, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva que se desprenden de manera expresa o por derivación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), entre los mismos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.8 y 9) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7)”

<sup>38</sup>. La interpretación tradicional de nuestros Tribunales reconoce similar paradigma: "El instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce" (CSJN, 16 de octubre de 1986: "Gómez Dávalos, Sinforiano", Fallos 308:1938, considerando 5°).

<sup>39</sup> "El distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas, que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta" (CSJN, 16 de agosto de 1988: "L'Veque, Ramón Rafael", Fallos 311:1451, considerando 9°).

**los insensibles, los irredimibles. "los enemigos".**<sup>40</sup> Y mas adelante expone la **netapulsión inocuizadora y relegadota del individuo que como desembozada expresión de un derecho penal de autor enarbola el art. 14 del Catalogo Punitvo:** “La siguiente transgresión representa tal grado de oprobio que nos autoriza a llamarla "el timo de la resocialización". Los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. El régimen de ejecución de la pena establecido por ley 24.660 (complementaria del Código Penal) reproduce aquel loable propósito: "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" (artículo 1). 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".**”

La exclusión de la libertad condicional del Art. 14 del C.P., como deletérea y consecuencia peligrosista de la reincidencia, trasluce la negación anticipada, genérica y sin que el condenado pueda prueba lo contrario del principal derecho del condenado al egreso anticipado al medio libre, afectando la supuesta finalidad de reinserción social de la pena basada en la etiquetación jurídico-**positivista** de “Reincidente”. Cabe señalar que el art. 14 priva al justiciable la finalidad convencional de "prevención especial" o "readaptación social" para la pena privativa de la libertad plasmada arts. 75 inc. 22 Constitución nacional; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (regla 63 y siguientes), las que "configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención" (C.S.J.N in re "V. ....", sent, del 3-V-2005) **Cabe señalar que tal relegación de derechos plasmada en el art. 14 del CP inoculada con la velada – o no tanto- y última intención del apartamiento del mismo sujeto, constituye otra característica distintiva del un derecho pena de autor.**

---

<sup>40</sup> Juzgado Correccional n° 1 de Necochea, Causa N° 4926 caratulada “Ucio Alejandro Omar S/ Robo (Dmf.: Carlos Matias Heim)” y su acumulada 5657, caratulada: "Ucio Alejandro Omar S/ Daño Agravado” 22/9/2008, Juez Subrogante Mario A. Juliano, el destacado me pertenece

No importa ya la pretensa finalidad de reinserción constitucional y convencional de la pena impuesta<sup>41</sup>, ni tampoco las chances fácticas concretas de reinserción que durante la ejecución de la pena demuestre el justiciable, el art. 14 hace que la sólo declaración de reincidencia demuestra ex-ante y se mantenga la calidad de “peligroso” al sujeto durante todo el monto de la condena. **La negación de la libertad condicional conmina al reincidente simple<sup>42</sup> a cumplir todo el monto de su pena temporal de manera efectiva, haciendo patente la neta propensión relegadora de la norma, tendencia inocuizadora que se hace evidente y dramática en el caso de la prisión perpetua al no existir a priori determinación temporal de la sanción impuesta.**

En el caso del reincidente simple penado a prisión perpetua la pulsión de apartar por el mayor tiempo posible – o más precisamente evitar que se reintegre- al “peligroso” del conjunto social del art. 14– enunciada para las penas temporales- indetermina la duración misma de la sanción y **expone su real y intención expulsora -y cuasi eliminadora- del individuo, constituyéndose en un ejemplo paradigmático de pena desproporcionada, cruel e inhumana propia de un derecho penal del enemigo y lesionando, vía el encierro indefinido, la intangibilidad de la persona<sup>43</sup>.** Compartimos la postura de que “Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo que deba transcurrir...”<sup>44</sup>, o cual fuere la modalidad de pena privativa de libertad impuesta, ya que “Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren”<sup>45</sup>

Acertó el Dr Slokar cuando afirmo que la aplicación del art. 14 en el caso de la prisión perpetua: “... lleva a imponer penas de prisión hasta la muerte, en contra de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional. Así es; su aplicación importa convertir la prisión perpetua de nuestro Código Penal en una pena inexorablemente perpetua en el sentido de que sólo se extinguiría con la vida del penado, lo que colisiona con los artículos 5.6 y 29 de

---

<sup>41</sup> En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario

<sup>42</sup> Por otra parte,, no puede resultar más gravosa la situación del condenado a la pena única de prisión perpetua más la declaración de reincidencia, que la situación regulada por los arts. 13 y 53 del Código Penal, que admite la libertad condicional para los multirreincidentes.

<sup>43</sup>La prisión perpetua al reincidente simple lesiona la intangibilidad de la persona humana en razón de generar graves trastornos de personalidad incompatibles con lo que preceptúa el art. 18 de la Ley Fundamental convirtiendo los principios de legalidad, humanidad y personalidad o trascendencia mínima meras declaraciones vacuas

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 125.

<sup>45</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7º Edición, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 132.

la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional en función del inciso 22 del artículo 75, que disponen que la pena privativa de libertad debe tener por objeto la reinserción social del condenado, ....”<sup>46</sup>

Antes la Corte Suprema en un paradójico *obiter* en el caso “Giménez Ibáñez”<sup>47</sup> expuso **que la indeterminación del monto punitivo que el art. art. 14 del CP apareja los reincidentes simples produce un claro ejemplo de tormento** “Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (en el que se alegó -con acierto- que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional), el a quo lo declaró mal concedido por considerar ....”<sup>48</sup>. Al volver el mismo caso a la Suprema Corte de Buenos Aires se resolvió que “.., impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar (a través de una presunción **iuris et de iure**) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador -finalidad consagrada constitucionalmente- en la persona del delincuente, impidiéndole **absolutamente** reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano”<sup>49</sup>.

**EL art. 14 también es un ejemplo del discurso de emergencia, del cual el art. 14 del CP es un claro exponente, propugnador del mas extenso apartamiento temporal – concreto en el caso de las penas divisibles- o definitivo – en el caso de la perpetua- del individuo . La idea de apartar al “peligroso” viene de larga data:** “...frente a esta nueva legislación de emergencia asentada en criterios peligrosistas propios de un Derecho Penal de autor, se está procurando sacar de circulación de por vida a determinados delincuentes, lo que implica un regreso a políticas inocuidadoras, como aquellas que había postulado Von Liszt en su Programa de Marburgo respecto de los delincuentes peligrosos incorregibles: *la pena indeterminada*. Y el profesor mediterráneo profundiza más aún al sostener que con esta sanción eliminadora o segregatoria también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena”<sup>50</sup>. Por lo visto, nada nuevo bajo el sol.

---

<sup>46</sup> CNCP, Sala II, : “Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación”, causa n° 14.423, rta.21/12/12)

<sup>47</sup> G. 239. XL., RECURSO DE HECHO “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, 4/6/2006.

<sup>48</sup> Considerando 4, es mío el destacado.

<sup>49</sup> SCJBA, Acuerdo 2078, causa P. 84.479, "G. , A. F. Homicidio y otros. Incidente de libertad condicional", 27/12/2006.

<sup>50</sup> Guillamondegui, Luis Raúl, La reforma de la ejecución penal, Doctrina Judicial, 09/11/2005, pp. 686.

Todo lo expuesto es aplicable también al impedimento de la libertad condicional en los casos de los arts. 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteuúltimo párrafo, 165 y 170, anteuúltimo párrafo del Código Penal que prevé la segunda oración del art. 14 CP.

En suma, el obstáculo para obtener la libertad condicional previsto en el art. 14 del CP constituye un digno exponente de un discurso criminológico positivista que por medio de la velada rotulación del “peligroso” a ciertos justiciables - ya sea a los “reincidentes” o autores de ciertos delitos- lesiona el principio culpabilidad por el acto, niega la finalidad readaptativa de la pena, viola la igualdad ante la ley y **pretende alongar lo más posible el apartamiento del sujeto del conjunto social o vía indefinición temporal en el caso de prisión perpetua, virtualmente tiende a la eliminación cuasi definitiva del nunca explicitado legalmente – pero sí fácticamente tratado como tal - “enemigo”**.

### **III- Ponderamiento, reflexión y epílogo**

Mahatma Gandhi decía “más que los actos de los malos, me horroriza la indiferencia de los buenos”, se preocupaba más por la indolencia y apatía mostrada por las buenas personas que la maledicencia e insidia de los protervos.

**Sin entrar en maniqueísmos inútiles ya que la realidad es mucho más compleja que “malos vs. buenos” –y en definitiva se trata, creemos que todavía – y pese a grandes avances- prevalece la molición jurisdiccional para ratificar con inercial genuflexión institutos antirrepublicanos impropios de un derecho penal de acto.** Ya sea por irreflexión, desidia o – en el mejor de los casos- por genuino convencimiento, se explican, aprueban y – lo peor- aplican figuras legales (ya sea agravantes genéricas, penas, exclusiones legales de derechos, tipos penales, etc) cuya validez legal fue y es fuertemente discutida por consecuentes sectores doctrinarios y, como aquí, solitarios fallos.

Así, bajo un endeble yelmo de legalidad pululan grácilmente por la ley penal normas que encubren, más allá del rosario de achaques y máculas constitucionales, con rasgos propios de un discurso positivista que busca vía aumento a agravamiento punitiva, velada o explícitamente, relegar o prescindir de ciudadanos rotulados – y nunca sincerados- como “peligrosos”. El discurso efectista-punitivista que utiliza el poder punitivo para dar un mensaje de “seguridad ciudadana” “combatiendo”- tal es el término- al “delincuente-enemigo” tensiona y lucha contra las sujeciones, límites y garantías que distingue a una verdadero Republica.

La contienda entre la restricción y negación de derechos para apartar – provisoria o definitivamente al individuo y la que busca la prevalencia y **real** vigencia de los derechos del ciudadano para integrarlo es verídica y actual, no es una ninguna desvelada aporía o

entelequia teórica. No nos olvidemos que el maestro Zaffaroni siempre vocifera, y lo bien que hace, que siempre dentro de un Estado de Derecho subyace y esta latente un Estado de Policía.

En el cuadro descrito nos cuadró destacar dos fallos edificantes –todavía minoritarios– que no fueron indiferentes ni indulgentes con la ilegal equiparación punitiva del art. 872 del Código Aduanero ni con al potencialmente relegadora imposibilidad de acceder a la libertad condicional prevista en el art. 14 Código Penal. Los Jueces tuvieron sus convicciones sobre la ilegitimidad de las normas cuestionadas, **y lo más importante es que las hicieron valer**. Al igual que oportunamente la Corte lo hizo en “Arriola” con la tenencia de estupefaciente para consumo personal (art. 14 2º párrafo ley 23.737) o en “Gramajo” con la accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 del CP), en Con las declaraciones inconstitucionalidades de los arts. 14 del CP y 872 del Cód. Aduanero se avanza con un poco con la discusión y descalificación jurisdiccional de numerosos y disimulados resabios de enemigo en el derecho penal argentino.

Es que ahora el “enemigo” no será el que pensó Jakobs, o sea el “terrorista” o el desviado por “convicción”, sino que tal categoría fue inserta poco a poco en nuestro sistema legal y fue subrepticia y apropiadamente adaptada según el molde del vulnerable o fenómeno criminal de turno, por ejemplo, asalto a mano armada, atentados contra la integridad sexual, secuestros extorsivos, imputados que son excarcelados, o como aquí, los reincidentes simples o los que tentaron un contrabando.

No habrá tampoco un “Guantánamo” o un “Abu Ghraib” en la Argentina, pero sí un pasmoso hacinamiento y superpoblación carcelaria; no habrá “military orders” o Patriot acts” pero sí un aumento irracional de penas y descontrolada creación de tipos penales; la imposición de una pena se regirá por los principios humanitarios y legales insertos la Constitución y todos los Tratados Internacionales que de ella son parte, pero seguirá vigente – **al menos formalmente**- el cómputo diferenciado del encierro cautelar en la pena de reclusión ( art. 24 CP), la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado ( art. 52 CP) – todavía no se derogó-; se sostendrá la finalidad resocializadora de la pena pero se podrá imponer una pena de hasta 50 años a un justiciable (art. 55 según ley 25.928 del CP) o será virtualmente indefinida la prisión perpetua a un reincidente simple ( art. 14 CP); se propicia la culpabilidad por el acto pero se ratifica la reincidencia (art. 50 del CP); se protegen los derechos de los niños pero es posible legalmente aplicar pena perpetua a un menor de 18 años; se sostendrá la progresividad del régimen penitenciario pero se vedarán basales institutos libertarios y de reingreso al medio libre sólo por la índole del delito (art. Art. 56 bis ley 24660 y art. 14 CP); no habrá detenciones indefinidas ni ausencia de control jurisdiccional pero sí abuso del encierro cautelar y sistemática violación del plazo irrazonable para ser juzgado; no habrá

tipificaciones abiertas que castiguen al “peligroso” pero sí proliferación de tipos de peligro abstracto y agravantes genéricos de dudosa constitucionalidad (vgr. arts. 41 bis, quater, y recientemente quinquies del CP), se sostiene la proporcionalidad punitiva pero se autoriza a imponer en el contrabando la pena de un delito consumado a quien solamente lo tentó ( art. 872 del Código Aduanero) etc. **y todo un rosario de usos punitivos que se habilitan o gradúan teniendo en cuenta la “peligrosidad” - y no la estricta culpabilidad por el acto- que genera al sistema y la paz ciudadana el supuesto “enemigo”. Hace falta mucho, pero el futuro es promisorio.**

**Si se multiplican los fallos aquí glosados y estando en curso la elaboración de un nuevo anteproyecto que actualice el inconexo Digesto Represivo nos permitimos tener esperanzas, no se puede seguir esperando.**

A la emperie de ejemplos concretos aún vigentes y muchos todavía racionalizados y justificados por gran parte de la doctrina y confirmados por la jurisprudencia mayoritaria (Vg. reincidencia y la consecuencia del art. 14 del CP, la misma igualación del art. 872 del Cod. Aduanero, las exclusiones de derechos que coadyuvan a la efectiva resocialización del condenado del los arts. 56 bis ley 24660 y del 14 CP) **nos queda enarbolar los argumentos de mejor poder suasorio y continuar la impenitente, yerta y empeñada disputa contra los irrazonables e injustificables ejemplos del un derecho pena de autor en nuestra patria ley penal. Creo que no es una porfía o un anhelo inútil mantener inhiesta una valla dogmática, legal y jurisdiccional contra los ramplones y cutres discursos efectistas – con neta pulsión antirrepublicana- que cataloga y excluye al “peligroso-enemigo” mediante el poder punitivo, mediante la fuerza. En última instancia, se trata de darle fuerza a la razón y no razón a la fuerza.**

Ambos precedentes comentados no fueron acomodaticios y serviles con irritantes expresiones de “enemigo” en la ley penal y alientan a persistir en el saludable imperativo categórico de pugnar por un verdadero derecho penal liberal y de acto

Juan Fernando Gouvert.