

En la ciudad de Santa Fe, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil once, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbetta, María Angélica Gastaldi, el señor Juez de Cámara doctor Ruben Darío Jukic y los señores Ministros doctores Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de su titular doctor Rafael Francisco Gutiérrez, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "HERRERA, Gerardo Gabriel -Robo-Abuso sexual-Incidente de Libertad Condicional-sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. N° 96, año 2010). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Erbetta, Gastaldi, Netri, Spuler, Gutiérrez y Jukic.

A la primera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. En fecha 15.05.2009 Gerardo Gabriel Herrera, con patrocinio letrado, solicitó su libertad condicional, afirmando haber cumplido las dos terceras partes de la pena y haber observado los reglamentos carcelarios con regularidad (art. 13 C.P.).

En relación a su calidad de reincidente, peticionó la inaplicabilidad del artículo 14 del Código Penal, y subsidiariamente, su declaración de inconstitucionalidad (fs. 1/2v. del expte. 1499/09 Incidente de Libertad Condicional).

2. El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Ejecución de Rosario denegó la libertad condicional en virtud de la prohibición prevista en el artículo 14 del Código Penal (f. 5 del expte. 1499/09).

3. Apelada tal decisión por la Defensora del condenado, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, por auto del 19.11.2009, la confirmó.

Argumentó para ello que, en principio, el artículo 14 del Código Penal, al prohibir la libertad condicional para reincidentes, no vulnera derecho constitucional alguno.

Sostuvo que, sin embargo, ello no determina la aplicación lisa y llana de dicha prohibición cuando resulta con evidencia una solución irrazonable, lo cual ocurre cuando el servicio penitenciario a cargo de la ejecución evaluó positivamente la reinserción social del interno y le concedió salidas transitorias bajo promesa jurada que éste cumplió sin infracción. Sin perjuicio de ello, consideró el Tribunal que no se presenta esta situación cuando hubo errónea concesión de salidas transitorias por existir pronóstico negativo de reinserción social o concepto deficiente del interno, o por tratarse de un delincuente sexual compulsivo que no hubiere sido sometido a tratamiento específico con resultado favorable.

Entendió la Sala que la situación de Herrera enmarcaba en esta última hipótesis, por cuanto había sido condenado por abuso sexual con acceso carnal sin que constara el tratamiento específico realizado ni los resultados de la terapia, adicionando que "... tras diversas salidas transitorias autorizadas, el interno ha retornado al penal con lesiones que pueden derivar de situaciones comprometidas (cfr. fs. 55, 61 y 69 y sgtes. del expediente de ejecución n° 203/05)...", por lo que correspondía convalidar la denegatoria recurrida (f. 19, cfr. fs. 18/19v. del expte. 1499/09).

4. Contra tal pronunciamiento interpone la defensa de Herrera recurso de inconstitucionalidad. Al fundar la procedencia de la vía, y luego de citar precedentes jurisprudenciales en los cuales se concedió la libertad condicional a reincidentes y opiniones doctrinales en similar sentido, postula la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, afirmando que resulta contrario a distintos principios con jerarquía constitucional.

4.1. De este modo, manifiesta la recurrente, en primer término, que tal prohibición violenta el principio de "non bis in idem" (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 8.4 C.A.D.H. y 14.7 P.I.D.C.P.), por cuanto al denegarse la libertad condicional al condenado por su condición de reincidente se le está aplicando un "plus de pena" por una anterior condena que ya cumplió, siendo ésta una forma de volver a penarlo por el primer delito (f. 4).

4.2. En segundo lugar, invoca la compareciente violación al principio del derecho penal

de acto (arts. 18, 19, 75 inc. 22 C.N., 9 C.A.D.H., 14 y 15 P.I.D.C.P. y 11.2 D.U.D.H), toda vez que el Estado decide aplicar un plus punitivo por "... una condición o estado de 'reincidencia' del autor, y no por un 'hecho', que es de lo que claramente habla el art. 18 C.N. con respecto al 'juicio previo'...".

Agrega en este punto que Herrera goza de salidas transitorias desde setiembre 2007, que no registró sanciones disciplinarias ni observaciones por incumplimiento en sus reingresos y que su conducta y concepto han sido calificados como ejemplares. Afirma que recibió previo a las salidas transitorias tratamiento psicológico por el Servicio de Psicología del Hospital Provincial de Rosario, habiendo sido su cumplimiento la base para la concesión de éstas. En relación a las lesiones a las que alude la Cámara, expresa que "... no surgen de autos pruebas directas o indirectas que demuestren o configuren actividad delictiva por parte del interno..." (fs. 4v./5v.).

4.3. En tercer término, sostiene la impugnante que el artículo 14 del Código Penal violenta también el principio de culpabilidad por el hecho, en la medida que "... se agrava la pena de un sujeto no por la entidad del hecho llevado a juicio sino en virtud de sus características personales, esto es, su condición de reincidente..." (fs. 5v./6).

4.4. Finalmente, postula que la prohibición legal transgrede el principio de lesividad, dado que "... el Estado sobredimensiona el castigo por algo que no tiene vinculación directa con el daño o puesta en peligro actual de un bien jurídico, sino por la resistencia del condenado a resocializarse mediante la pena anterior...". Sin embargo, entiende que si tal finalidad no se alcanza, ello no debe ser imputable al penado, sino en realidad al Estado que fue ineficiente en lograrla (f. 6v.).

5. Una vez contestado el traslado respectivo por la Fiscal de Cámaras (fs. 9/13), la Sala, por auto 63 de fecha 15.03.2010, concede el recurso concluyendo -luego de un pormenorizado análisis de las opiniones doctrinales existentes sobre el tema y de desarrollar la postura del Tribunal- que se trata de una cuestión que ha sido motivo de profunda discusión, que adquiere enorme trascendencia teórica y práctica en el proceso y que incide en la liberación de personas legalmente privadas de su libertad, "... implicando problemas de interpretación constitucional y de los derechos humanos consagrados en diversos pactos internacionales...". Estima que, en consecuencia, ello determina la necesidad de que "... el Superior Tribunal de la Causa pronuncie la última palabra en el tema a elucidar..." (f. 27; cfr. fs. 16/27v.).

6. En el nuevo examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, estimo que se encuentran satisfechos los recaudos formales de la impugnación, así como también que el planteo recursivo ostenta entidad constitucional suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General a fojas 33/37, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi, los señores Ministros doctores Netri y Spuler, el señor Presidente doctor Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Jukić, expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. Cabe anticipar que propiciaré la declaración de procedencia de la presente impugnación, por entender que los planteos de la recurrente vinculados a la inconstitucionalidad de la prohibición de la libertad condicional para quienes han sido declarados reincidentes (art. 14 C.P.) merecen ser atendidos.

Me permito señalar, de inicio, que en relación al tema ya he sostenido que la reincidencia es un hecho que debe probarse e incorporarse oportunamente al juicio para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; y que su declaración siempre encierra un agravio eventual, en tanto aun cuando no se la utilice para cuantificar -en sentido gravoso- la pena del segundo delito, puede igualmente agravar la respuesta punitiva de ese hecho, al impedir la procedencia de la libertad condicional (art. 14 C.P.) y regularse en muchos códigos procesales como obstáculo a

la libertad durante el proceso ("Gamboa", A. y S. T. 229, pág. 23).

Cabe ahora destacar, sin embargo, que la habilitación de esta vía extraordinaria exige un agravio concreto y actual que, obviamente, no se configura con la sola declaración de reincidencia, en tanto incluso no faltan interpretaciones en orden a que dicha circunstancia debería conducir, en el marco del artículo 41 del Código Penal, a una atenuación y no a una agravación de la pena del segundo delito.

Y dicha exigencia queda sobradamente satisfecha en el caso, en tanto precisamente se cuestiona que mediante la declaración de reincidencia se ha agravado, de modo concreto, la pena del segundo delito al impedirse la libertad condicional.

Por tanto, la objeción constitucional se proyecta directamente sobre la norma del artículo 14 del Código Penal.

2. Previo a analizar la compatibilidad de tal disposición legal con nuestro bloque de constitucionalidad, vale recordar que la cuestión aquí planteada no es en absoluto novedosa; por el contrario, la agravación de la pena como consecuencia de la previa declaración de reincidencia fue severamente objetada –mayoritariamente– por el pensamiento penal liberal.

Estimo que, desde la perspectiva teórica, todos los intentos legitimantes de la agravación de la pena no pueden superar las reiteradas objeciones desarrolladas durante el momento más alto del pensamiento penal; en efecto, ninguna de esas pretendidas legitimaciones logra impedir la configuración de un supuesto de "bis in idem", ni prescindir de la consideración del carácter o la personalidad del autor (peligrosidad), ni eludir vulnerar el viejo principio "quot delicta tot poenae", consecuencia de un derecho penal de acto.

Se trata, desde la consideración teórica, de un debate hace años superado, sin ninguna actualidad, ni originalidad, a pesar de la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por tribunales inferiores, que –estimo respetuosamente– en nada actualizan ni conmueven aquellas lúcidas enseñanzas.

En ese camino, basta recordar que el párrafo 57 del Código Criminal Toscano (1786) establecía que: "... agotada la pena, no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la que habrán sufrido..." (citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2a. edición, 1a. reimpresión, Bs. As., 2008, págs. 1059/1060).

En similar tenor, Pagano escribió que la pena cancela y extingue íntegramente el delito y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente, no pudiéndose incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido; Morelly llegó incluso a pedir que se castigue a quien osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes (citados por Ferrajoli, Luigi: "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Editorial Trotta, 3a. edición, Madrid, 1998, pág. 507); Tissot afirmó que la reincidencia demuestra un grado menor de resistencia a los impulsos que llevan al delito, es decir, un grado inferior de libertad y, en consecuencia, una responsabilidad menor (citado por Soler, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", actualizado por Guillermo Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1989, tomo II, pág. 520); Mittermaier expresó que no raramente, debido al estado de las prisiones, era el estado el que debía cargar con la culpa de que alguien devenga reincidente, y que en modo alguno se justificaba la mayor gravedad penal, al menos en general (citado por Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., pág. 1060); Kleinschrod, en 1799, entendía que en los reincidentes existía una responsabilidad atenuada, precisamente en función del hábito que habrían adquirido en razón de haber sido condenados con anterioridad (Kleinschrod, Gallus Alona, "Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung", Erlangen, 1799, tomo I, págs. 300/301, citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, Bs. As.; 1988, tomo V, pág. 351); y Giovanni Carmignani, sostuvo que la inadmisibilidad de agravar la pena por reincidencia es consecuencia de que con la primera pena el delito anterior fue

totalmente pagado (citado por Soler, op. cit., tomo II, pág. 520).

Lo expuesto abunda para demostrar la afirmación del comienzo que no ha logrado neutralizarse por la circunstancia de que, apelando a las más diversas ficciones, se haya pretendido por vía de otras tantas idealizaciones una legitimación de la reincidencia con la finalidad latente de "neutralizar al peligroso", "calmar a la opinión pública" o "evitar la alarma social".

3. Con los antecedentes mencionados, también en el ordenamiento jurídico argentino se ha invocado que la norma del artículo 14 del Código Penal resulta violatoria de diversos principios, derechos y garantías previstos tanto en la Constitución nacional como en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía.

Pero sin perjuicio de la razonabilidad de muchos de los fundamentos que se han esgrimido para descalificar la prohibición de la libertad condicional para reincidentes, los que ineludiblemente determinan la necesidad de su invalidación desde la óptica constitucional están directamente vinculados a la afectación a los principios de "non bis in idem" y culpabilidad por el acto.

4. En relación al primero, considero que la prohibición de la libertad condicional para quienes han sido declarados reincidentes resulta violatoria de la referida garantía constitucional y configura un supuesto de "bis in idem" (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 8.4 C.A.D.H. y 14.7 P.I.D.C.P.).

En este sentido, y tal como lo he expresado en el precedente "Gamboa" ya citado, no puede negarse que la declaración de reincidencia "... siempre importa considerar el hecho anterior para agravar (aunque más no sea impidiendo la libertad anticipada) el segundo delito...".

Y lo dicho se reafirma si se repara en que la prohibición de doble punición no importa ni exige, necesariamente, una exacta duplicidad represiva; por el contrario, la violación a la garantía también se configura cuando se aplica un plus punitivo (de cualquier naturaleza gravosa) que nada tiene que ver con la pena del segundo delito porque, como ocurre en el caso, ese plus se impone como derivación del primer hecho y de la pena cumplida por el mismo.

Asimismo, la violación de esta garantía es sostenida hoy por prestigiosa doctrina penal, resultando pertinente referir aquí lo dicho por Zaffaroni en su voto en el Pleno "Guzmán" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (08.08.1989) en cuanto a que "... toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse. Cualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado. La denegación de un beneficio es un rigor, especialmente cuando se trata de mantener a una persona privada de libertad. Puede argumentarse lo que se quiera, pero que una persona quede encerrada años o camine por la calle es una diferencia notable, y afirmar que lo primero no es una agravación es una fractura con un dato elemental de realidad sumamente peligrosa. No hay lógica que pueda negar esto...".

La lesión a la prohibición de doble punición resulta entonces evidente en el caso, en tanto el aumento de la pena (por vía del impedimento de la libertad condicional) viene dado por un hecho ya castigado; por lo cual por ese hecho se es castigado más de una vez, dado el efecto generador de penalidad que la anterior condena cancelada sigue produciendo.

Como si fuera poco, la afectación se potencia superlativamente si se repara en que, además, el juez de grado al cuantificar la pena a imponer -en función de los artículos 40 y 41 del Código Penal- consideró y valoró a la reincidencia como circunstancia agravante y la tuvo en cuenta para determinar el monto de aquélla en el caso concreto.

De este modo, no sólo se configura un supuesto de lesión a la prohibición de doble punición, por computarse el hecho anterior para agravar la pena del segundo delito, sino que también se vislumbra claramente que la circunstancia de haber cumplido pena privativa de libertad en una anterior oportunidad por el primer hecho -es decir "el elemento reincidencia"-

fue valorado por dos vías -igualmente prohibidas- en perjuicio del imputado, afectándose la coherencia interna de la sentencia y la proporcionalidad de la pena por doble valoración de un mismo elemento.

5. En segundo lugar, debe admitirse que la agravación de la pena mediante la no concesión de la libertad condicional por la declaración de reincidencia afecta también el principio de culpabilidad por el acto (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 C.N., 9 C.A.D.H. y 15 P.I.D.C.P.).

En este aspecto, cabe adherir a lo expuesto por Maier en relación a que al irrevocarse el avance a tal etapa de la ejecución de la pena privativa de libertad por este motivo "... 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: "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, 2a. edición, 3a. reimpresión, Bs. As. 2004, tomo I: Fundamentos, pág. 644).

En el mismo sentido, sostienen Donna e Iuvare 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...", y que "... este reproche por la vida, el derecho no puede hacerlo si no quiere violar el mínimo ético que exige el Estado de derecho..." (Donna, Edgardo Alberto e Iuvare, María José: "Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal", Editorial Astrea, Bs. As., 1984, págs. 72/73).

De igual modo, afirma Bacigalupo (con citas concordantes de Stratenwerth, Kaufmann y Köhler en la doctrina alemana) que para garantizar la vigencia operativa del principio de culpabilidad es necesario un concepto "puro" de culpabilidad por el hecho. Ello impone que el juicio de culpabilidad relevante para determinar la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a las conductas anteriores al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad y al carácter del autor (Bacigalupo, Enrique: "Principios Constitucionales del Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 163).

Es que la reincidencia jamás logró "soltarse" de la idea de peligrosidad, especialmente del concepto de peligrosidad social moderno, introducido en la cultura penal de la mano de las doctrinas positivistas. Y fue precisamente en esa época (pasada la segunda mitad del siglo XIX) que las indicaciones y enseñanzas del pensamiento penal liberal fueron subvertidas por la regresión positivista que, junto a otras escuelas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, centraron gran parte de la política criminal en la relevancia y tratamiento de los tipos de autor, más que en los delitos.

Por ello, de modo muchas veces manifiesto y otras veces latente, el "reincidente" siempre fue considerado un "peligroso" y sancionado más gravemente: "... el reincidente es un delincuente de una naturaleza especial, tiene una manera singular de vivir y pertenece a una categoría determinada de ser humano. Las recaídas sucesivas lo hacen, en cierto momento, pertenecer a una clase social que siempre se ha llamado clase criminal o peligrosa...", escribía Adolphe Prins en 1910, para luego comentar las reformas legislativas que comenzaban a aparecer en Europa (Código Noruego de 1902, Acta de Prevención del Crimen -Inglaterra- 1908, Anteproyecto de Código Austríaco de 1910), regulando el instituto (Prins, Adolphe: "La defensa Social y las Transformaciones del derecho penal", Editorial Ediar, Bs. As., 2010).

No otro ha sido, por lo demás, el origen histórico del instituto en nuestro Código Penal.

En este sentido, cabe destacar que independientemente de la seriedad y prudencia de nuestro codificador -que lo llevó a sustraerse, en general, de la euforia positivista de la época, para abreviar en fuentes de distinta inspiración ideológica-, no puede omitirse, sin embargo, que fueron fundamentos directamente vinculados a la "peligrosidad" positivista los que alimentaron la regulación del instituto en nuestra legislación penal. Ya en el Código Tejedor, que tenía por base el Código para el Reino de Baviera de Anselm von Feuerbach, de 1813, aunque seguía también las

directrices de las leyes españolas, se la regulaba como agravante y el propio Tejedor explicaba que "... la reincidencia (...) tiene de común con la reiteración o acumulación de crímenes homogéneos, que la reiteración atestigua una perversidad más grande, una inclinación particular, y muchas veces un hábito del crimen que hace del culpable una persona peligrosa para la sociedad..." (nota al art. 179).

Del mismo modo, para los autores del Proyecto de 1891, la reincidencia debía conceptualizarse en forma amplia, puesto que ella revelaba profesionalidad en el delito y, con ello, mayor perversidad del sujeto. En la Exposición de Motivos afirmaban que "... en las reglas concernientes a la responsabilidad, se incluye la reincidencia entre los elementos capitales que, en general, los magistrados deben pesar y tener muy en cuenta para indagar la perversidad del culpable y determinar la pena que se le ha de infligir...". De esta manera -sostenían- se creaba una herramienta eficaz para controlar a los indisciplinados que, en los casos de multireincidencia, eran posibles de ser deportados. Se daba, pues, respuesta a los reclamos de Wilde -Ministro de Roca- que la había solicitado en 1883 para colonizar el sur.

La sanción del Código de 1921, que adoptó el sistema de penas y medidas, se realizó en pleno auge de la "Scuola Positiva italiana" lo que generó que fuera criticado por no acogerse de forma integral a la teoría de la peligrosidad o del estado peligroso. Sin embargo, en el punto, la Comisión entendió que la reincidencia era una circunstancia agravante, justa y legítima, ya que veía incrementada la "temibilidad" del autor del delito.

En suma, el repaso de los antecedentes legislativos del instituto pone en evidencia un oscuro origen, que se remonta -precisamente- a los albores del positivismo penal.

Pero, a despecho de la cita y antecedentes arriba relacionados, y con base en la Constitución nacional y Tratados Internacionales de igual jerarquía, el derecho penal del Estado de Derecho se apoya, entre otros y básicamente, en el principio del acto y la culpabilidad del autor por el acto cometido; conforme a sus postulados constitucionales la peligrosidad no es complemento ni alternativa a la culpabilidad, sino una condición personal que, más allá de su incierta y casi imposible determinación, constituye la negación misma de aquéllos y, precisamente por ello, es violatoria de esos postulados constitucionales, tal como lo ha expresado la jurisprudencia internacional ("Fermín Ramírez", C.I.D.H., del 20.06.2005) y la del más alto Tribunal del país ("Gramajo", Fallos:329:3680).

La peligrosidad y la reincidencia han sido y siguen siendo un modo de ser más que un modo de actuar; esto es, una manifestación pura del principio de autor y, desde esta perspectiva, más allá de que su -imaginada y nunca probada- utilidad represiva tiene una fuerte base cultural en la sociedad, debe ser invalidada a la luz de los imperativos constitucionales vigentes.

6. Por ello, y por los fundamentos ampliatorios que relacionaré "infra", me permito respetuosamente discrepar con el argumento expuesto en los precedentes "Gómez Dávalos" (Fallos:308:1938), "L'Eveque" (Fallos:311:1451) y más recientemente en "Gago" (Fallos:331:1099), en cuanto se intenta justificar la mayor pena en que "... el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos:308:1938) (y) ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos:311:1451)..." ("Gago").

De un lado, tal como expuse también en "Gamboa", entiendo que tal razonamiento resulta cuestionable, ya que cabe preguntarse si es posible integrar la consciencia de la antijuridicidad del segundo delito con el encierro cumplido por el primero o si, por el contrario, la consciencia de la antijuridicidad de uno y otro hecho son por completo independientes.

En segundo lugar, no puede omitirse que la culpabilidad supone un reproche personalizado por el injusto cometido; es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y ello es consecuencia y realización, a nivel sistemático, del principio de culpabilidad, que en su segundo nivel puede sintetizarse en la fórmula "no hay pena sin reprochabilidad". Se reprocha el hecho ilícito penal y no una supuesta o imaginada actitud de insensibilidad fundada

en el desprecio por la pena anterior, porque esa actitud -además de carente de toda comprobación concreta- no configura un injusto como base y objeto del juicio de reproche.

Es que al tomarse en consideración una circunstancia personal que es ajena al nuevo hecho, se realiza un reproche que excede el vínculo personal que debe reinar entre el injusto y su autor; y se introduce una categoría propia de un derecho penal de autor.

En tercer término, no resulta válido afirmar que el delito del reincidente es más culpable que el del primario (menos aún en un sistema de reincidencia genérica y no específica) porque, por lo general, puede ser -incluso- una fuente de menor culpabilidad, en tanto la anterior pena cumplida puede haber provocado un deterioro y una estigmatización que genere una reducción del ámbito de determinación y con ello del reproche graduable de culpabilidad.

Aun cuando -como se ha señalado- la postulación de una menor culpabilidad en caso de reincidencia no es nada novedosa, baste señalar, como sostiene Haffke que la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor conduciría, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada (Haffke, Bernhard: "Reincidencia y medición de la pena", en el libro "Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales", Bern Schünemann, Editorial Tecnos, 1991, pág. 185).

En cuarto lugar, aquel argumento deviene en una artificial construcción y no tiene en cuenta los datos de la realidad, en tanto aun de admitirse la actitud insensible y de desprecio no cabría más que concluir en el extremo opuesto: la realidad de la cárcel y del sistema penitenciario ponen en evidencia el contrasentido de aquella afirmación. Basta visitar una prisión o relacionar las distintas intervenciones de esta Corte Suprema de Justicia por vía de gobierno en orden a la realidad carcelaria para advertir que el argumento jurisprudencial no pasa de especulación idealista carente de todo sustento en la realidad operativa.

En quinto término, y como si todo lo anterior fuera poco, aun admitiendo hipotéticamente el pretendido razonamiento jurisprudencial, el mismo resultaría insostenible en autos, en tanto dicha argumentación no puede sólo invocarse sino que debe -necesariamente- demostrarse en el caso concreto; dicho de otro modo, para seguir el cuestionable razonamiento según el cual el delito del reincidente refleja un desprecio por la pena anterior que lo hace más culpable, la afirmación debería estar invocada, controvertida y probada en la causa, ya que no alcanza con su mera alegación, en tanto cualquier extremo imputativo gravoso no puede presumirse "iure et de iure", ni resultar como mera afirmación dogmática, ya que ello es incompatible con un derecho penal respetuoso de los principios constitucionales.

Téngase en cuenta que la culpabilidad integra el juicio imputativo penal que habilita el ejercicio del poder punitivo (pena y consecuencias gravosas como impedimento de la libertad condicional); por ello debe demostrarse (al igual que la acción típica y antijurídica); luego, si la libertad condicional se impide con base en un supuesto desprecio por la pena anterior cumplida que supone una mayor culpabilidad, el presupuesto de esa mayor culpabilidad debe acreditarse si con fundamento en ella pretende agravarse la pena.

Lo contrario es una presunción de culpabilidad constitucionalmente prohibida e implica -además- caer en el círculo vicioso de dar por probada la mayor culpabilidad por la sola circunstancia de la comisión del segundo delito (primera reincidencia), en cuyo caso obviamente recobran entidad todas las objeciones y cuestionamientos constitucionales; es que tal pretendido razonamiento lleva a una alteración inadmisibles de la estructura de la culpabilidad y, en especial, de la consciencia de la antijuricidad que debería integrarse -inauditamente- con la internalización de la actitud de desprecio por el encierro cumplido por el primer delito. Esta amorfa alteración no es más que la evidencia de que, en última instancia, se apela a una culpabilidad especial, propia del reincidente, extraña a los dos niveles que el principio de culpabilidad proyecta constitucionalmente y más bien vinculada a una condición o forma de ser, puesta de manifiesto por el desprecio a la prisión cumplida por el primer delito; es decir, una construcción artificial que nada tiene que ver con la exigencia constitucional de la culpabilidad

como uno de los filtros a la habilitación de pena.

Tanto es así que de suponerse que la mayor culpabilidad se evidencia con la comisión del segundo delito y que ello amerita el agravamiento de pena, de seguirse el razonamiento deberíamos llegar a la imposición del encierro por tiempo indeterminado, ya que en caso de segunda, tercera o cuarta reincidencia, el tercero, cuarto y quinto delito evidenciarían el cada vez mayor desprecio por las anteriores penas cumplidas. Como puede advertirse se trata de un razonamiento circular que, en verdad, se desbarata abruptamente con la jurisprudencia constitucional expuesta en "Gramajo" que, precisa y paradójicamente, tacha de inconstitucional el artículo 52 del Código Penal.

Por ello, me permito respetuosamente anticipar, tal como expondré "infra", que la argumentación sostenida en "Gómez Dávalos" y "L'Eveque", y mantenida en "Gago", luce contradictoria con la desarrollada en "Gramajo".

En sexto término, la argumentación que se objeta postula cierta inconsecuencia con distintos fundamentos sostenidos por esta Corte Suprema y por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, en el precedente "Lezama" (A. y S. T. 212, pág. 334) este Tribunal ha dicho que "... en un estado democrático, la ley debe ceñirse a los límites formales y materiales establecidos en la Constitución nacional y en los tratados, respetando la dignidad y autonomía ética del individuo. Dentro de ese marco, compete privativamente a la ley 'determinar' los actos conminados con pena, configurando, así, un derecho sancionatorio que sólo puede ser un 'derecho penal de acto', por lo que una regulación jurídica racional y apoyada sobre dichos basamentos constitucionales no puede sino atenerse a los poderes ordinarios de impulso y de contención de la voluntad humana...".

En similar tenor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en "Gramajo" que "... la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, 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. En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo..."; y que "... la pena (...) no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho...", debiendo "... guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales..." (Fallos:329:3680, considerandos 18 y 19).

Por lo expuesto y fundamentado, estimo haber dado razones suficientes para marginar la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuesta en los precedentes "Gómez Dávalos", "L'Eveque" y "Gago".

7. A mayor abundamiento, no puede omitirse el fundamento dado por el Poder Ejecutivo al enviar la reforma de la ley 23057 respecto a la reincidencia: "... si la reincidencia debe permanecer en el Código penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial..." (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 12.01.1984, citado por Zaffaroni, Eugenio R.; Sal Illargués, Benjamín, en su comentario a los artículos 50/53 en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Baigún y Zaffaroni, Editorial Hammurabi, 2a. edición, Bs. As., 2007, tomo 2A, pág. 346).

Ninguna duda cabe que en la perspectiva legal el sistema de reincidencia real, instaurado por la reforma normativa, se fundamentó en la doctrina de la insuficiencia de la pena cumplida desarrollada por el maestro Carrara.

En este sentido, la agravación de la pena con motivo de la recidiva se vincula al fracaso del tratamiento penitenciario de quien ha sido efectivamente privado de libertad.

Y nuevamente cobran vigencia los cuestionamientos desarrollados en el punto 2, en tanto ese fracaso estatal del pretendido proceso resocializador es puesto a cargo del infractor (Zaffaroni y Sal Llargués, op. cit., pág. 344); esto es, el conocido déficit del estado en la implementación de adecuadas políticas penitenciarias en el tratamiento y la consecuente carencia de medios, es atribuida y cargada sobre el reincidente, lo que resulta irrazonable.

Es que lo único claro que indica la nueva infracción, es el fracaso de los instrumentos de motivación utilizados por el estado durante la ejecución de la primera pena, por lo que resulta ilógico suponer que la situación mejorará incrementando la segunda pena. Lo congruente sería, en todo caso, cambiar el remedio y no aumentar la dosis de prisión (Righi, Esteban y Fernández, Alberto, "Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena", Editorial Hammurabi, Bs. As., 1996, pág. 506).

En cualquier caso, también en la tesis carrariana (y a modo de inevitable círculo vicioso) un efecto o consecuencia de la pena cumplida por el primer delito es objeto de valoración para agravar la pena del segundo.

En síntesis, los pretendidos argumentos validantes no dejan lugar a dudas: o se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida o se castiga la personalidad peligrosa del autor.

8. Lo expuesto no impide además señalar el reparo que la supresión, por vía aplicativa, de la libertad condicional proyecta en orden al principio de proporcionalidad de la pena, en tanto ésta ya no sería proporcional a la gravedad del hecho como tampoco a la culpabilidad del autor.

Va de suyo que la mayor respuesta penal no deviene como consecuencia de la gravedad del injusto, ya que el grado de afectación del bien jurídico no depende de los antecedentes que detenta el condenado, que precisamente son fundamento del incremento de la punición.

Pero tampoco guarda relación con la culpabilidad, en tanto, más allá de las pretendidas ficciones legitimantes, no se reprocha lo que la persona ha hecho, sino una actitud o condición de su personalidad.

Como afirma Mir Puig "... en un derecho penal respetuoso del fuero interno, la agravación de la pena no puede ser fundada en una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, y que en general viene acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria..." (Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", pág. 654).

9. En orden al argumento según el cual la libertad condicional es de raigambre legal (no constitucional) pudiendo el legislador delimitar -a través de la distinción entre reincidente y no reincidente-, la procedencia del instituto dado que la idea de ponderar un "dato objetivo y formal" no resulta ajena a la sistemática del código, cabe advertir que se trata de un fundamento sólo aparente y, por cierto, inconsistente.

Conforme a la opción valorativa que surge de las fuentes histórica, política y constitucional, la misión del saber jurídico penal no es la de reafirmar la vigencia de normas infraconstitucionales sino, por el contrario, la de reafirmar la vigencia constitucional y, en su caso, descartar o deslegitimar las normas o disposiciones de carácter "legal" groseramente paradójales o ineficaces o inconstitucionales. Esa opción valorativa no sólo condiciona al jurista sino, antes y principalmente, al legislador (imponiéndole renunciar a determinadas soluciones legislativas) y al juez (como responsable de la interpretación y aplicación de la ley conforme a Constitución).

Por ello, agravar la pena con fundamento en la reincidencia apelando a una aparente analogía entre diversos beneficios legales (por ejemplo, la condenación condicional o la suspensión del juicio a prueba) para sostener que en todos los casos se trata de institutos de base legal en los que el legislador opta por condicionar su otorgamiento a determinados requisitos es eludir el problema, sacarlo de contexto; ello es así, en tanto jamás pueden

parangonarse beneficios legales que no restringen garantías constitucionales con otros cuyo impedimento -por caso, en función de la reincidencia- suponen una restricción de derechos con base en el desconocimiento liso y llano de esas garantías. Que el legislador someta a condiciones la posibilidad de suspensión del juicio a prueba no contradice la Constitución nacional (por lo demás se trata prácticamente de un criterio de oportunidad cuya viabilidad refiere siempre a un inocente); de igual modo, que exija dentro de cierto lapso temporal que se trate de primera condena para que proceda la condicionalidad es un beneficio y no una restricción de derechos incompatible con principios y garantías constitucionales. Pero que regule, bajo ciertas condiciones, el beneficio de la libertad condicional para luego neutralizarlo no por ausencia de esas condiciones sino por la calidad de reincidente es algo por cierto muy diverso, al suprimirse un beneficio legal por derivación de un hecho anterior ya juzgado y penado, en grosera afectación del principio de culpabilidad y la prohibición de doble persecución y castigo. Ese es el problema y a ese problema no se da respuesta con aquella comparación. El legislador puede condicionar beneficios legales a favor del imputado o el condenado siempre y cuando esas condiciones no se sustenten en una lesión constitucional; dicho claramente, no puede condicionarse el beneficio a un requerimiento negativo inconstitucional (que no sea reincidente).

10. En suma, entiendo que ninguna de las justificaciones que se han ensayado para sustentar la agravación de la pena por reincidencia resultan constitucionalmente admisibles y que deviene aplicable a la cuestión el razonamiento efectuado por el Máximo Tribunal nacional en relación a la multireincidencia en el precedente citado.

De este modo, estimo que la doctrina legitimante se encuentra -independientemente de la teoría que se siga- ante una disyuntiva de hierro: o bien admite que la pena más estricta se aplica por el último hecho cometido, en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad -y de culpabilidad por el acto-, o en cambio sostiene que el plus de pena que implica la mayor rigurosidad del tratamiento penitenciario se impone atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, caso en el cual resultaría irrefutable que se estaría penando al imputado dos veces por los mismos hechos (Fallos:329:3680, considerando 21).

En consecuencia, tal como se ha objetado desde el pensamiento penal liberal del siglo XIX, la agravación de la pena por efectos propios de un delito anterior o su pena no es más que una nueva pena por el mismo delito, que viola la prohibición de doble punición y afecta el principio de culpabilidad. Y ello ocurre cuando se priva de la libertad condicional sólo porque el condenado cumplió una pena anterior, en tanto dicha prohibición implica agravar la pena del segundo delito por efecto de un delito ya juzgado y de una pena ya cumplida.

11. A mayor abundamiento, no puede dejar de mencionarse que la prohibición de acceder a la etapa de libertad condicional para quienes han sido declarados reincidentes resulta además irrazonable a la luz de una interpretación sistemática de la misma parte general del Código Penal.

En este sentido, sabido es que el artículo 52 de tal digesto normativo prevé la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena para los casos de multireincidencia que regula. Y que tal pena fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (precedente "Gramajo", Fallos:329:3680) y por esta Corte.

Precisamente, este Tribunal sostuvo, con cita de tal fallo del Máximo Tribunal nacional que "... la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple ('ne bis in idem') y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas de manera expresa o por derivación en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inciso 22 de nuestra ley

fundamental, entre los que cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" (Fallo "Noguera", A. y S. T. 217, pág. 299).

No requiere demasiado esfuerzo advertir que el razonamiento de este Tribunal en el mencionado precedente apeló, como fundamentación, a principios constitucionales derivados del mandato de legalidad (culpabilidad y proporcionalidad) y de acto (derecho penal de acto y prohibición de "bis in idem"), de modo que ese mismo razonamiento (que invalida la reclusión por tiempo indeterminado para el multireincidente, como manifestación de un derecho penal de autor y afectación al "non bis in idem"), por razones de coherencia y consistencia, resulta directamente trasladable al supuesto de autos. Lo contrario supone variar, sin razón atendible, una lógica de motivación sobre institutos, cuya naturaleza histórica y función no admiten demasiadas diferencias.

No está de más recordar que el derecho penal basado en el principio del acto se limita a definir y prohibir hechos y a reprochar y penar el hecho cometido; no busca enemigos, ni reprocha la personalidad o carácter.

Pero además, aun admitiendo la validez de la doble punición (es decir, el impedimento de libertad condicional al reincidente como consecuencia de su condición), jamás podría negarse -en esa lógica- el valor residual de la libertad condicional del artículo 53 del Código Penal.

En efecto, tal artículo prevé que "... transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad...", y que aún de revocarse la libertad condicional por violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13, podrá solicitarla nuevamente "... después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario (...) en los casos de los incisos 1°, 2°, 3° y 5° del artículo 13...".

Es decir, la misma ley penal que impide la libertad condicional para quien ha sido declarado reincidente la habilita para el multireincidente (a quien se le aplique la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado), de manera tal que se inviabiliza para quien ha reincidido una vez y se admite para quien lo ha hecho en múltiples oportunidades, presentándose una situación de notoria irracionalidad que determina la necesidad de efectuar una exégesis razonable que armonice las mencionadas disposiciones legales (arts. 14 y 53, C.P.) y que resulte acorde con el principio "pro homine" que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal -cfr. criterio expuesto por la C.S.J.N. en el precedente "Acosta", Fallos:331:858-, por lo cual cabe concluir que incluso una interpretación sistemática llevaría a considerar cancelado el requerimiento negativo previsto en el artículo 14 del Código Penal.

12. Con base en todas las consideraciones expuestas, estimo que la prohibición de acceso a la etapa de libertad condicional como consecuencia de la reincidencia no puede ser admitida a la luz de los principios, derechos y garantías superiores antes mencionados, correspondiendo en consecuencia declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal.

La negación de la libertad condicional al reincidente es una evidente agravación de la pena ya que si bien está referida a la ejecución, nadie puede negar seria y razonablemente que cumplir una pena preso es más grave que cumplirla en libertad.

Por ello, debe declararse la invalidez constitucional del impedimento por violación al principio de culpabilidad, al principio de derecho penal de acto, al principio de prohibición de doble punición ("non bis in idem") y al principio de proporcionalidad de la pena, todos los cuales

aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas de manera expresa o por derivación en los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el artículo 75, inciso 22 de nuestra ley fundamental, entre los que cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7).

13. La Sala a quo, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Herrera (contra el auto que rechazó su libertad condicional por ser reincidente), inició su razonamiento postulando que la prohibición prevista en el artículo 14 del Código Penal no viola derecho constitucional alguno, afirmando expresamente al respecto que "... la consideración del carácter de reincidente de un penado para denegar la libertad condicional no es de por sí inconstitucional, por cuanto la historia precedente del interno puede contar con justificada trascendencia para dirimir la concesión o denegación del derecho..." (f. 19 del expte. 1499/09, Incidente de Libertad Condicional).

Se advierte por ende con claridad que la fundamentación del Tribunal partió de admitir la validez de una norma que estimo debe ser declarada inconstitucional por los argumentos dados, por lo cual entiendo que el fallo impugnado no puede ser convalidado en esta instancia.

14. Sin perjuicio de todo lo expuesto, no puede dejar de señalarse que las consideraciones efectuadas por la Cámara en relación a la diferenciación que cabe realizar en la ejecución de la pena en virtud de la índole del delito por el cual fuera condenado el imputado (abuso sexual con acceso carnal) no pueden ser tampoco admitidas.

Ello es así, teniendo en cuenta que el fin de la pena privativa de libertad -más allá de las teorías doctrinales existentes sobre la cuestión y de la posibilidad real de concreción de alguna finalidad preventiva- debe ser según las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos en todos los casos la resocialización del penado (arts. 75 inc. 22 C.N., 5.6 C.A.D.H y 10.3 P.I.D.C.P.).

En ese marco, la ley de ejecución de la pena privativa de libertad estableció un sistema progresivo para alcanzar tal objetivo (art. 6, ley 24660), siendo la libertad condicional justamente uno de los períodos previstos legalmente (arts. 12, 28 y 29, ley 24660). Es por ello que la supresión de la posibilidad de que el interno acceda a tal etapa sólo resulta aceptable cuando existe una causal legal que lo habilite, y ello siempre y cuando la restricción no violente norma constitucional alguna.

En consecuencia, resulta infundada la alusión a que Herrera fuera condenado por abuso sexual con acceso carnal. En efecto, si bien el artículo 14 del Código Penal en su actual redacción y el artículo 56 bis de la ley 24660 prevén excepciones al régimen progresivo para determinados delitos que tienen como consecuencia la muerte de la víctima -y más allá de la constitucionalidad de tales normas que no cabe aquí analizar- no existe disposición legal alguna que justifique el tratamiento diferenciado (sin libertad condicional y según pareciera desprenderse del razonamiento de la Sala sin poder gozar tampoco de salidas transitorias) para las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 119 del Código Penal. Es por ello que entiendo que las argumentaciones efectuadas por la Cámara al respecto no resultan derivación razonada del derecho vigente, resultando por ende asimismo inadmisibles.

15. Finalmente, y puntualmente en relación a las supuestas lesiones que habría sufrido Herrera durante la ejecución de la pena, y que el A quo entendió "... pueden derivar de situaciones comprometidas...", estimo que asiste razón a la impugnante en cuanto al respecto alegara que no existen pruebas directas o indirectas que demuestren que son producto de algún tipo de actividad delictiva por parte del interno.

En efecto, según surge de las constancias de la causa y en relación a la primera de ellas (f. 55 del expediente de ejecución 203/05), si bien ocurrió durante una salida transitoria, el penado explicó razonablemente las circunstancias en que sufrió la misma, afirmando que se produjo mientras estaba trabajando en el carro de su padre por la rotura de un resorte elástico (f. 57 del expediente de ejecución 203/05), sin que exista indicio o prueba alguna que permita

descreer de su versión.

Respecto de la segunda (f. 61 del expediente de ejecución 203/05), se trató de una herida en el dedo índice izquierdo producida en el taller de carpintería mientras cortaba una madera con la sierra circular, por lo cual no se vincula con su conducta durante las salidas transitorias.

Y en tercer término, si bien en la resolución recurrida se mencionan también las fojas 69 y siguientes del expediente de ejecución 203/05, en realidad en ellas no consta ninguna lesión sufrida por Herrera, sino que se agregan allí informes médicos vinculados a las afecciones que padecían sus padres (Juana Mercedes Bracamonte y Nemesio Victoriano Herrera) que justificaron el cambio de modalidad de las salidas transitorias de la forma "con tuición familiar" a la de "bajo palabra de honor".

En conclusión, la invocación de las lesiones padecidas por Herrera durante la ejecución de su pena a los fines de convalidar la denegación de la libertad condicional tampoco se compadecen con las constancias de la causa, ni pueden ser por ende ratificadas en esta instancia.

16. Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde la anulación del pronunciamiento impugnado y la remisión de la causa al subrogante legal para que resuelva nuevamente la cuestión -es decir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que rechazó la libertad condicional a Herrera por ser reincidente- prescindiendo de la norma que en el caso concreto aquí se estima inconstitucional (art. 14 C.P.) y de conformidad a las pautas antes desarrolladas.

Como consecuencia de todo lo expuesto, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

1. En primer lugar, y a los efectos de esclarecer la cuestión venida a resolución por esta Corte, no pasan desapercibidas las implicancias y proyecciones que tiene el instituto de "la reincidencia" sobre: a) la determinación de la pena (art. 41, C.P.); b) la posibilidad de imponer la accesoria por tiempo indeterminado (art. 52, C.P) de la cual ya se ha pronunciado el Máximo Tribunal en el precedente "Gramajo"; y c) la prohibición de la libertad condicional (art. 14, C.P.).

Mas lo cierto es que el presente caso se circunscribe a este último aspecto, respecto del cual se ceñirán las siguientes consideraciones.

2. En efecto, si bien la libertad condicional surgió -en nuestro país- como un "sistema de gracia" con el Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor (1865/1866) y el Código Penal de 1886 (Moreno, Rodolfo (h): "El Código Penal y sus antecedentes", H.A. Tommasi Editor, Bs. As., 1922, tomo II, págs. 66/68). Desde los proyectos de 1891 y 1906, la concesión de la libertad condicional, como beneficio del condenado al cual tiene derecho a reclamar, se vinculó estrictamente a "la observancia de los reglamentos carcelarios", requisito que fue plasmado en el Código Penal de 1921 y que se mantiene, aún hoy, en nuestro artículo 13 del Código Penal. Luego, en el proyecto de código de 1906, se incorporó la reincidencia como obstáculo para la concesión de la libertad condicional, plasmándose en el texto del Código Penal de 1921 con el auge del positivismo criminológico y manteniéndose literalmente en el artículo 14, primera parte, del Código Penal, que establece "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes".

En punto a esta prohibición legal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en 1988 sosteniendo que el artículo 14 no violentaba el principio de igualdad ni el "non bis in idem", en los precedentes "Valdez" y "L'Eveque" (Fallos:311:552; 311:1451). Afirmando, en apoyo de su postura, que "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 aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso" (Fallos:311:1451).

Cierto es que el Máximo Tribunal, en su actual composición, en referencia a la reincidencia y sus implicancias en la cuantificación de la pena, sostuvo en el precedente "Gago"

(Fallos:331:1099) -en voto mayoritario y con remisión al dictamen del Procurador General- que no resultaba irrazonable que dicha cuantificación tomara en cuenta los antecedentes penales, remitiéndose a los precedentes "Gómez Dávalos" y "L'Eveque" en cuanto entendieran que "el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos:308:1938). Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos:311:1451)".

3. Ahora bien, la presente causa -como se dijo al inicio- gira en torno a la prohibición legal del artículo 14 del Código Penal y en este aspecto entiendo que cualquiera haya sido la concepción que a través del tiempo podría haberse sostenido del instituto de la libertad condicional y del alcance que literalmente podría desprenderse del texto del artículo 14. Tal entendimiento, hoy no puede ser establecido al margen de las proyecciones de las máximas convencionales de los artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen como imperativo que las penas privativas de libertad conlleven el menor efecto desocializador y deteriorante posible, favoreciendo la reinserción social de los condenados (cfr. art. 75, inc. 22, C.N.).

Conforme lo expuesto, entiendo que la denegación de las peticiones de libertad condicional, por la sola circunstancia de contar con una declaración de reincidencia, podría configurar un trato desigual e infundado vedado por nuestro bloque constitucional. Atento las máximas convencionales de prevalencia citadas, que imponen como finalidad de la ejecución de la pena la "reinserción social", que debe alcanzar a mi entender -sin distinguos- tanto al primario como al reincidente.

4. No obstante lo señalado en precedencia, y en las concretas circunstancias de la causa, adelanto que no ha sido, en el caso, "la reincidencia" la que fuera tenida en cuenta por la Alzada para denegar la libertad condicional.

En efecto, la Cámara inició sus consideraciones reflexionando que no debía aplicarse lisa y llanamente la prohibición del artículo 14 del Código Penal, cuando el servicio penitenciario había evaluado positivamente la reinserción social del interno y venía concediéndole sucesivas salidas transitorias que el condenado cumplía sin infracción alguna. Desde tal perspectiva, consideró el Tribunal que no resultaba de por sí inconstitucional la prohibición del artículo 14. No obstante ello, señaló luego que la "denegatoria de la libertad condicional" podía fundamentarse en la errónea o deficiente concesión de las salidas transitorias precedentes, como sucedería en los casos de pronóstico negativo de reinserción social, concepto deficiente del interno o delincuente sexual compulsivo que no hubiere sido sometido a un tratamiento específico con obtención de un resultado favorable (vide, f.19 expte. 1499/09, Incidente de Libertad Condicional).

Puntualizando la Sala que en el caso de Herrera, su situación se enmarcaría en la hipótesis enunciada en tercer término, por cuanto el interno había sido condenado también por el delito de abuso sexual con acceso carnal sin que conste el tratamiento específico realizado y los resultados a los cuales arribara la terapia impartida. Bien que agregando, que en diversas salidas el interno había regresado con lesiones (vide, f. 19, expte. 1499/09, Incidente de Libertad Condicional).

5. Pues bien, señalado lo que antecede y a estarse a foja 19, se colige el vicio de autocontradicción y falta de fundamentación por parte de la Alzada, por cuanto contando Herrera con un cúmulo de informes favorables y progresivos (fs. 21, 23/25, 27, 33, 34; Expte. N° 203/05) incluso con conducta y concepto ejemplares y cumplimentando con las salidas transitorias (fs. 38, 48, 52, 54, 59, 65; Expte. N° 203/05); a estarse al razonamiento explicitado por la Sala, la resolución que en un sentido lógico podía derivarse de ello, no era otra: que la concesión de la libertad condicional.

6. En el caso, nos encontramos ante una disyuntiva, la de saber cuál es en sustancia el razonamiento que apuntala el decisorio impugnado. Pues la referencia del delito sexual habría resultado decisiva para exigirle a Herrera una constancia especial: relativa a un "tratamiento

específico", entendiéndose que no constaba en autos.

Y es entonces, que si en el criterio sentado por la Sala la libertad condicional puede otorgarse si se evalúa positivamente la reinserción social del interno, la denegatoria de la libertad condicional a Herrera resultaría contradictoria con la propia fundamentación normativa (arts. 75, inc. 22 C.N., 10.3 P.I.D.C.P., 5.6 C.A.D.H., así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y siguientes-) que dice asumir y que refiere sus propios precedentes. Pues a estarse a las constancias de la causa citadas (fs. 21/25, 27, 33/34, 38, 48, 52, 54, 59, 65, Expte. N° 203/05), los informes del penado acreditarían sobradamente el cumplimiento estricto de los reglamentos carcelarios, gozando el interno con concepto y conducta, calificada como ejemplar, conforme los términos de la ley penitenciaria (arts. 101 y 104, Ley 24660), aspectos éstos que la Cámara omite invalidar o cuestionar.

En efecto, si se admitiera por hipótesis que el razonamiento normativo de la Sala es el que surge del criterio explicitado, se daría el caso que en el "sub lite" la resolución denegatoria habría sido dictada con autocontradicción, falta de fundamentación y apartamiento de las constancias de la causa.

Nótese en tal sentido, que la Cámara quiebra su discurso y se desvincula de su razonamiento principal, que atara la concesión de la libertad condicional a los informes positivos de reinserción social y prescinde de dichos informes (vinculados a la observancia del orden, disciplina y convivencia dentro del establecimiento penitenciario) para denegar la concesión de la libertad.

Y es de los términos del decisorio impugnado, que no se explicita motivación ni aval jurídico que sustente las referencias citadas genéricamente por la Sala, cuando señalara que Herrera fue condenado "también" por un delito de abuso sexual con acceso carnal sin que conste tratamiento específico realizado y enmarcándolo en la hipótesis del tercer supuesto, que hacía referencia a los "delincuentes sexuales compulsivos"; sin fundamentar en modo alguno, que fuera Herrera uno de ellos y exigiéndole una constancia especial relativa a un "tratamiento específico".

Tratamiento específico, cuya exigencia omite fundar normativamente, en modo tal, de configurar una excepción a su propia regla, que lo torne condicionante para denegar la libertad condicional. Más cuando -como se señalara- constan informes de conducta y concepto ejemplar; y la realización de un tratamiento psicológico en el Hospital Provincial de Rosario (vide, fs. 45/46/47/51) y un único informe psicológico (f. 29/30) previo a la incorporación al período de prueba indicándose las condiciones socio-ambientales del encartado, que no guardarían diferencia significativa con la de los otros internos.

Desde otra perspectiva, y a mayor abundamiento, considero que si por hipótesis se argumentara que la exigencia de "tratamiento" resultara condicionante para lograr Herrera su libertad, no obstante contar con informes positivos. Ello significaría entonces, partir de considerar al interno como un "enfermo, pasible de cura", para lo cual y en todo caso, otras son las disposiciones legales que hubieran correspondido aplicar.

7. Finalmente, en punto a las supuestas lesiones sufridas por Herrera durante las salidas transitorias, comparto y hago propios los fundamentos vertidos por el señor Ministro doctor Erbetta en el punto 15.

8. Por lo expuesto, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Más allá de los argumentos desarrollados por la Cámara para fundar la denegación de la libertad condicional, entiendo que -de conformidad a lo postulado por los representantes del Ministerio Público actuantes en el incidente- la prohibición estatuida en el artículo 14, primera parte, del Código Penal impide el otorgamiento de la libertad condicional requerida por Gerardo Gabriel Herrera.

Si bien dicha norma fue tachada de inconstitucional, la tesis que acepta la compatibilidad de dicha prohibición con la Ley Fundamental encuentra sustento en la jurisprudencia del Máximo Tribunal y de Tribunales inferiores que han seguido su línea (cfr. Cámara Nacional de Casación

Penal, Sala I, "Fernández, Carlos" del 10.09.2007 en Lexis N° 70044158; Sala II, "Soto Norambuena" del 06.10.2003 en L.L. 2004-D, pág. 564; Sala III, "Reina" del 29.09.2009 y Sala IV, "Benedetto" del 21.09.2009, estos últimos dos fallos publicados en el sitio www.cij.gov.ar.

La Corte federal en "Gómez Dávalos" (Fallos:308:1938) sostuvo que "el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese 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".

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (Fallos:311:1451).

Estos razonamientos fueron recientemente reiterados -en sustancia- por el Máximo Tribunal en "Gago" (Fallos:331:1099).

2. Si bien ninguno de los cuestionamientos desarrollados por la impugnante alcanza para negar la constitucionalidad de esta prohibición, vigente desde antaño, la seriedad de su argumentación impone detenerse en ellos.

2.1. En relación a la presunta violación al "non bis in idem", cabe recordar que la Corte nacional dijo que: "el principio constitucional enunciado (...) prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en nueva infracción criminal" ("Valdez, Enrique Carmelo", Fallos:311:552).

Sobre aquella crítica, Bidart Campos enseñaba que la libertad condicional es un instituto de raigambre legal pero que no tiene origen directo en la Ley Fundamental. Expresaba que si el legislador podía establecerla o no, podía determinar razonablemente los requisitos para su acceso.

En ese contexto -siendo que el derecho a la libertad condicional podría no existir a nivel legal-, el destacado autor se preguntaba agudamente si era irrazonable que la ley discriminara entre el reincidente y el no reincidente. Al tratarse de un derecho no automático que cada Tribunal debe evaluar ante las circunstancias concretas, respondía que el legislador tiene una opción posible para delimitar con ese requisito la procedencia del instituto (cfr. Bidart Campos, Germán, "Libertad condicional y Reincidencia" en E.D. T. 118, pág. 146, y "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Editorial Ediar, Bs. As., 1995, tomo II, págs. 241 y 242; se expedía en igual sentido Enrique García Vitor en la obra de Carlos Creus: "Derecho Penal -Parte General", Editorial Astrea, 4a. edición actualizada y ampliada, Bs. As. 1996, págs. 504 y siguientes).

En esa línea, puede considerarse que la idea de ponderar un "dato objetivo y formal" no aparece ajena a la sistemática del Código Penal: así, para acceder a la condena condicional, debe tratarse de la primera condena (vale decir verificar que no exista una condena condicional precedente en los plazos legales), o también piénsese en los requisitos para la suspensión del juicio a prueba; todos estos institutos fueron elaborados para los primarios o presuntos primarios. Mas siguiendo el razonamiento que se pretende imponer deberían extenderse sin más a todos los acusados de injustos punibles.

Así lo entendió la Corte nacional cuando -en relación a la condena condicional- postuló que ésta "tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional" (cfr. Fallos:329:3006, considerando 7).

De esta cita se infiere, sin mayor esfuerzo, que se encontró aceptable constitucionalmente la distinción entre primarios y no primarios; mientras que para la tesis de la inconstitucionalidad de la prohibición de la libertad condicional a los reincidentes, la consideración de ese dato

anterior también inexorablemente resultaría "bis in idem" por resultar una situación más gravosa para quien se encuentre en ella.

En definitiva, se permite -conforme la jurisprudencia de la Corte federal en razonamiento que comparto- la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad -en el marco del art. 41 del C.P.- y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas, sin ver en ello una violación al "non bis in idem" (Fallos:329:3680, voto del señor Ministro doctor Petracchi, considerando 14), siempre que tal análisis se de en el marco del cumplimiento de una pena cuyo fundamento sea la culpabilidad del condenado, dentro de la escala legal respectiva (en idéntico caso, voto del señor Ministro doctor Fayt, considerando 25).

2.2. En un afín orden de ideas, también se ha argumentado que en rigor la reincidencia debería computarse a favor del penado.

Si bien tal tesis encuentra razones, lleva a una curiosa paradoja en la materia analizada: se le debería otorgar un tratamiento más favorable a aquellos que cumplen determinados requisitos, especialmente la comisión de un delito previo (art. 50 y concordantes del Código Penal); lo que significa, en definitiva, un tratamiento más perjudicial para quienes no son reincidentes, fundándose esa disparidad, precisamente, en la condición de primarios.

2.3. Otra seria crítica a la prohibición estatuida la constituye la posible violación a los artículos 18 de la Constitución nacional, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta última disposición reza: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". Al analizar esa cláusula, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Fermín Ramírez contra Guatemala" (del 20.06.2005) sostuvo que "la introducción en el texto penal 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".

Recuérdese que se trataba de un condenado a muerte en función de un texto legal (art. 132 del Código Penal de Guatemala) que la disponía en caso de asesinato "si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente".

Para fundar esa conclusión, la Corte Interamericana evaluó que "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", agregando que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado".

Es decir, existía una condena a muerte por haberse revelado -según los tribunales nacionales- una "mayor particular peligrosidad del agente", prevista en la descripción del tipo penal.

Entretanto, la Corte federal, tomando en cuenta ese antecedente, descalificó en el plano constitucional y convencional la multireincidencia y la pena prevista en consecuencia (art. 52 del C.P.). Mas lo hizo advirtiendo que el objeto de análisis era su aplicación conjunta y en forma independiente del tiempo individualizado por el último hecho consistente en reclusión por tiempo

indeterminado (considerando 29 de "Gramajo", Fallos:329:3680).

Considero que esa jurisprudencia que delimita el contorno del llamado derecho penal de acto no puede trasladarse acriticamente para fulminar por irrazonabilidad la legislación argentina sobre prohibición de libertad condicional a los reincidentes. Refuerza esa inteligencia el precedente "Gago" (Fallos:331:1099) ya citado en donde -con posterioridad a "Gramajo"- se admitió la validez constitucional de la reincidencia.

Como se ha sostenido en la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala IV, in re "Bendetto" ya citado, voto del doctor Diez Ojeda) "una cosa es la severidad en el cumplimiento de la pena -lo que ocurre cuando se declara al responsable de un delito reincidente-, lo que no es inconstitucional (...) Y otra es la imposición de una pena conjunta que denota una prolongación -indebida, por cierto- del tiempo de pena individualizado por el hecho por el que recae una condena, lo que ocurre al imponer la pena prevista en el art. 52 del C.P., en los casos de multireincidencia".

En sintonía con esa argumentación, comparto plenamente las didácticas apreciaciones de Carrió: "La ley penal, es sabido, tiene antes que nada un mensaje disuasorio. El estado apela a su herramienta más poderosa, la pena, para persuadir a los habitantes de que no se embarquen en conductas antisociales graves". Agrega que "El Estado no quiere que sus habitantes delincan, y menos aún quiere que reincidan en la delincuencia. Y si la consecuencia para el reincidente es no gozar de beneficios que se le acuerdan a los primarios (al igual que si esa consecuencia fuera cumplir su pena en establecimientos especiales, con distintos regímenes de visitas) la explicación de ese tratamiento más grave hay que buscarla en la propia conducta del interesado..." (Carrió, Alejandro: "Garantías constitucionales en el proceso penal", Editorial Hammurabi, 5a. edición, 2da reimpresión, Bs.As., 2008, págs. 611 y 612).

No se reprime a la persona por lo que es en violación al artículo 19 de la Constitución nacional, sino por lo que ha hecho.

2.4. Menos aún puede pensarse que en el caso se esté configurando una pena cruel o inhumana o desproporcionada.

En concreto, adviértase que estando en libertad condicional, Gerardo Gabriel Herrera cometió robo y abuso sexual con acceso carnal lo que determinó una pena de diez años de prisión, habiéndose arribado a una unificación de la pena en dieciséis años de prisión y a la revocación de su libertad condicional (cfr. fs. 221/229v. de los autos 365/2005, agregados por cuerda).

En el cumplimiento de la pena unificada es que solicita la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal (fs. 1/2v. del expediente 1499/2009).

Considérese también que el penado fue incorporado al régimen de salidas transitorias en la modalidad prevista en el artículo 16 de la ley 24660 (cfr. f. 38 de los autos 203/2005) y eventualmente podría obtener -en su caso y ante quien corresponda- la libertad asistida que permite el egreso anticipado del establecimiento carcelario aun para reincidentes (art. 54, ley 24660).

3. Ciertamente, podría pensarse en un régimen distinto de libertad condicional y, en general, de la ejecución de la pena privativa de libertad también compatible con la Constitución nacional, mas ello es materia exclusiva del Poder Legislativo en el ámbito de sus atribuciones.

Sobre todo si se repara en que ese Poder no se desentendió de las finalidades previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ostentan jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.). No sólo en sus objetivos declarados (cfr. art. 1 ley 24660) sino también, entre otras, en las previsiones del mencionado artículo 54 y de los artículos 35 y 36 de la ley 24660 (cfr. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, "in re" "Cayo, Gustavo" del 22.06.2006, en La Ley Online, AR/JUR/4667/2006).

En ese marco, cobra especial resonancia la inveterada jurisprudencia que considera la declaración de inconstitucionalidad como un acto de suma gravedad institucional, ya que las

leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (conf. Fallos:316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros; A. y S., T. 128, pág. 52; T. 161, pág. 290).

Y la no menos relevante directiva constitucional atinente a que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad, pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos:306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros).

4. Sentado lo que antecede, entiendo que la Cámara luego de reconocer la constitucionalidad de la reincidencia debió atenerse sin más a la clara prohibición estatuida en el artículo 14 del Código Penal.

Más aún teniendo en cuenta que el Máximo Tribunal aclaró que la ley "ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial" (considerando 6 de Fallos:308:1938), sin tolerar el deslinde de situaciones que tampoco la norma hace.

En consecuencia y por los fundamentos expuestos, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto resulta improcedente.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión el señor Ministro doctor Spuler y el señor Presidente doctor Gutiérrez expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Netri y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Jukic dijo:

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme respecto a similar pretensión a la de la recurrente (Cámara Penal de Rosario, Sala IV -Acuerdo n° 23 T°:III, F°:406 de fecha 17.02.2006 in re "Espinoza, Alfredo Damián s/ tentativa de robo simple"; Auto n° 199, T°:VII, F°:111 de fecha 02.07.2007 in re "Mendez, Raúl Osvaldo s/ libertad condicional", y varios otros), resolviéndola de modo adverso al pedido.

En tales precedentes expresé con argumentos desarrollados en la misma línea de los que informan el voto del señor Ministro doctor Netri, que la norma del artículo 14 del Código Penal no merece reparos de orden constitucional, y que si la disposición que impide el otorgamiento de la libertad condicional al reincidente no es inconstitucional -como no lo es y el propio tribunal A quo lo admite- su aplicación deviene insoslayable.

Los notables progresos que se reseñan como logrados por el condenado en su tránsito por el sistema penitenciario, a mi juicio encuentran adecuada consideración en los variados beneficios contemplados en la ley 24660 que se hallan a su disposición, uno de los cuales -salidas transitorias bajo palabra de honor- según se afirma se le concedió, el que puede ser aumentado incluso en el futuro hasta el tope previsto en el artículo 16 inciso 1° c) de la ley de ejecución, ello sin perjuicio de la eventual aplicación de otros institutos morigeradores y de la liberación anticipada previstos en la misma. No puede pues afirmarse que una liberación total sea el único "premio" razonable que puede otorgarse a un penado que alcance los progresos que aquí se informan logrados.

Como puede apreciarse de lo precedentemente expresado, comparto las apreciaciones volcadas en el voto del señor Ministro doctor Netri y por lo tanto adhiero al mismo postulando una respuesta negativa al interrogante planteado en esta cuestión, al ser improcedente el recurso intentado.

Voto, pues, por la negativa.

A la tercera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Así voto.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi, los señores Ministros doctores Netri y Spuler, el señor Presidente doctor Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Jukic dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente, los señores Ministros y el señor Juez de Cámara, por ante mí, doy fe.

FDO.: GUTIÉRREZ ERBETTA(en disidencia) GASTALDI(en disidencia) JUKIC NETRI SPULER FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA)