

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA.

RECURSO DE CASACIÓN. REINCIDENCIA. . EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LA REINCIDENCIA. LIBERTAD CONDICIONAL. IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LOS REINCIDENTES. DISCUSIÓN ACERCA DE SU REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. EJECUCIÓN PENAL. FLEXIBILIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. DERECHO PENAL DE ACTO. PROYECCIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA DE LA PENA. PROYECCIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: ES LA ÚLTIMA RATIO.

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS OCHENTA Y UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los cuatro días del mes de octubre de dos mil once, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por el señor Vocal doctor Domingo Sesín, con asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "GARAY, Ricardo Aníbal s/ejecución pena privativa de libertad- Recurso de Inconstitucionalidad" (Expte. "G", 11/11), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Letrado del 26° Turno, Dr. Pablo Pupich, defensor del condenado Ricardo Aníbal Garay, en contra del Auto número trescientos cincuenta y uno, del tres de diciembre de dos mil diez, dictado por el Juez de Ejecución Penal de Primera Nominación, Dr. Daniel Cesano, de esta ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por la Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- 1)-. ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del CP?
- 2)-. ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco, dijeron:

I. Por Auto n° 351, del 3 de diciembre de 2010, el Juez de Ejecución Penal de Primera Nominación, Dr. Daniel Cesano, de esta ciudad de Córdoba, resolvió: *"NO HACER LUGAR al pedido formulado por el interno RICARDO ANIBAL GARAY de declaración de inconstitucionalidad*

del artículo 14 del Código Penal y, en consecuencia, rechazar su solicitud de libertad condicional; en función de lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal" (fs. 525).

II. El Asesor Letrado del 26° Turno, Dr. Pablo Damián Pupich, fundando la voluntad de su defendido Ricardo Aníbal Garay, presenta recurso de inconstitucionalidad (CPP, art. 483) en contra de la citada resolución, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 14 del CP, en cuanto veda el beneficio de la libertad condicional a los reincidentes y una vez declarada, ésta solicita se conceda dicho beneficio al condenado.

Señala que el citado fallo lo agravia por cuanto rechazó dicho requerimiento, y además, como corolario de lo anterior, no concedió la libertad condicional a su asistido. A continuación, reseña los argumentos del sentenciante para fundar tales conclusiones.

Formula breves anotaciones sobre este instituto penitenciario en función de la normativa que lo regula (arts. 13, 14 y 17 del CP, y arts. 100 y 101 de la LEP); así, expone que los requisitos para la obtención del mismo pueden ser calificados como positivos (referidos a los estados en los que se debe encontrar el interno), y negativos (que son las circunstancias que, de hallarse en el condenado, le impiden gozar de tal régimen). Pondera las referidas condiciones positivas exigidas para la procedencia de este beneficio (tiempo transcurrido, conducta y concepto), así como también las negativas (no ser reincidente, no haber cometido determinados delitos graves o aberrantes y que no se le haya revocado la libertad condicional otorgada oportunamente).

En razón de las constancias de autos, analiza cada uno de los requisitos positivos, mostrando que su pupilo procesal cumplimenta con cada uno de ellos. A continuación, afirma que tampoco éste se encuentra inmerso en algunas de las circunstancias descriptas en los requisitos negativos, con excepción de la calidad de reincidente.

En particular, plantea la inconstitucionalidad del requisito negativo que señala que *"el interno no sea reincidente"*. Entiende que esta prohibición lesiona los principios de culpabilidad, *ne bis in idem*, razonabilidad, tutela judicial efectiva, defensa y control jurisdiccional permanente, además que incursiona en los postulados del derecho penal de autor, y desconociendo el de acto que exige el principio de culpabilidad vigente en todo Estado de Derecho como es el Argentino.

Advierte que Garay fue declarado reincidente mediante sentencia condenatoria del 27/11/2002, pero que ello no es óbice para que se le otorgue el instituto penitenciario que exige. Pretende que se declare la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes (CP, art. 14, primer supuesto del CP), mas no la declaración misma de reincidencia estipulada en el art. 50 y cc del CP.

Estima que el *a quo* erró en la respuesta a su pedido por cuanto hizo consideraciones en torno al fundamento de la reincidencia. Observa que el requisito previsto en el art. 14 del CP nada tiene que ver con lo dispuesto en el art. 50 del CP respecto de las personas que deben ser declaradas reincidentes.

Señala que dicha calidad fue tenida en cuenta por el sentenciante al tiempo de mensurar la pena, elevando en esta ocasión su monto. Entiende que si la condición de reincidente ya fue tenida en cuenta en la individualización de la pena -sin que analice su constitucionalidad-, lo cierto es que mal podría estimarse la misma calidad, por el mismo hecho y sobre la misma persona, en la etapa de ejecución de la sentencia, toda vez que ello vulneraría el principio de *ne bis in idem*. Cita doctrina y jurisprudencia sobre el tópico, destacando a uno de los juristas mencionados (Raúl E. Zaffaroni), quien podría intervenir eventualmente en la resolución de este planteo por ser miembro de la CSJN.

Aduce que dicho impedimento lesiona el principio de culpabilidad (CN, art. 18), toda vez que se castiga penalmente a quien se considera peligroso por conductas aún no efectuadas, con lo cual dicha sanción no se fundamenta en el "hecho realizado", sino en la etiqueta que se les adjudica.

Considera que la norma constitucional rechaza categóricamente que el castigo penal se aplique a quienes pertenecen a un determinado grupo de "riesgo" social. Expresa que la disposición de pena sólo corresponde y es legal cuando se impone como reproche a un acto previo del imputado; ello no ocurre en autos, en tanto se prohíbe el acceso a la libertad condicional no por haber realizado un hecho "nuevo" -no juzgado ni penado-, sino por "pertenecer a la categoría de reincidente", por dos hechos delictivos que ya fueron juzgados y castigados.

Cuestiona los argumentos del sentenciante que entiende responden a criterios peligrosistas, presunciones y juicios *iuris et de iure* de mayor capacidad delictiva de los "reincidentes", lo cual resulta ajeno al derecho penal de acto y, por consiguiente, es contradictorio con los postulados de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Advierte que ello atenta contra la finalidad de reinserción social receptada en el art. 1 de la Ley n° 24660, pues *a priori* el juicio de probabilidad delictiva y la prognosis implican 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.

Por ello, manifiesta, ese juicio subjetivo de valor deviene inconstitucional, pues atenta contra los principios de tutela judicial efectiva, defensa y control jurisdiccional permanente (según arts. 18 y 19 CN, 8 y 9 de la CADH, y 7 PIDCP -75 inc. 22 CN).

Sostiene que su asistido no transite por el último período de la ejecución penitenciaria, demuestra que, al menos, para los reincidentes es imposible cumplir con la finalidad de la pena, esto es, la reinserción social (art.1 de la Ley n° 24660, arts. 5.6 de CADH y 10.3 del PIDCP).

Estima que la palabra "reinserción" representa un proceso de introducción del individuo en la sociedad. Ella, a su criterio, refiere un intento de favorecer directamente el contacto recluso-comunidad, lo que implica que los operadores penitenciarios deben iniciar con la condena un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso y procurar atenuar los efectos negativos de la pena, permitiendo que la interacción del interno en el establecimiento penal se asemeje lo más posible a la vida en libertad y, en la medida de su ubicación dentro del régimen y tratamiento penitenciario, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad.

Remarca que con la aplicación del art. 14 del CP tanto la finalidad de la pena como su ejecución pasan a tener un contenido meramente retributivo, dejando al margen cualquier finalidad preventiva y socializadora.

A lo anterior, suma que la norma cuestionada vulnera el principio de razonabilidad (art. 28 de la CN), por cuanto la aplicación de la reincidencia y los efectos de ésta -principalmente la prohibición de acceder a la libertad condicional-, conlleva a una aplicación más intensiva y extensiva de un tratamiento a cargo del Estado que ya ha fracasado anteriormente. Afirma que en la resolución se optó por someterse a la letra estricta de la ley, sin atender a las circunstancias particulares que rodean a su asistido, que demuestran que en caso de recuperar la libertad, su defendido no constituirá un riesgo para sí ni para los demás.

Hace alusión a la legalidad y legitimidad de las normas, citando doctrina en ese sentido. Estima que dada la ilegitimidad del art. 14 del CP, el juez debe declarar su inconstitucionalidad.

Añade que, siguiendo los postulados de Alchourrón y Bulygin, el sistema normativo de la reincidencia resulta incoherente o contradictorio. Ello es así, porque hay un caso dentro del universo de casos posibles que está correlacionado con dos soluciones maximales incompatibles, una relativa a que los reincidentes no pueden ingresar al período de libertad condicional -art. 14 CP-, y la otra, en la que se establece la posibilidad a todos los condenados de acceder, cualquiera sea la pena, al período de libertad condicional -art. 12 de la ley 24.660-.

Trae a colación el principio *pro homine* como aplicable al *sub examen* y reseña jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal Superior en orden la interpretación de la ley.

Manifiesta que la contradicción o incoherencia sistémica se produce en relación con los individuos de la población carcelaria que en algún momento gozaron del instituto, y luego les fue

revocado por la comisión de un nuevo delito. Es que es incompatible que, por un lado, no puedan ingresar al período de libertad condicional en función del art. 14 del CP, y por el otro, el art. 12 de la Ley n° 24.660 expresamente señala que todos los condenados tienen permitido su acceso.

Refiere que la norma atacada atenta contra nuestro sistema constitucional y permite una mayor reacción del estado de policía en la faz cualitativa de la pena, lo que implica una contradicción con el régimen de progresividad previsto para la ejecución de las penas privativas de la libertad. Añade que su asistido internalizó el acatamiento de las disposiciones disciplinarias y de convivencia en el establecimiento carcelario en que se encuentra, y que su egreso a la vida libre transcurrirá sin afectar de manera negativa sus propios bienes o los de terceros.

Concluye que estos aspectos son relevantes pues demuestran que Ricardo Aníbal Garay ha procurado con sus límites y medios, encausar su conducta y hábitos hacia el fin del tratamiento carcelario, ésto es, la reinserción social (fs. 13/21).

III. El sentenciante rechazó el pedido de inconstitucionalidad del art. 14 del CP que dispone excluir a los reincidentes del beneficio de la libertad condicional. Fundó dicha conclusión en las siguientes razones (fs.523 vta./525):

- * Garay fue condenado a la pena única de trece años y diez meses de prisión, con adicionales de ley, declaración de reincidencia y costas.

- * El art. 14 del CP establece que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

- * El citado precepto no vulnera la garantía constitucional del *ne bis in idem*. Ello es así, por cuanto dicho principio prohíbe condenar por el mismo hecho, pero no tomar en cuenta la anterior condena como dato objetivo para ajustar el tratamiento penitenciario adecuado al que cometiere una nueva infracción delictual.

- * En el sistema del Código Penal, la reincidencia posee diversos efectos en orden a sus fundamentos. Es que, una cosa es ponderar la extensión punitiva concreta en función de las pautas de determinación judicial de la pena, y otra, distinta por cierto, es analizar la proyección que tiene la condena por el hecho anterior en función del reajuste del tratamiento penitenciario.

En el primer caso, se trata de una adecuación concreta de la sanción (dentro de la escala legal establecida), para lo cual se toma en cuenta, entre varias más (edad, educación, etc.), una pauta subjetiva del autor; en el segundo, en cambio, lo que está en juego es otra cosa: la necesidad de reajustar el tratamiento penitenciario por el dato objetivo representado por el fracaso del anterior. Sobre tal base interpretativa no existe una doble valoración de una misma circunstancia (que permitiría fundar el *ne bis in idem material*) sino de dos puntos de valoración con finalidades diversas.

* El punto de conexión de la censura del art. 14 del CP con el sistema constitucional es el adecuado. Es claro, sin embargo, que este defecto no surge, directamente, del art. 14 del CP sino que aparece como una emanación natural del sistema de reincidencia que consagra el art. 50 del CP. Y en este sentido, el tema, ya ha sido objeto de análisis y resolución, tanto por la Corte Federal como por nuestra máxima instancia casatoria, con lo cual -por razones de economía procesal, la cuestión debe ser zanjada, sobre la base de aquéllos precedentes, y en el sentido de la constitucionalidad del instituto que se ataca.

Ambos Altos Cuerpos fincan el fundamento de dicho instituto en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en este 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. Ello evidencia, en palabras de la Corte- al confirmar la validez del artículo que aquí se impugna - "*el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior*".

IV. Por Dictamen P n° 577, el Fiscal Adjunto, Dr. José Antonio Gómez Demmel, se notifica del recurso de inconstitucionalidad incoado por la defensa del imputado emitiendo opinión contraria a su procedencia (fs. 30/35).

V.1. De la atenta lectura del libelo recursivo, surge que el recurrente denuncia que el art. 14 del CP en cuanto restringe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes, resulta inconstitucional. Es que a su entender dicha restricción se basa en un hecho anterior que ya fue atendido al individualizarse la pena de su defendido, afectándose de este modo el principio de *ne bis in idem*.

Además, postula que esta exclusión se sustenta en el entendimiento de que el interno califica como persona "peligrosa" y por tanto, no puede acceder al cese anticipado del encierro, respondiendo tal concepción a un derecho penal de autor. A su criterio, ello constituye una presunción *iuris et iure* de mayor capacidad delictiva de aquéllos que son reincidentes, lo cual atenta contra un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, cuestiona dicha norma por cuanto impide cumplir con el fin resocializador asignado a la pena y a la ejecución penitenciaria, a la vez que resulta irrazonable y vulnera los principios de tutela judicial suficiente, defensa y control jurisdiccional.

Contrariamente a su planteo, entendemos al igual que el *a quo* que el art. 14 del CP que limita a los reincidentes el acceso a la libertad condicional, no vulnera ninguna de las garantías constitucionales denunciadas. Damos razones.

2. En los últimos tiempos, el régimen jurídico de la reincidencia ha atemperado sus efectos negativos sobre aquéllos sujetos que revestían dicha calidad. La jurisprudencia de este Alto Cuerpo ha ido acompañando esta etapa de flexibilización, que abarca tanto la existencia propia de dicho instituto cuanto los plazos de caducidad del mismo.

Así es que tales consecuencias de la reincidencia no pasaron inadvertidas en el proceso de reformas legislativas iniciado al recuperar la democracia luego del proceso de facto concluido en 1983.

En efecto, por un lado, se derogó la ley n° 21.338 que establecía marcos punitivos más gravosos para las reincidencias (ley n° 23.077, arts. 1 y 2). Además, la ley n° 23.057 modificó el sistema de la reincidencia adoptando el sistema de la *reincidencia real* en lugar de la reincidencia ficta hasta entonces vigente, estableció plazos de caducidad de las condenas anteriores para su valor como *antecedentes* para la reincidencia, estatuyó prohibiciones de informar a los entes oficiales de registros penales y determinó la caducidad del registro de las condenas una vez transcurridos los plazos legalmente fijados (CP, 50 y 51) (TSJ, Sala Penal, “Pérez”, S. n° 179, 3/07/2008).

Asimismo, el llamado régimen penal de la minoridad (ley n° 22.278) reguló que en el caso de un menor entre los dieciocho y veintiún años que es juzgado y registra una condena por hechos cometidos después de los dieciocho años, la reincidencia no es obligatoria sino facultativa (art. 5, 2do. párr.) (TSJ, Sala Penal, “Cabanillas”, S. n° 10, 23/02/2007).

Este Tribunal Superior ha continuado dicho proceso a través de numerosos fallos en los que atemperó por vía de interpretación gran parte de los efectos negativos asignados a la reincidencia.

Así, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema en autos “*Mannini, Andrés Sebastián s/ causa N° 12678*”, de fecha 17/10/2007, ha afirmado que la privación de libertad a título de prisión preventiva no debe computarse como parte de la pena o como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia. Es decir que, a los fines del art. 50 del CP, el imputado debe haber estado privado de su libertad en calidad de penado y no de procesado. Dicho estándar se amplió en “Aliendro” (S. n° 12, 21/2/2011), en donde se estrecha el instituto de la reincidencia, ya que no sólo queda fuera de él –por no implicar cumplimiento de pena- el “tiempo de encierro sufrido antes de la firmeza de la sentencia condenatoria”, sino también el lapso de privación de la libertad transcurrido antes de la comunicación de la condena firme al Servicio Penitenciario.

En este marco, se considera que cuando la fecha de extinción de la condena no fuera cierta, el plazo *a quo* de caducidad de los registros reincidencias se computará a partir de que hubiera cumplido la totalidad de la pena, que siempre será anterior o concomitante a aquélla (TSJ, Sala

Penal, "Pereyra", S. n° 48, 2/6/2004). Se afirmó, también, que luego de que este registro caducó, no es correcto valerse de otras fuentes para arribar a dicho antecedente (TSJ, Sala Penal, "Caselli", S. n° 229, 15/09/2009).

Siguiendo esta línea, se han mitigado las consecuencias previstas para el instituto de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, pues se siguen las consideraciones desarrolladas por la CSJN en la causa G. 560. XL "*Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa – causa n° 1573*", en donde se afirma que resulta inaplicable la pena accesoria prevista en el artículo 52 del Código Penal (TSJ, Sala Penal, "Pereyra", S. n° 152, 3/11/2006).

Finalmente, en lo que atañe al régimen de ejecución penitenciaria, se observa que la ley n° 24.660 incluye a los reincidentes en el proceso de flexibilización del encierro. Al igual que los que carecen de dicha propiedad, éstos acceden a otras formas de libertad antes del agotamiento de la pena, como son las salidas transitorias (art. 15, inc. 2 y concordantes de la ley 24.660), la incorporación al régimen de semilibertad (arts. 23 y concordantes), la prisión discontinua (art. 36 y concordantes) y semidetención (arts. 38 y 39), la sustitución de éstas por trabajos para la comunidad (art. 50), o por la prisión diurna o nocturna (arts. 41 a 44). Además, cuentan con el beneficio de la libertad asistida (arts. 54 y concordantes), que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (arts. 17 y 54) ("Pérez", cit.).

3. Esta línea hermenéutica practicada sobre la reincidencia recorre todos los tramos del instituto que comentamos, desde su existencia como tal hasta los plazos de caducidad de sus registros. A partir de ella, es evidente que la dureza con que fue implementado el instituto, e incluso agravado en algunos períodos, ha ido cediendo con la posterior legislación, cuyo proceso, a su vez, fue acompañado jurisprudencialmente por este Alto Cuerpo, el cual ha coincidido mayoritariamente con la doctrina resuelta por la Corte Suprema de Justicia.

Advertimos que se redujeron el número de normas penales que en razón de la calidad de reincidente agravan la situación del condenado o le restringen beneficios. En la actualidad, los efectos desfavorables de la reincidencia se ciñen a la posibilidad de su consideración como circunstancia agravante en la individualización judicial de la pena (CP, art. 40 y 41), a la exclusión de la libertad condicional que aquí se discute, y a la inviabilidad, en algunos supuestos, de obtener la condena de ejecución condicional (Cfr. art. 26 del CP).

Dicho cuadro normativo es dirimente en el análisis de la constitucionalidad del art. 14 del CP. Es que el incremento de la pena en razón de dicha calidad no importa una vulneración al principio de culpabilidad pues se justifica, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "*la conducta puesta de relieve después de la primer sentencia, no comprendida ni penada -como es*

obvio- en ésta". Al contrario, se sostuvo que "el hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad,... pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito" (Fallos 311:1451) (TSJ, Sala Penal, "Cayo", S. n° 56, 22/06/2006).

Este mayor grado de culpabilidad no sólo ha incidido en el legislador al incorporar a la reincidencia como un factor de medición de la sanción (art. 41 del CP), sino que ha vedado que el condenado a pena privativa de la libertad pudiera obtener el beneficio de la libertad condicional. Si, como el recurrente, se acepta la constitucionalidad de dicho instituto con respecto al art. 41 del CP, no puede sin contradecirse hacer lo mismo respecto del art. 14 de dicho digesto.

Recordemos que aunque los propósitos resocializadores toman un importante protagonismo durante la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad (art. 1 ley 24.660), en un modelo partidario de un derecho penal de hecho, de acto, la prevención especial no puede constituir el único fin de las penas.

Por ende, tanto la culpabilidad como la peligrosidad delictiva, habrán de armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor. Una situación que importa dar cabida, tanto a la dimensión de garantía propia de la consideración individual de la persona, como a la dimensión de prevención que surge del reconocimiento de la función social del derecho penal (CREUS, Carlos, *"Justificación, fines e individualización de la pena"*, en *Cuadernos del Departamento de derecho penal y criminología – Nueva Serie N° 1 Homenaje a Ricardo C. Núñez*, Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1995, p. 110) (TSJ, Sala Penal, Espíndola, S. n° 246, 15/09/2008; "Bachetti", S. n° 271, 18/10/2010).

4. Además de lo expuesto, tampoco la disposición que comentamos menoscaba el fin resocializador asignado a la pena.

Como bien lo enuncia el recurrente, la normativa internacional con jerarquía constitucional establece que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"* (art. 5.6 CADH); en igual sentido, se consignó que *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados"* (art. 10.3 PIDCP).

Al respecto, compartimos la jurisprudencia que estima que *"no se deriva de modo necesario de las disposiciones invocadas que el Estado deba implementar un determinado plan de ejecución*

de la pena privativa de la libertad que permita la libertad condicional del condenado en el sentido y con el alcance que esa institución tiene en el art. 13 CP, ni que otras formas de ejecución con o sin liberación anticipada del condenado no sean suficientes para ajustarse al propósito de la Convención”(CNCP el 9/2/2001 en los autos “ACTIS, Miguel Ángel s/recurso de inconstitucionalidad”).

No pierde vigencia la opinión de un jurista de fuste emitida con anterioridad a la incorporación con jerarquía constitucional de dichas normas. Al respecto, Bidart Campos afirmó que la libertad condicional prevista en el Código Penal es una opción hecha por el legislador en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad, pero que podría haber obviado lo cual no resultaría inconstitucional en sí. Del mismo modo, éste tiene la facultad -ejercida razonablemente- de excluir a ciertos supuestos del beneficio, no luciendo arbitraria la distinción entre reincidentes (exceptuados del beneficio) y no reincidentes (habilitados para obtenerlo) (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Libertad condicional y reincidencia*, ED, 118, 146; en igual sentido CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, p. 505).

La incorporación del instituto como impedimento del mentado beneficio puede ser observado desde el punto de vista de la elección político criminal efectuada por el legislador, mas desde la perspectiva constitucional no ocasiona perjuicio alguno (DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 229; CREUS, CARLOS, ob.cit., p. 505).

5. Por otra parte, en el precedente "Bachetti" este Alto Cuerpo puntualizó que las fases de determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena, importan la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de derecho penal*", Madrid, 1997, vol. I, pp. 194 y 195; AROCENA, Gustavo A., *"La relativa indeterminación de la pena privativa de la libertad durante su ejecución y el rol del Juez de Ejecución Penal en la individualización penitenciaria de la sanción"*, *Zeus Córdoba*, N° 289, año VII, 29 de Abril de 2008, Tomo 12, p. 338). De modo que en la etapa de ejecución, el Juez encargado de ella continuará la misma labor político-criminal de individualización de la pena para el caso concreto iniciada por el legislador con su individualización en abstracto para la clase de figura de que se trate y seguida por el Tribunal de mérito en su determinación judicial de la pena (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *"¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal español"*, pág. 4, <http://www.fiscalia.org/doctdocu/doc/doct00103.pdf>; AROCENA, Gustavo A., op. Cit., p. 339 y 339 n. 10 y ss.).

En ese marco, debe destacarse que el régimen penitenciario de la ley n° 24.660, introduce un sistema de indeterminación del contenido de la pena dentro del límite máximo de la sanción individualizada judicialmente por el Tribunal de mérito, para permitir su adecuación al caso en orden al cumplimiento de los fines de resocialización del art. 1 de dicha ley. Tal flexibilidad incluye circunstancias relativas a la estrictez y hasta la propia duración de los períodos de restricción efectiva de la libertad ambulatoria. De manera que los alcances de las limitaciones a la libertad ambulatoria y hasta la propia duración del encierro carcelario podrán variar por decisiones que se adopten en la etapa de ejecución atendiendo a los fines preventivo especiales o de resocialización priorizados en esta etapa por la ley 24.660 (art. 1) (SALT, Marcos G. "*Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*", en RIVERA BEIRAS, Iñaqui; SALT, Marcos G. "*Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*", Ed. D.P., Buenos Aires, 1999, pág. 174; AROCENA, Gustavo A., ob. cit., p. 344, n. 28).

Es claro, entonces, que no sólo se ha flexibilizado la noción y efectos de quienes son considerados reincidentes, sino que además dicha categoría ha sido contemplada por el legislador en la ley de ejecución penitenciaria adecuando su encierro a sus necesidades concretas de prevención especial; ello es así, pues el condenado reincidente integra el régimen de progresividad dispuesto en la ley 24.660 y tiene la posibilidad de obtener la libertad asistida (art. 54), y de acceder al régimen de prueba, a salidas transitorias y a condiciones de semilibertad.

En efecto, el art. 6 de la ley 24.660 establece que el régimen penitenciario "*se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina*". Más aún, el art. 7 establece la posibilidad de que el condenado sea "*promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente*".

Todo ello se condice con lo establecido por el art. 12 de la ley 24.660, que divide al tratamiento penitenciario en los períodos de observación, tratamiento, prueba y libertad condicional. También con el art. 13 que en su inc. "c" establece que en este la indicación del período y fase al que se propone incorporar el condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado. Y con el art. 14 de dicha ley, que prescribe para el período de tratamiento, su fraccionamiento en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las

restricciones inherentes a la pena, incluyendo el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro.

Valga señalar que en el período de prueba, se busca que el condenado realice conductas que le permitan "*demostrar su capacidad para el sostenimiento de la autodisciplina y la vida en libertad*" (PERANO, Jorge en CESANO, José Daniel y PERANO, Jorge, *El derecho de ejecución penal. Un análisis del ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba*, edit. Alveroni, Córdoba, 2005, p. 44), el art. 15 de dicha legislación penitenciaria introduce para el período de prueba, la posibilidad de incorporar al condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste que se base en el principio de auto disciplina, y la factibilidad de obtener salidas transitorias de incorporarse a un régimen de semilibertad. Valga señalar en ese sentido, que las salidas transitorias pueden otorgarse hasta por 72 horas y con sólo palabra de honor de por medio (art. 16). Súmesele a ello que la incorporación del condenado a un régimen de semilibertad lo autoriza a trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a la de vida libre, y con salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral, e incluso alojamiento en una institución regida por el principio de autodisciplina (art. 23).

Como se advierte, entonces, el reincidente no se encuentra privado de la posibilidad de resocializarse, puesto que la normativa penitenciaria le habilita una progresividad en las modalidades del encierro que llegan incluso a ponerlo en contacto. Todas estas alternativas que ofrece la consideración de todo el sistema en conjunto han sido obviadas por el recurrente, quien ha acotado su crítica a una lectura aislada del art. 14 del CP, desprovista del contexto legal en que se inserta.

6. Otro argumento desarrollado por algunos autores para sustentar la inconstitucionalidad del art. 14 del CP radica en que dicha norma lesiona el principio de *ne bis in idem* (Zaffaroni, Raúl E., Manual de derecho penal, 4ta. edición, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1985, p. 718; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 1009). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en dos antiguos precedentes de 1988 - "Valdez" (Fallos 311:552) y "L'Eveque" (Fallos 311:1451)- sostuvo que el principio *ne bis in idem* 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 una nueva infracción criminal. Uno de estos fallos cobró actualidad cuando fue recordado en el voto del Dr. Petracchi en autos "Gramajo", 5/09/2006.

En abono de esta postura, desde la órbita constitucional se expone que dicha garantía significa que por un mismo hecho criminoso una persona no puede ser enjuiciada, ni penada sino una sola vez y nunca dos o más veces; entonces, se rechaza que privarlo de la libertad condicional al reincidente es juzgarlo o punirlo "más de una vez" por un mismo hecho que ya dio lugar a un anterior juicio y a una anterior aplicación de pena (Bidart Campos, Germán J., *Libertad condicional y reincidencia*, ED, 118, 146).

Además, otros argumentos refrendan que dicha restricción no afecta el principio de *ne bis in idem* (De la Rúa, Jorge, ob.cit., p. 228/229). A saber: la garantía invocada sólo rige hasta la segunda condena, no después, y, a su vez, no es un agravamiento de la pena sino la no concesión de un beneficio por falta de un requisito; la norma no apunta al hecho juzgado, sino al fracaso de prevención especial de la pena anterior.

Incluso quienes se oponen a la constitucionalidad de la disposición que comentamos aceptan que éste no es el camino para derrumbarla. Es que, evidentemente ello supone un mayor celo en la legislación penal que el principio, correctamente interpretado, no exige (arg. cfr. Alderete Lobo, Rubén A., *La libertad condicional en el Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 172, 175 y 176; Ziffer, Patricia, *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1997, p. 107, 116 a 118, quien considera que incluso la prohibición de doble valoración -perspectiva sustancial de la garantía- cobra vida hasta la determinación judicial de la pena, mas no en la ejecución, donde la opción ya ha sido realizada por el legislador).

7. Finalmente, el recurrente detalla un último argumento que a su entender se sustenta en el sistema propuesto por los autores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974). A partir del mismo, sostiene que dicha norma torna contradictorio del sistema relativo a la libertad condicional, puesto que contiene dos soluciones maximales incompatibles.

Sin embargo, en su afirmación confunde dos universos de casos diferentes que contienen soluciones maximales también diferentes: por un lado, el universo de casos correspondiente a las propiedades que se integran con las condiciones de procedencia de la libertad condicional que obligan a la concesión de dicho instituto, y por otro lado, el universo de casos que regula los efectos de la reincidencia, el cual por contener esta propiedad -calidad de reincidente- define soluciones maximales diferentes, en este caso, la prohibición de otorgar dicho beneficio a quienes integren dicha categoría.

8. En suma, concluimos que la disposición puesta en crisis no afecta garantía constitucional alguna, por lo que conserva su estatus legal y debe ser aplicada.

A su vez, compartimos lo argumentado por el Fiscal Adjunto en cuanto a que el remedio procurado luce deficientemente fundado, y además, tampoco demuestra que en el caso concreto la denegación de la libertad condicional solicitada a favor de Ricardo Aníbal Garay sea frustrante de las finalidades señaladas en las normas constitucionales enunciadas. Es mas, la necesidad de tratamiento se evidencia en tanto que el condenado cometió el segundo delito -que fundó la declaración de reincidencia- mientras se hallaba gozando de la libertad condicional concedida en razón del anterior ilícito por el que fue penado.

Por lo tanto, la norma atacada transita incólume el control de constitucionalidad, máxime si se tiene presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como “última ratio” del orden jurídico, determinando su reserva sólo para aquellos casos en que la “repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (TSJ, Sala Penal, “Nieto”, S. n° 143, 9/06/2008).

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco, dijeron:

En virtud de la votación que antecede corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Letrado del 26° Turno, Dr. Pablo Pupich, defensor del condenado Ricardo Aníbal Garay, en contra del Auto número trescientos cincuenta y uno, del tres de diciembre de dos mil diez, dictado por el Juez de Ejecución Penal de Primera Nominación, Dr. Daniel Cesano. Con costas (CPP, 550/551).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno;

RESUELVE: Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Letrado del 26° Turno, Dr. Pablo Pupich, defensor del condenado Ricardo Aníbal Garay. Con costas (CPP, 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mi, el Secretario, de lo que doy fe.

