

LIBERTAD CONDICIONAL-IMPROCEDENCIA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LOS REINCIDENTES-DISCUSIÓN ACERCA DE SU REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD- NE BIS IN IDEM- INOCENCIA Y CON EL FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD-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 DE LA PENA-CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-LA ÚLTIMA RATIO.

SENTENCIA NUMERO: SETENTA En la Ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de abril de dos mil doce, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por el señor Vocal doctor Domingo J. Sesín con asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, , Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados “Díaz, Gustavo Ariel s/ejecución pena privativa de libertad- Recurso de Inconstitucionalidad” (Expte. “D”, 47/11), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Mariano F. Torres, defensor del condenado Gustavo Ariel Díaz, en contra del Auto número cuatro, del quince de junio de dos mil once, dictado por el Juez de Ejecución Penal de la ciudad de Río Cuarto. Abierto el acto por el Sr. 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, 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, dijeron: I. Por Auto n° 4, del 15 de junio de 2011, el Juez de Ejecución Penal de la ciudad de Río Cuarto, en lo que aquí resulta de interés, resolvió: "...II) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del CP fundado técnicamente por Dr. Mariano Torres, ante el pedido efectuado "in pauperis" por su pupilo procesal DIAZ, GUSTAVO ARIEL, ya filiado, y en consecuencia denegar el beneficio de la libertad condicional por verificarse en el caso concreto el requisito negativo de reincidencia conforme lo resuelto oportunamente por el tribunal de juicio en la sentencia condenatoria" (fs. 169 vta.). II. El Dr. Mariano F. Torres, defensor del condenado Gustavo Ariel Díaz, presenta recurso de inconstitucionalidad (CPP, art. 483) en contra de la citada resolución, por cuanto la misma rechazó su pedido de inconstitucionalidad del art. 14 del Código

Penal, disposición que impide la concesión del beneficio de la libertad condicional a los reincidentes. En primer lugar, el recurrente reseña los argumentos del sentenciante y menciona los antecedentes de la causa. A continuación, expresa que el fallo que rechaza el pedido de inconstitucionalidad del art. 14 del CP, afecta las garantías constitucionales de culpabilidad, presunción de inocencia y non bis in idem (CN arts 1, 18, 33 y 75 inc. 22; PIDCyPart. 14 ap. 7; CPcial, arts. 1, 7, 19 inc. 9, 20, 39 y 40 primer punto). Alude a jurisprudencia que declaró la invalidez dicha disposición legal fundada en la vulneración del último principio constitucional citado. Argumenta dicha conclusión en que si al sujeto que se declara "reincidente" se le impone una pena mayor a la que le corresponde por el nuevo delito o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por es nuevo delito (como en el caso, impidiéndole la concesión de la libertad condicional), se están haciendo renacer delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior: se vuelve a sancionar al individuo por aquéllos ilícitos anteriores. Considera que ello impide el logro del fin de "reintegración social" de la respuesta punitiva, lo que significa hacer presente el estigma de la condena anterior, que configura de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario al principio de humanidad de las penas. Hace alusión a doctrina que apoya la inconstitucionalidad de la reincidencia, y jurisprudencia que destaca que conforme el principio de reserva, lo único que puede ser materia de prohibición son las "acciones" de los hombres, a la vez que añade que de dicha garantía se desprende el "principio de culpabilidad" que hace que cada individuo deba responder por la responsabilidad específica que corresponde por la trasgresión de una norma penal anterior al hecho del proceso (nullum poena sine culpa), y no por cuestiones ajenas a ello, como pueden ser sus intenciones, su personalidad, su forma de ser y el modo de conducir su vida. Argumenta que en el caso de su asistido se agrava su situación dado que frente a su intención de obtener la libertad condicional, se le impone un mayor rigorismo que genera un mayor reproche penal por el hecho juzgado y por ende, en un mayor tiempo dentro de la cárcel. Es decir el hecho simple y concreto de ser "reincidente" actúa como síntoma de peligrosidad, instaurándose de esta forma un "derecho penal de autor", lo que constituye -además de una palmaria violación al principio de culpabilidad por el hecho (CN, arts. 18 y 19)-, un quebrantamiento al "derecho penal de acto o de acción" - no sólo a nivel de la culpabilidad que es un juicio de reproche por el hecho juzgado-, sino también en el estrato de la tipicidad -principio de legalidad- ya que el legislador debe punir solamente acciones-. Afirma que con ello se limita el derecho de Díaz a la libertad, no por lo que "hizo" sino por lo que "ES" (reincidente), lo cual lo hace distinto al resto de los penados primarios, violentándose así el principio de igualdad (art. 16 CN). Por último, cita doctrina y la opinión del Fiscal de Cámara que apoya la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del CP (fs. 130/140). III. El sentenciante

rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del CP, que dispone excluir a los reincidentes del beneficio de la libertad condicional (fs. 118/122). En primer término, por el valor persuasivo, ejemplar y unificador, además de razones de orden -es decir, seguridad jurídica en pos de la unidad del derecho objetivo- y de economía procesal, transcribe extractos de un fallo de este Tribunal Superior ("Pérez", del 3/07/2008), en el que entre otras cuestiones, se señala que la exclusión de la libertad condicional a los reincidentes no es un olvido o error del legislador, conforme predica la regla de la clara equivocación, sino que muestra la descripción de la continuidad de disposiciones vigentes desde la sanción del Código Penal a partir de 1921. Hace consideraciones en relación a las repercusiones que ha tenido la reincidencia respecto de otras instituciones en el digesto penal. En particular, señala que Díaz al revestir este carácter se halla impedido de acceder al beneficio de la libertad condicional previsto en el art. 14 del CP, dado que dicha condición configura una exigencia negativa para la obtención del instituto. Recuerda que la cuestión sobre la constitucionalidad del art. 14 no es una cuestión novedosa ya que, inclusive con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya había variada literatura al respecto. Refiere que los argumentos más desarrollados a favor de la invalidez de dicha regla, hacen pie en el principio de non bis in idem, argumentando que se agrava un hecho (el segundo) por otro hecho (el de la primera condena) por el que ya fue penado. Conforme a doctrina de la Corte Suprema, el a quo entiende que el citado precepto no vulnera dicha garantía constitucional. 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, o porque el art. 14 toma en cuenta la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia. En orden al principio de culpabilidad, reseña jurisprudencia de esta Sala, la cual considera 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". Asimismo, refiere que si bien existen opiniones doctrinales que postulan la conveniencia de desregular el impedimento de acceso al instituto para los reincidentes, aclara que una cosa es proclamar desde un punto de vista político criminal su conveniencia y otra distinta es considerar la inconstitucionalidad de la norma penal sustantiva por la gravedad institucional que ella conlleva. Por último, reitera el argumento vinculado con la "regla de la clara equivocación", ampliándolo con doctrina de este Tribunal Superior, a la vez que trae como corolario de lo expuesto la opinión del constitucionalista Bidart Campos. IV. Por Dictamen P n° 1058, 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. 147/151). 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 norma vulnera los principios constitucionales de culpabilidad, de inocencia y el non bis in idem. 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, 21/02/2011), 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 de 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. 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. Asimismo, 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 autodisciplina, y la factibilidad de obtener salidas transitorias de incorporarse a un régimen de semilibertad. 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. Petraci 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. Por último, la norma que comentamos no lesiona el principio de inocencia según lo denunciado en el recurso. Es que, el quejoso desconoce que dicho principio supone que durante todo el proceso, al imputado se le reconoce un estado jurídico de inocencia, el que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del estado. El sentido de su defensa será: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, o intentar acreditar, si quiere, su inocencia; de este

modo, podrá oponer resistencia a la pretensión penal ejercida. El principio de inocencia autoriza al encartado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo -nemo tenetur se ipsum accusare- (art. 18 C.N.; art. 40 Const. Pvcial.) (Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio-Tarditti, Aida; "Código Procesal Penal de la Pcia. de Cba. -Comentado-" Tomo I, pag. 36 y T.S.J. Sala Penal, "Oliva", S n° 20, 22/3/01). Como vemos, esta garantía constitucional cobra vigencia hasta el momento del dictado de la condena, e incluso en la demostración de las circunstancias individualizadoras de la pena concreta, más una vez firme ésta el condenado pasa de su anterior estatus de inocente, al de culpable y así se lo declara en la sentencia conforme a las pruebas válidamente incorporadas a la causa. Al respecto, compartimos lo predicado por la Cámara Nacional de Casación en el citado fallo "Actis", en donde se consideró que "...La falta de peligrosidad, demostrada o presunta, o mejor dicho, la estimación de menores necesidades preventivo especiales, que autorizan a imponer una pena menor que una más estrictamente ajustada a la culpabilidad por el hecho, no afecta el principio de culpabilidad, ni roza de ningún modo el principio de inocencia, porque la pena se impone a un sujeto hallado culpable de su hecho y su medida encuentra su límite en la culpabilidad por el hecho. Que otras razones o circunstancias lleven a la ejecución total de las penas temporales o permitan que no se ejecuten, o no se ejecute en parte, no pone en crisis ni el principio de culpabilidad ni el principio de inocencia".

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 Gustavo Ariel Díaz sea frustrante de las finalidades señaladas en las normas constitucionales enunciadas. 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, 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, dijeron: En virtud de la votación que antecede corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Mariano F. Torres, defensor del condenado Gustavo Ariel Díaz, en contra del Auto n° 4, del 15 de junio de 2011, dictado por el Juez de Ejecución Penal de la ciudad de Río Cuarto. Con costas (arts. 550/551 C.P.P.). Es nuestro voto. En

este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno; RESUELVE: Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Mariano F. Torres, defensor del condenado Gustavo Ariel Díaz, en contra del Auto n° 4, del 15 de junio de 2011, dictado por el Juez de Ejecución Penal de la ciudad de Río Cuarto. Con costas (arts. 550/551 C.P.P.). 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