

//Isidro, de Febrero de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa N° 6208, caratulada **"GIMENEZ CESPEDES, MIGUEL ANGEL S/ INC. DE EJECUCIÓN DE PENA DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO"**, en torno al pedido de inconstitucionalidad del art.14 del C.P.;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que a fs.1/2 obra el pedido de libertad condicional, formulado por la Sra. Defensora, Stella Maris Ojeda, quien a su vez, atento a la condición de reincidente que reviste Gimenez Céspedes planteó la inconstitucionalidad del art.14 del C.P. -en tanto actúa como obstante para acceder al instituto en cuestión-, por entender que vulnera principios de culpabilidad, lesividad y legalidad, contemplados en los arts.18 y 19 de la Constitución Nacional, como así también implica la aplicación del derecho penal de autor. Cita jurisprudencia que avala su pedido.

II.- Por tal motivo, entendiendo que previo a todo trámite debo dar respuesta al planteo de inconstitucionalidad, se corrió vista a la Sra. Fiscal en los términos del art.498 del ritual.

III.- Al contestar la vista, la Dra. Lida Osoreo Soler entendió a fs.5/6 que no corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la Sra. Defensora, toda vez que, a su criterio, la limitación que el art.14 del C.P. establece no se enfrenta con el derecho penal de acto ni vulnera el principio constitucional de "ne bis in

idem", pues no genera un agravamiento de la pena sino que se trata de un elemento caracterológico de la culpabilidad. En respaldo de su postura citando votos del Dr. Borinsky en fallos TC0003 LP 18318 RSD-581-8 S 17-4-2008 y TC0003 LP 26527 RSD-542-8 S 15-4-2008).

IV. Encontrándose la presente incidencia en estado de ser resuelta corresponde analizar la norma cuestionada y si su finalidad se compeadece con el texto constitucional, por cuanto dicha norma veda el acceso a uno de los institutos previstos en las leyes de ejecución penal, para aquellas personas que han sido declaradas reincidentes o bien condenadas por la comisión de determinados delitos.

Así, el artículo 14 del Código Penal (texto según ley 25.892) determina: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo".

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "...Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución Nacional para averiguar si guardan conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella..." (Fallos 33-194).

Por su parte, el art. 10 de la ley 12.256 dispone que: "El Juez de Ejecución o Juez competente garantizará el cumplimiento de

las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de quienes se encuentren bajo jurisdicción del Servicio Penitenciario...".

De un modo similar, el art.3 de la ley 24.660 establece que: "...La ejecución de la pena privativa de la libertad en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley".

Finalmente del art.25 del Código Procesal Penal (texto según ley 14.296) surge que: "El Juez de Ejecución conocerá: ...inc.3 En las cuestiones referidas a la observancia de todas las garantías incluídas en las Constituciones de la Nación y de la Provincia y en los Tratados Internacionales con relación al trato a brindarse a las personas privadas de su libertad que se encuentren condenadas".

V. En cuanto a la normativa objeto de análisis debo decir que, las sucesivas e innumerables modificaciones que sufrió el código a lo largo de los años obligan a nuevas interpretaciones y reinterpretaciones de su contenido, en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico vigente en la actualidad.

En tal sentido, el primer párrafo del art. 14 del Código Penal -que alude a la condición de reincidente como causal de

denegatoria de la libertad condicional- conserva su redacción originaria desde la sanción de la ley 11.179, en el año 1921. No puedo dejar de advertir al respecto que dicha norma -como también el art.50 y la ley 11.833 de "Organización Carcelaria y Régimen de la Pena"- se ha visto claramente influenciada por las ideas del positivismo criminológico, predominantes en aquella época, plasmando así criterios de seguridad y defensa social, cuyos fundamentos emergen del derecho penal de autor, incompatible con un estado de derecho.-

Noventa años después la normativa ha evolucionado, incorporándose al texto de la ley suprema (con la reforma de 1994) los tratados internacionales suscriptos por la Nación (art.75 inc.22). Así forman parte del texto constitucional, entre otros: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, que entre otras cuestiones fijan estándares mínimos que el Estado debe cumplir para mantener personas privadas de su libertad -de modo preventivo o como pena-, respetándose fundamentalmente los principios de defensa, razonabilidad, culpabilidad e igualdad.

La antigua ley 11.833 de "Organización Carcelaria y Régimen de la Pena", fue reemplazada por la ley 14.467, llamada Ley Penitenciaria Nacional en 1958 y más recientemente por la ley 24.660 de

Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Paralelamente en el ámbito provincial, la ley 5619 denominada Código de Ejecución Penal, ha sido sustituida por la ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense.

Ambas normas (**ley 12.256** y **ley 24.660**), aún con numerosas deficiencias, han incorporado aquellos principios consagrados constitucionalmente estableciendo los fines específicos de la pena: "...la adecuada reinserción social, promoviendo el apoyo y comprensión de la sociedad. ..." (Art.1 de la ley 24.660) o bien "...la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control. ..." (art.4 de la ley 12.256) y los medios para conseguirlo: tratamiento en base a un régimen progresivo (arts.1, 5, 6 y ccdtes. ley 24.660 y arts.4, 5, 6 y ccdtes. de la ley 12.256).

En ese contexto la norma cuestionada, a mi criterio contradice no sólo los principios básicos de la ejecución de la pena, contenidos en ambas leyes, sino que además resulta violatoria del texto constitucional, conforme art.16, 18 "último párrafo" y 19 de la C.N. y las disposiciones de los diferentes tratados internacionales incorporados a nuestra ley suprema -art.75 inc.22- a partir de la reforma de 1994.

En tal sentido, el art.18 de la C.N. dispone en su último párrafo que: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

En tanto el art. 5 inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que: "...Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...".

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 10. 3: "...El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...".

Dicho precepto fue receptado por la propia ley N° 12.256 de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires en el art. 4 cuando dice que "El fin último de la presente Ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control...".

Del mismo modo la ley 24660, cuya aplicación en el territorio provincial surge del principio de ley marco consagrado por la CSJN en el fallo Verbitsky (considerando 59), dispone: "Capítulo I Principios básicos de la ejecución. *Art.1* La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada."

En este sentido, la restricción para acceder al instituto de libertad condicional -cómo último estamento dentro del régimen de la progresividad de la ejecución de la pena- que dispone la norma objeto de estudio, respecto de aquellos condenados que han sido declarados reincidentes, entra en contradicción con los fines antes señalados.

Ello es así por cuanto la ley establece cuál es la finalidad de la pena, que se mantiene inalterable más allá del delito cometido o de los antecedentes del penado.

Tanto es así que el art.8 de la ley 24.660 establece que: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado". (el subrayado me pertenece).

Por su parte, el art.5 de la ley 12.256 dispone que: "La asistencia y/o tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y el desarrollo de sus potencialidades individuales.

Sin embargo, la norma apuntada atenta contra dicho principio ya que, como consecuencia de la declaración de reincidencia - en este caso- o una condena por la comisión de determinados delitos, impide el acceso a uno de los institutos que implican un avance en la progresividad

del régimen penitenciario, hasta alcanzar el fin estipulado, **tornando el encarcelamiento en mero castigo, que se encuentra vedado constitucionalmente, de conformidad con lo prescripto por el art.18 de la Constitución Nacional en su último párrafo.**

Por otra parte, no puedo soslayar que el hecho de que, con fundamento en criterios de "peligrosidad" o por "especiales características del autor" en base a los antecedentes del sujeto, personas condenadas a la misma pena tengan en determinados casos, accesos a los derechos propios del régimen progresivo y en otros se vean limitados en forma absoluta, ya que se les ha vedado la posibilidad de cumplir con un régimen de progresividad dentro del sistema penitenciario, impidiéndoles de esta manera, alcanzar el fin buscado con la imposición de la pena. Todo ello implica un bis in idem vedado constitucionalmente y una clara violación a los principios de culpabilidad, razonabilidad e igualdad ante la ley (**art. 16, 18, 19, 75 inc.22 de la C.N. y art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y art. 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 y 6 de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano**).

VI. En un primer lugar surge claramente que la declaración de reincidencia persigue **un agravamiento de la pena** que se traduce en aquella imposibilidad de acceder a un egreso anticipado del sistema carcelario (conf. art.14 del C.P.), reconociendo como único

fundamento la existencia de condenas anteriores, prescindiendo así de las distintas circunstancias que derivan del hecho por el cual el sujeto ha sido condenado, como también de los fines propios de la ejecución de la pena, constituyendo entonces un **verdadero castigo**, que se encuentra vedado constitucionalmente (arts.18 in fine y 19 de la C.N.).

Así lo ha señalado el **Dr. Benjamín Sal Llargués**: "Como se advierte sin esfuerzo, desde los orígenes de las disposiciones relativas a la reincidencia, ésta resulta inexorablemente unida al concepto de la habitualidad como reveladora del hábito de delinquir. Mucho más allá de que en algunos de los textos analizados se hayan distinguido ambos institutos, lo cierto es que la reincidencia sería, en el contexto de todas ellas, tributaria de un derecho penal de autor en el que una supuesta tendencia al delito reclamaría un mayor tratamiento penitenciario por vía de la agravación de la pena. Esa sola circunstancia debería bastar para excluirla de la ley penal argentina que -sobre la base de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional- sienta toda la estructura de dicha ley en el derecho penal de acto. La pena sobrevendrá por el acto realizado y no por características personales de su autor". ("**Acerca de la Reincidencia**" publicado en www.defensapublica.org.ar/www.pensamiento penal.org.ar).

En el citado artículo, agrega el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal de Casación Provincial que: "...Que ha sido diversamente considerada y que sólo a partir de posiciones tributarias del derecho penal de autor se ha entronizado y ha permanecido en la mayoría de

los sistemas penales, lo prueban - entre otros - los autores que se han resistido a aceptarla". Cita al respecto las enseñanzas del Dr. Luis Jimenez de Asúa.

Así el célebre jurista español sostiene: "Un nutrido grupo de escritores, oriundos de varias nacionalidades, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito. Estímase por quienes así razonan que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in idem*, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la Moral y el Derecho, que tienen propias áreas, puesto que es justo que la pena siga la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo. Así lo creyeron Carmignani, Carnot, Alauzet, Köstlin, Merkel, Gesterling, Mittermaier, Pagano y Giuliani. ...". (**Luis Jimenez de Asúa, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito**, reeditado por Abeledo-Perrot, 1990. 1ra. Edición 1945, pág.537).

VII. El problema radica además, a mi entender, en la circunstancia de que ya sea por la sola probabilidad de que el sujeto cometa en el futuro algún delito, o bien por haber cometido otro con anterioridad, **se encuentra habilitado ese "plus punitivo"** (la declaración de reincidencia es eso y no otra cosa). A su vez ello se deriva, conforme la norma que así lo dispone, **de manera irrefutable** de la circunstancia de haber sido condenado con anterioridad y haber cumplida pena de prisión en el ámbito

carcelario. (Art.50 del C.P. "Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena. ...".)

Es decir que esta presunción viene fijada de manera abstracta por el legislador, prescindiendo de todo conocimiento acerca del causante, sus circunstancias personales o bien aquellas que rodearon al hecho por el cual está siendo condenado y, por otra parte, veda toda posibilidad de discusión acerca de las reales condiciones actuales del penado frente a su futura reinserción social, ya que la mera constatación de un cumplimiento anterior de pena privativa de la libertad habilita la declaración y su consecuencia como obstante, afectando así la garantía del debido proceso, el Derecho de Defensa y el Derecho a ser oído (Arts.18, 75 inc.22 de la C.N.; XXVI, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, la valoración de la anterior comisión de un delito cuya pena ya ha sido cumplida -total o parcialmente-, implica una clara **violación al principio non bis in idem**.

Por un lado el primer hecho, **ya juzgado**, se tiene en cuenta al momento de la mensuración de la pena a aplicar por un hecho distinto y declarar la reincidencia, verificándose así el primer supuesto

de doble persecución. Luego al momento de decidir su incorporación a uno de los institutos previstos como uno de los estamentos del régimen progresivo de la pena, se realiza un nuevo reproche penal violentándose por segunda vez la garantía del non bis in idem.

Es decir que aún en el caso de haber cumplido la totalidad de la pena privado de su libertad, la pena no se agota, ya que el sujeto quedará igualmente sometido a diferentes consecuencias jurídico penales, con clara afectación de las disposiciones de nuestra carta magna (arts.18 y 19 de la C.N.).

Al respecto señala Sal Llargués en la publicación antes citada que: "...cualquiera sea la explicación que se intente, lo cierto es que el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del condenado por el segundo delito. Ferrajoli (9, p.507) cita a Pagano y a Morelly señalando cómo el primero afirmaba que la pena extinguía el delito y devolvía la condición de inocente a quien la había soportado y el segundo que reclamaba castigo a quien "osare recordar públicamente las penas sufridas en el pasado por alguien a causa de delitos precedentes ". Contra lo que se pretende en virtud de fuertes campañas en las que se afirma -recurrentemente - la necesidad de endurecer y represivizar el régimen vigente en materia de reincidencia, soy de los que opinan que el instituto debe ser derogado. Sin hipocresía, un resabio del positivismo peligrosista no puede coexistir con disposiciones que imponen un Derecho Penal de acto y con las que prohíben el doble sometimiento a juicio por un mismo hecho. Como se ha señalado, se

ha forzado el principio de culpabilidad para justificar -sin reconocer una adscripción lisa y llana al derecho penal de autor- el mantenimiento de la reincidencia. **Maier** (25, T.1 b p. 368) sostiene que **es en el campo del principio de culpabilidad donde se juega la suerte de la reincidencia.** Afirma que, según su tesis -que asigna a una sugerencia de Alberto Binder- en la reincidencia 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. Criminológicamente se diría, con claridad, que el sistema penal así estructurado marginaliza a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, tratándolo de manera diferente al resto de las personas y colgándole la etiqueta de delincuente..." Esas afirmaciones las hace al desarrollar la "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple" y, refiriéndose a la sentencia debida a la Sala VI de la C.C.C. "Varela, L. R. s/ libertad condicional", le reconoce que ha acudido "a una teoría seria, pero exagerada", fundando ese aserto en que -a su juicio- el tema, como se deja dicho, debería resolverse en el ámbito del principio de culpabilidad. No obstante cierra sus comentarios criticando otra sentencia consagratoria de la legitimidad del instituto que deniega la libertad condicional a un reincidente "no por virtud del hecho por el cual sufren la pena, sino, tan sólo, por haber delinquido anteriormente" (25, p. 416). "

VIII. Distinta postura, aunque con idéntica solución adopta Magariños, para quien: "...si la ley penal exclusivamente

puede seleccionar decisiones de acción exteriores y públicas (art.19 de la C.N.) y la pena sólo debe fundarse en lo que de modo previo y preciso establece la ley (art.18 de la C.N.), entonces, la culpabilidad y la pena sólo adquieren legitimidad en tanto, respectivamente constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto que la ley contempla, y carecen de toda legitimidad si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo diferente a la conducta prohibida por la norma. Por ejemplo, como reflejo de la peligrosidad, del carácter, del ánimo o de la personalidad del individuo. ... El sistema constitucional de reglas vinculadas al derecho penal material que contienen los arts.18 y 19 de la Constitución Nacional, fijan en el acto ilícito y su gravedad el ámbito de la reprochabilidad y define, de ese modo, un límite muy preciso al ejercicio de máxima expresión del poder del Estado, esto es, a la imposición de la pena estatal. ... Es como consecuencia de la integración y el juego armónico entre el principio de exteriorización, de la ley previa y de culpabilidad, tal como se encuentran regulados en el texto de la Constitución Argentina, que resulta posible afirmar, desde un punto de vista normativo, que "hay que tomarse en serio que están prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad, al entender este concepto **en función de la garantía fundamental del derecho penal de acto, ...**" (Mario Magariños, Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto, Ed. Ulpiano, 2008, pág.130/131).

En síntesis, más allá que se entienda que el problema se centra en la violación del principio non bis in idem, del de

culpabilidad o del derecho penal de acto, lo cierto es que la norma en cuestión resulta reñida con el texto constitucional (arts.18 y 19 de la C.N.)

IX. A mayor abundamiento, también la declaración de reincidencia y consecuentemente su operatividad como obstáculo para obtener la Libertad Condicional, afecta **los principios constitucionales de igualdad y de razonabilidad**, en tanto al etiquetar al sujeto "reincidente", crea así una especial categoría de autores sobre los cuales se autoriza un agravamiento de la pena, que no se basa en el hecho cometido y por el que fue juzgado, sino en sus antecedentes, prescindiendo de toda circunstancia vinculada al hecho, al sujeto, o el tratamiento que viene recibiendo en el ámbito carcelario.

Así la pena aparece como desproporcionada y se transformará en ilegítima, constituyendo un verdadero castigo, ya que poco importa el desempeño de la persona durante su encarcelamiento, su evolución y haber transitado por cada una de las fases del tratamiento carcelario que implican un mayor grado de autonomía, como paso previo a su reintegro a la sociedad. Tampoco importa el trabajo realizado por la agencia penitenciaria, en aquellos casos en que se realiza, ni el control que de ello realiza el magistrado a cargo, ya que sobre esta "categoría de sujetos" el legislador ha preestablecido, hace noventa años, una presunción "iure et de iure", de mayor peligrosidad, que habilitaría ese plus punitivo, y que además lleva ínsita la afirmación de que en estos casos no se cumplirán aquellos principios consagrados constitucionalmente (**Conf. arts.1, 5, 6 y ccdtes. ley 24.660 y**

arts.4, 5, 6 y ccdtes. de la ley 12.256, art. 16, 18, 19 y 75 in.22 de la C.N. y art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y art. 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 y 6 de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano).

X. Numerosos son los antecedentes jurisprudenciales que han reconocido esta colisión entre la obstante contenida en el art.14 del C.P. y la Constitución Nacional: Expte.Nº24846/2007 de la **Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán**, resuelta el **20/11/12**; Causas 16270 y 13401 de la **Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II**, del **23/11/12** y **08/05/12** respectivamente; Causas Nº104/10 y 131/10 del **Tribunal Oral Federal Nº1 de la Provincia de Córdoba**, resuelta el **03/09/10**; Causas Gimenez, Miguel Angel (Expte.165-989 y 284-1432) y Navarro, Zacarías Andrés (Expte. 3603-0296) del **Tribunal en lo Criminal Nº1 de Necochea**, resueltas con fechas **04/06/02** y **04/08/04** respectivamente; Causa "FALCONI, Carlos Roberto S/Legajo de Ejecución, de la **Sala Penal, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos**, del **24/11/11**; Causa CASTELAO, CLAUDIA SUSANA, del **Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Paraná, Entre Ríos**, del **22/11/12**, entre otros.

XI. Idénticos argumentos a los sostenidos en tales precedentes, aunque referidos a un supuesto distinto, han llevado a la

Corte Suprema de Justicia de la Nación a declarar la inconstitucionalidad del art.52 del C.P., en **causa N°1573 "Gramajo, Marcelo Eduardo", del 05/09/06.**

Allí, el más Alto Tribunal Nacional ha establecido en sus considerandos que:

"16) ...La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad.

17) ...En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa. En efecto, suponiendo que se mida la culpabilidad o la peligrosidad, no se está midiendo la lesión a un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente.

18) Que resulta por demás claro 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, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad.

23) Que la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo, se comportaría de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo, que como se dijera sería válido desde el punto de vista científico, no permitiría establecer de manera específica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles

las restantes quinientas que lo harían de otra.

26) Que para obviar la falta de fundamento científico verificable para justificar la medida, se acudió al argumento de una supuesta peligrosidad presunta. Se dice entonces que el legislador presume la peligrosidad de determinado individuo. Dicha afirmación carece de cualquier base científica por cuanto la peligrosidad es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica. De prescindirse de ella, para reemplazarse por presunciones establecidas en la ley, podría decirse entonces que se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso. En suma, bajo tal premisa se impondría una privación de libertad prolongada a título penal, bajo la denominación de pena o cualquier otra que fuere, sobre la base de una presumida peligrosidad que en definitiva no podrá comprobarse si efectivamente existe. Del análisis precedente se desprende que no se trata de un verdadero juicio de peligrosidad respecto del agente, sino de una declaración acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional, entre los que, por supuesto, cuentan el de legalidad de la pena, el de no ser sometida a penas crueles, el de no ser penado dos veces por el mismo hecho y, básicamente, el de ser considerada persona. ..." (El subrayado me corresponde).

XII. Más recientemente, **la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, dictado en la causa N°16270 caratulada "Salguero, Walter René s/recurso de casación", Fallo N°20852** ha sostenido: "...Sobre este asunto ya me he expedido al votar como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín en la causa nro 649, "*Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo*", resuelta el 3 de mayo de 1999, oportunidad en la que declare la inconstitucionalidad del instituto por cuanto produce un agravamiento de la condena en violación al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 de la C.N.) y al *ne bis in idem* (arts. 14.7 del P.I.D.C.y P). Además, este criterio ha sido recientemente ratificado en el precedente nro 13.401 caratulado "*Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación*", resuelta el 8 de mayo de 2012, registro nro 19.911 de la Sala II de esta Cámara, en el que adherí al voto del doctor Slokar, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, por su colisión con normas de rango constitucional (Artículo 18 CN, artículos 5, 6 y 29 de la C.A.D.H y artículo 10 P.I.D.C.y.P), argumentos que ratifico en todos sus términos. ...

En este entendimiento, la reincidencia "*resulta inexorablemente unida al concepto de habitualidad, como reveladora del hábito de delinquir y es tributaria de un derecho penal de autor en el que una supuesta tendencia al delito reclamaría un mayor tratamiento penitenciario por vía de la agravación de la pena.*" (Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y*

jurisprudencial”, T. 2-A, *Hammurabi*, pág. 349.)

Entre los fundamentos que se han expuesto para su justificación, interesa reseñar los siguientes grupos: a) la verificación de un mayor grado de injusto por mayor alarma social; b) la insuficiencia de la pena ordinaria; c) la mayor peligrosidad y; d) la existencia de un mayor grado de culpabilidad. (*cf. Baigún, Zaffaroni, op.cit., pág. 345* y Donna, Edgardo Alberto, Iuvaro, María José, “Reincidencia y culpabilidad”, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 45 y ss.)

En prieta síntesis, según la sinopsis que propone Donna, la teoría vinculada con el mayor grado de injusto cuantifica una especial perversidad del autor con una homogénea tendencia antijurídica, lo cual justifica una pena mayor.

En relación a la insuficiencia de la pena ordinaria, los defensores de esta teoría sostienen que quien ya sufrió una pena y volvió a delinquir, demuestra que aquella no fue suficiente y que merece una mayor, pues una de igual intensidad, sería inútil.

Por otra parte, quienes justifican la reincidencia por la mayor peligrosidad, concluyen que si todo infractor revela alguna peligrosidad, a mayor cantidad de infracciones, mayor será aquella.

Por último, los fundamentos de la reincidencia asociados a un mayor grado de culpabilidad, parten de que el aumento de pena se debe a que existe una mayor culpa por la desobediencia demostrada por el autor.

Tal como se advierte, estas teorías invariablemente se basan en la personalidad del sujeto (considerada “antisocial”, “peligrosa”, o “infractora del ordenamiento”) para justificar la construcción de una categoría de ciudadanos distinta que quedan excluidos del ejercicio de determinados derechos, pues el *status* de reincidente implica una mayor severidad en el monto de pena y en su ejecución. ..." (**Sic. del voto de la Dra. Ángela Ledesma**)

Asimismo, con citas de Aberto Binder sostiene que: "...el Estado no puede castigar al autor por lo que él es, ni juzgar un hecho como síntoma de una personalidad. ... Y que “el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que ésta se manifieste como responsabilidad por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad. Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellas generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado. Ello, tanto cuando se usan estas categorías para fundar toda la reacción violenta como cuando se las utilizan para fundar parte de ella, como es el caso de los agravantes (por el resultado, por especiales características del autor no vinculadas al hecho –vagos, maleantes, prostitutas- o por la peligrosidad). Todas estas modalidades parciales o totales de responsabilidad objetiva afectan directamente al principio de culpabilidad” (Binder, Alberto, op.cit., pág. 243)." (**sic del voto de la Dra. Ledesma en el fallo citado**).

XIII. Un motivo más de cuestionamiento aporta el **Dr. Alejandro Slokar**, en su voto emitido en la **causa N°19423** caratulada "**Rearte, Mauro Germán S/recurso de casación de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal** en tanto sostiene que: "...también el artículo 14 del Código Penal es objetable constitucionalmente desde que su aplicación literal y fuera del contexto del Código Penal ignora el significado de la reforma sufrida por el artículo 52 del mismo texto conforme a la ley 23.057 y deriva en una arbitrariedad manifiesta.

Así, hasta la sanción de esa reforma, la pena del artículo 52 se consideraba independiente del instituto de la reincidencia por la doctrina y la jurisprudencia. Desde la reforma quedó establecido claramente en la ley que la pena del artículo 52 corresponde a supuestos de multireincidencia que la ley especifica con precisión. Esto impone que el artículo 14 del Código Penal deba integrarse con el 52 y consiguientemente con el 53, pues ahora está claro que todos ellos regulan el mismo instituto. Por ende, si el Código Penal autoriza la libertad condicional en casos de multireincidencia o de reincidencia calificada, a fortiori no puede entenderse que la impide en los casos de reincidencia simple, lo que conduce al resultado paradójal –y absurdo- de que a alguien se le niegue el beneficio por ser reincidente simple y no múltiple". (Sic, del **voto del Dr. Alejandro W. Slokar**, en el fallo citado).

XIV. De modo similar, la **Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán**, en el

Expte.Nº24846/2007, del **20/11/12**, ha sostenido que: "...Más allá de los diferentes enfoques que se dé al tema, parece imposible demostrar que cualquier agravación de la pena en razón de la reincidencia, no se encuentre vinculada con un castigo dirigido a una personalidad particular, en lugar de una conducta concreta, "puesto que el agravamiento de las consecuencias jurídicas contra un reincidente no puede expresar sino un propósito segregacionista y/o expiatorio dirigido contra un 'incorregible'. Dicho en otras palabras, la ley del rigor tras el fracaso del tratamiento resocializador, o el reproche al paciente por la ineficacia de la terapia a que se lo sometió" (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, in re "Varela, Luis R." del 27/12/1985, La Ley 1986-B, 424). Es decir, se agrava el tiempo de encierro de una persona en una prisión -en relación con la pena establecida para el delito cometido en similares circunstancias- debido a la forma en que conduce su vida, que el Estado decide considerar peligrosa, y tomar dicha circunstancias como una pauta de agravación de la sanción penal, interpretando que la persona que cometió un nuevo delito pone de relieve una vez más su peligrosidad criminal, como también que esa peligrosidad demuestra la probabilidad de la comisión de nuevos delitos, es decir, un claro derecho penal de autor por peligrosidad. Se observa entonces que los parámetros de fundamentación de la reincidencia se asemejan con los de la peligrosidad. (sic. del **voto del Dr. Antonio Gandur**).

XV. Con fecha 24/11/11, ha sido la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal

de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, el que declaró la inconstitucionalidad del Art.14 del C.P. por entender que: "... Elevar la declaración de reincidente a la condición objetiva determinante de la denegatoria de la libertad condicional pretendida por el interno Carlos Roberto Falconi sin siquiera ponderar su trayectoria institucional, reflejada en los altos guarismos de conducta y concepto, importa desconocer los principios cardinales del D. Penal liberal y del debido proceso según Constitución, en especial el de la culpabilidad, del "non bis in idem" y de motivación suficiente, incurriéndose en arbitrariedad a fs. 547/556 dado que el mismo reúne los requisitos previstos en el art. 13 y sgtes. del C. Penal y en la Ley 24660 para poder gozarla.-

En ese orden de ideas, pretender que la declaración de reincidencia de Carlos R. Falconi efectuada por el tribunal sentenciante (ver. fs. 1/8 de su legajo) se proyecte como sanción adicional hacia el futuro e impida que a su respecto se aplique el régimen progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad consagrado por la ley 24660 en sintonía con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, con base en la literalidad de lo establecido en el art. 14 del C. Penal, es sin duda una interpretación sesgada propia de un derecho penal de autor y de responsabilidad objetiva que por su contradicción con el esquema institucional resulta inadmisibles y debe revocarse ..." (sic del **voto del Dr. CHIARA DIAZ**, en causa: Falconi, Carlos Roberto s/Legajo de ejecución de Penas s/Apelación).

XVI. También el **Tribunal Oral en lo Criminal**

Federal N°1 de la Provincia de Córdoba se ha pronunciado en el sentido que: “...la privación contenida en el art. 14 C.P. incorpora cuestiones y valoraciones relativas a la peligrosidad del sujeto, con asiento en una condición previa del mismo y ajenas a los hechos y conducta de que pueda dar cuenta durante la ejecución de pena, lo cual es inconstitucional, en tanto lesiona el **principio de culpabilidad y de derecho penal de acto**, que se derivan en forma directa del Estado de Derecho y hallan su fundamento expreso en el art. 19 de la C.N. ... el principio de resocialización mínima limita la valoración a conducta exterior del penado, durante la etapa de ejecución de pena, estando vedada la meritación de aspectos concernientes a la personalidad del interno, sean éstos asertos de corte psicológico o bien que provengan de un juicio inicial de peligrosidad con sustento en la mera condición de reincidente, por resultar reñidos con el **principio de lesividad, reserva y la garantía de autonomía moral** de la persona consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, por lo que mal pueden valorarse para denegar la libertad condicional.(**Causa N°131/10 Maldonado, Carlos Roberto S/ Legajo de Ejecución, Rta. el 03/09/10**).

XVII. En el ámbito provincial, ya el **Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea**, ha declarado la inconstitucionalidad de los arts.14 y 50 del C.P. por entender que:”... la principal fundamentación de los que sostienen su legitimidad –entre quienes se enrolan nada menos que la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la

Nación- proviene de lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas dieron en llamar "fórmula de advertencia", por la cual se entiende que debe ser más severamente castigado aquel individuo que a pesar de haber sido advertido por medio de la imposición de una pena de las consecuencias del proceder ilícito, persiste no obstante en desafiar el orden establecido con la comisión de un nuevo delito, debiendo vencer mayores barreras que el que lo comete por primera vez, por lo cual corresponde asignarle una mayor culpabilidad, independientemente del hecho cometido.

En este punto no puedo dejar de hacer notar que, como lo ha expuesto parte de la doctrina, sostener exactamente lo contrario es absolutamente posible ya que "la reincidencia demuestra que el autor carece de la capacidad de elaborar esa experiencia previa y de trasladarla a una decisión reflexiva" -Stratenwerth- o que "la recaída en el delito es la demostración de la menor capacidad del autor para conducirse conforme a la exigencias que le formula el Derecho" -Donna- (extraído de "Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración" por Patricia S. Ziffer en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año III, N°7, pág. 109). ... Analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de "prevención especial" o "readaptación social" (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas

Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo "un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad" (Francisco CASTEX, ob. cit.).

En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario".(voto del Dr. Mario Juliano, en la causa "GIMENEZ, Miguel Angel s/ TENENCIA DE ARMA DE GUERRA, ROBO CALIFICADO y DAÑO"; Expte. N° 165-989 y 284-1432).

XVIII. No desconozco que importantes argumentos han sido esgrimidos en favor de la validez constitucional de la norma **(que han sido claramente reseñados por la Dra. Liliana E. Catucci, al expresar su voto en la causa N°14.423 caratulada Rearte, Mauro Germán s/recurso de casación, de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal)**, sin embargo, tales críticas no logran conmover el criterio sostenido anteriormente.

Así ha sostenido citando fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que:

1) "...el principio non bis in idem [...] prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero ello no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (Fallos: 311:552, 1209, 1-4-88, DJ, 1988-2-443);

Al respecto cabe, a mi entender, formular la siguiente objeción: resulta, al menos, discutible sostener que la ponderación ulterior de una condena ya cumplida -aún parcialmente- sea algo distinto de una doble valoración (Conf. Maier, Julio, Derecho Procesal Penal T.I Fundamentos, Editores del Puerto, pág.640/643), pero sin dudas no puede admitirse que dicha consideración sea realizada en forma **abstracta** a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado. Ello por cuanto se trata de procedimiento que debe ser realizado de manera programada e individual, teniendo en cuenta las condiciones personales del sujeto, sus intereses y necesidades (conf. art.5 de la ley 24.660) y el desarrollo de sus potencialidades individuales (art.5 de la ley 12.256).

Luego el egreso anticipado del ámbito carcelario deberá depender -en todo caso- de la evaluación que realice el magistrado a cargo, del desempeño del penado en su vida intramuros y del cumplimiento de cada uno de los requisitos del instituto en cuestión, circunstancia que, además,

deberá ser objeto de prueba al momento de decidir sobre su procedencia (lo que se encuentra vedado por el art.14 del C.P.).

Por tal motivo, entiendo que no puede sostenerse la validez constitucional de la norma, sobre la base de la facultad del legislador de adecuar el tratamiento carcelario para cada caso, siendo esta una tarea propia del órgano administrador -servicio penitenciario- sometido al control judicial, en razón de los principios de legalidad y judicialización de la pena. (arts.18 y 75 inc.22 C.N.; XVIII y XXV D.A.D.D.H.; 7, 8 y 9 C.A.D.H.; 9 y 10 P.I.D.C. P.; 11 D.U.D.H.; 10 de la Ley 12.256; 3 de la ley 24660 y 25 del C.P.P.).

2) "...la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que 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"; por lo que "es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta" (Fallos: 311:1209, 16-8-88, LL, 1989-B-183).

En este caso, resulta evidente que se trata de un

agravamiento de la pena cuyo fundamento resulta algo distinto que la realización de una conducta prohibida por la ley (principio de legalidad/derecho penal de acto).

La mayor severidad está dada, entonces, por el hecho de haber sido condenado anteriormente a una pena privativa de la libertad y recaer nuevamente en el delito.

La primera crítica que puede formularse, es que éste fundamento invalida al anterior, ya que poco importa -como se sostiene en aquel- "el tratamiento más adecuado" para la reinserción social (que como quedara dicho no puede ser estimado en abstracto), sino que de lo que se trata es de "castigar" el hecho de que pese a haber padecido las consecuencias del encierro, ello no ha sido suficiente y por tal motivo merece una pena mayor.

Resulta evidente aquí que nuevamente se prescinde del conocimiento personal del sujeto sobre el cual recaerá el "tratamiento" carcelario y lo que se busca es simplemente una mayor severidad a modo de escarmiento. O dicho de otro modo significa un verdadero "castigo" por haber reincidido, colisionando así con la prohibición constitucional (conforme art.18 último párrafo).

No se trata ya de adecuar los dispositivos de que dispone el órgano administrador encargado de aplicar la pena, a las necesidades del sujeto con el fin de incentivar sus potencialidades, sino simplemente de agravar las condiciones temporales en que cumple el encierro.

Es por ello este argumento resulta a mi entender

insuficiente ya que no solo no despeja la crítica hacia la violación al principio *ne bis in idem* (entendido como la prohibición de persecución penal múltiple), sino que además constituye un verdadero castigo que se expresa en la prohibición del egreso anticipado del sujeto de la égida del servicio penitenciario, con independencia de que aquello resulte o no más adecuado para su futura reinserción social, perdiendo, entonces, legitimidad el encierro.

3) "...Pese a que a la época de la sanción de este último precedente todavía no se habían receptado los pactos internacionales que lucen en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad, ha de señalarse que aun teniendo en mira ese propósito las condiciones particulares del enjuiciado y, justamente, como ya se señaló, la proclividad delictual y la condena anterior que registra, son claras muestras de que no está en condiciones de lograr esa reinserción (cfr. mi voto en causa n° 8886 "Jorge, Héctor Mario y Serpa, Luis Alberto s/recurso de casación" reg. N° 12407 del 21/08/08, de la Sala I).

En este caso, como ya quedara expresado anteriormente, **se trata de un juicio realizado ex ante**, que establece una **presunción iure et de iure**.

Nuevamente, mal puede sostenerse que se tiene en miras la reinserción social de un individuo, prescindiendo de las circunstancias del hecho y de su conocimiento personal, estimando en

abstracto la forma de cumplimiento más adecuada, impidiendo además cualquier medio de prueba acerca de la mayor o menor posibilidad de reintegración al medio libre.

"...su único argumento reside en una solución meramente semántica: llaman "beneficio" a lo que, de todos modos, es una forma de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, y de allí extraen la consecuencia de que ese beneficio se puede negar a voluntad (¿de quién?), según las circunstancias del caso sin tomar a su cargo el hecho de que el CP, 14, rechaza *de manera absoluta* este "beneficio" para una clase especial de personas -los reincidentes- a quienes no discrimina en virtud del hecho por el cual sufren la pena, sino, tan solo, por haber delinquirido anteriormente. Ciertas preguntas subsisten: ¿es racional negar este "beneficio" a quien, después de haber sido condenado y sufrido pena por un delito grave (homicidio), comete un delito más leve (un hurtillo) o un delito culposo, con demostración empírica de que progresó relativamente, en su acatamiento a las normas jurídicas? ..." (Julio B. Maier, Derecho Procesal Penal, T.I, Fundamentos, Ed. del Puerto, pág.645).

4) "...En el mismo sentido, en la causa "Grimaldi, Oscar s/rec. de inconstitucionalidad" de la Sala III, se señaló que el principio "non bis in idem" consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero en forma alguna impide que el legislador tome 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 un nuevo delito penal. Esto implica una decisión de política criminal que queda exenta del control de constitucionalidad judicial. "El principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable" (C.S.J.N., Fallos: 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185; 302:192 y 457; y causa M. 580. XX. "Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", rta. 14/5/87, 310:943).

Al respecto, corresponde formular los mismos cuestionamientos que a los argumentos individualizados en el punto 1), en cuanto a que resulta falaz pretender fijar el tratamiento más adecuado de manera abstracta y ex ante, cuando este debe ser individual, programado y personal. A ello que corresponde agregar que si bien las cuestiones de política criminal –y en general las cuestiones de políticas adoptadas por el poder legislativo- deben quedar exentas de control judicial, ello debe entenderse como limitado a las cuestiones meramente ideológicas del modelo de conducción de un determinado programa, pero jamás puede ser óbice para que los magistrados realicen el debido control de constitucionalidad, en tanto el legislador debe ajustar sus decisiones al marco legal superior establecido por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a

nuestra legislación.

Es deber de los jueces evaluar las leyes que deben aplicar y si éstas resultan compatibles con el texto constitucional, debiendo abstenerse de aplicarlas en caso de no serlo (conf. Fallos 33-194).

En cuanto al distinto tratamiento dado por el legislador a situaciones que considera diferentes; bien lo señala el fallo citado: ello es así en tanto no implique una discriminación arbitraria ni importe ilegítima persecución aunque su fundamento sea opinable.

En el caso, como viene siendo sostenido desde el inicio, de lo que se trata es de dar un tratamiento distinto a personas etiquetadas de antemano en base a argumentos peligrosistas, por haber padecido anteriormente pena de encierro, con independencia de la conducta desplegada actualmente y que ha sido objeto de proceso.

Ello, resulta reñido con el ordenamiento constitucional, en tanto establece un derecho penal de autor, en contraposición al derecho penal de acto, por cuanto castiga al sujeto por lo que es y no por la conducta desplegada.

Es decir, que el mayor reproche no obedece al injusto cometido, sino –con independencia de este- a una conducta del pasado, ya juzgada y cuya pena el sujeto ha cumplido (al menos parcialmente). De allí que su tratamiento diferenciado resulte arbitrario e ilegítimo.

Puede darse la paradoja de que una persona condenada primero por el delito de estafa y luego por un delito culposo, deba

cumplir una pena superior y más rigurosa que otro sujeto condenado por los mismos delitos pero cometidos con pocos días de diferencia y juzgados de manera simultánea (*por ejemplo lesiones culposas cometidas cuando huía en su vehículo de las víctimas de la estafa, que pretendían agredirlo*), sin que ello implique ni mayor peligrosidad, ni mayor grado de injusto, lo que deriva necesariamente en la ilegitimidad del aumento de rigurosidad en el tratamiento dado al primer caso.

5) "...tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el 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 convenientes para cada caso” (cfr. C.S.J.N. causa “L'Eveque, Ramón Rafael p/robo”, rta. 16/8/88; Fallos 311:1451).

Nuevamente aparece aquí el castigo como único fundamento, prescindiendo así del hecho concreto. Se trata de reprimir con mayor severidad “...el desprecio hacia la pena que le ha sido impuesta...”, es decir la desobediencia al estado, sin importar ya la intensidad del injusto cometido.

No se trata aquí, como se pretende sostener, de cuestionar las consecuencias jurídicas -ello es la pena- que para cada infracción ha establecido el legislador, sino, como se viene argumentando, de destacar la inconsistencia de sostener que se puede predeterminar lo más adecuado para cumplir los fines específicos de la pena, sin siquiera saber sobre que hecho se estará fijando y menos aún las características personales del sujeto sobre el cual recaerán las consecuencias de tal determinación.

Al respecto, en su obra Derecho Penal, Parte General, señalan Zaffaroni- Alagia- Slokar que: “No faltaron intentos de explicar el mayor poder punitivo por una *mayor culpabilidad de acto*, fundado en que implicaría un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente, sería lo contrario del mérito del arrepentimiento. La admonición de la primera condenación generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho, y por ende, un mayor grado de culpabilidad. Se trata de una afirmación gratuita, pues la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, especialmente cuando la reincidencia no es específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para su comprensión: nadie puede afirmar que quien haya sido condenado por un delito no puede incurrir en un error de prohibición invencible en otro injusto. ... La poco convincente tentativa de *clonación* de normas de Armin Kaufmann es la única que aspiró a hacerse cargo del problema en profundidad, aunque con el pobre resultado de implicar

la invención de un bien jurídico, que sería el viejo y autoritario derecho subjetivo estatal a la obediencia pura. Como el problema no tiene solución en el injusto (porque el contenido del injusto del reincidente es igual al del primario), la cuestión se desplaza a la culpabilidad o a su equivalente policial (peligrosidad) y, en estos campos se revela que la admisión o rechazo de la reincidencia se convierte en una cuestión de apartamiento o rechazo de las garantías penales.”. (ob. cit. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 1010/1012).

XIX. Como corolario cabe mencionar que, hace pocos días, en un reciente fallo, del 05/02/13, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa n°10.154 “Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/Recurso de hecho”, resolvió desestimar la queja –por falta de fundamentación autónoma-deducida por la Sra. Defensora Oficial, contra el fallo que deniega el recurso extraordinario, que cuestionaba el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto resolvió confirmar la resolución del Juez de Ejecución **que no hizo lugar a la libertad condicional de su asistido ni al planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P.**

En disidencia, el Sr. Ministro Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, consideró que debía hacer lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario, dando así tratamiento a la cuestión de fondo, ello es la validez constitucional de los arts.50 y 14 del C.P..

En ese sentido sostuvo: “... 9º) Que 10 anterior parece dar la impresión de que nos hallamos ante una suerte de obstinación doctrinaria que, en todas las épocas, ha partido de la previa decisión de

legitimarla para luego procurar los argumentos legitimantes.

Ninguna obstinación de esta naturaleza respecto de instituciones penales de data secular ha sido gratuita a lo largo de la historia del derecho penal, sino que siempre ha respondido a las dificultades políticas coyunturales y a la posibilidad de escándalo mediático. ...

10) Que la reincidencia es un instituto de pareja antigüedad y el desconcierto de la doctrina jurídico-penal en todo el mundo demuestra la voluntad inquebrantable de legitimarla apelando a argumentos incompatibles, a veces con las bases mismas del republicanismo.

13) ... Por otra parte, y solo ad demonstrationem, aun admitiendo cualquiera de las teorías de culpabilidad de autor, haciendo para ello un enorme esfuerzo para poner entre paréntesis su incompatibilidad con la Constitución Nacional y el derecho internacional, lo cierto es que tampoco estas teorías pueden legitimar la agravación invariable, en función de la reincidencia. Esto se debe a que todas las teorías de culpabilidad de autor, no son más que esfuerzos por inventar una culpabilidad que venga a reemplazar a la peligrosidad, puesta en crisis desde el ocaso de la pretendida negación filosófica y humanista llevada a cabo por el brutal positivismo.

En consecuencia, no hay razones para afirmar que cualquier reincidencia legitima un mayor grado de reproche, incluso dentro de las propias teorías de la culpabilidad de autor, especialmente si se trata de reincidencia ficta (como muchas veces lo sostiene la jurisprudencia en torcidas interpretaciones del derecho común), pero tampoco la real, cuando es

reincidencia genérica, como en nuestra ley vigente.

14) ... No es posible entender la decisión criminal como algo abstracto, como la decisión de violar el Código Penal o de delinquir a secas, pues nadie en el mundo real –y en condiciones de salud mental- toma una decisión de esta naturaleza. La decisión criminal siempre es de algún hecho concreto en la vida real, siendo éste un dato óptico insoslayable. Por ello, no hay ninguna decisión criminal más fuerte en quien estando condenado por injurias incurre en unas lesiones culposas, en el que una vez condenado por abigeato incurre en una calumnia, o en el que sentenciado por estupro comete una traición a la patria, salvo que el argumento oculte en los repliegues de la culpabilidad un requerimiento disciplinario de doble lesión, mencionado antes, o un derecho penal de autor que haga del condenado que ha cumplido su pena un ciudadano que padece una *capitis diminutio* respecto del resto de la población. De todos modos, estos serían argumentos inconfesables por corresponder a alguna de las dos vías del derecho penal antiliberal de entreguerras.

16) Que en síntesis, es dable observar que la reincidencia se explica en los planteas jurídico-penales en la medida en que se apartan del derecho penal de acto, aunque ni siquiera en esas posiciones la explicación resulta coherente cuando se trata de una agravación de pena impuesta por ley para cualquier caso y más aún tratándose de reincidencia genérica. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

22) ...al margen de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante, el artículo 14 del Código Penal es también objetable constitucionalmente por razones independientes.

En principio, la disposición del artículo 14 del Código Penal que veda la libertad condicional a cualquier reincidente por cualquier delito y en cualquier circunstancia, también es aplicable a la prisión perpetua impuesta a reincidentes.

La aplicación literal de este precepto importa convertir la prisión perpetua de nuestro Código Penal en una pena inexorablemente perpetua en el sentido de que solo se extinguiría con la vida del penado.

Cabe frente a esto, entender que no es posible que sea el resultado de una sana lógica jurídica afirmar que el artículo 14 solo se refiere a una forma de ejecución, cuando en materia de pena de prisión perpetua importa la conversión de una pena eventualmente temporal, en una pena que se ejecuta y agota únicamente, con la muerte física del penado.

23) Que del anterior considerando resulta probado que, al margen de la inconstitucionalidad de la agravación de pena por reincidencia, el artículo 14 del Código Penal se hace insostenible en función de otros argumentos, que son válidos con independencia de esa inconstitucionalidad.

27) Que el artículo 14 del Código Penal es violatorio de la Constitución, en la medida en que se lo interprete como un texto

que obliga al cumplimiento de penas que solo se agotan con la muerte.

El juez no usurpa ninguna función legislativa cuando el legislador usurpa por acción o por omisión la función del constituyente. Es deber de los jueces de la Nación corregir al legislador cuando incurre en semejante usurpación.

36) Que, aún admitiendo ad demonstrationem cualquiera de las tesis legitimantes de la agravación por reincidencia, la aplicación inflexible de la norma del artículo 14, al no admitir prueba en contrario, da por cierto los extremos legitimantes sin acreditar que éstos existen en el caso, lo que impone a los jueces incurrir en abiertas arbitrariedades, pues se trata de cuestiones de hecho que solo eventualmente se presentan en los casos concretos. Todo ello sin contar con que el artículo 14 tomado aisladamente, depara un tratamiento mucho más grave al reincidente que al multireincidente, lo que es incontrastable a la letra de la ley misma.

En síntesis: el artículo 14 del Código Penal también es inconstitucional (a) porque presume *juris et de jure* que se hallan presentes en el caso todas las condiciones con las que se ha intentado legitimar la agravación por reincidencia, sin permitirle al magisterio penal la evaluación de ellas en los casos concretos, que sería presupuesto elemental de la imposición de la agravante y (b) porque no puede explicarse por qué razón contempla la libertad condicional para el multireincidente calificado y no para el reincidente simple. ...”.

En razón de ello, y teniendo en cuenta los

principios constitucionales que orientan la ejecución de la pena privativa de la libertad, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art.14 del C.P..

XX.- Por lo expuesto y conforme lo normado en los arts. 16, 18, 19 Y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; II, XVIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.; 5 inc.6, 7, 8 y 9 Convención Americana de Derechos Humanos; 3, 9º y 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 y 10 Declaración Unieversal de Derechos Humanos; 4, 5, 6, 10 y ccdtes. de la Ley 12.256; 1, 3, 5, 6, 8, 10 y ccdtes. de la ley 24660 y 25 inc.3 del C.P.P. ;

RESUELVO:

PRIMERO: DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14 del C.P., por los fundamentos expuestos en los considerandos (arts. 16, 18, 19 Y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; II, XVIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.; 5 inc.6, 7, 8 y 9 Convención Americana de Derechos Humanos; 3º, 9º y 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 y 10 Declaración Unieversal de Derechos Humanos; 4, 5, 6, 10 y ccdtes. de la Ley 12.256; 1, 3, 5, 6, 8, 10 y ccdtes. de la ley 24660 y 25 inc.3 del C.P.P.).

SEGUNDO: REQUERIR EN EL TÉRMINO DE 10 DÍAS un completo informe criminológico, en los términos del art.13 del C.P. respecto del Miguel Angel Gimenez Céspedes y una vez recibidos

córrase vista a las partes en los términos del art.498 del C.P.P.-

TERCERO: Regístrese. Notifíquese y comuníquese.