

## Robo Con Armas En Tentativa Regimen De Libertad Condicional Inconstitucionalidad Del Art 14 Del Codigo Penal

### JURISPRUDENCIA

### Robo con armas en tentativa. Régimen de libertad condicional.

Inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal En el marco de una causa por robo con armas en tentativa, se resuelve hacer lugar al recurso presentado y, consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal (art. 19 de la Constitución Nacional), revocando el pronunciamiento recurrido. En la ciudad de Buenos Aires, a los cuatro días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa n° CCC 25833/2014/TO1/2/CNC1, caratulada "Legajo de ejecución penal en autos Obredor, Mariano Pablo por robo con armas en tentativa", de la que RESULTA: I. El pasado 25 de marzo, el señor juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal n° 3 resolvió no hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y de incorporación de Mariano Pablo Obredor al régimen de la libertad condicional, formulados por la defensa (fs. 20/23). II. El defensor público oficial ad hoc, doctor Javier Andrés Salas, interpuso recurso de casación (fs. 27/35), que fue concedido (fs. 36). III. El 4 de mayo del año en curso se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara y sus integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 45). IV. Con fecha 23 de junio de 2015 se celebró la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del citado cuerpo legal. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizado ese acto, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer. Y CONSIDERANDO: El juez Pablo Jantus dijo: Por resultar la cuestión sustancialmente análoga a la tratada en la causa "Olea" de esta Sala (CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada "Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas", Rta. 24/6/15, Reg. n° 192/2015), me remito a la fundamentación allí desarrollada en punto, por un lado, a la necesidad de introducir en el pleito la cuestión federal de manera oportuna y, por el otro, a que la Corte Suprema de Justicia, al fallar recientemente en el caso "Arévalo" (A. 558. XLVI, recurso de hecho "Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014), ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su incidencia en el previsto en el art. 14 del Código Penal (con remisión a los precedentes "Gómez Dávalos", Fallos: 308:1938, "L'Eveque" Fallos: 311:1451 y "Gramajo" Fallos: 329:3680), con ponderación del bloque constitucional incorporado en la reforma de 1994. Observo, al igual que en el caso al que me remito, que el mantenimiento de la declaración de reincidencia del recurrente fue pactada en el marco de un juicio abreviado y que la defensa no ha presentado argumentos nuevos que permitan superar lo decidido por el Máximo Tribunal, por lo que corresponde rechazar el recurso intentado, sin costas. El señor juez Mario Magariños dijo: I. El señor juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 resolvió no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y, en consecuencia, a la solicitud de incorporación del condenado Mariano Pablo Obredor o Mario Obredor o Marino Pablo Obredor, al régimen de la libertad condicional, en relación con la pena de dos años y seis meses de prisión que le fue impuesta, junto con la declaración de reincidencia, en el proceso n° 4402, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14. Para resolver de ese modo el magistrado consideró que lo dispuesto en el artículo 14 de la ley de fondo no contradice los principios fundamentales de progresividad y reinserción social pues, ni la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (ley n° 24.660), ni el decreto que la reglamenta (decreto n° 396/99), limitan la posibilidad del interno de ser incorporado al estadio más alto del régimen penitenciario progresivo período de prueba; además, afirmó el juez, que el legislador consagró otros institutos que contemplan la posibilidad de acceso anticipado al medio libre, aun para quienes hayan sido declarados reincidentes. Asimismo, en la resolución recurrida se sostuvo que "tampoco se vulnera el principio de igualdad, puesto que se trata de un agravamiento que resulta aplicable a todos aquellos condenados sobre los que se verifique la causal motivadora de reincidencia prevista en el artículo 50 del Código Penal" (fs. 21 de las presentes actuaciones). Con remisión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la materia en análisis, en especial a lo considerado por ese tribunal en el precedente "L'Eveque" (Fallos 311:1451), la resolución impugnada afirmó también que lo regulado por el artículo 14 de la ley penal encuentra base en la necesidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario, a partir de tomar en cuenta el dato objetivo de la anterior condena y el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, total o parcialmente, recae en el delito, lo cual hace evidente el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior privativa de la libertad. Por consiguiente, agregó el a quo siguiendo los lineamientos de la doctrina de la corte suprema, la limitación legal a la concesión de la libertad condicional a los reincidentes no contradice la regla fundamental de prohibición de la doble persecución penal (ne bis in idem), porque lo que se sanciona con mayor rigor es

exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, por lo tanto no comprendida ni penada en esa decisión jurisdiccional. Contra esa resolución la defensa del condenado interpuso recurso de casación, en el que solicitó la nulidad del decisorio, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y, en consecuencia, la incorporación de su asistido al régimen de libertad condicional. En lo sustancial el recurrente sostuvo que la resolución del a quo importaba una interpretación opuesta al principio fundamental de resocialización contemplado en el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incorporado a la Constitución Nacional a través del artículo 75, inciso 22. Además, en el recurso se expresó que la aplicación del artículo 14 de la ley penal materializa una contradicción con la regla constitucional de acto o principio del hecho, y se citó en este punto lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como lo establecido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También señaló el impugnante la incoherencia normativa que, a su entender, media entre lo dispuesto en la regla legal de la que se trata y la garantía de ne bis in idem, con cita de los artículos 33 de la Constitución Nacional, 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y otro tanto afirmó en relación con el principio de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional). Durante la audiencia celebrada en función de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa reiteró, en lo sustancial, los fundamentos de los motivos y las peticiones contenidas en el escrito recursivo, y solicitó así que se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley de fondo y, por consiguiente, se incorpore a su asistido al régimen de libertad condicional. II Sin perjuicio de que la Sala de Turno de este tribunal de casación decidió dar trámite al recurso, luego del correspondiente análisis de admisibilidad formal artículo 444, segundo párrafo; 465, cuarto párrafo; 474 y 475, todos del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 45 de las presentes actuaciones), en virtud de lo sostenido en el voto del colega que inicia este acuerdo, corresponde formular alguna breve consideración con respecto a la oportunidad en la que ha sido articulada en el caso la cuestión de constitucionalidad acerca de lo reglado en el artículo 14 del Código Penal, en segundo término, respecto del requisito común a toda apelación, relativo a la existencia de gravamen o perjuicio, y, por último, en cuanto al carácter actual e insusceptible de reparación ulterior del perjuicio, exigencias todas que deben presentarse al momento de la resolución de una cuestión federal como la aquí considerada. Sabido es que la introducción de la cuestión federal en el pleito debe ser formulada oportunamente y no resultar fruto de una tardía reflexión (Fallos 271:272; 295:753; 302:468; 307:629; entre muchos otros). Así lo exige expresamente el artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación, al establecer que el recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse ?si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley... que estatuya sobre materia regida por la Constitución...?. Esto es así porque ?la cuestión federal debe ser planteada inequívocamente, de modo que requiera el conocimiento de los jueces de la causa a su respecto? (Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., El recurso extraordinario, ed. Revista de jurisprudencia argentina, Buenos Aires, 1943, página 211. En igual sentido, Andrés D'Alessio, ?¿Para qué sirve la reserva del caso federal?¿, ed. Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1980-B, página 1123); es este un requisito derivado de lo dispuesto por los artículos 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional y por el artículo 14 de la ley 48. Por consiguiente, el planteo de una cuestión federal debe efectuarse en la primera oportunidad posible, para de ese modo dar la posibilidad a los jueces de la causa de considerarla y decidirla, tal como desde muy antiguo lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 259:162; 278:35; 298:321; entre muchísimos). En este punto asiste, en cierto sentido, razón al colega Pablo Jantus, cuando señala que con carácter inmediatamente previo al dictado de la sentencia que declaró a Obredor reincidente podría estimarse oportuno, no sólo el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, sino también entenderse razonablemente previsible la cuestión de constitucionalidad respecto del artículo 14 de la ley de fondo. Sin embargo, si bien en cuanto al artículo 50 del Código Penal es dable afirmar que aquella era la oportunidad para articular la cuestión de constitucionalidad en relación con esa norma y, asimismo, resultaba, en ese momento, actual la producción de perjuicio generado por su aplicación, así como su carácter definitivo, en la medida en que, si se postula la ilegitimidad de esa regla legal, aspecto este que no es necesario considerar en este punto, su aplicación, esto es, la declaración de reincidencia contenida en la sentencia, habría provocado por sí, y en ese momento, un gravamen de carácter actual e irreparable, en tanto ese etiquetamiento importaría una ilegítima discriminación en relación con el condenado, no susceptible de ulterior reparación. En cambio, en lo referido al artículo 14 del Código Penal, que es la norma en relación con la cual se ha formulado el planteo de la cuestión federal en el sub lite, parece claro que, no obstante la razonable previsibilidad de la cuestión federal que respecto de esa regla pueda vislumbrarse se ha de generar ya por la propia declaración de reincidencia contenida en la sentencia, al ser, lo dispuesto en el citado artículo 14 de la ley de fondo una consecuencia legal necesaria de esa declaración, el perjuicio derivado de lo regulado en esa norma está ausente, no obstante, en la instancia del dictado de la sentencia, pues en ese momento el gravamen ocasionado por la aplicación del artículo referido resultará meramente conjetural y, en consecuencia, no definitivo. Esto determina que en la instancia inmediatamente previa a la declaración de reincidencia, el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal carezca

de un requisito propio e indispensable para la articulación de esa cuestión federal, sin importar en tal sentido si se articuló o consintió acerca de la cuestión de constitucionalidad provocada, en ese momento procesal, por la sola aplicación del artículo 50 de la ley de fondo. Por lo tanto, sólo al formularse la solicitud de incorporación al régimen de libertad condicional (artículo 13 y concordantes del Código Penal y artículos 12, inciso d, 28 y concordantes de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, ley n° 24.660), tal como ocurrió en el caso, será, además de adecuado temporalmente introducir allí la cuestión constitucional generada por la aplicación del artículo 14 del código de fondo para la resolución de esa solicitud, actual, concreto, efectivo e irreparable el gravamen o perjuicio ocasionado por la aplicación de esa norma. En síntesis, toda vez que en el sub lite la cuestión de constitucionalidad respecto de lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal ha sido planteada con carácter previo a la resolución impugnada, en el mismo escrito en el que se solicitó el inicio del trámite para la incorporación del condenado Obredor al régimen de libertad condicional (ver fs. 1/7 de estas actuaciones) y, en tanto la resolución recurrida ha resultado contraria al interés del recurrente, en virtud de la aplicación de ese artículo de la ley penal, la impugnación casatoria es formalmente admisible. III

Los términos en que se pronunció el a quo al resolver las cuestiones que le fueron planteadas en el caso, en particular los referidos a la articulación de inconstitucionalidad del citado artículo 14 del Código Penal, así como los fundamentos del recurso interpuesto en lo que hace a esa cuestión, determinan la necesidad de examinar, ante todo, cuál ha sido la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido acerca de la legitimidad constitucional de la reincidencia (artículo 50 del Código Penal) y de la no concesión de la libertad condicional a los reincidentes (artículo 14 de la ley de fondo). En el precedente más cercano en el tiempo, resuelto el 27 de mayo de 2014, en el caso ?Arévalo? (Recurso de hecho Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11.835), la corte suprema, frente ?al planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia?, entendió que correspondía remitir, en lo pertinente, a lo decidido por ese tribunal en los casos ?Gómez Dávalos? (Fallos 308:1938), ?L'Eveque? (Fallos 311:1451) y ?Gramajo? (Fallos 329:3680), y respecto de este último, especialmente a los considerandos 12 a 18 del voto del juez Petracchi; con esos fundamentos, la corte suprema decidió desestimar el recurso de queja que se había interpuesto en ese caso. Cabe aclarar, además, que el planteo del recurrente se había fundado en la afirmación de que ?el régimen de agravación penal por reincidencia de los artículos 14 y 50 del Código Penal es contrario a los principios de culpabilidad por el hecho y non bis in idem recogidos en la Constitución Nacional? (ap. I del dictamen del Procurador Fiscal en el precedente ?Arévalo?, cit.). En razón del modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundamentó lo resuelto en aquel caso es necesario entonces examinar cuáles fueron las consideraciones llevadas a cabo por este tribunal en los fallos que allí se citaron. En el fallo ?Gómez Dávalos? la corte suprema se pronunció en virtud de un recurso ordinario de apelación interpuesto en función de lo previsto por el artículo 4 de la ley n° 4055, y por el artículo 24, inciso 3°, del decretoley 1285/58, razón por la cual ese tribunal llevó a cabo allí una interpretación del significado que en el artículo 50 del Código Penal posee el requisito de cumplimiento parcial de pena privativa de libertad como condición para la existencia de reincidencia, establecida en esa norma de derecho común (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional). La corte afirmó en esa resolución, en primer lugar, que la reincidencia ?se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida?; y, en cuanto al cumplimiento parcial, interpretó que era suficiente ?contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena? (cons. 5°). Sin embargo, en el fallo se aclaró que, si bien ?la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance?, resultaba inaceptable sin embargo la interpretación según la cual, ese tiempo mínimo de cumplimiento parcial es el de los 2/3 de la pena, pues ella conduce, según el fallo, a la consecuencia, no querida por el legislador, de suprimir la reincidencia (cons. 6°). Tiempo después, pero esta vez al conocer por la interposición de un recurso extraordinario federal, en el caso ?Ramón Rafael L'Eveque? (Fallos 311:1451, cit.), la corte suprema examinó si lo dispuesto en ?el artículo 14 del Código Penal se encuentra en pugna con la prohibición de la doble persecución penal, que tiene rango constitucional... y con la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional? (cons. 6°). Fue en verdad en este precedente donde ese tribunal sentó doctrina en relación con la coherencia normativa que, según sostuvo, existe entre la restricción establecida en la ley respecto de los reincidentes y los principios constitucionales mencionados en el último párrafo. Asimismo, y a modo de derivación o implicancia argumental, expresó también el significado o alcance que le asignaba al concepto de culpabilidad por el acto y a la finalidad de prevención especial respecto de la pena privativa de libertad, con la que también vinculó lo estipulado en el citado artículo 14 de la ley de fondo.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que ?el principio non bis in idem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida esta 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? (cons. 7°). Con el sentido de reafirmar que el legislador no toma en cuenta nuevamente la primera conducta y, a su vez, de puntualizar qué es lo que da fundamento al mayor rigor en el cumplimiento de la pena impuesta a los reincidentes, en el fallo en análisis se sostuvo también que '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', y se añadió que ello es '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', pues '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' (cons. 7°). Por último, en ese fallo se descartó que la regla legal examinada conculque la garantía de la igualdad pues el distinto tratamiento dado por la ley a los reincidentes en relación con aquellas personas 'que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer... las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso' (cons. 8° y 9°). En síntesis, lo hasta aquí reseñado demuestra que, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el artículo 50 del Código Penal establece una distinción legítima porque existe un fundamento razonable para su formulación. Asimismo, el artículo 14 de la ley penal no contradice la prohibición de 'bis in idem' pues el mayor rigor en el cumplimiento de la pena impuesta por el segundo hecho deriva de circunstancias no valoradas ni juzgadas en la sentencia dictada ni en la condena impuesta por el primer hecho; tales circunstancias son: el dato objetivo del cumplimiento de la pena privativa de libertad y el desprecio por esa condena ya sufrida, desprecio que se pone de manifiesto, se exterioriza, en la comisión de la segunda conducta que, por esa insensibilidad, expresada aún ante la eventualidad de una nueva sanción penal, presenta un mayor grado de culpabilidad. Paralelamente, la pena privativa de libertad ya cumplida y la insensibilidad por ella demostrada mediante la nueva comisión de un hecho delictivo conducen a 'ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario' (razón de prevención especial). En relación con ese último aspecto de la cuestión en análisis, el tribunal aclaró luego, en el caso 'Gramajo', que ese ajuste del tratamiento carcelario que se permitió en el precedente 'L'Eveque', se produce dentro de los límites del cumplimiento de una pena privativa de libertad definida, fijada, en función de la culpabilidad del condenado culpabilidad mayor en virtud, a su vez, de la valoración de la reincidencia (artículo 41 del Código Penal) 'valoración dual de la reincidencia' (conf. cons. 14° del voto del juez Petracchi al que se remitió la corte en el fallo 'Arévalo?').

IV Sabido es que, si bien las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para la resolución de casos análogos por parte de los tribunales inferiores, los jueces tienen sin embargo el deber de conformar sus decisiones a las de aquel tribunal, en la medida en que carecerán de fundamento las sentencias que se aparten de los precedentes dictados por la corte suprema sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los fallos del más alto tribunal, toda vez que reviste el carácter de intérprete final de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos 303:1769; 311:1644; 325:2005, en especial considerando 5° del voto del juez Fayt; entre otros). Por tal razón, así como por la seriedad, importancia y límites institucionales impuestos a la función jurisdiccional de análisis de coherencia normativa entre los principios y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 28 de la Constitución Nacional), es necesario determinar si es deber de este tribunal conformar su decisión sobre la cuestión planteada en el caso a la doctrina establecida a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación más arriba reseñada, o bien, si en razón de argumentos no considerados en esos fallos, es correcto sostener, con fundamentos razonables y suficientes, una conclusión diferente. Tal como se explicará enseguida, en el sub lite existen motivos dirimentes no ponderados en la jurisprudencia del más alto tribunal de la nación y, por consiguiente, no determinados por las reglas de garantía de ne bis in idem (artículo 33 de la Constitución Nacional, artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ni de culpabilidad o culpabilidad por el hecho (artículo 18 de la Constitución Nacional, artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como tampoco por el principio de reinserción social, resocialización o del fin preventivo especial asignado a la pena privativa de la libertad (artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 10.3, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); al menos no son esas las reglas fundamentales que, por sí, autoricen o conculquen lo estipulado en el artículo 14 del Código Penal. La consideración de la cuestión constitucional entre esa regla legal y la garantía fundamental de exteriorización o acto consagrada en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, así como las consecuencias que, para la comprensión y el alcance de los dos últimos principios constitucionales mencionados en el párrafo precedente, posee esta regla de garantía, no ha sido objeto de un análisis

detenido de constitucionalidad de la citada regla legal. De modo tal que, dada la centralidad de este principio de garantía en el sistema de la Constitución Nacional y su trascendencia para el sostenimiento del valor de la libertad individual de todo habitante de la nación, es ineludible llevar adelante la tarea de ponderación sobre la coherencia o compatibilidad entre esa norma de la Constitución Nacional y lo regulado por en el artículo 14 de la ley penal. V El origen histórico, el proceso de recepción en el texto constitucional argentino de 1853, el significado, el alcance y la relación con las restantes reglas de garantía vinculadas al derecho penal material del principio de acto o exteriorización, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como la contradicción que específicamente media entre ese principio y lo dispuesto por el legislador en los artículos 50 , 14, 41 y 52 del Código Penal, fue motivo de un detenido análisis, llevado a cabo al resolver como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 el precedente "Schmidt" (sentencia dictada el 3 de agosto de 1994 en el proceso n° 17 del registro de ese tribunal, seguido a Carlos Marcelo Antonio Schmidt voto del juez Mario Magariños), así como al desarrollar un trabajo de investigación doctoral en la Universidad de Buenos Aires (Magariños, Mario, Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto, ed. AdHoc, Buenos Aires, 2008). No obstante ello, creo necesario reiterar aquí algunos aspectos puntuales a pesar de que ya fueran tratados, pues sobre la base de su consideración será posible abordar el examen de otras cuestiones no analizadas en aquellas ocasiones. En primer lugar, con respecto a la alegada contradicción entre lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal y la prohibición de bis in idem, la respuesta formulada por la corte suprema en los precedentes citados, en cuanto entendió que nada de lo valorado y juzgado por la primera sentencia es motivo de consideración o punición al dictarse la segunda condena, y asimismo que lo tomado en cuenta por el legislador es la anterior condena, como dato objetivo y formal, la cual, claro está, en el plano valorativo, no se encuentra comprendida en sí misma, y, por consiguiente, no puede importar doble juzgamiento o doble valoración su consideración al dictarse la segunda condena, se presenta como una contestación formalmente adecuada respecto de esa objeción. Sin embargo, aún en términos formales la discusión no se resuelve, pues frente a esa contestación se afirma que "cualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado" (así el voto del juez Zaffaroni, pronunciado en el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el expediente "Guzmán, Miguel A.", Pl. n° 39 bis del 8 de agosto de 1989); y se agrega todavía que: "el kernel de la interrogación jurídica acerca de la reincidencia tradicional es la admisibilidad de la habilitación de un plus de poder punitivo, en razón de uno o más delitos anteriores y ya juzgados, o de las penas sufridas por esos delitos", y se concluye entonces que de las múltiples explicaciones ensayadas desde el siglo XVIII hasta el presente "ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al non bis in idem" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, A., Slokar, A., Derecho Penal parte general, ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, cap. XXX, párrafo 67, pág. 1009). Es por eso que en el fallo "L'Eveque", la corte puntualizó que la condena anterior y el cumplimiento de pena privativa de libertad "pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior...?", e insistió en destacar que aquello que agrava la culpabilidad en la comisión del segundo delito "no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria" (Fallos: 311:1451, cons. 7°, cit.). De cualquier modo sería posible observar todavía que el elemento agravatorio de la culpabilidad, según la corte, viene determinado por "lo ya sufrido" y, en esa medida, deriva necesariamente de aquella primera consecuencia sancionatoria por el primer delito. Pero, en lugar de insistir en una discusión casi circular sobre este aspecto de la cuestión en examen, considero atinado apartar a la regla del ne bis in idem del análisis de compatibilidad constitucional entre esa norma y el artículo 14 del Código Penal, pues lleva razón Julio B. J. Maier cuando expresa que "la anatemización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del ne bis in idem, suena tanto a una exageración..., como a una desviación del problema de su ámbito específico" (Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Tomo I, segunda edición, ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, página 643). VI Quedaría sin embargo vigente la objeción formulada, entre muchos otros, por el mismo autor citado en el último párrafo, relativa a que "el lugar preciso para la crítica de la reincidencia es el principio de culpabilidad" (Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Tomo I, cit., pág. 644). Pero también para esa afirmación de incompatibilidad normativa entre este principio y lo reglado en los artículos 50 y 14 del Código Penal, la doctrina establecida en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contempla una respuesta. En efecto, en los fallos de ese tribunal se sostiene que es precisamente, una mayor dimensión de la culpabilidad del autor, en la comisión del nuevo hecho o conducta ilícita, la razón o el fundamento de la más intensa severidad en el cumplimiento de la sanción prevista para la reincidencia; a la vez, se establece que ese mayor contenido de culpabilidad en la ejecución del nuevo delito, se encuentra configurado por el desprecio hacia el castigo ya sufrido, puesto de manifiesto a través de "la insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal" (confr. especialmente el precedente "L'Eveque", cons. 7°, 2° párrafo). De ese modo, se responde a la que podría denominarse, la objeción de la culpabilidad, a través de argumentar la existencia de un reproche más extendido para los reincidentes, constituido por los sentimientos de desprecio (por lo ya sufrido), manifestado a través de la

insensibilidad (por el nuevo reproche), al cometer el nuevo comportamiento ilícito. Ahora bien, esa afirmación de que el fundamento de la agravación por reincidencia se encuentra en una más extensa o amplia culpabilidad en la ejecución del nuevo delito, configurada por los sentimientos del autor hacia la pena ya sufrida y el reproche por venir, constituye una respuesta otorgada desde un determinado concepto de culpabilidad (como elemento integrante de la conducta delictiva o como componente del delito), esto es, desde un concepto de culpabilidad de carácter material. Ello implica una definición de ese elemento del delito, que comprende en sí ciertos elementos de orden afectivo, pero resta todavía saber si esa definición atiende, a su vez, a las exigencias del principio de culpabilidad, es decir, si se conforma a la culpabilidad como regla de garantía se trata de cotejar el concepto de culpabilidad como elemento de definición del delito aplicado por la corte en los precedentes *“L’Eveque”* y *“Arévalo”*, con el alcance de la culpabilidad como principio de tutela. Expresado de otro modo, la pregunta es si la definición de la culpabilidad por el hecho ilícito empleada por la corte para explicar o fundamentar la agravación por reincidencia, es normativamente adecuada al principio constitucional de culpabilidad. Resulta pues ineludible establecer cuál es el significado de ese principio y, en especial, si a partir de él se impone algún requisito o limitación en punto al concepto o contenido de la culpabilidad como componente de la estructura del delito. A pesar de que en la Constitución Nacional no mereció consagración expresa la garantía de culpabilidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace ya mucho tiempo, reconoció que el principio según el cual, la culpabilidad del agente es presupuesto de su responsabilidad penal, posee jerarquía constitucional (Fallos 271:297; 274:487; 282:193; 312:149; 316:1261, entre muchos), y agregó, que esta regla *“constituye a su vez un corolario del axioma nullum crimen nulla poena sine praevia lege”* toda vez que la repulsa de la punición *ex post facto* encuentra su base en la necesidad de que el agente se haya encontrado en la posibilidad de elegir libremente la realización de la conducta prohibida por el derecho (dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la sentencia de Fallos 303:267 y doctrina de Fallos 293:157; 294:386, entre otros). Esa derivación normativa del principio constitucional de culpabilidad a partir de la exigencia de ley previa contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tal como esa jurisprudencia la estableció, no determina sin embargo ninguna clase de condicionamiento al contenido del reproche, pues en virtud de la exigencia de culpabilidad como corolario del principio de legalidad, sólo resulta ineludible el carácter previo de la ley para garantizar de ese modo la posibilidad de una decisión conforme o contraria a derecho por parte del destinatario del comunicado normativo (reprochabilidad). Para decirlo de un modo más simple, el principio de culpabilidad no determina ni establece el contenido o la dimensión legítima de la culpabilidad, sólo exige la pertenencia al autor de lo prohibido por la ley; con más precisión puede decirse que culpabilidad *“es un concepto formal que no presupone más que la imputación a un sujeto”* (Jakobs, Günter, *“El principio de culpabilidad”*, traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, ed. UAMCivitas, Madrid, 1997, pág. 386). Ninguna otra consecuencia limitadora es posible extraer del principio de culpabilidad por sí, pese a que *“sorprendentemente a menudo se alude al principio de culpabilidad para la fundamentación de los límites del derecho penal. Con ello se entiende que la pena presupone ‘culpabilidad’, que el hecho puede reprocharse personalmente al autor, pero queda abierta la cuestión de por qué el principio de culpabilidad se ocupa de ‘que la pena como reproche público quede rigurosamente limitada a acciones que merecen un juicio ético social de desvalor’... El concepto prejurídico de culpabilidad abarca con razón muchas cosas, desde la mentira hasta la crueldad espiritual, sobre todo no sólo formas de comportamiento, sino también intenciones, planes e incluso actitudes internas. El principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos cometidos culpablemente, pero no deriva de él un argumento concluyente para decidir lo que debe ser hecho punible”* (Prittwitz, Cornelius, *“El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio?”*, traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en *La insostenible situación del Derecho penal*, ed. Comares, Granada, 2000, pág. 438). Tampoco es posible derivar límites al contenido de la culpabilidad a partir del principio de legalidad contemplado de modo expreso por el artículo 18 de la Constitución Nacional (regla de la cual la corte deduce la garantía de culpabilidad), pues esta regla de tutela sólo fija cuál es el instrumento que define lo prohibido, *“sólo las leyes... dicen lo que es delito”* (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 374), y determina a su vez las cualidades que ese instrumento debe reunir (el carácter escrito, estricto, cierto, previo y público de las leyes penales), pero ningún límite establece respecto del contenido de la prohibición y, por lo tanto, tampoco para la configuración del reproche; ni siquiera la palabra hecho, utilizada en la formulación constitucional de la exigencia de ley previa, permite limitar el contenido de la ley, pues como bien señala Luigi Ferrajoli, con respecto a la Constitución Italiana, la expresión hecho es un *“término que, a pesar de los laudables esfuerzos doctrinales para fundamentar una interpretación lo más restrictiva posible, es idóneo para todos los usos”* (Derecho y Razón..., cit., pág. 484). En consecuencia, es posible concluir que el concepto material de culpabilidad por el hecho, esto es, compuesto o integrado por los sentimientos de desprecio e insensibilidad por la pena, puestos de manifiesto por el autor al cometer el nuevo delito, al cual recurre la Corte Suprema de Justicia de la Nación para fundamentar la agravación por reincidencia que consagra el artículo 14 de la ley penal, no contradice al principio fundamental de culpabilidad que, según la propia corte suprema, posee reconocimiento implícito en el artículo 18 de la

Constitución Argentina. Pues, esa regla de garantía nada exige acerca de cuál debe ser el contenido legítimo de la culpabilidad por el hecho (así como tampoco lo determina el principio de legalidad en punto al contenido de la ley), en tanto la función de aquel principio se limita a imponer una exigencia de imputación formal: la pertenencia al autor del suceso, la relación entre el autor y su hecho. VII La única cuestión constitucional que genera fundamentar la agravación por reincidencia contenida en el artículo 14 del Código Penal, sobre la base de una mayor culpabilidad del autor derivada de sus sentimientos hacia el castigo, se presenta en torno al principio de acto o exteriorización tal como esa regla fue consagrada por los constituyentes en el año 1853, en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional. Conforme a ese axioma, originado en la filosofía de la ilustración, en el pensamiento político iluminista, en el iusnaturalismo y contractualismo de los siglos XVII y XVIII, el primer límite, el más firme, base lógica, jurídica y política de todo el sistema de garantías constitucionales vinculadas al derecho penal, es el que el constituyente estableció con el empleo del término acciones en el texto del artículo 19 de la Constitución Argentina, a través del cual quedan absolutamente excluidas del ámbito de las prohibiciones y mandatos, toda clase de actos internos, como los pensamientos, las ideas, las intenciones, los propósitos, motivaciones o sentimientos, aún los perversos, viles o, inclusive, delictivos, los rasgos de carácter o personalidad, etc., a los cuales la Constitución Nacional excluye de la regulación legal con la misma fórmula que la utilizada en el artículo 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en el año 1789, fuente del precepto constitucional argentino, que une al vocablo acciones la exigencia de su carácter público y fija así un doble orden de limitaciones, la de los actos internos y la de las acciones exteriorizadas carentes de carácter público o lesivo (confr. Magariños, Mario, Los límites de la ley penal... cit., en especial ap. I, II y III). La reserva que esa norma constitucional asegura, al ámbito de decisión individual de todo acto interno, comprende también a todo aquel que de cualquier modo se manifieste o venga a conocimiento de terceros, así, la condición de acto interno de un pensamiento o sentimiento, en función de la regla de garantía, no depende de su manifestación exterior. Los pensamientos no son punibles aun cuando se hagan conocidos a terceros. Asimismo, se mantiene reservada a la esfera privada de organización toda decisión de acción exteriorizada que no signifique la arrogación de un ámbito de organización ajena (en este sentido puede verse: Jakobs, Günter, '¿Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico?', traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Estudios de derecho penal, cit., págs. 293 y ss.). Resulta hoy indiscutible que de la estricta comprensión y del respeto por tales límites impuestos al legislador penal por el principio constitucional del que se trata, depende la caracterización de la sociedad como un estado jurídico de libertades, y es indudable también que esta regla de garantía delimita el contenido legítimo de las leyes penales, '¿la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad?' (primera parte del artículo 5 de la citada declaración francesa del año 1789); a su vez, al fijar la materia de las prohibiciones y mandatos (el contenido de la ley previa del artículo 18 de la Constitución Nacional), el artículo 19 de la Constitución Argentina define la referencia exclusiva de la pena y del reproche, que, de ese modo, sólo poseen legitimidad en tanto constituyan reproche y respuesta al autor por la realización del acto socialmente perturbador que la ley prohíbe y carecen de legitimidad si se presentan como derivación, aunque sea parcial, de aquello que la ley no debe prohibir, como, por ejemplo, los rasgos de carácter, los pensamientos, las ideas, la peligrosidad, la personalidad, o los sentimientos de los individuos. Es en función del principio fundamental contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que puede ser aplicada a nuestro ordenamiento jurídico la afirmación de que: '¿la culpabilidad jurídicopenal tiene como presupuesto, en cualquier Estado no totalitario, que la persona culpable se haya comportado de un modo socialmente perturbador. No hay una culpabilidad jurídicopenal meramente por malos pensamientos o por un movimiento corporal socialmente insignificante, aunque vaya acompañado por malos pensamientos. La sentencia de Ulpiano, cogitationis poenam nemo patitur..., no ha de ser entendida en el sentido de que al mal pensamiento se tendría que añadir una conducta externa cualquiera para que pudiera ser castigada, sino en el de que el pensamiento se tiene que haber manifestado externamente en una conducta socialmente perturbadora; con otras palabras: la culpabilidad presupone el injusto?' (Jakobs, Günter, '¿La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídicopenales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'?', traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Estudios de Derecho penal, cit., pág. 209). A su vez si se trata de reprochabilidad por el quebrantamiento de lo legítimamente prohibido por la norma, el reproche, como principio de imputación personal, no debe ser dimensionable, ni debe integrarse con base en rasgos del carácter, el ánimo, la peligrosidad, la personalidad, o los sentimientos del autor, porque de lo contrario se estaría consagrando un concepto de culpabilidad conformado por elementos excluidos de la injerencia estatal en virtud precisamente del principio fundamental de acto. En otros términos, nada diferente de aquello que de modo legítimo puede ser prohibido por la ley posee validez como elemento del reproche penal. Por este motivo, '¿culpabilidad material presupone normas legítimas?' (Jakobs, Günter, '¿El principio de culpabilidad?', lug. y pág. cits.). El fin de estabilización de la confianza en el orden normativo perturbado por una conducta defectuosa, orienta la determinación de la culpabilidad, en tanto únicamente se da una conducta plenamente delictiva, esto es, culpable, cuando se constata la competencia del autor para la evitación de lo socialmente perturbador y se confirma entonces,

mediante la imposición de la pena, el mantenimiento de la confianza en la norma defraudada. En síntesis, la culpabilidad constituye una condición para alcanzar la estabilidad de la norma mediante la imposición de la pena, por tal motivo el significado constitutivo para la pena y para la medida de la pena debe ser establecido por medio de una relación entre culpabilidad y fin. Se trata, por tanto, de la imputación en cuanto imputación que desencadena una pena y la medida de la imputación? (Jakobs, Günter, 'Culpabilidad y Prevención?', cit. pp. 76-77). La frontera que establece la culpabilidad determinada a partir de la finalidad preventivo-general positiva discurre así en función de lo necesario para preservar la confianza en la norma. Esto significa que la decisión a favor de la culpabilidad por el hecho se convierte en una opción a favor de un determinado tipo de prevención... No es el peligro directo existente para los bienes jurídicos lo que se contiene... En esta concepción, la culpabilidad por el hecho tiene un efecto limitador porque... Sólo se reprime el quebrantamiento evitable de la norma...? (Jakobs, Günter, 'Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal?', traducción de Manuel Cancio Meliá, en Estudios de Derecho penal, cit. pp. 163-164). Desde esta perspectiva, se pena en función de la medida del 'empeoramiento' imputable del status quo ante. Su restablecimiento es obtención de los fines... Esta limitación es la consecuencia inevitable de vincular la pena a un hecho...?, pues si se toma en serio la vinculación al hecho y a la culpabilidad por el hecho, el fin de la pena no puede fundamentarse en factores que se encuentran fuera de este ámbito? (ídem, p. 164). En síntesis, pretender fundamentar el mayor rigor en el cumplimiento de la sanción por reincidencia contemplado en el artículo 14 del Código Penal, en un mayor grado de culpabilidad de los reincidentes, integrado por el sentimiento de desprecio por la pena ya sufrida, puesto de manifiesto al ejecutar el nuevo delito, debido a la demostración de insensibilidad frente al eventual reproche, supone una comprensión de la culpabilidad y, a su vez, de la sanción, abarcativas de, y orientadas por, elementos internos que, como tales, se encuentran exentos de la autoridad de los magistrados (artículo 19 de la Constitución Nacional). Por esa misma razón es posible afirmar que el principio del hecho excluye que la pena pueda utilizarse para mejorar a los ciudadanos? (Jakobs, Günter, 'Culpabilidad y Prevención?', cit. p. 98, nota 85). Esto conduce a examinar el otro argumento de legitimación del artículo 14 de la ley penal, formulado desde una perspectiva de fundamentación vinculada al fin de prevención especial de la pena, también contemplado en los precedentes de la corte suprema más arriba citados. VIII En efecto, tanto en 'Gómez Dávalos?', como en 'L'Evenque?', la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que en la comisión de un nuevo delito por parte de quien ya sufrió, total o parcialmente, pena privativa de la libertad, se manifiesta... el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior? ('Gómez Dávalos?', cons. 5º, primer párrafo), y luego agregó ese tribunal que nada impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena, 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? ('L'Evenque', cons. 7º, primer párrafo). Al remitir asimismo la corte, en el precedente 'Arévalo?', puntualmente a los considerandos 12 a 18 del voto pronunciado por el juez Petracchi en el fallo 'Gramajo?', volvió a formular consideraciones orientadas a explicar el sentido del artículo 14 del Código Penal, con base en el fin de prevención especial o de resocialización asignado a la pena privativa de libertad, y más precisamente, en la necesidad de ajustar el tratamiento penitenciario aplicable a los reincidentes. Sostuvo de ese modo que la viabilidad de la valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal)?, se fundamenta en que el 'ajuste' del tratamiento carcelario que se permitió en fallos: 311:1451 ['L'Evenque?'] ocurre dentro del marco del cumplimiento de una pena privativa de libertad cuyo fundamento es la culpabilidad del condenado y no más allá de ella? (conf. 'Gramajo?', voto del juez Petracchi, cons. 14º). En otras palabras, en un caso la valoración fue para determinar la pena y en el otro, para 'ajustar el tratamiento'? (conf. ídem, cons. 15º). En síntesis, según la corte, en los casos de reincidencia simple, se valora el mayor grado de culpabilidad del autor en el momento de determinación de la pena (arg. artículo 41 de la ley de fondo), y luego se valora un ajuste del tratamiento carcelario, por razones de resocialización o prevención especial (arg. artículo 14 del Código Penal). En relación con el primer aspecto de esa 'doble valoración' cabe aquí remitirse a lo expuesto más arriba, en especial en el considerando VII de este voto. Con respecto al segundo aspecto, esto es, al fin de reinserción social o de resocialización de la pena como fundamento de lo regulado por el legislador en el artículo 14 de la ley, es necesario ante todo delimitar los términos del análisis a desarrollar aquí. Se trata, una vez más, sólo de determinar si esta fundamentación de la regla legal en examen le confiere una inteligencia tal que permite asignarle coherencia normativa con el principio constitucional consagrado en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Esto significa que para llevar adelante el examen de la cuestión de constitucionalidad del artículo 14 de la ley de fondo, con base en este último argumento, no corresponde ingresar en consideraciones relativas a cuál es el mejor o más útil concepto o alcance del fin resocializador o de prevención especial de la pena privativa de la libertad, tal como en cierto modo lo ha formulado el impugnante en el caso, tanto en el recurso de casación interpuesto como en su exposición durante la celebración de la audiencia ante este tribunal, pues en esos términos se trataría de una pura especulación teórica acerca de uno de los fines asignados a la pena estatal en el desarrollo histórico del derecho penal. En

consecuencia, el interrogante a responder es si las exigencias normativas impuestas por el principio constitucional de acto alcanzan sólo a la selección de la materia de prohibición legal, a la comprensión de la culpabilidad y a la consecuente determinación de la medida de la pena, conforme lo ya expuesto, o si, por el contrario, esa regla fundamental también impone límites en el ámbito normativo de la ejecución penal. Es indiscutible que la finalidad de readaptación social de los condenados a pena privativa de libertad constituye en nuestro orden jurídico-normativo un principio constitucional, pues así lo establecen los artículos 18 de la Constitución Nacional, 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; también la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (n° 24.660) consagra expresamente esa finalidad en su artículo 1. Sin embargo, no queda claro cuál es el significado y alcance que ese principio posee como regla de garantía fundamental, pues con base en él se ha podido sostener, por un sector de la doctrina nacional, en un sentido similar a lo afirmado sobre este punto en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que 'pretender orientar la ejecución de la pena a la reinserción social del condenado sin corregir dicha ejecución teniendo en cuenta las posibilidades de que ese condenado en concreto, según su personalidad y sus circunstancias presentes y pasadas (esto es, sus antecedentes), vuelva a cometer un delito, no parece posible' (Ziffer, Patricia, Medidas de seguridad: pronóstico de peligrosidad en Derecho penal, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 141/142). Inclusive en el ámbito jurisprudencial se ha afirmado, en esa misma línea, que 'el ordenamiento jurídico argentino reconoce claramente como uno de los fines de la pena a la prevención especial... Como es sabido, según esta teoría preventivo-especial, 'la misión de la pena consiste en hacer desistir al autor de futuros delitos'..., esto es... evitar que insista en reincidir' (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, in re 'Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis del Código Penal. Apelación s/recurso de inconstitucionalidad concedido?', voto del juez Lozano, ap. 4.7). Hay en la base de esas expresiones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, una coincidencia en atribuir al fin preventivo especial de la ejecución de la pena privativa de la libertad, primordialmente, una función reeducadora y correctora del condenado, considerada, ya desde von Listz, como la principal función del sistema penitenciario moderno. A su vez el medio concebido para cumplir con esa función es el tratamiento penitenciario impuesto de modo coactivo, dado que según se sostiene, 'tanto en el tratamiento penitenciario, como en la aplicación de medidas curativas, no siempre se trata de una oferta generosa de ayuda social, sino de ayuda coactivamente impuesta... Y donde empieza la coacción, se terminan los argumentos tuitivos, de protección o de beneficencia' (Ziffer, Patricia, ob. cit., p. 143). Es esa misma concepción sobre el fin de ejecución de la pena privativa de libertad (resocialización) y sobre el medio para alcanzarlo (tratamiento coactivo), la que permite entender a lo regulado por el artículo 14 del Código Penal como un mayor rigor en la ejecución de la sanción, una reacción más intensa frente al nuevo hecho ('L' Eveque'/'Arévalo?'), como un ajuste del tratamiento carcelario ('Gramajo'/'Arévalo?'). Sin embargo, la reinserción social mediante tratamiento coactivo no parece constituirse en límite a la actuación estatal desplegada sobre el individuo; lejos de ello, se presenta como una hermenéutica paradójica de la regla de garantía consagrada en los pactos internacionales y en la Constitución Nacional, pues el sentido profundamente humanista que inspiró en su origen al concepto de resocialización frente a la crueldad que históricamente poseían los castigos corporales, parece sustituirse por el control del alma, 'A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones. Mably ha formulado el principio, de una vez para siempre: 'que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo' (Foucault, Michael, Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión., traducción de Aurelio Garzón del Camino, ed. Siglo XXI, México, 1983, p. 24). El juego armónico entre el principio constitucional de acto consagrado en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional y la regla fundamental de resocialización o reinserción social del condenado a pena privativa de libertad, impone al estado que 'en virtud del mero sometimiento a prisión no se puede disponer de lo interno, de lo que está detrás de la piel' (Jakobs, Günter, 'Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico?', traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Estudios de Derecho penal cit., p. 296). Un concepto de las normas reguladoras de la ejecución de la pena que no repare en ese límite tan elemental, supone un trato al condenado como mera fuente de peligro para los bienes, pues si se observa que la garantía constitucional de exteriorización o acto protege también a la persona dentro del establecimiento penitenciario, entonces no es dable aceptar que el estado se encuentre autorizado a despojarlo de su personalidad, mediante el sometimiento al tratamiento coactivo. No resulta plausible asignar a la garantía de resocialización o reinserción social consagrada en la Constitución Nacional, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de San José, un alcance que equipara a la ejecución de la pena privativa de libertad con la aplicación de una medida de seguridad. En un ordenamiento normativo definido a partir del principio contemplado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, a la persona se la pena con la privación de su libertad en la medida de la defraudación a una norma penal, y durante la ejecución de esa privación de libertad es el estado el obligado a generar y brindar posibilidades de resocialización al condenado. En cumplimiento del imperativo impuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el estado debe asumir el desafío de

generar las condiciones y los medios necesarios para poner a disposición de las personas condenadas la realización de un proceso de reinserción social de carácter voluntario. Con acierto fue señalado hace ya muchos años en este sentido, que 'Desde el punto de vista de los derechos fundamentales está claro que el tratamiento es un derecho del penado, pero nunca una obligación. El 'derecho a no ser tratado' es parte integrante del 'derecho a ser diferente' que toda sociedad pluralista y democrática debe reconocer. El tratamiento obligatorio supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos' (Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 105). En consecuencia de lo expuesto, el argumento orientado a fundamentar la excepción a la regla de la libertad condicional establecida en el artículo 14 del Código Penal respecto de los reincidentes, sobre la base de un 'ajuste' de un tratamiento coactivo, impuesto para alcanzar el fin de resocialización o prevención especial en la ejecución de la pena privativa de libertad, no permite superar el examen de coherencia normativa entre esa regla legal y el principio constitucional que determina que 'con la piel como límite externo se encuentra la persona en el establecimiento penitenciario antes de volver a ser vestida' (Jakobs, Günter, 'Criminalización...?' lug. y p. cit.). En otras palabras, la garantía constitucional de acto del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional no es compatible con una norma legal que impone una intensificación del tratamiento coactivo aplicado al condenado reincidente, con el fin de alcanzar así, en la ejecución de la pena privativa de la libertad, la readaptación social de su individualidad, pues aquel axioma asegura como la más elemental e importante garantía inviolable del hombre: el derecho 'a ser uno mismo y a seguir siéndolo' (Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 484).

IX Por las razones expresadas, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en tanto esa regla legal contradice lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional. En consecuencia, debe revocarse la decisión impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), en cuanto no hace lugar a la solicitud del condenado Mariano Pablo Obredor o Mario Obredor o Marino Pablo Obredor de incorporación al régimen de libertad condicional; y de conformidad con lo aquí resuelto, remitir las actuaciones al tribunal de origen a los efectos pertinentes. El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. En beneficio de la síntesis y por coincidir sustancialmente con lo expuesto en los dos primeros apartados del voto inmediatamente precedente por el colega Mario Magariños, concuerdo con su planteo del caso, así como con lo expresado en torno a la oportunidad de la articulación de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, de la existencia de gravamen en virtud de la aplicación de dicha norma al caso concreto y de la insusceptibilidad de ulterior reparación de tal gravamen. Si bien manteniendo mi aquilatada postura sobre otros tópicos esenciales, tales como el del propio concepto de culpabilidad y el de prevención especial positiva, coincido en lo sustancial con los argumentos expuestos por el juez Magariños en punto a la contradicción del artículo 14 del Código Penal con el artículo 19 de la Constitución Nacional, entre otras normas de igual jerarquía, y, por ello, he de arribar a idéntica conclusión respecto del caso traído a nuestro conocimiento y decisión.

II. En diversas oportunidades, durante mi desempeño como miembro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 (Causa n° 2739 'LARROUTURON, Diego Gastón, s/robo con armas en concurso real con tenencia de arma de guerra' -rta. 22.10.2008-; causa n° 3634 'CHACON, Carlos Alberto s/ robo en poblado y en banda' -rta. 12.12.11-; causa n° 3952 'MENDOZA, Lucas Matías y REYES, Cristian Oscar s/ robo agravado por haber sido cometido con armas de fuego en concurso real con encubrimiento, agravado por haberse cometido con ánimo de lucro' -rta. 27.9.13- y causa n° 4088 'CIUDAD HUARACA, Juan Armando s/ homicidio simple, en concurso real con homicidio simple en grado de tentativa cometido en forma reiterada cuatro oportunidades' -rta. 7.8.14-; entre otras), adopté el criterio, coincidente con el oportunamente asumido por el Dr. Carlos Elbert, vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en el fallo plenario 'GUZMÁN, Miguel F.?', del 8 de Agosto de 1989, en punto a reducir drásticamente las hipótesis de aplicación del instituto de la reincidencia, en virtud de su harto dudosa constitucionalidad. El referido magistrado se había pronunciado, en ocasión de celebrarse dicho acuerdo, a favor de circunscribir el alcance de la frase alusiva al cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad, contenida en el artículo 50 del Código Penal, a un tiempo que excediera los dos tercios del total de aquella, efectivamente completados en prisión por el individuo afectado, en virtud del delito por el que resultara previamente condenado. Era una manera de mantener el debido respeto al criterio asumido por la máxima autoridad judicial en el orden nacional y federal, que continuaba sustentando la constitucionalidad de la reincidencia, y, paralelamente, morigerar en gran medida los efectos de una figura legal vigente, pero constitucional y convencionalmente acreedora de múltiples y serias objeciones. En rigor, como paladinamente lo aclaraba el Dr. Elbert en ese precedente, tal postura había sido asumida un lustro antes por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, en voto al que hubo de adherir el Dr. Edgardo A. Donna, en la causa 10.734 "JUÁREZ H.?", resuelta el 19 de Junio de 1984. En esa ocasión, se había pasado revista a las posibilidades de interpretar el adverbio 'parcialmente' previsto en el aludido artículo 50 del ordenamiento penal sustantivo, a saber: a) cualquier tiempo que el penado hubiera estado privado de libertad, ya fuera como procesado o condenado; b) cualquier tiempo que el penado hubiese estado cumpliendo pena como condenado; c) un tiempo que excediera de la mitad de aquel fijado como pena, en el que hubiese cumplido pena como condenado; d) un tiempo que excediera de los dos tercios del tiempo de la pena, en que hubiese

permanecido cumpliendo pena como condenado. De todas ellas, se escogió, en aquella primera ocasión y en el voto que integró el citado plenario, la cuarta alternativa, por reconocer una base legal, aunque sometida a la hermenéutica judicial, al derivar de una interpretación analógica del instituto de la libertad condicional consagrada en el artículo 13 del Código Penal; y se dejaba de lado la tercera por su falta de sustento en alguna previsión normativa.

III. Durante las holgadas dos décadas en que cumplí funciones como magistrado del Tribunal Oral de referencia tuvieron lugar algunos pronunciamientos del Tribunal cimero de nuestra organización jurisdiccional que parecían enderezarse hacia una reconsideración de los serios reparos de orden constitucional formulados respecto de la reincidencia, en miras a una declaración lisa y llana de su incompatibilidad con el magno texto normativo. El caso paradigmático estuvo representado por el fallo recaído en la causa "GRAMAJO, Marcelo E.", del 5 de Setiembre de 2006, en el que se alcanzó a señalar "(q)ue 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" (considerando 18; la negrita me pertenece). Aunque opacada por otros tramos de dicha resolución, la orientación iusfilosófica parecía señalar una marcha sin retrocesos.

Sin embargo, menos de ocho años más tarde, el Alto Tribunal volvió grupas en el caso "ARÉVALO, Martín Salomón", causa n° 11.835, emitido el 27 de Mayo de 2014. En tal ocasión, el máximo Tribunal rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia, con mera remisión a los precedentes "GÓMEZ DÁVALOS" (Fallos: 308:1938) y "L'VEQUE" (Fallos: 311:1451), y aun determinados pasajes del referido fallo "GRAMAJO" (Fallos: 329:3680), aludiendo especialmente -respecto de este último- a los considerandos 12 a 18 del voto del recordado juez Petracchi, que, en rigor, configuran un reenvío a lo argumentado en los dos primeros.

¿Cuál fue el explícito sustento de su postura, convalidado en "Arévalo" por los cuatro ministros que lo secundaron? Basta reproducir los términos allí vertidos: Se trata del "desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce" (considerando 12 de su voto).

Claro está que no se admitió una incursión en un derecho penal de autor y de peligrosidad, sino que se reiteró que "(e)se desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho". Y en procura de salvar una contradicción inocultable con lo señalado en otros desarrollos del recordado precedente "Gramajo", se ahondó en las hipotéticas diferencias entre la reincidencia simple y la multirreincidencia, intentando un equilibrio forzosamente inestable entre el reconocimiento de autorización para una "valoración dual de la reincidencia, como reflejo de una mayor culpabilidad (en el marco del art. 41, Código Penal) y como dato que autoriza al legislador a denegar formas de ejecución penal atenuadas (imposibilidad de libertad condicional del art. 14, Código Penal)", y el mantenimiento en los límites de "la culpabilidad del condenado y no más allá de ella" (idem, considerando 14).

Empero, en busca de esa misma -e ilusoria- estabilidad se acabó reconociendo que los "ajustes" en el tratamiento penitenciario "representan injerencias extremas sobre los derechos individuales, que no podrían ser sustentadas, una y otra vez, en el mismo argumento, pues ello no sería más que un fundamento aparente que pondría seriamente en cuestión la coherencia interna de la decisión que los autorizara" (ibídem, considerando 15).

IV. La necesidad de responder a la cuestión de constitucionalidad del artículo 14 del Código Penal nos conduce, ineluctablemente, a revisar tal característica en el artículo 50 del mismo cuerpo de leyes. Y es sensato concentrarse en él, sin desconocer el criterio asumido en su exégesis realizada por nuestro más alto Tribunal.

¿Cuál es la base de la que parte el codificador para fundar la agravación de la pena por la reincidencia? No es, por cierto, la culpabilidad del autor por el hecho sometido a juzgamiento, sino la constatación de una pena privativa de libertad cumplida con anterioridad y en relación con otro hecho. Si la lógica del principio de culpabilidad por el hecho se asienta en el reproche por no haberse motivado en la norma pese a estar en condiciones de comprensión y de autodeterminación suficientes en el preciso momento de su comisión u omisión (art. 34 del Código Penal), no es compatible con ella que se valore otro hecho anterior en el tiempo ni la consecuencia jurídica asignada por las agencias del control social formal a ese otro hecho.

El artículo 18 de la Constitución Nacional es agraviado directamente por esa determinación del hacedor de la norma legal. Pero también el artículo 19 del magno texto sufre mengua, por cuanto limita la potencia legislativa a la prohibición u obligación de acciones u omisiones, respectivamente, y la judicial, a la eventual comprobación de alguna de ellas y a su también eventual punición. El "dato objetivo" de una condena anterior lejos está de configurarlas; y lo que se intente interpretar a partir de él en cabeza del agente del nuevo hecho escapa a esas limitaciones para situarse bajo la órbita de un

Derecho Penal de autor. Con relación a esto último, y de cara a las dos consecuencias principales emergentes del instituto puesto en crisis la graduación de la pena conforme a la mayor o menor peligrosidad del sujeto, mensurada en base a un pronóstico integrado, entre otros factores, por "las reincidencias en que hubiere incurrido" (arts. 40 y 41 inciso 2° del Código Penal) y el impedimento para obtener la libertad condicional (art. 14 idem), es claro que se incorpora, sin admisión de prueba en contrario, un presupuesto de mayor punibilidad, supuestamente objetivo, basado en lo que ese individuo es o ha sido, evidencia insalvable de la incursión en aquel Derecho Penal de cuño antiliberal en el que el hecho deja paso al autor y la culpabilidad a la peligrosidad. A esas serias objeciones se suma la palmaria violación al principio *ne bis in idem*, tradicionalmente considerado como una de las garantías implícitas en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, conforme lo dispone el artículo 33 de la Ley Fundamental, y hoy concretamente estatuido en el bloque de constitucionalidad consagrado mediante el artículo 75, inciso 22, de ese mismo texto, habida cuenta de la premisa contenida en el artículo 14, numeral 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, conforme a la cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Repárese, como ha sabido puntualizar el catedrático de la Universidad Nacional del Comahue Gustavo Vitale ("Inconstitucionalidad de la reincidencia: dos fallos ejemplares" Revista Pensamiento Penal, Doctrina, edición del 16/5/2005), en que el uso de ambos verbos atiende a sendos aspectos imbricados en la cuestión, el procesal y el penal. Luego, en lo que aquí interesa, "nadie puede (en un nuevo juicio, por un hecho distinto) ser sancionado más severamente por el hecho anterior, sino que su sanción debe limitarse al hecho que es materia de nuevo juzgamiento" (op. et loc. cit.). En el mismo sentido se pronunció, glosando dicha norma, el catedrático de la Universidad de Buenos Aires Edgardo Donna, señalando que ella "prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio" ("Reincidencia y culpabilidad Comentario a la ley 23057 de reforma al Código Penal", Astrea, Bs. As., 1984, p. 31). Al tiempo que Zaffaroni, Alagia y Slokar ("Derecho Penal Parte General", Ediar, Bs. As., 2000), coinciden en señalar que, de todas las explicaciones ensayadas para legitimar la agravación punitiva en virtud de la reincidencia, ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al *non bis in idem* o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de la reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional? (op. cit., p. 1009). El intento de eludir ese óbice, patentizado en el énfasis con que se hace referencia al "dato objetivo" de la anterior condena en los precedentes del supremo colegiado, fracasa estrepitosamente si se avizora a la pena por el hecho ilícito posteriormente cometido como una suerte de plus correctivo al que se acude para compensar, precisamente, la errada dosimetría anteriormente ensayada. En el mismo orden de ideas, si la agravación de las consecuencias penales del delito posterior a la ejecución de una pena obedeciera, de manera indirecta, al intento de neutralizar un eventual deterioro de la imagen del Estado como proveedor de seguridad jurídica, al haber fallado en la medida de la carga punitiva adjudicada al agente por el primer hecho o en el tratamiento proporcionado, el razonamiento resultaría parejamente insostenible: en verdad, se trataría de un regreso a la tesis conforme a la cual el nuevo delito provoca dos perjuicios, el inmediato, dañando o poniendo en riesgo concreto el bien jurídico de un tercero, y el mediato o político, fundado en la mayor alarma social que causaría el segundo delito. Tal como acertó a ponerlo de resalto el Juez Zaffaroni en el considerando 11 de su voto disidente emitido en el caso "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Humberto Rodolfo Gómez, s/causa n° 13.074", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de Febrero de 2013, autores de todas las épocas, desde el mismo Carrara hasta Francesco Antolisei, controvirtieron ese intento de justificación adjudicándole escaso o nulo realismo, partiendo de la base de que el carácter de reincidente de un individuo rara vez sobrepasa el conocimiento de los operadores del sistema penal, vale decir, del personal policial, judicial o penitenciario. Por lo demás, aludir a la alarma o conmoción social desliza la trama argumental hacia la idea abstracta de seguridad general o interés general en la preservación del orden jurídico, lo que acaba por identificar al segundo bien jurídico teóricamente vulnerado con la nuda obediencia al Estado. Aunque espacial y temporalmente distante de ese intento de justificación, la construcción doctrinal debida a Kaufmann, conforme a la cual son dos las normas violadas por quien reincide (KAUFMANN, Armin: "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna?", traducción de E. Garzón Valdez y E. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1977), supone un regreso a la idea anterior, habida cuenta de que se reduce a idealizar una segunda norma, supuestamente emergente del tipo realizado en el hecho previamente juzgado y condenado, y prohibitiva de la comisión de un nuevo delito, lo que redundaría en un mayor contenido de injusto; puesto que -en definitiva- se asocia a la idea de que el bien jurídico protegido por esa segunda norma no es otro que la disciplina frente a la voluntad estatal. V. Enumerados, pues, los reparos que se yerguen frente al recurso de valerse del "dato objetivo" de una condena previa al hecho que se juzga, queda en juego el restante argumento soporte argumental referido por el supremo colegiado. Apelar al desprecio y la insensibilidad de un individuo para fundar cualquier medida estatal que redunde en una mayor privación de bienes

jurídicos comenzando por la libertad ambulatoria que la estrictamente determinada por su responsabilidad por el injusto cometido implica, a criterio de quien esto suscribe y con la debida consideración, incursionar claramente en un derecho penal de autor, refractario al juego armónico de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, por mucho que se intente soslayar tal consecuencia. Los ensayos de amoldar el instituto en cuestión a un Derecho Penal de acto y de culpabilidad quedan desbaratados, uno a uno, si se los encara con la severa circunspección que el tópico reclama. La idea afín a una concepción psicológica de la culpabilidad conforme a la cual la reincidencia es evidencia de una fuerte decisión de voluntad del autor de incurrir en un nuevo comportamiento contrario a la ley, además de penetrar inocultablemente en el ámbito interno del sujeto, avasallando lo establecido en la primera parte del citado artículo 19, erige en axioma la mera hipótesis de una fuerte carga volitiva en el agente, dejando de lado toda explicación alternativa referible a la eventual incidencia negativa de otro u otros factores en su resolución, entre los que cabría apuntar desde y a las consecuencias de una ejecución de la pena anterior en condiciones adversas a los fines legalmente declarados.

Mas el fracaso argumental no es menor si se apela, desde un esquema asociado a la teoría de la culpabilidad normativa, a la presunta necesidad de reforzar los mecanismos de contra-motivación. A dicha posición, de cuño carrariano, se asocia la erigida a través de las decisiones de la Corte Suprema anotadas en párrafos precedentes; y ella parece alentar tras el texto del mensaje 164 del 13 de Diciembre de 1983, que dio lugar al debate parlamentario epilogado con la sanción de la ley 23057, redactado en modo condicional con la siguiente advertencia: "si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial?". Tal aserto configura una profesión de fe de raigambre talional en la dimensión cuantitativa de la pena, por cuanto implica apostar a una mayor privación de la libertad ambulatoria a la luz de la nueva manifestación delictiva, desentendiéndose de la multiplicidad de factores de probable concurrencia en su plasmación. Y, si bien se mira, significa un regreso a la contro-spinta penale de Gian Domenico Romagnosi, de cuya concepción no debería olvidarse el punto de partida, rastreable en las antípodas iusfilosóficas del Estado Constitucional de Derecho y cifrado en la visión del Derecho Penal como "un Derecho natural inmutable, anterior incluso a las convenciones humanas...", un derecho de defensa, frente a la permanente amenaza derivada de los defectos de la naturaleza humana, del impulso criminal permanente? (ARIAS EIBE, Manuel José: "Apuntes sobre el sistema italiano de las circunstancias del delito: evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al derecho actual?", Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, España, n° 4, Diciembre 2006). En definitiva, ninguna de las especulaciones doctrinales tendentes a cohonestar el mayor quantum punitivo configurado por cualquiera de los efectos asignados al instituto de la reincidencia reivindicado por el supremo colegiado ha logrado éxito. Mas el híbrido constructo conformado por el mero dato registral de un antecedente penal sumado a determinado estado de ánimo adjudicado a quien comete un segundo hecho ilícito acaba concitando la doble repulsa originada en el quebrantamiento de la regla que prohíbe la doble punición y en la patente desvirtuación del Derecho Penal de acto, en detrimento de claros postulados constitucionales y del bloque de constitucionalidad erigido por la reforma de 1994 al magno texto. Con razón ha señalado Julio Maier, al analizar críticamente la supervivencia del instituto de que se trata, que "no se reprime más gravemente porque se ha perpetrado una infracción más grave, o por un conocimiento superior sobre la antijuridicidad del hecho (mayor reproche como consecuencia de una mayor intensidad delictiva), sino únicamente porque se responde a un autor específico, a alguien a quien, 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 discrimina a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado, según la ley penal, y lo trata de manera diferente al resto de las personas, al colgarle la etiqueta de delincuente?" (MAIER, J. B. J.: "Derecho Procesal Penal? I. Fundamentos, Editores del Puerto, Bs. As., 2002, p. 643 y s.). Y, de tal suerte, como lo ha señalado en este caso la defensa del encausado Obredor, también otro principio basilar del Estado de Derecho, el de igualdad ante la ley (CN, art. 16) resulta irremediabilmente vulnerado. La mejor solución a la vista pasa por eliminar, mediante la reforma legislativa pertinente, este controvertido instituto, o cuando menos, su conservación limitada al caso de reincidencia genérica. Existen ejemplos en el Derecho Comparado, tales como el de Alemania, a través de la ley de reforma penal del 13 de Abril de 1986, y los de Colombia y Perú en nuestra América. El Proyecto de reforma integral del Código Penal presentado el pasado año por la Comisión presidida por el profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires Eugenio Raúl Zaffaroni la ha suprimido, con la sola disidencia de uno de sus cinco miembros. En dicho texto se incluye una consideración aislada de la reincidencia, relativa al momento de reemplazo de la pena privativa de libertad por otra modalidad, y referida a las penas de mediana gravedad, con la expresa salvedad, plasmada en la Exposición de Motivos, de que se trata de "una cuestión referida sólo a la ejecución de la pena, que no altera su extensión ni cancela del todo la posibilidad de reemplazo, sino que toma precauciones mayores en cuanto al momento de éste". VI. Se mencionó incidentalmente que la derivación argumental del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Arévalo" soslayaba toda explicación alternativa, incluyendo la que cabría predicar a partir de una ejecución de la pena anteriormente purgada en unas condiciones

opuestas a los fines de reinserción social proclamados por la ley de ejecución respectiva. Durante todo el siglo XX proliferaron construcciones doctrinales tendentes a coonestar una relación especial del sujeto privado de libertad con la administración penitenciaria, debido a la cual el propio régimen de ejecución de tal pena no tendría rango jurídico, sino que sus reglas configuran una suerte de 'normas interiores' del Estado, una suerte de 'régimen doméstico' al margen del espacio libre del Derecho, o bien una zona de "no derecho", como lo ha destacado críticamente Iñaki Rivera Beiras en su ya clásica tesis doctoral titulada "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos" (Bosch, Barcelona, 1997); frase que supo definir en otros términos, aludiendo a la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Ese fenómeno, criticado por otros estudiosos de las ciencias penales por él mencionados, desde Borja Mapelli Caffarena o Juan Terradillos Basoco en España hasta Pietro Costa en Italia, centrado en una suerte de relación especial de subordinación del preso al poder de la administración, no tiene cabida en un ordenamiento jurídico presidido por la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad; mas la praxis penitenciaria parece corroborarlo cotidianamente. Luego, aun si, por hipótesis, pudiera soslayarse el obstáculo representado por el juego armónico de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y por los artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en torno al principio de materialidad sintetizado en el brocárdico *nullum crimen, nulla poena sine actione* o *sine conducta*?, así como por los recordados artículos 33 de nuestra Ley Fundamental y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en punto a la prohibición de sancionar en base a un delito por el que ya hubiera recaído condena, consideraciones de otro orden también conducirían a apartarse de los razonamientos explicitados por el supremo colegiado en el fallo *Arévalo*?. Como se ha evocado a partir de la cita textual de los argumentos que han dado base al fallo en cuestión, la validación de dicho instituto se sustenta centralmente en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito, y en la insensibilidad que demuestra ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Más allá de la inquietante semejanza entre estos argumentos y los blandidos por Lombroso en pleno auge del peligrosismo itálico, con su exótica teoría de "la poca sensibilità dolorifica, la completa insensibilità morale" de ciertas clases de individuos (LOMBROSO, Cesare: "L'uomo delinquente, in rapporto all'Antropologia, alla Giurisprudenza e dalla Psichiatria (Cause e rimedi)", Fratelli Bocca, Torino, 1897, Parte III, Capítulo 1), si la acción estatal pertinente se tradujera en la facilitación de las vías tendentes a generar o robustecer las capacidades del individuo en miras a su reencuentro armónico con el medio social, brindándole herramientas para su promoción individual o social diferentes de la pueril fabricación de artesanías o elementos semejantes; o asegurando la existencia de Patronatos de Liberados que cumplieran, así fuera básicamente, con un discreto apoyo a quien emerge de la lúgubre realidad vivenciada intramuros, algún biempensante podría hallar sosiego al vincular la respuesta diferencial a quien reincide hablando de desprecio e insensibilidad. Mas hete aquí que la situación carcelaria argentina, lejos está de hacer honor a las plausibles disposiciones del artículo 18 de la Constitución Nacional y del precepto inicial de la ley 24660, de ejecución de la pena privativa de libertad. Ni el mandato genérico de la Ley Fundamental ni el fin específico legalmente previsto se cumplen en la realidad de nuestras prisiones. Luego, más allá del formal acatamiento que prima facie merece, en virtud de la autoridad del órgano emisor, el argumento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para confirmar, sin cortapisas ni retaceos, la constitucionalidad de un instituto que agrava la respuesta punitiva de cara a quien reincide en el delito decae por su propio peso. La realidad de las prisiones se revela genéricamente tan irrespetuosa de aquellas nobles cánones como para haber movilizad o en diversos momentos a la Comisión y a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, tras la acreditación de hechos que sus respectivos componentes no trepidaron en incluir bajo el marco semántico de las torturas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Valga recordar el decisorio de aquella Corte en el "Caso de las Penitenciarias de Mendoza", del 18 de Junio de 2005; o las expresiones vertidas por el mencionado Consejo en Octubre de 2012 respecto de lo que se acertó a definir como "grave situación de las personas privadas de libertad en Argentina, en particular, la falta de investigación y sanción de las prácticas de tortura y malos tratos, así como las deficiencias estructurales en materia de condiciones de detención", incluyendo la recomendación de asumir *medidas efectivas para evitar esas prácticas y castigar a quienes las autoricen*?; o el fallo de esa misma Corte Interamericana caratulado, por mera coincidencia, "Mendoza y otros", del 14 de Mayo de 2013, en el que, además de condenarse al Estado argentino por el dictado de sentencias a cadena perpetua a personas que, en el momento de cometer los hechos, eran menores de edad, se lo responsabilizó por violar las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica referidas al derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; o las renovadas denuncias presentadas por la Procuración Penitenciaria y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, en el marco de la 25ª sesión de ese mismo organismo internacional, en Ginebra, el 11 de Marzo de 2014; o bien, las referencias del titular de la Procuraduría de Violencia Institucional, a comienzos de ese mismo año, aportando el escalofriante récord de un muerto cada 37 horas en las unidades penitenciarias, en su gran mayoría por homicidio, cifra que se sostendría desde 2013; o los sólidos informes de ONGs de seriedad indiscutible, tales como el CELS o Amnistía

Internacional. Hasta el Papa Francisco ha reclamado, en Marzo de 2014, ¿un sano garantismo? en nuestras prisiones, respondiendo, entre otros tantos, al pedido personalmente formulado por la Defensora General de la Nación, en el Vaticano, a mediados de 2013, en ocasión de la Campaña Nacional contra la Tortura. Y ha sido en función de la realidad de la situación carcelaria argentina, descrita cruda y detalladamente en diversos informes, que el Tribunal de Apelación de Dresde, Alemania, con fecha 8 de Julio de 2014, ha declarado inadmisibile la extradición de un individuo detenido por tráfico ilegal de especies en extinción, por estimar que hacer viable tal traslado violaría el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que declara que ¿(n)adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes? (¿Unzulässigkeit einer Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung in Argentinien? [¿Inadmisibilidad de una extradición para cumplimiento de la pena en Argentina?]) Revista StV 2015, p. 363-65). No acaban allí las referencias a ese estado de cosas: el 16 de Junio próximo pasado, el Tribunal Oral Federal n° 1 de San Martín, Provincia de Buenos Aires condenó a penas de ocho y nueve años de prisión a cuatro de los siete agentes del Servicio Penitenciario Federal acusados del delito de torturas físicas y psíquicas cometidas en el año 2011 a Brian Núñez, joven que entonces contaba con veinte años de edad y se encontraba privado de su libertad en el establecimiento Anexo V del Complejo Penitenciario Federal para Jóvenes Adultos de dicha provincia. Desprecia quien desestima, desdeña, desaira. Y es insensible quien, en lugar de exteriorizar la propensión natural del hombre a dejarse llevar de los afectos de compasión, humanidad y ternura, exhibe dureza de corazón o falta del sentimiento propio de los seres animados; así lo enseña el Diccionario de la Real Academia Española. Aunque en un ejercicio de abstracción dejásemos a un lado todas las disposiciones de máxima jerarquía normativa antes señaladas, frente a un individuo que vuelve a delinquir, luego de purgar condena en una de nuestras cárceles, bajo el sórdido marco global que tantas entidades nacionales y extranjeras vienen destacando año tras año, cabe interrogar, con absoluta circunspección, si resulta ética y jurídicamente admisible adjudicarle automáticamente desdén o falta de sentimientos tras semejante experiencia existencial, y cifrar en esos estados subjetivos el pretexto de mayor pena por una supuesta mayor culpabilidad. No es concebible que el Constituyente haya errado diametralmente al redactar el artículo 18 de nuestra magna Carta y se trate, apenas, de propinar castigo y mortificación al individuo privado de libertad, de manera que su aparente falta de efecto inhibitorio, habilite redoblarlos, ¿para que aprenda? VII. Sentada mi posición respecto del propio instituto de la reincidencia (art. 50 del Código Penal), y, específicamente, de su derivado, consistente en el formal impedimento de obtención de la libertad condicional por parte del sujeto catalogado en base a aquél (art. 14 idem), entiendo necesario aclarar, al concurrir con mi voto al acuerdo, que adscribo a un concepto normativo de culpabilidad, entendiéndola como reprochabilidad por el injusto cometido por parte de quien ha contado, en el momento de exteriorizar su conducta lesiva o riesgosa respecto de un bien jurídico ajeno, con la capacidad de comprender la relevancia penal de aquella y con el margen de autodeterminación suficiente como para dirigir sus acciones conforme a derecho. He defendido en múltiples ocasiones tal concepto de las impugnaciones ensayadas contra el indeterminismo por parte de diversas corrientes doctrinales, remotamente encuadrables en la línea de Karl Engisch y sus refutaciones al libre albedrío y particularmente asumidas por el preventivismo funcionalista (por todas, NIÑO, Luis Fernando: "Sobre el futuro de la dogmática jurídico penal", Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1995, n° 55, p. 165 y ss.); y mantengo la certeza de que se trata de un elemento indispensable en una teoría del delito encuadrada en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho. Estimo que el juicio de reprochabilidad así concebido es la herramienta indispensable para vincular al injusto con su autor y para graduar la magnitud de la eventual respuesta punitiva a ejercer sobre este último. En su construcción cobra vigencia plena la dimensión antropológica de esta rama del Derecho. De ninguna manera comparto la posición que ve en el juicio de culpabilidad un mero derivado de las exigencias de prevención general; y descreo del signo "positivo" de una tal prevención que acaba por valerse de la privación de bienes jurídicos de un individuo para reforzar la confianza en el sistema o generar consenso en la comunidad jurídicamente organizada. Sin enrolarme en la teoría de la culpabilidad como reproche por el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (ZAFFARONI, E. R. ALAGIA, A. SLOKAR, A.: "Derecho Penal Parte General", op. cit., p. 620 y ss.), considero que, en el concepto eminentemente graduable de la culpabilidad, debe contabilizarse y descontarse de la respuesta punitiva el componente de co-culpabilidad social, al analizar, en el examen de aquellas dos capacidades de comprensión y de autodominio la real posibilidad del agente de haber obrado motivado en la norma. Tales convicciones, lejos de conducir a un intolerable intento de penetración en el vallado de libertad de decisión del individuo, se basan en el reconocimiento de que todo ser humano adulto y psíquicamente encuadrable en la normalidad cuenta con un cierto ámbito de autodeterminación en cada circunstancia de su vida, descrito desde la Psicología como el catálogo de posibles conductas de una persona en una situación constelacional dada (BLEGER, José: "Psicología de la conducta", Paidós, Bs.As., 2007); y para su mensuración es válido otorgar relevancia a la personalidad, el carácter y demás datos personales y biográficos del individuo, con la salvedad, casi obvia, de que no se los computará como elementos del reproche, como sucede con la culpabilidad de autor, acremente refutada en párrafos precedentes, sino a los fines de determinar la magnitud del referido ámbito de autodeterminación, así como la de su capacidad de

comprensión de la relevancia jurídica de su obrar (en el sentido indicado, ZAFFARONI et al., op. cit., p. 644 y s). Aunque huelga aclararlo, todo ello con exclusiva referencia al injusto de que se trate, dado que, amalgamando armónicamente las nociones precedentemente expuestas, la culpabilidad es, conforme a esta concepción, el juicio que permite establecer la vinculación personalizada de una conducta típica y antijurídica previamente acreditada con su autor, operando como indicador que condiciona la magnitud de poder punitivo que es lícito ejercer a su respecto en un Estado de Derecho. En cuanto a los fines de la pena, me limitaré aquí a coincidir en punto al origen autoritario de la prevención especial positiva, en la medida en que se la entienda como herramienta habilitada para interferir y modificar aquel ámbito de autodomínio del individuo sujeto a ella; y ya quedó explícita la distancia entre lo proclamado en las normas y lo que sucede en la realidad de este y de muchos sistemas penales. Pero coincido con quienes sostienen que, más allá de ser ella el objetivo fijado en el bloque de constitucionalidad y en la ley específica vigente en nuestro medio, se yergue hoy como la única opción mínimamente humanista frente a cualesquiera otras, sean las que atienden a etéreas metas de un mejor funcionamiento del sistema social, procurado por la vía del consenso o de la persuasión de la generalidad, sean las que más sinceramente se encaminen a la prisionización valga el socorrido neologismo como vana e indolente respuesta a los conflictos generados en el seno de ese sistema social general. Tal posición dista de cohonestar el estado de cosas antes descritos; antes bien, refuerza mi convicción de que no es posible cargar en la cuenta del sujeto sometido al tratamiento formalmente orientado a la reinserción social refuerzos punitivos diversos a la estricta carga sancionatoria dispuesta en base al injusto cometido. Desde esa perspectiva me pronuncio por la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en tanto y cuanto representa una consecuencia de la declaración de reincidencia prevista en el artículo 50 del mismo cuerpo de leyes, por entender que conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU). Tal el sentido de mi voto. En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría en punto a la contradicción del artículo 14 del ordenamiento penal sustantivo con el artículo 19 de la Constitución Nacional, argumento común, en definitiva, a los votos de los jueces Magariños y Niño RESUELVE: HACER LUGAR al recurso presentado y, consecuencia, DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 14 del Código Penal (art. 19 de la Constitución Nacional), REVOCAR el pronunciamiento recurrido y DEVOLVER las actuaciones al tribunal de origen a fin de que sustancie la solicitud de incorporación al régimen de libertad condicional formulada por el condenado Mariano Pablo Obredor o Mario Obredor o Marino Pablo Obredor; sin costas (arts. 399, 469, 475, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y cúmplase la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS MARIO MAGARIÑOS LUIS F. NIÑO Ante mí: PAOLA DROPULICH SECRETARIA DE CÁMARA 041815E